

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging

142c jaargang/2012-I

Waarheid en waarheidsvinding in het recht

Preadviezen van

M.A. Loth

G. de Groot

A. Gerbrandy

M.S. Groenhuijsen

Ontwerp omslag: Corps Ontwerpers, Den Haag

© M.A. Loth, G. de Groot, A. Gerbrandy, M.S. Groenhuijsen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 978-90-13-10621-3
NUR 820-102



Marc Loth (1956) is sinds 2009 raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden. Vanaf 1997 was hij als hoogleraar verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, van 2004 tot 2009 als decaan. Daarvoor was hij achtereenvolgens actief in de wetenschap (in Tilburg en in Leiden) en in de rechtspraak (in Den Haag en de Nederlandse Antillen). Hij is getrouwd en heeft drie kinderen.



Dineke de Groot (1965) studeerde rechten en letteren aan de Vrije Universiteit Amsterdam en de Universiteit van Wenen. Daarna volgde zij de raio-opleiding in Rotterdam, Den Haag en Amsterdam. Zij werd rechter in de Rechtbank Amsterdam en was enkele jaren in deeltijd verbonden aan de Afdeling Ontwikkeling van de Raad voor de rechtspraak. In 2008 is zij bij prof. mr. A.J. Akkermans cum laude gepromoveerd op "Het deskundigenadvies in de civiele procedure". Medio

2011 werd zij benoemd tot bijzonder hoogleraar Rechtspraak en conflict-oplossing aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Tot begin 2012 was zij seniorrechter in de Rechtbank Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Arnhem. Sindsdien is zij raadsheer in de Hoge Raad.



Anna Gerbrandy (1971) is universitair hoofddocent Economisch Publiekrecht bij het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht. Zij werkte na haar studie als advocaat en in de rechterlijke macht en promoveerde in 2009 cum laude met het proefschrift "Convergentie in het mededingingsrecht". Zij publiceert regelmatig over onderwerpen op het brede terrein van het Economisch Publiekrecht zowel in nationale als in internationale context en is redacteur van het *Nederlands Tijdschrift*

voor Europees recht. Anna Gerbrandy is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.



Marc Groenhuijsen (1956) studeerde rechten aan de Universiteit Utrecht, waarna hij in Leiden in 1985 cum laude promoveerde op een proefschrift over schadevergoeding aan slachtoffers van misdrijven in het strafrecht. In 1987 werd hij hoogleraar straf(proces)recht – en later tevens victimologie – aan de Katholieke Universiteit Brabant, de huidige Tilburg University. Vanaf 1992 is hij raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof te Arnhem; en sedert 2003 voorzitter van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht. In 2005 werd hij oprichter en eerste directeur van INTERVICT (het International Victimology Institute Tilburg). In 2006 werd hij gekozen tot lid van de KNAW. Internationaal heeft hij vele functies bekleed. Daaronder: lid Executive Committee en Chairman van Victim Support Europe (1991-2004), lid Board of Directors International Society of Criminology (sinds 2005); en lid Executive Committee World Society of Victimology (vanaf 2006, sinds 2009 President).

Inhoud

M.A. Loth

Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden;
een rechtstheoretische bijdrage 1

G. de Groot

Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht 45

A. Gerbrandy

Waarheidsvinding in het bestuursrecht 155

M.S. Groenhuijsen

Waarheidsvinding in het strafrecht 231

Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden; een rechtstheoretische bijdrage¹

M.A. Loth

"In the beginning and in the end is the conviction.

The struggle for integrity lies in between."

*Ronald Dworkin*²

Inhoud

1.	Inleiding	3
2.	De taal van waarheid	4
3.	Een geschiedenis van waarheid	6
<i>Intermezzo 1: theorieën over waarheid</i>		10
4.	Waarheid als regulatief idee	13
5.	De processuele context van waarheidsvinding	18
6.	De waarheid van geschiedenis	21
<i>Intermezzo 2: een overval in Nederweert</i>		24
7.	De rechtvaardiging van het bewijsoordeel	28
8.	Het recht als praktijk van waarheidsvinding en bewijs	35
9.	Besluit	37
10.	Conclusies	39
<i>Aangehaalde literatuur</i>		41

1. Met dank aan Diederik Aben, Ybo Buruma, Ton Hol, Jaap de Hullu, Hans Nieuwenhuis, Peter van Schilfgaarde, Carla Sieburgh, Kees Sterk en Erik Tjong Tjin Tai. voor hun waardevolle en stimulerende commentaar op eerdere versies van dit preadvies. Vanzelfsprekend is alleen de auteur verantwoordelijk voor de laatste versie en voor alles wat daarop nog valt aan te merken.
2. Dworkin 2011, p. 86.

1. Inleiding

“Waarheid en waarheidsvinding in het recht” is het thema van deze preadviezen. Het bestuur van de NJV heeft het wenselijk geacht ook een rechts-theoretische beschouwing over dit thema uit te lokken. Vermoedelijk heeft het daarbij geanticipeerd op de verwachting dat vroeger of later in de discussie fundamentele vragen zullen rijzen die de grenzen van de afzonderlijke rechtsgebieden overschrijden, zoals: wat is waarheid? Hoe vinden wij waarheid? Hoewel de verwachting dat die vragen zullen rijzen gerechtvaardigd is, geloof ik niet dat hun beantwoording veel zal 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. Maar misschien is het nuttig om dit te illustreren en om daaraan een afzonderlijke bijdrage te wijden. Deze bijdrage zal hoe dan ook veel korter zijn dan de overige preadviezen. En zo hoort het ook, wat mij betreft, zoveel mag al duidelijk zijn.³

De centrale vraag van deze bijdrage ligt in de titel besloten: wat vinden wij wanneer wij waarheid vinden? Wat gaat er eigenlijk schuil achter het waarheidsbegrip? Welke rol speelt het in het proces van waarheidsvinding in de rechtspraak? En hoe verhoudt het zich tot het bewijsoordeel waarin dat proces resulteert? Dat zijn de belangrijkste vragen die hier zullen worden onderzocht. In de eerste plaats gaat de aandacht uit naar het waarheidsbegrip. Welke rol speelt het in ons denken en handelen? Hoe is die rol verantwoord in de ideeëngeschiedenis van de (post)moderne tijd? Na het onderzoek van deze vragen (par. 2 en 3) worden in een eerste intermezzo de belangrijkste theorieën over waarheid geschetst. Vervolgens wordt het onderzoek verbreed tot het proces van waarheidsvinding en de rol die het waarheidsbegrip daarin speelt (par. 4). Waarheidsvinding vindt plaats in een processuele context en is gericht op de feitelijke toedracht van een historisch gebeuren (par. 5 en 6). In een tweede intermezzo wordt aan de hand van een strafrechtelijke casus geïllustreerd hoe die feitelijke toedracht wordt gereconstrueerd. Waarheidsvinding in complexe gevallen berust op

3. “Niet alleen is (de algemene vraag naar waarheid) een onuitputtelijk onderwerp waaraan een onderzoekseleven gewijd kan worden”, schrijft Ruth de Bock terecht, “bovendien is het maar de vraag of het enige zin heeft om in abstracto ‘de waarheidsvraag’ op tafel te leggen” (De Bock 2011, p. 37).

de vergelijking van concurrerende hypothesen of scenario's. Het beste scenario ligt ten grondslag aan het bewijsoordeel en zijn rechtvaardiging. In par. 7 wordt geprobeerd een rationele reconstructie te ontwikkelen van de rechtvaardiging van een bewijsoordeel in termen van de (verklarende en rechtvaardigende) redenen voor het bewijsoordeel. Wanneer wij dóórvragen naar de grondslag van die rechtvaardiging stuiten wij op een gegeven praktijk; zo doen wij dit in de rechtspraak nu eenmaal (par. 8). Een slotwoord en samenvattende conclusies ronden deze bijdrage af (par. 9 en 10).

2. De taal van waarheid

Het uitgangspunt is de observatie dat wij ons in beginsel op twee manieren tot onze omgeving verhouden. In de eerste plaats maken wij deel uit van een gemeenschap en leveren wij daaraan een bijdrage. Dat kan een concrete gemeenschap zijn waarvan wij deel uitmaken of een gemeenschap die zich over langere tijd of plaats uitstrekt, met als limietgeval de mensheid. In de tweede plaats verhouden wij ons direct tot een gegeven werkelijkheid. Deze verhouding is direct omdat zij niet is afgeleid van een meer omvattend verband tussen die werkelijkheid en de gemeenschap waartoe wij behoren.⁴ Vanaf de oude Grieken tot aan de Verlichting kent de Westerse cultuur een traditie die zich richt op de waarheid. Sedert de opkomst van de moderne wetenschap is die traditie gericht op het op systematische wijze ontdekken en toetsen van objectieve kennis over die werkelijkheid. Overigens sluiten beide soorten relaties elkaar niet uit en zijn zij in een groot deel van onze activiteiten tegelijkertijd aan de orde. In de empirische wetenschappen is de kennisverwerving primair gericht op de werkelijkheid. Niettemin is de deelname daaraan een sociale activiteit (het wetenschappelijk forum), die daarom mede volgens sociale regels verloopt. In het recht daarentegen staat de regulering van menselijke verhoudingen centraal, hetgeen primair onze positie als lid van de gemeenschap raakt. Tegelijkertijd reguleert het recht sociale verhoudingen onder meer door rechtspraak waarin bindende besluiten worden genomen over concrete gebeurtenissen. Om die reden zijn in het recht niet uitsluitend sociale verhoudingen aan de orde, maar tevens onze verhouding tot de werkelijkheid.⁵ De beide wijzen waarop wij ons tot onze omgeving verhouden zijn hier onlosmakelijk verbonden.

4. Ik ontleen dit onderscheid aan Richard Rorty die het presenteert als twee onderscheiden wijzen van zingeving, terwijl ik het ombuig naar twee onderscheiden wijzen van verhouding tot de omgeving (Rorty 1991, p. 21).
5. Een aardige parallel met het hier bedoelde onderscheid uit het vermogensrecht is het klassieke onderscheid tussen persoonlijke rechten (aanspraken ten opzichte van een persoon) en zakelijke rechten (zeggenenschap over een zaak).

Om onze verhouding tot de werkelijkheid te conceptualiseren beschikken wij over een eigen taalgebruik, waarin noties als feiten, kennis, objectiviteit en natuurlijk waarheid een centrale positie innemen. In dit objectiverende discours gebruiken wij de taal om te zeggen hoe de dingen zijn; wij doen empirische claims, toetsen die van anderen, verklaren gebeurtenissen uit het verleden, of doen voorspellingen voor de toekomst. Bij bepaalde uitspraken refereren wij aan een buitentalige werkelijkheid die dient als voorwerp en referentiekader van onze uitspraken. In dat verband speelt het waarheidsbegrip een belangrijke rol, als criterium voor de beoordeling van de juistheid van die uitspraken. Waarheid wordt dan meestal verstaan als de overeenstemming tussen onze uitspraken en de buitentalige werkelijkheid (waarheid als correspondentie). De rol van dit objectiverende discours in ons alledaagse taalgebruik is tamelijk overheersend. Die rol is zelfs zo prominent dat de taalfilosoof Wittgenstein niet ophield te benadrukken dat er (andere) taalspelen zijn waarin wij helemaal niet aan een buitentalige werkelijkheid refereren, hoewel wij wel geneigd zijn te denken dat wij dat doen. Vaak gebruiken wij de taal voor andere doeleinden dan om te zeggen hoe de dingen zijn. In de ethiek bijvoorbeeld, beoordelen en veroordelen we menselijk gedrag, voelen we emoties als schuld en schaamte, maar doen wij met taal iets anders dan het representeren van een werkelijkheid. Ethische uitspraken handelen dan ook niet over 'morele feiten', net zomin als wiskundige uitspraken handelen over 'mathematische feiten', of religieuze uitspraken over 'religieuze feiten'. Het spreken over feiten is in deze taalspelen eigenlijk misplaatst. Maar zelfs als wij wel deelnemen in een objectiverend discours, dan nog vervullen empirische uitspraken niet altijd dezelfde rol. Sommige empirische claims worden op hun waarheidsgehalte beoordeeld, maar andere empirische uitspraken drukken inzichten uit die wij voor zo zeker houden dat zij veeleer als maatstaf worden gehanteerd (zoals de uitspraak dat de aarde een bol is, of dat 2 plus 2 gelijk is aan 4). In die gevallen is het misleidend om die uitspraken als waar te bestempelen, zij vormen veeleer de maatstaf om te beoordelen welke (andere) uitspraken (on)waar zijn.⁶ Kortom, niet in ieder taalspel speelt het objectiverende discours over waarheid, rede en objectiviteit een rol, en in de taalspelen waarin het dat wel doet, kan die rol aanzienlijk verschillen. Het is de moeite waard dit eenvoudige gegeven vast te houden, omdat het lijkt te zijn overwoekerd door de vele en vergaande theoretische inzichten die de geschiedenis van het waarheidsbegrip heeft opgeleverd.

6. Wittgenstein 1979, par. 96, 97.

3. Een geschiedenis van waarheid

De geschiedenis van het waarheidsbegrip is nauw verbonden met die van de empirische wetenschappen. Gedurende de bloei van de natuurwetenschappen groeide ook het gezag van het waarheidsbegrip, tezamen met dat van de idealen van rationaliteit en objectiviteit. De hoogtijdagen waren die van de moderne tijd (ruwweg vanaf de 17^e eeuw), gekenmerkt door een onvoorwaardelijk geloof in zekerheid. Dit paradijs voor de wetenschap en de waarheid heeft bestaan tot de overgang naar het postmodernisme (ruwweg begin 20^e eeuw), toen het geloof in wetenschappelijke zekerheid taande. De opkomst en ondergang van de moderniteit wordt beschreven door Stephen Toulmin in zijn studie *Cosmopolis* (1990), waarvan de titel verwijst naar het oude idee van een harmonie van de kosmos (de natuurlijke orde) en de polis (de sociale orde).⁷ Met het aanbreken van de moderne tijd wordt dit idee van een allesomvattende eenheid verstoord, zoals wij zullen zien. De moderne tijd had zowel wortels in de 16^e eeuwse Renaissance een periode van bloei van kunst en wetenschap die wordt gekenmerkt door een humanistische geest van gematigdheid en mildheid als in de opkomst van de moderne wetenschap en filosofie in de 17^e eeuw. Volgens Toulmin brengt de teloorgang van het modernisme en de overgang naar het postmodernisme ons in zekere zin weer terug bij de idealen van de Renaissance. Het is de moeite waard om kort bij deze ontwikkeling stil te staan, omdat zij ons meer inzicht in het waarheidsbegrip oplevert.

Aan de overgang naar de moderne tijd liggen zowel maatschappelijke als wetenschappelijke ontwikkelingen ten grondslag. De periode tussen ongeveer 1580 en 1630 wordt gekenmerkt door grote maatschappelijke en wetenschappelijke instabiliteit. De verscherping van godsdienstige tegenstellingen resulteerde in de dertigjarige oorlog, terwijl nieuwe wetenschappelijke ontdekkingen van Copernicus en Galilei het wereldbeeld blijvend veranderden. Het resultaat was een verstoring van de oude kosmopolis, verwoord door de Engelse dichter John Donne in "The anatomy of the world" (1611): "Tis all in pieces, all coherence gone". Tegen deze achtergrond van crisis en onzekerheid is het niet verbazingwekkend dat de moderne tijd vooral gekenmerkt wordt door wat Johan Dewey "the quest for certainty" heeft genoemd. Met de vrede van Münster in 1648 werd door de erkenning van nationale staten een stabiele politieke context in het leven geroepen, die tot in de 20^e eeuw heeft stand gehouden. Daarnaast vond het modernisme een wetenschappelijke en filosofische voedingsbodem in wat Toulmin "de drie dromen van het rationalisme" heeft genoemd, namelijk die van een uniforme methode (Descartes), een uniforme taal (Leibniz) en

7. Toulmin 1990. Deze ontwikkeling heb ik eveneens beschreven in Loth en Gaakeer 2005, h. 10.

een uniforme wetenschap (Newton). Het resultaat was, in de woorden van Dijksterhuis, een "mechanisering van het wereldbeeld." De filosofische kern van het modernistische gedachtegoed wordt, voor zover hier van belang, gevormd door een afbeeldingstheorie over taal en betekenis en het funderingsdenken over kennis en wetenschap.⁸ Onder een afbeeldingstheorie over taal en betekenis wordt een theorie verstaan volgens welke uitspraken een afbeelding zijn van de werkelijkheid die zij representeren. Funderingsdenken brengt mee dat wetenschappelijke kennis een toereikende grondslag moet hebben, dat wil zeggen, een onbetwifelbare empirische rechtvaardiging dient te hebben. Op deze wijze werd de objectiviteit van wetenschappelijke kennis verzekerd. Waarheid is in deze opvatting te verstaan als correspondentie van een uitspraak met de werkelijkheid (de zin "sneeuw is wit" is waar dan, en slechts dan, als sneeuw wit is). Op deze filosofische grondslag is de moderne wetenschap – met alle technologische vooruitgang die zij heeft gebracht – gebaseerd.

Zoals de moderne tijd haar wortels had in de turbulente eerste helft van de 17^e eeuw, haar godsdienstoorlogen en de opkomst van de nationale staten, zo heeft de postmoderne tijd haar wortels in de wereldoorlogen van de 20^e eeuw en de erosie van de nationale staten. De ontwikkelingen die hebben geleid tot de moderne tijd vinden hun spiegelbeeld in het ontstaan van de postmoderne tijd. Het beeld van de natuurlijke orde (kosmos) is drastisch gewijzigd door de nieuwe fysica van Heisenberg, Bohr en anderen, waaruit voortvloeit dat de kosmos op het subatomaire niveau niet wordt gekenmerkt door orde en regelmaat, maar juist door onvoorspelbaarheid en onzekerheid. Tegelijkertijd is het beeld van de sociale orde (polis) drastisch gewijzigd. De nationale staten bleken niet in staat om twee wereldoorlogen te voorkomen die ons hebben achtergelaten met een besef van "never such innocence again".⁹ De verschuiving van politieke macht naar supranationale organisaties, multinationals en NGO's enerzijds, en naar regionale gewesten anderzijds, hebben de betekenis van natie-staten verder gerelativeerd. Het vooruitgangsgeloof in wetenschap en samenleving is danig aangetast en het streven naar zekerheid is verdrongen door een besef van onzekerheid. De dromen van het rationalisme zijn definitief voorbij, nu de laatste pogingen om de wetenschap te funderen op een uniforme taal en methode definitief zijn mislukt (het logisch-positivisme van de "Wiener Kreis"). De taalfilosoof Wittgenstein heeft met de aanval op de "picture theory of meaning" uit zijn vroegere werk de onmogelijkheid van een afbeeldingstheorie van betekenis aangetoond. In zijn latere werk legt hij juist de nadruk op de onherleidbaarheid van de verscheidenheid van het alledaagse taalgebruik, zoals in de vorige paragraaf al bleek. Sedert de

8. Patterson 1996, p. 376.

9. Glover 1999, p. 1-11.

“linguistic turn” en de “historicist turn” in de wetenschapsfilosofie heeft deze discipline zich verder verwijderd van het ideaal van objectieve wetenschapsbeoefening. De waarheid van wetenschappelijke uitspraken lijkt minder een kwestie van correspondentie met de werkelijkheid dan van de coherentie van het geheel van de theorie waarvan zij deel uitmaken. “The totality of our so-called knowledge or beliefs”, schrijft W.V.O. Quine, “from the most casual matters of geography and history to the profoundest laws of atomic physics or even of pure mathematics and logic, is a man-made fabric which impinges on experience only along the edges.”¹⁰ Het ideaal van objectieve kennis lijkt verwaterd tot discursieve kennis.

Waar heeft de ondergang van het gedachtegoed van de moderne tijd ons gebracht? Deze cruciale vraag behoort tot de meest omstreden kwesties van de hedendaagse filosofie. Eén ding is zeker: de tijd van het geloof in objectieve wetenschap voor de oplossing van maatschappelijke problemen is definitief voorbij. De moderne tijd is een verloren paradijs van onhaalbare idealen, terugkeer is niet meer mogelijk, maar daarmee is nog niet de vraag beantwoord waar wij nu staan. Ruwweg zijn twee posities verdedigbaar. In de eerste plaats zijn er de aanhangers van het radicale postmodernisme die ieder streven naar objectiviteit, rationaliteit en waarheid als ijdel beschouwen. In deze lijn verdedigt bijvoorbeeld Richard Rorty dat objectiviteit niet meer is dan intersubjectieve overeenstemming, en dat waarheid niet is te definiëren als correspondentie met de werkelijkheid, maar als coherentie binnen een geheel van uitspraken. Het streven naar objectieve wetenschap voldoet eenvoudigweg niet meer nu het is ontmaskerd als een doorzichtige truc, zoals het geloof in de goden dat ook eens was.¹¹ Voorts zijn er de meer gematigde vormen van postmodernisme, zoals onder meer verdedigd door Toulmin.¹² Volgens hem heeft “the quest for certainty” – kenmerkend voor het modernisme – geleid tot een eenzijdige aandacht voor het domein van de theoretische rede (het kennen) boven dat van de praktische rede (het handelen). De voorstelling van de praktijk als toegepaste theorie doet haar echter tekort. Toulmin bepleit dan ook een herstel van de verstoorde balans tussen theorie en praktijk, logica en rhetorica, en rationaliteit en redelijkheid.¹³ Voor het domein van de praktische rede – waartoe de ethiek, de politiek en het recht behoren – betekent dat een verschuiving van de logica naar de rhetorica, van de theoretische kennis (*épistèmè*) naar de praktische kennis (*phronèsis*), en van de waarde van rationaliteit naar die van redelijkheid. Met een beroep op Aristoteles

10. Quine 1963, p. 42.

11. Rorty 1990, p. 36.

12. En door Susan Haack, die eveneens een middenpositie kiest tussen het funderingsdenken en het coherentisme in de kennistheorie (Haack 2009, die hieronder nog aan de orde komt).

13. Toulmin 2001.

bepleit Toulmin een contextualisering van de filosofie (*pros ton kairon*, naar de omstandigheden eisen), waarbij de scheiding tussen het theoretische domein en het praktische domein een sleutelrol vervult. Wanneer Toulmin over een herstel van de balans schrijft bedoelt hij niet dat (omgekeerd) het theoretische domein dient te worden gedomineerd door het praktische domein.¹⁴ In zijn benadering gaat het om de erkenning van de eigen rationaliteit van het praktische domein.

Het gematigd postmodernisme van Toulmin lijkt een plausibele tussenweg tussen enerzijds het modernisme en anderzijds het radicale postmodernisme. Zoals Toulmin laat zien berust het modernisme – in zijn “quest for certainty” – in feite op een reductie van andere vormen van kennen en handelen tot het domein van het theoretische kennen. Het schetst een beeld dat suggereert dat mensen zich uitsluitend verhouden tot een buitenmenselijke werkelijkheid (en niet tot de gemeenschap waarvan zij deel uitmaken). Omgekeerd behelst het radicale postmodernisme van Rorty in de kern een reductie van objectieve kennis tot intersubjectieve overeenstemming, van waarheid-als-correspondentie tot waarheid-als-coherentie. Daarmee wordt een beeld geschetst dat impliceert dat mensen zich uitsluitend verhouden tot de gemeenschap waarvan zij deel uitmaken (en niet tot een buitenmenselijke werkelijkheid). Beide vormen van reductionisme zijn (spiegelbeeldig) eenzijdig en dienen daarom te worden afgewezen. Het gematigde postmodernisme van Toulmin en anderen daarentegen doet recht aan verschillende taalspelen door te erkennen dat verschillende domeinen worden gekenmerkt door uiteenlopende vormen van rationaliteit. Zoals Aristoteles al schreef is het daarom even onzinnig om wiskundig bewijs in het recht te eisen als het onzinnig is om met redelijkheid te volstaan in de mathematica. Gelet op de verscheidenheid aan taalspelen, zo schrijft ook Blackburn¹⁵, is het nodig noch wenselijk om voor alle taalspelen dezelfde filosofische positie in te nemen. Zo is de radicale positie van Rorty misschien geldig voor bepaalde taalspelen (zoals literatuur, poëzie, of Franse filosofie), maar zeker niet voor alle andere taalspelen. Waarom zou het niet mogelijk zijn om realist te zijn in de context van de exacte wetenschappen, perspectivist in de ethiek en het recht, en pragmatist in de literatuurwetenschap?

14. “But it was no part of my agenda to tip the scale entirely, or to elevate Practice, in turn, at the expense of Theory. What I intended to do was, indeed, to restore a proper balance between them: to recognize the legitimate claims of “theories” without exaggerating the formal attractions of Euclidean reasoning, and to defend the lessons of actual “practice” without denigrating the powers of theoretical argument” (Toulmin 2001, p. 171). Niettemin geeft hij tevens aanzetten tot een radicalere positie, met name door het theoretische domein voor te stellen als een toepassing van het praktische domein (Toulmin 2001, p. 165, 172).

15. Blackburn 2005, p. 136.

Intermezzo 1: theorieën over waarheid

De geschiedenis van het waarheidsbegrip, zoals hiervoor geschetst, heeft geresulteerd in een veelheid aan theorieën over het waarheidsbegrip. Die verscheidenheid heeft onder meer te maken met de omstandigheid dat concurrerende waarheidstheorieën dikwijls uiteenlopende doelstellingen nastreven, of anders gezegd, een bijdrage beogen te leveren aan verschillende projecten. Zo wordt onder meer onderscheiden tussen een metafysisch project en een rechtvaardigingsproject.¹⁶ Het metafysische project probeert te definiëren wat 'waarheid' (eigenlijk) is door de specificatie van de noodzakelijke en voldoende voorwaarden voor een uitspraak of propositie om waar te zijn (bijvoorbeeld: de zin "sneeuw is wit" is dan, en slechts dan waar indien sneeuw wit is). Soms zijn de pretenties van deze onderneming beperkt tot onze actuele wereld en soms strekken zij zich uit tot iedere mogelijke wereld. De definitie van het waarheidsbegrip als de correspondentie met een buitentalige werkelijkheid (de correspondentietheorie) dan wel als de coherentie met andere ware uitspraken of proposities (de coherentietheorie), zijn het resultaat van dit metafysische streven naar een waarheidsdefinitie. Tot dezelfde categorie behoren de pragmatische theorieën die 'waarheid' definiëren als een eigenschap van uitspraken of proposities die effectief zijn, dat wil zeggen, die blijken te werken. Het aantrekkelijke van dit metafysische project is dat een definitie duidelijkheid lijkt te bieden over de inhoud en de reikwijdte van het waarheidsbegrip. Tegelijkertijd dienen wij ons te realiseren dat die duidelijkheid beperkt is. In de eerste plaats omdat in bijna iedere context waarin het waarheidsbegrip wordt gebruikt een eenduidige definitie tekort blijkt te schieten. Zo is 'waarheid' in de meeste gebruikssituaties van enige complexiteit zelden of nooit uitsluitend correspondentie of coherentie, maar vertoont het meestal karakteristieken van beide definities. Bij wijze van voorbeeld kan worden gedacht aan 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). Het lijkt erop dat de scherpe tegenstelling tussen correspondentie en coherentie eerder het gevolg is van (post)modernistische uitgangspunten dan van nauwkeurig onderzoek naar de wijze waarop het waarheidsbegrip in het alledaagse taalgebruik wordt gehanteerd. Maar ik haast mij hieraan toe te voegen dat het allerminst zeker is dat de betekenis van 'correspondentie' en 'coherentie' hier dezelfde is als in de geboden definities. Als dat niet zo is, kunnen wij die termen hier slechts in overdrachtelijke zin hanteren (zoals ik verder ook zal doen). Dat onderstreept temeer dat de definities van het waar-

16. Kirkham 1995, p. 37.

heidsbegrip hier slechts beperkte duidelijkheid over de betekenis van dat begrip kunnen bieden.

Maar er is nog een reden waarom het streven naar een definitie van het waarheidsbegrip slechts beperkte duidelijkheid biedt. Die reden is dat zo'n definitie uitsluitend antwoord geeft op de vraag *wat* waarheid is en niet op de vraag *wanneer* een uitspraak of propositie waar is.¹⁷ Die laatste vraag is de inzet van een ander project, te weten het rechtvaardigingsproject. Dit project probeert een eigenschap te identificeren waarmee de waarheid van een uitspraak kan worden beoordeeld en waarmee de meeste ware uitspraken kunnen worden onderscheiden van de meeste onware uitspraken. Het handelt over vragen als: wanneer en hoe is het gerechtvaardigd een uitspraak voor waar aan te nemen? Dat is een andere vraag dan de vraag: wat zijn de noodzakelijke en voldoende voorwaarden voor een uitspraak om waar te zijn? Anders gezegd, in dit project gaat het niet om een definitie van 'waarheid', maar om een criterium om te beslissen wanneer een uitspraak of propositie waar is. Een definitie van 'waarheid' als overeenstemming met de werkelijkheid helpt ons niet om te beslissen wanneer een uitspraak waar is. Volgens Kirkham zijn rechtvaardigingstheorieën strikt genomen dan ook geen waarheidstheorieën; "They are not *about* truth. They are *about* justification."¹⁸ Daarmee is overigens niet gezegd dat er geen verband bestaat (daar kom ik hieronder op terug). Vanuit epistemologisch (kennistheoretisch) oogpunt is het rechtvaardigingsproject van groter belang dan het metafysische project. Wij zullen nog zien dat ook in de rechtspraktijk waarheidsvinding aan de orde is in de context van het vinden en vaststellen van feiten en de rechtvaardiging van een bewijsoordeel (zie par. 5). In de loop van het betoog verschuift de aandacht hier dan ook geleidelijk van het waarheidsbegrip naar de rechtvaardiging van het bewijsoordeel. Wat daarover gezegd wordt, vormt dan ook eerder een bijdrage aan een rechtvaardigingstheorie dan aan een waarheidstheorie.

Maar is het überhaupt mogelijk om aan een rechtvaardigingstheorie bij te dragen zonder inzicht te bieden in de waarheidstheorie waarop die berust? Volgens Kirkham is het niet mogelijk om het rechtvaardigingsproject uit te voeren zonder eerst het metafysische project te hebben voltooid. Theorieën over de rechtvaardiging van uitspraken hebben namelijk betrekking op de rechtvaardiging van die uitspraken *als* ware uitspraken (of een vergelijkbare epistemologische waarde) en veronderstellen daarom een theorie over de noodzakelijke en voldoende voorwaarden voor waarheid.¹⁹ Als hij hierin gelijk heeft, is het niet mogelijk om over waarheidsvinding

17. In the preadvies van Marc Groenhuijsen wordt hier onderscheiden tussen waarheidsbegrip en -criterium (zie par. 2).

18. Kirkham 1995, p. 26.

19. Kirkham 1995, p. 43, 44.

in het recht te schrijven zonder eerst het metafysische project te hebben voltooid. Gelet op de problemen waarmee de deelnemers aan dat project (blijven) kampen, biedt dat geen aantrekkelijk perspectief. Wat mij betreft houden wij ons hier dan ook ver van die problemen. Om verschillende redenen denk ik ook dat dit kan, of anders gezegd, dat het verantwoord is om ze links te laten liggen. Allereerst kan over de noodzakelijkheid van het metafysische project voor het rechtvaardigingsproject anders worden gedacht dan Kirkham doet. "(...) Inquiry is an attempt to discover the truth of some question or questions", schrijft Susan Haack, "to understand this, no elaborately articulated theory of truth is needed."²⁰ De omstandigheid dat rechtvaardigingstheorieën betrekking hebben op de rechtvaardiging van uitspraken als waar (of een vergelijkbare epistemologische waarde), zo luidt de repliek op Kirkham, impliceert niet dat zij een bepaalde waarheidsdefinitie veronderstellen.

Voorts hoeven wij omtrent het waarheidsbegrip niet meer te veronderstellen dan nodig is voor onze doeleinden, zodat die veronderstellingen bescheiden kunnen blijven. Zij omvatten in ieder geval het uitgangspunt dat het waarheidsbegrip in het recht een centrale rol speelt (evenals in de empirische wetenschappen). Die rol wordt hier echter tamelijk terughoudend omschreven; het waarheidsbegrip vormt het definiërende doel van ieder onderzoek naar de toedracht van de feiten en vormt als zodanig een regulatief idee (par. 4). Voor een dergelijke rol als regulatief idee is niet meer nodig dan de intuïtieve aanname dat die waarheid bestaat in overeenstemming met een buitentalige werkelijkheid (par. 2). Het antwoord op de vraag of dat waarheid-als-correspondentie is dan wel waarheid-als-coherentie (in metafysische zin), kunnen wij hier schuldig blijven.²¹ Dat weten wij niet, maar dat hoeven wij ook niet te weten. Een dergelijk waarheidstheoretisch agnosticisme lijkt mij alleszins verdedigbaar. Is daarmee gezegd dat waarheid (niet meer dan) rechtvaardiging is? Nee, zeker niet, maar wel dat waarheidsvinding in het recht neerkomt op onderzoek naar de werkelijke toedracht van een historische gebeurtenis en de rechtvaardiging van een bewijsoordeel over die gebeurtenis. Is daarmee dan niet tevens gezegd dat een rechtvaardigingstheorie het zonder een waarheidstheorie kan stellen? Nee, ook die stelling wordt hier niet betrokken, maar wel dat

20. Haack 2004, p. 363.

21. Hier zit ik op dezelfde lijn als Groenhuijsen: zij het dat ik de indruk heb dat hij de intuïtieve aanname dat waarheid bestaat in overeenstemming met een buitentalige werkelijkheid als "correspondentie" aanduidt en daarom de correspondentietheorie aanvaardt (hetzelfde geldt voor Anna Gerbrandy in haar preadvies, zie par. 2.1), terwijl ik de term "correspondentietheorie" reserveer voor de metafysische (modernistische) waarheidstheorie die waarheid als zodanig definieert (in tegenstelling tot de coherentietheorie), en mij in die controverse van een standpunt onthoudt. Als deze indruk juist is, betreft dit slechts een verbaal dispuut (over de betekenis van woorden) tussen ons, en niet een reëel dispuut (over wat daarmee wordt aangeduid).

wij de keuze voor een (metafysische) waarheidsdefinitie in het midden kunnen laten wanneer wij het waarheidsbegrip als regulatief idee opvatten. Voor onze doeleinden is dat eenvoudig genoeg.

4. Waarheid als regulatief idee

Hiervoor zagen wij dat het waarheidsbegrip en de daarmee verbonden concepten een rol spelen in een groot aantal uiteenlopende praktijken (par. 2). De theorievorming over het waarheidsbegrip heeft ons achtergelaten met het dilemma tussen de correspondentietheorie en de coherentietheorie over waarheid (par. 3). In dat licht kunnen twee strategieën worden onderscheiden om het waarheidsbegrip op theoretisch niveau te verantwoorden, aldus de rechtsfilosoof Ronald Dworkin. “We might, first, take the correspondence theory of truth (or some rival like a coherence theory) to exhaust the concept of truth – to state conditions that any kind of judgment in any domain must meet if it is to count as true.”²² Op het eerste gezicht is deze strategie niet aantrekkelijk omdat zij de verscheidenheid van het gebruik van het waarheidsbegrip en de daarmee verbonden concepten als het ware in de mal van één enkelvoudige theoretische conceptie past. Daarom wijst Dworkin op een andere mogelijkheid. “Or we might, second, try to formulate some very abstract concept of truth, and of the associated notions of reality, objectivity, responsibility, sincerity, and the rest, that would allow us to construct different less abstract theories as candidates for explaining truth in the different domains in which claims of truth play a role.”²³ Volgens deze tweede strategie worden verschillende waarheidstheorieën gezien als pogingen om het waarheidsbegrip in de verschillende taalspelen waarin het wordt gebruikt recht te doen, zodanig dat het bereik van zo’n theorie beperkt is tot een bepaald taalspel. Hoewel Dworkin voor deze tweede strategie kiest, kan hij het toch niet laten om een poging tot synthese te doen die voor alle taalspelen geldt. “We would make a more convincing case for the second strategy”, schrijft hij, “if we could set out a very abstract, highest-level account of truth that we might think holds for all genres – of science, mathematics, philosophy, and value – in which claims of truth are standard.”²⁴ In zijn benadering is waarheid nauw verbonden met onderzoek, meer in het bijzonder is waarheid het intrinsieke doel van onderzoek. “We could offer, as our most abstract characterization, that truth is what counts as the uniquely successful solution to a challenge of inquiry.”²⁵ Waarheid als de beste uitkomst van een onderzoek.

22. Dworkin 2011, p. 175.

23. Dworkin 2011, *ibidem*.

24. Dworkin 2011, p. 176.

25. Dworkin 2011, p. 177.

Ook Susan Haack kiest voor deze benadering. Onderzoek is een poging om de waarheid te vinden omtrent een bepaalde vraag of vragen, zo citeerden wij hierboven (intermezzo 1). Onderzoek vergt dan ook, in de eerste plaats, dat de onderzoeker zich voor een vraag gesteld ziet. Soms kan een onderzoeksvraag volgens vaste routines worden beantwoord, maar zodra zij complexer is ontwerpen wij een hypothese omtrent het antwoord. Die hypothese kan worden getoetst; wat zijn haar consequenties? Hoe verhoudt zij zich tot reeds beschikbaar bewijs, tot de rest van onze kennis over het onderwerp, of tot bewijs dat nog wordt verwacht? Dat kan leiden tot verworping van de hypothese, tot aanpassing daarvan, of tot een nieuwe hypothese, waarna het onderzoek opnieuw begint. Het onderzoek is beter naar mate de hypotheses doeltreffender, beter geïnformeerd en verbeeldingsrijker zijn, de zoektocht naar bewijs grondiger wordt uitgevoerd en de redenering evenwichtiger is. "An inquirer's business is to discover the true answer to his question", aldus Haack, "so his obligation is to seek out and assess it as fairly as possible."²⁶ De noties van onderzoek en bewijs zijn dan ook nauw verwant (zie par. 7). Volgens Haack is ook waarheidsvinding in het recht een vorm van onderzoek, vergelijkbaar met het onderzoek dat gangbaar is in de empirische wetenschappen. Enerzijds is er geen principieel verschil tussen wetenschappelijk onderzoek en andere, meer alledaagse vormen van onderzoek, zoals feitenonderzoek in het recht. Hooguit kan worden gezegd dat wetenschappelijk onderzoek door het gebruik van instrumenten en technieken verfijnder is. Anderzijds is de specifieke processuele context wel verantwoordelijk voor verschillen tussen wetenschappelijk onderzoek en waarheidsvinding door de rechter: "First, a legal system isn't exactly, as science is, a kind of inquiry; it is better described as a set of rules and machinery for resolving disputes and making it possible for people to live together in some kind of order. Not that inquiry is irrelevant to the law; but the reason it is relevant is that we want, not simply resolutions, but substantively *just* resolutions."²⁷ Juridische oplossingen zijn niet alleen gebonden aan de wens om te komen tot feitelijk juiste (ware) oordelen, maar ook aan andere, niet aan waarheid gerelateerde desiderata (zoals de rechten van de verdachte). Daarnaast is het feitenonderzoek in het recht ook gebonden aan praktische beperkingen, zoals de beperking dat het binnen een bepaalde tijdspanne voltooid dient te zijn. Ik kom hierop terug bij de bespreking van de processuele context van waarheidsvinding (par. 5).

Het waarheidsbegrip speelt derhalve een centrale rol in onderzoek naar de werkelijke toedracht van een voorval of gebeurtenis. Hoe kan die rol worden gespecificeerd? Bij de beantwoording van die vraag is het zinvol te onderscheiden tussen het externe perspectief van de toeschouwer van het

26. Haack 2004, p. 364.

27. Haack 2004, p. 368.

recht en het interne perspectief van de deelnemer aan die praktijk.²⁸ Wanneer wij ons hier beperken tot de praktijk van het recht valt als eerste op dat de vaststelling van de werkelijke toedracht van de feiten, zodra die enige complexiteit vertonen, aanleiding vormt tot meningsverschil en discussie. Het standaardvoorbeeld is een civiele procedure waarin twee partijen pretenderen dat hun versie van de feiten de ware is. Vanuit extern perspectief zijn de verhalen die de partijen de rechter vertellen relatief, in die zin dat zij afhankelijk zijn van het ingenomen perspectief. Het retorische perspectief van de beide partijen – dat wil zeggen het geheel van interpretaties, standpunten en belangen waarin hun feitenrelaas is ingebed – is bepalend voor de inhoud en strekking van dat verhaal. Het verhaal dat de partijen aan de rechter vertellen berust op hun eigen interpretatie van die feiten in combinatie met hun uitleg van het recht. Lindenbaum vertelde de rechter zijn verhaal, dat een eigen mengsel behelst van zijn feitenrelaas en zijn interpretatie van het recht. Daartegenover stelde Cohen zijn verhaal, dat evenzeker een claim op basis van een mengsel van recht en feiten inhield. De rechtsstrijd die zij streden was in zekere zin een strijd om de erkenning van het eigen verhaal. “Legal argument is a struggle for the privilege of recounting the past”, schrijft David Luban.²⁹ Tegelijkertijd behelst de uitspraak van de rechter niet alleen een keuze tussen de verhalen van de beide partijen, maar tevens een voortzetting van het grotere verhaal van het recht.³⁰ De uitspraak van de Hoge Raad in het genoemde geval heeft het aansprakelijkheidsrecht getransformeerd van een gesloten stelsel van regels naar een open systeem van ongeschreven fatsoensnormen. Daarmee is het taalspel zelf veranderd, andere argumenten worden relevant, andere verhalen worden toegelaten. Dit holisme is niet beperkt tot het materiële recht, maar strekt zich uit tot het bewijsrecht. Het bewijs van uitspraken in het recht is ingebed in grotere verhalen waarin die uitspraken betekenis krijgen. “As Justice Souter remarked”, schrijft Lai, “evidence ‘has force beyond any linear scheme of reasoning, and as its pieces come together a narrative gains momentum’” (zie par. 7).³¹

Vanuit het externe perspectief van de toeschouwer biedt het recht derhalve een bonte verscheidenheid van uiteenlopende claims op waarheid. In dat licht lijkt het idee van één perspectiefonafhankelijk, absoluut waarheidsbegrip obsoleet. Dat idee is zelfs in de empirische wetenschappen omstreden, laat staan in het domein van de praktische kennis, zoals het

28. Het onderscheid tussen het externe perspectief staat ook centraal in Lai 2008, p. 46 e.v. Hij omschrijft het externe perspectief als dat van een “system engineer” en het interne perspectief als dat van de “fact-finder as a moral agent”.

29. Luban 1994, p. 209.

30. “De rechter heeft het verhaal nodig om de feiten te kunnen structureren en keuzes te kunnen maken”, Aldus De Bock 2011, p. 128.

31. Lai 2008, p. 161.

recht, de politiek en de moraal. Het grootste probleem voor het absolutisme is dat er geen zekere manier bestaat om die ene, gepretendeerde absolute waarheid vast te stellen. Volgt daaruit dat wij dan zijn overgeleverd aan een relativistische opvatting over waarheid? Het probleem voor het relativisme is dat het zichzelf weerlegt; als het waar is (en er is geen absolute waarheid), dan is het onwaar (omdat dit dan ook voor het relativisme geldt).³² De afwijzing van het absolutisme drijft ons echter niet noodzakelijk in de armen van het relativisme. Uit de omstandigheid dat er niet zoiets is als één, perspectiefonafhankelijke waarheid in het recht volgt immers niet onvermijdelijk dat ieder verhaal even waar is. Het gaat in het recht niet louter om wie (letterlijk) "het sterkste verhaal" kan vertellen (waarheid als macht). Waarheid in het recht is een kwestie van interpretatie, er is niet zoiets als één, perspectiefonafhankelijke waarheid in het recht. Daar valt weinig op af te dingen, maar er valt wel iets naast te stellen. Weliswaar is het verhaal dat de partijen aan de rechter vertellen afhankelijk van het ingenomen perspectief, maar dit sluit niet uit dat één van de beide verhalen beter is dan het andere (op een nader te specificeren wijze).³³ Anders gezegd, het hier verdedigde perspectivisme impliceert nog geen relativisme (in de zin dat ieder verhaal even goed is).³⁴ Wat voor de verhalen van de beide partijen geldt, geldt vervolgens evenzeer voor het oordeel van de rechter. Ook de rechter pretendeert dat de feiten die hij aan zijn oordeel ten grondslag legt werkelijk gebeurd zijn. 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.

Hier doet zich een belangrijke parallel voor tussen de beide elementen van het rechterlijk oordeel, de rechtsvinding en de waarheidsvinding. Met betrekking tot de rechtsvinding heeft Dworkin verdedigd dat er in "hard cases" weliswaar verschillende interpretaties van het recht verdedigbaar zijn, maar dat er toch slechts één "right answer" bestaat. Daarmee is niet gezegd dat wij dat ene juiste antwoord kunnen kennen, aldus Dworkin, dat zou een Hercules vereisen, "an imaginary judge of superhuman intellectu-

32. Blackburn 2005, p. viii-44.

33. Ik verwijz hier naar het preadvies van Dineke de Groot waarin, als ik mij niet vergis, dezelfde opvatting wordt verdedigd (par. 2.3).

34. "Perspectivisme" wordt door Haack omschreven als "the thesis that judgements of justification are inherently perspectival, in that what evidence one takes to be relevant to the degree of justification of a belief unavoidably depends on other beliefs one has; so that, since people differ in their background beliefs, they will differ in their judgement of how justified this or that belief is, the more radically, the more radically their background beliefs differ" (Haack 2009, p. 268). In wetenschapsfilosofische termen: waarheidsvinding is theorie-afhankelijk, maar het gaat erom de juiste theorie te gebruiken (zie Derksen 2010, p. 40).

al power and patience who accepts law as integrity.”³⁵ In vergelijkbare zin geldt dat ook voor de andere kant van het beste verhaal, de waarheidsvinding door de rechter. De vaststelling van de feiten wordt geleid door het idee van waarheid, of anders gezegd, het waarheidsbegrip vervult een rol als regulatief idee.³⁶ Het rechterlijk oordeel behelst niet alleen de beste voortzetting van het recht, maar tevens de meest plausibele toedracht van de feiten. Het waarheidsbegrip vormt daarbij het regulatieve idee om te bepalen welke feiten daarin wel thuishoren, en welke niet. Ook hiervoor geldt dat de rechter weliswaar streeft naar een feitenrelaas dat op waarheid berust, maar nooit weet of hij dat in het voorliggende geval heeft bereikt. Dat zou immers een Hercules vergen, om met Dworkin te spreken, die met bovenmenselijke competenties en bronnen de werkelijke toedracht van de feiten weergeeft.

Vanuit het externe perspectief van de toeschouwer van het recht is waarheid relatief, zo kunnen wij het voorgaande samenvatten, maar vanuit het interne perspectief van de deelnemer vervult het waarheidsbegrip een rol als regulatief idee. Voor de deelnemer is de activiteit van het vaststellen van de feiten in een zinvol verband gericht op “waarheidsvinding”. Die term alleen al drukt uit dat ook in het recht waarheid kan worden gezien als de “uniquely successful solution to a challenge of inquiry” (Dworkin). Het waarheidsbegrip speelt hier een rol als regulatief idee, waarop zowel de partijen als de rechter koersen. Zonder het waarheidsbegrip als regulatief idee wordt zowel het debat als het oordeel over de feiten zinloos, want stuurloos. Met het waarheidsbegrip als regulatief idee blijven wij niettemin achtervolgd worden door hardnekkige vragen, waarop wij het antwoord schuldig moeten blijven. Weten wij ooit met zekerheid of wij de waarheid kennen? Niet in absolute zin, zou ik menen, maar wel met de zekerheid die in de gegeven beslissingscontext nodig is (par. 7). En is dat dan waarheid-als-correspondentie of waarheid-als-coherentie? Waarheidsvinding berust op het intuïtieve idee van overeenstemming met een buitentalige werkelijkheid (par. 2). Maar of dat waarheid-als-correspondentie is dan wel waarheid-als-coherentie (in metafysische zin), weet ik niet. Dat neemt niet weg dat de reconstructie van een historische gebeurtenis gelijkenis vertoont met beide (in overdrachtelijke zin). Die reconstructie op basis van sporen, verklaringen en teksten lijkt namelijk sterk op waarheid-als-coherentie, maar berust tegelijkertijd op de veronderstelling dat zij ergens “aan de werkelijkheid raakt” (hetgeen weer lijkt op waarheid-als-correspondentie). Dit beeld wordt ondersteund door de casus van de overval in Nederweert (zie *Intermezzo 2*).

35. Dworkin 1986, p. 239.

36. Popper 1979, p. 30. In zijn preadvies neemt Groenhuijsen een vergelijkbaar standpunt in.

5. De processuele context van waarheidsvinding

Voor praktische doeleinden kan waarheidsvinding in het recht worden beschouwd als een proces van de vaststelling of het bewijs van historische gebeurtenissen in een processuele context. Deze karakterisering behelst drie elementen van respectievelijk epistemologische, historiografische en procesrechtelijke aard. In het vervolg zullen elk van deze dimensies van waarheidsvinding worden toegelicht, te beginnen met de processuele context. Over de processuele inbedding van de waarheidsvinding is onlangs een uitstekend proefschrift gepubliceerd door Ruth de Bock, dat weliswaar handelt over het civiele proces, maar in feite het belang daarvan overstijgt. Dat is reeds daarom het geval omdat in deze studie niet, zoals lange tijd gebruikelijk, wordt betoogd dat het civiele procesrecht (slechts) gericht is op de formele waarheid en het strafprocesrecht op de materiële waarheid. Ook het civiele procesrecht is volgens de schrijfster ingericht op de zoektocht naar materiële waarheid.³⁷ Waarheidsvinding wordt door De Bock aangemerkt als een *beginsel* van het civiele procesrecht, zoals het beginsel van hoor en wederhoor, berechting binnen een redelijke termijn, en vele andere beginselen. Daarbij dient te worden onderscheiden tussen waarheidsvinding als *resultaat*, het belang van een correcte vaststelling van de feiten door de rechter (de materiële zijde van de waarheidsvinding) en waarheidsvinding als *proces* (de processuele zijde van de waarheidsvinding). Waarheidsvinding als proces kan worden gezien als een verbijzondering van het type onderzoek waarin waarheid als het criterium voor een succesvolle uitkomst geldt (par. 3). Door waarheidsvinding aan te merken als beginsel, wordt niet alleen het zwaarwegende belang van waarheidsvinding benadrukt, maar wordt tevens tot uitdrukking gebracht dat het niet alleen een kernwaarde is van het procesrecht, maar ook een norm of zelfs opdracht aan de rechter en partijen.³⁸

De processuele inbedding van waarheidsvinding is volgens De Bock in twee opzichten van belang: “de kern van de procedurele inbedding van de waarheidsvinding is de gerichtheid op het nemen van een beslissing door de rechter; dit is ook wat waarheidsvinding in de procedure onderscheidt van waarheidsvinding op andere terreinen. Daarnaast brengt de procedurele inbedding mee dat de rechter niet alleen acht kan slaan op het belang van waarheidsvinding. Ook andere belangen spelen in de procedure een rol, zoals het belang van een voortvarende procedure of het belang van de vertrouwelijkheid van gegevens. De rechter zal zich dan ook regelmatig in de situatie bevinden dat dergelijke belangen moeten worden afgewogen tegen het belang van de waarheidsvinding.”³⁹ Het uitgangspunt is hier dat de

37. De Bock 2011, p. 42.

38. De Bock 2011, p. 69, 70.

39. De Bock 2011, p. 36. Vergelijk ook de andere preadviseurs.

waarheidsvinding in het recht in dienst staat van het rechterlijk oordeel. In een systeem waarin recht wordt gedaan door de toepassing van regels op feiten, zoals het onze, veronderstelt ieder rechtsoordeel de vaststelling van die feiten. De kwaliteit van dat rechtsoordeel veronderstelt bovendien dat de feiten juist zijn vastgesteld, met andere woorden, dat het op waarheid berust. Daarmee is niet alleen het individuele belang van de rechtzoekende gediend, het dient bovendien het maatschappelijke belang van de legitimiteit van de rechtspraak. Men kan zelfs de stelling verdedigen, zoals De Bock ook doet, dat het een vereiste van rechtvaardigheid is dat een rechterlijk oordeel niet op fictie, maar op waarheid berust. Ons procesrecht is zodanig ingericht dat niet iedere uitkomst van het proces gerechtvaardigd is, eenvoudig omdat het de uitkomst van het proces is (wat Rawls "perfect procedural justice" heeft genoemd). Een juridische procedure belichaamt veeleer "imperfect procedural justice", dat wil zeggen dat er een onafhankelijk criterium geldt voor een juiste uitkomst, maar dat het volgen van de procedure geen garantie biedt dat de uitkomst ook juist is.⁴⁰ Het rechterlijk oordeel is definitief, maar het is ook feilbaar. Het rechterlijk oordeel is "final but fallible", in de woorden van Hart⁴¹, hetgeen meebrengt dat ook de waarheidsvinding in het recht eindig en definitief is. "De procedure kan geen open einde hebben", schrijft De Bock, "de rechter moet altijd een beslissing nemen."⁴²

Rawls wijst nog op een andere parallel tussen rechtvaardigheid en waarheid: "Being first virtues of human activities, truth and justice are uncompromising."⁴³ Dat is een mooi uitgangspunt, maar is het in het recht onverkort houdbaar? Waarheidsvinding is weliswaar een primair doel van ieder proces, maar het is niet een absoluut doel. Voor het civiele proces wijst De Bock op de omstandigheid dat het beginsel van waarheidsvinding soms moet concurreren met andere beginselen, zoals dat van de berechting binnen een redelijke termijn, of de bescherming van de vertrouwelijkheid van gegevens. Wél is zij van oordeel dat het belang van waarheidsvinding in beginsel zwaarder weegt dan het belang van een voortvarende procedure.⁴⁴ Voor het strafproces heeft Crijns eveneens gewezen op de afweging van het belang van de waarheidsvinding met andere belangen, zoals belang van de rechtsbescherming van de verdachte, het belang dat een geding tot een einde behoort te komen ("*lites finiri oportet*") en het belang van een effi-

40. Rawls 1971, p. 86. Wat overigens niet betekent dat het volgen van de juiste procedure niet kan bijdragen tot de rechtvaardiging van de uitkomst. Dat doet het namelijk wel degelijk (met dank aan Ton Hol, die mij hierop wees).

41. Hart 1961, p. 138-144.

42. De Bock 2011, p. 183.

43. Rawls 1971, p. 4.

44. De Bock 2011, p. 152-158.

ciënt strafproces.⁴⁵ In de verschillende stadia van het strafproces dienen deze concurrerende belangen te worden afgewogen (waarbij het belang van de waarheidsvinding in het recente debat overigens extra aandacht en gewicht heeft gekregen). Volgens Crijns leidt dat tot twee karakteristieke lijnen in het strafproces, namelijk dat de waarheidsvinding gaandeweg het proces (i) aan steeds zwaardere eisen dient te voldoen en (ii) zich steeds sterker toespitst op “bepaalde aspecten van de historische werkelijkheid.” Deze trechterwerking in de waarheidsvinding omschrijft hij als “een transformatie van de historische werkelijkheid naar een procedurele werkelijkheid.”⁴⁶ Waarheid in het recht lijkt in zoverre een bijzonder soort historische waarheid (par. 6). Het belangrijkste verschil schuilt hierin dat waarheid in het recht niet wordt nagestreefd omwille van zichzelf (zoals in de geschiedwetenschap), maar omwille van een juist rechtsoordeel. Ook in het strafrecht zijn waarheid en rechtvaardigheid niet altijd tegelijkertijd te realiseren, zoals het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs illustreert. “The courts must not only find the truth to do justice”, schrijft Lai terecht, “it must do justice in finding the truth.”⁴⁷

De invloed van de processuele context op de waarheidsvinding doet zich ten slotte gelden in de wijze waarop de feiten worden vastgesteld of bewezen. Over de overeenkomsten tussen waarheidsvinding in en buiten de processuele context van het recht (zoals in de empirische wetenschappen), is al veel geschreven. De meest elementaire overeenkomst is misschien wel dat waarheidsvinding in de empirische wetenschappen en in het recht een redenering vergt van een aantal bekende gegevens naar een meer algemene, ‘nieuwe’ conclusie. Deze redenering is inductief, hetgeen meebrengt dat zij een stap, beslissing of bewijsoordeel behelst, die/dat niet logisch door de beschikbare informatie wordt gerechtvaardigd. In het discours over het juridisch bewijs verschuift daardoor de vraag naar de werkelijke toedracht van een gebeurtenis naar die van de rechtvaardiging van een bewijsoordeel. Dat is een kleine maar betekenisvolle verschuiving, omdat zij verbonden is met een veelheid aan regels en gebruiken uit de processuele context, waaronder institutionele factoren (wie is belast met de waarheidsvinding? Welke bevoegdheden staan daartoe ter beschikking?), processuele factoren (hoe wordt bewijs geleverd? Welke regels zijn daarop van toepassing?), en discursieve factoren (welke redeneringen zijn aanvaard? Welke criteria worden gehanteerd?). Daarbij geldt dat elk van deze factoren dient te worden gespecificeerd naar rechtsgebied, zowel wat betreft de institutionele factoren (een lijdelijke of actieve rechter?), de processuele factoren

45. Crijns 2008, p. 15-32.

46. Crijns 2008, p. 33.

47. Lai 2008, flapteksten.

(een accusatoir of een inquisitoir stelsel?), als de discursieve factoren (een formele of materiële waarheid?).

Ook Susan Haack wijst op het belang van de processuele context van waarheidsvinding: "Since for good reason the legal process, unlike the process of scientific inquiry, has to be concluded within a relatively short time-frame, we need a way of ensuring that the search for and scrutiny of evidence is as thorough as that time-frame allows. An adversarial system is one way to do this."⁴⁸ Terecht merkt zij hierbij op dat het proces op tegenpraak een historisch artefact is dat weliswaar een noodzakelijke context voor waarheidsvinding in het recht biedt, maar niet noodzakelijk perfect is. In meer algemeen zin kan worden opgemerkt dat een processuele context van waarheidsvinding niet noodzakelijk beperkingen voor de waarheidsvinding oplevert, zoals weleens wordt beweerd. Waarheidsvinding veronderstelt een perspectief, zo zagen wij al, en de processuele context dient er juist toe de concurrerende perspectieven van de partijen tot volle gelding te laten komen. Dat is niet alleen een eis van rechtvaardigheid, maar ook een eis van doelmatigheid. Alleen zo wordt de rechter immers volledig geïnformeerd en daardoor in staat gesteld tot een goed bewijsoordeel. Zo beschouwd vormt de processuele context, mits juist ingericht, niet alleen een obstakel voor waarheidsvinding, maar tevens de noodzakelijke inbedding voor waarheid in het recht.

6. De waarheid van geschiedenis

Waarheidsvinding in het recht betreft altijd historische gebeurtenissen, zo zagen wij hiervoor, zij is daarom afhankelijk van het tijdsperspectief. Hier dringt zich dan ook een parallel op tussen de rechtsgeleerdheid en de geschiedwetenschap, of tussen de rechter en de historicus.⁴⁹ Zowel in het recht als in de geschiedenis gaat het om een waarheidsgetrouwe weergave van een historische gebeurtenis. Zowel voor de rechter als de historicus geldt dat zij doorgaans zelf geen getuige zijn geweest van die gebeurtenis en daarom slechts indirect toegang hebben tot de werkelijke toedracht, namelijk via getuigenissen, processen-verbaal, afbeeldingen, of andere bronnen. De rechter en de historicus staan beiden voor de opgave om het bewijsmateriaal aan een nauwkeurig onderzoek te onderwerpen en onpartijdig te beoordelen. Daarbij komt het uiteindelijk aan op een waardering van het bewijs voor een bepaalde reconstructie van de desbetreffende historische gebeurtenis. Omtrent de waarheid van die reconstructie valt zelden zekerheid te verkrijgen; een bepaalde mate van waarschijnlijkheid is

48. Haack 2004, p. 370.

49. Ook Van Koppen wijst op deze parallel (Van Koppen 2011, p. 86-92).

meestal het maximaal haalbare. Niettemin is de gemeenschappelijke premisse van de rechter en de historicus dat het mogelijk is om op grond van bepaalde regels te bewijzen dat X Y heeft gedaan.⁵⁰ Waarheid vormt ook hier een regulatief idee; we veronderstellen dat wij de historische waarheid kunnen vaststellen, maar zelden weten wij met zekerheid of wij daarin zijn geslaagd. Getuigen kunnen liegen, afbeeldingen kunnen ons bedriegen, verdachten kunnen valse bekentenissen afleggen, en objectief bewijs kan verkeerd geïnterpreteerd worden. Helaas hebben wij dat in de rechtspraak recentelijk meermalen door schade en schande ondervonden.

Natuurlijk zijn er ook verschillen tussen de methode van de rechter en die van de historicus. In de eerste plaats is de rechter gericht op historisch gedrag van individuen. Voor de historicus is dat vaak het geval, maar vaak ook niet. Historici houden zich veelal bezig met grootschalige processen (zoals de kruistochten) of met bovenindividuele actoren (zoals staten). Voorts gaan rechters en historici anders om met kennelijke lacunes in de documentatie van een historische gebeurtenis. Hoewel beiden dergelijke lacunes plegen aan te vullen met elementen uit de context, kan de historicus volstaan met historische mogelijkheden. De rechter daarentegen kan niet met minder genoegen nemen dan de noodzakelijke schakel in het gereconstrueerde verhaal.⁵¹ Hier lopen de wegen van de rechter en de historicus uiteen, schrijft Carlo Ginzburg: "Wie een historicus tracht te reduceren tot een rechter versimpelt en verarmt de historiografische kennis; maar wie een rechter tracht te reduceren tot een historicus compromitteert de uitoefening van het recht op onherstelbare wijze."⁵² Voor de rechter biedt de context een interpretatiekader voor het gedrag van de betrokkenen en een achtergrond voor de waardering van dat gedrag. Maar wanneer hij, bij gebrek aan toereikend bewijs, aan die context ontleende mogelijke gedragingen aanziet voor de werkelijkheid (door de dwingendheid van zijn reconstructie), dan paveit hij de weg voor rechterlijke dwalingen.

Met deze restricties in het achterhoofd loont het niettemin de moeite te onderzoeken wat theoretici van de geschiedwetenschap schrijven over historische waarheid en de vaststelling daarvan. Het zal niet verbazen dat ook de geschiedwetenschap het slagveld vormt van de strijd tussen de modernisten (de correspondentietheorie over waarheid) en de postmodernisten (de coherentietheorie over waarheid). Een serieuze poging om de kern van het modernisme te behouden en te herwaarderen in het licht van de postmoderne kritiek wordt ondernomen door C. Behan McCullagh, die daarmee een aantrekkelijke tussenpositie heeft ontwikkeld.⁵³ Ik zal daaraan

50. Ginzburg 1992, p. 101.

51. Bovendien kunnen historici en andere wetenschappers hun uitspraken kwalificeren ("vermoedelijk", "waarschijnlijk", etcetera), terwijl rechters die mogelijkheid niet hebben (met dank aan Diederik Aben, die mij hierop wees).

52. Ginzburg 1992, p. 109.

53. Zie bij wijze van inleiding Behan McCullagh 2004.

enkele elementen ontlenen die relevant zijn voor ons inzicht in de aard en het bewijs van historische waarheid in het recht. Tegen de postmoderne kritiek verdedigt McCullagh de stelling dat wij goede redenen kunnen hebben om een beschrijving van een historische werkelijkheid voor waar te houden. Hoewel historici geen geprivilegieerde toegang tot de geschiedenis hebben, en dus nooit zeker weten wat er gebeurd is, kunnen zij niettemin geloofwaardige beschrijvingen van de geschiedenis geven. "I argue that although historical conclusions are always fallible, when they are well supported by evidence they deserve to be believed very probably true, that is, as telling us some thing true about the World."⁵⁴ Zo weten wij behoorlijk zeker dat de slag bij Waterloo op 18 juni 1814 heeft plaatsgevonden, alsook dat die slag is verloren door Napoleon. Van andere historische gebeurtenissen zijn wij minder zeker; dat is afhankelijk van de rechtvaardiging van die beschrijving. Die rechtvaardiging is afhankelijk van de verklarende theorie waarvan de beschrijving deel uitmaakt of waaruit zij kan worden afgeleid. Wanneer een historische beschrijving voldoende waarschijnlijk wordt gemaakt door een aannemelijke verklarende theorie, houden wij die beschrijving voor waar. De zojuist beschreven feiten over de slag bij Waterloo bijvoorbeeld, sluiten aan bij (het geheel van) onze kennis over die historische gebeurtenis en ontlenen daaraan hun rechtvaardiging. Die kennis is gebaseerd op bibliotheken vol bronnen waarin onze kennis over de slag bij Waterloo ligt opgeslagen. "The conclusion which historians generally adopt is that if an historical statement is well supported by abundant evidence, and much better than any alternative account, then the statement can be rationally accepted as very probably true."⁵⁵

De aandacht verschuift daarmee van de waarheid van historische uitspraken naar hun rechtvaardiging.⁵⁶ Wij kunnen het ook zo zeggen: de waarheidscondities van een historische uitspraak worden gevormd door de historische situaties waarover zij handelen (de gebeurtenissen); de rechtvaardigingscondities worden gevormd door de redenen die wij nu hebben om die uitspraak voor waar te houden (de bronnen). Wanneer een historicus een historische beschrijving voor waar houdt berust dat in feite op een afleiding. Voor enkelvoudige historische uitspraken, die iets zeggen over één gebeurtenis, is de meest voorkomende afleiding die van het ontwikkelen van de best mogelijke verklaring voor het beschikbare bewijs. McCullagh specificeert de voorwaarden waaraan zo'n "best mogelijke verklaring" dient te voldoen. Indien aan die voorwaarden is voldaan, is het rationeel gerechtvaardigd om die historische uitspraak (hypothese) voor

54. Behan McCullagh 1998, p. 5.

55. Behan McCullagh 1998, p. 23.

56. En van het externe naar het interne perspectief. Lai schrijft: "The internal analysis focuses on justification" (Lai 2008, p. 64).

waar te houden.⁵⁷ Die voorwaarden hebben betrekking op de mate waarin die hypothese, in vergelijking met alternatieve hypothesen, (i) wordt bevestigd of juist ontkracht door andere als waar aanvaarde uitspraken (haar *plausibiliteit*), (ii) andere toetsbare uitspraken impliceert (haar *verklarend vermogen*), en (iii) berust op nieuwe aannames (haar *ad hoc karakter*). Deze drie soorten voorwaarden, die overigens door McCullagh meer worden gespecificeerd, zijn in deze volgorde van belang voor de toetsing van historische hypothesen. Ook voor de vergelijking van uiteenlopende scenario's in het recht zijn zij illustratief. In deze lijn specificeert Lai de criteria voor de beoordeling van een hypothese of scenario in het recht als volgt:

1. Hoe groter het deel van het bewijs dat door het verhaal wordt verklaard (haar *verklarend bereik*), hoe waarschijnlijker dat verhaal is. Hoe meer het onverklaard laat, hoe onwaarschijnlijker het is;
2. De *volledigheid* van een verhaal draagt bij aan haar waarschijnlijkheid. Hoe meer 'gaten' een verhaal vertoont, hoe minder waarschijnlijk het is. Om die reden kan een motief voor een misdrijf relevant zijn, hoewel het niet "a prerequisite of guilt" is. Het motief draagt bij aan de compleetheid en daarmee aan de waarschijnlijkheid van het verhaal;
3. Een derde criterium is de *coherentie* van het verhaal. Niet louter in de negatieve betekenis van de afwezigheid van inconsistenties, maar in de positieve betekenis van de wederzijdse ondersteuning van haar samenstellende bestanddelen;
4. In de vierde plaats neemt de *plausibiliteit* van een hypothese toe met de positieve ondersteuning die het ondervindt van het bewijsmateriaal. Hier past een holistisch perspectief, in die zin dat, zoals het Australische Hooggerechtshof het formuleerde, "the probative force of a mass of evidence may be cumulative, making it pointless to consider the degree of probability of each item of evidence separately."⁵⁸

Intermezzo 2: een overval in Nederweert

Deze criteria wil ik illustreren aan de hand van een recente strafrechtelijke casus, waarin de Rechtbank en het Gerechtshof tot een uiteenlopend bewijsoordeel kwamen.⁵⁹ De Rechtbank Roermond veroordeelde de ver-

57. Behan McCullagh 1984, p. 17-28.

58. Lai 2008, p. 164, 165.

59. Rechtbank Roermond 27 februari 2007, LJN AZ9602 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 september 2008, LJN BF2188. Het cassatieberoep is verworpen in HR 24 november 2009 onder verwijzing naar art. 81 RO. Hoewel ik op die zaak heb gezeten, voel ik mij toch vrij om haar hier ten tonele te voeren en wel op grond van twee redenen: (i) hier worden enkel de beslissingen van de Rechtbank en het Hof als voorbeeld gebruikt zonder dat stelling wordt genomen, (ii) hier zijn de beslissingen van de Rechtbank en het Hof interessant vanwege de bewijsbeslissing van beide colleges, terwijl in cassatie de feitelijke toedracht een ondergeschikte rol speelt.

dachte voor het medeplegen van doodslag, vergezeld en voorafgegaan van een ander strafbaar feit, tot een gevangenisstraf van 16 jaren. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch sprak de verdachte vrij van het hem tenlastegelegde. De vaststaande feiten werden door het Hof in zijn arrest als volgt samengevat.

“Op carnavalsmaandag 27 februari 2006 rijdt de heer [slachtoffer], vergezeld van zijn partner mevrouw [benadeelde], kort vóór 04.55 uur hun auto de garage in van hun woning aan de [adres] te [woonplaats]. In de garage stappen zij uit de auto. Terwijl de heer [slachtoffer] richting het halletje dat grenst aan de garage loopt, wordt mevrouw [benadeelde] in de garage bedreigd met een vuurwapen door een onbekende persoon, die donker gekleed is en een bivakmuts over zijn hoofd draagt. Zij hoort vervolgens schoten en ziet even later dat twee overvallers een derde, (=waargewonde overvaller ondersteunen op hun weg naar buiten. Alledrie donker gekleed en met een bivakmuts over het hoofd. Om 04.55 uur doet mevrouw [benadeelde] een 112-melding van deze overval. Na aankomst van de politie om 05.02 uur treft een agent de heer [slachtoffer] (=waargewond) liggend aan in genoemde halletje. In datzelfde halletje wordt de revolver van [slachtoffer] aangetroffen, met daarin drie hulzen. Om 05.17 uur overlijdt de heer [slachtoffer] als gevolg van schotletsel. Om 05.27 uur wordt verdachte vanuit een auto afgezet bij de EHBO post van het Maxima Medisch Centrum te Veldhoven door een onbekende persoon met een bivakmuts op zijn hoofd. Verdachte heeft een kogel in zijn bovenbuik, welke operatief is verwijderd en door de politie in beslag is genomen.”

In het requisitoir van de Advocaat-Generaal bij het Hof worden twee scenario's (hypotheses) onderscheiden. Het scenario van de verdachte houdt in dat hij in Eindhoven op straat is neergeschoten. Hij zegt niet te weten door wie hij is neergeschoten; hij heeft geen vijanden en kan zich niet voorstellen dat iemand reden had om op hem te schieten. De verdachte heeft verder verklaard niet meer te weten waar hij is geweest vanaf zaterdagavond 25 februari 2006 tot het moment dat hij in het ziekenhuis is gekomen. Niemand van zijn familie of kennissen kan daarover een aanwijzing geven. De verdachte zegt de man die hem bij het ziekenhuis heeft afgezet niet op de beelden van de bewakingscamera te herkennen. Het scenario van de Advocaat-Generaal houdt daarentegen in dat de verdachte één van de overvallers is geweest. De verdachte wordt een half uur na de overval met een kogelwond bij het ziekenhuis afgeleverd door een man met een bivakmuts. De afstand tussen de plaats van het delict en het ziekenhuis is in die tijd per auto goed te overbruggen. Bij de aflevering van de verdachte springt de man die hem wegbracht direct weer in de auto (aan de passagierszijde), waarop de auto meteen wegrijdt. Ondanks zijn schotwond bleek de verdachte in het ziekenhuis niet in shock en goed aanspreekbaar. De verdachte verklaart dan dat hij door de man die hem heeft neergeschoten naar het ziekenhuis is gebracht. Hij gaf verder aan niet te willen dat de politie of zijn familie zouden worden gewaarschuwd. Uit het deskundigenrapport

van het NFI blijkt dat het “waarschijnlijk” is dat de aangetroffen kogel in de bovenbuik van de verdachte afkomstig is van de revolver van het slachtoffer (de derde gradatie op een schaal van vijf). Weliswaar laat dat ruimte voor twijfel, maar de Advocaat-Generaal concludeert op grond van de zogenoemde Bayesiaanse methode van interpretatie van bewijs (het scenario dat de verdachte in Eindhoven is neergeschoten afgezet tegen dat waarin hij één van de overvallers is) dat het tenlastegelegde is bewezen. Daarvoor bestaat bovendien ondersteunend bewijs: in de woning van de verdachte is een kaart van Limburg gevonden, er is CIE informatie en er zijn anonieme berichten dat verdachte tot de overvallers behoort, op 17 februari 2006 is met de gsm van de verdachte vanuit Nederweert gebeld, en de verdachte staat bekend als (potentiële) pleger van gewapende overvallen.

Welke van deze scenario's biedt de beste verklaring van de vaststaande feiten?⁶⁰ Om deze vraag te beantwoorden dienen beide alternatieve verklaringen te worden vergeleken vanuit het perspectief van hun verklarend bereik, volledigheid, coherentie en plausibiliteit.

Ad 1. De Advocaat-Generaal acht het *verklarend bereik* van het scenario dat de verdachte één van de overvallers was groter dan dat van het alternatieve scenario van de verdachte. Zo kan het eerstgenoemde scenario een aantal feiten verklaren die het laatstgenoemde scenario niet verklaart: dat de verdachte slechts is afgezet bij het ziekenhuis door degene die hem heeft gebracht en dat deze hem niet verder heeft begeleid; dat die persoon (net als de overvallers) een bivakmuts droeg; dat de verdachte niet wilde dat de politie zou worden ingeschakeld; dat de kleding van de verdachte kort na zijn aankomst in het ziekenhuis door zijn familie is opgehaald en is vernietigd (zodat geen sporenonderzoek kon plaatsvinden); dat de aard van de verwonding van de verdachte beter past bij een schietpartij in een besloten ruimte dan bij een schietpartij op straat.

Ad 2. Voorts lijkt het scenario van de Advocaat-Generaal ook *vollediger* dan dat van de verdachte, in die zin dat het minder ‘gaten’ vertoont. In het scenario van de verdachte blijven belangrijke vragen onbeantwoord, zoals: wie is de schutter? Waarom heeft de schutter na de schietpartij de verdachte bij het ziekenhuis afgezet? Waarom wenste de verdachte niet dat de politie werd ingeschakeld; als hij het slachtoffer van een schietpartij was, zou hem er toch alles aan gelegen moeten zijn om ervoor te zorgen dat de dader werd opgepakt? Waar is de verdachte vanaf zaterdagavond 25 febru-

60. Op de noodzaak van het denken in termen van alternatieve scenario's in de rechtspraak is natuurlijk al eerder gewezen door Van Koppen 2011 en Derksen 2010, die ik hierin bijval (hoewel ik langs andere weg tot die conclusie kom). De vraag of de rechter altijd het alternatieve scenario van de verdachte dient te onderzoeken is overigens van een andere orde. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de regels die in de processuele context van waarheidsvinding gelden.

ari 2006 tot aan zijn aankomst bij het ziekenhuis geweest? Op al deze vragen blijft het scenario van de verdachte het antwoord schuldig.

Ad 3. Daardoor is ook de *coherentie* van het scenario van de Advocaat-Generaal sterker dan die van het alternatieve scenario van de verdachte. In het scenario dat de verdachte tot de overvallers in Nederweert behoort ondersteunen de verschillende elementen elkaar wederzijds: de afstand van Nederweert tot het ziekenhuis en de hypothese dat de verdachte daar door zijn mededaders is afgezet, de waarneming dat hij daar door twee andere mannen is afgezet waarvan er één met een bivakmuts op is gezien, de schotwond van de verdachte en het schot van het slachtoffer, maar ook het ondersteunende bewijs: de bij de verdachte thuis aangetroffen plattegrond, de CIE informatie en de anonieme berichten, etcetera.

Ad 4. Ten slotte zijn de Rechtbank en het Hof het er over eens dat het scenario van de verdachte niet erg *plausibel* is. Uit onderzoek is gebleken dat in de bewuste nacht geen enkel (ander) schietincident in de regio is gemeld, noch in enig ander nabijgelegen ziekenhuis bekend is. Dat komt wel eens voor natuurlijk, maar de kans dat een schietincident op straat in Eindhoven tijdens een carnavalsnacht onopgemerkt blijft is minimaal. Voorts acht de Advocaat-Generaal ook de verklaring van de verdachte dat hij de schutter niet kent en dat hij door die schutter bij het ziekenhuis is afgeleverd niet erg aannemelijk. Welke schutter zou zo iets doen? Als de Advocaat-Generaal hierin gelijk heeft, heeft deze verklaring van de verdachte een tamelijk ad hoc karakter. Maar de cruciale schakel is natuurlijk het technische bewijs. De verklaring van de deskundige van het NFI hield in dat het "waarschijnlijk" is dat de kogel die is aangetroffen in de buik van de verdachte afkomstig was uit het vuurwapen van het slachtoffer. Ondanks overeenkomst in kaliber en systeemsporen was er tijdens het onderzoek enige twijfel ontstaan. Dat deskundigenoordeel werd tegengesproken door de deskundige van de verdediging die over die herkomst van de kogel uit het wapen van het slachtoffer oordeelde dat dit (slechts) "mogelijk" is. Het technische bewijs was derhalve niet doorslaggevend. De vraag rijst of dat niet kan worden gecompenseerd door het wel beschikbare bewijs. De Rechtbank beantwoordt deze vraag kennelijk bevestigend, het Hof ontkennend. Dat zijn beslissingen, bewijsoordelen, waarmee men het eens kan zijn of niet.

Laten wij ("for the sake of argument") aannemen dat het scenario van de Advocaat-Generaal bij het Hof de beste verklaring biedt voor de bekende gegevens. Volgens de benadering van McCullagh volgt daaruit dat de historicus dit scenario voor waar kan houden. Dit was ook de gevolgtrekking van de Advocaat-Generaal bij het Hof, ter ondersteuning waarvan hij zich beriep op de Bayesiaanse methode van de interpretatie van bewijs. Anders dan voor de historicus is dat voor de strafrechter echter allerm minst vanzelfsprekend omdat, zoals het Hof overweegt, "het enkele feit dat de ene hypothese (verdachte is de dader) waarschijnlijker is dan de andere hypothese

(verdachte is neergeschoten in Eindhoven) nog niet per definitie met zich brengt dat ten aanzien van de waarschijnlijke hypothese de wettelijk vereiste drempel van zekerheid tot bewezenverklaring genomen is." Voor de strafrechter is niet doorslaggevend welk scenario het meest waarschijnlijk is, maar of aan het wettelijk criterium van wettig en overtuigend bewijs is voldaan ("beyond reasonable doubt"). Dat is niet alleen een wettelijk vereiste, maar daarvoor bestaat ook een meer inhoudelijke reden. Zoals Ginzburg al aangaf staat het een historicus vrij om gaten in een historische constructie te dichten met omstandigheden die hij ontleent aan de context van het geval, ook indien dat een historische mogelijkheid betreft. Die vrijheid heeft de strafrechter natuurlijk niet. De cruciale schakel in de reconstructie, dat wil zeggen de schakel die het verband tussen het delict en deze verdachte legt, mag niet louter een historische mogelijkheid zijn. Ten aanzien van het strafrechtelijk schuldoordeel gelden strengere eisen dan ten aanzien van een historische verklaring. Waarheid in het recht is weliswaar historisch, maar een strafrechtelijk schuldoordeel is daarom nog geen historische verklaring.

7. De rechtvaardiging van het bewijsoordeel

Waarheidsvinding in het recht is gericht op *de vaststelling of het bewijs* van een historische gebeurtenis, zo zagen wij hiervoor (zie par. 5), en heeft daarom een epistemologische dimensie. Het bovenstaande voorbeeld biedt daarvan een illustratie. Rechtbank en Hof hadden te oordelen over het bewijs van de tenlastelegging op basis van de in het dossier vervatte bewijsmiddelen. Wat de werkelijke toedracht is geweest die nacht in Nederweert was noch bij de Rechtbank, noch bij het Hof (volledig) bekend. Het onderzoek had een aantal feiten opgeleverd die twee mogelijke hypothesen of scenario's rechtvaardigden. Deze beide scenario's kunnen worden vergeleken onder het gezichtspunt van hun verklarend bereik, volledigheid, coherentie en plausibiliteit. Op grond van die vergelijking zou kunnen worden geconcludeerd dat het scenario van de Advocaat-Generaal in hoger beroep waarschijnlijker is dan dat van de verdachte. Maar zelfs indien de waarheidsvinding tot die slotsom leidt is dat nog onvoldoende rechtvaardiging voor een bewezenverklaring, zoals het Hof terecht overweegt, omdat die uitsluitend kan berusten op het oordeel dat het wettig en overtuigend bewijs is geleverd. Hoewel het Hof het scenario van de Advocaat-Generaal waarschijnlijker achtte dan dat van de verdachte, oordeelde het niettemin dat aan dat wettelijk criterium niet was voldaan. Het magere technische bewijs lijkt daarvoor beslissend te zijn geweest. Zoals gezegd, dat is een oordeel dat men kan onderschrijven of niet. Wat daar ook van zij, het Hof heeft er blijk van gegeven zich bewust te zijn van het verschil tussen een geschiedkundige verklaring van een historische gebeurtenis en een bewijs-

oordeel in een strafrechtelijke procedure. Het heeft er tevens blijk van gegeven zich bewust te zijn van het risico waarop door Ginzburg is gewezen; dat “gaten” in een verhaal worden gedicht door historische mogelijkheden. Dat procedé kan worden aanvaard in een historische verklaring, maar niet in een strafrechtelijk bewijsoordeel.

Volgens Susan Haack is de rechtvaardiging van een bewijsoordeel meer of minder waarschijnlijk, een kwestie van gradatie derhalve. Hoewel het beschikbare bewijsmateriaal soms een bepaald bewijsoordeel noodzakelijk maakt, en soms ook uitsluit, wordt in de meeste gevallen het bewijsoordeel *tot op zekere hoogte* door het beschikbare bewijs gerechtvaardigd. Het bewijsoordeel is daarom een oordeel dat op zijn redelijkheid kan worden getoetst. De vraag is dan waarvan de redelijkheid van het bewijsoordeel afhankelijk is. Haack noemt drie factoren: de ondersteuning, de zekerheid en de volledigheid van het bewijs (par. 4).⁶¹ Die factoren worden door haar geïllustreerd met de metafoor van een kruiswoordpuzzel. Waarheidsvinding is tot op zekere hoogte te vergelijken met het oplossen van een kruiswoordpuzzel; er bestaat geen vaste methode, het is veeleer een proces van “trial and error”. Op basis van de aanwijzing en de reeds gevonden woorden dienen de lege vakjes te worden ingevuld. De reeds ingevulde vakjes representeren de bestaande achtergrondkennis en ervaringsoordelen tegen de achtergrond waarvan wij nieuwe oplossingen bedenken. Die nieuwe oplossing wordt tot op zekere hoogte gerechtvaardigd door eerdere oplossingen, zoals zij op haar beurt die eerdere oplossingen ondersteunt; een wisselwerking derhalve. Deze wederzijdse ondersteuning kan worden begrepen in termen van de verklarende bijdrage van de gevonden oplossing: zij draagt beter dan concurrerende oplossingen bij aan de oplossing van de puzzel. Op vergelijkbare wijze is de rechtvaardiging van het bewijsoordeel door het beschikbare bewijs afhankelijk van het antwoord op de vraag hoe goed dat bewijs het oordeel verankert in ervaring en hoe goed het dat oordeel integreert in een verklarende verantwoording. Naarmate de ondersteuning door het bewijs sterker is, is er minder ruimte voor alternatieve hypothesen of scenario's. De rechtvaardiging van het bewijsoordeel wordt echter niet alleen door die ondersteuning bepaald, maar ook door de zekerheid van die redenen op zichzelf, onafhankelijk van het oordeel dat zij ondersteunen (ter voorkoming van circulariteit). Maar ook dat is nog niet genoeg; de rechtvaardiging van een bewijsoordeel is, naast de ondersteuning en de zekerheid, ten slotte afhankelijk van het antwoord op de

61. Haack 2009, p. 126–139. Hier gaat het derhalve om criteria voor de toetsing van de redelijkheid van een bewijsoordeel en niet om criteria voor de vergelijking van hypothesen of scenario's (zie par. 6 en intermezzo 2), hoewel er tussen beide verband bestaat. Het bewijs van feiten is immers mede afhankelijk van het scenario waarvan het deel uitmaakt.

vraag hoeveel van het relevante bewijs in het verhaal is inbegrepen. Bewijs dat ondersteuning biedt en zeker is kan immers misleidend zijn wanneer een cruciaal onderdeel is weggelaten.⁶²

Deze factoren kunnen worden gespecificeerd in termen van de redenen die de waarheidsvinder heeft om een bepaald bewijsoordeel voor waar te houden. Zowel voor de scenario's die de partijen aan de rechter voorhouden als voor de bewijsconstructie die de rechter uiteindelijk aan zijn oordeel ten grondslag legt, geldt dat zij een zinvol (verhalend of narratief) verband tussen beweerde feiten uitdrukken.⁶³ Wij zagen hiervoor al dat dit verhaal wordt gerechtvaardigd door zijn verklarend bereik, coherentie en volledigheid (par. 6). Haack noemde in dit verband de ondersteuning (te verstaan als: de verklarende bijdrage) en de volledigheid van het bewijs. Wat restert is de plausibiliteit van het verhaal dat goeddeels bestaat in de aannemelijkheid van de beweerde feiten. Haack drukte dit uit in de eis van de zekerheid van de ondersteunende redenen op zichzelf (onafhankelijk van het bewijsoordeel). Waaraan ontlelen de redenen hun zekerheid? Waaraan ontlelen die feiten hun aannemelijkheid? Soms ontlelen zij die aan de rol die zij in het scenario spelen. Zo lijkt het aannemelijker dat degene die de verdachte bij het ziekenhuis heeft afgezet een mede-overvaller was dan dat het een onbekende schutter was, om de eenvoudige reden dat de eerste wel een motief zou hebben om de verdachte bij het ziekenhuis af te zetten, en de tweede niet. Soms ook ontlelen beweerde feiten hun aannemelijkheid aan onafhankelijk bewijs; in dat geval wordt hun aannemelijkheid directer bepaald door de werkelijke toedracht. De omstandigheid dat degene die de verdachte heeft afgezet bij het ziekenhuis een bivakmuts droeg is door een getuige waargenomen en berust daarom op directer bewijs. Feiten die hun aannemelijkheid rechtstreeks ontlelen aan onafhankelijk bewijs achten wij doorgaans aannemelijker dan feiten die (slechts) door hun rol in het scenario aannemelijk zijn. Anders gezegd, de eerste vormen sterkere (rechtvaardigende) redenen voor het bewijsoordeel dan de laatste. Om die reden zullen zij eerder een (verklarende) reden vormen voor de rechter om het scenario waarin zij passen voor waar te houden.⁶⁴ De redenen voor een bewijsoordeel hebben dus een dimensie van kracht of betrouwbaarheid die tot uitdrukking komt in de mate van zekerheid van de bewijsmiddelen. Die kracht is groter naarmate zij (door mid-

62. Haack 2004, p. 364, 365 en p. 374, 375.

63. In par. 4 zijn wij reeds gestuit op het holistische verband tussen de onderdelen van het feitenreclame dat partijen aan de rechter vertellen.

64. Verklarende redenen zijn mentale toestanden, in dit verband vooral overtuigingen. Rechtvaardigende redenen zijn de feiten of omstandigheden waarop die overtuigingen zijn gebaseerd (Raz 1978, Introduction, p. 1-4).

del van onafhankelijk bewijs) directer verband houden met de werkelijke toedracht.⁶⁵

De redenen voor een bewijsoordeel hebben echter niet alleen een dimensie van kracht, maar ook een dimensie van richting of relevantie. Sommige feiten zijn even aannemelijk als andere, maar zijn eenvoudigweg relevanter voor het bewijsoordeel. Die relevantie heeft ten dele te maken met het verband tot de kernvraag in de strafzaak, namelijk of de verdachte (wel of niet) heeft gedaan waarvan hij wordt beschuldigd. De vraag of de kogel die in de buik van de verdachte is aangetroffen afkomstig is uit het vuurwapen van het slachtoffer is daarom hoogst relevant, want zij constitueert direct het verband tussen het slachtoffer en het beweerde daderschap van de verdachte (tegelijktijd was dat verband, volgens de conclusies van het NFI onderzoek “waarschijnlijk”, en volgens het tegenonderzoek zwakker want “mogelijk”).⁶⁶ De vraag op wiens naam de auto stond waarmee de verdachte bij het ziekenhuis was afgezet is om die reden minder relevant dan de vraag naar de herkomst van de kogel. De relevantie van beweerde feiten is medebepalend voor de vraag of zij een rechtvaardiging bieden voor een bewijsoordeel. Die relevantie wordt echter in belangrijke mate bepaald door elementen uit de processuele context, zoals de inzet van het proces, de aard van de tenlastelegging of het probandum. De tenlastelegging of het probandum – de beschuldiging of feitelijke toedracht waarvan het bewijs voor het rechtsoordeel van doorslaggevende betekenis is – vormt als het ware het zoeklicht waarmee de gebeurtenissen worden belicht; zij bepalen in hoge mate welke feiten relevant zijn en welke niet. Dat is van belang voor een discussie die recentelijk in de strafrechtelijke literatuur is gevoerd over de vraag of in de strafrechtelijke waarheidsvinding de gehele feitelijke toedracht van het strafbare feit voorwerp van onderzoek vormt, of dat dit beperkt is tot het toetsen van de in de tenlastelegging genoemde omstandigheden. In zekere zin is dit geen goede vraag omdat zij berust op een oneigenlijke tegenstelling, aangezien het één niet zonder het ander kan. Natuurlijk strekt de waarheidsvinding zich uit tot de volledige feitelijke toedracht, maar dan wel door de bril van de tenlastelegging (waarheid veronderstelt immers een perspectief). Maar ook geldt: de waarheidsvinding is niet beperkt tot de feitelijke elementen van de tenlastelegging, al is die tenlastelegging wel bepalend voor de reikwijdte van het onderzoek. Overigens zijn ook andere processuele elementen van belang voor de relevantie van de feiten. In de eerste plaats is het van belang op te merken dat

65. Ook hier zien wij dat de waarheid van de bewezenverklaring elementen van coherentie en correspondentie behelst (in overdrachtelijke zin, zie par. 4) en dat de laatste een schaduw zijn van het intuïtieve idee dat waarheid berust op de overeenstemming met een buitentalige werkelijkheid (zie par. 2).
66. Het gaat hier dus niet om de ondersteuning van bewijs (die door De Bock met “relevantie” wordt aangeduid, De Bock 2011, p. 212).

een eventueel alternatief scenario van de verdachte een vergelijkbare rol vervult als de tenlastelegging die de grondslag van het onderzoek vormt. Voorts verdient vermelding dat in het geval een bewijsverweer gevoerd wordt, weer andere (soorten) feiten van belang zijn dan wanneer een strafuitsluitingsgrond wordt aangevoerd. Aan het bewijs van de tenlastegelegde feiten worden ten slotte ook andere eisen gesteld dan aan het bewijs van in het kader van een strafuitsluitingsgrond aangevoerde feiten.

Voor het bewijsoordeel van de rechter zijn de kracht en de relevantie van de redenen waarop dat oordeel berust van groot belang.⁶⁷ Uiteindelijk is een en ander bepalend voor de vraag of voor de rechter voldoende (sterke en relevante) rechtvaardigende redenen gelden om tot een bepaald bewijsoordeel te komen. In het aangehaalde voorbeeld kwamen de Rechtbank en het Hof op grond van hetzelfde bewijsmateriaal tot een ander oordeel. De oordelen van de Rechtbank en het Hof kunnen worden getoetst op grond van het beschikbare bewijs; berustte het veroordelende vonnis van de Rechtbank op voldoende ondersteunend, zeker en compleet bewijs? Leverde het beschikbare bewijs voldoende (sterke en relevante) redenen op voor een bewezenverklaring? Of was er uiteindelijk onvoldoende bewijs, zoals het Hof oordeelde, hetgeen resulteerde in een vrijspraak? Ook hierover zullen de meningen uiteenlopen. Vanuit het interne perspectief van de rechter berust waarheidsvinding op zijn professionele taak om recht te doen op grond van vaststaande feiten. "Her job is to figure out the truth", schrijft Lai.⁶⁸ Aangezien het een historische gebeurtenis betreft, wordt die rechtvaardiging ontleend aan de in de procedure beschikbare bewijsmiddelen (bronnen, zie par. 6). Via de bewijsmiddelen vormt de rechter zich een oordeel over de werkelijke toedracht van de historische gebeurtenis. De bewijsmiddelen vormen daarom het filter waardoor de rechter toegang heeft tot het verleden. Dat filter is echter niet neutraal, omdat met de bewijsmiddelen tegelijkertijd de processuele context van het bewijsoordeel wordt binnengehaald, waardoor institutionele, processuele en discursieve factoren mede van invloed zijn op het uiteindelijke bewijsoordeel. In deze processuele context is de waarheidsvinding door de rechter ingebed en door die context wordt zijn waarheidsvinding mede bepaald.

De volgende vraag is hoe de rechter binnen die processuele context zijn oordeel dient te rechtvaardigen, zowel in epistemologische als in morele zin. De epistemologische rechtvaardiging van het oordeel bestaat in feite uit twee elementen. In de eerste plaats is er de objectieve vraag naar de toereikendheid van het bewijs: is er – gegeven het beschikbare bewijs – vol-

67. Kracht en relevantie zijn derhalve eigenschappen van de (rechtvaardigende) redenen voor een bewijsoordeel en dienen als zodanig te worden onderscheiden van de criteria voor de vergelijking van hypothesen of scenario's (zie par. 6 en intermezzo 2) en van de criteria voor de toetsing van een bewijsoordeel (zie par. 7).

68. Lai 2008, p. 68.

doende grond voor het bewijsoordeel? Anders gezegd, zijn er voldoende (sterke en relevante) rechtvaardigende redenen voor dat oordeel? Hierover kan vaak verschillend worden gedacht. Maar zelfs bij overeenstemming over “a good enough rational argument”, kan het bewijsoordeel uiteenlopen. De volgende vraag is namelijk of het bewijsoordeel op de bewijsmiddelen is gebaseerd. Dat is het tweede element van de epistemologische rechtvaardiging van het bewijsoordeel: de redenering in de zin van de *motivatie* van de rechter (en niet de motivering). Is de oordeelsvorming van de rechter gemotiveerd door het beschikbare bewijs? Anders gezegd, zijn de verklarende redenen van de rechter voor zijn bewijsoordeel gebaseerd op, en ontleend aan, de rechtvaardigende redenen die daarvoor bestaan? Het bewijsoordeel in het recht veronderstelt een bevestigend antwoord op beide vragen, schrijft Lai.⁶⁹ In ons strafrecht is dat met zoveel woorden voorgescreven in art. 338, eerste lid, Sv. Deze bepaling vereist expliciet een dergelijke dubbele rechtvaardiging; het bewijs dient niet alleen toereikend te zijn voor het bewijsoordeel, de rechter moet bovendien zijn oordeel baseren op dat bewijs, of anders gezegd, hij dient dat bewijs als rechtvaardiging aan zijn oordeel ten grondslag te leggen. Een rechter die een op zichzelf juist oordeel baseert op de verkeerde redenen, of erger nog, op irrationele motieven, schiet daarom tekort. “Trial deliberation is a context”, schrijft Lai terecht, “in which we expect the agent to have proper reasons for her beliefs.”⁷⁰ De deliberatie van de rechter is gericht op het vormen van een oordeel dat wordt gerechtvaardigd (in de hier geschetste dubbele betekenis) door de redenen waarop het berust.

Daarmee is dat oordeel nog niet moreel gerechtvaardigd. “Findings of fact must be reached by a form of inquiry and process of reasoning that are not only epistemically sound but also morally defensible”, aldus Lai.⁷¹ De waarheidsvinding dient blijk te geven van voldoende zorg voor de waarheid en de belangen van de betrokkenen. Dit morele aspect van waarheid en waarheidsvinding is eerder en uitvoeriger belicht door Bernard Williams, in zijn boek “*Truth and truthfulness*” (2002).⁷² Centraal staan de waarheidsdeugden, waaronder wordt verstaan: “qualities of people that are displayed in wanting to know the truth, in finding out, and in telling it to other people.”⁷³ Daarmee neemt Williams al een voorschot op de belangrijkste waarheidsdeugden die hij onderscheidt: “Truthfulness implies a respect for truth. This relates to both of the virtues that (...) are the two

69. Preciezer geformuleerd, het beschikbare bewijs biedt niet alleen rechtvaardigende redenen voor het rechtsoordeel, maar ook verklarende redenen (zie Raz 1978, Introduction, p. 1-4).

70. Lai 2008, p. 73,74.

71. Lai 2008, p. 79.

72. Williams 2002. Zie hierover ook Loth 2010, p. 252, 253.

73. Williams 2002, p. 7.

basic virtues of truth, which I shall call Accuracy and Sincerity: you do the best you can to acquire true beliefs, and what you say reveals what you believe.”⁷⁴ Accuratesse omvat de deugden die de kwaliteit van het onderzoek dienen, zoals zorgvuldigheid, grondigheid, volledigheid en kritisch vermogen, kortom: “the passion for *getting it right*.” Oprechtheid omvat de deugden die de motivering dienen, zoals eerlijkheid en transparantie, dus: “the passion for *telling it right*.” Accuratesse en oprechtheid zijn niet zomaar disposities tot waarheid, aldus Williams, het zijn (morele) deugden. Met een beroep op Nietzsche betoogt Williams dat het streven naar waarheid geen vrijblijvend streven is, maar een moreel vereiste (“I will not deceive, not even myself”; and *with that we stand on moral ground*”, aldus haalt Williams Nietzsche aan). Hoewel de waarheid soms ongelegen kan zijn, of zelfs destructief, zijn wij het aan onszelf verplicht om onszelf niet te bedriegen, om misverstanden te corrigeren, om gemakkelijke vanzelfsprekendheden te onderzoeken. In geval van slordigheid, gemakzucht, luiheid, onzorgvuldigheid, onvolledigheid, selectiviteit, zelfbedrog, fantasie, of bevooroordeeldheid, schieten wij in dit opzicht tekort. Dat is niet alleen een intellectueel tekort, maar ook een moreel tekort: “Error (...) is not blindness”, schrijft Williams in navolging van Nietzsche, “error is *cowardice*.”⁷⁵ Dat klinkt misschien wat sterk, maar dan is de omgekeerde stelling misschien overtuigender; waarheidsvinding vraagt soms morele moed. Van de rechter die belast is met waarheidsvinding mag die moed worden verwacht.

Samenvattend kan worden gezegd dat het bewijsoordeel van de rechter vanuit extern perspectief dient te berusten op de waarheid van de vastgestelde of bewezen feiten. Vooral in “hard cases” is de vraag of er voldoende rechtvaardigende redenen zijn voor een bepaald bewijsoordeel. Die redenen hebben een dimensie van kracht en van relevantie. De kracht is afhankelijk van het (min of meer directe) verband tot de werkelijke toedracht. De relevantie is onder meer afhankelijk van de processuele context, in het bijzonder de tenlastelegging of het probandum. Vanuit het interne perspectief van de rechter betekent dit dat hij zijn oordeel dient te baseren op toereikend bewijs van de historische gebeurtenis, of anders gezegd, zijn oordeel dient te worden gerechtvaardigd door de gebruikte bewijsmiddelen. Aan die rechtvaardiging dient een tweeledige eis te worden gesteld. In de eerste plaats dient het beschikbare bewijs toereikend te zijn voor het bewijsoordeel (er zijn voldoende (sterke en relevante) rechtvaardigende redenen voor dit bewijsoordeel) en voorts dient de rechter tot dat oordeel te zijn gemotiveerd door de gehanteerde bewijsmiddelen (zij vormden tevens verklarende redenen voor zijn bewijsoordeel). In het strafrecht is een

74. Williams 2002, p. 11.

75. Williams 2002, p. 16.

dergelijke dubbele rechtvaardiging een wettelijk vereiste (art. 338, eerste lid, Sv). Soms maakt de subjectieve dimensie van het bewijsoordeel het beslissende verschil, zoals in het beschreven voorbeeld het geval kan zijn geweest. Het bewijsoordeel blijft daarom uiteindelijk een beslissing, een oordeel, waar soms moed voor nodig is, maar waarvoor de rechter in ieder geval de volledige verantwoordelijkheid draagt. Waarheidsvinding in het recht behoeft daarom niet alleen een epistemologische, maar ook een morele rechtvaardiging die tot uitdrukking komt in de notie van waarheidsdeugden. In het proces van waarheidsvinding dient de rechter accuratesse te betrachten, zoals het product van zijn waarheidsvinding van oprechtheid dient blijk te geven. Waarheidsvinding is in het juridische taalspel geen vrijblijvende activiteit, maar een essentieel onderdeel van rechterlijke oordeelsvorming (met de morele lading die deze draagt). Ook in die zin is waarheid nauw verwant aan rechtvaardigheid.

8. Het recht als praktijk van waarheidsvinding en bewijs

Waarheidsvinding in de rechtspraak berust, na een grondig onderzoek naar de feitelijke toedracht, uiteindelijk op de rechtvaardiging van een bewijsoordeel. Rechtvaardiging bestaat in het geven van (rechtvaardigende) redenen om een bepaald oordeel voor waar te houden. Die redenen vinden hun basis in een kennissysteem, waaraan zij hun betekenis ontlelen. "Our knowledge forms an enormous system. And only within this system has a particular bit the value we give it", schrijft Wittgenstein.⁷⁶ De beschrijving van dat kennissysteem is problematisch, maar het vormt niettemin de grondslag waarin iedere rechtvaardiging haar basis vindt. "The system is not so much the point of departure, as the element in which arguments have their life" (105). Zo worden de kracht en de relevantie van rechtvaardigende redenen om een bewijsoordeel voor waar te houden mede bepaald door het kennissysteem waarin zij zijn ingebed. Hetzelfde geldt voor het verklarend vermogen, de coherentie en de volledigheid van het feitenrelaas waarin die feiten zijn ingebed en waaraan zij hun betekenis ontlelen. Dat kennissysteem omvat een hele verzameling samenhangende proposities die elkaar wederzijds ondersteunen. "What I hold fast to is not one proposition, but a nest of propositions" (225). Deze verzameling van proposities constitueert een wereldbeeld ("picture of the world"). Het wereldbeeld van een wetenschapper bijvoorbeeld, is niet iets dat hij bedenkt (zoals een hypothese), maar iets dat door hem is aangeleerd: "it is a matter-of-course foundation for his research and as such also goes unmentioned" (167). De

76. Wittgenstein 1979, par. 410. De cijfers in de tekst verwijzen naar paragrafen in Wittgenstein 1979.

opvattingen die een wereldbeeld vormen onderscheiden zich dan ook niet van empirische proposities door hun vorm, maar door hun functie. Het zijn als het ware gestolde inzichten en overtuigingen die de loop van de (vloeibare) empirische proposities kanaliseren. Zoals een rivierbedding de stroom van het water bepaalt maar zelf op haar beurt vorm krijgt door de kracht van die stroom, zo is ons wereldbeeld de grondslag van ons kennen (95-97). Deze metafoer illustreert dat een wereldbeeld tegelijkertijd veranderlijk en fundamenteel is. Het is fundamenteel omdat het onze diepste overtuigingen omvat, die wij gebruiken voor de beoordeling van andere proposities. "My picture of the world", schrijft Wittgenstein, "is the inherited background against which I distinguish between true and false" (94). Maar het is veranderlijk, omdat nieuwe wetenschappelijke informatie tot min of meer radicale veranderingen van ons wereldbeeld kan leiden. "We know that the earth is round", schrijft Wittgenstein, "we shall stick to this opinion, unless our whole way of seeing nature changes" (292).

Uiteindelijk bestaat rechtvaardigen en bewijzen in een praktijk, een bepaalde manier van handelen. "Giving grounds, however, justifying the evidence, comes to an end; - but the end is not certain propositions striking us immediately as true, i.e. it is not a kind of *seeing* on our part; it is our *acting*, which lies at the bottom of the language-game" (204, 110). Voor het aanvaarden van bewijs betekent dit dat die aanvaarding bestaat in een bepaalde manier van handelen, namelijk handelen zonder twijfel: "Sure evidence is what we *accept* as true, it is evidence that we go by in *acting* surely, acting without any doubt" (196). Dat geldt niet alleen voor ons alledaagse handelen, maar ook voor de wetenschappen: "(...) it belongs to the logic of our scientific investigations that certain things are *in deed* not doubted" (342). Deze vanzelfsprekendheden, die niet in twijfel worden getrokken, vormen niet alleen de basis van ons handelen, maar ook van ons denken: "the assumption, one might say, forms the basis of action, and therefore, naturally, of thought" (411). Zij blijken uit de wijze waarop wij oordelen: "Our not doubting them is simply our manner of judging, and therefore of acting" (232). In zekere zin vormen zij de bagage van wat een "reasonable man" gelooft; dat de aarde lang voor zijn geboorte bestond, dat hij op de aarde leeft, dat hij een zenuwstelsel heeft, etcetera (327). Het taalspel is daarom alleen maar mogelijk indien wij op bepaalde zekerheden vertrouwen: "(...) a language-game is only possible if one trusts something (...)" (509). Dit alles geldt niet alleen voor ons alledaagse handelen, of voor de wetenschappen, maar ook voor de toerekeningspraktijk van het recht. Ook in het juridische taalspel eindigt het bewijzen en rechtvaardigen in de vanzelfsprekendheden die in die praktijk worden verondersteld. Bewijzen en rechtvaardigen is alleen maar mogelijk als wij vertrouwen op bepaalde manieren van doen. Zij blijken uit ons denken en handelen, meer in het bijzonder uit onze oordelen. De bewijsoordelen van de redelijk oordelende rechter tonen wat hij voor waar en onwaar houdt, en aan de hand van welke

maatstaven hij het ene van het andere onderscheidt. Die maatstaven heeft hij geleerd door aan die praktijk deel te nemen: hij kan ze wel hanteren, maar niet expliciteren. Niettemin kunnen “hard cases” waarin de oordeelsvorming uiteenloopt, zoals hiervoor geschetst, ons bewust maken van de mogelijkheden en de beperkingen van onze manieren van oordelen. Binnen de praktijk van het recht kan een bewijsoordeel goed of fout (blijken te) zijn. Bovendien kan die praktijk zelf goede of verkeerde bewijsoordelen in de hand werken, en daarom heroverweging en bijstelling behoeven. Het taalspel zelf berust echter niet op gronden en is daarom redelijk noch onredelijk: “It is there – like our life” (559).

9. Besluit

Wat vinden wij wanneer wij waarheid vinden? Dat is de vraag die in de titel van deze bijdrage besloten ligt. Hiervoor zijn de bouwstenen aangedragen voor de beantwoording van die vraag. Het antwoord is driedelig:

1. In de eerste plaats ‘vinden’ wij (in de betekenis van: oordelen) dat het vereiste bewijs voor een bepaalde hypothese over de werkelijke toedracht al dan niet geleverd is. Zoals wij zagen is dat bewijsoordeel een beslissing die op haar redelijkheid kan worden getoetst. Daarvoor komt het aan op de redenen waarop het berust. Dat brengt ons bij het tweede deel van ons antwoord op de gestelde vraag.
2. Bovendien ‘vinden’ wij (in de betekenis van: herkennen) voldoende (sterke en relevante) rechtvaardigende redenen voor dat bewijsoordeel. Zoals wij zagen is in het strafrecht een dubbele rechtvaardiging vereist, in die zin dat de verklarende redenen die de rechter tot zijn bewijsoordeel hebben geleid berusten op de rechtvaardigende redenen die daarvoor worden aangevoerd. Het vereiste dat de rechter op grond van wettige bewijsmiddelen overtuigd moet zijn van de schuld van de verdachte is daarom niet slechts een onwetenschappelijk subjectief element in het strafrechtelijk bewijsrecht, zoals wel eens wordt gedacht. Het vormt juist een waarborg dat het strafrechtelijk bewijsoordeel een rationeel oordeel is dat gebaseerd is op de juiste redenen. Dat vereiste onderstreept bovendien de (morele) verantwoordelijkheid van de rechter voor zijn bewijsoordeel. De vaststelling of het bewijs van feiten heeft immers niet slechts een epistemologische dimensie, maar ook een morele dimensie. De rechter die waarheidsvinding tot zijn taak rekent dient blijk te geven van waarheidsdeugden, zoals zorgvuldigheid, accuratesse, volledigheid, integriteit en oprechtheid. Waarheidsvinding brengt dan ook een zorgplicht mee, primair ten opzichte van de direct betrokken procespartijen, maar bovendien ten aanzien van de rechtspleging in het algemeen. Slordige waarheidsvinding hoort in een rechtsstaat niet thuis.

3. Ten slotte 'vinden' wij (in de betekenis van veronderstellen) een volledig wereldbeeld zonder welke het niet mogelijk is om feiten vast te stellen of om een bewijsoordeel te rechtvaardigen. Aan dat wereldbeeld ontleen de redenen voor het bewijsoordeel hun betekenis. De kracht en relevantie van de rechtvaardigende redenen voor het bewijsoordeel houden direct verband met ons perspectief op de wereld, met alles wat wij voor waar en onwaar houden, en daarmee met onze diepste overtuigingen. Aan de keten van redenen komt echter een einde. Uiteindelijk worden onze feitelijke oordelen nu eenmaal zó (en niet anders) gerechtvaardigd. Dat is niet een kwestie van willekeur of van dogmatisering, omdat die manier van rechtvaardiging altijd voorwerp kan worden gemaakt van rationele kritiek. Het is niet meer dan de uitdrukking van de noodzaak om sommige overtuigingen als vanzelfsprekend te veronderstellen, ten einde andere overtuigingen te kunnen rechtvaardigen. "In the beginning and in the end is the conviction", schrijft Dworkin terecht, "the struggle for integrity lies in between" (het citaat aan het begin).

Natuurlijk kan de vraag wat de rechter vindt wanneer hij waarheid vindt, ook op een ander niveau worden onderzocht. Vindt hij correspondentie tussen een uitspraak en een buitentalige werkelijkheid, zoals het modernistische gedachtegoed wil? Of komt hij niet verder dan coherentie tussen de verschillende bewijsmiddelen, zoals in het postmodernistische gedachtegoed past? Ook in het recht handelen wij met de intuïtie dat een feitelijk oordeel dat waar is overeenstemt met een buitentalige werkelijkheid. Of dat waarheid-als-correspondentie dan wel waarheid-als-coherentie is (in metafysische zin), hebben wij hier in het midden gelaten. Die tegenstelling is het resultaat van het (metafysische) streven naar een definitie van wat waarheid is. Veel wijsheid schuilt in de oude, Aristotelische gedachte (overgenomen door het gematigd postmodernisme van Toulmin) dat rationaliteit en objectiviteit in verschillende domeinen van theoretisch kennen en praktisch handelen andere eisen meebrengen. Daarmee is niet gezegd dat die verschillende domeinen niet van elkaar kunnen en moeten leren of niet in open verbinding met elkaar moeten staan. Wel is daarmee aangegeven dat de uitwisseling van methoden of inzichten prudentie en aandacht voor de bijzonderheden van beide domeinen vergt. Zo bezien is het wel degelijk zinvol om te onderzoeken welke elementen van de bewijspraktijk in het recht verwant zijn aan correspondentie respectievelijk coherentie (in overdrachtelijke zin). In het historisch onderzoek op grond van verklaringen, sporen, deskundigenberichten en andere bronnen ligt de nadruk op de coherentie van de gegevens die daaruit naar voren komen. Dat onderzoek heeft echter alleen dan zin wanneer het niet slechts berust op de coherentie van de bronnen, maar ook op de aanname dat de aldus gereconstrueerde waarheid correspondeert met een historische gebeurtenis. Zo be-

schouwd zijn coherentie en correspondentie in het recht beide van belang.⁷⁷

Waarheidsvinding en bewijs kennen in het recht hun bijzonderheden. Uiteindelijk zijn zij ingebed in een praktijk, een manier van doen, waarin regels worden toegepast, normen worden gevormd en gehandhaafd, en mensen voor hun gedrag verantwoordelijk worden gesteld. De redenen om een bewijsoordeel voor waar te houden zijn te herleiden tot een kennissysteem, waarin een bepaald wereldbeeld tot uitdrukking komt. Sommige inzichten zijn in dat wereldbeeld neergeslagen en worden daarmee tot overtuigingen; zij worden zelf niet meer op hun waarheid onderzocht, maar vormen veeleer de maatstaven voor het onderzoek van nieuwe inzichten. Deze vaststelling is niet bedoeld als een zelfgenoegzame verdedigingslinie tegen afwijkende aanspraken op waarheid of objectiviteit. Zij kan integendeel ook worden opgevat als een aansporing om overtuigingen die vastgeroest en disfunctioneel zijn op te sporen en kritisch te onderzoeken. Waar het hier om gaat is dat waarheidsvinding, zowel in het recht als daarbuiten, onvermijdelijk een voor waar aangenomen wereldbeeld vooronderstelt. Waarheid veronderstelt een perspectief, zo bleek hierboven al. Dat perspectief *blijkt* uit ons handelen, uit de manier waarop wij waarheid vinden, waarheidsclaims beoordelen en bewijsregels hanteren. Het wordt door onze bewijspraktijk *getoond*, niet alleen in de “hard cases” waarin dat opvalt, maar ook in de vele alledaagse zaken waarin over de feiten wordt getwist. De paradoxale conclusie is dat de theorievorming ons leert dat waarheidsvinding uiteindelijk een praktijk is waarin de epistemologische en morele maatstaven waaraan zij moet voldoen, besloten liggen. Die praktijk kan op onderdelen worden bekritiseerd en verbeterd; het resultaat daarvan is (hooguit) een verbeterde praktijk, maar nog steeds een praktijk. Er is geen objectieve of gegarandeerde toegang tot de werkelijkheid. De kwaliteit van onze waarheidsvinding is gegeven met de wijze waarop wij ons van die taak kwijten. Voor de één is dat geruiststellend, voor de ander onrustbarend. Het is in ieder geval de realiteit waarin wij leven.

10. Conclusies

Uit het bovenstaande kunnen, bij wijze van samenvatting, enkele conclusies worden getrokken:

77. Een volgende vraag is of in bewijs in het recht – anders dan in de empirische wetenschappen – coherentie een grotere rol speelt dan correspondentie en of een ‘tekort’ aan correspondentie kan worden gecompenseerd door een ‘overschot’ aan coherentie. Vgl. Buruma 2009, p. 323: “Doordat de verschillende bewijsmiddelen in onderlinge samenhang worden bezien is het verantwoord per bewijsmiddel iets lagere eisen te stellen dan bijvoorbeeld een wetenschapper doet die alleen in de betrouwbaarheid van een separaat bewijsmiddel is geïnteresseerd.”

1. In het gewone taalgebruik dient het waarheidsbegrip ertoe om ware van onware, juiste van onjuiste, geldige van ongeldige uitspraken te onderscheiden, in relatie tot een buitentalige werkelijkheid. Als zodanig maakt het – evenals noties als feiten, kennis en objectiviteit – deel uit van een vocabulaire waarmee wij onze verhouding tot een gegeven werkelijkheid bepalen. Hierop berust het intuïtieve idee dat waarheid bestaat in de overeenstemming met een buitentalige werkelijkheid.
2. De geschiedenis van het waarheidsbegrip heeft ons achtergelaten met een schisma tussen het modernisme dat wordt gekenmerkt door een streven naar zekerheid dat tot uiting komt in het funderingsdenken, een afbeeldingstheorie, en een opvatting van waarheid-als-correspondentie enerzijds, en het radicale postmodernisme dat zich daarvan heeft afgewend met een wantrouwen in iedere aanspraak op objectieve kennis en een opvatting van waarheid-als-coherentie anderzijds. Gematigde vormen van postmodernisme als die van Toulmin en Haack zoeken naar de eigen aard van rationaliteit in verschillende domeinen, waardoor een realistische positie in de empirische wetenschappen verenigbaar is met een perspectivisme in het recht en de moraal.
3. De theorieën over het waarheidsbegrip laten zien dat het zoeken naar een definitie van ‘waarheid’ (het metafysisch project) iets anders is dan het zoeken naar de voorwaarden waaronder een bewijsoordeel gerechtvaardigd is (het rechtvaardigingsproject). Zo beschouwd is een waarheidstheoretisch agnosticisme heel wel verenigbaar met een rationele reconstructie van de rechtvaardiging van het bewijsoordeel in het recht. Waarheid-als-correspondentie en waarheid-als-coherentie zijn in deze visie te beschouwen als metafysische noties, die in het recht alleen in overdrachtelijke zin aan de orde zijn. Zo verstaan, blijken zij in strafrechtelijke bewijsconstructies in samenhang werkzaam te zijn.
4. Een absoluut of perspectiefonafhankelijk waarheidsbegrip dient te worden afgewezen, maar daaruit volgt niet dat wij zijn overgeleverd aan een grenzeloos relativisme. Waarheid is weliswaar gebonden aan een bepaald perspectief, maar dat betekent niet dat ieder perspectief even goed is (perspectivisme is geen relativisme). In het recht wordt dit geïllustreerd door de verschillende verhalen die de partijen in een civiele procedure aan de rechter vertellen en die ieder een eigen mengsel inhouden van een bepaalde interpretatie van het recht en een eigen weergave van de feiten.
5. In het recht wordt, evenals in het alledaagse leven en in de empirische wetenschappen, onderzoek gedaan naar de werkelijke toedracht van de feiten. Het waarheidsbegrip speelt in het juridisch feitenonderzoek een rol als regulatief idee; het streven is gericht op het vinden van de waarheid, maar er bestaat nooit zekerheid of dat doel wordt gerealiseerd. Waarheidsvinding lijkt in zoverre op rechtsvinding, waarbij het streven is gericht op het vinden van de “right answer”, zonder dat wij ooit

weten of wij dat hebben gevonden. Het zou een Hercules vergen, een rechter met bovennatuurlijke gaven, om dat met zekerheid te kunnen vaststellen.

6. Waarheidsvinding kan worden beschouwd als een proces van de vaststelling of het bewijs van een historische gebeurtenis in een processuele context. In de processuele context is waarheidsvinding een beginsel van procesrecht dat weliswaar groot gewicht toekomt, maar soms ook moet concurreren met andere beginselen (zoals het beginsel van de berechting binnen een redelijke termijn, of de rechtsbescherming van de verdachte). In een processuele context is waarheidsvinding bovendien gebonden aan regels en gebruiken met betrekking tot institutionele, processuele en discursieve factoren. Ten slotte is waarheidsvinding geen vrijblijvende aangelegenheid, maar dient zij binnen een redelijk tijdsbestek te resulteren in een bewijsoordeel dat onderdeel uitmaakt van een rechtsoordeel. Dat oordeel is tegelijkertijd “final and fallible” (definitief en feilbaar).
7. Het onderzoek naar historische gebeurtenissen in het recht vertoont gelijkenis met geschiedkundig onderzoek, maar verschilt daarvan op wezenlijke onderdelen. In beide disciplines wordt dikwijls gezocht naar de “best mogelijke verklaring” voor een historische gebeurtenis, welke (in vergelijking met alternatieven) kan worden getoetst op verklarend bereik, volledigheid, coherentie en plausibiliteit. Verschillende scenario’s omtrent de werkelijke toedracht van een gebeurtenis in het recht kunnen onder deze gezichtspunten worden vergeleken (vgl. de casus van de overval in Nederweert). In de geschiedwetenschap kunnen echter eventuele “gaten” in een historische verklaring veronderstellenderwijs worden ingevuld, hetgeen in het strafrecht is uitgesloten. In het strafrecht gelden zwaardere eisen ten aanzien van het bewijs dan in de geschiedwetenschap.
8. Hoewel het rechtsoordeel vanuit het externe perspectief van de toeschouwer op ware feiten dient te berusten, vormt het bewijsoordeel vanuit het interne perspectief van de rechter een beslissing die door het beschikbare bewijs dient te worden gerechtvaardigd. De kwaliteit van bewijs kan worden beoordeeld op zijn ondersteuning, zekerheid en volledigheid. In termen van de redenen voor de rechter wiens taak het is om de waarheid te vinden behoeft het bewijsoordeel een dubbele rechtvaardiging: (i) er bestaan voldoende (sterke en relevante) rechtvaardigende redenen voor dat oordeel, en (ii) de verklarende redenen van de rechter voor zijn oordeel zijn daarop gebaseerd.
9. Naast deze epistemologische dimensie heeft de rechtvaardiging van het bewijsoordeel ook een morele dimensie. De rechter dient in zijn waarheidsvinding en bij de rechtvaardiging van zijn bewijsoordeel blijk te geven van waarheidsdeugden, met name de deugden van accuratesse (met betrekking tot de waarheidsvinding) en die van oprechtheid (met

betrekking tot de motivering van het bewijsoordeel). Op de rechter rust een zorgplicht voor de waarheidsvinding, die zijn morele verantwoordelijkheid voor dit cruciale onderdeel van zijn werk onderstreept.

10. Waarheidsvinding en de rechtvaardiging van bewijsoordelen berusten uiteindelijk op een kennissysteem waarin onze ervaringsoordelen en achtergrondkennis hun plaats vinden en waaraan zij hun betekenis ontleenen. Dat systeem en het wereldbeeld dat erin tot uitdrukking komt zijn tegelijkertijd fundamenteel en veranderlijk; fundamenteel omdat zij de criteria bieden aan de hand waarvan wij 'waar' van 'onwaar' onderscheiden, maar veranderlijk omdat zij evolueren met onze kennis. Waarheid veronderstelt een perspectief, zo concludeerden wij hiervoor (zie onder 4). Uiteindelijk *blijkt* dat perspectief uit de manier waarop wij oordelen, het wordt *getoond* door de bewijspraktijk die het recht is. Zo beschouwd is de notie van waarheid uiteindelijk iets van de praktijk.

Aangehaalde literatuur

Behan McCullagh 1984 - C. Behan McCullagh, *Justifying historical descriptions*, Cambridge University Press: Cambridge 1984.

Behan McCullagh 1998 - C. Behan McCullagh, *The truth of history*, Routledge: London/New York 1998.

Behan McCullagh 2004 - C. Behan McCullagh, *The logic of history, putting postmodernism in perspective*, Routledge: London/New York 2004.

Blackburn 2005 - Simon Blackburn, *Truth, a guide for the perplexed*, Penguin books: London 2005.

De Bock 2011 - R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Kluwer: Deventer 2011.

Buruma 2009 - Y. Buruma, *Betrouwbaar bewijs*, in: *Delict en delinquent* 2009, p. 303-324;

Crijns 2008 - J.H. Crijns, *Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding*, in: *De waarde van waarheid, opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J.M. ten Voorde (red), Bju: Den Haag 2008.

Derksen 2010 - Ton Derksen, *De ware toedracht, praktische wetenschapsfilosofie voor waarheidszoekers*, Veen magazines: Diemen 2010.

Dworkin 1986 - Ronald Dworkin, *Law's empire*, Harvard University Press: Cambridge 1986.

Dworkin 2011 - Ronald Dworkin, *Justice for hedgehogs*, Harvard University Press: Cambridge (Mass.)/London 2011.

Ginzburg 1992 - Carlo Ginzburg, *De rechter en de historicus*, Bert Bakker: Amsterdam 1992.

Glover 1999 - Jonathan Glover, *Humanity, a moral history of the twentieth century*, Yale university press: Princeton 1999.

Haack 2004 - Susan Haack, *Epistemology legalized, or, truth, justice and the American way*, oorspronkelijk in American Journal of jurisprudence 2004, p. 43-61, maar hier geciteerd uit Haack 2009.

Haack 2009 - Susan Haack, *Evidence and inquiry, a pragmatist reconstruction of epistemology*, Prometheus books: New York 2009.

Hart 1961 - H.L.A. Hart, *The concept of law*, The Clarendon Press: Oxford 1961.

Kirkham 1995 - Richard L. Kirkham, *Theories of truth, a critical introduction*, The MIT Press: Cambridge (Mass.)/London 1995.

Van Koppen 2011 - Peter van koppen, *Overtuigend bewijs, indammen van rechterlijke dwalingen*, Nieuw Amsterdam Uitgevers: Amsterdam 2011.

Lai 2008 - Ho Hock Lai, *A philosophy of evidence law, justice in the search for truth*, Oxford University Press: Oxford 2008.

Loth 1988 - M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, diss. Leiden, Gouda Quint: Arnhem 1988.

Loth 1988(2) - M.A. Loth, *Taal en rechtsfilosofie*, in: Nederlandse rechtswetenschap, O.W. M. Kamstra, F.B.M. Kunneman en C.W. Maris (red.), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1988, p. 225-241.

Loth en Gaakeer 2005 - M.A. Loth en A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht, over recht, rechtswetenschap en juristerij*, Bju: Den Haag 2005 (derde druk).

Loth 2010 - M.A. Loth, *Waarachtige rechtspraak, over rechterlijke dwalingen, waarheidsvinding en het gezag van de strafrechter*, in: RMT 2010, p. 250-259.

Luban 1994 - David Luban, *Legal modernism, law, meaning and violence*, the university of Michigan press: Ann Arbor 1994.

Patterson 1996 - Dennis Patterson, *Postmodernism*, in: Dennis Patterson (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Cambridge 1996.

Popper 1979 - Karl Popper, *Objective knowledge, an evolutionary approach*, Clarendon Press: Oxford 1979.

Rawls 1971 - John Rawls, *A theory of justice*, Oxford University Press: Oxford 1971.

Raz 1978 - Joseph Raz, *Practical reasoning*, ed. Joseph Raz, Oxford University Press: Oxford 1978.

Rorty 1991 - Richard Rorty, *Solidarity or objectivity?*, in: *Objectivity, relativism and truth, philosophical papers*, Cambridge University Press: Cambridge 1991, p. 21-35.

Toulmin 1990 - Stephen Toulmin, *Cosmopolis, the hidden agenda of modernity*, The university of Chicago press: Chicago 1990.

Toulmin 2001 - Stephen Toulmin, *Return to reason*, Harvard university press: Cambridge/London 2001.

Williams 2002 - Bernard Williams, *Truth and truthfulness, an essay in genealogy*, Princeton University Press: Princeton and Oxford 2002.

Wittgenstein 1949 - Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell: Oxford 1949.

Wittgenstein 1979 - Ludwig Wittgenstein, *On certainty*, Basil Blackwell: Oxford 1979.

Quine 1963 - W.V.O. Quine, *Two dogmas of empiricism*, in: *From a logical point of view, logico-philosophical essays*, Harper torchbook: New York 1963.

Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht

G. de Groot

Inhoudsopgave

1.	<i>Inleiding</i>	47
2.	<i>Waarheidsvinding als dilemma</i>	48
2.1	Vier lagen	48
2.2	Tegenstellingen	49
2.3	Alle waarheidsvinding is interpretatie	50
2.4	Relativiteit	52
2.5	Vrijheid en rechtvaardigheid	53
2.6	Dilemma's vragen om keuzes	54
3.	<i>Waarheidsvinding in de context van de civiele procedure</i>	55
3.1	Overheidsinmenging in waarheidsvinding	55
3.2	Bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden van partijen en de rechter	56
3.3	Bevoegdheden ten aanzien van de feiten	57
3.4	Debat in de literatuur	59
3.5	Het normstellende karakter van waarheidsvinding in wetgeving	61
3.5.1	Het belang van waarheidsgetrouwe feitenvaststelling	61
3.5.2	Weinig concrete aanknopingspunten	62
3.5.3	Waarheidsvinding en vrij bewijsstelsel	63
3.5.3.1	Bewijsmiddelen en bewijswaardering	63
3.5.3.2	Wettelijke beperkingen in de bewijswaardering	64
3.5.3.3	Onrechtmatig verkregen bewijs	65
3.6	Het normstellende karakter van waarheidsvinding in rechtspraak	66
3.7	Waarheidsvinding en supranationale normen	67
3.7.1	Artikel 6 lid 1 EVRM	67
3.7.2	Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden uit het recht van de Europese Unie	69
3.7.3	<i>Principles of Transnational Civil Procedure</i>	70
4.	<i>Waarheidsvinding en aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden</i>	71
4.1	Vertrekpunten	71
4.2	Feit en recht	71
4.2.1	Feiten en rechtsfeiten	72
4.2.2	Rechtsgronden	73
4.2.3	Rechtsmiddelen	73

4.3	Feit en recht op het niveau van de rechterlijke organisatie	74
4.4	Feit en recht in de basale sleutel van de civiele procedure	76
4.5	Het procesrechtelijke beslissingsmodel	78
4.5.1	Feitelijke grondslag (1)	78
4.5.2	Feitelijke grondslag (2)	79
4.5.3	Een voorbeeld	81
4.5.4	Wat (wel en) niet mag	82
4.5.5	Rechtszekerheid	83
4.6	Soortelijk gewicht van partijautonomie en waarheidsvinding in rechtspraak	85
4.6.1	Vijf uitspraken	86
4.6.2	De zaak Poort/Stoppels	86
4.6.3	De zaak Spector/Fotoshop	87
4.6.4	De zaak Regiopolitie/Hovax	88
4.6.5	De zaak Lammers/Aerts q.q.	89
4.6.6	De zaak Spijkers/Ru-Pro	90
4.7	De uitdijende reikwijdte van art. 25 Rv in het licht van de waarheidsvinding	91
4.7.1	Focus op de partijautonomie	92
4.7.2	De rol van de rechter	95
4.7.3	De dienende taak van de rechter	98
4.7.4	Een geïntegreerde benadering van partijautonomie en waarheidsvinding	99
4.7.5	Codificeren	100
5.	<i>Waarheidsvinding en de comparitie na antwoord</i>	103
5.1	De comparitie als instrument	103
5.2	De mondelinge behandeling is nog jong	104
5.2.1	De schriftelijke procedure	104
5.2.2	De kwartiermaker	105
5.2.3	Van comparitie naar mondelinge behandeling	106
5.3	De praktijk van de mondelinge behandeling	107
5.4	Een fundamenteel debat	109
5.5	Inbedding van procesrechtelijk beslissingsmodel in mondelinge behandeling	110
5.5.1	De voorbereiding van de rechter	110
5.5.2	De zitting	111
5.5.3	Een voorbeeld	111
5.5.4	Een professioneel gedragsrepertoire	113
5.5.5	Voorlopig oordeel	113
5.5.6	Processtrategie	114
5.5.7	De kracht van partijautonomie en waarheidsvinding	115
5.5.8	Hoor en wederhoor	116
	<i>Tot slot</i>	117
	<i>Lijst van aangehaalde rechtspraak</i>	118
	<i>Lijst van aangehaalde literatuur</i>	121

1. Inleiding

Over het onderwerp waarheid en waarheidsvinding in de civiele procedure is al veel geschreven.¹ Kort gezegd gaat het dan vaak over aard, inhoud en reikwijdte van waarheid en waarheidsvinding in de civiele procedure.² Ook de NJV heeft zich in het kader van allerlei onderwerpen erover gebogen.³ Dit preadvies is hoofdzakelijk gewijd aan de betekenis van waarheidsvinding in het procesrechtelijke beslissingsmodel van de civiele bodemprocedure, in het bijzonder bij de toepassing van het leerstuk van de aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden door de rechter en de comparitie na antwoord in eerste aanleg. De puzzels die zich rondom deze onderwerpen in verband met de waarheidsvinding kunnen voordoen, hebben in essentie meestal een relatie met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter in de civiele procedure. Kenmerkend voor de civiele procedure is dat partijen weliswaar het onderwerp en de omvang van het geschil bepalen, maar dat daarmee niet is gezegd welke waarheid in het geschil kan worden gevonden. Dat laatste wordt mede bepaald in de wisselwerking tussen partijen en de rechter.⁴ In dit preadvies zal ik onder meer betogen dat de betekenis van waarheidsvinding bij vooral de toepassing van het leerstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden met gebruik van de huidige stand van de rechtsontwikkeling verder kan worden verduidelijkt ten dienste van de rechtspraktijk. Ik zal me beperken tot civielrechtelijke geschillen op tegenspraak waarin rechtsgevolgen worden ingeroepen die ter vrije bepaling van partijen staan.⁵ De harde werkelijkheid is dat andere denkbare deelonderwerpen rondom het thema waarheidsvinding in de civiele procedure buiten beschouwing blijven.

Hierna volgt eerst iets over enkele dilemma's rondom het proces van waarheidsvinding in de civiele procedure (par. 2) en over contextuele aspecten van het proces van waarheidsvinding die van invloed zijn op het

1. Een recente uitvoerige literatuurlijst: De Bock 2011, p. 363-391.
2. Zie meer algemeen over aard, inhoud en reikwijdte van waarheid en waarheidsvinding het gelijktijdige preadvies van Loth.
3. Mom Visch 1878; Pinner 1878; De Pinto 1879; Pijnappel 1881; Karsten 1891; Pijnappel 1891; Rombach 1879; Caroli 1907; Hartzfeld 1907; Star Busmann 1915; Nolst Trenité 1915; Meilink 1924; Offerhaus 1924; Eggens 1951; Haardt 1951; Brenninkmeijer 1991.
4. Voor die wisselwerking zijn ook andere aspecten van belang, waaronder bijvoorbeeld keuzes van de rechterlijke organisatie in het kader van zaaksdifferentiatie. De invalshoek van het procesrechtelijke beslissingsmodel, dat van toepassing is in alle zaken op tegenspraak, is aanleiding om daarop niet afzonderlijk in te gaan. Zie over zaaksdifferentiatie bijv. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 129; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 95 e.v.; Kamerstukken I, 32 021, 2010/11, nr. D, p. 9; Raad voor de rechtspraak, Visie op de Rechtspraak in 2020 (www.rechtspraak.nl).
5. Daarmee blijft onder meer de verhouding tussen openbare orde en ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden buiten beschouwing.

leerstuk van aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden en de comparitie na antwoord (par. 3). Dat gebeurt (schetsmatig en zonder de pretentie van volledigheid) vanuit de gedachte dat een breder kader onmisbaar is om daadwerkelijk door te dringen in de betekenis van waarheidsvinding voor de ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden (par. 4) en de comparitie na antwoord (par. 5). Bij de bespreking van deze beide onderwerpen doe ik enkele concrete suggesties om de betekenis van waarheidsvinding in de civiele procedure in wetgeving verder te verduidelijken. Afgesloten wordt met een korte samenvatting (par. 6).

2. Waarheidsvinding als dilemma

2.1 Vier lagen

Het proces van waarheidsvinding in de civiele procedure kent de nodige dilemma's. Een deel daarvan speelt in alle rechtsgebieden, wat onder meer in het preadvies van Loth aan de orde komt. Sommige dilemma's rondom waarheidsvinding in de civiele procedure hangen echter (ook) meer of minder nauw samen met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter. Partijen bepalen in beginsel (wanneer zij rechtsgevolgen inroepen waarover zij vrijelijk kunnen beschikken) zelf over welke rechtsbetrekking tussen hen de rechter heeft te oordelen. Door partijen, althans de eisende partij, wordt een beslissing van de overheidsrechter gevraagd om de privaatrechtelijke rechtsbetrekking(en) tussen hen of een rechtstoestand te doen vaststellen (of te wijzigen) en ingeroepen rechtsgevolgen ook tegen de zin van de wederpartij te kunnen effectueren, eventueel met toepassing van staatsmacht.⁶ Daarmee hebben partijen niet alleen met elkaar en de rechter te maken, maar ook met maatschappelijke normen en het algemeen belang.⁷ De civiele rechter heeft weliswaar tot taak partijen te faciliteren in de beëindiging van hun geschillen, maar hij heeft ook een maatschappelijke verantwoordelijkheid⁸ om effectieve en efficiënte overheidsrechtspraak in civielrechtelijke zaken te bevorderen.⁹ Tegenwoordig is overigens vrij algemeen aanvaard dat hieronder naast geschilbeslechting tot op zekere

6. Brenninkmeijer 1991, p. 44; Land/Eggens 1933, p. 4-5; Eggens 1951, p. 33; Heemskerk 1974, p. 14-15.

7. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 3; Ilaardt 1984, p. 17; Hammerstein 1989, p. 1599; Van Kempen 2009, p. 287; Lewin 2011, p. 12; Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972, p. 5; Stein/Rueb 2011, p. 39; Verkijk 2009, p. 73.

8. Waarvan de inhoud natuurlijk tamelijk onbepaald is. Zie bijv. Asser-Vranken 1995, nr. 222; Schuyt 1988; Van Velthoven 2007.

9. Vgl. over de vraag of ook op advocaten 'publieke verantwoordelijkheid voor een goede rechtsbedeling rust': Bannier 2011; Commissie Advocatuur 2006, p. 21; Verkijk 2010, p. 147-154.

hoogte ook bemiddeling valt,¹⁰ maar gaat het om geschilbeslechting, dan wordt met waarheidsvinding in de civiele procedure ook 'het algemene maatschappelijke belang gediend dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling', een geregeld terugkerende zinsnede in overwegingen van de Hoge Raad.¹¹ Star Busmann sprak van 'het besef, dat voor goede rechtspraak allereerst ware, d.w.z. juiste en volledige gegevens onmisbaar zijn.'¹² Procesrechtelijke, bewijsrechtelijke en menselijke beperkingen kunnen niettemin verhinderen dat 'de' waarheid in de civiele procedure wordt gevonden.¹³ Met het gemengd privaatrechtelijke en publiekrechtelijke karakter van de civiele procedure in het achterhoofd zijn er naar mijn indruk in ieder geval vier lagen te onderscheiden waarop zich dilemma's kunnen voordoen in het proces van waarheidsvinding in de civiele procedure die meer of minder nauw zijn verbonden met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter.

2.2 Tegenstellingen

Allereerst is er de laag van de tegenstellingen. Een partij in een civiele procedure heeft in het algemeen als belang dat zij gelijk krijgt en de procedure wint. Dat gaat meestal samen met het belang dat de wederpartij ongelijk krijgt en de procedure verliest. De belangen van het eigen gelijk en het ongelijk van de ander zullen in het algemeen meewegen in de keuzes die een partij maakt bij het aandragen van de feiten die relevant zijn voor de beslissing. Het belang van een partij bij waarheid en waarheidsvinding is dus nauw verbonden met de eigen rechtspositie en partijen hoeven niet hetzelfde belang te hebben bij het aandragen van de waarheid. De rechter heeft een andersoortig belang. Hij moet de (voor de beslissing relevante)¹⁴ feiten naar waarheid vaststellen om over de rechtsbetrekking in geschil een oordeel te kunnen geven dat strookt met de werkelijkheid. Zijn belang ligt in de adequate uitoefening van zijn taken jegens partijen en de maatschap-

10. Zie bijv.: Asser 2003, p. 32-33; Loth 1998.

11. Bijv. HR 1 maart 1985, *NJ* 1985, 173, m.nt. W.L. Haardt; HR 25 september 1992, *AJ* 1993, 467, m.nt. U.J. Snijders; HR 9 augustus 2002, *LJN* AE6324; HR 19 september 2003, *LJN* AF8273; HR 30 januari 2004, *LJN* AN8490; HR 20 januari 2006, *LJN* AU4529; HR 10 april 2009, *LJN* BG9470.

12. Star Busmann 1915, p. 130. Vgl. Giesen 2002, p. 85; Van Kempen 2009, p. 269; Klaassen 2001, p. 47; Thoe Schwartzberg 2009, p. 37.

13. 't Hart 2010; Vranken 1986, p. 59.

14. Relevant zijn de feiten 'in het spectrum van enerzijds de procesrechtelijke grenzen en mogelijkheden en anderzijds de (vooralsnog) toepasselijk gecoördelde materieelrechtelijke normen', aldus Vranken, die beeldend spreekt van de rechter die heen en weer pendelt tussen de feiten in het procesdossier en de materieelrechtelijke normen die hij in het concrete geval wil toepassen (Asser-Vranken 1995, nrs. 108-109). Vgl. Ahsmann 2011, p. 136; Asser-Scholten 1974, p. 120; De Boek 2011, p. 13-18.

pij, waarvan beslissen naar waarheid onderdeel is. Hij is daarbij echter in hoge mate afhankelijk van de mate waarin partijen – handelend vanuit hun tegengestelde belangen – de feiten naar waarheid aandragen.¹⁵ Binnen het geschil van partijen mag de rechter tot op zekere hoogte ambtshalve op zoek gaan naar de waarheid. Buiten de door partijen getrokken grenzen van het geschil mag hij dat in beginsel niet (zie par. 4). Hierin klinkt door dat diffuus kan zijn op welke feiten het proces van waarheidsvinding nu precies betrekking mag hebben.

2.3 Alle waarheidsvinding is interpretatie

Dilemma's zijn er ook voor zover waarheidsvinding gepaard gaat met interpretatie. Kenmerkend voor de civiele procedure is dat waarheidsvinding naar aanleiding van stellingen van partijen vrijwel steeds gepaard gaat met uitleg van die stellingen door de rechter. Dit heeft niet alleen te maken met de wijze waarop partijen invulling geven aan de stelplicht, maar bijvoorbeeld ook met de omstandigheid dat het civiele recht veel open normen bevat en begrippen kent waarvan de inhoud geheel of ten dele onbepaald is.¹⁶ Uitleg van stellingen vindt plaats nadat partijen op elkaars stellingen hebben kunnen reageren. De reactie van een partij bevat vaak ook al een eigen interpretatie van de stellingen van de wederpartij. Wanneer een stelling een aspect van een bepaalde gebeurtenis of een bepaald feitencomplex betreft, zijn er vaak verschillende invalshoeken mogelijk om de gebeurtenis of het feitencomplex te interpreteren, ook al is er in menig geval een behoorlijke gemeenschappelijke bandbreedte over de juistheid van een interpretatie.¹⁷

Tijdens bewijslevering gaat waarheidsvinding vaak met interpretatie van waarnemingen gepaard. Bewijslevering is veelal een reconstructie¹⁸ van historische feiten onder leiding van iemand die uit het oogpunt van onpartijdigheid niet aanwezig mag zijn geweest bij de totstandkoming (de constructie) van die feiten. Waarheidsvinding is dan een instrument, een middel om te begrijpen wat er is gebeurd of waarom bepaalde keuzes zijn gemaakt, een middel om de betekenis van feiten te duiden, enzovoort. Door middel van deskundigenbewijs of technisch bewijs kan een reconstructie van historische feiten ook plaats vinden met behulp van constructief bewijsmateriaal dat reconstructie deels overbodig maakt. Als de vast te stellen feiten geen verleden tijd zijn, is waarheidsvinding door middel van

15. Vgl. De Bock 2011, p. 83.

16. O.a. Asser *Procesrecht/Voegens/Korthals Altes & Groen* 2005, p. 223; Asser-Scholten 1974, p. 75; Asser-Vranken 1995, nr. 89 e.v.; Barendrecht 1992; Frenk 2011; Hirsch Ballin 1988, p. 229; Hol & Loth 2001, p. 23-25; Wiarda 1999.

17. Asser-Vranken 1995, nr. 110.

18. Asser-Vranken 2005, nr. 13; Wigboldus 2010, p. 45-47.

bewijslevering overigens meer fictie dan werkelijkheid. Dit speelt met name bij vragen over schade. Wanneer nakoming of herstel niet meer mogelijk is en rechtsherstel in de vorm van schadevergoeding in beeld komt, gaat het vaak mede om de vaststelling van toekomstige of hypothetische feiten en niet (louter) om reconstructie van historische feiten. Aan de hand van redelijke verwachtingen omtrent toekomstige ontwikkelingen wordt een inschatting gemaakt van goede en kwade kansen. Getracht wordt zo goed mogelijk recht te doen aan een werkelijkheid in abstracto, die zich geheel of ten dele als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – niet meer zal voordoen. Het behoeft geen toelichting dat hiermee een grote hoeveelheid interpretatie gepaard gaat en de werkelijkheid uiteindelijk anders kan uitpakken.¹⁹ Bovendien kan het proces van waarheidsvinding worden gecompliceerd doordat de vrijwel exclusieve focus op de vaststelling van schadevergoeding niet zonder meer tegemoet hoeft te komen aan de behoeften van benadeelden om aandacht te krijgen voor aspecten van immateriële aard, zoals erkenning krijgen, te weten komen wat er precies is gebeurd, excuses ontvangen of willen voorkomen dat iemand anders iets soortgelijks overkomt.²⁰

Waarheidsvinding kan natuurlijk ook worden belemmerd door menselijke fouten bij de interpretatie en (re)constructie van feiten. Het proces van waarheidsvinding staat bol van de valkuilen. De kennis hiervan en van mogelijkheden tot risicobeperking is vooral vergaard in het kader van het strafrecht²¹ en wordt soms ook in civiele zaken toegepast.²² Gedacht kan onder meer worden aan het risico van de kennisparadox bij opheldering van feiten met behulp van een deskundigenbericht (wie een deskundige nodig heeft, weet niet wat hij niet weet),²³ aan tunnelvisie²⁴ (te snel een bepaald spoor ingaan, mogelijke alternatieve scenario's te snel laten vallen), aan *belief perseverance*²⁵ (de neiging om bij een eerder gevormd oordeel te blijven) of aan *hindsight bias*²⁶ (oordelen met wijsheid achteraf).

19. Akkermans 2002, p. 114; De Groot & Akkermans 2008, p. 189; Akkermans 2009; Dijkshoorn & Lindenberg 2010; Lindenberg 2009; Lindenberg 2010; Nieuwenhuis 2006, p. 133.

20. Akkermans e.a. 2008; Akkermans e.a. 2009; Akkermans 2012; Asser-Vranken 2005, nr. 66; Van Boom, Giesen & Verheij 2008, p. 27-31; Giard 2010.

21. Zie bijv. het themanummer van RM Themis over waarheidsvinding in het strafrecht (RM Themis 2010, 5/6).

22. Bijv. Rb. Haarlem 27 april 2011, *J/N* BQ6279.

23. De Groot 2008, p. 13-15; De Groot & Akkermans 2008, p. 189. Zie ook: Broeders 2007, p. 57; Sluijters 2001.

24. Tunnelvisie is met name sinds het Rapport-Posthumus over de Schiedammer parkmoord (www.rijksoverheid.nl > Documenten en publicaties > Rapporten) in de rechtspraak een begrip geworden. Zie ook Asser 1999b, p. 1252; Asser 2010, p. 11; De Bock 2011, p. 147.

25. Zie ook de noot van F. Fernhout bij *EJRM* 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 72 (Cottin/België).

26. Asser 2008, p. 16-17; Giard 2005; Giard 2009; Giard & Merckelbach 2009.

Deze verschijnselen kunnen zich natuurlijk ook voordoen rondom het proces van waarheidsvinding in strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures. In de civiele procedure is de wezenlijke rol van uitleg van stellingen echter een niet te onderschatten onderdeel van het verschijnsel interpretatie in het proces van waarheidsvinding, onder meer bij de feitenvaststelling, de toepassing van het leerstuk van aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden (waarover meer in par. 4), en bewijsbeslissingen (over bewijslast, bewijsopdracht, bewijslevering en bewijswaardering). Daarmee is er ook alle ruimte voor eventuele interpretatiefouten in het proces van waarheidsvinding.

2.4 Relativiteit

Een derde laag is die van de relativiteit. Waarheidsvinding leidt in de civiele procedure naar relatieve waarheden, zowel binnen de procedure als in relatie tot de wereld buiten de procedure. De bewijsmaatstaf is dat de civiele rechter een redelijke mate van zekerheid nodig heeft om overtuigd te raken van de waarheid²⁷ van een door een partij te bewijzen feit dat relevant is voor de te nemen beslissing,²⁸ waarbij het volgens Paul Scholten gaat om een op ervaring en redelijk betoog steunende overtuiging.²⁹ Dat een relatief geringe mate van zekerheid volstaat, onderstreept dat waarheidsvinding in de civiele procedure geen doel op zichzelf is, maar een instrument om te bewerkstelligen dat geschillen in een eerlijk proces binnen een redelijke termijn tegen aanvaardbare kosten kunnen worden beslecht. De bewijsmaatstaf laat na de feitenvaststelling door de rechter de mogelijkheid open dat buiten de procedure ten aanzien van hetzelfde feit verschillende waarheden (blijven) bestaan, ook al hebben de vastgestelde feiten tussen partijen gezag van gewijsde (art. 236 Rv). Waarheidsvinding geeft niet meer dan een relatieve zekerheid over de mate waarin de beslissing van de rechter strookt met de werkelijkheid in de rechtsbetrekking in geschil.³⁰ Binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil bepaalt de rechter of een feit relevant is voor de beslissing en bewijs behoeft. Welke feiten daarbuiten eventueel ook relevant zijn voor de beslissing, onttrekt zich grotendeels aan de waarneming van de rechter. Zelfs als

27. Al bij de Romeinen ging het bij bewijslevering (*probatio*) om een waarheidsgetrouwe, geloofwaardige opheldering van een betwiste stelling (zie bijv. Chorus 1987, p. 21; Litewski 1999, p. 354).

28. Asser 2004, nr. 2; Asser/Anema/Verdam 1953, p. 35-39; De Bock 2011, p. 202; Eggen 1951, p. 15-19; Giesen 2001, p. 50-51; Haardt 1951, p. 89; Hidma 2005, p. 149; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 78; Pijlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4; Scheltema 1939, p. 35-36 en 103; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 244; Stein/Rueb 2011, p. 143. Zie ook De Bock 2011, p. 218 e.v. (voorstel voor een alternatieve bewijsmaatstaf).

29. Scholten 1935, p. 358.

30. Vgl. De Bock 2011, p. 33.

dat anders is, staat het de rechter niet vrij de grenzen van het geschil te verleggen als partijen dat niet wensen (zie par. 4).

2.5 *Vrijheid en rechtvaardigheid*

In deze drie lagen kunnen dilemma's vooral ontstaan door de concrete wijze waarop partijen en de rechter in een zaak invulling geven aan hun taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden. In een meer abstracte vierde laag waarop zich in het proces van waarheidsvinding dilemma's kunnen voordoen verbonden met de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter, gaat het erom dat de mitsen en maren van de eerste drie lagen niet kunnen verhelen dat (ook) een civiele procedure het niet zonder waarheidsvinding kan stellen. In de woorden van Schuyt: vrijheid en gerechtigheid zijn de twee maatschappelijk belangrijkste waarden. Vrijheid en gerechtigheid (waarvoor ik hierna het synoniem³¹ rechtvaardigheid zal gebruiken) zijn geen absolute of metafysische grootheden of voer voor ideologen, maar krijgen een praktische en concrete invulling naar gelang de omstandigheden, plaats en tijd dat vragen. De manier waarop gerecageerd wordt op de tegenovergestelden van vrijheid en rechtvaardigheid, onrecht en onvrijheid, zijn bepalend voor het behoud ervan.³² De eigen vrijheid om te beschikken over burgerlijke rechten gaat gepaard met een eigen verantwoordelijkheid om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen.³³ Bij vrijheid gaat het in dit preadvies vooral om de betekenis van waarheidsvinding voor de vrijheid van partijen om over hun burgerlijke rechten te beschikken. Over (verdelende en vereffenende) rechtvaardigheid en civiel (proces)recht valt veel te zeggen, maar daarop hoeft hier niet te worden ingegaan.³⁴ Onderdeel van het begrip rechtvaardigheid in dit preadvies is onder meer het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling.³⁵ De verzuchting van Euripides dat rechtvaardigheid niet in de ogen der mensen is,³⁶ maant wel tot bescheidenheid, anders gezegd: *'although justice is possible, it is never complete'*.³⁷

31. Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal.

32. Schuyt 2006, p. 16.

33. Bijv. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 80; Van Schaick 2009, p. 13; Vranken 1999, p. 80.

34. Zie bijv. Van den Berg 2000, p. 623 ('Het enkele inroepen van rechtvaardigheid is op zichzelf niet het noemen van een argument, maar het aankondigen van een discussie.'). Langemeijer/Schrage 1994; WPNR-themanummer over rechtvaardigheid in het civiele recht (WPNR 2010 (6843), p. 381-428).

35. Vg. De Bock 2011, p. 43 e.v.

36. Euripides, Medea, Episode 1, regel 218.

37. Cummings 2011, p. 3.

Vrijheid en rechtvaardigheid zijn niet los van elkaar te zien. In een vrije en rechtvaardige gemeenschap kan een individu zich verder ontwikkelen ten gunste van zichzelf en het sociaal, economisch en maatschappelijk verkeer in de gemeenschap.³⁸ In een gemeenschap zonder rechtvaardigheid gaat vrijheid uiteindelijk verloren. De waarden van vrijheid en rechtvaardigheid hebben dus niet alleen een individuele kant, maar ook een maatschappelijke en rechtsstatelijke dimensie. In regelgeving wordt gebruik gemaakt van middelen ter compensatie van ongelijkheid tussen partijen om een rechtvaardig gebruik van ieders vrijheid in relatie tot de vrijheid van anderen te behouden en te bevorderen. Waarheidsvinding in de civiele procedure is een middel om vrijheid en rechtvaardigheid te dienen. Met waarheidsvinding wordt beoogd recht te doen aan de werkelijkheid in het geschil van partijen (zie par. 3) en in breder verband aan de sociale, economische, politieke of juridische werkelijkheid waarvan de verhalen van partijen onderdeel zijn.³⁹ De individuele perceptie van vrijheid en rechtvaardigheid van een partij kan in een civiele procedure mede bepalen welke stellingen zij inneemt en in hoeverre haar stellingen ruimte laten voor waarheidsvinding. Die perceptie zal zich lang niet altijd verdragen met het perspectief van de wederpartij en hoeft ook niet te stroken met maatschappelijk algemeen gedeelde inzichten over de betekenis die aan waarheidsvinding in een civiele procedure toekomt, zoals onder meer neergelegd in de wettelijke verplichting van partijen (art. 21 Rv) om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (zie par. 3.3). Dan gaat het erom, zoals Haardt schreef, een compromis te vinden 'tussen het belang der partijen, die in vrijheid moeten kunnen bepalen of zij een proces willen voeren en waarover en het belang van de maatschappij en van de partijen, dat er recht worde gedaan overeenkomstig hetgeen waar is'.⁴⁰ De vierde laag heeft weliswaar een hoog abstractieniveau, maar verderop in dit preadvies zal ik op diverse punten nader uitwerken wat het fundament van vrijheid en rechtvaardigheid naar mijn opvatting betekent voor waarheidsvinding in de civiele procedure.

2.6 *Dilemma's vragen om keuzes*

De vier lagen genereren dilemma's in het proces van waarheidsvinding die zijn terug te voeren op een groot goed: het primaat van het zelfbeschik-

38. Misbruik moet volgens Eggens binnen bepaalde grenzen als noodzakelijk kwaad worden aanvaard ter wille van vrijheid als het hogere goed (Eggens 1951, p. 7).

39. Van Kempen meent dat een 'constitutieve voorwaarde voor een rechtvaardige eindbeslissing is dat deze steunt op de waarheid en niet op ficties' (Van Kempen 2009, p. 280). Verkiijk denkt dat een rechtvaardige afdoening vooral betekent 'eerlijk en efficiënt' en verstaat 'proportioneel en spoedig' onder 'efficiënt' (Verkiijk 2009, p. 74).

40. Haardt 1951, p. 62.

kingsrecht van het individu in een georganiseerde samenleving gericht op ontwikkeling en vooruitgang, waarin ieder ruimte krijgt om het eigen zelfbeschikkingsrecht te effectueren met respect voor andermans zelfbeschikkingsrecht en voor wederkerigheid en onderlinge afhankelijkheid. Waarheidsvinding is dan geen doel op zichzelf, maar een middel om rechten te effectueren die inherent zijn aan het zelfbeschikkingsrecht.⁴¹ De dilemma's vragen zo bezien niet zozeer om oplossingen (als die al voorhanden zijn), maar om inzicht in factoren die maken dat bepaalde keuzes van partijen en de rechter het proces van waarheidsvinding bevorderen of juist verstoren.

3. **Waarheidsvinding in de context van de civiele procedure**

3.1 *Overheidsinmenging in waarheidsvinding*

Voor een goed begrip van de context van het proces van waarheidsvinding in een civiele procedure is het behulpzaam om te bedenken dat aan een civiele procedure meestal geen gereguleerd proces van waarheidsvinding vooraf gaat. Dat is anders bij een strafzaak of een bestuursrechtelijke zaak. In het strafrecht beslist de officier van justitie welke strafbare feiten in de tenlastelegging worden opgenomen. Daarmee schept hij ook een kader voor de feiten waarop de waarheidsvinding in de strafzaak betrekking heeft. In het bestuursrecht kiest de appellant op welke onderdelen hij de beslissing op bezwaar van een bestuursorgaan onderwerpt aan het oordeel van de rechter. Aan een strafzaak of een bestuursrechtelijke zaak gaat een beslissing vooraf van een overheidsorgaan, dat zich bij gebruik van feiten in zijn beslissing dient te richten naar de werkelijkheid. Zo hoort de officier van justitie geen feit ten laste te leggen waarvan al vaststaat dat de verdachte het niet kan hebben gepleegd. Een bestuursorgaan hoort een besluit zorgvuldig voor te bereiden en van een toereikende motivering te voorzien (art. 3:2 en 3:46 Awb), waarvan een juiste feitelijke grondslag onderdeel is. Voordat een zaak bij de strafrechter of de bestuursrechter aanhangig wordt gemaakt, is het onderwerp ervan dus al door de overheidsschuizen van de waarheidsvinding gegaan. Dat is anders wanneer een partij een zaak aanhangig maakt bij de civiele rechter. De eisende partij kiest ook hier welke vordering tegen welke wederpartij wordt ingesteld. Publiekrechtelijk overheidsoptreden gaat daaraan in de regel echter niet vooraf, afgezien van eventuele toepassing van voorlopige bewijsmaatregelen buiten de bodem-

41. Vgl. Vranken 1999, p. 79: partijautonomie is het fundament van het vermogensrecht, dat zich vertaalt in de vier bekende vrijheden: contractsvrijheid, testevrijheid, de vrijheid om vermogen te verwerven en daarover naar eigen goeddunken te beschikken en de vrijheid om rechtspersonen op te richten. Zie bijv. ook Peletier 1999.

procedure. Een eis wordt ingesteld op basis van individuele⁴² verlangens, behoeften of belangen om een burgerlijk recht te effectueren. Er is geen noodzaak om daarover eerst een gereguleerde overheidsbeslissing te nemen waarin die verlangens, behoeften of belangen worden gezien op hun relatie met de werkelijkheid. Pas wanneer een persoon een bepaalde aanspraak in rechte vastgesteld wil zien en zich tot de civiele rechter wendt, komt van overheidswege zo nodig een proces van waarheidsvinding op gang. Geen van partijen heeft daarin op voorhand de positie dat zij behoudens tegenbewijs wordt vermoed zich voorafgaand aan de procedure naar de werkelijkheid te hebben gericht. De eiser of gedaagde die in de procedure een burgerrechtelijke aanspraak wil verwezenlijken, dient als hoofdregel bij betwisting te bewijzen dat het om een werkelijke aanspraak gaat. Aanspraken die niet stroken met de werkelijkheid, worden niet door het civiele recht beschermd en zijn niet rechtens afdwingbaar (art. 3:303 en 3:13 BW).⁴³ Het civiele procesrecht bevat de nodige instrumenten om te bewerkstelligen dat de feiten die aan een beslissing ten grondslag worden gelegd, worden vastgesteld overeenkomstig de werkelijkheid. In het geschil van partijen wordt dit instrumentarium echter pas toegepast door een overheidsorgaan – de civiele rechter – nadat de procedure aanhangig is gemaakt.

3.2 Bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden van partijen en de rechter

Algemeen geldt als uitgangspunt dat feiten die relevant zijn voor de beslissing en tussen partijen in geschil zijn, naar waarheid moeten worden vastgesteld.⁴⁴ De discussie gaat onder meer erover welke feiten dat zijn en wie dat bepaalt: partijen, de rechter, of misschien zelfs derden zoals een belanghebbende, een getuige of een deskundige. In de verhouding tussen partijen en de rechter zijn in essentie vier categorieën bevoegdheden te onderscheiden.⁴⁵ De eerste categorie betreft de bevoegdheid om een pro-

42. De collectieve actie blijft in dit preadvies buiten beschouwing.

43. Bruijnzeel 2011; Grosheide 2005, p. 131; Van der Kwaak 2002; Snijders 2004, p. 14; Van der Wiel 2004, p. 103 e.v.

44. Bijv. Diephuis 1872, p. 288-289: 'De feiten, die van invloed zijn op het ontstaan, de voortdoring of wijziging en het eindigen of de opheffing van de regten en regtsbetrekkingen der personen, moeten, opdat daaraan die kracht zal kunnen worden toegekend, als werkelijk bestaande, als waar erkend worden. Dit geldt voor den rechter, die over die regtsbetrekkingen beslissen, naar aantekening dier feiten uitspraak moet doen; het geldt ook voor allen, te wier aanzien het bestaan of te niet gaan eener regtsbetrekking van belang is, tegenover wie men het een of het ander op grond van bepaalde feiten beweert.' Zie bijv. ook De Rook 2011, p. 27-34; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 209; Vranken 1999, p. 78.

45. De Groot 2008, p. 37-40.

cedure te beginnen, het onderwerp ervan te kiezen en een procedure te beëindigen. Het initiatief om een civiele procedure te beginnen of om als verwerende partij in een procedure te verschijnen, ligt in een democratische rechtsstaat onbetwist bij een partij,⁴⁶ maar is wel onderhevig aan wettelijke beperkingen. Een rechtsmiddel tegen een tussenuitspraak staat bijvoorbeeld slechts open met rechterlijk verlof (art. 337 lid 2 Rv; art 401a Rv). De tweede categorie bevoegdheden betreft de feiten die worden betrokken in het geschil en de beslissing. De derde categorie bevoegdheden heeft betrekking op de proceshandelingen die kunnen worden verricht. Voor zover dat niet al vastligt in de wet, bepaalt tegenwoordig de rechter in overwegende mate wanneer welke proceshandelingen op welke wijze mogen worden verricht.⁴⁷ Partijen hebben daarover weinig zeggenschap meer. De vierde categorie betreft het tempo waarin wordt geprocedeerd en beslist. Hier hebben partijen en de rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid (art. 20 Rv).

3.3 *Bevoegdheden ten aanzien van de feiten*

Het proces van waarheidsvinding speelt zich vrijwel uitsluitend af binnen de tweede categorie bevoegdheden, waarin het gaat over de feiten die worden betrokken in het geschil en de beslissing.⁴⁸ In dit preadvies worden bevoegdheden uit de tweede categorie nader gezien in relatie tot het proces van waarheidsvinding. Hier gaat het erom door wie – partijen en/of de rechter – wordt bepaald welke feiten worden betrokken in een geschil en in de beoordeling en beslissing. Ook gaat het erom wie bepaalt of feiten relevant zijn voor de beslissing, en hoe feiten worden opgehelderd die tussen partijen in geschil zijn en relevant zijn voor de beslissing. De kernwoorden zijn selectie, vaststelling en waardering van feiten.⁴⁹ In Nederland impliceert de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten dat zij het onderwerp van de vordering (of het verzoek)⁵⁰ en het verweer kiezen en de

46. Dat kan anders zijn wanneer het gaat om rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

47. De rechter is hier veelal gebonden aan door de gerechten opgestelde procesreglementen, waarmee wordt beoogd zo veel mogelijk rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseendheid in het procesverloop te bieden. Vgl. art. 35 Rv: de wetgever kan bij algemene maatregel van bestuur nadere regels stellen over het procesverloop met het oog op de verdere harmonisering van dagvaardings- en verzoekschriftprocedures (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 188). Zie ook: Asser, Groen & Vranken 2003, p. 74; De Groot 2008, p. 42-45; Ynzonides 2010, p. 99.

48. De andere drie categorieën worden hierna grotendeels buiten beschouwing gelaten.

49. Ahsmann 2011, p. 135-136 en p. 151 e.v.; Asser-Vranken 1995, nr. 107.

50. Hierna wordt kortweg 'vordering' gebruikt, waarvoor in de regel 'vordering of verzoek' kan worden gelezen.

omvang van het geschil bepalen.⁵¹ Dit wordt hierna ook aangeduid als de partijautonomie.⁵² Partijen bakenen de omvang van het geschil af door één of meer grondslagen te vermelden voor vordering of verweer en door feiten aan te voeren die zij in verband met de aard en omvang van het geschil relevant achten voor de verlangde beslissing. De standpunten van partijen zijn in hoge mate bepalend voor de feiten die tussen hen vaststaan en in geschil zijn. De partijautonomie wordt onder meer begrensd door de verplichting van partijen de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Deze verplichting houdt in dat partijen een getrouw en volledig beeld van het geschil behoren te geven,⁵³ niet bewust een vals voorstelling van zaken mogen geven en feiten niet tegen beter weten in mogen ontkennen.⁵⁴

Onderdeel van de beslissingsbevoegdheid van de rechter is dat vervolgens wordt vastgesteld welke feiten tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Hierin hebben partijen geen zeggenschap. In Nederland (en in veel andere landen op het Europese continent) is uitgangspunt is dat een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing door een onpartijdige en onafhankelijke rechter vergt dat een partij, gezien haar belang bij de uitkomst, geen volledige zeggenschap heeft over de keuze om feiten op te helderen en de wijze waarop feiten worden opgehelderd. Anders gezegd: naar Nederlands civiel procesrecht heeft een partij een grote mate van vrijheid om de feiten aan te voeren die volgens haar relevant zijn voor de beslissing op vordering

51. Waarmee niet is gezegd of factoren binnen en buiten hun invloedssfeer hen daartoe effectief in staat stellen. Zie bijv. Grosheide 2005, p. 126.
52. Ahsmann 2011, p. 74; Asser 2010, p. 33-35; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 65 e.v.; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 49-51; Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2011, p. 12 e.v.; De Bock 2011, p. 84 e.v.; Bosch-Boesjes 1991, p. 131; Brenninkmeijer 1998, p. 18; Van den Brink 2008, p. 89; Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 10-11; Ingelose 2004, p. 45; Jongbloed 2004, p. 158-159; Klaassen 2009, p. 64; *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart* 2002, p. 152; Stein/Rueb 2005, p. 20; Snijders 2003, p. 1700; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 46-48.
53. Behoudens gewichtige redenen om dat niet te doen (*Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart* 2002, p. 147).
54. Ahsmann 2010, p. 14; Ahsmann 2011, p. 45; Asser 2003, p. 36; De Bock 2011, p. 52-56; Hammerstein 1989, p. 1600-1601; Hammerstein 2003, p. 60; Klaassen 2002; Klaassen 2009, p. 65-66; Van der Korst 2006; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 46; Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 10; Van der Wiel 2004, p. 28-31; *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart* 2002, p. 146, 149, 152; Verkijk 2010, p. 556-562; Wesseling van Gent, *Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 21, aant. 1. De verplichting geldt voor alle door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures (IIR 25 maart 2011, *LJN* BO0675). Zie bijv. ook Hof Den Bosch 14 december 2004, *LJN* AS6385; Hof Den Bosch 15 november 2005, *LJN* AX8899; Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556; Hof Amsterdam 26 mei 2009, *LJN* BO3203; Hof Den Bosch 7 juli 2009, *LJN* BJ4469; Hof Arnhem 30 november 2010, *LJN* BO9917; V.z.r. Rh. Maastricht 1 september 2005, *LJN* AU2032; Rh. Rotterdam 14 juni 2006, *LJN* AY6251; Rh. Roermond 28 november 2007, *LJN* BC0427.

en verweer, maar zij heeft geen algemene aanspraak op bewijslevering van feiten die in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden.⁵⁵ De rechter heeft een autonome rol in de analyse en beoordeling van het geschil, de toepassing van het bewijsrecht en de beslissing.⁵⁶

3.4 *Debat in de literatuur*

De bevoegdheden van partijen en de rechter in de civiele procedure bestaan voornamelijk uit open normen op een abstract niveau. De betekenis van partijautonomie en waarheidsvinding wordt mede bepaald door (de invulling die wordt gegeven aan)⁵⁷ de beginselen van een eerlijk proces en een goede procesorde. De uitoefening van bevoegdheden door partijen en de rechter kan niet los worden gezien van hun opvatting over hun taken en verantwoordelijkheden in de civiele procedure en de wijze waarop zij daaraan in een concreet geval invulling geven. Nederland kent een lange traditie van verdeeldheid in de literatuur over de vraag of een partij mag verhinderen dat de feiten in de civiele procedure naar waarheid worden vastgesteld, waarop hier alleen in grote lijnen kan worden ingegaan.⁵⁸ De verschillen laten zich kort gezegd onder meer verklaren door het gewicht dat wordt gehecht aan partijautonomie enerzijds en waarheidsvinding anderzijds. In de tijdgeest van de negentiende eeuw heeft de rechtspraktijk op het been gestaan dat de civiele rechter ook gebonden was aan de door partijen getrokken grenzen van het geschil (en zich dus lijdelijk diende op te stellen)⁵⁹ wanneer dat haaks stond op het belang van de waarheidsvinding.⁶⁰ Eind negentiende eeuw werd steeds meer de behoefte gevoeld om de rechter meer bevoegdheden te geven om procedures te versnellen, deformalisering te realiseren en een beter en meer waarheidsgetrouw fei-

55. Partijen kunnen echter wel rechtsgevolgen die zij vrij kunnen bepalen in een akte bewijsrechtelijk vastleggen (art. 156 Rv). In een bewijsovereenkomst kunnen zij afwijken van het wettelijk bewijsrecht, tenzij het feiten betreft waaraan rechtsgevolgen verbonden zijn die niet ter vrije bepaling van partijen staan (art. 153 Rv). Art. 166 Rv kan een partij aanspraak geven op getuigenbewijs (zie bijv. Reisig 2005).

56. Vranken 1986, p. 52 en 56-58.

57. Asser 2007, p. 43.

58. Zie voor overzichten van het debat op dit punt o.a.: De Bock 2011, p. 83 e.v.; Bosch-Boesjes 1991, p. 19-57; Haardt 1951. Zie ook De Bock 2011, p. 74; Karsten 1891, p. 11-19; Star Busmann 1915, p. 130.

59. Pijnappel noemde vier gronden voor de lijdelijkheid van de rechter: de civiele procedure betreft rechten waarover partijen de beschikking hebben, wordt gevoerd op kosten van partijen, mag niet tot een beslissing leiden zonder hoor en wederhoor en vraagt om een onpartijdige rechter (Pijnappel 1891, p. 136).

60. Van Boneval Faure 1893 IV-1, p. 4-8; Chorus 1987, p. 6; Opzoomer/Levy 1892, p. 2. Suijling schreef nog in 1928 dat het recht het overlaat aan het geweten van een partij of deze met de waarheid voor de dag zal komen, aangezien de wet oprechtheid niet tot een rechtsplicht voor gedingvoerenden had gemaakt (Suijling 1928, p. 117).

tenonderzoek mogelijk te maken.⁶¹ Tot 1920 werden daartoe diverse vooruitstrevende voorstellen voor een nieuwe wettelijke regeling van het civiele procesrecht ontwikkeld. In 1948 volgde een laatste voorstel tot hercodificatie, dat wisselend werd ontvangen.⁶² Met deze voorstellen werd onder meer beoogd de rechter aanzienlijk meer mogelijkheden tot waarheidsgetrouwe feitenvaststelling te geven. Tot een nieuwe wettelijke regeling hebben de voorstellen niet geleid. Bezwaren in de literatuur waren met name gericht tegen een afname van het gewicht van de partijautonomie en een toename van de bemoeienis van de rechter.⁶³ In de volgende jaren speelde het debat zich af rondom de herziening van het bewijsrecht, die in 1988 werd voltooid (zie par. 3.5.3). Ook in de jaren negentig werd in de literatuur herhaaldelijk aandacht gevraagd voor de betekenis van waarheidsvinding in de civiele procedure.⁶⁴

Vrij algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat de rechter geen waarheidsvinding mag bedrijven buiten de grenzen van het geschil van partijen.⁶⁵ De meningen lopen echter uiteen over de vraag hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich binnen de grenzen van het geschil tot elkaar verhouden (waarover meer in par. 4), dat wil zeggen wie bepaalt welke feiten worden betrokken in de beoordeling en beslissing van welk geschilpunt. Daarmee is de kwestie nauwelijks afgebakend, want de complexiteit in de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding ligt vaak juist in het bepalen van die grenzen. In vogelvlucht beschouwd wordt het debat vooral gekenmerkt door verschillen van opvatting over de ruimte van een partij voor de effectuering van haar zelfbeschikkingsrecht, de mate waarin een partij rekening behoort te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen, en het vertrouwen in de rechter op individueel en maatschappelijk niveau. Als het gaat over de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding binnen de grenzen van het geschil spelen echter ook andere aspecten een wezenlijke rol, zoals de directe of (via een

61. Bosch-Boesjes 1991, p. 32; Verkijk 2010, p. 520 e.v.

62. Haardt 1949, p. 315, met verdere verwijzingen. Zie ook: Jongbloed 2005, p. 75-77; Verkijk 2010, p. 533.

63. Bosch-Boesjes 1991, p. 33-42.

64. Asser 1991; Asser 1999a, p. 18; Asser-Vranken 1995, p. 30-31; Bosch-Boesjes 1991, p. 22; Van den Reek 1997; Vranken 1999, p. 84-85. Zie ook Klaassen 2001.

65. Bijv. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 9-10, 127; Drion 2009, p. 781; Giesen 2006, p. 104; Hammerstein 2003, p. 61; Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 83; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 299; Rutgers, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149, aant. 2 en 5; Van Schaick 2009; Siemerink 2010; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 49; Star Busmann 1915, p. 153; Stein/Rueb 2005, p. 113. Vgl. HR 18 december 1987, NJ 1988, 679, m.nt. W.H. Heemskerk; HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315, m.nt. W.M. Kleijn; HR 17 februari 2006, LJN AU6927; HR 10 november 2006, LJN AZ1899; HR 23 maart 2007, LJN AZ4571; HR 15 april 2011, LJN BP5612; HR 9 september 2011, LJN BR1653; HR 9 september 2011, LJN BR1654.

advocaat of gemachtigde) indirecte overdracht van het verhaal van een partij aan de rechter,⁶⁶ de (on)mogelijkheden om feiten op te helderen met gebruik van de stand van wetenschap en techniek,⁶⁷ het maatschappelijk gewicht dat wordt toegekend aan de gelijkwaardigheid van de partijen in de procedure en de behoefte aan ongelijkheidscompensatie,⁶⁸ of de invloed van het recht van de Europese Unie op het (proces)recht van nationale oorsprong.⁶⁹

3.5 *Het normstellende karakter van waarheidsvinding in wetgeving*

3.5.1 *Het belang van waarheidsgetrouwe feitenvaststelling*

De wetgever heeft het evenmin gemakkelijk met de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding. Vanaf het begin van de codificatie is duidelijk dat de wetgever hecht aan een waarheidsgetrouwe vaststelling van de feiten die relevant zijn voor de beslissing van het geschil.⁷⁰ Zo is rekest-civiel, tegenwoordig herroeping genoemd (art. 382 Rv), steeds mogelijk geweest wanneer een beslissing door bedrog of dwaling niet op ware feiten berust.⁷¹ Te denken valt verder aan de sinds 1923⁷² geregelde inlichtingencomparitie (art. 19a Rv oud), de afschaffing in 1923 van de mogelijkheid om getuigen te wraken,⁷³ of de mogelijkheid om een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil te laten plaatsvinden sinds de wettelijke regeling van de comparitie na antwoord in 1989⁷⁴ (art. 141a Rv oud) en de nadere regeling ervan in 2002 (art. 131 Rv). Uit het bewijsrecht kan als voorbeeld dienen de bevoegdheid van de rechter (sinds 1838) om ambtshalve getuigenbewijs op te dragen (art. 199 Rv oud, art. 166 lid 1 Rv). Bij de wetwijziging van 1989 werd aan de rechter tevens de bevoegdheid gegeven om partijen te gelasten ter comparitie bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende beschieden over te leggen (art. 19a lid 1 Rv oud). In 2002 werden aan de rechter

66. Asser-Vranken 1995, p. 10; De Bock 2011, p. 110; Star Busmann 1915, p. 133.

67. De Bock 2011, p. 304 e.v.; De Groot 2008, p. 427-430.

68. O.a. De Bock 2011, p. 119; Van Schaick 2009, p. 19-20.

69. Bijv. Freudenthal 2004; Freudenthal 2007; Van der Grinten 2007; Krans 2010; Snijders 2007; Zilinsky p. 17-34.

70. Zie over de wetsvoorstellen in de negentiende en twintigste eeuw waarin het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure werd onderstreept o.a. Bosch-Boesjes, p. 19-57; Haardt 1951, p. 51-53; Offerhaus 1924, p. 2-3; Van Rossem/Cleveringa 1972, Inl. Aant., aant. 6.

71. Ten Kate 1962, p. 141 e.v.; Ten Kate & Korsten-Krijnen 2005. Zie ook HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 46.

72. Wet van 5 mei 1923, *Stb.* 1923, 189.

73. Wet van 22 juni 1923, *Stb.* 1923, 280.

74. Wet van 25 oktober 1989, *Stb.* 1989, 483.

verdere bevoegdheden verleend en nieuwe verplichtingen van partijen vastgelegd die strekken tot waarheidsgetrouwe feitenvaststelling. De vernieuwing van de dagvaardingsprocedure werd onder meer gezocht in de intensivering van het feitenonderzoek onder leiding van de rechter en in het eerder op gang brengen daarvan door partijen.⁷⁵ De bestaande bevoegdheid van de rechter om partijen bij de comparitie te gelasten bepaalde stellingen toe te lichten of bescheiden over te leggen is uitgebreid tot een algemene bevoegdheid in alle gevallen en in elke stand van de procedure (art. 22 Rv).⁷⁶ Bovenop reeds bestaande stelplichten (art. 111 lid 2 onder d Rv, art. 128 lid 3 Rv) werden voor partijen andere mededelingsplichten⁷⁷ in de wet neergelegd: de waarheidsplicht van art. 21 Rv, de substantiëringsplicht van art. 111 lid 3 Rv⁷⁸ en de bewijsaandraagplicht van art. 111 lid 3 Rv en art. 128 lid 5 Rv. Inmiddels is een wetsvoorstel ingediend om de exhibitieplicht van art. 843a Rv te verruimen en te plaatsen in een nieuwe afdeling in het bewijsrecht.⁷⁹

3.5.2 Weinig concrete aanknopingspunten

Tegelijk biedt de wetgever echter weinig concrete aanknopingspunten om te beoordelen hoe de taken van partijen en de rechter in de waarheidsvinding zich verhouden tot de vrijheid van partijen om de omvang van het geschil te bepalen. Zo werd bij de herziening van het bewijsrecht van 1988 weliswaar overwogen dat de rechter binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil grote vrijheid diende te hebben in bewijskwes- ties,⁸⁰ maar werd niet ingegaan op de mogelijke invloed van rechterlijke vrijheid in de waarheidsvinding op de afbakening van het geschil. De herziening van het bewijsrecht van 1988 bevat overigens geen aanknopingspunt om aan te nemen dat de rechter in de visie van de wetgever feiten aan

75. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 279-280.

76. Wat Hammerstein al in 1989 had bepleit (Hammerstein 1989, p. 1609). Zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 157.

77. Asser, Groen & Vranken, p. 80; De Bock 2011, p. 57; Giesen 2002; Gras 2004; Klaassen 2002, p. 1451; Klaassen 2009, p. 67-68; Kremer 2003; Lindijer 2006, p. 176-177; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 44-49; Van den Reek 1997; Van den Reek 2003, p. 24; Van Schaick 2011, p. 122, 129; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 148 en 159; Verkijk 2010, p. 561-562; Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 21, aant. 2 en 4, en art. 111, aant. 16; Van der Wiel 2004, p. 221, 226-227, 252; Wiersma 2002, p. 13.

78. Abmann 2010, p. 14-17; Jacobs 2010; Klaassen 2001, p. 66-69; Klaassen 2002, p. 1456; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 49; Sijmonsma 2003, p. 128; Van Unen 2002; Vranken 1999, p. 82; Westenberg 2006; Wetzels 2003.

79. Wetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden (162a-c Rv), Kamerstukken II, 2011/2012, 33 079. Zie: Adviescommissie BPR 2008; Ekelmans 2010; Van der Korst 2009; Sijmonsma 2010a; Sijmonsma 2010b.

80. Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 49, MvT RO (1969).

de beslissing ten grondslag mag leggen die de omvang van het geschil van partijen te buiten gaan. Bij de wetwijziging van 2002 is de wetgever wel ingegaan op het verband tussen de verplichting van partijen om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) en de taak van de rechter om de zaak te onderzoeken en beslissen op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten gronde hebben gelegd (art. 24 Rv). De wetgever is echter niet ingegaan op het verband van de waarheidsplicht van partijen met de taak van de rechter in de aanvulling van rechtsgronden (art. 25 Rv) en dus al helemaal niet op de vraag wanneer rechtsgronden met een gemengd feitelijk en juridisch karakter thuishoren in art. 24 of 25 Rv (zie par. 4.2).⁸¹ Over het verband tussen de waarheidsplicht en de taak van de rechter is in de parlementaire geschiedenis slechts in abstracto te vinden dat art. 21 Rv geen afbreuk doet aan het beginsel van autonomie van partijen zoals neergelegd in art. 24 Rv, omdat partijen de aard en de omvang van het geschil bepalen waarover de rechter dient te beslissen en zij in dat kader ook de feitelijke begrenzing van het geschil aangeven.⁸² Over het verband tussen de waarheidsplicht (art. 21 Rv) en de taak van de rechter in de feitenvaststelling (art. 149 Rv) is in de parlementaire geschiedenis vermeld dat de rechter bij zijn beslissing weliswaar niet de door partijen bepaalde grondslag van hun vordering of verweer mag verlaten, 'maar dat hij bij zijn beslissing op die grondslag wel mede acht mag slaan op hetgeen is komen vast te staan van wat partijen ter vervulling van hun waarheidsplicht te zijner kennis hebben gebracht'.⁸³ Over de reikwijdte van de waarheidsplicht van partijen of de taak van de rechter om de waarheidsgetrouwe feitenvaststelling te doen stroken met de voorschriften van art. 24 en 25 Rv is daarmee weinig gezegd.

3.5.3 *Waarheidsvinding en vrij bewijsstelsel*

3.5.3.1 Bewijsmiddelen en bewijswaardering

Bij de herziening van het bewijsrecht in 1988⁸⁴ zijn de mogelijkheden voor een waarheidsgetrouwe feitenvaststelling in de civiele procedure aanzienlijk verruimd. De wetgever van 1838 had de rechter gebonden aan wettelijke bewijsmiddelen, de toelaatbaarheid van getuigenbewijs beperkt en

81. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 147, 152, 160-162.

82. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 147 en 152.

83. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 153.

84. Zie over de herziening van het bewijsrecht, die is begonnen met het voorontwerp van de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving van 1959: Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*) (oud). Boek 1, Titel 3, Inleidende bewijsrecht, aant. 2; Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 5-9; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 3.

voorschriften gegeven voor de bewijswaardering. Nadien is herhaaldelijk bepleit beletselen voor de waarheidsvinding in het wettelijk bewijsrecht op te heffen of terug te dringen.⁸⁵ Vooral sinds begin jaren twintig van de twintigste eeuw hebben in wetgeving en rechtspraak ontwikkelingen plaatsgevonden in de richting van een vrij bewijsstelsel.⁸⁶ Met de wetswijziging van 1988 is in de civiele procedure een vrij bewijsstelsel ingevoerd. Doorslaggevend in de keuze voor een vrij bewijsstelsel was dat het doel van het proces is de materiële waarheid te vinden, de overtuigende kracht van een bewijsmiddel afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en de wetgever daarom zuinig dient te zijn met bewijsbelemmerende voorschriften.⁸⁷

Het resultaat is drieledig. Ten eerste kan bewijs worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt (art. 152 lid 1 Rv). De regeling van bewijsmiddelen in de wet is dus niet limitatief en er zijn geen bewijsmiddelen wettelijk uitgesloten. Ten tweede is de waardering van het bewijs als hoofdregel overgelaten aan de rechter (art. 152 lid 2 Rv) (par. 3.5.3.2). Ten derde geldt niet als algemene regel dat op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag worden geslagen (par. 3.5.2.3).

3.5.3.2 Wettelijke beperkingen in de bewijswaardering

Op de vrijheid van de rechter in de bewijswaardering bestaan echter wel uitzonderingen. Er gelden namelijk nog steeds wettelijke beperkingen voor de vrije bewijswaardering,⁸⁸ onder andere ten aanzien van de verklaring van de partijgetuige die de bewijslast heeft (art. 164 lid 1 Rv), de partijverklaring (art. 88 lid 4 Rv, art. 179 lid 4 Rv), de getuigenverklaring niet uit eigen waarneming (art. 163 Rv)⁸⁹ en het strafvonnis (art. 161 Rv).⁹⁰ Ook materieelrechtelijke bepalingen kunnen beperkingen stellen aan het vrije bewijsstelsel, zoals de bepaling dat een geschrift is vereist voor het bewijs van sommige overeenkomsten (bijv. art. 1021 Rv voor arbitrage).

85. O.a. Mom Visch 1878; Pinner 1878; De Pinto 1879; Rombach 1879; Meilink 1924; Offerhaus 1924. Zie ook noot 70.

86. Als voorbeeld: in 1923 en 1934 werden wetsartikelen geschrapt die beperkingen stelden aan het leveren van getuigenbewijs. Zie o.a. Haardt 1951, p. 83. Zie over die beperkingen o.a.: Levy 1894; Pet 1907; Van Reenen 1871.

87. Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 59. MvT RO (1969). In vergeleekbare zin Commissie-Dorhout Mees 1948, p. 18-19.

88. Wiersma 2010.

89. Deze beperking is echter zo goed als illusoir geworden doordat in rechtspraak van de Hoge Raad is aangenomen dat onder eigen waarneming ook indrukken van de getuige (HR 21 december 2001, NJ 2002, 60) en verklaringen van horen zeggen (HR 17 oktober 2003, NJ 2003, 721, JBPz 2004, 13, m.nt. J.G.A. Linssen) moeten worden begrepen.

90. Zie bijv. Boonekamp 2008.

Een essentiële beperking op het vrije bewijsstelsel wordt gevormd door de bepalingen over dwingend bewijs. Dwingend bewijs houdt in dat de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen dan wel verplicht is de bewijskracht te erkennen die de wet aan bepaalde gegevens verbindt (art. 151 lid 1 Rv). De wetgever van 1988 meende dat tegenover de vrijheid van de rechter in de toepassing van het bewijsrecht ten dienste van de waarheidsvinding het belang staat dat partijen zich bij het verrichten van rechtshandelingen moeten kunnen verzekeren van een bewijsmiddel met een bepaalde door de wet vastgestelde kracht, waardoor zowel de kans op het ontstaan van geschillen als het risico van een procedure zou kunnen worden beperkt.⁹¹ Hier geeft de wetgever voorrang aan de rechtszekerheid.⁹² Hij plaatst de partijautonomie boven het belang van de waarheidsvinding. Dat is echter relatief, want tegen dwingend bewijs is tegenbewijs toegelaten, tenzij de wet het uitsluit (art. 151 lid 2 Rv). Volgens Haardt is ook een argument om beperkingen te stellen aan een vrij bewijsstelsel dat partijen dan in de afweging om een procedure te beginnen enigszins kunnen inschatten of hun bewijsmiddelen toereikend zullen zijn.⁹³

3.5.3.3 Onrechtmatig verkregen bewijs

In een derde aspect van de keuze voor een vrij bewijsstelsel komen de vrijheid in de bewijislevering en in de bewijswaardering bij elkaar: in de civiele procedure geldt niet als algemene regel dat op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag worden geslagen.⁹⁴ Een partij heeft geen toestemming van de rechter of de wederpartij nodig om onrechtmatig verkregen bewijs in te brengen in de procedure.⁹⁵ De vrijheid van de rechter in de bewijswaardering brengt mee dat de rechter aan de hand van alle omstandigheden van het geval bepaalt welk gewicht hij toekent aan eventueel

91. Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 99, MvA TK (1981). De opvatting van de wetgever van 1988 is onder meer verdedigd door Haardt (Haardt 1951, p. 93). Het Ontwerp-NJV 1911 en het Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921 regelden de bewijskracht van een akte niet, vanuit de gedachte dat het rechtsgevolg van de inhoud van een akte buiten het bewijsrecht valt en in de veronderstelling dat de rechter de waarheid van een partijverklaring in een akte wel zou aanvaarden behoudens bewijs van het tegendeel (Toelichting Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921, p. 154-155). Offerhaus sloot zich hierbij in 1924 aan in zijn preadvies voor de NJV (Offerhaus 1924, p. 26 e.v.) en de NJV volgde hem daarin (Handelingen NJV 1924, II, p. 155).

92. Dron 1982, p. 181.

93. Haardt 1951, p. 83.

94. Asser 1991, p. 7-16; De Bock 2011, p. 178-182; Embregts 2003; Klaassen 2009, p. 78; Kremer 1999; Pitlo/Ildima & Rutgers 2004, nr. 35; Smits 2008, p. 139-142; Stein/Rueb 2011, p. 158; conclusie A-G Strikwerda onder 21 bij HR 8 oktober 2010, *LJN BN6119*.

95. HR 19 maart 1999, *NJ 1999*, 496.

onrechtmatig verkregen bewijs (art. 152 lid 2 Rv).⁹⁶ Hier wordt waarheidsvinding dus in beginsel zwaarwegender geacht dan het belang van een partij dat onrechtmatig (en mogelijk oneerlijk) verkregen bewijs buiten beschouwing wordt gelaten.

3.6 Het normstellende karakter van waarheidsvinding in rechtspraak

Voor zover wetgeving en literatuur aanknopingspunten bieden om de betekenis van waarheidsvinding in het geschil van partijen te bepalen, zijn die dus tamelijk abstract. Het is vooral aan de rechter om van geval tot geval te beoordelen hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich tot elkaar verhouden, waarop nader wordt ingegaan in paragraaf 4 en 5. Hier verdient alvast een hoofdlijn in de rechtspraak vermelding, namelijk dat het belang van de waarheidsvinding in de civiele procedure niet absoluut is, maar zo nodig wordt afgewogen tegen andere in een zaak betrokken belangen. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in tal van uitspraken gewezen op het algemene maatschappelijke belang dat in een civiele procedure de waarheid in rechte aan het licht komt komen ten dienste van een goede rechtsbedeling,⁹⁷ waarmee onder meer tot uitdrukking wordt gebracht dat het gaat om een belang op individueel en maatschappelijk niveau. De Hoge Raad weegt het belang van de waarheidsvinding waar nodig echter af tegen andere betrokken belangen.⁹⁸ Dat gebeurt soms expliciet, soms impliciet. Een voorbeeld biedt de toepassing van het leerstuk van de bindende eindbeslissing. Enerzijds is hierbij van belang dat de rechter in het verdere verloop van het geding is gebonden aan een eindbeslissing op een bepaald geschilpunt die in een tussenuitspraak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is gegeven. De goede procesorde brengt mee dat over die eindbeslissing vervolgens in beginsel geen hernieuwd (partij)debat mogelijk behoort te zijn. Anderzijds is van belang dat de rechter uitspraak doet op een juiste feitelijke (en juridische) grondslag. Wanneer de rechter ziet dat een bindende eindbeslissing berust op een onjuiste feitelijke (of juridische) grondslag, is hij bevoegd, nadat partijen gelegenheid hebben gehad zich over de kwestie uit te laten, de beslissing te heroverwegen en zo een einduitspraak op een ondeugdelijke grondslag te voorkomen.⁹⁹ Verder wordt het belang van de waarheidsvinding nogal eens afgewogen tegen belangen van een partij bij geheimhouding,¹⁰⁰ zoals bij de vraag of bepaalde stukken met een

96. Vgl. bijv. m.b.t. deskundigenrapporten die geheel of ten dele door anonimisering oncontroleerbaar zijn: IJR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 109; Hof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481.

97. Zie noot 11.

98. Lindijer 2006, p. 479.

99. HR 25 april 2008, *LJN* BC2800; HR 26 november 2010, *LJN* BN8521. Zie ook: Fruytier 2009; Verdun 2008.

100. De Bock 2011, p. 158 e.v.

beroep op gewichtige redenen mogen worden achtergehouden (art. 22 Rv),¹⁰¹ de vraag of medische informatie over een partij moet worden overgelegd aan de wederpartij¹⁰² en de vraag of een getuige een functioneel verschoningsrecht toekomt.¹⁰³

In het bewijsrecht gaat het vaak om afweging van het belang van de waarheidsvinding tegen de eisen van een goede procesorde.¹⁰⁴ Zo impliceert het aanbod tot het horen van met name genoemde getuigen niet dat later geen andere getuigen meer mogen worden voorgebracht. De goede procesorde kan zich daartegen weliswaar verzetten, maar mede gelet op het belang van waarheidsvinding mag niet spoedig worden aangenomen dat een recht op nadere bewijslevering is prijsgegeven.¹⁰⁵ Verder brengt het belang van de waarheidsvinding mee dat slechts in bijzondere gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de verplichting om als getuige een verklaring af te leggen.¹⁰⁶ Uit het oogpunt van waarheidsvinding kan er ook aanleiding zijn getuigen te horen nadat een getuigenverhoor is gesloten.¹⁰⁷

3.7 *Waarheidsvinding en supranationale normen*

De rechter die aanknopingspunten zoekt om in een zaak de betekenis van waarheidsvinding in het geschil van partijen te bepalen, zal ook aansluiting willen zoeken bij supranationale normen. Hierna wordt kort ingegaan op art. 6 lid 1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden uit het recht van de Europese Unie en de *Principles of Transnational Civil Procedure*.

3.7.1 *Artikel 6 lid 1 EVRM*

Met art. 6 lid 1 EVRM worden eisen aan de civiele procedure gesteld die deel uitmaken van het instrumentarium waarmee de rechter van geval tot

101. HR 20 december 2002, *LJN* AE3350; HR 11 juli 2008 (r.o. 3.4.6), *LJN* BC8421. Zie ook De Bock 2011, p. 59; Huydecoper 2010; Klaassen 2005.

102. IIR 22 februari 2008, *LJN* BB3676; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626. Zie o.a. Deen 2009; Deen 2011.

103. Zie bijv. HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 789, m.nt. J.B.M. Vranken; HR 20 januari 2006, *LJN* AU4529; HR 10 april 2009, *LJN* BG9470. Zie ook: Fernhout 2004; Vranken 1986.

104. Zie bijv. IIR 16 december 2011, *LJN* BU3922.

105. HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 237, m.nt. HJS.

106. HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 394, *JBPz* 2002, 4, m.nt. H.W. Wiersma; HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 454, m.nt. DA. Zie ook Roëll 2003.

107. HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 731. Zie ook IIR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 237, m.nt. HJS. Lindijer 2006, p. 261-263.

geval beoordeelt hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich tot elkaar verhouden. De beginselen van behoorlijke rechtspraak en behoorlijke verdediging zijn mede in artikel 6 lid 1 EVRM verankerd. De eisen die voortvloeien uit artikel 6 lid 1 EVRM kunnen behulpzaam zijn wanneer moet worden afgewogen welk gewicht partijautonomie en waarheidsvinding in een bepaald geval hebben. Ook hier gaat het echter niet om concrete aanknopingspunten, maar om abstracte noties (waaronder: eerlijk proces, onpartijdigheid, hoor en wederhoor, redelijke termijn) waarvoor weliswaar minimumnormen bestaan, maar waarvan de betekenis in een zaak uiteindelijk aan de hand van alle omstandigheden van het geval door de rechter moet worden gevonden.

Art. 6 lid 1 EVRM geeft een ieder recht op toegang tot de rechter ter verwezenlijking van materiële rechten, behoudens legitieme beperkingen.¹⁰⁸ De effectiviteit van het recht op toegang tot de rechter stelt eisen aan de inrichting van de procedure door de Staat. Hier wordt meestal gedacht aan financiële toegankelijkheid, maar het kan ook gaan over de eenvoud, begrijpelijkheid en toepasbaarheid van procedurele regels.¹⁰⁹ Bij de inrichting van de nationale civiele procedure heeft de Staat echter een ruime beoordelingsvrijheid.¹¹⁰

Het recht op toegang tot de rechter valt zodoende vooral in de eerste categorie bevoegdheden (par. 3.2), waarin een partij de vrijheid heeft om te bepalen of en over welk onderwerp een geschil aan de rechter wordt voorgelegd, en bestrijkt niet zonder meer vragen uit de tweede categorie bevoegdheden over de omvang van het geschil.

Het recht op een eerlijk proces bevat kort gezegd vijf ijkpunten¹¹¹ voor het bepalen van de reikwijdte van partijautonomie en waarheidsvinding in een concreet geval. Allereerst staat de verhouding tussen partijen onderling en tussen partijen en de rechter in de schijnwerpers van het beginsel van hoor en wederhoor. Daarnaast en in samenhang hiermee wordt de verhouding tussen partijen in belangrijke mate bepaald door de *equality of arms*. Verder is het belang van de waarheidsvinding in art. 6 lid 1 EVRM verankerd. Een eerlijk proces omvat ook dat feiten die in geschil zijn en relevant zijn voor de beslissing, naar waarheid worden vastgesteld. Een vierde ijkpunt is dat de rechterlijke onpartijdigheid niet mag worden geschonden

108. EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462, m.nt. E.A. Alkema.

109. Smits 2007, p. 50-52, met verwijzing naar EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airep*). Zie over effectiviteit van toegang tot de rechter bijv. ook: Barendrecht & Klijn 2004, p. 24 e.v.; Barendrecht & Kamminga 2005; Fernhout 2008; Van Velthoven & Ter Voert 2004; Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010; Giesen & Cocnraad 2009, p. 899; Smits 2008, p. 49; Themanummer Nederlands Juristenblad 2005, nr. 1.

110. Smits 200, p. 38.

111. Vgl. De Bock 2011, p. 65-67; Lindijer 2006, p. 170-171 en 514; Smits 2008, p. 95-153 en 259 e.v. In afwegingen aan de hand van de vijf ijkpunten spelen vanzelfsprekend ook de redelijke termijn en de aanvaardbaarheid van de kosten een rol.

door de wijze waarop partijautonomie en waarheidsvinding in een zaak met elkaar worden verenigd. Tot slot dient de rechter ook beslissingen op het snijvlak van partijautonomie en waarheidsvinding deugdelijk te motiveren. Wat dit alles in een concreet geval betekent voor keuzes tussen partijautonomie en waarheidsvinding, is echter voornamelijk een kwestie van nationaal recht. Art. 6 lid 1 EVRM bevat ook geen regels van bewijsrecht. Wanneer bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt geklaagd over schending van art. 6 lid 1 EVRM in verband met de toepassing van nationaal bewijsrecht, gaat het EHRM volgens vaste rechtspraak aan de hand van alle omstandigheden van het geval na of *'the proceedings considered as a whole, including the way in which the evidence was taken, were fair'*.¹¹²

3.7.2 *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden uit het recht van de Europese Unie*

De toepassing van nationaal recht mag niet ertoe leiden dat een aanspraak ontleend aan het recht van de Europese Unie wordt beoordeeld naar rechtsregels die ongunstiger zijn dan gelden voor soortgelijke nationale vorderingen of verweren (gelijkwaardigheidsbeginsel) of dat de uitoefening van een Europeesrechtelijke aanspraak in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt (doeltreffendheidsbeginsel).¹¹³ De vraag is gerezzen of de Nederlandse rechter in verband hiermee ambtshalve gronden van Europees recht moet aanvullen ook wanneer een partij geen grondslag van vordering of verweer heeft aangevoerd die in samenhang met die rechtsgrond tot het ingeroepen rechtsgevolg leidt.¹¹⁴ Naar Nederlands procesrecht mag en moet de rechter dat soms (en mag het soms niet) ten aanzien van nationale rechtsgronden (zie par. 4). Hier is relevant dat de rechter die naar nationaal procesrecht bevoegd is rechtsgronden aan te vullen, verplicht is toepasselijk dwingend Europees recht aan te vullen.¹¹⁵ In het kader van dit preadvies hoeft voor het overige niet nader te worden ingegaan op de Europeesrechtelijke stand van zaken en de betekenis daarvan voor de aanvulling van rechtsgronden naar nationaal procesrecht.¹¹⁶ Vooruitlopend op de bespreking van het procesrechtelijke beslissingsmodel in par. 4, volstaat de signalering dat schuivende panelen in de nationale dis-

112. Bijv. EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS; EHRM 16 december 1992, 13071/87; EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS; EHRM 23 april 1998, 22885/93. Zie ook EVRM R&C par. 3.6.4.6; Smits 2008, p. 131-144.

113. Asser/Hartkamp 3-I 2011, nrs. 109-111.

114. Zie bijv. Ancery & Krans 2009; Ancery & Krans 2010; Asser/Hartkamp 3-I 2011, nr. 124 e.v.; Jongeneel 2011; Rutgers 2005; Snijders 2008;

115. Asser/Hartkamp 3-I 2011, nr. 124.

116. Zie Asser/Hartkamp 3-I 2011, nrs. 124-130.

cussie over de betekenis van partijautonomie en waarheidsvinding in het beslissingsmodel ook gevolgen kunnen hebben voor de verplichting tot toepassing van Europees recht, en daarmee op zichzelf ook weer voor de effectiviteit van toegemeten partijautonomie en waarheidsvinding.

3.7.3 *Principles of Transnational Civil Procedure*

De *Principles of Transnational Civil Procedure*¹¹⁷ (PTCP) beogen universele beginselen, uitgangspunten en standaardvoorschriften te bieden voor de berechting van transnationale commerciële geschillen. Ze zijn opgesteld om bij te dragen aan wereldwijde harmonisatie van het civiele procesrecht.¹¹⁸ Uit het oogpunt van rechtsvinding kan de rechter die van geval tot geval beoordeelt welk gewicht aan partijautonomie en waarheidsvinding toekomt, ook bij deze normen inspiratie zoeken. Het gaat hier wederom vooral om abstracte noties. *Principle 10* neemt tot uitgangspunt dat partijen bepalen of zij procederen en over welk onderwerp en dat zij de omvang van het geschil bepalen. *Principle 11* bevat het nodige over de verhouding tussen partijen en de rechter.¹¹⁹ Partijen en hun advocaten moeten zich jegens wederpartijen en de rechter gedragen naar de eisen van een goede procesorde. Blijkens de toelichting op *principle 11* houdt dit onder meer in dat een partij zich niet behoort in te laten met vorderingen of verweren die feitelijk of juridisch '*not reasonably arguable*' zijn. Verder delen partijen en de rechter de verantwoordelijkheid voor een eerlijk proces. Partijen verschaffen de relevante feiten en het bewijsmateriaal. Partijen mogen geen handelingen verrichten die de waarheidsvinding belemmeren, zoals beïnvloeding van getuigen of vernietiging van bewijsmateriaal. De rechter geeft leiding aan de procedure met als doel de zaak in een eerlijk proces efficiënt binnen een redelijke termijn tot een einde te brengen. Voor zover redelijkerwijs uitvoerbaar doet hij dat in samenspraak met partijen (*principle 14*). Waarheidsvinding is onderwerp van *principle 16* over '*Access to Information and Evidence*'. Uitgangspunt is dat partijen en de rechter toegang moeten krijgen tot al het bewijsmateriaal dat relevant is en '*nonprivileged*' (d.w.z. dat er geen feiten of omstandigheden zijn die achterhouding ervan rechtvaardigen, bijvoorbeeld een door het recht beschermd vertrouwelijk karakter van de informatie of de blootstelling aan het risico van strafvervolgung). Volgens Krans gaan de PTCP met dit algemene recht op toegang tot informatie verder dan art. 21 Rv en het Nederlandse bewijsrecht, maar vallen de verschillen in uitkomsten mee door de invulling van

117. American Law Institute/Unidroit, *Principles of Transnational Civil procedure*, Cambridge: Cambridge University Press 2006. De PTCP zijn ook gepubliceerd op www.unidroit.org.

118. Bijv. Krans & Van Rhee 2009, p. 49-50; Hazard e.a. 2001; Stürmer 2005.

119. Krans 2009, p. Verkerk & Verkijk 2006; Verkijk 2009, p. 70-72.

de reikwijdte van de PTCP en de Nederlandse bepalingen in de praktijk.¹²⁰ *Principle 16* bepaalt ook dat de rechter vrij is in de bewijswaardering en rekening dient te houden met de aard en inhoud van het bewijsmateriaal. De PTCP onderstrepen het universele karakter van de algemene noties die eerder in deze paragraaf over de verhouding tussen partijen en de rechter naar voren zijn gekomen. Het lijkt goed die in het achterhoofd te hebben bij de verdere verkenning van de betekenis van waarheidsvinding voor het leerstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden en de comparatie na antwoord.

4. Waarheidsvinding en aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden

4.1 Vertrekpunten

Zoals gezegd is waarheidsvinding in de civiele procedure een essentieel instrument in een goede rechtsbedeling. Het gebruik ervan gaat echter met de nodige dilemma's gepaard. De verhouding tussen de bevoegdheid van partijen om de omvang van de rechtsstrijd te bepalen en de taken van partijen en de rechter in de waarheidsvinding is bovendien diffuus. In wetgeving en literatuur zijn relatief weinig aanknopingspunten te vinden om daarin een evenwicht te vinden in concrete gevallen. Het is vooral aan de rechter om van geval tot geval te beoordelen hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich tot elkaar verhouden. Dit zijn kort gezegd de vertrekpunten van mijn beschouwing over de betekenis van waarheidsvinding bij het leerstuk van de aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden door de rechter.

4.2 Feit en recht

In het Nederlandse civiele (proces)recht wordt onderscheid gemaakt tussen – eenvoudig gezegd – feit en recht (art. 59 Rv oud, art. 230 Rv).¹²¹ Het is (veel) te simpel om te denken dat de feiten van partijen zijn en de rechter het recht toepast.¹²² De werkelijkheid is oneindig genuanceerder. Daargelaten dat rechtstoepassing een veelomvattend begrip is en de rol van de rechter daarnaast tegenwoordig ook bemiddelend van aard is,¹²³ zijn feit en

120. Krans 2009, p. 60-61.

121. De Bock 2011, p. 4-9; Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 124; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 298 e.v.; Smith 2004; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 215 e.v.; Stein/Rueb 2011, p. 42; Tjong Tjin Tai 2002a.

122. De Bock 2011, p. 4-9; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 29.

123. Hammerstein 2003, p. 59; Hirsch Ballin 1988; Hol & Loth 2000; Loth 1998.

recht onlosmakelijk met elkaar verbonden. Ze kunnen niet strak van elkaar worden onderscheiden.¹²⁴ Referentiekader van het onderscheid tussen feit en recht in het civiele (proces)recht is in beginsel dat voor de beslissing van een zaak moet worden beoordeeld of de feiten in combinatie met een rechtsregel een door een partij ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigen. Het onderscheid tussen feit en recht is voor de praktijk van groot belang. De rolverdeling tussen partijen en de rechter is in belangrijke mate geënt op het onderscheid tussen (rechts)feit en recht(sgrond).¹²⁵

4.2.1 Feiten en rechtsfeiten

Wat is nu de kern van het onderscheid tussen (rechts)feit en recht(sgrond)? Feiten geven een perceptie van de werkelijkheid. Volgens De Bock valt onder de feiten wat partijen als de feiten in hun zaak presenteren en voor bewijslevering ten overstaan van de rechter vatbaar is.¹²⁶ Dat getuigt van een praktische insteek, maar wanneer hiermee ook wordt bedoeld dat slechts als feit geldt wat voor zintuiglijke waarneming vatbaar is, zoals in de negentiende eeuw heersende opvatting was,¹²⁷ is het feittbegrip wat mij betreft te beperkt. Wat in het onderscheid tussen feit en recht wordt aangeduid als feit, is immers, zoals Paul Scholten schreef, 'een abstractie, het is een deel van een bepaald gebeuren, daaruit gelicht met het oog op de toepassing van een rechtsregel'.¹²⁸ Een gesteld feit kan bijvoorbeeld ook bestaan uit een gegevensverzameling waarvan slechts elementen bewijsbaar zijn. Dan geeft het feit nog steeds een perceptie van de rechtsbetrekking in geschil die wordt betrokken in de beoordeling van de gegrondheid van vordering of verweer.

Een feit is een rechtsfeit wanneer een partij een normatief standpunt inneemt ten aanzien van het feit¹²⁹ (bijv.: de verkoper had de koper van het huis moeten vertellen dat het dak lek was). Een feit is een bloot feit als er geen normatief standpunt aan wordt verbonden (bijv.: ten tijde van de ver-

124. Asser 2006; Asser/Anema/Verdam 1953, p. 22; Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, p. 195 en p. 206-209, met verdere vindplaatsen; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 69-70; Asser-Vranken 2005, nr. 96; De Bock 2011, p. 9; Eggens 1951, p. 12; Kremer 2005, p. 199; Memelink 2009, p. 67; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 48, aant. 1; Smith 2004, p. 9; Thoe Schwartzenberg 2009, p. 16; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 31; Vriesendorp 1970, p. 41; Witteman 1921, p. 1-7. Vgl. Struycken 1909, p. 203: 'De tegenstelling tussen feit en recht verliest aan waarde naarmate de rechter door de wet meer vrijheid wordt gelaten.'

125. Asser 2010, p. 19-23; De Bock 2011, p. 10; Smith 2004, p. 12.

126. De Bock 2011, p. 11.

127. Van Boneval Faure 1893 IV-1 p. 11; Scholten 1935, p. 355.

128. Scholten 1935, p. 359.

129. De Bock 2011, p. 117; Smith 2004, p. 21; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 31. Zie voor een andere definitie het gelijktijdige preadvies van Gerbrandy, par. 3.4.

koop van het huis lekte het dak). Welke rol (rechts)feiten spelen in de feitelijke grondslag van vordering en verweer (art. 24 Rv) en de feitenvaststelling (art. 149 Rv) komt verderop in deze paragraaf aan de orde.

4.2.2 *Rechtsgronden*

Rechtsgronden zijn allereerst de rechtsregels op grond waarvan een rechtsgevolg aan een rechtsfeit wordt verbonden.¹³⁰ Zij vormen de door het recht gelegde verbinding tussen wat zich in de werkelijkheid heeft voorgedaan en het ingeroepen rechtsgevolg. In zoverre zijn ze niet moeilijk te onderscheiden van rechtsfeiten. Een partij is niet verplicht deze rechtsgronden aan te voeren, de rechter is niet gebonden aan wat een partij crover aanvoert en een onjuiste kwalificatie door een partij ontslaat de rechter niet van de plicht ambtshalve te onderzoeken of vordering en verweer worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde feiten.¹³¹ Volstaat een partij mer het stellen van feiten en het inroepen van een rechtsgevolg, dan vult de rechter de rechtsgronden ambtshalve aan (art. 25 Rv). De rechter is daartoe verplicht, ook wanneer geen van partijen een beroep op de toepasselijke rechtsregel heeft gedaan, mits de voor de toepassing van de rechtsregel relevante feiten door partijen aan vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd (24 Rv) en tussen partijen vaststaan (art. 149 Rv). Alvorens een niet door partijen aangevoerde rechtsregel toe te passen hoeft de rechter aan partijen geen gelegenheid te geven hun stellingen aan te vullen, wanneer zij met de ambtshalve toepassing van de rechtsregel rekening hadden kunnen houden.¹³²

Daarnaast zijn er andere rechtsgronden dan loutere rechtsregels, namelijk rechtsgronden van gemengd feitelijke en juridische aard. Deze zijn soms te scharen onder het domein van partijen (art. 24 Rv) en soms onder het domein van de rechter (art. 25 Rv), wat vanaf par. 4.4 nader aan de orde komt.

4.2.3 *Rechtsmiddelen*

Van oudsher worden ook nog rechtsmiddelen onderscheiden. Een rechtsmiddel is, afgezien van de traditionele betekenis (een voorziening tegen een beslissing), een middel om een recht te effectueren.¹³³ Onder rechts-

130. Asser Procesrecht/VeegensKorthals Altes & Groen 2005, nr. 90; Smith 2004, p. 53; Vriesendorp 1970, nr. 30.

131. Bijv. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625. Zie bijv. ook Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25, aant. 1.

132. Bijv. HR 22 januari 2010, L/JN BK3066. Zie o.a. Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25, aant. 4.

133. De Kanter 1928, 39; Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 125.

middel kan dan worden verstaan de toepassing van de rechtsgrond (rechtsregel) op de feitelijke gronden.¹³⁴ Anderen meenden dat een rechtsmiddel niet alleen de rechtsgronden omvat, maar ook de feitelijke gronden.¹³⁵ Deze begripsverwarring bestond al onder het Franse recht.¹³⁶ Rechtsmiddel wordt uiteindelijk vooral gebruikt in de betekenis van rechtsfeiten of rechtsgronden die door de rechter niet ambtshalve worden toegepast, maar slechts wanneer op een rechtsgevolg een beroep wordt gedaan en daaraan een bepaald rechtsfeit ten grondslag is gelegd (bijv. verjaring¹³⁷).¹³⁸ Hierna zal het woord rechtsmiddel alleen worden gebruikt ter aanduiding van de grondslag van de vordering in de zin van artikel 24 Rv en daarmee als tegenhanger van verweermiddel. Rechtsmiddel en verweermiddel vallen in de categorie elementen die de rechter in de beoordeling en beslissing van de zaak niet mag aanvullen wanneer een partij daarop geen beroep heeft gedaan of te kennen heeft gegeven dat niet te willen doen.¹³⁹

4.3 *Feit en recht op het niveau van de rechterlijke organisatie*

Het onderscheid tussen feit en recht speelt in de civiele procedure ook een rol op het niveau van de rechterlijke organisatie. In eerste aanleg en in hoger beroep stelt de rechter de feiten vast en past hij daarop het (positieve) recht toe. De cassatierechter is gebonden aan de feitenvaststelling door de lagere rechter en heeft met het oog op de adequate uitoefening van zijn taak belang bij een scherp onderscheid tussen feit en recht. Ten behoeve van dit onderscheid kan hij gebruik maken van de omstandigheid (waarover meer in par. 4.6) dat in cassatiemiddelen aan de orde kan worden

134. De Kanter 1928, p. 48 en 90.

135. Van Boneval Faure 1893 I, p. 233 e.v.; Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972, p. 169 e.v.

136. De Kanter 1928, p. 44.

137. Verjaring is een veel gebruikt voorbeeld in de discussie over de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding (bijv. Asser, Groen & Vrankon 2003, p. 83; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 120-121; Klaassen 2002, p. 1456; K. van der Weide in: Knapen 2010, p. 89; Roëll 2011). Het gaat er dan om of de rechter op grond van de bevoegdheid om een partij te vragen stellingen toe te lichten (art. 22 Rv) ambtshalve mag vragen of een partij zich op verjaring wil beroepen. De Kanter heeft crop gewezen dat het de rechter in het Oud-Franse recht en het Rooms-Hollandse recht niet verboden was rekening te houden met een niet voorgesteld bevrijdend feit, mits hij geen nieuwe feiten gebruikt, en dat de rechter vroeger aldus ook de exceptie van verjaring ambtshalve aanvulde (De Kanter 1928, p. 96). Huidig recht: art. 3:322 BW.

138. De Kanter 1928, p. 85; Smith 2004, p. 23; Suijling 1928, p. 87; Vriesendorp 1970, p. 41 en 44, die wijst op HR 25 januari 1907, *W* 8494: onder de middelen waarop een eis steunt, moeten in het algemeen worden verstaan de rechtsfeiten waarop de eis berust, de feiten en omstandigheden waaruit de eiser het door hem beweemde afleidt.

139. Een voorbeeld van verboden aanvulling van een verweermiddel (opcisbaarheid vordering): HR 12 juli 2002, *LJN* AE1554.

gesteld of de rechter in feitelijke instantie feit en recht – op het niveau van partijautonomie, waarheidsvinding en rechtsvinding – juist heeft onderscheiden, zonder dat hij in zijn oordeel feit en recht opnieuw hoeft te combineren. Zo kon in cassatie rechtspraak worden gecreëerd waarin de feiten scherp van het recht worden onderscheiden. Voor dit stelsel werd gekozen om de eenheid van rechtspraak en daarmee de rechtseenheid te bevorderen.¹⁴⁰

Lacunes in de feitenvaststelling in hoger beroep, waardoor ook veroorzaakt, kunnen dus tot gevolg hebben dat in cassatie geen recht kan worden gedaan aan de werkelijkheid in het geschil van partijen.¹⁴¹ De cassatierechter is op dit punt afhankelijk van de correcte feitenvaststelling in de vorige instantie. In het rechtsoordeel in cassatie kunnen geen nieuwe of andere feiten worden betrokken dan de feiten die door de lagere rechter zijn vastgesteld. In 1870 en 1909 heeft een meerderheid van de NJV zich uitgesproken voor een stelsel met slechts twee instanties, waarbij in hoogste instantie over feit én recht zou kunnen worden geoordeeld.¹⁴² De meeste voorstanders hiervan betrokken in hun opvatting dat het in de rechtspraak erom gaat dat recht wordt gedaan aan de concrete rechtsverhoudingen tussen partijen, dat het rechterlijk oordeel over de feiten niet los kan worden gezien van het rechtsoordeel en dat het voor de burger vervreemdend werkt om dat onderscheid wel te hanteren.¹⁴³ Was de NJV door de wetgever gevolgd, dan waren hoger beroep en cassatie ruim honderd jaar geleden samengevoegd in één instantie waarin het onderscheid tussen feit en recht minder betekenis zou hebben gehad dan in het huidige stelsel. Een gegronde klacht over schending van het onderscheid tussen feit en recht in eerste aanleg zou dan immers niet zozeer zijn beoordeeld vanuit het perspectief of de partijautonomie was gerespecteerd, maar hebben moeten resulteren in een eigen oordeel van de hoogste rechter over de toepassing van het recht op de door hem vastgestelde feiten. Het scherpe onderscheid tussen feit en recht heeft mogelijk lange tijd gefaciliteerd dat het belang van de partijautonomie in wetgeving, rechtspraak en literatuur een prominenter plaats kon innemen dan het belang van de waarheidsvinding. Voor de rechtseenheid is dat niet zonder risico. De Kanter wees in 1928 erop dat het onderscheid tussen de vaststelling en de kwalificatie van feiten vaak

140. Asser *Procesrecht*/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, p. 156-158.

141. Bruinsma 1999; Bruinsma 2010.

142. Asser *Procesrecht*/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, p. 30 en 55-57; *Handelingen NJV* 1870, II, p. 211 e.v.; *Handelingen NJV* 1909, deel II, p. 213. Zie ook Barendrecht 2008a.

143. Tegenstanders betwijfelden onder meer of in het voorgestelde stelsel met twee instanties het belang van rechtseenheid voldoende kon worden gediend, of voldoende geschikte rechters voorhanden zouden zijn om de benodigde kamers te bezetten en of rechtseenheid en rechtsontwikkeling optimaal werden gediend wanneer het hoogste rechtscollege zich niet volledig op het recht kon concentreren (*Handelingen NJV* 1909, deel II).

gepaard gaat met een beoordeling van de feiten en 'de hoogheid des rechts' in gevaar komt wanneer de Hoge Raad een 'tastbare onjuistheid' in die beoordeling moest laten passeren.¹⁴⁴

4.4 Feit en recht in de basale sleutel van de civiele procedure

Zoals gezegd is het aan een partij om te bepalen of, en zo ja, in hoeverre, een geschil met een andere partij wordt onderworpen aan het oordeel van de rechter (art. 24 en 149 lid 1 Rv).¹⁴⁵ Dit geldt in alle drie de instanties. De partijautonomie wordt onder meer begrensd door de verplichting van een partij om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). In het bredere verband van de civiele procedure wordt de betekenis van partijautonomie mede bepaald door de beginselen van behoorlijke verdediging (de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, waaronder processuele belangen¹⁴⁶) en behoorlijke rechtspraak (de gerechtvaardigde belangen van partijen, derden en de maatschappij). Om zich behoorlijk te kunnen verweren moet voor de wederpartij kenbaar zijn wat een vordering of verweer omvat,¹⁴⁷ moeten beide partijen in beginsel over dezelfde informatie kunnen beschikken,¹⁴⁸ moet er voldoende gelegenheid zijn voor een partij om zich uit te laten over alle bescheiden en andere gegevens die de andere partij in het geding heeft gebracht (art. 19 Rv) en zijn partijen tegenover elkaar verplicht onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen (art. 20 lid 2 Rv).¹⁴⁹ Het beginsel van behoorlijke rechtspraak omvat onder meer dat de rechter een regiefunctie heeft om efficiënte en effectieve rechtspraak te bevorderen. De rechter moet beslissen op alles wat is gevorderd en verzocht (art. 23 Rv), met oog voor de processuele belangen van de wederpartij (art. 19 Rv), naar waarheid (wat niet in een algemene wettelijke bepaling is vastgelegd) en tijdig (art. 20 lid 1 Rv). Wanneer een partij handelt in strijd met een processuele plicht, kan de rechter daaraan de gevolgen verbinden die hij geraaden acht. De omvang van de rechtsstrijd wordt weliswaar bepaald door partijen, maar dat gebeurt tegen de achtergrond van de verdeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden over partijen en de rechter. Deze verdeling is in de sleutel van vrijheid en rechtvaardigheid onderworpen aan de eisen van een goede procesorde. Die eisen brengen in eerste aanleg

144. De Kanter 1928, p. 17-18. In vergelijkbare zin: Struycken 1909, p. 124-125.

145. Tenzij het rechtsgevolgen betreft die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

146. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 80.

147. Bijv. HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 387; HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 342; IIR 17 oktober 2008, *LJN* BE7628; HR 17 oktober 2008, *LJN* BE7201.

148. Bijv. IIR 20 december 2002, *LJN* AE3350; HR 11 juli 2008, *LJN* BC8421.

149. Wat onder meer van belang is voor het tijdstip waarop stukken worden ingebracht. Zie bijv. 18 maart 2010, *LJN* BO7517; IIR 3 december 2010, *LJN* BO0197.

onder meer de stelplichten mee dat de eisende partij in de dagvaarding de eis en de gronden van de eis vermeldt (art. 111 Rv) en de gedaagde in de conclusie van antwoord de gronden van zijn verweer aanvoert (art. 128 lid 2 en 3 Rv). Zo is voor partijen en de rechter kenbaar waar de procedure over gaat en waarover een beslissing wordt gevraagd.¹⁵⁰ In hoger beroep moet de appellant zijn grieven behoorlijk in het geding naar voren brengen (grievensstelsel). Binnen het door de grieven ontsloten gebied moet de appelrechter uit zichzelf de stellingen van geïntimeerde uit de eerste aanleg in de beoordeling betrekken (devolutieve werking). Incidenteel hoger beroep is hiervoor niet vereist.¹⁵¹

Nadat partijen in het verloop van de procedure de omvang van de rechtsstrijd hebben afgebakend, onderzoekt en beslist de rechter de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv). Ook hierbij kan de rechter een partij bevelen bepaalde stellingen toe te lichten (art. 22 Rv). Voor de vaststelling van de voor de beslissing relevante feiten zijn naast de grondslag van vordering en verweer (art. 24 Rv) de voorschriften van art. 149 Rv richtinggevend. Deze bepaling geeft de rechter twee taken en één bevoegdheid:

- tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan (art. 149 lid 1 Rv);
- feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat (art. 149 lid 1 Rv);
- feiten of omstandigheden van algemene bekendheid, alsmede algemene ervaringsregels mogen door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd, ongeacht of zij zijn gesteld, en behoeven geen bewijs (art. 149 lid 2 Rv).¹⁵²

De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan (art. 25 Rv). De uitspraak bevat de gronden waarop de beslissing berust (art. 30 Rv), dat wil zeggen de voor de beslissing relevante feiten en de daarop toegepaste rechtsregel. De uitspraak moet controleerbaar en aanvaardbaar zijn voor partijen, onder

150. Huydecoper 2002, p. 210-211; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 29.

151. De betekenis van het grievensstelsel en de devolutieve werking voor de waarheidsvinding in hoger beroep komt in dit preadvies niet afzonderlijk aan de orde. Zie daarover o.a. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling van Gent 2009; Hovens 2005; Pels Rijcken 1983; Ras/Hammerstein 2004; Snijders/Wendels 2009; Valk 2009.

152. Art. 149 lid 2 Rv blijft in dit preadvies verder buiten beschouwing.

wie de hogere rechter.¹⁵³ In essentie is een uitspraak controleerbaar wanneer eruit is af te leiden (deels in combinatie met de processtukken) of de rechter de feitelijke grondslag en de juiste feiten juist heeft weergegeven, of hij is uitgegaan van de juiste rechtsregel en of de beslissing logisch volgt uit de feiten en de rechtsregel.¹⁵⁴

4.5 *Het procesrechtelijke beslissingsmodel*

Het wettelijk kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding is dus in hoofdzaak neergelegd in de artikelen 21, 22, 24, 25 en 149 Rv. Dit wordt hierna ook aangeduid als het procesrechtelijke beslissingsmodel. Hoe werkt dit samenstel van bepalingen in zijn eenvoud uit in de praktijk? Dat partijen de omvang van de rechtsstrijd bepalen, betekent bijvoorbeeld dat de rechter geen uitleg geeft aan een contractsbeding als partijen het eens zijn over de betekenis van het beding in hun rechtsverhouding. Dat de rechter de rechtsgronden aanvult, betekent bijvoorbeeld dat de rechter moet onderzoeken of eiser voldoende heeft gesteld voor een beroep op dwaling (art. 6:228 BW), wanneer eiser vernietiging van een koopovereenkomst wegens bedrog vordert (art. 3:44 BW) en wel stelt dat gedaagde een onjuiste mededeling heeft gedaan, maar niet dat dit opzettelijk is geschied.

4.5.1 *Feitelijke grondslag (1)*

De uitwerking van het wettelijk kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding in de praktijk wordt complexer wanneer de vraag rijst wat in art. 24 Rv wordt bedoeld met de feitelijke grondslag.

Feitelijke gronden zijn alle gronden die geen rechtsgronden zijn¹⁵⁵ en waaraan het materiële recht de door een partij ingeroepen rechtsgevolgen verbindt. Volgens De Kanter zijn feitelijke gronden de gronden die zijn ontleend aan het in de werkelijkheid gebeurde,¹⁵⁶ waarmee wordt geaccenteerd dat de stelplicht waarheidsgetrouw behoort te worden ingevuld.

In art. 24 Rv is neergelegd dat het de taak van partijen is de rechter de feitelijke gronden van het geschil te verschaffen. Feitelijke gronden omvatten het onderwerp van de eis (het petitum van de dagvaarding), de rechtsmiddelen (de feitelijke grondslag van de eis), het onderwerp van het verweer (de conclusie van gedaagde) en de verweermiddelen (de feitelijke grondslag van het verweer).

153. Vaste rechtspraak (zie bijv. de vindplaatsen in Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005, nr. 120) in lijn met rechtspraak van het EHRM (bijv. EHRM 19 april 1994, *NJ* 1995, 462, m.nt. E.A. Alkema; EHRM 9 december 1994, *NJ* 1997, 20).

154. Vgl. Asser 2010, p. 28; Rapport Toetsingscommissie civiele vonnissen 2010, p. 16.

155. Smith 2004, p. 21.

156. De Kanter 1928, p. 35.

De feitelijke grondslag van vordering of verweer kan hoofdzakelijk rechtsfeiten bevatten, maar kan ook een gemengd feitelijk en juridisch karakter hebben. Zo kan de feitelijke grondslag voor menselijke waarneming vatbare feiten bevatten (bijv. een botsing), omstandigheden (bijv. een omgewaaide boom), rechten (bijv. eigendom), juridische kwalificaties van feiten (bijv. een overeenkomst als uitkomst van aanbod en aanvaarding), of een combinatie hiervan.¹⁵⁷ Wanneer aan een vordering of verweer rechten of juridische kwalificaties ten grondslag worden gelegd, zijn juridische elementen onderdeel van de onderbouwing van de feitelijke grondslag. Die juridische elementen betreffen echter tegelijk juridische kwalificaties van bepaalde feiten. Het is dan niet steeds zonder meer duidelijk of het gaat om feitelijke gronden (die de rechter niet mag aanvullen, art. 24 Rv), of om rechtsgronden (die de rechter moet aanvullen, art. 25 Rv).

Een partij die in de feitelijke grondslag geen rechtsfeiten betreft, dat wil zeggen geen feiten met een deels normatief karakter, zal meestal niet duidelijk maken wat met vordering of verweer wordt beoogd¹⁵⁸ en niet aan de stelplicht voldoen.¹⁵⁹ Als dit als ondergrens wordt gehanteerd, deel ik niet de vrees van De Bock dat de rechter een feit niet spoedig genoeg als rechtsfeit aanmerkt en geen recht doet aan zijn taak in de aanvulling van rechtsgronden¹⁶⁰ (zie ook het voorbeeld in par. 4.5.3). Het enkele feit dat een partij in een procedure haar verhaal vertelt en rechtsgevolgen inroept, schept eigenlijk al een vermoeden dat met gestelde feiten ook rechtsfeiten worden bedoeld. Naar mijn opvatting houdt de taak van de rechter om de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv) in beginsel ook in dat hij een partij gelegenheid geeft een onduidelijk normatief kader zo nodig te verhelderen (en de wederpartij gelegenheid geeft tot reactie) alvorens een zaak eventueel op een gebrek in de stelplicht af te doen (zie par. 5.5) of juist rechtsgronden aan te vullen waarvan op het eerste gezicht niet duidelijk is of ze stroken met de feitelijke grondslag (zie par. 4.7).¹⁶¹

4.5.2 Feitelijke grondslag (2)

Ook los van de vermenging van (rechts)feit en recht(sgrond) is het begrip feitelijke grondslag niet eenduidig.¹⁶² Hoewel beide partijen feiten stellen

157. Smith 2004, p. 22; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 30-31.

158. Wat niet wegneemt dat zelfs de vraag of een partij een normatief standpunt inneemt, zich leent voor bespreking met partijen ter zitting, waarbij die partij haar stellingen zodanig kan toelichten dat alsnog voor de wederpartij en de rechter kenbaar - aan de stelplicht wordt voldaan.

159. Tjong Tjin Tai 2002a, p. 31.

160. De Bock 2011, p. 118 e.v.

161. Vgl. Rutgers, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149, aant. 5.

162. Brugman spreekt zelfs van de 'tirannie van de feitelijke grondslag' (Brugman 2010, p. 185).

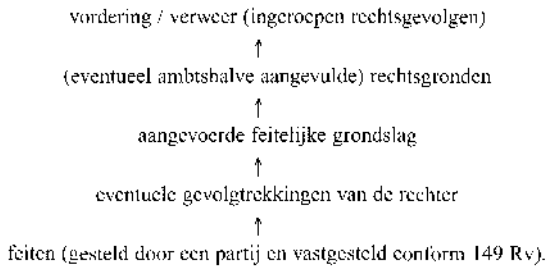
om de feitelijke grondslag van vordering of verweer te onderbouwen, heeft de rechter namelijk op grond van (het in par. 4.4 weergegeven) art. 149 Rv eigen speelruimte om in het kader van de (duiding van de) feitelijke grondslag zelf gevolgtrekkingen te maken uit de standpunten van partijen. Hij mag de stellingen van partijen uitleggen, mits zijn uitleg begrijpelijk is in het licht van de standpunten van partijen in de gedingstukken.¹⁶³ Hij mag en moet soms bovendien ook andere feiten dan de door een partij ter onderbouwing van de feitelijke grondslag gestelde feiten beschouwen als onderbouwing of staving van de feitelijke grondslag, mits hij daarbij binnen de grenzen van art. 149 Rv blijft.¹⁶⁴ Voor de toepassing van art. 149 lid 1 Rv betekent dit dat het moet gaan om feiten die in het geding aan de rechter ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld, en die overeenkomstig art. 149 lid 1 Rv zijn komen vast te staan. Deze feiten hoeven dus niet met zoveel woorden door een partij te zijn gesteld. Voldoende is dat de feiten blijken uit de stukken van het geding, waaronder de overgelegde bewijsstukken. In de opvatting van de wetgever en de Hoge Raad mag de rechter bij de beoordeling van een geschilpunt binnen de grenzen van de rechtsstrijd alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte en ten processe gebleken feiten en omstandigheden in zijn beschouwing betrekken en is hij vrij daaraan conclusies te verbinden. De rechter is hierbij niet beperkt tot de feiten en omstandigheden die door een partij ten behoeve van het door haar ingeroepen rechtsgevolg zijn gesteld.¹⁶⁵ Mede doordat partijen in hun processtukken hun stellingen niet plegen te rangschikken onder art. 24 of 149 Rv, heeft de rechter vooral door middel van uitleg de nodige speelruimte om bepaalde stellingen te duiden als feitelijke grondslag in de zin van art. 24 Rv of juist als feiten in de zin van art. 149 Rv. Samenvattend laat het gedeelte van het wettelijk kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding dat is neergelegd in de art. 24, 25 en 149 Rv zich schematisch als een gelaagde structuur verbeelden:¹⁶⁶

163. Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 24, aant. 2; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 33.

164. Bijv. HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 484; HR 1 november 1974, *NJ* 1975, 454, m.nt. G.J. Scholten; HR 24 september 2004, *LJN* AO9550; HR 15 september 2006, *LJN* AX5381; HR 10 juli 2009, *LJN* BI4209.

165. Tjong Tjin Tai 2002a, p. 33; Rutgers, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149, aant. 5; Smith 2004, p. 42; Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988 (MvT RO), p. 80. Zie bijv. HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 484; HR 17 september 1993, *NJ* 1993, 740; HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 274; HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 224; HR 30 juni 2000, *LJN* AA6344; HR 24 september 2004, *LJN* AO9550; HR 15 september 2006, *LJN* AX5381; HR 10 juli 2009, *LJN* BI4209.

166. Tjong Tjin Tai 2002a, p. 35.



4.5.3 Een voorbeeld

De enkele mededeling van een partij dat het ‘niet eerlijk’ is dat de wederpartij nakoming vordert, is een mededeling met een gemengd feitelijk en normatief karakter.¹⁶⁷ Vaak is uitleg van stellingen nodig om te bepalen of de mededeling is bedoeld als een zelfstandige grondslag (art. 24 Rv), of als een feit ter staving van een andere grondslag (art. 149 Rv). Hier kan de rechter op zichzelf ‘de korte bocht nemen’. Hij plaatst dan het feitelijke gedeelte van de stelling in art. 149 Rv en oordeelt dat de stelling onvoldoende is aangekleed om als grondslag van de vordering (art. 24 Rv) te kunnen dienen, bijvoorbeeld met de zinsnede dat onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld en te bewijzen aangeboden waaruit is af te leiden dat het niet eerlijk is dat de wederpartij nakoming vordert. Zo komt hij niet toe aan aanvulling van de rechtsgronden (art. 25 Rv). Wanneer de rechter dezelfde mededeling daarentegen voldoende acht om aan te nemen dat een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) mede als grondslag van de vordering heeft te gelden, vat hij de stelling kennelijk op als zelfstandige grondslag van de vordering (art. 24 Rv) en vult hij die grondslag aan met toepassing van art. 25 Rv. Vervolgens kan het beroep worden gehonoreerd of verworpen op grond van de omstandigheden van het geval. Hier heeft de rechter die het beroep wil honoreren nogmaals speelruimte, want hij kan door dezelfde partij gestelde feiten (daartoe wellicht ter comparitie door de rechter uitgenodigd met toepassing van art. 22 Rv) scharen onder de staving van de grondslag. In de sleutel van vrijheid en rechtvaardigheid heeft dat niet meer alleen met partijautonomie en waarheidsvinding te maken. Het gaat bijvoorbeeld ook over rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechterlijke onpartijdigheid. Was de oprekkings van de stelling voor de wederpartij kenbaar? Dient de rechter in zijn taakopvatting vooral op zaaksniveau rekening te houden met het vertrouwen dat de maatschappij in de rechter moet kunnen stellen, of ook op een breder maatschappelijk niveau? Maakt het

167. Vgl. Tjong Tjin Tai 2002b, p. 260.

nog verschil wat het belang van de zaak is en of in de zaak procesvertegenwoordiging door een advocaat verplicht is? Antwoorden op zulke vragen zijn haast niet in algemene zin te geven. Op het scherp van de snede ken ik in de praktijk eigenlijk maar twee 'hulpvragen': (1) wat als partijen het verhaal dat zij uit de zittingszaal mee naar huis nemen op verjaardagsfeestjes vertellen en (2) kan de persrechter de handelwijze van de rechter in de media begrijpelijk uitleggen?

4.5.4 Wat (wel en) niet mag

De complexiteit van de toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel, het juridisch kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding, ligt in de praktijk in belangrijke mate in het herkennen van de grenzen van de bevoegdheden van de rechter in het concrete geval. Hij mag immers in de uitoefening ervan niet treden buiten de door partijen bepaalde grenzen van de rechtsstrijd. Hij moet de zaak onderzoeken en beslissen op de grondslag van vordering en verweer (art. 24 Rv). Voor de hand ligt dat de rechter geen aanvullingen mag plegen wanneer duidelijk is dat een partij vordering of verweer niet met die aanvullingen beoordeeld wenst te zien.¹⁶⁸ Dat vraagt om alertheid bij de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor. Een nauwkeurige lezing van de gedingstukken is nodig om te verhinderen dat de rechter de door een partij gestelde feitelijke grondslag staft met feiten die uitsluitend (of zelfs niet) door de wederpartij zijn gesteld. De partijautonomie staat daaraan in de weg.¹⁶⁹ Ook een kwestie van partijautonomie is dat het niet toelaatbaar is wanneer de rechter een gebrek in de stelplicht van een partij repareert door gebruik te maken van zijn bevoegdheid om in de onderbouwing of staving van de feitelijke grondslag feiten te betrekken die niet met zoveel woorden door een partij aan vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd in de zin van art. 24 Rv, maar wel in het geding aan de rechter ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en overeenkomstig art. 149 lid 1 Rv zijn komen vast te staan.¹⁷⁰ De toelaatbaarheid van aanvulling is verder mede afhankelijk van de mate waarin voor de wederpartij kenbaar mag worden geacht dat die feiten relevant zijn, waarmee is gegeven of de wederpartij zich over die feiten heeft

168. Blijv. IIR 26 september 2003, *LJN* AF9414; HR 8 april 2005, *LJN* AS5010. Zie ook De Bock 2011, p. 126; Smith 2004, p. 56.

169. De Kanter p. 91-94; Smith 2004, p. 55; Tjong Tjin Tai 2002a, p. 33-34. Zie bijv. HR 12 juli 2002, *LJN* AE2377; HR 22 november 2002, *LJN* AF8178.

170. Bijv. HR 16 maart 1958, *NJ* 1958, 423, m.nt. D.J. Veegens; HR 1 oktober 2004, *LJN* AO9900; HR 24 juni 2005, *LJN* AT5466; HR 10 februari 2006, *LJN* AU5702; IIR 31 maart 2006, *LJN* AV0646 (waarover: Roos 2006); IIR 17 oktober 2008, *LJN* BE7201 (waarover: Coenraad 2009); HR 24 april 2009, *LJN* BH0389.

kunnen uitlaten.¹⁷¹ Hier is zichtbaar dat het beginsel van hoor en wederhoor mede bepaalt hoe ver de bevoegdheid van de rechter reikt om stellingen van partijen met (rechts)feiten en rechtsgronden aan te vullen.

Wat de feiten van art. 149 Rv betreft, is door wetgever en rechtspraak steeds vastgehouden aan de regel dat geen bewijs mag worden verlangd van onbetwiste feiten.¹⁷² Smits noemt deze regel de keerzijde van het beginsel van hoor en wederhoor in een eerlijk proces.¹⁷³ Mij lijkt echter dat hier de partijautonomie leidend wordt geacht en de inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor wordt beschouwd als een voorwaarde voor de effectuering van de partijautonomie. In de huidige betekenis van deze regel wordt overigens de uitzondering dat bewijs mag worden verlangd zo vaak aanvaarding van stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat, slechts toegepast op burgerlijke rechten waarover partijen niet de vrije beschikking hebben. Uit het oogpunt van waarheidsvinding is op zichzelf verdedigbaar dat de rechter in zaken over burgerlijke rechten waarover partijen de vrije beschikking hebben, bewijs mag verlangen van onbetwiste stellingen wanneer hij gerede twijfel heeft aan het waarheidsgehalte van die stellingen.¹⁷⁴ Aanvaarding van onwaarschijnlijke stellingen leidt immers tot rechtsgevolgen die niet stroken met de werkelijkheid in geschil en dat zijn eigenlijk evenzeer rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Het belang hiervan lijkt echter niet te moeten worden overschat, want de rechter kan ook met toepassing van art. 21 en 22 Rv bereiken dat onware feiten buiten de vaststaande feiten worden gehouden. Dan verdient de bestaande betekenis van de regel van art. 149 lid 1 Rv uit het oogpunt van rechtszekerheid wat mij betreft de voorkeur.

4.5.5 *Rechtszekerheid*

Al met al is het behoorlijk ingewikkeld om in een concreet geval te bepalen wat wel en niet geoorloofd is en waarom, met name in het samenspel tussen de art. 24 Rv, 25 Rv en 149 Rv. Zoals het voorbeeld in par. 4.5.3 illustreert, kan dan in de praktijk veel gewicht toekomen aan de taakopvatting

171. Bijv. IJR 10 juli 2009, *LJN* BI4209, r.o. 3.4. Zie ook Tjong Tjin Tai 2002a, p. 31.

172. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 127; Hugenholz/Heemskerk 2009, p. 83; Klaassen 2001, p. 56; Klaassen 2009, p. 71; Rutgers, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149, aant. 5; Stein 1988, p. 388, noot 6; Vranken 1986, p. 55. Vgl. HR 20 november 2009, *LJN* BJ8340. Kritisch/anders: Asser, Groen & Vranken 2003, p. 81; De Bock 2011, p. 96-102; Haardt 1951, p. 67. Betreffen de niet betwiste feiten rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, dan is de rechter bevoegd, maar niet verplicht daarvan nader bewijs te verlangen (vgl. HR 10 december 2010, *LJN* BO0186).

173. Smits 2008, p. 96. Zie ook Coenraad 2005, p. 119-121; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 49; Stein/Rueb 2005, p. 25.

174. De Bock 2011, p. 100.

van de rechter of het patroon van zijn oordeelsvorming.¹⁷⁵ Leunt de rechter uit het oogpunt van rechtszekerheid zwaar op de juiste toepassing van het systeem of beschouwt hij de partijautonomie als zeer zwaarwegend, dan graaft hij zich liever niet zelfstandig een weg door de bewijsstukken en sluit hij nauw aan bij de door een partij expliciet onder verwijzing naar specifiek aangeduide onderdelen van bewijsstukken ingenomen standpunten. De rechter die bijvoorbeeld meer intuïtief een rechtvaardig oordeel zoekt of het geschil leest als twee verhalen van partijen over de werkelijkheid waaruit hij een samenhangend verhaal weeft,¹⁷⁶ voelt zich misschien vrijer om de expliciet gemaakte standpunten van partijen wat meer op afstand te bezien en de door partijen aangevoerde feitelijke grondslagen zo breed mogelijk te beschouwen. Het leerstuk van aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden staat zo bezien niet alleen in een dogmatisch kader, maar ook in het brandpunt van de discussie over lijdelijke en actieve rechters (zie par. 3.4 en 5.5). Deze discussie wordt ook door andere aspecten gevoed, bijvoorbeeld doordat er debat mogelijk is over de reikwijdte van de verplichting van partijen om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, over de mate waarin de rechter gebruik dient te maken van zijn bevoegdheid om partijen bepaalde stellingen te laten toelichten (art. 22 Rv), of over de werking (en handhaving van de naleving) van de substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht (art. 111 lid 3 Rv en art. 128 lid 5 Rv).¹⁷⁷ Niettemin geeft het rechtsonzekerheid aan (toekomstige) procespartijen wanneer in aanzienlijke mate van de taakopvatting van de rechter afhankelijk is hoe in het onderzoek en de beslissing van de zaak de zoektocht naar het evenwicht tussen vrijheid en rechtvaardigheid zal verlopen. Inherent aan rechtspraak is dat de beslissing per zaak kan verschillen, maar over de inhoud van het procesrechtelijke beslissingsmodel hoort naar mijn opvatting geen rechtsonzekerheid te bestaan. De kunst is om de toepassing van de dogmatiek in het concrete geval voor de praktijk zo voorspelbaar mogelijk te maken. Wanneer de selectie en analyse van de voor de beslissing relevante feiten meer expliciet in de sleutel van partijautonomie en waarheidsvinding worden geplaatst, kan voor partijen mogelijk voorspelbaarder worden op welke feiten de rechter acht zal slaan in de rechtsstrijd van partijen en kan de rechter mogelijk beter verantwoorden waarom hij welke keuzes maakt in de feiten die hij betreft in de onderbouwing en staving van de feitelijke grondslag van vordering of verweer (waarover meer in par. 4.7.3).

175. Door Duk aangeduid als de luimen van de rechter (Duk 2003, p. 65). Zie bijv. ook: Asser 2003; Asser-Scholten 1974, p. 132; Ingelse 2010; Hartendorp 2008; Hol & Loth 2001, p. 44-45; Pieters 2010; Van Rossum 2010; Uizermans 2011.

176. Zie over narrativiteit o.a. het preadvies van Loth; De Bock 2011, p. 102 e.v.

177. Vgl. bijv. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 10-11. Zie ook noot 78.

4.6 *Soortelijk gewicht van partijautonomie en waarheidsvinding in rechtspraak*

Als het stelsel van de art. 24 Rv, 25 Rv en art. 149 Rv in strikte zin wordt toegepast en het belang van de waarheidsvinding ondergeschikt wordt gemaakt aan de toepassing ervan, is de partijautonomie leidend. In het algemeen is het niet eenvoudig om in de stellingen van partijen aanknopingspunten te vinden om te beoordelen of een partij de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid heeft aangevoerd. Het kan zomaar gebeuren dat de rechter in de stellingen van partijen niet vol zicht krijgt op de voor het geschil relevante werkelijkheid.¹⁷⁸ Een berucht voorbeeld hiervan in het civiele recht is natuurlijk het Varkenspestarrest.¹⁷⁹ Zeug Geel-113 van Swinkels leed aan varkenspest, ontsnapte, raakte tussen de varkens van Bardoel en besmette diens vee. Bardoel vorderde schadevergoeding van Swinkels. De verzekeraar van Swinkels betrok de stelling dat Swinkels niet wist dat zijn varkens ziek waren. Dat werd in eerste aanleg door Bardoel niet betwist en door de rechtbank als vaststaand aangenomen. In hoger beroep werd er geen grief tegen gericht. Bardoel verloor de procedure in drie instanties. De Hoge Raad nam in cassatie tot uitgangspunt dat Swinkels het besmettingsgevaar niet kende of behoorde te kennen en onderschreef het oordeel van het hof dat Swinkels niet aansprakelijk was voor de schade van Bardoel. Later bleek dat Swinkels wel degelijk wist van de besmetting van zijn vee.¹⁸⁰ De uitspraak van de Hoge Raad berustte dus op een onjuist feitelijk uitgangspunt dat doorslaggevend was geweest voor de beslissing. Het stelsel van de regels over de feitenvaststelling maakte het mogelijk dat de juiste feiten niet ter kennis kwamen van de rechter in feitelijke instantie. De Hoge Raad was gebonden aan de feitenvaststelling door de lagere rechter.

Ook in andere uitspraken is te zien dat het in het civiele recht in brede zin problematisch is om het juiste midden te vinden in de toepassing van het leerstuk van aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden met oog voor het belang van de waarheidsvinding. De rechtspraak biedt talrijke voorbeelden van uitspraken waarin de rechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid om andere feiten dan de door een partij ter onderbouwing van de feitelijke grondslag gestelde feiten te beschouwen als onderbouwing of staving van de feitelijke grondslag en de vraag is opgeworpen of hij daarbij binnen de grenzen van art. 149 Rv en 24 Rv blijft.¹⁸¹ In dit preadvies

178. Van Schaick 2009, p. 24; Star Busmann 1915, p. 132-134.

179. IJR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 415, m.nt. W.C.J. van der Grinten.

180. Bruinsma 1999; Bruinsma 2010. Zie ook Asser-Vranken 1995, p. 7-8; Van Schaick 2009, p. 43-44.

181. Zie o.a. de uitspraken vermeld in par. 4.5.2 en 4.5.4. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 119-120; Ilaardt 1951, p. 59; Lewin 2011; Vriesendorp 1970, p. 36 e.v.; conclusie A-G Huydecoper bij HR 24 december 2004, *J/N* AR4470.

beperk ik me tot vijf voorbeelden, waarin als rode draad is te zien dat de uitoefening van deze bevoegdheid drie kenmerken heeft, die in belangrijke mate verweven zijn met algemene procesrechtelijke noties die in par. 3 en 4 naar voren zijn gekomen: (i) de taakverdeling tussen partijen en de rechter in de civiele procedure is verweven met een schijnbaar helder onderscheid tussen (rechts)feit en recht(sgrond), (ii) er zijn talrijke gezichtspunten om keuzes te maken, waaronder in ieder geval partijautonomie, waarheidsvinding, eerlijke rechtsgang, beginsel van hoor en wederhoor, vermijden van de schijn van partijdigheid van de rechter, processuele belangen van de wederpartij, voortvarendheid, kosten van de procedure en controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van de uitspraak, en (iii) voor het maken van de juiste keuzes is een gedegen kennis van het materiële civiele recht essentieel.¹⁸²

4.6.1 Vijf uitspraken

Het is de rechter soms, maar niet altijd, verboden de feitelijke grondslag aan te vullen met feiten die door een partij zijn gesteld, door een partij niet zijn betrokken in de feitelijke grondslag, zijn vastgesteld volgens de regels van art. 149 Rv en in de visie van de rechter uit het oogpunt van waarheidsvinding relevant zijn voor de beslissing. In de zaken Poort/Stoppels,¹⁸³ Spector/Fotoshop¹⁸⁴ en Spijkers/Ru-Pro¹⁸⁵ was het verboden, in de zaken Regiopolitie/Hovax¹⁸⁶ en Lammers/Aerts q.q.¹⁸⁷ was het geoorloofd. Dat lijkt op het eerste gezicht niet best voor de rechtszekerheid, maar een nadere beschouwing van deze uitspraken zal laten zien dat de Hoge Raad partijen en de rechter in feitelijke instantie stimuleert om een rechtvaardig evenwicht tussen partijautonomie en waarheidsvinding te bewerkstelligen.¹⁸⁸

4.6.2 De zaak Poort/Stoppels

In de zaak Poort/Stoppels¹⁸⁹ was de feitelijke grondslag van de vordering volgens de Hoge Raad een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van

182. Over de wisselwerking tussen civiel recht en civiel procesrecht bijv.: Asser, Groen & Vranken 2003, p. 40 e.v.; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 10-11; Schoordijk 2004; Snijders 1992; Snijders 2003, p. 1698.

183. HR 1 oktober 2004, *LJN* AO9900.

184. HR 17 februari 2006, *LJN* AU5663.

185. HR 23 september 2011, *LJN* BQ7064.

186. HR 26 september 2003, *LJN* AF9414.

187. HR 14 maart 2008, *LJN* BC1231.

188. Zie ook Vriesendorp 1970, p. 89-90.

189. HR 1 oktober 2004, *LJN* AO9900. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 133; Ruijpers 2005, p. 9.

een adviesovereenkomst (art. 6:74 BW). Volgens het hof rechtvaardigden de vaststaande feiten toewijzing van de vordering op grond van onjuiste of onvolledige informatieverstreking van een hulppersoon van de opdrachtnemer (art. 6:76 BW). A-G Hartkamp meende dat het hof de feitelijke grondslag van de eis niet in strijd met artikel 24 Rv had aangevuld. De Hoge Raad vond van wel en herhaalde zijn eerdere rechtspraak dat het de rechter niet vrij staat zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verwerpen die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd.¹⁹⁰ Anders zou de wederpartij tekort worden gedaan in haar recht zich naar behoren te kunnen verdedigen.¹⁹¹ In dit geval heeft de Hoge Raad de partijautonomie en het processuele belang van de wederpartij gesteld boven het belang van de waarheidsvinding. Voor de eisende partij zou minder partijautonomie en meer waarheidsvinding waarschijnlijk aanvaardbaar zijn geweest. Hij wilde zijn schade vergoed zien. De precieze grondslag daarvan zal hem weinig hebben gedeerd.¹⁹² De aanvaardbaarheid van dit oordeel moet dus vooral worden gezocht in het gezichtspunt dat de wederpartij zich moet kunnen verdedigen tegen de grondslag waarop de vordering wordt toegevoegd. Zou het hof eerst bij Stoppels hebben nagevraagd (ter comparitie of door gelegenheid te geven voor een akte) hoe de grondslag van de vordering nu precies moest worden begrepen en hadden beide partijen gelegenheid gekregen op elkaars standpunten dienaangaande te reageren, dan had dat naar mijn opvatting de materielrechtelijke aanvaardbaarheid van het rechterlijk oordeel ten goede kunnen komen.

4.6.3 *De zaak Spector/Fotoshop*

In de zaak Spector/Fotoshop¹⁹³ was een beroep op dwaling gedaan. In hoger beroep was bewijs toegelaten over de vraag of een partij bij het aangaan van een overeenkomst een bepaalde onjuiste mededeling aan de wederpartij had gedaan. Dat kwam niet vast te staan. Tijdens de bewijsoverlevering kwamen andere feiten boven tafel, op grond waarvan het beroep op dwaling volgens het hof niettemin gegrond was. Volgens A-G Hartkamp was het hof niet buiten de door partijen getrokken processuele grenzen

190. HR 29 maart 1996, NJ 1996, 421. Vgl. bijv. HR 22 december 1967, NJ 1968, 222.

191. En voor zover met een beroep op een bepaald feit een wijziging van de grondslag van de eis is beoogd, dient dat voor de wederpartij en de rechter duidelijk kenbaar te zijn. Bijv. HR 16 februari 1968, NJ 1968, 140, m.nt. G.J. Scholten; HR 1 juli 1983, NJ 1984, 52; HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167; HR 19 juni 2009, L/N BI8771. Zie ook HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 2; HR 24 december 2010, L/N BO4579.

192. Vgl. De Bock 2011, p. 126; Ras 1971, p. 100-101.

193. HR 17 februari 2006, L/N AU5663. Zie ook: Roos 2006.

getreden, omdat ter onderbouwing van het beroep op dwaling was gesteld dat essentiële informatie was onthouden en daarin besloten lag dat de vordering mede was gebaseerd op nalatigheid in het geven van de informatie die in de bewijslevering naar voren was gekomen. De Hoge Raad was echter van oordeel dat het hof in strijd met art. 24 Rv buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden, doordat het beroep op dwaling voorafgaand aan de bewijslevering beperkt was opgevat en de gedingstukken geen andere uitleg toelieten dan dat de grondslag van het beroep op dwaling na de bewijslevering niet was uitgebreid met de subsidiaire stelling dat de dwaling was te wijten aan het achterhouden van de tijdens de bewijslevering naar voren gekomen informatie. Ook hier werd aan het belang van de waarheidsvinding dus minder gewicht toegekend dan aan de partijautonomie en het processuele belang van de wederpartij om zich naar behoren te kunnen verdedigen. Naar mijn opvatting had het hof niettemin tot dezelfde uitkomst kunnen komen. Wellicht had het hof het beroep op dwaling bij de formulering van de bewijsopdracht op basis van de gedingstukken breder kunnen opvatten en bewijs kunnen opdragen van feiten of omstandigheden waaruit was af te leiden dat essentiële informatie was onthouden. Een andere mogelijkheid was geweest via een comparitie of akte na te vragen of ook was bedoeld aan het beroep op dwaling de feiten ten grondslag te leggen die tijdens de bewijslevering naar voren waren gekomen. De volgende twee te bespreken zaken zullen laten zien dat de inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor bij de ambtshalve agendering van de kwestie (en een uitbreiding van de grondslag van het beroep op dwaling) de zaak op dit punt waarschijnlijk voor een vernietiging in cassatie had kunnen behoeden.

4.6.4 De zaak Regiopolitie/Hovax

In de zaak Regiopolitie/Hovax¹⁹⁴ oordeelde de rechtbank in hoger beroep dat Regiopolitie wanprestatie had gepleegd en de schade van Hovax als gevolg daarvan moest vergoeden. Over de omvang van de schade verlangde de rechtbank nadere inlichtingen van partijen, waarbij Hovax zich diende uit te laten over door haar genomen maatregelen om de schade te beperken. In cassatie klaagde Hovax dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden door de schadebeperkingsplicht aan de orde te stellen, waarop door Regiopolitie geen beroep was gedaan. De Hoge Raad

194. HR 26 september 2003, *L/N* AF9414. Zie over het arrest onder meer: Adviescommissie BPR 2006, p. 70; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling van Gent 2009, p. 225; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 124; Dammingh 2009, p. 18-19; Klaassen 2007, p. 123-128; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 302; Ruijpers 2005, p. 10; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 53-54; Wesseling-van Gent, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25, aant. 3.

verwierp de klacht met een drietrapsredenering: (i) de rechter mag de schadevergoedingsplicht niet ambtshalve wegens eigen schuld verminderen; (ii) als hij de schadebeperkingsplicht ambtshalve aan de orde stelt, dient hij partijen gelegenheid te geven tot processueel debat daarover en mag hij geen oordeel erover geven als partijen dat niet blijken te wensen; (iii) in welke gevallen de rechter de schadebeperkingsplicht ambtshalve mag opwerpen, laat zich niet in het algemeen beantwoorden, maar in dit geval 'lag het voor de hand', omdat een feit was gesteld dat relevant was voor de omvang van de schade en denkbaar was dat dit feit een schadeverminderende werking kon hebben.¹⁹⁵

Het 'ligt voor de hand'-criterium roept de vraag op: onder welke omstandigheden en in wiens ogen? Het is moeilijk objectiveerbaar.¹⁹⁶ Het gaat weliswaar gepaard met een uitleg van de gedingstukken die begrijpelijk moet zijn, maar het criterium kan evengoed aanleiding geven tot de gerechtvaardigde verdenking van meeprocederen en aantasting van de rechterlijke onpartijdigheid. Het criterium verhuult dat er in dit geval wel degelijk een eigen gevolgtrekking van de rechter nodig was om de sprong van het gestelde feit naar een beroep op de schadebeperkingsplicht te maken. In een noot bij een zaak waarin de Hoge Raad vond dat bepaalde feiten die niet waren gesteld, maar wel in het geding waren komen vast te staan, moesten worden betrokken in een causaliteitsoordeel, heeft G.J. Scholten zich afgevraagd waar de grens ligt met de aan de rechter verboden aanvulling van de feitelijke grondslag. Hij meende dat daarvoor niet alleen bepalend is of de ontbrekende schakel voor de hand ligt, maar ook of er reden is om aan te nemen dat gedaagde dat anders heeft begrepen alsmede of de veronderstelling dat de ontbrekende schakel relevant is, is versterkt door de omstandigheden die later zijn komen vast te staan.¹⁹⁷ Zo bezien is het arrest Regiopolitie/Hovax eigenlijk pas goed te begrijpen wanneer wordt bedacht dat kennelijk aan het beginsel van volledige schadevergoeding en de daarbij benodigde waarheidsvinding doorslaggevend gewicht is toegekend in een geval waarin het beginsel van behoorlijke verdediging niet geschonden werd geacht.

4.6.5 De zaak Lammers/Aerts q.q.

De zaak Lammers/Aerts q.q.¹⁹⁸ vertoont op het eerste gezicht gelijkenis met de zaak Spector/Fotoshop. Ook hier kwam het hof na bewijslevering

195. HR 26 september 2003, *LJN* AF9414, r.o. 5.1-5.3.

196. Vgl. S.C.J.J. Kortmann in zijn noot bij het arrest (*JOR* 2004, 32).

197. IIR 1 november 1974, NJ 1975, 454, m.nt. G.J. Scholten. Zie ook de gezichtspunten van Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling van Gent 2009, p. 226.

198. HR 14 maart 2008, *LJN* BC1231. Zie ook: Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 121 en 124; Roos 2008.

tot het oordeel dat de vordering niet toewijsbaar was op de door eiser gestelde grondslag (bestuurdersaansprakelijkheid, art. 2:248 lid 1 BW), maar wel op een andere grondslag (aansprakelijkheid van de medebeleidsbepaler, art. 2:248 lid 7 jo lid 1 en/of lid 2 en art. 2:11 BW), waarvoor de benodigde feiten (evenals in de zaak Spector/Fotoshop) in de bewijslevering naar voren waren gekomen. Het hof gaf partijen gelegenheid zich hierover uit te laten. De handelwijze van het hof was volgens de Hoge Raad geoorloofd 'gelet op het verloop van het processuele debat' en omdat aansprakelijkheid als medebeleidsbepaler 'voor de hand lag'. Het aanbod van het hof werd door de eiser omarmd met een wijziging van de grondslag van de eis. Deze zaak lijkt toch weer verder te reiken dan de zaak Regio-politie/Hovax en de hiervoor aangehaalde drietrapsredenering van G.J. Scholten, want hier wordt toegestaan dat het processuele belang van de wederpartij op initiatief van de rechter ondergeschikt wordt gemaakt aan het belang van de waarheidsvinding, mits de partijautonomie van de eisende partij wordt gerespecteerd (d.w.z. mits eiser het rechterlijk initiatief bekrachtigt), en het beginsel van hoor en wederhoor in acht wordt genomen.

4.6.6 De zaak Spijkers/Ru-Pro

De zaak Spijkers/Ru-Pro¹⁹⁹ betrof een geschil over de uitvoering van verbintenissen uit overeenkomst. Ru-Pro heeft tijdens haar surséance een bedrijfspand verkocht en het pand nadien aan Spijkers geleverd. De vordering van Ru-Pro strekt ertoe dat de koopsom alsnog op een hoger bedrag wordt bepaald. In eerste aanleg is Spijkers tot betaling veroordeeld. Partijen hebben de geldigheid van de overeenkomst in eerste aanleg en in hoger beroep niet in het geschil betrokken. Het hof heeft bij pleidooi ambtshalve de vraag opgeworpen of de koopovereenkomst betreffende het bedrijfspand nietig is gelet op art. 3:84 lid 3 BW, waarin is bepaald dat een rechtshandeling geen geldige titel van overdracht is indien deze overdracht tot zekerheid ten doel heeft of de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Het hof heeft partijen gelegenheid gegeven zich hierover na pleidooi schriftelijk uit te laten. Volgens Spijkers was art. 3:84 lid 3 BW niet overtreden. Volgens Ru-Pro was dit wel het geval en was het gevorderde daarom toewijsbaar. Het hof heeft dit standpunt van Ru-Pro opgevat als een eiswijziging. Een wijziging van eis behoort in hoger beroep in beginsel niet later dan bij memorie van grieven of antwoord plaats te vinden (art. 347 lid 1 Rv), tenzij er binnen het kader van de eisen van een goede procesorde gronden zijn die een uitzondering

¹⁹⁹. HR 23 september 2011, *LJN* BQ7064.

hierop rechtvaardigen.²⁰⁰ Dit wordt wel genoemd ‘de in beginsel strakke regel’. Het hof zag reden voor een uitzondering in de omstandigheid dat de eiswijziging was ingegeven door de tijdens pleidooi ambtshalve door het hof opgeworpen vraag naar de geldigheid van de titel van overdracht. Vervolgens heeft het hof onder meer geoordeeld dat het overeengekomene in strijd was met art. 3:84 lid 3 BW en de overdracht een geldige titel ontbeerde. Spijkers klaagde in cassatie dat het hof de eiswijziging niet toelaatbaar had mogen achten en dat het hof door tijdens pleidooi ambtshalve de toepasselijkheid van art. 3:84 lid 3 BW aan de orde te stellen, buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en art. 24 Rv heeft miskend. A-G Rank-Berenschot kwam tot de conclusie dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en het klachtonderdeel over de eiswijziging daarom geen bespreking behoeft. De Hoge Raad heeft echter laten rusten of het hof art. 24 Rv heeft geschonden en geoordeeld dat het hof de eiswijziging niet toelaatbaar had mogen achten. In dit oordeel heeft de Hoge Raad onder meer betrokken dat het ‘niet voor de hand lag’ om de toepasselijkheid van art. 3:84 lid 3 BW ambtshalve aan de orde te stellen, omdat de gedingstukken geen duidelijke aanwijzingen bevatten dat het overeengekomene gelet op die bepaling nietig was. Volgens de Hoge Raad bracht het hof in de eindfase van de procedure in hoger beroep een geheel nieuw element in het partijdebat.²⁰¹ Deze argumenten verschillen niet wezenlijk van de overwegingen die in de hiervoor besproken zaken zijn gebruikt bij de beoordeling van klachten over schending van art. 24 Rv. Ook hier valt op dat het ‘ligt-voor-de-hand-criterium’ wordt gebezigd in combinatie met een begrijpelijke uitleg van de gedingstukken, wat voor toekomstige zaken een lastige wegwijzer is. Deze zaak onderscheidt zich echter in zoverre van de andere vier zaken, dat het hof hier niet zozeer een feitelijk maar meer een juridisch element in het partijdebat bracht, waarop tot dan toe geen verweer was gevoerd en dat daarom niet zonder meer besloten lag in de ingeroepen rechtsgevolgen. Zo bezien staat de zaak meer in het teken van de partijautonomie dan van de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding.

4.7 *De uitdijende reikwijdte van art. 25 Rv in het licht van de waarheidsvinding*

In de uitspraken in de zaken Regiopolitie/Hovax en Lammers/Aerts q.q., die in de literatuur wisselend zijn ontvangen,²⁰² volgt de Hoge Raad ook een spoor uit de fundamentele herbezinning. Vanwege de verstrengeling

200. HR 20 juni 2008, *L/N* BC4959.

201. In vergelijkbare zin: HR 9 december 2011, *L/N* BR2045.

202. Zie de vindplaatsen in de voetnoten 195 en 199.

van recht en feit heeft volgens Asser, Groen & Vranken de rechter die ziet dat het gestelde of gebleken feitencomplex en de door een partij op grond daarvan ingeroepen rechtsgevolgen niet goed op elkaar aansluiten, in het licht van art. 25 Rv de taak dat aan de orde te stellen.²⁰³ In de kabinetsreactie op hun eindrapport is hierover het standpunt ingenomen dat denkbaar is aan de algemene bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling toe te voegen die verder verduidelijkt dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om hun stellingen en feiten aan te vullen.²⁰⁴ Daarvan is het nog niet gekomen.²⁰⁵ Reeds het ontwerp voor een nieuw procesrecht van de Staatscommissie-Gratama uit 1921 nam overigens tot uitgangspunt dat de rechter aan partijen de inlichtingen mocht vragen die hij nodig achtte voor een juist inzicht in de aard en omvang van het werkelijke geschil van partijen.²⁰⁶ Haardt verdedigde in 1951 zelfs dat de rechter die twijfelt aan het waarheidsgehalte van een niet betwist feit, bewijs van het feit mag verlangen, tenzij het feit alsnog uitdrukkelijk wordt erkend, vanuit de gedachte dat de rechter niet door onoplettendheid van een of beide partijen mag worden belet tot de materiële waarheid door te dringen.²⁰⁷

4.7.1 Focus op de partijautonomie

In de literatuur wordt nogal eens betoogd dat een partij die in een procedure verschijnt en zich jegens de wederpartij moet gedragen naar de eisen van de goede procesorde, jegens de wederpartij is gehouden eraan mee te werken dat het geschil eerlijk, behoorlijk, juist en volledig aan de rechter wordt voorgelegd, ook indien haar belang bij de procedure tot ander gedrag verleidt.²⁰⁸ Vrij vertaald wordt de partijautonomie dan misschien geacht onderworpen te zijn aan zoiets als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In welke gevallen een partij met de nakoming van deze inspanningsverplichting over de schreef gaat, is in de praktijk niet makkelijk te bepalen, waarbij onder meer een rol speelt dat het bij de eisen van

203. Asser, Groen & Vranken 2006, p. 53. Zie ook Asser 1999b, p. 1253; Asser-Vranken 1995, p. 26 e.v.; De Bock 2011, p. 113; Ernes, Van der Hoeven & Jongbloed 2007, p. 104; Schoordijk 2004; Snijders 2003.

204. Kamerstukken II, 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 10-13. Daarover o.a. Dammingh 2009, p. 20-21.

205. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 9; Giesen & Coenraad 2008, p. 991.

206. Toelichting Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921, p. 8-9. Zie ook Meilink 1924, p. 10. Vgl. HR 7 juni 1968, *NJ* 1068, 325. Kritisch bijv.: Offerhaus 1924, p. 18.

207. Haardt 1951, p. 67. Zie ook De Bock 2011, p. 63-68.

208. Asser 1999a, p. 26; Asser-Vranken 1995, p. 14; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 78; Haardt 1958, p. 17; Haardt 1984, p. 18; Hammerstein 1989, p. 1598. Zie ook Lindijer 2006, p. 182. Zie ook HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 317, m.nt. J.B.M. Vranken.

de goede procesorde om open normen gaat. De combinatie van partijautonomie en goede procesorde bevordert weliswaar positief gedrag van coöperatieve partijen, maar lijkt minder te bieden als het bij onwelwillende partijen op handhaving aankomt.²⁰⁹

Geregeld in discussie is of procederen (g)een spel, strijd of zelfs oorlog is²¹⁰ en de partijautonomie daarom (niet) onderhevig kan zijn aan beperkingen die meebrengen dat een partij haar eigen belang ondergeschikt maakt aan belangen van de wederpartij of de maatschappij. Recent heeft Van Schaick bestreden dat waarheidsvinding prioriteit heeft in de vaststelling van de feiten die relevant zijn voor de beslissing. Volgens hem impliceren de partijautonomie zoals neergelegd in art. 149 Rv en de belangen van voorspelbare, finale en tijdige geschilbeslechting door een onpartijdige rechter dat waarheidsvinding in het civiele procesrecht geen zelfstandige rol kan vervullen.²¹¹ Naar zijn mening benutten partijen in de praktijk de partijautonomie primair ten bate van de eigen proceskansen, ook als zij daarmee de verplichting om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) niet naleven. In zijn visie is het niet onaanvaardbaar als een rechterlijke uitspraak geen recht doet aan de werkelijkheid als gevolg van een handig en legitiem gebruik van de partijautonomie.²¹²

In deze gedachtegang staat kennelijk het verband tussen vrijheid en rechtvaardigheid op het individuele niveau voorop. Het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt wordt ondergeschikt gemaakt aan de eigen verantwoordelijkheid van een partij voor een juiste feitenvaststelling.²¹³ Wanneer een partij die verantwoordelijkheid niet naar behoren invult en in het geschil van partijen geen recht wordt gedaan aan de werkelijkheid, is dat volgens Van Schaick een normaal uitvloeisel van de partijautonomie en is het systeem nog niet slecht.²¹⁴ Ook als dat zo is, legt hij naar mijn indruk niet overtuigend uit hoe het primaat van de partijautonomie op het individuele niveau wordt gewaarborgd zonder aandacht voor het evenwicht tussen vrijheid en rechtvaardigheid op maatschappelijk en rechtsstatelijk niveau. Daarnaast meen ik dat van partijen mag worden verlangd dat zij verantwoord gebruik maken van de overheidsmiddelen die met de instandhouding van de rechtspraak zijn ge-

209. Giesen 2006, p. 105.

210. Adviecommissie BPR NOVA 2004, p. 74; Asser 1999a, p. 16; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 15; Grosheide 2005, p. 127; Ten Haaf 2002, p. 63; Duk 2003, p. 69; Kremer 1999, p. 291-292; Verkerk 2010, p. 344.

211. Van Schaick 2009, p. 28-36 en p. 49-54. Instemmend: Den Tonkelaar 2010. Kritisch: De Bock 2011, p. 69 e.v.; Grosheide 2010.

212. Van Schaick 2009, p. 37-40.

213. Zelf zegt Van Schaick dat hij het belang van de waarheidsvinding in zijn oratie heeft gerelativeerd (Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 2 noot 5).

214. Van Schaick 2009, p. 43-44.

moeid.²¹⁵ Een verantwoord gebruik omvat niet dat een partij de partijautonomie gebruikt om een aanspraak in strijd met de waarheid, die fundamenteel niet door het recht wordt beschermd, in rechte te doen vaststellen.²¹⁶

Van Schaick wijst er terecht op dat het onder het huidige procesrecht haast niet doenlijk is om gebruik van de partijautonomie in strijd met de waarheidsplicht structureel te verhinderen en dat pogingen daartoe in Duitsland en Oostenrijk niet verder zijn gekomen dan de vrijwel sanctieloze regel dat een partij geen standpunten mag innemen waarvan haar bekend is dat ze onjuist zijn.²¹⁷ Dat laatste gaat overigens al verder dan hij voor het Nederlandse procesrecht lijkt te bepleiten.

De praktijk onder het huidige procesrecht geeft naar mijn opvatting echter geen aanleiding om de klok terug te zetten door het belang van de waarheidsvinding ondergeschikt te maken aan het belang van de partijautonomie, maar om te onderzoeken of het beter kan. Het ligt voor de hand dat een partij het eigen perspectief en belang voorop stelt wanneer partijautonomie en waarheidsplicht om voorrang strijden.²¹⁸ De maatschappij heeft belang bij een eigen bevoegdheid om toezicht te houden op die keuze en waar nodig bij te sturen. Dat is het belang bij een duurzaam evenwicht voor een ieder tussen vrijheid en rechtvaardigheid. Zoals Chorus schreef, spreekt het vanzelf dat de partijautonomie, zoals elke vrijheid, niet onbehoorlijk mag worden gebruikt.²¹⁹ Zolang de maatschappij aanspraken in strijd met de werkelijkheid niet door het recht wil beschermen, zal een partij bij een beroep op de overheidsrechter naast haar eigen belang ruimte moeten bieden voor de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (op het individuele niveau) en voor die van anderen in de maatschappij (op het rechtsstatelijke niveau). Van Schaick levert kritiek op de actieve rechter die dit toezicht uitoefent,²²⁰ maar lijkt geen alternatief te bieden om de partijautonomie zowel op individueel als rechtsstatelijk niveau te waarborgen tegen de achtergrond van behoud en bevordering van vrijheid en rechtvaardigheid, anders dan dat daartoe kennelijk een systeem zou volstaan waarin waarheidsvinding geen prioriteit heeft.

215. In Engeland is dat zelfs 'geregeld' in art. 1.3 en 1.1 lid 2 onder b en e *Civil Procedure Rules*. Zie ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 63.

216. Waarbij bovendien de wederpartij naar verwachting een aanzienlijk griffierecht gaat betalen voordat hij verweer mag voeren. Zie over overheidsmiddelen, rechtspraak en griffierecht de adviezen van onder meer de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, Raad voor de rechtspraak, Nederlandse Orde van Advocaten en Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over het oorspronkelijk als Wetsvoorstel kostendekkende griffierechten aangeduide, daartoe strekkende wetsvoorstel (Kamerstukken II, 2011/12, 33 071, nr. 3, bijlagen). Zie ook Storme 2001, p. 213; Wildeboer 2011.

217. Van Schaick 2009, p. 38. Zie ook Verkerk 2010, p. 42.

218. Vgl. De Bock 2011, p. 103-104.

219. Chorus 1987, p. 4. In vergelijkbare zin Hammerstein 1989, p. 1599.

220. Van Schaick 2009, p. 44-47.

4.7.2 *De rol van de rechter*

Waar Van Schaick kiest voor een focus op de partijautonomie, ligt bij Lewin en De Bock het zwaartepunt in de rol van de rechter.

Lewin haalt voorbeelden aan van zaken waarin stellingen met een gemengd feitelijk en juridisch karakter waren ingenomen en neemt aan dat wanneer de grens tussen de taken van de rechter op grond van art. 24 en 25 Rv in een zaak niet scherp is te trekken, de rechter twee conflicterende rechtsplichten heeft. Wanneer de rechter enerzijds in een bepaald geval art. 24 Rv zou schenden door ambtshalve toepassing van een bepaalde civielrechtelijke regel, maar die rechtsregel anderzijds ambtshalve moet toepassen wegens het gewicht ervan, is de taak van de rechter volgens Lewin rechtstreeks gebaseerd op het gewicht van de civielrechtelijke regel. Hij acht het ongelukkig en verwarrend om die taak te baseren op art. 25 Rv en niet op het gewicht van de regel, omdat de taak van de rechter dan niet alleen aanvulling van rechtsgronden omvat. De rechter raakt ook aan de aanvulling van de feitelijke grondslag wanneer hij een rechtsregel toepast zonder stellingen die als een beroep daarop kunnen worden uitgelegd. Dat zou volgens hem tot resultaat hebben dat art. 24 en 25 Rv beide van toepassing zijn en dat acht hij ongerijmd.²²¹

Anders dan Lewin denk ik dat de taak van de rechter in de aanvulling van rechtsgronden met een gemengd feitelijk en juridisch karakter alleen gebaseerd kan zijn op art. 25 Rv en niet ook op art. 24 Rv, omdat art. 24 Rv de rechter nu eenmaal geen bevoegdheid tot aanvulling toekent. Ik deel dan ook niet zijn standpunt dat de lijn van de rechtspraak (par. 4.6) tot ongerijmdheden leidt. Los daarvan beschouw ik het als inherent aan de rechtspraktijk dat moet worden gewerkt met een onscherp onderscheid tussen feit en recht. Oplossingen daarvoor zijn niet in het onderscheid zelf te vinden, maar in de beginselen van behoorlijke rechtspraak en behoorlijke verdediging, waaronder partijautonomie, waarheidsvinding en rechterlijke onpartijdigheid, die bij de behandeling van een zaak telkens weer richtinggevend zijn om keuzes te maken op het snijvlak van feit en recht. Verder zou zijn voorstel het probleem wel eens kunnen verplaatsen. Als het wordt gevolgd, zijn er immers aanknopingspunten nodig om in een conflict van plichten te beoordelen welk gewicht meebrengt dat een rechtsregel ambtshalve mag of moet worden toegepast ook wanneer geen stellingen zijn ingenomen die als een beroep daarop zijn uit te leggen. Daar is nog wel wat rechtsontwikkeling bij nodig.

De Bock neemt tot uitgangspunt dat de rechter in het vaststellen van feiten zo veel mogelijk het belang van de waarheidsvinding moet dienen en dat zwakke schakels in de waarheidsvinding in de civiele procedure zo veel mogelijk mochten worden versterkt en obstakels weggenomen. Partij-

221. Lewin 2011, p. 14-15.

autonomie is in haar opvatting een beginsel dat in het huidige civiele recht weinig betekenis meer heeft en voornamelijk is beperkt tot de vrijheid van een partij om een procedure te beginnen en het onderwerp ervan te kiezen, wat zij aanduidt als de afbakening door partijen van de buitengrenzen van het geschil.²²² De vrijheid om te bepalen waarover wordt geprocedeerd heeft volgens haar wel consequenties voor de vraag welke feiten onderwerp zijn van de waarheidsvinding (nl. de feiten die relevant zijn voor de beslechting van het door partijen omliggende geschil), maar daarbinnen is volgens haar geen sprake van partijautonomie en ligt het op de weg van de rechter om aan waarheidsvinding te doen.²²³ Na aanvang van de procedure geeft de partijautonomie in haar visie partijen slechts mogelijkheden om de rechter ergens vanaf te houden, zoals van een uitspraak (doordat partijen het geschil beëindigen), een uitspraak op een bepaalde feitelijke grondslag (als een partij laat weten een vordering uitsluitend op een bepaalde grondslag beoordeeld te willen zien) of een uitspraak op basis van bepaalde feiten (als partijen uitdrukkelijk laten weten die feiten buiten de rechterlijke beoordeling te willen houden).²²⁴

Hiermee plaatst De Bock de partijautonomie in de hiervoor in par. 3.2 aangeduide eerste categorie bevoegdheden om een procedure te beginnen, het onderwerp ervan te kiezen en een procedure te beëindigen. In de tweede categorie bevoegdheden, de feiten die worden betrokken in het geschil en de beslissing, heeft de rechter volgens haar de zeggenschap en die moet hij benutten in het belang van de waarheidsvinding.²²⁵ Zij onderkent dat de rechter bij de feitenvaststelling primair afhankelijk is van wat partijen in de procedure over de feiten aandragen, maar hij is volgens haar verantwoordelijk voor de correcte feitenvaststelling en moet zo veel mogelijk de relevante feiten verzamelen. Hij mag het initiatief nemen om van partijen meer feitelijke informatie te verkrijgen om volledig zicht te krijgen op de relevante feiten, ook wanneer hij daarmee de feiten aanvult (art. 22 Rv). Dat acht zij noodzakelijk omdat de rechter voor een aanvaardbare beslissing de relevante feiten moet kennen. Het is aan de rechter om in de feiten die partijen aandragen de verhalen van partijen te vinden en vervolgens een eigen verhaal in de rechterlijke uitspraak neer te leggen, waarmee aan de feiten juridische betekenis wordt gegeven.²²⁶ In deze constellatie constateert De

222. De Bock 2011, p. 88-91.

223. De Bock 2011, p. 112.

224. De Bock 2011, o.a. p. 126.

225. De Bock 2011, p. 34-36.

226. De Bock 2011, p. 87 en 108-112. Vgl. het pleidooi van Van Boom voor doorbreking van de partijautonomie en een ambtshalve bevoegdheid van de rechter tot oproeping van derden ter verkrijging van een volledig en eenduidig beeld van een zaak waarin meerpartijenverhoudingen en derdenwerking een rol spelen (Van Boom 1999, p. 217-232). Zie ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 83-84; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 51. Anders: Klaassen 2001, p. 60.

Bock een zwakke schakel of obstakel voor een waarheidsgetrouwe feitenvaststelling door de rechter. Zij noemt het samenspel tussen de art. 24 Rv, 25 Rv en 149 Rv in zijn toepassing problematisch en ziet daarvoor onder meer als redenen dat het onderscheid tussen feiten en rechtsfeiten diffuus en nauwelijks te maken is (waarmee het lastig is om aan te geven wanneer sprake is van (verboden) aanvulling van de feitelijke grondslag van verdediging of verweer en wanneer van (voorgeschreven) aanvulling van rechtsgronden), dat kennis van het recht nodig is om een normatief standpunt te kunnen innemen ten aanzien van een feit (die de gemiddelde burger volgens haar onvoldoende heeft) en dat de grens tussen rechtsfeiten en rechtsgronden onscherp is (waarmee het gevaar bestaat dat de rechter geen rechtsgronden aanvult uit vrees voor de verdenking dat hij rechtsfeiten aanvult). Van Schaick acht art. 24 Rv weliswaar 'ongelukkig geformuleerd',²²⁷ maar meent dat een eigen bevoegdheid van de rechter om de omvang van het geschil mede te bepalen partijen niet stimuleert om het geschil helder aan de rechter te presenteren²²⁸ en meer aanleiding zal geven tot (moeilijk voorspelbare) redelijkheidsoordelen van de rechter.²²⁹ De Bock zoekt niettemin een deel van de oplossing erin dat aan de rechter aanvulling van rechtsfeiten wordt toegestaan zolang hij partijen in de gelegenheid stelt daarop te reageren en de voorgestelde aanvulling desgewenst te verhinderen. Hiermee wordt volgens haar meer recht gedaan aan de materiële rechtspositie van partijen en aan de noodzaak tot ongelijkheidscompensatie in verband met de omstandigheid dat de civiele rechter gezien de wijziging van de competentiegrens in kantonzaken per 1 juli 2011 op ruimere schaal te maken heeft met personen die procederen zonder procesgemachtigde en zonder voldoende rechtskennis.²³⁰

Wanneer de opvatting van De Bock wordt afgezet tegen de eerder genoemde arresten in de zaken Regiopolitie/Hovax en Lammers/Aerts q.q. en tegen de opvatting van de fundamentele herbezimmers, valt op dat zij de oplossing zoekt in art. 24 (en 149) Rv en de Hoge Raad en Asser, Groen & Vranken in art. 25 Rv. Dat laat zich verklaren doordat De Bock in de toepassing van art. 24 Rv na aanvang van de procedure geen positieve ruimte ziet voor de partijautonomie. Als partijen toch al niet meer autonoom zijn in het aanvoeren van de rechtsfeiten, is er geen beletsel om de rechter de rechtsfeiten te laten aanvullen.²³¹ Voor de Hoge Raad is echter kennelijk

227. Asser *Procesrecht*/Van Schaick 2011, p. 119.

228. Vgl. Asser, Groen & Vranken 2006, p. 54; Barendrecht & Klijn 2004, p. 33 e.v.

229. Asser *Procesrecht*/Van Schaick 2011, p. 16 en 125.

230. De Bock 2011, p. 118-127.

231. Een bevoegdheid van de rechter om de rechtsstrijd van partijen zoals verankerd in art. 24 Rv uit te breiden, roept wel de vraag op of daarmee ook de taak van de rechter in de aanvulling van Europeesrechtelijke gronden wordt uitgebreid. De rechter die bevoegd is tot ambtshalve toepassing van een regel van nationaal recht, is immers verplicht de vergelijkbare regel van Europees recht ambtshalve toe te passen (par. 3.7.2). Zie Asser/Hartkamp 3-I 2011, nrs. 124 en 130.

uitgangspunt dat de wet de rechter in art. 24 Rv geen eigen ruimte geeft om feitelijke gronden, waaronder (rechts)feiten, aan te vullen.

4.7.3 De dienende taak van de rechter

De opvatting van De Bock is wat mij betreft niet minder problematisch dan de opvatting van Van Schaick, al is de zoektocht naar een alternatief ter vereenvoudiging van het stelsel van de art. 24, 149 en 25 Rv voor de rechtspraktijk positief te waarderen. Als problematisch beschouw ik dat zij de taak van de rechter in de waarheidsvinding al centraal stelt in een fase van de procedure waarin die taak naar mijn opvatting nog volop is verweven met de partijautonomie. Ik denk dat de civiele rechter mede²³² een dienende taak heeft om partijen en de maatschappij te faciliteren in de beslechting van geschillen. De rechter is een passant in het leven van partijen en daarnaar hoort hij zich te gedragen. De wereld van partijen achter het geschil is niet van de rechter. Partijen zijn tegenwoordig geen *dominus litis* meer, maar de rechter is geen *dominus veritatis*. Een duurzame leidende rol van de rechter in de waarheidsvinding, die gepaard gaat met vertrouwen van de maatschappij in de rechtspraak, veronderstelt in mijn visie dat de rechter bereidheid toont zich te richten naar de waarheid in het geschil van partijen en reële verwachtingen wekt van zijn – niet onbegrensde – mogelijkheden om recht te doen aan de werkelijkheid. Wanneer de rechter daarentegen zelf een definiërende rol krijgt in het geschil van partijen doordat hij de rechtsfeiten mag aanvullen die hij relevant acht voor het door een partij ingeroepen rechtsgevolg, verstoort hij naar mijn mening het evenwicht in vrijheid en rechtvaardigheid op het individuele niveau en het rechtsstatelijke niveau.

Op het individuele niveau ontnemt hij een partij de fundamentele vrijheid om zelf te bepalen waar de procedure over gaat. Met het door een partij te benoemen onderwerp alleen is in de praktijk nu eenmaal niet gegeven welke feiten relevant zijn voor de beslissing. Dat wordt geïllustreerd door de complexiteit van de toepassing van art. 24 en 149 Rv. De partij die nu niet waakzaam genoeg is om zelf de relevante rechtsfeiten te stellen, zal in het systeem van De Bock misschien ook niet waakzaam genoeg zijn om de rechter ervan te weerhouden rechtsfeiten in de beoordeling van het geschil te betrekken die volgens die partij niet relevant zijn.

De rechter die de rechtsfeiten mag aanvullen, krijgt op het individuele niveau ook een probleem met het dienen van het processuele belang van de wederpartij. In de visie van De Bock volstaat kennelijk de inachtneming

232. Naast andere taken (en functies) van de rechtspraak in de samenleving, waarop hier niet verder kan worden ingegaan. Zie bijv. Bruinsma 1995; Huils, Mevis & Visscher 2003; Kwak 2003; Mak 2007, p. 118 en 147-149.

van het beginsel van hoor en wederhoor om te verhinderen dat de rechter in de ogen van de wederpartij meeprocedureert en zijn onpartijdigheid in de waagschaal stelt. Dat is alleen te rechtvaardigen wanneer de rechter, zoals De Bock voorstaat, een eigen verantwoordelijkheid heeft in de waarheidsvinding die prevaleert boven de vrijheid van partijen in het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd. Het is echter haast niet denkbaar dat de rechter die naar eigen inzicht de rechtsfeiten aanvult, erin slaagt van de door beide partijen ingeroepen rechtsgevolgen evenveel afstand te houden. Zo creëert een rechterlijke bevoegdheid om rechtsfeiten aan te vullen ook problemen op het rechtsstatelijke niveau. Een partij kan er immers niet meer op vertrouwen dat de rechter zich zal richten naar de waarheid in het door partijen afgebakende geschil en de overheid zich niet verder zal mengen in de private sfeer van partijen dan zij positief hebben aangegeven te verlangen. Wat de rechter in een individueel geval rechtvaardig acht, moet volgens mij niet bepalend zijn voor het evenwicht tussen vrijheid en rechtvaardigheid. Dat evenwicht moet omgekeerd juist richtinggevend zijn om recht te doen in het concrete geval. De Bock onderschrijft dat de rechter zich moet hoeden voor meeproceduren,²³³ maar mij is niet duidelijk hoe een rechterlijke bevoegdheid tot aanvulling van rechtsfeiten partijen ervoor kan behoeden dat individuele opvattingen van rechters de boventoon zullen voeren in de mate van waarheidsvinding in een concreet geschil.

4.7.4 *Een geïntegreerde benadering van partijautonomie en waarheidsvinding*

Mijn voorkeur gaat uit naar een andere weg, die meer het evenwicht zoekt tussen vrijheid en rechtvaardigheid op zowel het individuele als het rechtsstatelijke niveau. De lijn van de Hoge Raad komt erop neer dat de rechter de bevoegdheid heeft om rechtsgronden aan te vullen die een gemengd feitelijk en juridisch karakter hebben, mits hij de bevoegdheid van partijen om de feitelijke grondslag van vordering en verweer te bepalen (art. 24 Rv) respecteert en de feiten vaststelt overeenkomstig de toepasselijke regels (art. 149 Rv). Een voordeel van deze lijn is dat de rechter haast alleen bij zijn bevoegdheid uitkomt door de vaststaande of vast te stellen feiten in het licht van de feitelijke grondslag te combineren met de toepasselijke rechtsregels en de ingeroepen rechtsgevolgen, en vervolgens een lacune in de feitelijke grondslag te constateren. Los van het proces van combineren van feitelijke grondslag, rechtsregel en rechtsgevolg geeft de lijn van de Hoge Raad de rechter geen enkele aanleiding of bevoegdheid om ambtshalve op zoek te gaan naar de waarheid in het geschil van partijen. Daarmee wordt nauw aangesloten bij de primaire taak van de rechter om een beslissing te

233. De Bock 2011, p. 126-127.

geven in het geschil van partijen en bij de autonomie van partijen die is verankerd in de art. 24 en 149 Rv. De rechter wordt in deze lijn uitgenodigd om rechtsfeiten niet op zichzelf te beschouwen, maar steeds in verband met de door beide partijen ingeroepen rechtsgevolgen en het (positieve) recht. Het naast elkaar moeten plaatsen van de door ieder van partijen ingeroepen rechtsgevolgen is voor de rechter behulpzaam om na te gaan welke aanknopingspunten voor of tegen de keuze pleiten om de bevoegdheid uit te oefenen. Zo wordt het belang van de waarheidsvinding afgewogen tegen andere belangen van effectieve en efficiënte rechtspraak, waarbij onder meer kan worden gedacht aan partijautonomie, onpartijdigheid van de rechter (waaronder vermijden van de schijn van partijdigheid), procesuele belangen van de wederpartij, voortvarende afwikkeling van de procedure, kosten van de procedure, en controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van de beslissing (zie de rode draad genoemd in par. 4.6).

4.7.5 Codificeren

Voor de praktijk lijkt het mij verhelderend om de lijn van de Hoge Raad te codificeren in art. 25 Rv. Daartoe zou art. 25 Rv bijvoorbeeld kunnen komen te luiden:

1. De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan die bestaan uit de toepassing van een rechtsregel.
2. Ten dienste van de waarheidsvinding in het geschil van partijen kan de rechter ambtshalve rechtsgronden aanvullen die een feitelijk element bevatten, mits een partij op het feitelijke element een beroep heeft gedaan.

Het voorgestelde eerste lid geeft het huidige art. 25 Rv in strikte zin weer. Het beoogde tweede lid expliciteert de bevoegdheid om rechtsgronden met een gemengd feitelijk en juridisch karakter aan te vullen. De vastlegging daarvan maakt de toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel naar mijn idee beter voorspelbaar en daarmee in de praktijk beter hanteerbaar. Partijen blijven leidend in de afbakening van de rechtsstrijd, terwijl de rechter wordt gestimuleerd in de waarheidsvinding en wordt verlost van zijn vrees voor verboden aanvulling van de feitelijke grondslag in de zin van art. 24 Rv. Uitgangspunt blijft dat de rechter zich bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen alleen op die gegevens van feitelijke aard mag baseren die aan vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd, waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en die zij ten processe ter discussie hebben kunnen stellen (art. 19 Rv).²³⁴ Door ver-

234. Vaste rechtspraak, bijv. HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130, m.nt. W.H.Heemskerk, met oudere vindplaatsen in conclusie A-G en noot: HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742, m.nt. H.J. Snijders; HR 29 november 2002, *LJN* AF1210; HR 20 december 2002, *LJN* AE3350; HR 26 september 2003, *LJN* AP9414; HR 23 maart 2007, *LJN* AZ4571.

ankering van de taak van de rechter in de waarheidsvinding in de algemene bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt benadrukt dat de verplichting van partijen om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) niet vrijblijvend is. Met het tweede lid in de hand kan de rechter uit het oogpunt van waarheidsvinding bij partijen signaleren dat voor een ingeroepen rechtsgevolg onvoldoende rechtsfeiten zijn gesteld in het licht van de toepasselijke rechtsregel (art. 22 Rv),²³⁵ maar hij laat het aan een partij over om een positieve keuze te maken of al dan niet andere rechtsfeiten in de beoordeling moeten worden betrokken en de feitelijke grondslag daartoe zo nodig aan te passen.²³⁶ Alleen als een partij daarvoor kiest, kan de rechter vervolgens overgaan tot aanvulling van de desbetreffende gemengde rechtsgronden.

Doordat het voorgestelde tweede lid de rechter geen aanleiding of bevoegdheid geeft om ambtshalve op zoek te gaan naar de waarheid in het geschil van partijen, is de kans dat de onpartijdigheid van de rechter in de waagschaal wordt gesteld naar mijn opvatting aanzienlijk beperkter dan wanneer de rechter rechtsfeiten in de zin van art. 24 Rv zou mogen aanvullen. Essentieel is dat de rechter zelf bewaakt dat zijn interventie de rechterlijke onpartijdigheid niet schaadt, aan partijen gelegenheid geeft op zijn interventie te reageren en bij het verdere onderzoek en de beslissing de door partijen getrokken grenzen van het processuele debat respecteert. Het is in mijn ogen overigens een misvatting om te denken dat de rechterlijke onpartijdigheid reeds in het geding komt op de enkele grond dat de rechter uit het oogpunt van waarheidsvinding bij partijen signaleert dat voor een ingeroepen rechtsgevolg onvoldoende rechtsfeiten zijn gesteld in het licht van de toepasselijke rechtsregel. Dat verdraagt zich immers niet met het belang van zowel partijen als de maatschappij bij een beslissing die recht doet aan de werkelijkheid.²³⁷ De onpartijdigheid zal pas in het geding kunnen komen als verklaringen of gedragingen van de rechter bij (een van) partijen de gerechtvaardigde schijn wekken dat de rechter partijdig is. *C'est le ton qui fait la musique.*

Met het voorgestelde tweede lid van art. 25 Rv wordt het belang van de waarheidsvinding in mijn visie gediend. Onder het huidige procesrecht

235. Vranken meent dat de rechter uit het oogpunt van *fair play* moet worden gedwongen om aan partijen de mogelijkheid te bieden hun stellingen aan te passen, alvorens rechtsgronden aan te vullen in gevallen waarin andere feiten relevant worden dan die welke gesteld of aangevoerd zijn (Asser-Vranken 1995, p. 39).

236. In hoger beroep heeft dat op zichzelf niet af te sluiten op de twee-conclusie-regel (art. 347 lid 1 Rv; HR 20 juni 2008, *L/N* BC4959; HR 14 november 2008, *L/N* BF0407; HR 19 juni 2009, *L/N* BI8771). Zie Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2008, p. 98 e.v.), aangezien de rechter de kwestie pas naar voren kan brengen na zijn analyse van de standpunten van partijen aan de hand van de memories van grieven en antwoord.

237. Vgl. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 83.

hebben partijen weliswaar de verplichting om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, maar met Van Schaick kan worden gezegd dat partijen deze bevoegdheid met gebruik van de art. 24 en 149 Rv in de praktijk ondergeschikt kunnen maken aan het eigen belang en perspectief. Dat kan ten koste gaan van een uitspraak die recht doet aan de werkelijkheid in het geschil van partijen. De sanctie dat de rechter aan handelen in strijd met de waarheidsplicht de gevolgen kan verbinden die hij geaden acht, biedt geen soelaas als partijen de rechter onvoldoende aanknopingspunten verschaffen om een schending vast te stellen. Door in de algemene bepalingen van het procesrecht naast de verplichting van partijen de taak van de rechter in het kader van de waarheidsvinding te benoemen, wordt in de verdeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden tussen partijen en de rechter duidelijker tot uitdrukking gebracht dat het niet de bedoeling is dat een partij het procesrecht gebruikt om aanspraken te doen vaststellen die niet stroken met de werkelijkheid en door het recht niet worden beschermd. Zo wordt in mijn visie ook duidelijker tot uitdrukking gebracht dat het niet vrijblijvend is of een partij haar verantwoordelijkheid neemt in het evenwicht tussen vrijheid en rechtvaardigheid op het individuele en rechtsstatelijke niveau. Ook wordt de eigen taak en verantwoordelijkheid van de rechter geëxpliciteerd om naar waarheid te beslissen in het geschil van partijen en daartoe zo nodig in de verhouding tussen partijautonomie en waarheidsvinding te treden. Er behoort geen misverstand over te bestaan dat de rechter dient op te treden tegen een 'handig' gebruik van de partijautonomie dat strijdig met het belang van de waarheidsvinding en dus niet legitiem is.

De toepassing van art. 149 Rv wordt door mijn voorstel niet gewijzigd. Dat is ook niet nodig. Zoals hiervoor uiteengezet volstaat voor die toepassing het analytisch vermogen dat tot het normale gereedschap van de civiele rechter behoort.

Is het erg dat de praktijk voor de rechter in feitelijke instantie hiermee niet zo eenvoudig wordt als in het voorstel van De Bock, waarin geen verbod meer bestaat op de aanvulling van rechtsfeiten in de zin van art. 24 Rv? Ik denk van niet. Eggens schreef dat beginselen die aan een wettelijke regeling ten grondslag liggen, elkaar altijd min of meer zullen tegenspreken.²³⁸ Het spanningsveld tussen partijautonomie en waarheidsvinding is eigen aan het civiele recht en vervult een essentiële functie in de rechtsbedeling waarin vrijheid en rechtvaardigheid met elkaar in evenwicht zijn. Daar is niets mis mee. De rechter is geen facilitair bedrijf voor de partijautonomie of de waarheidsvinding. En rechtspraak op de automatische piloot bestaat niet.²³⁹

238. Eggens 1951, p.3.

239. Zie bijv. Hartendorp 2008; Hartendorp 2009; IJzermans 2011; Van Dijk & Sonnemans 2009.

5. Waarheidsvinding en de comparitie na antwoord

5.1 *De comparitie als instrument*²⁴⁰

Mijn voorstel tot verdere verduidelijking in de wet van de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve rechtsgronden met een feitelijk element aan te vullen in het geschil van partijen heeft nog een andere achtergrond. Zoals inmiddels wel duidelijk is geworden, heeft de toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel, het wettelijk kader rondom partijautonomie en waarheidsvinding, een behoorlijk puzzelgehalte. Vrij naar G.J. Scholten verdient dan overweging dat de regels van procesrecht geen spelregels voor juristen zijn, maar rechtsregels die een rechtvaardige rechtsbedeling voor rechtzoekenden tot doel hebben.²⁴¹ Het gaat bepaald niet alleen erom of juristen met het systeem uit de voeten kunnen. Van wezenlijk belang is of zij de (resultaten van de) toepassing ervan begrijpelijk aan de rechtzoekende en de samenleving kunnen overbrengen. Daarnaast moet onder ogen worden gezien of het systeem ook de toegang tot de rechter waarborgt voor de rechtzoekende zonder rechtsbijstandverlener. Kan bijvoorbeeld de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende, maar niet juridisch geschoolde consument²⁴² de belangen in zijn zaak nog zelf behartigen? Dat is nog belangrijker geworden sinds zonder verplichte procesvertegenwoordiging kan worden geprocedeerd in zaken met een belang tot EUR 25.000,- en in 'de nieuwe aardzaken' over consumentenkoop en consumentenkrediet (art. 93 Rv).²⁴³

De comparitie na antwoord kan hier een effectief instrument zijn, omdat ter zitting tussen partijen, hun eventuele rechtsbijstandverleners en de rechter directe interactie mogelijk is over de omvang van het geschil en de relevante feiten. Dat vergt echter wel dat de comparitie na antwoord als zodanig goed functioneert, waartoe bijvoorbeeld faciliteiten op het niveau van de rechterlijke organisatie nodig zijn, de kennis, vaardigheden en attitude van de comparitierechter op orde moeten zijn en adequate participatie van de andere procesdeelnemers onmisbaar is.²⁴⁴ In deze paragraaf kan niet op al zulke aspecten worden ingegaan. Tot uitgangspunt wordt genomen dat de comparitie na antwoord evenzeer ten dienste staat van een

240. Ambtshalve compareren in hoger beroep blijft in dit preadvies buiten beschouwing. Zie daarover o.a. Askvig 2006; Van den Broek & Van Liecroop 2008; Valk 2007; Valk 2009, p. 30-31; Valk & Ter Veer 2005.

241. G.J. Scholten in zijn noot bij HR 1 november 1974, *NJ* 1975, 454.

242. Vrij naar o.a. HvJ EU 16 juli 1998, C-210/96.

243. Wet van 19 mei 2011 (Stb. 2011, 255), in werking getreden op 1 juli 2011 (Stb. 2011, 324). Zie o.a. het themanummer van het Tijdschrift voor de Procespraktijk 2009, nr. 5.

244. Vgl. bijv. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 28-29; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 55-57.

goede rechtsbedeling, waarvan een rechtvaardig evenwicht tussen partijautonomie en waarheidsvinding onderdeel is. Aan de hand hiervan en de stand van de ontwikkeling van de comparitie na antwoord betoog ik dat het tijd is om de comparitie om te toveren tot een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil ter voortzetting van het schriftelijke debat bij dagvaarding en conclusie van antwoord.²⁴⁵

5.2 De mondelinge behandeling is nog jong

5.2.1 De schriftelijke procedure

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1838 ging uit van een hoofdzakelijk schriftelijke civiele procedure. Aanvankelijk kende de wet alleen de schikkingscomparitie²⁴⁶ (art. 19 Rv oud, art. 87 Rv) en niet de inlichtingencomparitie (tegenwoordig art. 88 Rv). Daarnaast was er het pleidooi (art. 144 Rv oud, art. 134 Rv) en in het bewijsrecht het verhoor op vraagpunten (art. 237 Rv oud). Dat laatste had echter 'weinig vrienden, noch in de rechtsleer, noch in de praktijk'.²⁴⁷ De strekking van het verhoor op vraagpunten was niet om de rechter de inlichtingen te verschaffen die hij wenselijk achtte voor een juiste beoordeling van de zaak, maar om een partij in staat te stellen de wederpartij bekentenissen te ontlokken.²⁴⁸ Het verhoor op vraagpunten werd gezien als kostbaar, vertragend en niet effectief.²⁴⁹ Verder kon de rechter de persoonlijke verschijning van partijen bevelen (art. 49 Rv oud).²⁵⁰ Klachten over onder meer de traagheid van de procedure en de mate waarin recht werd gedaan aan de werkelijkheid in het geschil van partijen, samen met de aandacht in Oostenrijk en Duitsland voor het belang van een mondelinge behandeling,²⁵¹ gaven aanleiding tot discussie over de noodzaak om mondelinge interactie tussen partijen en de rechter te bevorderen. In 1870 waarschuwde De Pinto voor de gevaren van een mondelinge behandeling wanneer die in de plaats zou treden van een deugdelijke schriftelijke behandeling.²⁵² De taak van de rechter vereiste

245. Op verwikkelingen rondom de comparitie en de eis in reconventie wordt niet afzonderlijk ingegaan.

246. Vroeger werd wel gedacht dat een schikkingscomparitie geen onderdeel was van de gedingvoering (Karsten 1891, p. 4). Volgens Van Boneval Faure diende alles wat buiten de schikking op de comparitie voorviel, als niet geschied te worden beschouwd (Van Boneval Faure 1893 III, p. 181). Over de schikkende rechter vóór 1838: Asser 2003, p. 32-33.

247. Pinner 1878, p. 372.

248. Mom Visch 1878, p. 316.

249. Pinner 1878, p. 372.

250. Zie bijv. Van Boneval Faure III, p. 183 e.v.

251. Caroli 1907, p. 23; Klein 1927, p. 220 e.v.; Star Busmann 1915, p. 135; Toelichting Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921, p. 90 e.v.; Verkerk 2010, p. 37.

252. De Pinto 1870, p. 516-519.

volgens hem onder meer een grondige rechtskennis, een helder praktisch inzicht en een grote mate van onbevangenheid en was daarmee al moeilijk genoeg. Wanneer de zekere grondslag van het geschrift over boord werd gegooid en het oordeel van de rechter over het onderwerp en de omvang van het geschil afhankelijk werd gemaakt van de mondelinge voordracht van partijen en de indruk daarvan bij de rechter, werd de rechter in plaats van partijen meester van het proces en werd controle door de hogere rechter onmogelijk. Voor partijen zou er een 'groot gevaar voor overrompeling en verrassing' zijn 'wanneer genoegzaam alles afhankelijk wordt gemaakt van het gesproken woord'. Van een 'ordelijke procedure' kon dan niet meer worden gesproken.²⁵³ Ziedaar in een notendop de argumenten die de comparitie na antwoord nog steeds teisteren. Ruim honderd jaar later schreef Van Caenegem overigens dat de voor- en nadelen van de mondelinge en schriftelijke behandeling elkaar al sinds eeuwen deels uitsluiten: de mondelinge behandeling geeft volgens hem directe interactie en snelheid, terwijl de schriftelijke behandeling zekerheid, precisie en gedisciplineerdheid biedt.²⁵⁴ De NJV sprak zich in elk geval naar aanleiding van preadviezen van Mom Visch en Pinner in 1878 uit voor een mondelinge behandeling van de zaak naast de schriftelijke behandeling.²⁵⁵ Caroli betoogde in 1907 in zijn NJV-preadviez dat het niet gaat om de tegenstelling tussen mondelinge en schriftelijk, maar om de vraag hoe de schriftelijke en mondelinge behandeling zich tot elkaar moeten verhouden.²⁵⁶ Er volgden onder meer diverse wetsvoorstellen tot algehele herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarin mede uit het oogpunt van waarheidsvinding plaats werd ingeruimd voor een mondelinge behandeling naast de schriftelijke behandeling, maar die brachten het niet tot wet.²⁵⁷ Uiteindelijk verving de wetgever in 1923 de persoonlijke verschijning van partijen (art. 49 Rv oud) door de inlichtingencomparitie (art. 19a Rv).²⁵⁸

5.2.2 *De kwartiermaker*

Het systematisch gebruik van de voorloper van de huidige comparitie na antwoord werd in de vorm van schikkings- en inlichtingencomparities op de voet van de art. 19 en 19a Rv vooral vanaf 1966 in gang gezet door de rechtbank Rotterdam. De rechtbank Roermond volgde tien jaar later²⁵⁹ en

253. De Pinto 1870, p. 516-518.

254. Van Caenegem 1973, p. 18.

255. Handelingen NJV 1878, II, p. 67-71.

256. Caroli 1907, p. 27-28.

257. Zie noot 70.

258. Wet van 5 mei 1923, Stb. 1923, 189.

259. Zie Numann 1985, p. 172-173, met verdere verwijzingen.

de meeste andere rechtbanken midden jaren tachtig.²⁶⁰ In 1989 werd de rechter wettelijk verplicht na de conclusie van antwoord te beoordelen of de zaak geschikt was voor een comparitie na antwoord (art. 141a Rv oud).²⁶¹ De bedoeling was de procedure sneller en efficiënter te laten verlopen en een betere instructie van de zaak te bewerkstelligen in de gevallen waarin geen schikking werd bereikt.²⁶² De huidige wettelijke mededelingsplichten, te weten de waarheidsplicht (art. 21 Rv), de substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht (art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv) waren toen niet wettelijk vastgelegd.²⁶³ Ook wanneer een comparitie na antwoord had plaatsgevonden, hadden partijen nog zonder meer aanspraak op het nemen van conclusies van repliek en dupliek en op pleidooi. Het bleef gebruikelijk een summiere dagvaarding uit te brengen. De dagvaarding en de conclusie van antwoord gaven lang niet altijd een volwaardig beeld van het geschil.²⁶⁴ Dat bemoeilijkte de selectie van zaken die geschikt waren voor een comparitie na antwoord en de effectiviteit van de zitting. In plaats van een comparitie na antwoord werd nog wel eens een comparitie na dupliek gelast.²⁶⁵ Compareren werd in de rechterlijke macht ook wel een beetje gezien als hogere wiskunde. Het was niet ongebruikelijk dat een civiele rechter een aantal jaren ervaring moest hebben voordat hij op een comparitie werd losgelaten.²⁶⁶ In de tussentijd kon hij zich onder meer de fijne kneepjes van het procesrechtelijke beslissingsmodel eigen maken.

5.2.3 Van comparitie naar mondelinge behandeling

De situatie veranderde drastisch toen de wetgever het criterium omdraaide voor de selectie van zaken voor comparitie. Sinds 1 januari 2002 gelast de rechter namelijk een comparitie na antwoord, tenzij de zaak daarvoor niet geschikt is (art. 131 Rv). In de jaren negentig ging veel aandacht uit naar de doelmatigheid en de wens tot versnelling van de civiele procedure.²⁶⁷

260. Kamerstukken II, 1985/86, 19 574, nr. A, p. 2. Zie ook: Numann 1985, p. 165-167.

261. Wet van 25 oktober 1989, Stb. 1989, 483. Zie: Ten Berg-Koolen 2000; Bosch-Boesjes 1991, p. 48-49; Van den Reek 1997, p. 24-28; Wesseling-van Gent 1987, p. 148.

262. Kamerstukken II, 1985/86, 19 574, nr. A, p. 2-3. Zie ook Vranken 1986, p. 53.

263. Volgens Vranken ontbrak toen een medewerkingsplicht van partijen bij het bepalen van de feitelijke grondslag van het geschil (Vranken 1986, p. 56).

264. Van Nispen 1993, p. 35.

265. Klaassen 2001, p. 65.

266. K. van der Weide in: Knapen 2010, p. 91.

267. O.a. in experimenten met het Versneld Regime (Rapport van de Gemengde Commissie uit de advocatuur en de rechterlijke macht inhoudende voorstellen om te komen tot meer efficiency in civiele procedures (Commissie-Punt) 1995 (zie voor nadere gegevens bijv.: Asser 1999a, p. 27; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 2; Verkijk 2010, p. 542-545) en de rapporten van het projectteam Doelmatigheid Civiele Procedures (1996. Commissie-Wind) en de Commissie-Leemhuis (Rechtspraak bij de tijd, 1998).

De beweegredenen van de wetgever om de comparitie tot hoofdregel te verheffen, hielden verband met de doelstellingen van de herziening van het civiele procesrecht²⁶⁸ en de inspanningen van de rechterlijke macht om de rechtspleging in civiele zaken te verbeteren.²⁶⁹ Partijen zijn verplicht ter comparitie te verschijnen (art. 87 en 88 Rv). Als een partij niet verschijnt, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (art. 88 lid 4 Rv).²⁷⁰ Op vragen van de rechter (art. 88 lid 2 Rv) behoren partijen en naar waarheid te antwoorden.²⁷¹

Met de wetwijzigingen per 1 januari 2002 werden verdere bevoegdheden van de rechter (par. 3.5.1) en de drie zojuist genoemde mededelingsplichten van partijen in de wet opgenomen. Sindsdien wordt bij dagvaarding en conclusie van antwoord in het algemeen een volwaardiger beeld van het geschil aan de rechter gegeven dan vóór 1 januari 2002. Formeel gaat het nog steeds om een schikkings- en inlichtingencomparitie. De wetgever heeft echter in de parlementaire geschiedenis laten weten dat uit het samenstel van de comparitiebepalingen, de mededelingsplichten van partijen, het ontbreken van een recht op re- en dupliek na comparitie (art. 132 Rv) en de beperking in het recht op pleidooi na comparitie (art. 134 Rv),²⁷² moet worden afgeleid dat een volwaardige mondelinge behandeling wel de bedoeling is.²⁷³ De comparitie na antwoord is tegenwoordig vaak de laatste proceshandeling voordat de rechter een tussen- of eindvonnis wijst.

5.3 *De praktijk van de mondelinge behandeling*²⁷⁴

In haar huidige vorm bestaat de comparitie na antwoord dus pas tien jaar. In 2002 heeft de wetgever na een ontwikkeling van meer dan honderd jaar de stap gezet van de schriftelijke procedure met mondelinge elementen naar een procedure met één schriftelijke ronde²⁷⁵ en een mondelinge be-

268. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 4-9. Zie ook Asser 1999a, p. 30.

269. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 326.

270. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 87; Ten Haaf 2007; Lindijer 2006, p. 335; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 190. Zie bijv. Rb. Zwolle sector kanton 29 maart 2005, *LJN* AT2634.

271. Hammerstein 1989, p. 1607; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 19a, aant. 3.

272. Alt 2005, p. 1; Heemskerk, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 134, aant. 3; Jongbloed 2001; Klaassen 2010; Lindijer 2006, p. 365; Margetson 2004; Margetson 2005; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 169; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 209-210; Vetter 2002.

273. Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 327 en p. 330-331. Zie ook Van den Reek 2003, p. 24; Verschoof 2004, p. 339-340.

274. Zie ook: Heemskerk, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 131, aant. 4; Van der Linden 2010, p. 33-75; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 181 e.v.; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 161 e.v.; Stein/Rueb 2011, p. 127-129.

275. Behoudens vóór antwoord opgeworpen excepties en incidenten waarop voor alle wren moet worden beslist.

handeling, zoals in de verzoekschriftprocedure al lang gebruikelijk is. De rechter in de civiele sectoren is de wetgever gevolgd. De betekenis van de comparitie na antwoord in de civiele procedure is aanzienlijk toegenomen.²⁷⁶ In het merendeel van de zaken op tegenspraak die worden behandeld door de civiele sectoren van de rechtbanken wordt tegenwoordig een comparitie na antwoord gelast (2009: 86%; 2010: 83%). In kantonzaken op tegenspraak ligt het percentage beduidend lager (2009 en 2010: 24%).²⁷⁷ Onderzoek naar het functioneren van de huidige comparitie na antwoord is enkele jaren geleden op gang gekomen en besteedt tot nu toe vooral aandacht aan aspecten van procedurele rechtvaardigheid en het schikkingsgedeelte van de comparitie.²⁷⁸ Volgens Snijders, Klaassen & Meijer zijn de meeste geluiden over de comparitie na antwoord positief.²⁷⁹ Er zijn echter soms klachten over (te) actieve rechters.²⁸⁰ Verder valt in de literatuur met enige regelmaat te vernemen dat de rechtbanken landelijk te weinig uniformiteit vertonen op uiteenlopende onderdelen van de comparitie, bijvoorbeeld ambtshalve planning van een zittingsdatum of met verhinderdata, op voorhand stukken bij partijen opvragen of niet, op voorhand meedelen welke geschilpunten ter comparitie zullen worden behandeld of niet, pleiten of niet, overlegging van sprekaantekeningen of niet, enzovoort.²⁸¹ Als verbeterpunt wordt ook signaleerd dat rechtbanken en rechters onvoldoende voorzien in de behoefte aan informatie en uitleg voorafgaand aan de zitting, bij het begin van de zitting en tijdens de zitting.²⁸² Pogingen om tot meer uniformiteit te komen via een landelijke handleiding voor de comparitie na antwoord²⁸³ en bepalingen over de comparitie na antwoord in het procesreglement²⁸⁴ hebben hierin nog niet veel kunnen veranderen.

276. Verschoof 2004.

277. Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2009, p. 8-9; Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010, p. 11 (www.rechtspraak.nl). Zie ook: Böhrer 2004, p. 207; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 181; Roëll 2004, p. 39; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 161-162; Van Unen 2002; noot J.B.M. Vranken bij HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 461.

278. Barendrecht e.a. 2011; De Hoon & Verberk 2009; Van der Linden 2010; Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009; Ippel & Heeger-Hertter 2006, p. 118-119; Pel & Verberk 2009; Steenberghe 2008. Zie o.a. ook Barendrecht & Gramatikov 2010; Brenninkmeijer 2009; Fshuis 2009; Hol & Loth 2001, p. 27 e.v.; Malsch 2004, p. 81 e.v.; Van Velthoven 2011.

279. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 164. Zie ook Ten Haaf 2004, p. 65; Stein/Ruch 2011, p. 128-129; Van Unen 2004, p. 63.

280. Schutte 2009; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 88-89; Knapen 2009; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 188. Anders: De Bock 2011, p. 338-339.

281. Alt 2005; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 89-90; Gerretsen 2011; Ten Haaf 2004; Roëll 2011; Klaassen 2009, p. 69; Van der Linden 2010, p. 146-147 en 198-203; Van den Reek 2003, p. 25; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 164.

282. Knapen 2010, p. 87.

283. Handleiding regie van af de conclusie van antwoord (www.rechtspraak.nl). Zie ook Verkijk 2010, p. 571; Verschoof 2008.

284. Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken (www.rechtspraak.nl).

Uit de klachten spreekt onmiskenbaar begrijpelijke zorg voor de belangen van cliënten en voor de eenheid van rechtspraak. Deels gaat het echter ook over de betekenis van partijautonomie en waarheidsvinding in de verhouding tussen partijen en de rechter in de civiele procedure.

5.4 Een fundamentelel debat

Zonder iets te willen afdoen aan het belang van de kritiek, valt mij op dat geen fundamentelel debat wordt gevoerd over de wenselijke verhouding tussen de schriftelijke en de mondelinge behandeling in de rechtspraak en over de betekenis van partijautonomie en waarheidsvinding tijdens de mondelinge behandeling.²⁸⁵ Daarvoor wordt het in mijn visie wel tijd (zie mijn aanzet in par. 5.5). Veel van de discussie gaat over het gedragsrepertoire van de rechter, die partijen behoorlijk moet bejegenen, betrokken én onpartijdig moet zijn en geen dwangschikkingen mag genereren.²⁸⁶ Dat is natuurlijk allemaal waar, maar de rechter oefent overheidsmacht uit en zijn beslissingen kunnen met overheidswang ten uitvoer worden gelegd. Zijn bevoegdheden zijn niet voor niets wettelijk vastgelegd. Zolang het civiele recht vraagt om geschilbeslechting,²⁸⁷ is een procesrechtelijk beslissingsmodel onmisbaar.²⁸⁸ In een ambachtelijke comparitie combineert de rechter het procesrechtelijke beslissingsmodel met het noodzakelijke gedragsrepertoire ten dienste van een goede rechtsbedeling. Een te zwaar accent op het gedragsrepertoire ontneemt gemakkelijk het zicht op het belang van de inbedding ervan in het beslissingsmodel. De mondelinge behandeling die goed wordt gebruikt, heeft een wezenlijke toegevoegde waarde in de civiele procedure. Het gaat erom het goede gebruik ervan te bevorderen en de kans op schadelijke effecten ervan te beperken.²⁸⁹

285. Vgl. Franz Klein: 'Der Wert der Mündlichkeit als Prozessform ist natürlich ebenfalls relativ, berechenbar, er muss mit den sonstigen Prozessmitteln in ein Verhältnis gebracht werden' (Klein 1927, p. 221).

286. Over dwangschikkingen: Van der Linden 2008; Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009, p. 22-28; Van der Linden 2010, p. 81-87; Steenberghe 2009; Stein 1987, p. 173.

287. Zie over een zittingszaal waarin geschilbeslechting is verruild voor bemiddeling bijv. Roberts 2009 ('No longer required to mask and justify the power exercised through the court's own commands, they now legitimize the decision-making of the parties themselves', p. 479).

288. Asser 1991, p. 1-2; Asser 1999a, p. 20-21; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 49.

289. Geïnspireerd door het gedachtegoed van Therapeutic Jurisprudence (TJ), een stroming in de internationale juridische vernieuwingsbeweging die wel de *Comprehensive Law Movement* wordt genoemd. Zie www.therapeuticjurisprudence.org. Zie over TJ ook: Akkermans 2012. Over gedrag dat de procesgang bevordert en verstoort: Barndrecht e.a. 2011. Zie ook Van Domselaar 2010.

5.5 *Inbedding van procesrechtelijk beslissingsmodel in mondelinge behandeling*²⁹⁰

Hoewel de complexiteit van zaken aanzienlijk uiteen kan lopen, is in het algemeen een kenmerk van de mondelinge behandeling dat het voor de procesdeelnemers minder eenvoudig is om het geschil in een mondelinge behandeling goed te overzien dan alleen aan het bureau met het dossier.²⁹¹ Ook daarom is het goed dat elke partij eerst schriftelijk in de dagvaarding of conclusie van antwoord kan verwoorden welke beslissing die partij wenst, op welke grondslag en op basis van welke feiten en omstandigheden.²⁹² De mondelinge behandeling staat vervolgens niet op zichzelf, maar is een voortzetting van het geschil dat partijen schriftelijk in kaart hebben gebracht. Een groot verschil met een schriftelijke voortzetting is dat er ook directe interactie tussen de procesdeelnemers plaatsvindt met onder meer als doel dat partijen en de rechter een helder beeld krijgen van wat partijen verdeeld houdt, partijen hun keuze om te procederen of te schikken kunnen heroverwegen en, zo nodig, de zaak onder leiding van de rechter voortvarend naar een beslissing wordt gebracht.

5.5.1 *De voorbereiding van de rechter*²⁹³

Voor het goede gebruik van die mondelinge behandeling maakt de rechter bij de voorbereiding van de comparitie een eerste analyse van het geschil. Hierbij brengt hij de grondslagen van vordering en verweer in kaart. Ook maakt hij een voorselectie van relevante feiten en vormt hij zich een beeld van de mogelijke waardering ervan. Dit is bij uitstek een stadium waarin de rechter heen en weer pendelt tussen feiten uit het dossier, rechtsregels, rechtspraak en literatuur. Hij probeert alvast te doorgronden of stellingen voldoende duidelijk zijn en op welke grondslagen en feiten een partij een beroep doet. Wanneer partijen hun mededelingsplichten in de dagvaarding en conclusie van antwoord hebben nageleefd, bieden zij elkaar en de rechter een goede basis voor de bespreking van het geschil ter comparitie. Ergens tijdens de voorbereiding probeert de rechter ook te begrijpen waarom deze partijen dit geschil met elkaar hebben gekregen. Waar zit de angel van het geschil, is er een potentieel achterliggend belang of conflict te ontwaren?

290. Het vervolg is toegesneden op de enkelvoudige comparitie. Het voert te ver om daarnaast afzonderlijk in te gaan op de meervoudige variant. Vermelding verdient wel dat de rechtbanken bezig zijn met de ontwikkeling van (uniforme) kwaliteitscriteria om te bepalen wanneer een zaak zich leent voor een meervoudige comparitie.

291. Knapen 2010, p. 87.

292. Vgl. Vranken 1996, p. 103.

293. Zie ook Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 185.

5.5.2 De zitting

De rechter toetst zijn voorbereidende bevindingen uit de analyse in het procesrechtelijke beslissingsmodel ter comparitie bij partijen en vraagt zo nodig om toelichting van stellingen. Dat is onderdeel van het onderzoek op de grondslag van vordering en verweer (art. 24 Rv). Ook hier kan hij niet zonder een gedegen kennis van het procesrechtelijke beslissingsmodel en het civiele recht. Bij het stellen van vragen en het leiden van het debat ter comparitie dient hij tussen partijautonomie en waarheidsvinding te laveren op de wijze zoals uiteengezet in par. 4. Een partij kan in de inbreng van de rechter aanleiding zien tot aanpassing van haar stellingen.²⁹⁴ De betekenis van informatie die ter zitting wordt verkregen met het oog op het onderzoek naar de mogelijkheden voor een schikking, zal in overleg met partijen nader moeten worden bepaald als geen schikking wordt bereikt.²⁹⁵ Of de rechter de angel van het geschil goed heeft onderkend en of die iets kan betekenen voor de beëindiging van het geschil, zal hij aan de orde stellen door in het verloop van de comparitie vragen te stellen zoals 'wat is voor u nu de kern van de zaak' of 'wat is er volgens u nodig om deze zaak tot een goed einde te brengen'.

5.5.3 Een voorbeeld

De toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel tijdens de mondelinge behandeling stelt deels andere eisen aan de rechter dan bij het concipiëren van een uitspraak.²⁹⁶ De directe interactie met de andere procesdeelnemers vraagt een extra inspanning van de rechter om niet alleen in zijn eigen opvatting, maar ook in hun ogen een rechtvaardig, aanvaardbaar evenwicht te vinden tussen partijautonomie en waarheidsvinding met oog voor de beginselen van behoorlijke rechtspraak en behoorlijke verdediging. Partijen wegen in hun beleving van rechtvaardigheid ook mee hoe het gedrag van de rechter op hen overkomt. *Justice must be seen to be done*. De rechter kan hier voor pregnante dilemma's worden geplaatst. Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

Een eiser heeft een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten in verband met de hypotheek op zijn woning. De verzekering bevat onder meer het beding dat bij arbeidsongeschiktheid recht bestaat op 60 maanden uitkering en dat de verzekerde, indien hij daarna nog meer dan 45% arbeidsongeschikt is, recht heeft op 100 maanden uitkering. Eiser heeft 60 maan-

294. Vgl. De Bock 2011, p. 147 e.v.

295. Asser 2010, p. 14; Van Mierlo/Van Dam-Lelje 2011, p. 189; Steenberghe 2009, p. 205-206.

296. Asser 2003, p. 32; Numann 1985, p. 177.

den uitkering ontvangen, stelt dat hij daarna nog meer dan 45% arbeidsongeschikt is en vordert een verklaring voor recht dat hij aanspraak heeft op 100 maanden uitkering. Bij antwoord wordt onder meer bestreden dat eiser nog meer dan 45% arbeidsongeschikt is. Voor het geval dat niettemin komt vast te staan, wordt subsidiair aangevoerd dat eiser in geen geval aanspraak heeft op meer dan 40 maanden (100-60). Bij de voorbereiding van de comparitie leert een onderzoek in het elektronisch archief van de rechtbank dat eerder tussen een andere eiser en dezelfde gedaagde is overwogen dat partijen het niet eens waren over de betekenis van het beding (60 – 100 of 60 + 40) en na uitleg van het beding is geoordeeld dat die eiser aanspraak had op 60 – 100. De uitspraak is niet gepubliceerd en het is onbekend of hoger beroep is ingesteld. Ter comparitie reageert eiser niet uit zichzelf op het subsidiaire verweer. Brengt de rechter deze uitspraak, die bij gedaagde en de rechter bekend is, ambtshalve ter sprake? Deze casus is grotendeels afkomstig uit mijn eigen praktijk, maar heb ik herhaaldelijk voorgelegd aan rechters en juridisch medewerkers in het onderdeel ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden van de SSR-cursus Verdieping bewijsrecht. Dan volgt steevast een discussie waarin de een voorrang geeft aan partijautonomie, de ander aan waarheidsvinding en de derde aan de rechterlijke onpartijdigheid, daargelaten tot welk gedrag dat vervolgens leidt. Tegen het einde van de discussie brengt meestal iemand naar voren dat niet van de taakopvatting van de rechter afhankelijk behoort te zijn of de kennis van de uitspraak met eiser wordt gedeeld.

Een nauwgezette toepassing van het procesrechtelijke beslissingsmodel laat echter zien dat het hier gaat om een verweermiddel met een gemengd feitelijk en juridisch karakter. De rechter zal gezien art. 24 Rv eerst moeten weten of eiser het feitelijke element van het verweermiddel bestrijdt, voordat hij kan treden in het waarheidsgehalte ervan (art. 149 Rv). De rechterlijke onpartijdigheid komt niet in het geding, wanneer de rechter op enig moment tijdens de comparitie aan eiser simpelweg vraagt of hij nog wil reageren op het subsidiaire verweer.²⁹⁷ Eiser antwoordde dat hij inderdaad nog uitkering van 40 maanden wenste. Daarmee was de uitleg van het beding tussen deze partijen niet in geschil en viel er op dit punt geen waarheid te vinden en geen rechtsgrond aan te vullen. Er was geen aanleiding aan eiser voor te houden dat in een andere zaak, waarin het geschil een andere inhoud had, anders was geoordeeld. Dat klinkt eenvoudiger dan het is, want uit het oogpunt van uniforme rechtstoepassing blijft het ingewikkeld dat het geschil over de feiten zo bepalend is. In het achterhoofd zal bijvoorbeeld ook meespelen wat de rechter vindt van de uitleg van het beding in de andere zaak en van de kans van slagen van een eventueel hoger beroep in de andere zaak. Dat zijn aspecten die zijn verweven met behoor-

297. Vgl. Tjong Tjin Tai 2002a, p. 36.

lijke rechtspraak. Leidend is dus ook hier de driedelige rode draad die is vermeld in par. 4.6. Bij een adequate voorbereiding van een comparitie hoort dat in gedachten vanuit het procesrechtelijke beslissingsmodel wordt geanticipeerd op de scenario's die zich ter comparitie kunnen voordoen en op de mogelijke keuzes en hun gevolgen voor de afdoening van de zaak.

5.5.4 *Een professioneel gedragsrepertoire*

Wanneer de procesdeelnemers bij de comparitie beslagen ten ijs komen, is de analyse van het geschil van de rechter – getoetst bij en eventueel gecorrigeerd door partijen vanuit hun vrijheid om de omvang van het geschil te bepalen – leidend voor de behandeling van de zaak. Een goede rechtsbedeling vraagt om een optimaal gebruik van het beslissingsmodel in verbinding met een professioneel gedragsrepertoire van de rechter en de eventuele rechtshulpverleners van partijen. Het voert te ver hier te bespreken waaraan dat gedragsrepertoire moet voldoen.²⁹⁸ Ik volsta met enkele voorbeelden van relevante vragen. Begint de zitting op tijd, voelen partijen zich welkom, vertelt de rechter aan partijen wie er aanwezig zijn en hoe de behandeling zal verlopen? Geeft hij partijen en rechtshulpverleners inspraak in de agenda van de zitting? Krijgen partijen voldoende ruimte om hun verhaal te doen en laat de rechter adequaat weten dat hij naar hen heeft geluisterd? Is de toonzetting van de vragen van de rechter open en onpartijdig? Is er een goed gesprek mogelijk of wordt de zitting gekenmerkt door monologen? Toetst de rechter of partijen een voorlopig oordeel wensen en, zo ja, met welke reikwijdte? Soms is al voldoende dat partijen ter zitting elkaars verhaal en de vragen van de rechter hebben gehoord. De behoefte aan een voorlopig oordeel kan dan ondergeschikt worden aan de wens om nogmaals te proberen het geschil zelf op te lossen.

5.5.5 *Voorlopig oordeel*

Een voorlopig oordeel geven wanneer partijen dat wensen, vraagt opnieuw om een gedegen kennis van het procesrechtelijke beslissingsmodel en het civiele recht.²⁹⁹ Zich een voorlopig oordeel vormen is bovendien nog niet hetzelfde als het begrijpelijk aan partijen uitleggen. Van een voorlopig oordeel dat onvoldoende is toegesneden op de zaak ('als u de zaak niet regelt, zal een getuigenverhoor moeten plaatsvinden en dat kost natuurlijk ook geld'), valt niet veel baat te verwachten. Een voorlopig oordeel in de sleu-

298. Zie o.a. Barendrecht e.a. 2011; Ten Haaf 2004, p. 65; Van der Linden 2010; Steenberghe 2009. Zie ook Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord (www.rechtspraak.nl).

299. Zie ook Verschoof 2004, p. 340.

tel van het procesrechtelijke beslissingsmodel is op zichzelf niet ver verwijderd van een mondeling vonnis (dat de wet niet kent).³⁰⁰ Het stelt de vordering centraal en bespreekt de grondslagen, feiten en gronden van vordering en verweer waarop ook in een vonnis zou moeten worden beslist. Hardop denkend worden de vaststaande feiten in de toepasselijke rechtsregels verweven die relevant zijn voor de beslissing en worden de sporen uitgezet voor het geval feiten die in geschil zijn wel en niet komen vast te staan. Zelfs na een deugdelijke voorbereiding van de zaak en een goed verlopen mondelinge behandeling is dit in veel zaken een complexe en veel-eisende bezigheid. In een voorlopig oordeel legt de rechter ook zo veel mogelijk uit op grond van welke rechtsregels hij van bepaalde argumenten van een partij (nog) niet overtuigd is, vooral wanneer een partij veel van zijn standpunten zal moeten inleveren om tot een schikking te komen. Die uitleg kan behulpzaam zijn voor de aanvaarding van het voorlopig oordeel en de totstandkoming van een schikking. Een voorlopig oordeel eindigt in mijn visie met de vraag aan partijen en rechtshulpverleners of zij nog vragen erover hebben (voordat zij 'de gang op gaan'³⁰¹), maar dat schijnt nog niet algemeen gebruikelijk te zijn. Deze vraag bevordert naar mijn indruk een open gesprek over het geschil en maakt de andere procesdeelnemers medeverantwoordelijk voor de volledigheid en bruikbaarheid van het voorlopig oordeel.

5.5.6 *Processtrategie*

Maar is een juridisch deugdelijk voorlopig oordeel nu ook strategisch? Hier komen behalve het al genoemde gedragsrepertoire onder meer ook wijsheid en reflectie te pas. Naast juridische spelen immers ook andere aspecten een rol bij de keuze welke diepgang aan een voorlopig oordeel wordt gegeven. Sluit het voorlopig oordeel aan bij de verwachtingen van een partij? Moet een partij veel van zijn standpunten inleveren, hoe zal dat vallen en is daarvoor tijd nodig? Is het vooral een zakelijk geschil of spelen er (veel) emoties? Hebben partijen ook in de toekomst nog met elkaar te maken? Enzovoort. De rechter maakt zijn keuze ter comparitie na bij partijen impliciet of openlijk te hebben afgetast aan welke diepgang in het voorlopig oordeel behoefte bestaat en, als partijen daarover van mening verschillen, wat hun afwegingen zijn. Soms wordt een voorlopig oordeel gefaseerd gegeven (bijv. eerst op hoofdlijnen en pas diepgaander als partijen er niet uit komen), maar daarvoor leent niet elke zaak zich. Naar mijn

300. Voorstel 7.1 ('De rechter dient de mogelijkheid te krijgen om ter zitting onmiddellijk mondeling uitspraak te doen') uit het rapport van de Commissie Verbetervoorstellen Civiel (2004) (www.recht.nl) heeft niet tot wetgeving geleid. Zie ook Ten Haaf 2006, p. 13.

301. Zie ook Barendrecht 2008b.

indruk laat de rechter in zijn keuze voor de diepgang van het voorlopig oordeel in hoog tempo een flinke dosis intuïtie los op zijn analyse van de processtukken in combinatie met zijn indrukken van de verklaringen en gedragingen van partijen en hun rechtshulpverleners ter comparitie. Genoeg valkuilen dus.

5.5.7 *De kracht van partijautonomie en waarheidsvinding*

Tegelijk ligt hier precies de kracht van een rechtvaardig evenwicht tussen partijautonomie en waarheidsvinding. Burgerlijke rechten kunnen optimaal worden geëffectueerd bij een rechter die ter comparitie in begrijpelijke taal duidelijk maakt dat hij de vrijheid van partijen over hun burgerlijke rechten en rechtsbetrekkingen respecteert en de procesdeelnemers adequaat bejegt, maar tegelijk alert is of het belang van de waarheidsvinding wordt gediend. In de interactie met partijen krijgt de rechter meer zicht op de zaak.³⁰² Hij grijpt in wanneer een partij onvoldoende rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de ander, een valse voorstelling van zaken geeft, relevante informatie achterhoudt of feiten tegen beter weten in ontkent. Die rechter staat onmiskenbaar voor een goede rechtsbedeling en heeft een natuurlijk, organisch gezag dat een goed gebruik van de mondelinge behandeling in aansluiting op de schriftelijke behandeling bevordert. Nu is de wereld niet ideaal. Er zijn nog tal van andere complicerende factoren rondom de comparitie die hier verder niet kunnen worden besproken, zoals (maar niet alleen) hoe aannemelijk te maken dat de wederpartij handelt in strijd met een mededelingsplicht, hoe de tijdige overlegging van stukken te realiseren, wanneer mogen tekortkomingen in stel- en mededelingsplichten worden gerepareerd in aktes na comparitie,³⁰³ wat moet het proces-verbaal van comparitie bevatten en waardoor wordt dat bepaald,³⁰⁴ in welke gevallen mag na comparitie nog worden gepleit en wie moet dat betalen, of wat is de invloed van de mededelingsplichten van partijen op de mate waarin nog bewijslevering plaatsvindt? Het ideaalbeeld valt misschien zelfs niet te benaderen. Dat neemt niet weg dat naar mijn opvatting één van de verbeterpunten is het procesrechtelijke beslissingsmodel zoals besproken in par. 4 een prominentere plaats te geven in de mondelinge behandeling. Dat is in mijn ogen een voorwaarde om de comparitie verder te ontwikkelen tot een zo volwaardig mogelijke mondelinge behandeling

302. De Bock 2011, p. 61; Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 186-188; Stein/Rueb 2005, p. 101.

303. Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 9.

304. Bijv.: het procesgedrag van partijen, het procesrechtelijke beslissingsmodel, het beginsel van hoor en wederhoor, de gedocumenteerde beslissing van de rechter, de controle door de hogere rechter? Vgl. Ahsmann 2010, p. 17; Asser Procesrecht/Van Schaick 2011, p. 90; Böhmert 2004, Verschoof 2004, p. 344.

van het geschil in vervolg op het debat tussen partijen in de schriftelijke ronde. Dat kan naar mijn opvatting worden bevorderd door de wetgever, wanneer in de wet wordt vastgelegd dat op dagvaarding en conclusie van antwoord een volwaardige mondelinge behandeling volgt en de indruk wordt weggenomen dat de comparitie na antwoord van art. 131 Rv slechts een schikkings- en inlichtingencomparitie (art. 87 en art. 88 Rv) zou zijn. Daartoe valt een wijziging van art. 131 Rv te overwegen, of van het samenstel van bepalingen waaruit nu moet worden afgeleid dat een volwaardige mondelinge behandeling is bedoeld (zie par. 5.2.3).

5.5.8 Hoor en wederhoor

Een afzonderlijk aandachtspunt bij de verdere ontwikkeling van de comparitie tot een zo volwaardig mogelijke mondelinge behandeling van het geschil wordt gevormd door de waarborgen voor het beginsel van behoorlijke verdediging. De vrees van De Pinto voor verrassing en overrompeling van partijen is in het licht van een goede rechtsbedeling bepaald serieus te nemen.³⁰⁵ Een rechter die een grondslag van vordering of verweer van doorslaggevende betekenis acht voor de afdoening van de zaak, heeft in mijn visie tenminste tot taak partijen ter comparitie gelegenheid te bieden op elkaars standpunten dienaangaande te reageren en het debat weer te geven in het proces-verbaal. Een controleerbare en aanvaardbare beslissing vergt dat de zaak niet wordt afgedaan op een gebrek in de stelplicht met betrekking tot een grondslag die ter comparitie zelfs niet aan de orde is gekomen. Dat is ook niet effectief en efficiënt, want het lokt gemakkelijk hoger beroep uit. Ook overigens behoren partijen natuurlijk afdoende ruimte te krijgen om op elkaars standpunten te reageren en zich daarbij te laten bijstaan door professionele rechtshulpverleners. Tijdens een mondelinge behandeling waar alleen de vragen van de rechter worden beantwoord, kan het processuele debat van partijen zich niet zonder meer verder ontwikkelen. Dan is niet goed te begrijpen waarom aan een partij het recht op een voortgezet debat zou moeten worden ontnomen (art. 132 en art. 134 Rv).

Wat het proces-verbaal betreft, verdient nog aandacht dat bij de comparitie ondertekening van partijverklaringen is voorgeschreven (art. 88 lid 3 Rv). Dat is in mijn visie eigenlijk alleen van wezenlijk belang wanneer het daadwerkelijk om waarheidsvinding gaat, dus wanneer een partijverklaring een gerechtelijke erkenning bevat (art. 154 Rv) of anderszins tot bewijs

305. Vgl. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 82: 'Essentieel is niet de ambtshalve uitoefening van (...) bevoegdheden, maar de bewaking van de contradictoire omgeving waarin dat gebeurt.'

strekt.³⁰⁶ Voor het overige staat voorop dat rechter en griffier moeten worden geacht zelf een getrouw proces-verbaal van de zitting op te kunnen stellen. Dit voorschrift leidt in de praktijk tot verlenging van de zittingsduur (en daarmee gepaard gaande kosten) wanneer na de mondelinge behandeling (die niet in een schikking eindigt) in de zittingszaal een proces-verbaal moet worden opgemaakt. Het voorschrift wordt na de zitting nogal eens aangegrepen tot heropening van het debat door een partij die (ook als de zaak in staat van wijzen is) om 'aanvulling of wijziging' van het proces-verbaal vraagt en eventueel de gelegenheid te baat neemt om nog wat andere punten naar voren te brengen. Dat verstoort nodeloos de door de wetgever in 2002 gewenste concentratie van de procedure in één schriftelijke ronde gevolgd door een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil. Het leidt ook tot processuele complicaties (bijv. discussies over de goede procesorde, hoor en wederhoor toepassen, eigen verzoeken van de wederpartij, discussies over de extra kosten, status in hoger beroep van het proces-verbaal van comparitie). De reikwijdte van het voorschrift schiet zijn doel dus voorbij. Het mag wat mij betreft worden gewijzigd in die zin dat de rechter *kan* bepalen dat het proces-verbaal in aanwezigheid van partijen wordt opgemaakt en *kan* bepalen dat een partijverklaring moet worden ondertekend.

6. Tot slot

Zoals aangekondigd in par. 1 zijn enkele aspecten besproken van het thema waarheidsvinding in het civiele (proces)recht. Dit preadvies heeft laten zien dat de huidige stand van de rechtsontwikkeling rondom het procesrechtelijke beslissingsmodel genoeg aanknopingspunten biedt om in de civiele procedure een evenwicht te bewerkstelligen tussen partijautonomie en waarheidsvinding dat is geënt op de fundamentele waarden van vrijheid en rechtvaardigheid. In mijn visie is de tijd rijp om de comparitie na antwoord vanuit dit perspectief verder te ontwikkelen tot een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil. Weliswaar is het in belangrijke mate aan de rechtspraktijk om de verdere ontwikkelingen ten dienste van een goede rechtsbedeling gestalte te geven, maar drie wetswijzigingen kunnen naar mijn indruk ook behulpzaam zijn. Met een wijziging in art. 25 Rv kan de betekenis van waarheidsvinding bij de toepassing van het leerstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden verder worden verduidelijkt (par. 4.7.5). Daarnaast kan duidelijker in de wet tot uitdrukking worden gebracht dat de comparitie na antwoord een vol-

306. Zie ook Van Mierlo/Van Dam-Lely 2011, p. 188; Numann 1985, p. 174 ('een (...) uit het oogpunt van doelmatigheid wat hinderlijke wetsbepaling').

waardige mondelinge behandeling is van het geschil dat bij dagvaarding en conclusie van antwoord door partijen is getekend (par. 5.5.7). Verder behoeft het voorschrift van art. 88 Rv nuancering dat partijen hun verklaringen ter comparitie steeds moeten ondertekenen (par. 5.5.8).

Lijst van aangehaalde rechtspraak

In de voetnoten is per uitspraak één vindplaats opgenomen, hierna ook andere indien van toepassing.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462, m.nt. E.A. Alkema (*Golder*)
EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey*)
EHRM 19 april 1994, *NJ* 1995, 462, m.nt. E.A. Alkema (*Van de Hurk/Nederland*)
EHRM 16 december 1992, 13071/87 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS, (*Dombo/Nederland*)
EHRM 9 december 1994, *NJ* 1997, 20, m.nt. E.A. Alkema onder HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 21 (*Hiro Balani/Spanje*)
EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*)
EHRM 23 april 1998, 22885/93 (*Bernard/Frankrijk*)
EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 72 (*Cottin/België*)

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 16 juli 1998, C-210/96, *LJN* AD2918, *NJ* 2000, 374 (*Gut Springenheide & Rudolf Tisky / Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*)

Hoge Raad

HR 25 januari 1907, *W* 8494
HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 484
HR 16 maart 1958, *NJ* 1958, 423, m.nt. D.J. Veegens
HR 22 december 1967, *NJ* 1968, 222
HR 7 juni 1968, *NJ* 1068, 325
HR 1 november 1974, *NJ* 1975, 454, m.nt. G.J. Scholten
HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 52
HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 415, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Varkenspest*)
IIR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173, m.nt. W.L. Haardt onder HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176
IIR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 317, m.nt. J.B.M. Vranken

- HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130, m.nt. W.H. Heemskerk
 HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 679, m.nt. W.H. Heemskerk
 HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 109
 HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 789, m.nt. J.B.M. Vranken
 HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467, m.nt. H.J. Snijders
 HR 17 september 1993, *NJ* 1993, 740
 IIR 31 december 1993, *NJ* 1994, 387, m.nt. D.W.F. Verkade
 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742, m.nt. H.J. Snijders
 HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 274
 HR 29 maart 1996, *NJ* 1996, 421
 HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 731
 HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 46, m.nt. H.J. Snijders
 HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 315, m.nt. W.M. Kleijn
 HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 224
 HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 625
 IIR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 2
 IIR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 342
 IIR 19 maart 1999, *NJ* 1999, 496
 HR 30 juni 2000, *LJN AA6344*, *NJ* 2000, 675
 HR 6 oktober 2000, *NJ* 2001, 167
 HR 30 oktober 2001, *NJ* 2003, 2001
 HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 60
 HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 394, *JBPr* 2002, 4, m.nt. H.W. Wiersma
 HR 12 juli 2002, *LJN AE1554*, *NJ* 2003, 658
 HR 12 juli 2002, *LJN AE2377*, *NJ* 2002, 542
 HR 9 augustus 2002, *LJN AE6324*, *NJ* 2004, 47, m.nt. H.J. Snijders
 HR 22 november 2002, *LJN AE8178*
 HR 29 november 2002, *LJN AF1210*, *NJ* 2004, 172, m.nt. H.J. Snijders,
JBPr 2003, 22, m.nt. M.A.J.G. Janssen
 HR 20 december 2002, *LJN AE3350*, *NJ* 2004, 4, m.nt. J.B.M. Vranken
 (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*)
 IIR 19 september 2003, *LJN AF8273*, *NJ* 2005, 454, m.nt. W.D.H. Asser
 HR 26 september 2003, *LJN AF9414*, *NJ* 2004, 460, *JBPr* 2004, 15, m.nt.
 K. Teuben, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, *JOR* 2004, 32, hersteld bij HR 13
 februari 2004, *LJN AO4608*, *NJ* 2004, 461, m.nt. J.B.M. Vranken,
 (*Regiopolitie/Hovax*)
 HR 17 oktober 2003, *NJ* 2003, 721, *JBPr* 2004, 13, m.nt. J.G.A. Linssen
 HR 30 januari 2004, *LJN AN8490*, *NJ* 2005, 455, m.nt. W.D.H. Asser
 IIR 24 september 2004, *LJN AO9550*, *NJ* 2004, 672
 IIR 1 oktober 2004, *LJN AO9900*, *NJ* 2005, 92, *JBPr* 2005, 3, m.nt. K.
 Teuben onder *JBPr* 2005, 4, *JA* 2005, 1 (*Poort/Stoppels*)
 HR 24 december 2004, *LJN AR4470*
 HR 8 april 2005, *LJN AS5010*, *NJ* 2006, 443, m.nt. G. van Solinge, *JOR*
 2005, 119, m.nt. M. Brink

- HR 24 juni 2005, *LJN* AT5466, *NJ* 2006, 46
IIR 20 januari 2006, *LJN* AU4529, *NJ* 2006, 78, *JBPr* 2006, 44, m.nt. A.S. Rueb
HR 10 februari 2006, *LJN* AU5702, *NJ* 2006, 154, *JA* 2006, 58, m.nt. R. Keijzer
HR 17 februari 2006, *LJN* AU5663, *NJ* 2006, 158 (*Spector/Fotoshop*)
HR 17 februari 2006, *LJN* AU6927, *NJ* 2007, 285, m.nt. C.J.H. Brunner
HR 31 maart 2006, *LJN* AV0646, *NJ* 2006, 233
HR 15 september 2006, *LJN* AX5381, *NJ* 2006, 507, *JBPr* 2007, 4, m.nt. H.T. Verhaar
HR 10 november 2006, *LJN* AZ1899, *JBPr* 2007, 31, m.nt. H.L.G. Wieten
HR 23 maart 2007, *LJN* AZ4571, *NJ* 2007, 178, *JBPr* 2007, 59 m.nt. A. Smeekes
HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, *NJ* 2010, 543 m. nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen, *JA* 2008, 73 m. nt. J. Quakkelaar onder *JA* 2008, 74
HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, *NJ* 2010, 542, *JA* 2008, 72, m. nt. J. Quakkelaar onder *JA* 2008, 74
HR 14 maart 2008, *LJN* BC1231, *NJ* 2008, 466, m.nt. J.M.M. Macijer (*Aerts q.q.*)
HR 25 april 2008, *LJN* BC2800, *NJ* 2008, 553, m.nt. H.J. Snijders
HR 20 juni 2008, *LJN* BC4959, *NJ* 2009, 21, m.nt. J.M.M. Macijer en H.J. Snijders
HR 11 juli 2008, *LJN* BC8421, *NJ* 2009, 451 m. nt. E.J. Dommering
HR 17 oktober 2008, *LJN* BE7628, *NJ* 2009, 474
HR 17 oktober 2008, *LJN* BE7201, *NJ* 2009, 476, m.nt. H.J. Snijders
HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588
HR 10 april 2009, *LJN* BG9470, *NJ* 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, *JBPr* 2009, 37 m.nt. J.F. Fleming
HR 24 april 2009, *LJN* BH0389, *NJ* 2009, 204 (*AIG/Vos*)
HR 19 juni 2009, *LJN* BI8771, *NJ* 2010, m.nt. H.J. Snijders, *JBPr* 2009, 39, m.nt. B.T.M. van der Wiel
HR 10 juli 2009, *LJN* BI4209, *NJ* 2010, 128, m.nt. H.J. Snijders
HR 20 november 2009, *LJN* BJ8340
HR 22 januari 2010, *LJN* BK3066, *JBPr* 2010, 40 m.nt. A. Knigge
HR 18 maart 2010, *LJN* BO7517
HR 8 oktober 2010, *LJN* BN6119
HR 26 november 2010, *LJN* BN8521, *NJ* 2010, 634, *JBPr* 2011, 7
HR 3 december 2010, *LJN* BO0197, *NJ* 2010, 650, *JBPr* 2011, 16, m.nt. K. Teuben
HR 24 december 2010, *LJN* BO4579, *JBPr* 2011, 29, m.nt. A.M. van Aerde
HR 10 december 2010, *LJN* BO0186, *NJ* 2010, 670
HR 25 maart 2011, *LJN* BO9675
HR 15 april 2011, *LJN* BP5612, *NJ* 2011, 180

HR 9 september 2011, *LJN* BR1653
HR 9 september 2011, *LJN* BR1654, *NJ* 2011, 409
HR 23 september 2011, *LJN* BQ7064
HR 9 december 2011, *LJN* BR2045
HR 16 december 2011, *LJN* BU3922

Gerechtshoven

Hof Den Bosch 14 december 2004, *LJN* AS6385, *JBPr* 2005, 26, m.nt. J.G.A. Linssen
Hof Den Bosch 15 november 2005, *LJN* AX8899, *JBPr* 2006, 52, m.nt. M.O.J. de Folter
Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556, *JA* 2006, 119
Hof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481
Hof Amsterdam 26 mei 2009, *LJN* BO3203, *JBPr* 2010, 59, m.nt. J. Ekelmans, *JOR* 2010, 318
Hof Den Bosch 7 juli 2009, *LJN* BJ4469, *JBPr* 2010, 11, m.nt. G. van Rijssen
Hof Arnhem 30 november 2010, *LJN* BO9917

Rechtbanken

Rb. Zwolle sector kanton 29 maart 2005, *LJN* AT2634, *JBPr* 2005, 61, m.nt. W.I. Wisman onder *JBPr* 2005/56
Vzr. Rb. Maastricht 1 september 2005, *LJN* AU2032
Rb. Rotterdam 14 juni 2006, *LJN* AY6251
Rb. Roermond 28 november 2007, *LJN* BC0427, *JBPr* 2008, 24, m.nt. J.W. Westenberg
Rb. Haarlem 27 april 2011, *LJN* BQ6279

Lijst van aangehaalde literatuur

Adviescommissie BPR 2006

Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, Reactie op het eindrapport van het driemanschap 'Uitgebalanceerd' (2006), *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2006, p. 68-76.

Adviescommissie BPR 2008

Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken, ('discovery'), *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2008, p. 123-130.

Adviecommissie BPR NOvA 2004

Adviescommissie burgerlijk procesrecht Nederlandse Orde van Advocaten, De fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht bezien vanuit de advocatuur, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 71-79.

Ahsmann 2010

M.J.A.M. Ahsmann, Bewijs: verschuiving van 'bewijzen' naar 'stellen'? in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.F. Schuurmans & D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht*, Najaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 13-27.

Ahsmann 2011

M.A.J.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Akkermans e.a. 2008

A.J. Akkermans e.a. 2008, *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Den Haag: WODC 2008 (<http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/affectieschade.aspx>).

Akkermans 2009

A.J. Akkermans, Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit?, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennestreken over personenschade*, Den Haag: SDU 2009, p. 87-105.

Akkermans e.a. 2009

A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees, D.J. Bruinvels, *Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt, mits zorgvuldig aangeboden*, *Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2009, p. 113-123 (<http://hdl.handle.net/1871/15484>).

Akkermans 2012

A.J. Akkermans, *Enkele praktijkervaringen met empirisch juridisch onderzoek op het snijvlak van gezondheid en recht*, in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Eleven 2012.

Alt 2005

H.J.W. Alt, Fundamentele herbezinning, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005, p. 1-2.

Ancery & Krans 2009

A.G.F. Ancery & H.B. Krans, Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht, RM Themis 2009, p. 191-200.

Ancery & Krans 2010

A.G.F. Ancery & H.B. Krans, Richtlijnen en burgerlijk (proces)recht, Tijdschrift voor de Procespraktijk 2010, p. 141-145.

Askvig 2006

F. Askvig, Comparitie vóór de memorie van grieven, Praktisch procederen 2006, p. 218-221.

Asser 1991

W.D.H. Asser, Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen? Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Deventer: Kluwer 1991.

Asser 1999a

W.D.H. Asser, Naar een volwassener en minder conflictueuze civiele procesvoering, in: W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, Verantwoordelijk procederen, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 7-32.

Asser 1999b

W.D.H. Asser, Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces, Jaarrede Nederlandse Juristen-Vereniging, Nederlands Juristenblad 1999, p. 1251-1256.

Asser 2003

W.D.H. Asser, De taakopvatting van de civiele rechter, in: A.F.M. Breninkmeijer e.a. (red.), De taakopvatting van de rechter, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 27-37.

Asser 2004

W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, Deventer: Kluwer 2004.

Asser 2006

W.D.H. Asser, Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek, in: W.D.H. Asser e.a., Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen af-

scheidssymposium G. Knigge, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 15-19.

Asser 2007

W.D.H. Asser, Kwaliteit in de civiele rechtspraak, *Trema* 2007, p. 41-45.

Asser 2008

W.D.H. Asser, Rechtsvorming door de Hoge Raad: enkele inleidende opmerkingen, in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi 2008, p. 9-29.

Asser 2010

W.D.H. Asser, Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechter en partijen, in: W.D.H. Asser, J.F. Nijboer en Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

Asser/Anema/Verdam 1953

A. Anema, m.m.v. P.J. Verdam, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5. Van Bewijs, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser, Groen & Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser/Hartkamp 3-I 2011

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vermogensrecht algemeen, Deel I, Europees recht en Nederlands vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2011.

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2009

F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Asser-Scrie Procesrecht, Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2011

A.C. van Schaick, Asser-Serie Procesrecht, Eerste aanleg, Deventer: Kluwer 2011.

Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005

D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen, Asser-Serie Procesrecht, Cassatie in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 2005.

Asser-Scholten

1974

Paul Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (*), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser-Vranken 1995

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (**), Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Asser-Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (***). Een vervolg, Zwolle: Tjeenk Willink 2005.

Bannier 2011

F.A.W. Bannier, De advocaat in het burgerlijk proces (Boekbespreking dissertatie R. Verkijk), Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2011, p. 89-91.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Barendrecht 2008a

J.M. Barendrecht, Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn? in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Nijmegen: Ars Aequi 2008, p. 39-53.

Barendrecht 2008b

Maurits Barendrecht, Schikken op de gang, Ars Aequi 2008, p. 885.

Barendrecht & Gramatikov 2010

Maurits Barendrecht & Martin Gramatikov, Aanvaardbaarheid van rechtspleging. Toegankelijkheid en rechtvaardigheid als gezien door gebruikers, Nederlands Juristenblad 2010, p. 1102-1110.

Barendrecht & Kamminga 2005

J.M. Barendrecht & Y.P. Kamminga, Toegang tot recht. De lasten van een uitweg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Barendrecht & Klijn 2004

Maurits Barendrecht & Albert Klijn (red.), Balanceren en vernieuwen. Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004.

Barendrecht e.a. 2011

M. Barendrecht, S. van Gulijk, M. Gramatikov & P. Sluijter, De goede procesorde in beeld, Den Haag: SDU/Raad voor de rechtspraak (Resarch Memoranda 2011/1) 2011.

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, Rechtvaardigheid en privaatrecht, Over rekkelijken en preciezen in een dynamische wereld (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.

Ten Berg-Koolen 2000

J.E.A.A. ten Berg-Koolen, De weerbarstige werkelijkheid van de comparitie na antwoord, in: E.H. Hondius, A.W. Jongbloed & R.Ch. Verschuur (red.), Van Nederlands naar Europees procesrecht?! (Meijcknecht-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 17-22.

De Bock 2011

R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

Böhmer 2004

Leonard Böhmer, 'Naar een landelijk comparitiebeleid', Advocatenblad 2004, p. 207-209.

Van Boneval Faure 1893

R. van Boneval Faure, Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht, Leiden: Brill 1893.

Van Boom 1999

W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Boonekamp 2008

R.J.B. Boonekamp, Dwingende bewijskracht van strafvonnissen en tegenbewijs, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2008, p. 117-122.

Bosch-Boesjes 1991

J.E. Bosch-Boesjes, Lijdelijkheid in geding, Deventer: Kluwer 1991.

Brenninkmeijer 1991

A.F.M. Brenninkmeijer, Het procesrecht als proces, in: Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1991-I, p. 1-105.

Brenninkmeijer 1998

A.F.M. Brenninkmeijer, Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting, in: M.V. Polak (red.), Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen, Leiden: E.M. Meijers Instituut 1998, p. 5-21.

Brenninkmeijer 2009

Alex Brenninkmeijer, Een eerlijk proces, Nederlands Juristenblad 2009, p. 2050-2056.

Van den Brink 2008

V. van den Brink, Stellen, betwisten, bewijzen een handleiding, Praktisch Procederen 2008, p. 89-100.

Broeders 2007

A.P.A. Broeders, Systematische contra-expertise. Opmerkingen bij het referaat van J. Boksem, in: Deskundige behandeling van deskundigen. Het gebruik van deskundigenrapportages in de rechtszaal. Bijdragen ter gelegenheid van een NSCR studiedag op 17 november 2006 in het Pesthuis, Leiden (www.nscr.nl > actueel > 2007/3).

Van den Broek & Van Lierop 2008

Tanja Tanja-van den Broek & Bart van Lierop, Pleidooi voor de comparatie na antwoord in hoger beroep, *Trema* 2008, p. 129-130.

Brugman 2010

Dorien Brugman, Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Bruijnzeel 2011

T. Bruijnzeel, Over misbruik van procesrecht en het preventief weren van veelzijdige partijen, in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies. Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 281-302.

Bruinsma 1995

J.F. Bruinsma, *Kadi-rechtspraak in post-modern Nederland* (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Bruinsma 1999

Freek Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Bruinsma 2010

Freek Bruinsma e.a., *De Hoge Raad van onderen*, Deventer: Kluwer 2010.

(auteur) Burgerlijke Rechtsvordering

E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas en M. Ynzonides (hoofddred.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Caenegem 1973

R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, deel XVI (Civil Procedure) Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1973.

Caroli 1907

J.P.A.N. Caroli, In hoever behoren de hoofdbeginselen, waarop de burgerlijke procedure in eerste aanleg berust, te worden gewijzigd? *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1907, Den Haag: Belinfante 1907, I. (Eerste stuk), p. 1-125.

Chorus 1987

J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1987.

Coenraad 2005

L.M. Coenraad, *Kronieken. Algemene beginselen*, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005, p. 118-122.

Coenraad 2009

L.M. Coenraad, *Kronieken. Algemene beginselen*, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 25-29.

Commissie Advocatuur 2006

Een maatschappelijke orde, Rapport Commissie Advocatuur, Bijlage bij de brief van de Minister van Justitie van 24 april 2006, Kamerstukken II, 2005/06, 30300 VI, nr. 144.

Commissie-Dorhout Mees 1948

T.J. Dorhout Mees, J.A.L.M. Loeff & A.D. Belinfante, *Richtlijnen voor de herziening van het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie*, Den Haag: SDU 1948.

Cummings 2011

Scott L. Cummings, *Introduction: What Good Are Lawyers?*, in: Scott L. Cummings (ed.), *The Paradox of Professionalism, Lawyers and the Possibility of Justice*, New York: Cambridge University Press 2011, p. 1-30.

Dammingh 2009

J.J. Dammingh, *De veranderende rol van de rechter in het civiele proces*, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 9-22.

Deen 2009

E.M. Deen, *De patiëntenkaart en de beschikkingen van de Hoge Raad van 22 februari 2008*, Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2009, p. 41-48.

Deen 2011

E.M. Deen, *Letselschade en de patiëntenkaart: een bewijsrechtelijke beschouwing*, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2011, p. 98-103.

Diephuis 1872

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, Tweede deel*, Groningen: J.B. Wolters 1872.

Van Dijk & Sonnemans 2009

F. van Dijk & J. Sonnemans, *Kansrekening en strafrechtspraak: fouten bij beslissen onder onzekerheid*, *Rechtstreeks* 2009/4 (www.rechtspraak.nl).

Dijkshoorn & Lindenberg

W. Dijkshoorn en S.D. Lindenberg, *Schadebegroting, bewijs en waardering*, *Ars Aequi* 2010, p. 538-542.

Van Domselaar 2010

Iris van Domselaar, 'Zelfbevestigende' versus 'ontregelde' rechtspraak, *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1032-1039.

Drion 1982

H. Drion, *Bewijzen in het recht*, in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 171-190.

Drion 2009

C.E. Drion, *De onderzoekende en/of googelende rechter*, *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 781.

Duk 2003

R.A.A. Duk, *Hoe autoritair wordt de nieuwe civiele rechter?* *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2003, p. 63-69.

Eggens 1951

J. Eggens, *De beginselen van het burgerlijk bewijs*, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 3-49.

Ekelmans 2010

J. Ekelmans, *De exhibitieplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010.

Embregts 2003

M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijssluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

Ernes, Van der Hoeden & Jongbloed 2007

A.L.H. Ernes, E. van der Hoeden en A.W. Jongbloed, Herbalans: een kritische blik op de fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht, *Praktisch Procederen* 2007, p. 101-106.

Eshuis 2009

R.J.J. Eshuis, De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken, Den Haag: Raad voor de rechtspraak (Research Memoranda 2009/5) 2009.

EVRM R&C

A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: rechtspraak en commentaar, Art. 6: Eerlijk proces, Den Haag: SDU (losbl.).

Fernhout 2004

F.J. Fernhout, Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2004.

Fernhout 2008

F.J. Fernhout, Formele regels in het civiel procesrecht en 'access to justice', *Praktisch Procederen* 2008, p. 59-64.

Frenk 2011

N. Frenk, De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen, in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen, *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 115-128.

Freudenthal 2004

M. Freudenthal, Harmonisatie van Europees civiel procesrecht. Naar een *ius commune* voor het Europese civiele procesrecht?, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2004, p. 29-37.

Freudenthal 2007

M. Freudenthal, *Schets van het Europees civiel procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Fruytier 2009

P.A. Fruytier, De leer van de bindende eindbeslissing in dezelfde instantie, in hoger beroep en na verwijzing na HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 (De Vries/Gemeente Voorst), *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2009, p. 93-99.

Gerretsen 2011

B. Gerretsen, Comparitienotities, in: D. Allewijn e.a., De mondelinge behandeling, negen jaar met het nieuwe procesrecht, Voorjaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 43-52.

Van Geuns 1881

J.J. van Geuns, Bespoedigde behandeling van het proces, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1881, deel I, Den Haag: Belinfante 1881, p. 272-315.

Giard 2005

R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen: juridische theorie en medische praktijk (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giard 2009

R.W.M. Giard, Waarheidsvinding: worstelen met wijsheid achteraf, Expertise & Recht 2009, p. 41-45.

Giard 2010

R.W.M. Giard, Na de calamiteit: primaire en psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht, Letsel & Schade 2010/2, p. 6-12.

Giard & Merckelbach 2009

R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, Nietzsches gelijk: waarom wijsheid achteraf onbillijk is, Nederlands Juristenblad 2009, p. 1014-1021.

Giesen 2001

I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Giesen 2002

I. Giesen, De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2002, p. 85-92.

Giesen 2006

I. Giesen, 'Balans'-lezen. Reflecteren over sanctionering en zelfregulering naar aanleiding van het Eindrapport van de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2004, p. 103-109.

Giesen & Coenraad 2008

I. Giesen & L.M. Coenraad, Kroniek van de rechtspleging, Nederlands Juristenblad 2008, p. 989-997.

Giesen & Coenraad 2009

I. Giesen & L.M. Coenraad 2009, Kroniek van de rechtspleging, Nederlands Juristenblad 2009, p. 892-900.

Gras 2004

E. Gras, De grondslag voor de medewerkingsplicht – en in het bijzonder de mededelingsplicht – van partijen in het burgerlijk proces, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 167-191.

Van der Grinten 2007

P.M.M. van der Grinten, Vraagpunten in het Europees procesrecht, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2007, p. 65-70.

De Groot 2008

G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008.

De Groot & Akkermans 2008

G. de Groot & A.J. Akkermans, Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht, in: G.G. Heslen, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen (red.), Schadevaststelling en de rol van de deskundige, Deventer: Kluwer 2008, p. 189-206.

Grosheide 2005

F.W. Grosheide, Het recht om niet in rechte betrokken te worden, in: R.J.C. Flach e.a. (red.), Amice, Rutgers-bundel, Deventer: Kluwer 2005, p. 123-133.

Grosheide 2010

F.W. Grosheide, Het burgerlijk procesrecht de baas (?), Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2010 (6847), p. 491-492; naschrift: 2010 (6857), p. 703.

Ten Haaf 2002

H.M. ten Haaf, Knelpunten nieuw procesrecht, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2002, p. 62-67.

Ten Haaft 2004

H.M. ten Haaft, Kronieken. Comparitie na antwoord, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2004, p. 65-67.

Ten Haaft 2006

H.M. ten Haaft, Kronieken. Andermaal de comparitie na antwoord, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2006, p. 12-13.

Ten Haaft 2007

H.M. ten Haaft, Kronieken. Eerste aanleg. De geraden gevolgtrekking, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2007, p. 14-17.

Haardt 1949

W.L. Haardt, Boekbeschouwingen, Commissie Dorhout Mees, Richtlijnen voor de Herziening van het Burgerlijk Procesrecht en de Rechterlijke Organisatie, Den Haag, SDU 1948; mr. W. Hugenholtz, Naar nieuw Burgerlijk Procesrecht? Leiden, E.J. Brill 1948, in : RM Themis 1949, p. 315-320.

Haardt 1951

W.L. Haardt, De beginselen van het burgerlijk bewijs (Dienen bij overbrenging van het bewijsrecht naar het W.v.B.Rv. de fundamentele beginselen van dat bewijsrecht – zoals lijdelijkheid, bewijslast, vrije of gebonden bewijsleer – te worden herzien?), in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 50-108.

Haardt 1958

W.L. Haardt, Fair play in het burgerlijk geding (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958.

Haardt 1984

W.L. Haardt, Het burgerlijk geding – ‘Fair play’ revisited, in: Goed en trouw, Van der Grinte-bundel, Zwolle 1984, p. 11-18.

Hammerstein 1989

A. Hammerstein, Te goeder trouw procederen, Tijdschrift voor privaatrecht 1989, p. 1595-1610.

Hammerstein 2003

A. Hammerstein, Een evenwichtig rapport, Tijdschrift voor civiele rechtspleging 2003, p. 59-62.

Handelingen NJV 1870

Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1870, Den Haag: Belinfante 1870, deel II.

Handelingen NJV 1909

Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1909, Den Haag: Belinfante 1909, deel II.

't Hart 2010

Maarten 't Hart, Waarheidsvinding, NRC Handelsblad 21 augustus 2010.

Hartendorp 2008

R.C. Hartendorp, Praktisch gesproken (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008.

Hartendorp 2009

R.C. Hartendorp, Alledaagse rechtspraak: een pragmatische kijk op oordeelsvorming, Rechtstreeks 2009/2 (www.rechtspraak.nl).

Hartzfeld 1907

C.A.J. Hartzfeld, In hoever behoren de hoofdbeginselen, waarop de burgerlijke procedure in eerste aanleg berust, te worden gewijzigd? Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1907, Den Haag: Belinfante 1907, I. (Eerste stuk), p. 126-194.

Hazard e.a. 2001

Geoffrey C. Hazard, Michele Taruffo, Rolf Stürner & Antonio Gidi, Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, New York University Journal of International Law and Politics 2001, p. 769-784

(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016418##).

Heemskerk 1974

W.H. Heemskerk, Vorderingsrecht en rechtsvordering. Over actiënrecht en Boek 3 Titel 11 Ontwerp-B.W. (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1974.

Hidma 2005

Tjalle Hidma, Aspecten van bewijswaardering, in: R.J.C. Flach e.a., Amice, Opstellen, op 26 april 2005 aangeboden aan prof.mr. G.R. Rutgers (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005.

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-237.

Hol en Loth 2001

A.M. Hol en M.A. Loth, Iudex mediator; naar een herwaardering van de juridische professie, Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 2001, p. 9-57.

De Hoon & Verberk 2009

Machteld de Hoon & Suzan Verberk, Zutphen.com. Een onderzoek naar de pilot 'Conflictoplossing op maat' bij de sector civiel van de rechtbank Zutphen, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009.

Hovens 2005

F.J.H. Hovens, Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 2005.

Hugenholtz/Heemskerk 2009

W. Hugenholtz/W.H. Heemskerk, Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Elsevier 2009.

Huls, Mevis & Visscher 2003

N.J.H. Huls, P.A.M. Mevis & N. Visscher, De kloof tussen rechtspraak en samenleving. Hoe klantvriendelijk is de rechter?, in: Justitiële Verkenningen 2003, nr. 1, p. 11-31.

Huydecoper 2002

J.L.R.A. Huydecoper, We hebben er wat mee te stellen, Trema 2002, p. 209-214.

Huydecoper 2010

J.L.R.A. Huydecoper, Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces, Trema 2010, p. 324-328.

IJzermans 2011

M. IJzermans, De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Ingelse 2004

P. Ingelse, Herbezinning op de partijautonomie, in: P. Ingelse (red.), Commentaren op fundamentele herbezinning, Prinsengrachtreeks 2004/1, Nijmegen: Ars Aequi 2004, p. 43-67.

Ingelse 2010

P. Ingelse, Rechter: tussen persoon en instituut, Nederlands Juristenblad 2010, p. 1962-1968.

Ippel & Heeger-Hertter 2006

Pieter Ippel & Susanne Heeger-Hertter, Sprekend de rechtbank. Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingszaal, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Jacobs 2010

M. Jacobs, Van substantiëringsplicht naar substantiëringcultuur? Een empirisch onderzoek naar de attitude van de advocatuur ten opzichte van de substantiëringsplicht, Tijdschrift voor de procespraktijk 2010, p. 32-42.

Jongbloed 2001

A.W. Jongbloed, Kronieken. Algemene beginselen, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2001, p. 21-23.

Jongbloed 2004

A.W. Jongbloed, Attempts to accelerate Dutch civil procedure in the nineteenth and twentieth centuries, in: C.H. van Rhee (red.), The Law's Delay, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 141-170.

Jongbloed 2005

A.W. Jongbloed, The Netherlands (1838-2005), in: C.H. van Rhee (red.), European Traditions in Civil Procedure, Antwerpen: Intersentia 2005.

Jongeneel 2011

R.H.C. Jongeneel, Het Pénzügyi-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de ambtshalve toetsing, Nederlands tijdschrift voor Europees recht 2011, p. 33-37.

De Kanter 1928

P.J. de Kanter, Rechtsgronden en rechtsmiddelen (diss. Leiden), Den Haag 1928.

Karsten 1891

W.J. Karsten, In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van de rechter in het burgerlijk geding te bepalen?, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1891*, 1, p. 1-46.

Ten Kate 1962

Th.B. ten Kate, *Het request-civiel* (diss. Leiden), Groningen 1962.

Ten Kate & Korsten-Krijnen 2005

Th.B. ten Kate & M.M. Korsten-Krijnen, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Kempen 2009

P.H.P.H.M.C. van Kempen, Procesrechtelijke approximatie, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursproccsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 267-291.

Klaassen 2001

C.J.M. Klaassen, Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding, in: C.P.M. Cleiren e.a., *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 47-71.

Klaassen 2002

C.J.M. Klaassen, Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van artikel 21 NRv, *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 1450-1458.

Klaassen 2005

C.J.M. Klaassen, De rol van de rechter in het kader van de waarheidsvinding in letselschadezaken: leidend of lijdend?, in: D.H.M. Peepkorn (red.), *Waarheidsvinding en privacy. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2005*, Den Haag: SDU 2005.

Klaassen 2007

C.J.M. Klaassen, Vertrouwen op de rechter? Enkele opmerkingen over de positie van de rechter in het civiele proces, in: N.E.D. Faber e.a., *Fiduciaire verhoudingen*, (S.C.J.J. Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2007, p. 119-136.

Klaassen 2009

C.J.M. Klaassen, Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure. Enkele opmerkingen betreffende de verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden van enerzijds de rechter en anderzijds de partijen, in:

L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 57-85.

Klaassen 2010

C.J.M. Klaassen, Het belang van het pleidooi en de kunst van het pleiten in de civiele procedure, *Ars Aequi* 2010, p. 825-831.

Klein 1927

Franz Klein, *Der Zivilprozess Österreichs, mit Ergänzungen von Friedrich Engel*, Mannheim/Berlin/Leipzig: J. Bensheimer 1927.

Knapen 2010

Michel Knapen, Over doorhameren op een schikking, *Advocatenblad* 2009, p. 200-201.

Knapen 2010

Michel Knapen, Antwoord voor comparitie, zoeken naar de meest geschikte civiele zitting, *Mr.* 2010, p. 86-91.

Van der Korst 2006

P.J. van der Korst, Transparantieplicht van procespartijen: de gehele waarheid en niets dan de waarheid, in: P.J. van der Korst e.a., *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 11-29.

Van der Korst 2009

P.J. van der Korst, Discovery in het Nederlands burgerlijk procesrecht, 'Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken' van de Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht becommentarieerd, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2009, p. 14-143.

Krans 2009

H.B. Krans, De Principles of Transnational Civil Procedure en het Nederlandse bewijsrecht, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2009, p. 58-66.

Krans 2010

H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010.

Krans & Van Rhee 2009

H.B. Krans & C.H. van Rhee, De Principles of Transnational Civil Procedure: een inleiding, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 49-51.

Kremer 1999

M. Kremer, Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Kremer 2003

M. Kremer, De waarheids- en volledigheidsplicht onder het vernieuwde civiele procesrecht, Advocatenblad 2003, p. 333-337.

Kremer 2005

M. Kremer, Noot bij bewijsnood, in: R.J.C. Flach e.a., Amice, Opstellen, op 26 april 2005 aangeboden aan prof.mr. G.R. Rutgers (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 197-205.

Van der Kwaak 2002

D.J. van der Kwaak, Kan procederen onrechtmatig zijn? Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2002 (6500), p. 579-585.

Kwak 2003

A.-J. Kwak, Rechterlijk gezag in het geding. Over het marktplaatsplein, de ivoeren toren en het glazen huis, Justitiële Verkenningen 2003, nr. 1, p. 32-46.

Land/Eggens 1933

N.K.F. Land/J. Eggens, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, zesde deel, boek IV, titel I-VI, Haarlem: Erven F. Bohn 1933.

Langemeijer/Schrage 1994

G.E. Langemeijer, bewerkt door E.J.H. Schrage, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Levy 1894

Arnold Levy, Uitbreiding van het getuigenbewijs in burgerlijke zaken (diss. Amsterdam GU), Apeldoorn: J.H. Steghers 1894.

Lewin 2011

G.C.C. Lewin, Ambtshalve toepassing van rechtsregels, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2011, p. 12-19.

Van der Linden 2008

J. van der Linden, Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord. Den Haag: Raad voor de Rechtspraak (Research Memoranda) 2008.

Van der Linden 2010

J. van der Linden, De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009

Janneke van der Linden, Albert Klijn & Frank van Tulder, Meesterlijk gedrag: leren van compareren, Rechtstreeks 2009/3 (Raad voor de rechtspraak).

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, Vier kinderen hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht, Nederlands Juristenblad 2009, p. 2670-2682.

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, Over wat schade is en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2010 (6867), p. 901-910.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Litewski 1999

Wieslaw Litewski, Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarii, Kraków: Jagiellonian University Press 1999.

Loth 1998

M.A. Loth, Recht spreken, recht doen, over de functies en het functioneren van burgerlijke rechtspraak (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1998.

Malsch 2004

M. Malsch, De aanvaarding en naleving van rechtsnormen door burgers: participatie, informatieverschaffing en bejegening, P.T. de Beer & C.J.M. Schuyt (red.), Bijdragen aan waarden en normen, Verkenning Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004, p. 77-105.

Mak 2007

Elaine Mak, De rechtspraak in balans, Een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Margetson 2004

N.H. Margetson, Het recht op pleidooi, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 243-249.

Margetson 2005

N.H. Margetson, Perikelen rond het pleidooi en de comparitie, Praktisch Procederen 2005, p. 39-47.

Meilink 1924

J.G. Meilink, De hoofdbeginselen van het bewijsrecht van het ontwerp Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1924, Den Haag: Belinfante 1924, I. (Eerste stuk), p. 1-56.

Memelink 2009

P. Memelink, Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten, in: A.G. Castermans e.a. (red.), Het zwijgen van de Hoge Raad, Deventer: Kluwer 2009, p. 47-68.

Van Mierlo/Van Dam-Lely

A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg, Deventer: Kluwer 2011.

Mom Visch 1878

D.J. Mom Visch, Het verhoor op vraagpunten en de verschijning van partijen, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1878, I, Den Haag: Belinfante 1878, p. 310-371.

Nieuwenhuis 2006

Hans Nieuwenhuis, Waartoe is het recht op aarde? Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Nispen 1993

C.J.J.C. van Nispen, De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993.

Nolst Trenité 1915

J.L.G. Nolst Trenité, Moet aan procederende partijen de plicht zijn opgelegd om de rechter omtrent de feiten in te lichten? En zo ja, in welke omvang?, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1915*, I. (Eerste stuk), Den Haag: Belinfante 1915, p. 191-237.

Numann 1985

E.J. Numann, De comparitie na antwoord, in: J.M. Polak e.a., *Iustitia et Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 165-184.

Offerhaus 1924

J. Offerhaus, De hoofdbeginselen van het bewijsrecht van het ontwerp Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1924*, Den Haag: Belinfante 1924, I. (Tweede stuk), p. 1-50.

Ontwerp Staatscommissie-Gratama 1921

Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 4 november 1911, no. 40 (Staatscommissie-Gratama), Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, I. Wetboek, II. Toelichting, 's-Gravenhage: Boekh. VH. Gebr. Belinfante 1921.

Ontwerp NJV 1911

Nederlandsche Juristen-Vereeniging, Ontwerp van wet regelende het burgerlijk proces in eersten aanleg met memorie van toelichting. Samengesteld door de commissie benoemd krachtens besluit der algemeene vergadering van 29 juni 1907, Den Haag 1911.

Opzoomer/Levy 1892

C.W. Opzoomer/J.A. Levy, Het Burgerlijk Wetboek verklaard. 12. Art. 1902-1916, Den Haag: Gebr. Belinfante 1892.

Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988

G.R. Rutgers, R.J.C. Flach en G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002

A.J.M. van Mierlo, m.m.v. F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis, Herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken*, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, Wetsvoorstel 26 855 en gedeelten uit de wetsvoorstellen 27 748 (Uitvoeringswet EG-betekenningsverorde-

ning), 27 824 (Aanpassingswetgeving), Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Deventer: Kluwer 2002.

Pel & Verberk 2009

Machteld Pel & Suzan Verberk (red.), De pilots 'Conflictoplossing op maat'. Reflectie op resultaten en ideeën voor de toekomst, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010.

Peletier 1999

M.E.M.G. Peletier, Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie. Over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Pels Rijcken 1983

L.D. Pels Rijcken, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in hoger beroep, in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate, B.C. Punt (red.), Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt, Deventer: Kluwer 1983, 163-179.

Pet 1907

P. Pet, Getuigenbewijs in burgerlijke zaken (oratie Groningen), Groningen: Wolters 1907.

Pieters 2010

T.S. Pieters, De raakbare rechter, *Trema* 2010, p. 197-201.

Pijnappel 1881

J. Pijnappel, Bespoedigde behandeling van het proces, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1881, deel I, Den Haag: Belinfante 1881, p. 316-336.

Pijnappel 1891

J. Pijnappel, In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van de rechter in het burgerlijk geding te bepalen?, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1891, I., p. 136-160.

Pinner 1878

J. Pinner, Het verhoor op vraagpunten en de verschijning van partijen, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1878, Den Haag: Belinfante 1878, I, p. 372-390.

De Pinto 1870

A.A. de Pinto, Boekbespreking: De schriftelijke of de mondelinge rechtspleging? Eene bijdrage tot de herziening van het Wetboek van Burgerlijke

Rechtsvordering, door mr. D. Binger, Amsterdam 1869, in: Themis 1870, p. 509-526.

De Pinto 1879

A.A. de Pinto, Moet in het burgerlijk proces de vrije bewijstheorie worden gehuldigd? Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1879, Den Haag: Belinfante 1879.

Pitlo/Hidma & Rutgers 2004

Pitlo/T.R. Hidma en G.R. Rutgers, Bewijs (Het Nederlands burgerlijk recht, deel 7), Deventer: Kluwer 2004.

Rapport Toetsingscommissie civiele vonnissen 2010

P. Neleman en P.J. Neijt, Eindrapport Toetsingscommissie civiele vonnissen (december 2010), www.rechtspraak.nl > Organisatie > Publicaties en brochures > Rapporten en artikelen.

Ras 1971

H.E. Ras, Boekbespreking dissertatie J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding, Nederlands Juristenblad 1971, p. 100-101.

Ras/Hammerstein 2004

H.E. Ras, bewerkt door A. Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 2004.

Van den Reek 1997

W.A.J.P. van den Reek, Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht (diss. Tilburg), Zwolle 1997.

Van den Reek 2003

W.A.J.P. van den Reek, Het verloop van de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2003, p. 22-26.

Van Reenen 1871

J.H. van Reenen, De beperkingen van het getuigenbewijs in burgerlijke zaken (diss. Leiden), Leiden: W.T. Werst 1871.

Reisig 2005

Dick Reisig, Het aanbod van getuigenbewijs (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2005.

Roberts 2009

Simon Roberts, 'Listing Concentrates the Mind': the English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation, *Oxford Journal of Legal Studies* 2009, p. 457-479.

Roëll 2003

Th.S. Roëll, Nieuwe grenzen aan de verschijnings- en verklaringplicht van getuigen, *Nieuwsbrief BW* 2003, p. 173-175.

Roëll 2004

Th.S. Roëll, Fundamentele herbezinning, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2004, p. 39-40.

Roëll 2011

Th.S. Roëll, De onzalige verleidingen van de comparitierechter, in: D. Allewijn e.a., *De mondelinge behandeling, negen jaar met het nieuwe procesrecht*, Voorjaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 9-25.

Rombach 1879

J. Rombach, Moet in het burgerlijk proces de vrije bewijstheorie worden gehuldigd? *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1879, Den Haag: Belinfante 1879.

Roos 2006

J.J. Roos, Kroniek. Eerste aanleg. Grenzen van de rechtssrijd, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2006, p. 88-90.

Roos 2008

J.J. Roos, Kroniek. Eerste aanleg. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2008, p. 105-107.

Van Rossem/Cleveringa 1972

R.P. Cleveringa, Mr. W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

Van Rossum 2010

Wibo van Rossum, Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming, *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 2467-2472.

Ruijpers 2005

M.P.J. Ruijpers, Kronieken. Eerste aanleg, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2005, p. 9-11.

Rutgers 2005

J.W. Rutgers, Ambtshalve toepassing van Europees recht in het civiele geding, in: R.J.C. Flach e.a. (red.). Amice, Rutgers-bundel, Deventer: Kluwer 2005, p. 295-303.

Van Schaick 2009

A.C. van Schaick, Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

Scheltema 1939

F.G. Scheltema, Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht, voltooid door H.J. Scheltema, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939.

Von Schmidt auf Altenstadt 2002

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, Opening van zaken, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2002, p. 8-14.

Scholten 1935

Paul Scholten, Eggen Bewijsrecht, in: G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein, Verzamelde geschriften van prof. mr. Paul Scholten, Derde en vierde deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, IV, p. 354-364.

Schoordijk 2004

H.C.F. Schoordijk, De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces, Nederlands Juristenblad 2004, p. 162-167.

Schutte 2009

Camilo Schutte, Zeven jaar actieve rechters, Mr. 2009 p. 13.

Schuyt 1988

C.J.M. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 297-333.

Schuyt 2006

Kees Schuyt, Steunberen van de samenleving, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006.

Thoe Schwartzberg 2009

H.W.B. Thoe Schwartzberg, Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk, Apeldoorn: Maklu 2009.

Siemerink 2010

Leonie Siemerink, Rechter gewaarschuwd voor googelen, Nederlands Juristenblad 2010, p. 2645-2650.

Sijmonsma 2003

J.R. Sijmonsma, Ervaringen met het vernieuwde burgerlijk procesrecht, Praktisch Procederen 2003, p. 122-130.

Sijmonsma 2010a

J.R. Sijmonsma, Het inzagerecht: Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

Sijmonsma 2010b

J.R. Sijmonsma, Het inzagerecht vernieuwd? Tijdschrift voor de procespraktijk 2010, p. 179-185.

Sluijters 2001

B. Sluijters, 'De overbrugging van de kloof tussen rechter en deskundige', in: De rol van de deskundige in het schaderegelingsproces, Symposium Vereniging van Letselschade Advocaten 2001, Lelystad: Vermande 2001.

Smith 2004

C.E. Smith, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Smits 2008

P. Smits, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders 1992

H.J. Snijders, Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (oratie Rotterdam), Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.F.J. Tjeenk Willink 1992.

Snijders 2003

H.J. Snijders, 'They have a dream... Een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', Nederlands Juristenblad, p. 1696-1707.

Snijders 2004

H.J. Snijders, Inleiding op de commentaren, in: P. Ingelse (red.), Commentaren op fundamentele herbezinning, Prinsengrachtreeks 2004/1, Nijmegen: Ars Aequi 2004, p. 9-24.

Snijders 2007

H.J. Snijders, Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Snijders 2008

H.J. Snijders, Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (6761), p. 541-551.

Snijders/Wendels 2009

H.J. Snijders en A. Wendels, bewerkt door H.J. Snijders, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009.

Snijders, Klaassen & Meijer 2011

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer 2011.

Star Busmann 1915

C.W. Star Busmann, Moet aan procederende partijen de plicht zijn opgelegd om de rechter omtrent de feiten in te lichten? En zo ja, in welke omvang?, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1915*, I. (Eerste stuk), Den Haag: Belinfante 1915, p. 127-189.

Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972

C.W. Star Busmann/ L.E.H. Rutten & W.H. Ariëns, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: Erven F. Bohn 1972.

Steenberghe 2008

H.M.M. Steenberghe, De regiefunctie van de rechter, in: R.J. Verschoof e.a., *De regiefunctie van de rechter*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 25-43.

Steenberghe 2009

H.M.M. Steenberghe, De comparitie als contradictie, *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2009, p. 204-212.

Stein 1987

H. Stein, Comparitie na antwoord, *Advocatenblad* 1987, p. 173-174.

Stein 1988

P.A. Stein, Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure, *Nederlands Juristenblad* 1988, p. 387-393.

Stein/Rueb 2011

P.A. Stein, Compendium van het burgerlijk procesrecht, verzorgd door A.S. Rueb, Kluwer: Deventer 2011.

Storme 2001

M. Storme, Fundamentele beginselen van procesrecht en hun nut voor de harmonisering in Europa, in: C.H. van Rhee, F. Stevens & E. Persoons (red.), Voortschrijdend procesrecht. Een historische verkenning, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2001, p. 207-215.

Struycken 1909

A.A.H. Struycken, in: Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1909, Den Haag: Belinfante 1909, deel II, p. 200-207.

Stürner 2005

Rolf Stürner, The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions, *Rabels Zeitschrift*, p. 201-254.

Suijling 1928

J.Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 1^e stuk, 2^e gedeelte, Haarlem: Bohn 1928.

Tjong Tjin Tai 2002a

T.F.E. Tjong Tjin Tai, De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2002, p. 29-37.

Tjong Tjin Tai 2002b

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2002 (6482), p. 259-266.

Den Tonkelaar

J.D.A. den Tonkelaar, Reactie op 'Het burgerlijk procesrecht de baas (?)' van F.W. Grosheide in WPNR 2010 (6847), *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2010 (6857), p. 701-702.

Van Unen 2002

E.P. van Unen, De bejubelde en verguisde comparitie na antwoord, *Praktisch Procederen* 2002, p. 51-52.

Van Unen 2004

E.P. van Unen, Tien stellingen over het burgerlijk procesrecht, eenzijdig toegelicht, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 61-69.

Valk 2007

W.L. Valk, Voorlopige oordelen ter gelegenheid van de comparitie na aanbrengen, *Praktisch Procederen* 2007, p. 88.

Valk 2009

W.L. Valk, Rechtsbescherming in het civiele appelprocesrecht, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 23-36.

Valk & Ter Veer 2005

W.L. Valk & C.G. ter Veer, De comparitie na aanbrengen in hoger beroep, *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 1985-1987.

Van Velthoven 2007

B.C.J. van Velthoven, Civiele rechtspraak in eerste aanleg, 2005. Een eerste stap op weg naar kwantificering van de maatschappelijke betekenis van rechtspraak, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007.

Van Velthoven 2011

B.C.J. van Velthoven, Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland, *RM Themis* 2011, p. 7-16.

Van Velthoven & Ter Voert 2004

B.C.J. van Velthoven & M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingsdelta* 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010

B.C.J. van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta* 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Verduyn 2008

C.J. Verduyn, Een nieuwe maatstaf voor heroverweging van bindende eindbeslissingen, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2008, p. 73-78.

Verkerk 2010

R. Verkerk, *Fact-Finding in Civil Litigation* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2010.

Verkerk & Verkijk 2006

R.R. Verkerk en R. Verkijk, Principles of transnational civil procedure, vanuit een Nederlands perspectief, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2006, p. 212-223.

Verkijk 2009

R. Verkijk, Rechter en advocaten in de Principles of Civil Procedure en daarbuiten, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2009, p. 67-76.

Verkijk 2010

R. Verkijk, De advocaat in het burgerlijk proces (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Verschoof 2004

R.J. Verschoof, De praktijk van de comparitie na antwoord, Trema 2004, p. 339-345.

Verschoof 2008

R.J. Verschoof, De regiefunctie van de rechter, in: R.J. Verschoof e.a., De regiefunctie van de rechter, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 13-24.

Vetter 2002

H.J. Vetter, 'Aldus vertoont de comparitie na antwoord gelijkenis met het pleidooi'. De comparitie na antwoord en (het recht op) pleidooi, Praktisch Procederen 2002, p. 22-25.

Vranken 1986

J.B.M. Vranken, Het professionele (functionele) verschoningsrecht, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 1-133.

Vranken 1996

J.B.M. Vranken, Nawoord, in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard (red.), Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 97-113.

Vranken 1999

J.B.M. Vranken, Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg, in: W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, Verantwoordelijk procederen, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 33-88.

Vriesendorp 1970

J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970.

Wesseling-van Gent 1987

E.M. Wesseling-van Gent, Het civiele geding in de toekomst. Beschouwingen over aanpassing en vernieuwing van de regels van het burgerlijk proces in eerste aanleg naar aanleiding van de integratie van kantongerecht en rechtbank (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Westenberg 2006

J.W. Westenberg, Een zoektocht naar de feiten?, in: P.J. van der Korst e.a., Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 31-53.

Wetzels 2003

W.J.J. Wetzels, De substantiëringsplicht: zin en onzin, Praktisch Procederen 2003, p. 1-2.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, De rechtsverhouding tussen procespartijen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Wiersma 2002

H.W. Wiersma, Inhaalmanoeuvres in het burgerlijk procesrecht. De hercoördinatie van wetsvoorstel 26 855 e.a. per 1 januari 2002, Nederlands Juristenblad 2002, p. 6-20.

Wiersma 2010

H.W. Wiersma, Bewijswaarderingsoordelen in het civiele (proces)recht, Ars Aequi 2010, p. 466-475.

Wigboldus 2010

D.H.J. Wigboldus, Psychologische aspecten bij bewijslevering, in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans & D.H.J. Wigboldus, Bewijsrecht, Najaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 45-55.

Wildeboer 2011

J.R. Wildeboer, Kostendeckende griffierechten; een fundamentele bezuiniging?, in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177-194.

Witteman 1921

P.J. Witteman, *De grens tusschen recht en feit in de burgerlijke cassatie* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Boekdrukkerij H.J. Koersen 1921.

Ynzonides 2010

M. Ynzonides, Complexiteit en massificatie in het burgerlijk procesrecht, in: E.J. Numann e.a. (red.), *Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia*, Deventer: Kluwer 2010, p. 93-104.

Zilinsky 2005

M. Zilinsky, *De Europese Executoriale Titel* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005.

Waarheidsvinding in het bestuursrecht

A. Gerbrandy¹

Inhoudsopgave

1.	<i>Inleiding</i>	157
2.	<i>Materiële waarheidsvinding</i>	159
2.1.	Het uitgangspunt van de Algemene wet bestuursrecht	159
2.2.	De taakopvatting van de rechter	162
2.3.	Inperking van de waarheidsvinding door de Awb	167
2.4.	EU-recht en de invloed op nationaal procesrecht	169
2.5.	Conclusie: waarheidsvinding als taakopdracht	170
3.	<i>Bewijsrecht en waarheidsvinding</i>	171
3.1.	Inleiding	171
3.2.	Vrij-bewijs-leer	171
3.3.	Bewijsstandaard, bewijswaardering, bewijsmiddelen	174
3.4.	Bewijsomvang	175
3.5.	Bewijslastverdeling	176
3.6.	Deskundigen in het bewijsproces	179
3.7.	Onrechtmatig bewijs	183
3.8.	Bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit	184
3.9.	Conclusie ten aanzien van bewijs en waarheidsvinding	185
4.	<i>Waarheid in het vreemdelingenrecht: de taalanalyse</i>	186
4.1.	Inleiding	186
4.2.	De asielprocedure en de plaats van de taalanalyse daarin	187
4.3.	Het waarheidsgehalte van de herkomstclaim bewijzen	188
4.4.	Tegenbewijs en contra-expertise	190
4.5.	Terughoudende toetsing van de feiten	191
4.6.	De geschiktheid van het instrument	192
4.7.	Conclusie: materiële waarheid in (dit type) asielzaken	193

1. Mr. Dr. Anna Gerbrandy is werkzaam bij het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Aan Hannah Kappel en Merel Holkamp is dank verschuldigd voor hun enthousiaste ondersteuning bij de voorbereiding van dit proadvies.

5.	<i>De prospectieve waarheid</i>	194
5.1.	Inleiding	194
5.2.	De plaats en de inhoud van prospectieve analyse in het mededingingsrecht	196
5.3.	Bewijslastverdeling en bewijsmaatstaf	197
5.4.	Rechterlijke toetsing en hindernissen bij materiële waarheidsvinding	198
5.5.	Conclusie: materiële waarheidsvinding is onmogelijk, maar is dat erg?	200
6.	<i>Bestuursrechtelijk sanctierecht: rokers en kartellisten</i>	202
6.1.	Inleiding	202
6.2.	Een algemene regeling in de Awb	203
6.3.	Wildplassers, rokers, kartellisten	204
6.4.	Bevoegdheden van de NMa en de nVWA	205
6.5.	Onderzoek, bedrijfsbezoek & cautie	206
6.6.	Functioniescheiding, rapport en boete-oplegging	208
6.7.	Bewijzen van overtreding	208
6.8.	Het algemene uitgangspunt van de volle toets	212
6.9.	Volle toets en waarheidsvinding	214
6.10.	Conclusie: waarheidsvinding in punitief bestuursrecht	216
7.	<i>Conclusies: is materiële waarheidsvinding nog van deze tijd?</i>	217
	<i>Bibliografie</i>	219

1. Inleiding

Dit preadvies heeft betrekking op waarheidsvinding in het bestuursrecht. Meer precies gaat het over waarheidsvinding door de bestuursrechter.

Er is een belangrijk verschil tussen het rechtspreken door een bestuursrechter enerzijds en door de civiele en strafrechter anderzijds: de bestuursrechter komt (in beginsel) aan bod nadat een bestuursorgaan de waarheid al heeft vastgesteld en heeft neergelegd in (de feitelijke grondslag van) een besluit. Het is *het besluit* dat ter toetsing voorligt aan de bestuursrechter.² Dat betekent dat de waarheid bij en door de rechter wordt vastgesteld als reactie op een reeds vastgestelde waarheid. Hoewel ook de civiele rechter en de strafrechter een standpunt bepalen in reactie op argumenten van partijen is het verschil dat het in het besluit neergelegde verhaal van een bestuursorgaan – als het goed is – reeds de feiten, de standpunten, de argumenten en de belangen van betrokkenen heeft afgewogen; het verhaal is ‘af’.³

Hoewel de bestuursrechter, zoals hierna zal blijken, formeel gezien een grote vrijheid kent in hoe hij tot waarheidsvinding komt, is er wel degelijk sprake van een begrenzing. Die ligt op verschillende niveaus. Een eerste begrenzing wordt gegeven door de algemene en bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving. In de Awb zijn bijvoorbeeld de grenzen van de rechtsstrijd neergelegd. Bovendien zijn er regels van bewijsrecht, waarbij ook het EVRM een rol kan spelen. Ook het EU-recht kan het nationale procesrecht beïnvloeden. Een tweede begrenzing wordt in ieder geval gegeven door de taakopvatting van de rechter: is de bestuursrechter een actieve onderzoeker van de waarheid of is zijn taak beperkter? Tenslotte is er een principiële begrenzing die wordt gegeven door het antwoord op de vraag of de waar-

2. Maar zie De Bock 2004, p. 27-28; zie ook discussie over de wederkerige rechtsbetrekking in Backes & Jansen 2010.

3. Er is nog een verschil (met name ten opzichte van de strafrechter): het lijkt er op dat de bestuursrechter het best goed doet als het gaat om het vaststellen van wat feitelijk is (of was); anders dan in bijvoorbeeld het strafrecht maakt de bestuursrechter kennelijk geen grote feitelijke mislagen, althans, media aandacht daarvoor ontbreekt. Er zijn wel uitgebreid gedocumenteerde missers op het niveau van het *bestuur*, met name bij grote infrastructurele werken of andere besluitvormingstrajecten; zie hierover bijv. De Vries & Bordewijk 2009. Het lijkt echter onhoudbaar dat dit komt doordat de bestuursrechter beter is in het vaststellen van de waarheid. Het kan zijn dat mislagen wel voorkomen – enig rondvragen leverde wel anekdotes op – maar dat bestuursrechtelijke zaken nu eenmaal minder publiciteitsgevoelig zijn. Het kan ook zijn dat in de bestuursrechtelijke context waarbij de zaak kan worden terugverwezen naar het bestuursorgaan, feitelijke fouten nu eenmaal minder pregnant zijn.

heid überhaupt is vast te stellen: als het antwoord op die vraag ontkennend is geeft dat een absolute grens aan de mogelijkheid tot waarheidsvinding.⁴

In het navolgende preadvies zal die begrensde waarheidsvinding verder worden uitgediept. Ter verantwoording van de daarbij gemaakte keuzes is het wellicht goed op te merken dat mijn achtergrond met name Europeesrechtelijk en mededingingsrechtelijk is; van daaruit betrad ik het bestuursrecht. Weliswaar is mededingingsrecht vooral bestuursrecht, en ging mijn proefschrift voor een groot deel over het bestuursprocesrecht in het mededingingsrecht waarvoor algemene leerstukken, thema's en discussies de achtergrond vormden, toch levert dit natuurlijk een specifiek gezichtspunt op.⁵ Vanuit het mededingingsrechtelijk perspectief is waarheidsvinding door of bij de bestuursrechter op zijn minst problematisch: het zal niet verbazen dat onderdelen van het mededingingsrecht hierna aandacht krijgen, meestal in vergelijkende zin met andere bijzondere delen van het bestuursrecht – nadere verdieping in andere terreinen van bestuursrecht bracht het inzicht dat waarheidsvinding daar niet minder problematisch is.

Het preadvies is als volgt opgebouwd: paragraaf 2 begint de discussie met de uitgangspunten van de Algemene wet bestuursrecht (de Awb) en de algemene theorievorming omtrent waarheidsvinding in het licht van de lopende discussie omtrent de taak en houding van de rechter in het bestuursproces. De grenzen die door de Awb en door het algemene EU-recht worden gesteld passeren de revue. In paragraaf 3 verlegt de focus zich naar het bewijsrecht: de vrije bewijsleer en de wat wonderlijke houding van de Awb-wetgever ten aanzien van de relatie tussen het niet codificeren van bewijsregels in de Awb en de mogelijkheid tot materiële waarheidsvinding komen aan bod, evenals het al dan niet duidelijk zijn over bewijsrechtelijke problematiek door de bestuursrechter. In deze beide paragrafen is de methode van onderzoek vooral discursief. Er wordt naar (onderdelen van) het bijzondere bestuursrecht verwezen maar een uitgebreide studie van jurisprudentie op terreinen van bijzonder bestuursrecht ligt hier niet aan ten grondslag: de nadruk ligt op gedachtenvorming over het thema van dit preadvies. Deze benadering leek echter niet compleet als niet voor bepaalde onderwerpen een diepgaandere analyse zou volgen. Ik heb mij daarom ook in enkele andere terreinen verdiept waar waarheidsvinding kritisch wordt beschouwd: taalanalyse in het vreemdelingenrecht (par. 4), prospec-

4. Op dit punt zal ik niet ingaan, als ik hierna spreek over het kunnen vaststellen van de waarheid is deze beperking op de achtergrond steeds aanwezig; zie hierover de bijdrage van Loth in deze bundel.
5. Ik troost mij met de gedachte dat ik niet de enige ben die niet het hele bestuursrecht, zowel het algemene als de bijzondere delen overziet, vgl. hierover de opmerking van Schueler 2010, p. 181.

tieve analyse in (onder andere) het concentratietoezicht (par. 5), en enkele voorbeelden uit het bestuursrechtelijk sanctierecht zoals het rookverbod en het kartelverbod (par. 6). Het preadvies eindigt, in paragraaf 7, met een meer expliciet normatief geladen conclusie.

2. Materiële waarheidsvinding

2.1. *Het uitgangspunt van de Algemene wet bestuursrecht*

Bij de totstandkoming van de Awb, waarin geüniformeerde bestuursprocesrechtelijke bepalingen zijn opgenomen, heeft de wetgever aandacht besteed aan de taak van de bestuursrechter: het *door de rechter vinden van de materiële waarheid*. Het is de moeite waard de Memorie van Toelichting uitgebreid te citeren.

‘Een (...) belangrijke karakteristiek van het bestuursprocesrecht is het zoeken naar de materiële waarheid. (...) Een wezenlijk kenmerk is, dat de rechter, op zoek naar de relevante feiten, in belangrijke mate het verloop van de procedure bepaalt en niet alleen verplicht is ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, maar ook nadrukkelijk bevoegd is, op basis van eigen onderzoek tijdens het vooronderzoek en tijdens het onderzoek ter zitting, ambtshalve de feiten aan te vullen. Men spreekt veelal van de actieve rechter of van de rechter als *dominus litis*. Dit kenmerk hangt zowel samen met het handhaven van het objectieve publiekrecht als met het bieden van rechtsbescherming.’⁶

In de Memorie van Toelichting wordt niet alleen materiële waarheidsvinding door de rechter voorop gesteld – en daarvoor worden de rechter bevoegdheden toegekend – maar de materiële waarheidsvinding wordt ook gekoppeld aan verschillende, soms tegenstrijdige, doelstellingen van bestuursprocesrecht: het *handhaven van het objectieve recht* en het bieden van (individuele) *rechtsbescherming*. De reden voor het belang dat aan een actieve waarheidszoekende rechter wordt toegekend is dus enerzijds gelegen in het karakter van besluiten die bestuursorganen nemen: het gaat om (de toetsing van) publiekrechtelijke handelingen. Daarmee wordt het objectieve recht vastgesteld. In dit perspectief gaat het vooral om een functie waarbij de rechter optreedt als ‘laatste schakel in de keten van publiekrechtelijke rechtsvorming’;⁷ het gaat om een perspectief waarbij de *inhoud* van de rechtsbetrekking op de voorgrond treedt en waarmee het collectieve belang dat gemoeid is met een juiste vaststelling van dat objectieve recht voorop staat. Het belang dat de materiële waarheid boven tafel komt

6. PG Awb II, p. 162-216, MvT par. 2.2.2; te vinden via: <http://www.pgawb.nl>.

7. PG Awb II, p. 162-216, MvT par. 2.2.1.

is hier direct duidelijk: voor het vaststellen van de inhoudelijk juiste rechtsbetrekking dienen de feiten de juiste feiten te zijn.

In het tweede perspectief gaat het vooral om de bescherming van de individuele burger tegen de overheid, tussen wie immers een fundamenteel en principieel verschil in machtspositie een gegeven is. Als dit perspectief beperkt wordt opgevat als het bieden van processuele *rechtswaarborgen* – gehoord worden, redelijke termijnen, *equality of arms* – dan lijkt eerder een zo te noemen ‘processuele waarheid’ centraal te moeten staan dan de juiste feitelijke grondslag van het besluit.⁸ Het beschermen van de burger tegen de overheid is echter breder dan alleen het bieden van rechtswaarborgen in processuele zin. Derhalve is ook in dit perspectief het vaststellen van de juiste feiten van belang, aangezien op basis van die feiten de rechtszoekende burger zijn gelijk al dan niet kan verkrijgen. Het vaststellen van de juiste feiten is hier echter eerder een individueel belang van de rechtszoekende dan een algemeen belang van de maatschappij als geheel.

Een derde perspectief betreft *geschilbeslechting*. Geschilbeslechting is als doelstelling van bestuursrecht vooral na de totstandkoming van de Awb steeds meer op de voorgrond komen te staan;⁹ zij wordt aan materiële waarheidsvinding bij mijn weten niet gekoppeld. Die koppeling ligt ook minder voor de hand: in een perspectief waarbij het bij de bestuursrechter niet gaat om het handhaven van het objectieve recht of het bieden van rechtsbescherming aan de individuele burger tegen de overheid maar om het oplossen van een verschil van mening tussen twee min of meer gelijkwaardige partijen, komt de verantwoordelijkheid voor het vaststellen van de materieel juiste feiten niet (meer) primair bij de rechter te liggen. Het is een eigen verantwoordelijkheid van partijen om de waarheid van de feiten te betwisten: het bestuursrecht neigt hier meer naar een civielrechtelijk model van procesvoering.

Ik kom op deze ontwikkeling, inclusief een ontwikkeling naar *finaliteit* van geschilbeslechting, zo men wil: een vierde perspectief, hieronder terug.

Aan de taakopvatting van het zoeken naar de materiële waarheid wordt zowel in de Memorie van Toelichting op de Awb als in algemene bestuursrechtelijke literatuur een serie kenmerken verbonden die hiervoor al kort ter sprake zijn gekomen. Zo is de bestuursrechter volgens het boekje een *actieve* rechter, die zelf op zoek kan gaan naar de waarheid en kan doorvragen over de feiten: hij kan ambtshalve de feiten aanvullen (art. 8:69 lid

8. Vgl. Caranta & Gerbrandy 2011, p. 9.

9. Maar werd ook in de MvT Awb al genoemd: PG Awb II, p. 174.

2 Awb). Daartoe beschikt hij over onderzoeksbevoegdheden tijdens het *vooronderzoek* en tijdens de *zitting*, zoals het gelasten van een comparitie (art. 8:44 Awb), het oproepen van van getuigen (art. 8:46 lid 1 en 8:60 Awb), het houden van een schouw (art. 8:50 Awb) en het benoemen van een deskundige (art. 8:47 lid 1 en 8:60 lid 1 Awb). De *zitting* is een belangrijk moment om de feiten te onderzoeken. De rechter doet aan *ongelijkheidscompensatie* om de burger tegenover de (principeel machtige) overheid bij te staan. Bovendien geldt voor de bestuursrechter een vrij-bewijsleer (zie par. 3). Al deze kenmerken worden in verband gebracht met de taakopdracht van materiële waarheidsvinding. Zij staan echter onder druk (zie par. 2.2).

Met het constateren dat de bestuursrechter zich ten aanzien van de feiten bezig houdt met materiële waarheidsvinding is nog niet duidelijk wat onder de 'materiële waarheid' moet worden verstaan. In bestuursrechtelijke literatuur wordt het begrip 'materiële waarheid' vrijwel steeds afgezet tegen het begrip 'formele waarheid' zoals dat (vanuit het perspectief van de bestuursrechtjurist) in het civiele recht als uitgangspunt geldt en die een door partijen geconstrueerde waarheid betreft.¹⁰ De bestuursrechter daarentegen 'onderzoekt (...) of de relevante feiten (...) juist en volledig zijn vastgesteld',¹¹ ofwel dat 'een beschikking in overeenstemming dient te zijn met de feiten'.¹² Daarbij wordt met materiële waarheid 'het werkelijk gebeurde bedoeld'.¹³ In algemene zin ligt aan materiële waarheidsvinding derhalve de *correspondentietheorie* ten grondslag.¹⁴

Of het voor de rechter, in abstracto en in concreto, ook daadwerkelijk mogelijk is om die materiële waarheid te achterhalen komt in de Memorie van Toelichting bij de Awb niet aan de orde. Hierna zal blijken hoe de rechter bij deze zoektocht wordt ingekaderd door de Awb, door regels van bewijs en door een veranderde taakopvatting en wordt gezien hoe de waarheidsvinding op enkele specifieke bestuursrechtelijke terreinen zou kunnen plaatsvinden, maar hier kan er al op worden gewezen dat het absolute uitgangspunt wordt gerelativeerd. Het gaat om een '*streven (...) gericht op het zoeken van de materiële waarheid*'.¹⁵ Toch lopen de meningen ook hierover uiteen, zoals de volgende citaten laten zien:

10. Vgl. Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 66; Damen e.a. 2009, p. 254.

11. Damen e.a. 2009, p. 255.

12. AR RvS 22 december 1977, AB 1978/168 n.nt J. in 't Veld.

13. Crommelin 2007, p. 225; Bosch-Boesjes 1991, p. 144-145; Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 66-67.

14. Zie hierover het preadvies van Loth in deze bundel.

15. Schlössels 2009, p. 33 (cursief toegevoegd); vgl. Wulffraat-Van Dijk, 1995, p. 67.

‘Over de feitenvaststelling door de bestuursrechter zijn vele stellingen te poneren. Ik noem er een. Die luidt als volgt: ‘Iedere bestuursrechter heeft als ideaal dat besluiten van het bestuur zijn toetsing alleen overleven, als ze zijn gebaseerd op de materiële waarheid’. Het is een stelling die ik niet kan bewijzen. Desondanks weet ik zeker dat die klopt. Het is immers onbestaanbaar dat een bestuursrechter dat ideaal niet zou hebben.’¹⁶

‘Het gaat mij te ver (...) dat iedere bestuursrechter als ideaal heeft dat besluiten van het bestuur zijn toetsing alleen overleven, als ze zijn gebaseerd op de materiële waarheid. Pas wanneer partijen over de feiten van mening verschillen, is bemoeienis van de rechter met de feitenvaststelling op haar plaats.’¹⁷

2.2. De taakopvatting van de rechter

De uitgangspunten van het bestuursprocesrecht staan zowel op normatief als op feitelijk niveau ter discussie: moeten de uitgangspunten als nastrevenswaardig worden gehandhaafd en worden zij in de praktijk daadwerkelijk toegepast.¹⁸ Daarbij merk ik volledigheidshalve nog op dat er in het bestuursrecht vier hoogste instanties zijn met elk een eigen perspectief op de taak van henzelf en de instanties die in eerste aanleg rechtspreken (en dat zijn vaak dezelfde rechtbanken): de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling of ABRvS), het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het CBb), de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en de Hoge Raad.¹⁹

a. Het normatieve perspectief op de taakopvatting

Wat het eerste betreft – de *wenselijkheid* van de uitgangspunten die samenhangen met een actieve waarheidszoekende rechter – hangt de beantwoording nauw samen met wat normatief als taak van de bestuursrechter wordt gezien: is dat de ondertussen al als ‘klassiek’ aangemerkte rechtsbeschermingsfunctie (het perspectief op de rechter als laatste schakel in de vaststelling van objectief recht is nog verder naar de achtergrond verdwenen) of is dat het modernere beslechten van geschillen tussen bestuursorgaan en overheid? Bij een functie als geschilbeslechter past (nog) eerder een taakstelling van het ‘slechts’ hoeven vaststellen van de *formele* waarheid dan

16. Marschalle 2009a, p. 4.

17. Lubberdink 2009, p. 53.

18. De perspectieven lopen soms door elkaar, zie bijv. Rapport Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 33.

19. Zo is er een klassiek verschil in perspectief op het ‘kunnen aanvullen van de feiten’ (artikel 8:69 lid 3 Awb, hierna nader aan de orde) tussen de ABRvS en de CRvB; de Afdeling stelt zich terughoudender op (De Bock 2004, p. 50-55); zeer kritisch daarover is Tak 2011, p. 1006-1011.

bij een rechtsbeschermingsfunctie. Immers, bij geschilbeslechting worden partijen als gelijkwaardiger beschouwd, verdwijnt de compensatie van procesongelijkheid naar de achtergrond, en past de actief feitenonderzoek doende rechter minder goed. Overigens is niet de *activiteit* van de rechter het onderscheidend criterium, maar waar zich die activiteit op richt: wél past immers in dit plaatje een rechter die actief op zoek gaat naar datgene wat partijen verdeeld houdt en dat probleem probeert op te lossen. In deze optiek kan de bestuursrechter het niet-betwisten van feiten (of van de zorgvuldigheid van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan) waarvan hij zelf wel de juistheid of zorgvuldigheid betwijfelt voor rekening laten van de burger; hij staat in dit perspectief dichterbij de civiele rechter.

In het verlengde van de ontwikkeling naar geschilbeslechting ligt een sterkere focus op *finaliteit* van die geschilbeslechting. Finaliteit van geschilbeslechting houdt in dat de rechter zoveel mogelijk moet zorgen dat er niet een potje ping-pong ontstaat met het bestuursorgaan, dat na een vernietigd besluit een nieuw besluit moet nemen, waartegen rechtsbescherming openstaat, dat weer vernietigd kan worden, etc.²⁰ De rechter dient het geschil zoveel mogelijk, en ook zo *materieel* mogelijk, *definitief* te beslechten.²¹ Met de uitspraak van de rechter dient de kous af te zijn.²²

Een aantal punten is in deze uitvoerig gedocumenteerde discussie nog van belang.²³ Ten eerste geldt dat de normatieve vraag naar de bestuursrechtelijke houding ten aanzien van de feitenvaststelling ondertussen niet meer beantwoord kan worden zonder het EVRM daarbij te betrekken (waarbij ik de eveneens normatieve vraag of de randvoorwaarden die door het EVRM worden gesteld wel de juiste randvoorwaarden zijn hier onbeantwoord laat en die randvoorwaarden als gegeven beschouw). Het EVRM stelt in ieder geval eisen aan de vaststelling van de feiten in *punitieve* geschillen, maar heeft ook invloed op de feitenvaststelling in niet-punitieve geschillen.²⁴ Aangezien met de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb de

20. Zie ook Wet Aanpassing bestuursprocesrecht, II 2009/2010, 32450, nr. 2 waarin voorstellen zijn opgenomen 'die beogen om het bestuursprocesrecht te stroomlijnen en slagvaardiger te maken, en om een effectievere geschillenbeslechting mogelijk te maken.'

21. Vgl. ABRvS 12 augustus 2009, *AB* 2009/368, m.nt. De Waard.

22. Zie ook MvT Wet Aanpassing bestuursprocesrecht, II 2009/2010, 32450, nr. 3, p. 9 en p. 55; zie ook Eindrapport Project Differentiatie van Werkstromen Bestuursrecht 2010; Rapport Versnelling besluitvorming in het ruimtelijke domein 2010. Vgl. in dit verband ook beschouwingen over effectiviteit van Koenraad 2010, p. 241-260.

23. Zie voor een overzicht o.a. Polak 2010.

24. Bijvoorbeeld als het gaat om onrechtmatig bewijs (zie ook par. 3.7) en het inschakelen van deskundigen ingevolge het Mantovanelli-arrest: EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112.

bestuursrechtelijke boete een plaats heeft gekregen in het algemene bestuursrecht, ga ik daar apart (par. 6) op in.

Ten tweede is nog van belang dat de discussie over de wenselijkheid van een (actieve), materiële waarheidsvindende rechter op abstract-theoretisch niveau kan worden gevoerd, maar op dat niveau misschien niet definitief kan worden beslecht. Weliswaar kunnen de contouren wel zichtbaar worden gemaakt – er kan een ‘model voor feitenvaststelling’ worden ontwikkeld²⁵ – maar de vraag naar wat de taakopvatting dient te zijn zal verschillend worden beantwoord afhankelijk van het materiële rechtsgebied dat aan de orde is: wordt (meest) met professionele hulp geprocedeerd of door de burger zelf? Gaat het om zeer complexe financieel-economische of anderszins technisch-complexe casus waarbij van deskundige kennis gebruikt dient te worden gemaakt? Gaat het om in de persoonlijke levenssfeer diep ingrijpende beslissingen, zoals een verblijfsvergunning of het intrekken van een arbeidsongeschiktheidsuitkering of om over het algemeen minder ingrijpende besluiten als het verlenen van een vergunning voor het tijdelijk op de stoep mogen zetten van een grofvuil-container of het weigeren van een kapvergunning voor de boom in de voortuin? Toch zou er wel overeenstemming moeten kunnen worden bereikt over de vraag of het uitgangspunt dat in ieder geval wordt gestreefd naar een uitspraak die steunt op de materiële waarheid over de volle breedte van het bestuursrecht geldt.

Ten derde is in deze discussie nog de constatering van belang dat als het normatieve uitgangspunt dat het in het bestuursprocesrecht moet gaan om de vaststelling van de materieel juiste feiten wordt onderschreven, daarmee nog niet is vastgesteld *wie* dat dan moet doen. Hoewel materiële waarheidsvinding kan worden gekoppeld aan een daartoe optredende rechter, is nog niet gezegd dat materiële waarheidsvinding *door en bij* de rechter zelf moet plaatsvinden, of dat de rechter een rol inneemt waarbij het gaat om het *toetsen* van de waarheidsvinding door het bestuursorgaan. Bij de waarheidsvinding door het *bestuursorgaan* kan aan dat bestuursorgaan ook beoordelingsruimte worden gegund, zoals in het vreemdelingenrecht het geval is (zie par. 4). De hier in te nemen houding ligt op een continuüm waarop de rechter – afhankelijk van het rechtsgebied dat aan de orde is – een plaats kan innemen die loopt van het zelf vaststellen van de juiste feiten (‘die boom is een iep en niet een eik, en mag dus worden gekapt’), naar de toetsing van de juistheid van de door het bestuursorgaan vastgestelde feiten (‘die boom is geen iep, maar wat het wel is, dat laat ik in het midden’), naar toetsing van de zorgvuldigheid van het feitenonderzoek (‘de

25. Zie bijv. Barkhuysen e.a. 2007; De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007.

wijze waarop is vastgesteld dat die boom een iep is, is onzorgvuldig, dus kan van de iep-heid van die boom niet worden uitgegaan').²⁶ Met andere woorden: het gaat om middellijke of onmiddellijke waarheidsvinding, waarbij materiële waarheidsvinding als uitgangspunt niet hoeft te worden losgelaten bij een minder actief *zelf* vaststellen van de feiten door de rechter.

b. Het feitelijk perspectief: hoe actief is de rechter?

De tweede vraag is in hoeverre de aan de Awb ten grondslag liggende uitgangspunten *feitelijk* door de rechter worden gevolgd: is de bestuursrechter wel een waarheidszoekende rechter? Uit onderzoek komt naar voren dat er geen sprake is van een op dit vlak erg actieve rechter: de bestuursrechter is geworden tot een 'marginaal toetsende achteroverleuner'.²⁷

Voor de inactieve houding ten aanzien van de feiten zijn verschillende redenen.

Ten eerste geldt dat, zoals ik in de inleiding al memoreerde, de feiten (in het merendeel van bestuursrechtelijke zaken) al eens zijn vastgesteld: het bestuursorgaan heeft onderzoek naar de feiten verricht, en op basis van die feiten zijn besluit genomen. Dat betekent dat het niet altijd noodzakelijk wordt gevonden dat de *rechter* de feitenvaststelling nog eens over doet. Daar komt, ten tweede, een praktische reden voor een wat afwachtende houding bij: in het bestuursrecht wordt meest *zittingsgericht* gewerkt, een wat misleidende noemer. Ter zitting, die volgens de Awb centraal staat in de actieve vaststelling van de feiten door de rechter, kunnen onder andere partijen worden bevraagd over de feiten, maar ook getuigen worden opgeroepen of deskundigen gehoord.²⁸ Maar het zittingsgericht werken betekent dat de rechter pas kort voor de zitting het hele dossier bestudeert (anders dan in het civiele rechtsgeding is er geen formele fase van vooronderzoek met 'incidenten'): de zitting wordt geagendeerd voordat de rechter het dossier heeft bestudeerd.²⁹ Het belang van de zitting kan enerzijds daardoor toenemen omdat de rechter nog vrij veel losliggende eindjes daar kan trachten vast te knopen, maar tegelijkertijd betekent dit dat het momentum voor het inzetten van een aantal mogelijke instrumenten om zelf

26. Vgl. De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007, p. 3.

27. Damen 2006, p. 27; ook Barkhuysen e.a. 2007; genuanceerd is Polak 2010, p. 111. Er is wel een algemeen gepercipieerd verschil: de rechter is met name in sociale zekerheidszaken een actievere rechter dan in het overige bestuursrecht. vgl. De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007, p. 5; Rapport Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 25.

28. Uitgebreid over de bestuursrechtelijke zitting Marseille 2009b.

29. Vgl. Wulfraat-Van Dijk 1995, p. 24.

op zoek te gaan naar de feiten eigenlijk al is gepasseerd: een comparitie (art. 8:44 Awb) per definitie, maar ook het horen van getuigen (art. 8:46 Awb) of de benoeming van een deskundige om advies uit te brengen (art. 8:47 lid 1 Awb) hebben vooral nut (als daarover wordt nagedacht) tijdens het *vooronderzoek*. Het zittingsgericht werken brengt ook mee dat de partijen pas *dán* worden geconfronteerd met de vragen die het beroepschrift en het dossier bij de rechter oproepen; dat geeft hen niet steeds de gelegenheid zich goed voor te bereiden.³⁰ Een en ander komt waarheidsvinding niet ten goede. De rechter kan natuurlijk na de zitting het onderzoek heropenen en alsnog onderzoeksbevoegdheden inzetten, maar het zittingsgericht werken is gekoppeld aan een sterk gevoelde noodzaak een zaak niet al te lang te laten liggen, mede vanwege de financieringsstromen van de gerechten.³¹ Dit wordt gecompliceerd door de normatief geladen ontwikkeling naar finale geschilbeslechting en een grievenstelsel waarbij datgene wat partijen niet hebben aangevoerd ook niet ter discussie staat. In ieder geval materiële waarheidsvinding *door* de rechter, maar wellicht ook *voor* de rechter, verdwijnt meer naar de achtergrond. Hoewel het nog steeds mogelijk is dat de bestuursrechter het feitenonderzoek zelf ter hand neemt hij heeft daartoe de bevoegdheden – is er in de praktijk vooral sprake van een papieren geding.

Finaliteit in geschilbeslechting kan naast een wat ‘lossere’ houding ten aanzien van de materiële juistheid van de feiten echter ook leiden tot versterking van de mogelijkheden omtrent het vaststellen van de materiële waarheid. Zo zijn al enkele noviteiten in de Awb ingevoerd, zoals de bestuurlijke lus.³² Bestuurlijk lussen geeft de rechter de mogelijkheid om de zaak, voordat hij einduitspraak doet, via een tussenuitspraak aan het bestuursorgaan voor te leggen, waarna het bestuursorgaan wordt uitgenodigd een geconstateerd gebrek te herstellen. Het ontbreken van voldoende kennis van de feiten kan finale geschilbeslechting in de weg staan, maar dan kan bestuurlijk lussen dienen om de feiten alsnog vast te (laten) stellen.³³ Daarbij kan de rechter aanwijzingen geven: onderzoek naar feit A en feit B (en wel op deze manier). Daarnaast is er een wetsvoorstel voor het stroomlijnen van de gerechtelijke procedure, waaronder het voeren van een *regiezitting*.³⁴ Ook nu al, zonder wetswijziging, wordt met regiezittingen crva-

30. Of de gemachtigde van het bestuursorgaan kan niet alle vragen beantwoorden; vgl. De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007, p. 6. Zeer kritisch over waarheidsvinding tijdens de zitting: Tak 2011, p. 1635.

31. Vgl. Koenraad 2010, p. 248.

32. Wet Bestuurlijke Lus, Stb. 2009, 570.

33. Verburg 2009; Koenraad 2010, p. 255.

34. Wet Aanpassing bestuursprocesrecht, Kamerstukken TK II 2009/2010, 32450, nr. 2. Zie ook Marseille 2010.

ring opgedaan: zij kunnen dienen om vast te stellen over welke feiten onduidelijkheid bestaat en daar kan de rechter zijn activiteit ten aanzien van de opsporing van de materiële waarheid vorm geven. Met name gaat het daarbij om regie over de bewijsvoering, die nu voor partijen soms pas met de einduitspraak duidelijk wordt (zie ook par. 3).

Al met al kan een nadruk op finale geschilbeslechting twee kanten op werken als het gaat om waarheidsvinding: enerzijds is finaliteit nog niet hetzelfde als actief op zoek gaan naar de materiële juistheid van de feiten (en overigens lijkt finale geschilbeslechting ook niet per definitie bevorderlijk voor een snelle doorstroom van zaken, maar dat terzijde).³⁵ Anderzijds kunnen procesrechtelijke innovaties die met name ten behoeve van finaliteit worden vormgegeven tot een versterking van materiële waarheidsvinding leiden.

2.3. *Inperking van de waarheidsvinding door de Awb*

Zoals uit de vorige paragraaf blijkt wordt (en werd) het uitgangspunt van materiële waarheidsvinding door de rechter beperkt door de taakopvatting van de rechter. Daarnaast wordt materiële waarheidsvinding beperkt doordat er op grond van nationaal en supranationaal recht grenzen worden gesteld aan hetgeen door de rechter kan worden onderzocht of vastgesteld.

Allereerst zij herhaald dat de bestuursrechter het *besluit* centraal stelt: wat buiten de grens getrokken door het besluit valt, valt buiten het geding.³⁶ Vervolgens geldt dat de rechter uitspraak doet 'op grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting' (art. 8:69 lid 1 Awb). Daarbij geldt dat hij ambtshalve de rechtsgronden aanvult, en dat hij ambtshalve de feiten *kan* aanvullen (art. 8:69 lid 2 en lid 3 Awb). Het laatstgenoemde heeft betrekking op het zelf onderzoeken van de feiten en brengt materiële waarheidsvinding in zicht. Het eerste houdt echter op twee wijzen daarvan een begrenzing in.

Ten eerste brengt artikel 8:69 lid 1 Awb mee dat de rechter onderdelen van het besluit waartegen niet is opgekomen buiten beschouwing dient te laten. Dit betekent dat de materiële waarheid van deze onderdelen voor de rechter niet ter discussie staat.³⁷ Als praktisch gevolg geldt dat de rechter zich

35. De Minister lijkt te zeggen van wel: Brief van 15 september 2010, verslag van schriftelijk overleg 21 september 2010, Kamerstukken I 2010/2011, 29279 A, p. 26-27.

36. Zie voor nuance De Boek 2004, p. 15-28.

37. Zie Van de Griend 2007, p. 18.

over het algemeen zal beperken tot datgene wat partijen verdeeld houdt; dat kan meebrengen dat hij een punt niet onderzoekt omdat over de feiten geen verschil van mening bestaat *tussen partijen*.³⁸ Dit kan verse bestuursrechtjuristen logisch lijken, maar is in de historie van het bestuursprocesrecht niet de enige mogelijkheid: in een stelsel waarin handhaving van het objectieve recht op de voorgrond treedt, zou de rechter het hele besluit, inclusief onderdelen waartegen grieven zich niet richten, op materiële waarheid kunnen, mogen en eventueel zelfs moeten, toetsen. De beperking past wel bij het perspectief van rechtsbescherming en geschilbeslechting.

Het tweede gevolg van artikel 8:69 lid 1 Awb is het verbod op *reformatio in peius*: de appellant mag niet in een ongunstiger positie komen dan dat hij door het besluit werd gebracht. De invloed van dit verbod op de (mogelijkheid tot) materiële waarheidsvinding door de rechter is indirect. Het voorschrift is weliswaar geen rechtstreekse beperking van rechterlijk feitenonderzoek, maar kan wel leiden tot het niet aan die vastgestelde feiten verbinden van het gevolg. Dat betekent in wezen dat de rechter deze feiten terzijde moet laten;³⁹ zo wordt de hoogte van een uitkering niet naar beneden bijgesteld als hangende de procedure bij de rechter zij te hoog blijkt te zijn.⁴⁰

De regel dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult (art. 8:69 lid 2 Awb) brengt eveneens een beperking mee: het aanvullen – het ‘vertalen’ van een niet-juridische stelling (‘ik vind windmolens horizonvervuiling’) naar een juridische grond (‘in strijd met de eisen van welstand’) –⁴¹ kan alleen binnen de hierboven aangehaalde grenzen en bovendien alleen als de feitelijke stellingen die vertaling kunnen dragen. Daarbuiten kan de rechter niet gaan; de wijze van interpretatie van deze beperking is echter verschillend tussen rechtscolleges.

Andere beperkingen die de materiële waarheidsvinding kunnen beïnvloeden zijn gelegen in de bewijsregels. Het bewijsrecht komt hierna aan de orde (par. 3). Tenslotte is het de vraag of het punitieve karakter van bestuursrechtelijke sanctiebesluiten verdere beperkingen ten aanzien van het vaststellen van de waarheid door de rechter met zich meebrengt, of juist nadere activiteit verlangt, dan in het niet-punitieve bestuursrecht. Dat komt in paragraaf 6 aan de orde.

38. ABRvS 21 mei 2003, *LJN* AF8990, *AB* 2003/324, m.nt. TN (*Suikerland Arnhem*).

39. Zie (inclusief nuance) MvT Wijziging Awb, Kamerstukken II 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 142.

40. CRvB 8 januari 1992, *LJN* AN2478, *AB* 1992/317, *RVS* 1992/318.

41. Ontleend aan De Bock 2004, p. 46.

2.4. *EU-recht en de invloed op nationaal procesrecht*

Het EU-recht beïnvloedt het nationale bestuursprocesrecht.⁴² Die invloed doet zich op verschillende manieren gelden; deze zal ik hier kort aanstippen.

Ten eerste heeft het EU-recht invloed via het beginsel van effectieve rechtsbescherming, via de voorwaarden (of beginselen) van effectiviteit en equivalentie.⁴³ Hierdoor wordt de procedurele autonomie van de lidstaten beperkt: hoewel het aan de lidstaten is hun procesrecht, inclusief het bewijsrecht, vorm te geven, is die autonomie begrensd; als aan het EU-recht ontleende rechten in geding zijn, mag hun bescherming niet onmogelijk worden gemaakt (zij moet effectief zijn) en dient die bescherming gelijkwaardig te zijn aan bescherming van vergelijkbare aan het nationale recht ontleende rechten (equivalente bescherming). Omdat het beginsel casuïstisch wordt ontwikkeld, vooral via de prejudiciële procedure bij het Hof,⁴⁴ en omdat het Europees recht niet de onderverdeling in rechtsgebieden kent die op nationaal niveau wordt gehanteerd is het lastig algemene conclusies te trekken over hoe het beginsel van effectieve rechtsbescherming de waarheidsvinding bij of door de bestuursrechter beïnvloedt; dát er sprake kan zijn van beïnvloeding is wel duidelijk.⁴⁵

Een tweede mogelijkheid is dat het EU-recht voor een bepaalde materiële norm specifieke bewijsregels kent. Bewijsregels kunnen zijn neergelegd in secundaire regelgeving of zijn besloten in de materiële norm zelf. Voorbeelden van het eerste zijn te vinden in douanewetgeving, het communautaire landbouwwrecht, gelijke behandeling, milieurecht,⁴⁶ en mededingingsrecht.⁴⁷ Een voorbeeld van het tweede is het specifieke bewijsvermoeden van causaal verband bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging in het Europese mededingingsrecht, dat – zo heeft het Hof van Justitie bepaald – inherent is aan het materiële concept.⁴⁸ In deze gevallen dient de nationale rechter de Europees ingevulde bewijsregels toe te passen op het

42. In par. 6 is vooral de invloed van het EVRM op het bestuursrechtelijk sanctierecht aan de orde, maar ook daarbuiten is het EVRM van invloed op waarheidsvinding, bijvoorbeeld als het gaat om de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden in relatie tot de bescherming van het privéleven in de sociale zekerheid; zie bv. CRvB 11 april 2007, *LNJ* BA0876, *RSV* 2007/175 m.nt. Stijnen.

43. Zie ook Widdershoven e.a. 2007, p. 29-37.

44. Vgl. Jans 2010, p. 612.

45. Zie over de eisen die uit het beginsel voortvloeien Gerbrandy 2009, p. 38-40. Over de EU-randvoorwaarden voor toetsing van de feitenvaststelling zie Schuurmans 2007.

46. Zie Jans 2010.

47. Barkhuysen e.a. 2007, p. 130.

48. Zaak C-8/08, *T-Mobile*, 4 juni 2009, n.n.g.; Gerbrandy 2010.

hem voorliggende geval. Het specifieke EU-recht kan ook de houding van de rechter ten aanzien van feitenvaststelling beïnvloeden: een voorbeeld kan worden gevonden in het staatssteunrecht waar de rechter zelf dient vast te stellen of sprake is van steun die gemeld had moeten worden bij de Commissie. Dat vergt een inhoudelijke beoordeling van de feiten van het geval.⁴⁹

Waar de bovengenoemde beïnvloeding leidt tot op grond van het EU-recht *verplichte* aanpassing of buitenwerkinglaten van het nationale procesrecht is de derde wijze waarop het EU-recht het nationale procesrecht – en daarmee de waarheidsvinding door de bestuursrechter – beïnvloedt die van spontane aanpassing. Daar waar nationaal en Europees materiële recht sterk met elkaar verweven zijn, zoals in het mededingingsrecht en het telecommunicatierecht, zal de rechter zich door de procedurele oplossingen die de Europese administratieve rechter (het Gerecht en het Hof als het gaat om rechtstreekse beroepen tegen besluiten van de Commissie) kunnen laten inspireren: een bepaalde toetsingswijze van de feitenvaststelling en feitenkwalificatie door het bestuursorgaan kan, al dan niet expliciet, worden overgenomen van de Europese rechter.⁵⁰

2.5. *Conclusie: waarheidsvinding als taakopdracht*

Voor rechterlijke waarheidsvinding geldt dat het hiervoor genoemde verschil tussen wel of niet als rechter zelf actief de materiële waarheid opsporen eerder een gradueel verschil is dan een principieel verschil: ook als de rechter geen gebruik maakt van regiezittingen en onderzoeksbevoegdheden en het bestuurlijk lussen laat voor wat het is, stelt hij in ieder geval in de toetsing van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan (een deel van) de feiten opnieuw vast. Desalniettemin kan het graduele verschil tussen het actief en zelf op zoek naar de feiten gaan en het passievere toetsen van de zorgvuldigheid van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan vooral in de uiteinden van dit continuüm wel degelijk (de mogelijkheid tot) waarheidsvinding beïnvloeden en daardoor uiteenlopen. Dit is eerder een gevolg van een bepaalde opvatting over wat de rechter in het type zaak dat voorligt voor houding moet aannemen ten aanzien van de feiten dan dat de randvoorwaarden van EU-recht of Awb daarin direct ingrijpen: die randvoorwaarden komen in lang niet alle zaken in zicht, terwijl de taakopvatting in iedere zaak een rol speelt.

49. Barkhuysen e.a. 2007, p. 142-143.

50. Zoals in het mededingingsrecht: zie Gerbrandy 2009; vgl. Ottow 2003 voor het telecommunicatierecht.

3. Bewijsrecht en waarheidsvinding

3.1. Inleiding

Het spreekt voor zich dat bewijsregels van grote invloed zijn op de mogelijkheid tot het vaststellen van de materieel juiste feiten. Bewijzen heeft immers in algemene zin betrekking op de feiten en het bewijsrecht geeft regels omtrent het bewijs van feiten.⁵¹ Het bewijsrecht ziet niet (primair) op evaluaties of kwalificaties van feiten. Hoewel het onderscheid tussen feitenvaststelling en kwalificatie van feiten (in het licht van de te interpreteren rechtsnorm) in de praktijk soms lastiger is dan in theorie moeten zij van elkaar worden onderscheiden, omdat de rol van de rechter in de toetsing van het aan hem voorliggende besluit kan verschillen naar gelang hij de feitenvaststelling toetst (of zelf de feiten vast stelt), de kwalificatie van de feiten aan de orde stelt, of het recht interpreteert. In de Nederlandse bestuursrechtelijke context is deze vraag van belang voor het vaststellen waar de beslissruimte voor het bestuur zich bevindt. Op die punten wordt de toetsing van de rechter afstandelijker.⁵²

In het bestuursrecht is lang weinig aandacht besteed aan het bewijsrecht en de te onderscheiden bewijsrechtelijke concepten,⁵³ maar op dit moment kan toch niet meer worden volgehouden dat het bestuursrechtelijk bewijsrecht nog een ondergeschoven kindje is.⁵⁴ De uitgangspunten van bestuursrechtelijk bewijsrecht in het licht van waarheidsvinding door de rechter worden in deze paragraaf op rij gezet; daarbij wordt ter illustratie met name (maar niet uitsluitend) geput uit uitspraken over de Wet Werk en Bijstand (WWB) uit 2011.

3.2. Vrij-bewijs-leer

Een van de kenmerken van het bestuursrecht is dat er *geen* algemene regels van materieel bewijs zijn opgenomen in de Awb. In specifieke wetgeving of supranationaal recht is soms wel een bewijsregel te vinden (zie par. 2.4), maar in algemene zin geldt in het bestuursrecht de vrij-bewijs-leer.⁵⁵ De achterliggende gedachte hiervan is dat bewijsregels niet nodig zijn – of zelfs een sta in de weg – omdat de bestuursrechter op zoek gaat naar de materiële waarheid.⁵⁶

51. O.a. Schuurmans 2005, p. 18.

52. Uitgebreid Gerbrandy 2009, p. 108-116.

53. Maar zie Bosch-Boesjes 1991, p. 166-175 met verwijzingen naar eerdere literatuur.

54. Vgl. Verburg 2010, p. 262.

55. Bijv. Schuurmans 2005, p. 1; Tak 2011, p. 1191-1194.

56. Zie MvT Wijziging Awb, Kamerstukken II 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 33.

Het is natuurlijk de vraag of de kenmerken van een vrij-bewijs-leer en materiële waarheidsvinding inderdaad zo sterk, en op deze manier, samenhangen. Allereerst moet in dit verband worden opgemerkt dat ‘vrij’ niet betekent ‘geheel niet aan regels gebonden’; het is een relatief begrip. Hoewel er weinig regels zijn neergelegd in algemene wetgeving, is ‘het bestuursrechtelijke bewijsrecht (...) contextueel bepaald en maar in beperkte mate vrij’.⁵⁷ Die context is het bestuursrechtelijke terrein: het gegeven dat het bestuursorgaan al een besluit heeft genomen en (bewijs van) feiten daaraan ten grondslag heeft gelegd maakt daarvan deel uit. Het bestuursorgaan is daarbij in ieder geval gebonden aan de zorgvuldigheidsverplichting (art. 3:2 Awb), waarin is neergelegd dat een besluit berust op een zorgvuldige voorbereiding.⁵⁸ Bovendien oefent de materiële bepaling die door het bestuursorgaan wordt toegepast invloed uit op de specifieke bewijsregels. Daarmee is de vrijheid van het bestuursorgaan – en daarmee van de rechter – in ieder geval ingeperkt. Zo bepaalt het feit dat de Wet Werk en Bijstand een laatste vangnet bedoelt te zijn wanneer iemand in ‘zodanige omstandigheden verkeert of dreigt te geraken dat hij niet over de middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van bestaan te voorzien’ (art. 11 lid 1 WWB) dat bij een aanvraag om een bijstandsuitkering onder andere gegevens omtrent het inkomen en de vermogenspositie moeten worden verschaft.

De vrij-bewijs-leer is mede ingegeven door de verwachting dat de rechter daardoor ongehinderd aan ongelijkheidscompensatie zou kunnen doen:⁵⁹ het is aan de vrije beoordeling van de rechter om aan de hand van de bewijsmiddelen te beoordelen of de aan het besluit ten grondslag te leggen feiten voldoende zijn bewezen en daarbij kan compensatie van ongelijkheid de bewijslastverdeling beïnvloeden. Die verdeling van de bewijslast – welke partij welke feiten moet bewijzen – is dan ook grotendeels vrij, hoewel dat direct genuanceerd wordt door de zorgvuldigheidverplichting die op het bestuursorgaan rust. Bovendien is het nu ook weer niet zo dat ongelijkheidscompensatie mee zou moeten brengen dat op de aanvrager geen bewijslast rust, integendeel: het ligt in het kader van het verkrijgen van een bijstandsuitkering bijvoorbeeld op diens weg te bewijzen dat de waarde van een ‘familiewoning’, waarvan het onduidelijk is op wiens naam hij staat, onder de vermogenswaarde ligt.⁶⁰

Ook brengt de vrij-bewijs-leer mee dat in theorie ieder bewijs is toegestaan, in die zin dat er geen begrenzing is gesteld aan de bewijsmiddelen,

57. Simon 1999, p. 33. Vgl. (ten aanzien van de Europese context) Joshua 1987, p. 315.

58. Zie ook Schuurmans 2005, p. 47.

59. Vgl. Tak 2011, p. 1192.

60. CRvB 16 augustus 2011, *LJN* BR5104.

en dat er geen minimaal bewijsvoorschrift is. In een vrij oppervlakkige scan van recente jurisprudentie over de WWB passeren onder meer bewijsmiddelen als bankafschriften, verklaringen omtrent eigendom, resultaten van huisbezoek, anonieme meldingen en onderzoek door de sociale recherche (hetgeen kan omvatten dat de sociale recherche 'dossieronderzoek verricht, onderzoek [heeft] gedaan op het internet, waarnemingen verricht, registers geraadpleegd, gegevens opgevraagd van een verzekeringsmaatschappij, bankafschriften onderzocht, getuigen verhoord en appellante als verdachte verhoord', waarvan de resultaten in een proces-verbaal zijn neergelegd).⁶¹ De vrij-bewijs-leer brengt mee dat aan al deze bewijsmiddelen geen vooraf vastgestelde bewijskracht toegekend is, hoewel aan bepaalde bewijsmiddelen in jurisprudentie wel degelijk een zeker gewicht wordt toegekend, zoals aan een proces-verbaal van de sociale recherche, of van een andere opsporingsambtenaar.⁶²

Enerzijds kan dit al de waarheidsvinding in een gerechtelijke procedure voor de rechter gemakkelijker maken: hij kan de ware feiten achterhalen zonder daarbij gebonden te zijn aan bewijsvoorschriften. Het gevaar is echter dat bij het ontbreken van bewijsvoorschriften wel erg vertrouwd wordt op de kwaliteit van de rechter.⁶³ Dat hoeft niet terecht te zijn: de rechter kan ook te gemakkelijk aannemen dat feiten door het bestuursorgaan voldoende zijn bewezen,⁶⁴ en het partijen juist moeilijk maken.⁶⁵ Voor partijen kan het, vooral door onduidelijkheid, moeilijker zijn de waarheidsvinding door de rechter te beïnvloeden.

De uitgangspunten van de vrij-bewijs-leer staan ter discussie. De vraag is of wettelijke regels van materiële bewijs (in de Awb) zouden moeten worden neergelegd of dat de rechterlijke vorming van bewijsregels voldoende is.⁶⁶ De discussie over codificatie van bewijsregels kan worden verbonden

61. Opgesomd in CRvB 21 september 2011, *LJN* BT2933.

62. CRvB 9 september 2008, *LJN* BG1609, *AB* 2008/367, m.nt. Swandono.

63. Vgl. Tak 2011, p. 1192.

64. Damen 2010 bespreekt het voorbeeld dat de Afdeling niet toestaat dat een verklaring in tweede instantie wordt ontkracht: de primaire verklaring komt 'doorslaggevende betekenis' toe (ABRvS 3 maart 2010, *JB* 2010/107).

65. Vgl. Rechtbank Rotterdam 26 augustus 2005, *Shiva/NMa LJN* AV2395, waarin het gaat om het bewijzen van een statutenwijziging van een Vereniging naar Surinaams recht, waarvoor het nodig was een originele versie van het betreffende Surinaams staatsblad, het Advertentieblad, te verwerven en, bij onmogelijkheid daarvan (Suriname bewaarde ze niet) een verklaring daaromtrent van de uitgever van het Advertentieblad of de beheerder van het Staatsarchief, die vervolgens niet bereid waren een dergelijke verklaring te overleggen. Dit alles om de *ontvankelijkheid* van de betreffende Vereniging vast te stellen.

66. Schlössels e.a. 2009.

met de veranderde taakopvatting van de bestuursrechter. Zoals hiervoor genoemd, werd door de Awb-wetgever samenhang verondersteld tussen de actieve, materiële waarheid zoekende rechter en de vrij-bewijs-leer: het tweede vloeit voort uit het eerste. Betekent dit dan ook dat het uitgangspunt van het (kunnen) zoeken naar de materiële waarheid onder druk komt te staan als bewijsregels wel worden gecodificeerd? Dat lijkt in ieder geval als lineaire relatie niet logisch; de twee noties kunnen samenhangen maar hun verbinding staat niet vast. Als belangrijk argument voor codificatie van bewijsregels in de Awb geldt dat zij aan helderheid en voorspelbaarheid van de bewijsbeweging over partijen kan bijdragen: kritiekpunt is immers dat het voor partijen – soms ook voor het bestuursorgaan – onduidelijk is welke bewijsvoering voor de rechter van hen wordt verwacht.⁶⁷ Bij (meer) duidelijkheid vooraf kunnen gecodificeerde bewijsregels derhalve bijdragen aan het kunnen vaststellen van de materiële waarheid, doordat partijen weten welke bewijselementen zij in rechte nog moeten, of kunnen, aandragen. Dat zal met name in meer complexere gedingen verhelderend kunnen zijn.⁶⁸ Codificatie leidt dan tot verbetering van waarheidsvinding. Zij ligt natuurlijk binnen een partijengeding dat gericht is op geschilbeslechting nog meer voor de hand; ‘subjectivering en bewijsrecht (...) beïnvloeden en versterken [elkaar]’.⁶⁹ Met codificatie kan – wellicht, ook dan blijft veel afhangen van de specifieke invulling door de rechter – echter ook worden bijgedragen aan een eventueel bestaande verhouding tussen partijen die ‘fundamenteel en onevenredig scheef is’, en wel in het voordeel van het bestuur.⁷⁰ Aan de andere kant hoeven de klassieke bevoegdheden die in verband staan met materiële waarheidsvinding, zoals de mogelijkheid tot het aanvullen van de feiten en het – onder omstandigheden – geroepen zijn tot bewaken van de procesgelijkheid van partijen, ook met codificatie van bewijsregels niet te worden verlaten. Het hangt natuurlijk af van de wijze waarop de regel zou worden gecodificeerd. Derhalve kan codificatie van bewijsregels, zeker als verwacht wordt dat de rechter geen eenduidigheid kan bieden, bij welke taakopvatting van de rechter ook, bijdragen aan materiële waarheidsvinding.

3.3. *Bewijsstandaard, bewijswaardering, bewijsmiddelen*

De *bewijsstandaard* (of bewijsmaatstaf) drukt uit ‘tot welke overtuiging feiten moeten vaststaan om als uitgangspunt te gelden voor het vaststellen van de bestuursrechtelijke beslissing’.⁷¹ De *waardering* van de *bewijsmid-*

67. De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007, p. 5-6.

68. Vgl. Polak 2010, p. 111.

69. Koenraad 2010, p. 257.

70. Koenraad 2010, p. 249.

71. Gerbrandy 2009 p. 89.

delen levert het al dan niet voldoen aan die bewijsstandaard op. Zowel de bewijswaardering als de bewijsmaatstaf is voor waarheidsvinding direct relevant aangezien zij betrekking hebben op de rechterlijke overtuiging ten aanzien van de waarheid van de feiten. Dat er geen voorgeschreven bewijsmiddelen zijn, met een vastgestelde bewijskracht, heeft daarop eveneens invloed. Dat neemt niet weg dat, zoals hiervoor aangegeven, aan sommige bewijsmiddelen wel degelijk een 'zware' bewijskracht wordt toegekend, zoals aan een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar.⁷² Maar toch: een proces-verbaal van de sociale recherche is weliswaar een 'toereikende grondslag' voor een bepaalde feitelijke vaststelling,⁷³ maar de vrijheid in de waardering van bewijs komt bijvoorbeeld tot uiting door aan een 'ten overstaan van de sociale recherche afgelegde en ondertekende verklaring', geen waarde te hechten omdat 'gelet op de inhoud van die verklaring' de CRvB het 'niet uitgesloten acht dat [de getuige] niet naar waarheid (...) heeft verklaard'.⁷⁴ En een proces-verbaal kan worden betwist, waarna het op de weg van het bestuursorgaan ligt zich van de juistheid van de daarin vastgelegde feiten te vergewissen.⁷⁵ Een minder zware bewijskracht komt juist toe aan bijvoorbeeld een anonieme verklaring, die wel aanleiding kan zijn voor onderzoek,⁷⁶ maar niet voldoende is als bewijs voor onrechtmatigheid van een uitkering 'reeds omdat dergelijke verklaringen niet controleerbaar zijn'.⁷⁷

Het is duidelijk dat de bewijsmaatstaf in het (bestuurs)recht een andere is dan de bewijsmaatstaf in de natuurwetenschap.⁷⁸ Daarmee is echter nog niet duidelijk welke de bewijsmaatstaf wel is. Over het algemeen wordt uitgegaan van voldoende aannemelijkheid. De Centrale Raad verstaat daaronder 'boven redelijke twijfel verheven'.⁷⁹ Deze bewijsstandaard is lager dan die in het strafrecht, waar een *hogere* bewijsmaatstaf van 'overtuigendheid' geldt, maar hoger dan die in het civiele recht, waar een feit 'meer waarschijnlijk wel dan niet' waar hoeft te zijn; althans, zo begrijpt het bestuursrecht de eigen maatstaf. De bewijsmaatstaf hangt echter ook af van de concrete omstandigheden van het geval en van de bevoegdheid en het

72. Die 'bij uitstek bekwaam geacht moet worden in het achterhalen van feiten door middel van het (ver)horen van getuigen en verdachten'. CRvB 21 september 2011, *LJN* BT2933; vergelijkbaar CBb 13 maart 2007, *LJN* BA1577; zie ook: Van der Helm 2002, p. 28.

73. CRvB 19 april 2011, *LJN* BQ3341.

74. CRvB 15 februari 2011, *LJN* BP5572.

75. CBb 9 september 2008, *AB* 2009/367, m.nt. Sewandono.

76. Zie bijv. CRvB 28 juni 2011, *LJN* BR1147.

77. CRvB 24 september 1996, *RSV* 1997/112.

78. Schuurmans 2005, p. 16. Hoewel ook daar het niet perse duidelijk is tot welke overtuiging feiten moeten vaststaan om daar van uit te mogen gaan (vgl. Popper 1963).

79. CRvB 17 juni 1998, *RSV* 1998/257; Van der Helm 2002, p.26.

type besluit dat aan de orde is.⁸⁰ In de praktijk lijkt zij niet heel hoog: het ‘vermoeden van rechtmatigheid’ dat aan een besluit kleefst leidt ertoe dat de rechter over het algemeen een vrij lage standaard aanlegt.⁸¹ De bewijsmaatstaf is vooral *niet helder*, mede door het wisselend taalgebruik dat de rechters hiervoor bezigen.⁸² Voor het punitief bestuursrecht zou zij hoger (moeten) zijn – hier is de onschuldpresumptie van het EVRM aan de orde en meer in de buurt (moeten) komen te liggen van de strafrechtelijke bewijsmaatstaf; naarmate een besluit meer belastend is wordt een hogere bewijsmaatstaf aangelegd, maar ook daar is de daadwerkelijk aangelegde bewijsmaatstaf niet altijd inzichtelijk (zie ook 6).⁸³

3.4. *Bewijsomvang*

De *bewijsomvang* betreft de vraag welke feiten moeten worden bewezen. In de eerste plaats zijn dat rechtsfeiten, dit zijn feiten die nodig zijn om het rechtsgevolg te kunnen invoeren en die voor de rechter relevant zijn.⁸⁴ Daarnaast dienen ook ‘blote feiten’ te worden bewezen, die dienen als bewijs van de rechtsfeiten.⁸⁵ Waar de bewijsmaatstaf de ‘diepte’ van de onderzoeksverplichting raakt (de dingen meer of minder bewijzen) betreft de bewijsomvang de ‘breedte’ van de onderzoeksverplichting (het bewijzen van meer of minder dingen).⁸⁶ Voor rechterlijke waarheidsvinding is ten eerste relevant dat, afhankelijk van de taakopvatting van de betreffende rechter, hij óók bewijs mag vragen van niet weersproken feiten, als de rechter vindt dat de waarheid daarvan niet vast is komen te staan.⁸⁷ Zij maken daarmee deel uit van de bewijsomvang. De taakopvatting van de rechter – en het doel van het bestuursproces – bepaalt ook de houding ten aanzien van de bewijsomvang: maar zelfs een als ‘actieve’ rechter aangemerkte rechter als de CRvB⁸⁸ zal in de regel niet-betwiste feiten niet alsnog bevragen.⁸⁹ Relevant is ook dat bepaalde feiten in het geheel niet hoeven te worden bewezen: feiten die al voldoende vaststaan, feiten van algemene bekendheid, ervaringsregels, processuele feiten en het recht.⁹⁰ Vraag is natuurlijk welke feiten ‘van algemene bekendheid’ zijn – omvat dat de

80. Schuurmans 2005, p. 17 en 21; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 318.

81. Damen 2010, p. 493.

82. Aanbevelenswaardig is de opsomming van Damen 2010, p. 485.

83. Vgl. reeds Simon 1999, p. 27. Vgl. voor EU-context Bailey 2003, p. 851.

84. Welke dit zijn vloeit primair voort uit de toepasselijke norm, zie o.a. Simon 1999, p. 29. Vgl. voor een andere definitie overigens De Groot in deze bundel, par. 4.2.1.

85. Tak 2011, p. 1188.

86. Gerbrandy 2009, p. 90.

87. Bosch-Boesjes 1991, p. 167.

88. Zie Marseille 2009c.

89. Vgl. Van der Helm 2002, p. 85.

90. Schuurmans 2005, p. 18-20.

feiten van google earth?⁹¹ – en welke ervaringsregels algemeen genoeg zijn om niet te hoeven worden bewezen.

3.5. *Bewijslastverdeling*

De *bewijslastverdeling* bestaat uit de verdeling van bewijsvoeringslast (wie moet wat bewijzen), en uit het toedelen van bewijsrisico (voor wiens risico komt een niet-bewijzen). Bewijsmaatstaf en bewijslast hangen nauw samen omdat de bewijsmaatstaf kan worden uitgedrukt in termen van bewijslast: de bewijslast is zwaarder naarmate de aangelegde bewijsmaatstaf hoger is.⁹² Er is, ondanks de vrij-bewijs-leer, zeker een aantal regels die de bewijslastverdeling betreffen, primair afgeleid van de in de bestuurlijke fase geldende zorgvuldigheid- en motiveringsplicht. Een belangrijke regel die van belang is voor waarheidsvinding is dat het bestuursorgaan de juiste feitelijke grondslag van het bestreden besluit dient aan te tonen.⁹³ Met andere woorden: materiële waarheidsvinding staat bij het bestuursorgaan voorop. Het bestuursorgaan dient bijvoorbeeld voldoende onderzoek te doen naar de feitelijke woonsituatie om vast te kunnen stellen dat sprake is van een gezamenlijke huishouding (hetgeen gevolgen heeft voor de hoogte van de bijstandsuitkering).⁹⁴ Maar het vaststellen van de waarheid wordt soms belemmerd: hoewel het op de weg ligt van het bestuursorgaan om aan te tonen dat sprake is van een gezamenlijke huishouding geldt dat tot op zekere hoogte óók als de betrokkene niet wenst mee te werken aan onderzoek.⁹⁵ Een andere belangrijke regel is dat, omdat de bestuursrechter een actieve rechter kan zijn, het dragen van de bewijslast niet automatisch ook het dragen van het bewijsrisico betekent: de rechter kan immers zelfstandig onderzoek uitvoeren naar de feiten zodat het bewijs alsnog wordt geleverd.⁹⁶ De mogelijkheid die de vrij-bewijs-leer hier biedt – in die zin dat de bestuursrechter hier vrijheid heeft die door codificatie eventueel (want afhankelijk van de wijze van codificatie) beperkt zou kunnen worden – ligt in dit geval inderdaad in het verlengde van materiële waarheidsvinding.

De verdeling van bewijslast over partijen is niet statisch. Wat de wederpartij moet aandragen hangt mede af van wat de eerste partij heeft aange-

91. ABRvS 9 september 2010, *LJN* BN6992, hierover Siemerink 2011.

92. Gerbrandy 2009, p. 97.

93. Vgl. Tak 2011, p. 1193.

94. Zie CRvB 16 augustus 2011, *LJN* BR5110: de gemeente heeft onvoldoende onderzoek verricht naar de vraag of een schuur als onderdeel van een woning moet worden beschouwd of niet.

95. Van der Helm 2002, p. 87.

96. Simon 1999, p. 27.

voerd. De bewijslastverdeling hangt ook af van het type besluit: bij een ambtshalve genomen besluit ligt de bewijslast primair op het bestuursorgaan, op wie de onderzoeksplicht rust. Bij een besluit op aanvraag verschuift dat in beginsel naar de aanvrager (art. 4:2 Awb) aangezien hij de gegevens dient te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de beslissing en waarover hij in redelijkheid kan beschikken.⁹⁷ Dat betekent bijvoorbeeld dat bij de aanvraag om een bijstandsuitkering de aanvrager de gegevens omtrent zijn financiële omstandigheden dient aan te dragen. De bewijslast die op de aanvrager rust kan echter worden verlicht, bijvoorbeeld in het geval van bewijsnood;⁹⁸ en de bewijslast die op het bestuursorgaan ligt kan door een bewijsvermoeden worden beperkt. Een dergelijk bewijsvermoeden betekent 'een voorlopig oordeel van de rechter dat de partij op wie de bewijslast rust, in haar opdracht is geslaagd'.⁹⁹ Dat kan ook een bewijsvermoeden zijn dat een verzwaring van de bewijslast van de burger betekent.¹⁰⁰

Tegen het aangedragen bewijs – tegen 'feiten die als vaststaand worden aangenomen'¹⁰¹ – kan tegenbewijs worden geleverd, waardoor het bewijs in een ander daglicht komt te staan. Er wordt twijfel gezaaid over de waarheid van de feiten: zoals hierna nader aan de orde zal komen kan de vreemdeling twijfel zaaien omtrent de taalanalyse die door de IND is verricht; kan de onderneming die is beschuldigd van overtreding van het kartelverbod de marktafbakening van de NMa betwisten. Aan het tegenbewijs worden, natuurlijk, eisen gesteld: er geldt een adstructieplicht, het gereede twijfel zaaien of beweringen aannemelijk maken en ten minste een begin van bewijs leveren.¹⁰² Dat kan een situatie opleveren waarin feiten onduidelijk blijven: illustratief voor het oordeel van de rechter over de gevolgen van niet weggenomen onzekerheden biedt een zaak waarin een bijstandsge-rechtigde werkzaamheden had verricht op het terrein van leerlingvervoer (door waarnemingen vastgesteld) en daarom op zijn uitkering was gekort. Hij kon tegen de door de gemeente geschatte hoogte van de inkomsten wel tegenbewijs leveren door aan te tonen hoeveel hij dan wel had verdiend (het zou gaan om vrijwilligerswerk). Dat hij in dat tegenbewijs maar ten dele slaagde en er dus 'resterende onzekerheden' waren, mocht in dit geval echter voor zijn rekening blijven vanwege het overtreeden van de inlichtin-genplicht.¹⁰³

97. Zie Schreuder-Vlasblom 2008, p. 336-340.

98. Schuurmans 2005, p. 304-310.

99. Simon 1999, p. 26; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 341.

100. Zie voor een voorbeeld CBB 12 augustus 2010, *LJN* BN3895 (*Mobiele Operators/Raad van Bestuur NMa*); CRvB 29 januari 2002, *LJN* AF0165, *RSV* 2002/118.

101. Schuurmans 2005, p. 23; Giesen 2001, p. 12; Pieters 1996, p. 44.

102. Vgl. Tak 2011, p. 1200; Van der Wal & Parret 2001, p. 85.

103. CRvB 27 september 2011, *LJN* BT5852.

In de beweging van de bewijslast over partijen kan ook sprake zijn van het aangeven van *nieuwe* feiten, waardoor het gevolg dat het bestuursorgaan aan de vastgestelde feiten wilde verbinden, daaraan niet meer verbonden kan worden. In dat geval wordt *positief* bewijs geleverd van nieuwe stellingen: de vreemdeling toont aan afkomstig te zijn uit een gebied waarvoor een categoriaal beschermingsbeleid geldt; de onderneming stelt dat het mededingingsrecht op hem helemaal niet van toepassing is. Tenslotte kan ook een bewijsvermoeden met tegenbewijs worden ontkracht.

3.6. *Deskundigen in het bewijsproces*

In het geheel van bewijsvoering spelen deskundigen soms een grote rol. Deskundigen kunnen worden benoemd in de fase bij het *bestuursorgaan* (afd. 3:3 Awb). In deze fase is de normering omtrent het deskundigenadvies niet vast omlind.¹⁰⁴ Er zijn wel eisen, bijvoorbeeld over deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid en hoor- en wederhoor, maar wanneer de grenzen worden overschreden is niet geheel duidelijk.¹⁰⁵ Voor het bestuursorgaan geldt een 'vergewisplicht': het bestuursorgaan moet nagaan of het onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden (art. 3:9 Awb).¹⁰⁶ Voor bepaalde besluiten is het inschakelen van een deskundige voorgeschreven: bijvoorbeeld het welstandadvies van de welstandcommissie (art. 48 lid 1 Woningwet). Ook in andere typen zaken wordt veelvuldig een deskundige ingeschakeld: de indicatiestelling voor de Awbz,¹⁰⁷ individuele ambtsberichten in vreemdelingenzaken,¹⁰⁸ in de kunst- en cultuursector,¹⁰⁹ of bij de berekening van nadeelcompensatie.¹¹⁰

Ook de *rechter* kan gebruik maken van deskundigenadvies: hij kan een deskundige benoemen om hem te adviseren tijdens het vooronderzoek (art. 8:47 Awb) of tijdens de zitting (art. 8:60 lid 1 Awb). Het is een van de bevoegdheden die de rechter in kan zetten in zijn (actieve) rol ten aanzien van het vaststellen van de feiten. Hoewel de normering van de deskundige in de rechterlijke fase nader omlind is¹¹¹ – de deskundige is (natuurlijk)

104. Zie uitgebreid De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008.

105. Zie De Graaf & Marseille 2011, p. 27, die aangeven dat het zelden voorkomt dat een argument inzake deskundigheid of onafhankelijkheid wordt gehonoreerd. Over hoor- en wederhoor o.a. Wulffraat-Van Dijk 2001; van belang is ook EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112 (*Mantovanelli*).

106. Zie De Poorter & Soest-Ahlers 2008, p. 64-77.

107. Bijv. Vermaat 2011.

108. Zie bijv. Rapport Ombudsman 2007; Notitie permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht, 2007.

109. Zie uitgebreid Hardy 2009.

110. Over bewijswaardering in dit verband Van Ravels 2010.

111. Vgl. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, p. 98.

onafhankelijk, hetgeen bijvoorbeeld meebrengt dat correspondentie tussen partijen en de rechterlijk benoemde deskundige via de rechter dient te verlopen¹¹² – zijn sommige randvoorwaarden zacht: de rechter *kan* de partij en bij de vraagstelling betrekken, maar dat hoeft niet; waar de rechter een deskundige ‘vandaan’ haalt is niet formeel gereguleerd (wel gaat het in het algemeen over een persoon met bijzondere eigenschappen, ervaring of specialistische kennis).¹¹³ Maar de deskundige kan bijvoorbeeld niet door partijen worden ‘gewraakt’;¹¹⁴ en het aan de tand voelen van de deskundige tijdens de zitting is niet voorgeschreven.

Deze deskundigen beoordelen primair *feiten*: zij stellen ze vast en soms waarden zij de feiten door hun oordeel daarover te geven. Hun advisering is gerelateerd aan waarheidsvinding door het bestuursorgaan en door de rechter. Daarover nog enkele opmerkingen.

Ten eerste worden deskundigen ingezet waar hun specialistische expertise het bestuursorgaan of de rechter ontbeert. Over het algemeen mag de rechter afgaan op de conclusies van de deskundige als het rapport aan zorgvuldigheidseisen voldoet.¹¹⁵ In het licht van het kunnen vaststellen van de waarheid door de rechter kan deze puur formele toetsing problemen opleveren. Als de rechter de inhoud van het advies – los van het feit dat het advies wel moet gaan over de voorliggende kwestie¹¹⁶ – niet zelf inhoudelijk kan of hoeft te toetsen, dan dienen in ieder geval de procedurele randvoorwaarden zodanig te zijn vormgegeven dat het ‘waarheidsgehalte’ van het advies zo groot mogelijk is. De waarborgen bij het benoemen van een deskundige, de inbreng van partijen op de totstandkoming van en de inhoud van het deskundigenadvies, de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en zorgvuldigheid van de procedure kunnen nader worden genormeerd en worden getoetst. Of de deskundige voldoende kundig is kan daarbij aan de orde zijn. Formele toetsing betekent dat als aan deze randvoorwaarden is voldaan de rechter verder niet in de inhoud van het advies van de deskundige treedt. Een zorgvuldig totstandgekomen advies, dat echter feitelijk onjuist is, kan derhalve bij de rechter als uitgangspunt worden genomen. Dit geldt in alle gevallen waarin een deskundige optreedt, maar in zaken met een moeilijk objectiveerbaar karakter, of die politiek gevoelig zijn, accepteert de rechter als het gaat om advies aan het bestuursorgaan dat het bestuursorgaan bij een ‘bestendige’ relatie slechts op globale wijze het

112. Vgl. CRvB 19 juli 2000, *LJN* AL1161, *RSV* 2000/223.

113. Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 128.

114. Tak 2011, p. 1255.

115. ABRvS 28 juni 1999, *JB* 1999/219, m.nt. MAH.

116. Zie voor een voorbeeld waarbij dat niet zo was: CBb 9 december 2008, *LJN* BG8912.

advies hoeft te bezien voordat het aan een besluit ten grondslag kan worden gelegd.¹¹⁷ De afstand van de rechter tot de in het advies neergelegde feiten en beoordelingen is dan nog groter. In het licht van het gevaar van *capture* in de relatie tussen bestuursorgaan en adviseur of het kunnen ontstaan van een blinde vlek vanwege een grote vertrouwdheid tussen hen, lijkt een dergelijke situatie eerder een reden om strenger te toetsen dan om meer afstand te nemen.

Dat brengt een tweede probleem aan het licht. Hoewel sommige deskundigen adviseren over min of meer objectief vast te stellen feiten, die echter alleen met specialistische apparatuur of door specialistische kennis vast te stellen is (wat eigen problemen meebrengt),¹¹⁸ zijn er ook deskundigen die adviseren over wat in feite vage, subjectief in te kleuren, normen zijn. Dat speelt een grote rol in de kunst- en cultuursector,¹¹⁹ en bij het welstandsadvies bij bouwvergunningen. In die gevallen is de beoordelingsruimte voor het bestuursorgaan groter. Dit levert uiteindelijk een marginale toets door de rechter van de feitenvaststelling op en dat kan betekenen dat de belanghebbende eigenlijk alleen via een contra-expertise tegenbewijs kan leveren,¹²⁰ of zelfs dat 'bezwaar maken een heilloze exercitie is'.¹²¹

Andere deskundigen, ten derde, adviseren over zeer complexe feiten: deskundigen in het economisch bestuursrecht of deskundigen op het gebied van milieueffecten bijvoorbeeld. Daarbij wordt gebruikt gemaakt van modellen en/of van statistiek. Waar de complexiteit van de te beoordelen vraag groter is, is de kans op vertekening van de werkelijkheid groter: de relatie tussen model en hetgeen gemodelleerd wordt is complexer. Hier is de reden voor een afstandelijker toets niet gelegen in subjectiviteit van de te geven oordelen, maar in redenen van complexiteit. Daarmee worden echter de verkregen feiten voor tegenbewijs onbevattelijker.

Ten vierde en in het verlengde van het bovenstaande: in de bewijslastverdeling over partijen is een belangrijke vraag hoe een belanghebbende tegen een deskundigenadvies tegenbewijs moet leveren – kan dat door voldoende

117. Koenraad voegt hier aan toe: waarbij de adviseur gebruikt maakt van een niet ter discussie staand protocol en het bestuursorgaan geen inzage kan krijgen in de stukken. Koenraad 2009, p. 226; Koenraad 2006, p. 29-30: zeer kritisch over de Raad voor Cultuur in dit verband is Hardy 2009, p. 118.

118. Zoals de objectiviteit van het waarderend oordeel van wat medische apparatuur meet, vgl. Damen 2010, p. 484.

119. Uitgebreid Hardy 2009; Van der Vlies 2005, p. 87-144.

120. Koenraad 2009, p. 228; Hardy 2009, p. 120; ABRvS 11 januari 2000, *JB* 2000/63 m.nt. P. van den Brekel.

121. Hardy 2009, p. 114 ten aanzien van de 'overmacht' van de Raad voor Cultuur.

de twijfel te zaaien over het advies als zodanig of is een contra-expertise vereist – en wanneer – in bezwaar (en wanneer dan precies) of ook nog in beroep.¹²² Dat brengt eigen problemen mee, waaronder de soms prohibitief hoge kosten (bijvoorbeeld bij medische keuringen,¹²³ of in het vreemdelingenrecht (over dat laatste hierna)) maar ook de soms als vertrouwelijk aangemerkte methodes of getuigen waarop het advies is gebaseerd (zoals bij individuele ambtsberichten en adviezen door het Bureau Bibob, maar ook – een enkele keer althans – in het mededingingsrecht).¹²⁴ De eisen die door de rechter aan het tegenbewijs worden gesteld zijn derhalve soms (te?) hoog en (ook hier) over het algemeen niet voorshands duidelijk voor partijen.¹²⁵

Voor de rechter speelt, ten vijfde, nog de vraag wanneer hij een eigen deskundige kan benoemen en wanneer daartoe een verplichting bestaat. Over het algemeen is ook hier een tendens van teruglopende activiteit: de rechter, zelfs in het sociale zekerheidsrecht, benoemt minder vaak een deskundige dan een decennium geleden. De veranderde taakopvatting van de rechter zal hier mede debet aan zijn; over het algemeen lijkt het (heden-tendage) niet logisch dat de rechter bij zorgvuldigheidsgebreken in de feitenvaststelling door het bestuurorgaan zelf een deskundige benoemt. Evenmin is het voor de hand liggend een deskundige te benoemen die adviseert over subjectieve oordelen waar een grotere discretionaire bevoegdheid geldt (zoals bij welstandsadviezen).¹²⁶ Meer voor de hand liggend is die benoeming bij twee gelijkwaardige maar tegengestelde deskundigenadviezen van partijen,¹²⁷ of wanneer daardoor tot finale geschilbeslechting kan worden overgegaan.¹²⁸

Deze opmerkingen leiden tot de vraag of het voor waarheidsvinding onoverkomelijk is dat de rechter de inhoud van een advies nauwelijks, of zelfs helemaal niet, beoordeelt. In ieder geval is duidelijk dat de Awb-gedachte van materiële waarheidsvinding zich daarmee lastig verdraagt –

122. Zie hierover Koenraad 2009.

123. Vermaat 2011.

124. Wulffraat van Dijk 2001; Koenraad 2009, p. 227; Notitie Permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht 2007; ABRvS 18 juli 2009, *JB* 2009/183; CBb 28 november 2006, *LJN* AZ3274, *AB* 2007/316 (*Nuon/Reliant*).

125. Koenraad 2009, p. 222.

126. Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 129.

127. Zie CRvB 18 december 2009, *JB* 2009/93; CRvB 3 juni 2009, *LJN* BI7168.

128. Vgl. (in meer algemene zin) De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007, p. 13; over benoeming t.b.v. finale geschilbeslechting o.a. ook Koenraad 2009, p. 242, onder verwijzing naar CRvB 18 december 2008, *AB* 2009/18.

als het bestuursorgaan, en in het verlengde daarvan, de rechter zich voor een deel van het te beslissen geding op derden verlaat komt de rechter op grotere afstand te staan van de feiten – maar meer in algemene zin zou het antwoord op die vraag mede afhangen van hoe vaak een deskundige zich op onjuiste feitelijke vaststellingen baseert. Die vraag is, voor zover ik weet, grotendeels onbeantwoord. In ieder geval worden procedurele waarborgen en duidelijkheid ten aanzien van hetgeen partijen moeten of kunnen aanvoeren, belangrijker. In dat verband zijn er instrumenten om ook bij een deskundigenadvies de onmiddellijkheid van de feitenvaststelling te vergroten: in ieder geval kan een deskundige worden opgeroepen ter zitting te verschijnen. Het is niet gebruikelijk, maar ook in een ontwikkeling naar een partijengeding niet onlogisch, dat aldaar ook partijen de deskundige (zowel de adviseur van het bestuursorgaan als de door de rechter benoemde deskundige) kunnen bevragen.

3.7. *Onrechtmatig bewijs*

Het ontbreken van wettelijk vastgelegde bewijsregels brengt mee dat een formele regeling voor het buitensluiten van onrechtmatig bewijs ontbreekt. Dat neemt niet weg dat bewijs als onrechtmatig verkregen kan worden aangemerkt, zowel strafrechtelijk onrechtmatig als bestuursrechtelijk onrechtmatig. De standaardoverweging is echter dat ‘er geen rechtsregel bestaat, die ieder gebruik verbiedt van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen’, bij het vaststellen van het recht op uitkering.¹²⁹ Slechts wanneer de bewijsmiddelen zijn verkregen op een manier die zozcer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht is het gebruik ontoelaatbaar.¹³⁰ Kortom: strafrechtelijke onrechtmatigheid betekent nog niet dat het bewijs niet kan worden gebruikt in een bestuursrechtelijk geding.¹³¹ In deze zin is de bestuursrechter op het eerste gezicht minder beperkt in zijn mogelijkheid tot het vaststellen van de waarheid dan de strafrechter: hij hoeft minder snel over te gaan tot het uitsluiten van bewijs.¹³² Of daarbij de juiste balans tussen rechtswaarborgen en waarheidsvinding wordt gevonden staat ter discussie.¹³³ Zo wordt in het kader van sociale zekerheidsgedingen veel gebruik gemaakt van huisbe-

129. Zie o.a. Van der Helm 2002, p. 32-33.

130. CRvB 7 november 2006, *JWWB* 2006/353; ABRvS 2 juli 2008, *JV* 2008/311, *JB* 2008/182; zie o.a. Van der Helm 2002, p. 32-33.

131. Aangesloten wordt bij HR 1 juli 1992, *BNB* 1992/306.

132. Tak 2011, p. 1216-1217, p. 593. Maar kennelijk is de rechter in het strafrecht juist soepeler geworden.

133. Zie in dit verband ook Pennings 2002, p. 102-104.

zoeken.¹³⁴ Een onaangekondigd huisbezoek staat op gespannen voet met artikel 8 EVRM, dat het recht op privéleven garandeert: steeds moet zijn voldaan aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹³⁵ Het enkele behoren tot een door de gemeente opgesteld 'risicoprofiel', blijkt daarvoor onvoldoende. Dat brengt mee dat de in dit geval bij het huisbezoek gevonden (1,3 kilo) softdrugs moeten worden uitgesloten van bewijs: het wel toelaten zou in strijd zijn met het *fair trial*-beginsel van artikel 6 lid 1 EVRM.¹³⁶ Een en ander heeft als gevolg dat de bijstandsuitkering *niet* kan worden ingetrokken terwijl 'evident is dat daarop geen aanspraak bestaat'.¹³⁷ Het is de vraag of deze uitkomst, in een geding waarin het niet om een punitieve sanctie gaat, juist weer niet te ver gaat in het uitsluiten van bewijs.

3.8. Bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit

Toetsingsintensiteit en bewijsmaatstaf zijn twee verschillende concepten: de bewijsmaatstaf slaat op de mate waarin de rechter overtuigd moet zijn van een bepaald feit om dat feit aan het besluit ten grondslag te kunnen leggen (en gaat derhalve over de feiten), de toetsingsintensiteit gaat over de ruimte die de rechter het bestuursorgaan al dan niet gunt bij het nemen van een besluit. Die beslisruimte *kán* de feitenvaststelling betreffen, hoewel dat in een klassieke bestuursrechtelijke context niet voor de hand ligt, of zelfs de interpretatie van het recht, alhoewel ook dat vooralsnog in een Nederlandse context niet te verwachten is,¹³⁸ maar betreft vrijwel steeds ofwel de kwalificatie van de feiten, ofwel de beoordeling van de gevolgen die aan het voldaan zijn aan de rechtsvoorwaarden kunnen worden verbonden. In het eerste geval – beslisruimte bij de kwalificatie van de feiten – is sprake van beoordelingsvrijheid of beoordelingsruimte, in het tweede geval beslisruimte ten aanzien van de rechtsgevolgen – is sprake van beleidsvrijheid. De toetsing neemt dan de vorm aan van een afstandelijke of marginale toets: kon het bestuursorgaan *in redelijkheid* komen tot het betreffen-

134. Om na te gaan of sprake is van (verzwegen) gezamenlijke huishouding, of behoefte aan huisraad bestaat waarvoor bijzondere bijstand wordt verleend, of dat de aanvrager woont op het aangegeven adres: en zowel in het kader van een aanvraag voor een bijstandsuitkering, maar ook om fraude ten aanzien van bestaande uitkeringen op te sporen. Nu het kader voor bijstandsuitkeringen is gewijzigd en de budgettaire last op de gemeente rust hebben zij een nieuwe impuls gekregen voor het opsporen van fraude: dat levert hen een besparing op. Met nieuw elan hebben gemeenten deze taak op zich genomen: zie hierover annotatie van Stijnen bij CRvB 11 april 2007, *RSV* 2007/175.

135. Zie voor overschrijding: CRvB 3 september 2002, *RSV* 2003/9.

136. CRvB 11 april 2007, *LJN* BA0876, *RSV* 2007/175, m.nt. Stijnen.

137. Annotatie van Stijnen bij CRvB 11 april 2007, *RSV* 2007/175. Zie over huisbezoek-perikelen ook Heinrich en Veldhuis 2010, p. 28.

138. Maar zie Daly 2011.

de oordeel? Over het algemeen echter is de feitenvaststelling vol aan de orde bij de rechter, of kan dat in ieder geval zijn.

De concepten bewijsmaatstaf en toetsingsmaatstaf liggen in elkaars verlengde,¹³⁹ en raken beide de waarheidsvinding door de rechter. Een volle toets van de feitenvaststelling over het algemeen de norm betekent dat de rechter de feiten daadwerkelijk zelf kan vaststellen, ook in de plaats van en in afwijking van de door het bestuursorgaan reeds vastgestelde feiten. Dit raakt waarheidsvinding *door de rechter*, in die zin dat een niet-volle toets van de feiten zijn mogelijkheid tot onmiddellijke waarheidsvinding beperkt. Een volle toets van de feiten betekent dus dat een rechter op zoek kan gaan naar ‘het zeker weten’; op zoek naar de materiële waarheid. Tegelijkertijd betekent de bestuursrechtelijke bewijsmaatstaf dat ‘zeker weten’ niet noodzakelijk is: het gaat er om, in het algemeen in het bestuursrecht, om de ‘feiten voldoende aannemelijk’ te achten. Weliswaar worden die feiten geacht de materieel juiste feiten te zijn, maar het ‘zeker weten’ van die feiten is niet nodig. Dat lijkt een discrepantie, althans in logisch-abstrakte zin; zij lijkt in de praktijk te worden opgelost doordat de bewijsstandaard van ‘voldoende aannemelijkheid’ vooral wordt ingezet in *negatieve zin*. Bepaalde feiten zijn *niet* voldoende aannemelijk gemaakt; het waarheidsgehalte van die feiten wordt in ieder geval betwijfeld.

Als de rechter de gedachte van het primaat van het bestuur – daar gaat het in ieder geval om de vaststelling van de feiten – al te veel omarmt, dan kan dat leiden tot wat een ‘vermoeden van rechtmatigheid’ wordt genoemd.¹⁴⁰ De lage bewijsstandaard, gekoppeld aan een taakopvatting waarin het feitenproces zich vooral in de fase bij het bestuursorgaan dient af te spelen, levert al snel een marginale toets op. Sommigen menen dat dit tot een houding leidt waarin het bestuur in principe ‘wint’. Van onmiddellijke waarheidsvinding is dan in ieder geval geen sprake meer.

3.9. Conclusie ten aanzien van bewijs en waarheidsvinding

Bewijsrecht beïnvloedt waarheidsvinding. Een belangrijke bevinding ten aanzien van het bestuursrechtelijke bewijsrecht is dat het ontbreken van eenduidige regels tot onzekerheid, ongelijkheid, en onduidelijkheid kan

139. In het mededingingsrecht is een levendige discussie gaande over de vraag of een hoge bewijsmaatstaf ook automatisch een hoge toetsingsmaatstaf (een intensieve toets) meebrengt (zie o.a. Prete & Nuncara 2005, p. 693; Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 444; Kalbfleisch 2005, p. 5; Bailey 2003, p. 850; Reeves & Dadoo 2006, p. 1037; Legal 2005, p. 113). Volgens mij is dat niet *noodzakelijkerwijs* zo (zie Gerbrandy 2009, p. 486).

140. Zie Tak 2011, p. 1179.

leiden. Ik herhaal wat ook anderen naar voren hebben gebracht: waar bij de totstandkoming van de Awb de stelling werd ingenomen dat de vrij-bewijsleer ten dienste stond van materiële waarheidsvinding, lijkt die stelling nu genuanceerd. Duidelijkheid van bewijsregels kan de materiële waarheidsvinding dienen. Flexibiliteit – met name om de klassieke ongelijkheidscompensatie te kunnen bieden – echter óók. Hoewel er voor een ‘partijengeding’ met een meer geformaliseerde waarheid minder een bezwaar bestaat tegen codificatie van bewijs, geldt het bovenstaande in algemene zin ook binnen de klassieke taakopvatting van de bestuursrechter. Als de hoogste gerechten duidelijkheid kunnen verschaffen,¹⁴¹ dan is codificatie van een ‘denkmodel’¹⁴² minder nodig. De vraag is of de hoogste gerechten die taak op zich (kunnen) nemen. Zelfs dan – bij duidelijker jurisprudentiële bewijsregels – zijn er argumenten om die regels dan ook een wettelijke basis te geven, al was het maar vanuit legitimiteitsoverwegingen. Voor de éénmalige gast, de zonder rechtsbijstand procederende burger, dienen de regels ook duidelijk te zijn. Mij lijkt dat codificatie daarvoor en geen noodzakelijke en geen voldoende voorwaarde is, aangezien de regels ook nog duidelijk dienen te worden gemaakt binnen een procedure, de individuele taakopvatting van de rechter is hier meer van belang, maar ik neig ernaar te verwachten dat het in de Awb neerleggen van – inherent toch weer flexibiliteit biedende – materiële bewijsregels meer bijdraagt tot het kunnen vaststellen van de materiële waarheid door de rechter dan het niet codificeren daarvan.

4. Waarheid in het vreemdelingenrecht: de taalanalyse

4.1. Inleiding

Tijdens de voorbereiding van dit preadvies werd ik gewezen op de mogelijk problematische feitenvaststelling in het vreemdelingenrecht. Kritiek richt zich onder meer op asielaanvragen,¹⁴³ meer specifiek op het beoordelen door de rechter van de geloofwaardigheid van het asielreclame en het gebruik van een ‘taalanalyse’ om de gestelde herkomst van de vreemdeling te verifiëren.¹⁴⁴ Derhalve heb ik mij in dit mij vreemde rechtsgebied ver-

141. Zie Rapport Commissie Evaluatie Awb III 2007.

142. De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007.

143. Ook buiten de asielprocedure (in veel grotere aantallen) worden verzoeken om (tijdelijke of permanente) verblijfsvergunning behandeld.

144. Zie ook Groenendijk 2008a, die een door geïnterviewde (anonieme) rechter aanhaalt: ‘De taalanalyse rammelt aan alle kanten’; idem Groenendijk 2008b, p. 14 en Groenendijk & Terlouw 2009. Zie echter reactie van Van der Winden 2008; en kritische beschouwing van Bruinsma 2009.

diept.¹⁴⁵ Waarheidsvinding lijkt in dit deel van het bestuursrecht wel bijzonder pregnant; het gaat bij de aanvraag tot verblijf immers om ingrijpende besluiten.¹⁴⁶ Die ingrijpendheid zou moeten betekenen dat het boven tafel krijgen van de waarheid omtrent herkomst des te belangrijker is. Ook kan gesteld worden dat dit belang mee zou behoren te brengen dat bij twijfel over de waarheid de vreemdeling moet worden toegelaten.¹⁴⁷ Dat impliceert een normatief kader waarin het beeld past van de asielzoeker als ‘de zielige vluchteling’. Het met wantrouwen tegemoet treden van deze ‘Ander’¹⁴⁸ zou als inhumaan moeten worden beschouwd.¹⁴⁹ Tegenover dit – als sentimenteel te kenschetsen?¹⁵⁰ – beeld van de asielzoeker staat echter dat er (in ieder geval óók) een groep vreemdelingen is die hun identiteitspapieren ‘kwijtraken’ en een vluchtverhaal fabriceren, om zo een verblijfsstatus te verkrijgen.¹⁵¹ In dit beeld zijn asielzoekers doelbewuste gelukszoekers, die juist met wantrouwen moeten worden beschouwd.¹⁵² Hoe om te gaan met deze vreemdelingen wordt ook gekleurd door het feit dat het bij deze toelatingsbesluiten ook vanuit het gezichtspunt van de ontvangende maatschappij om ingrijpende beslissingen gaat: het gaat om het opnemen in en deelname aan die maatschappij. Mag, tot die beslissing tot toelating is genomen, de vreemdeling anders worden behandeld dan de reeds van die maatschappij deel uitmakende personen?

Ik memoreer deze visies omdat het onderkennen van de achterliggende premisse waarmee een vluchtverhaal wordt tegemoet getreden niet alleen het vaststellen van de waarheid kan beïnvloeden maar uiteindelijk ook invloed kan hebben op het juridische gevolg dat wordt gegeven aan het niet kunnen vaststellen van die waarheid: een verblijfsvergunning of juist niet.

4.2. *De asielprocedure en de plaats van de taalanalyse daarin*

In een asielprocedure tot verkrijging van verblijfsvergunning toetst de Minister (de Immigratie en Naturalisatiedienst (hierna: IND)) of de vreem-

145. Vgl. Van der Linden 2003.

146. Vgl. Marseille 2009, p. 8.

147. Tholen 1997, p. 186-187; zie ook Van der Linden 2003, p. 79.

148. Zie Buber 2003.

149. Zie bijv. www.vluchtelingenwerk.nl (geraadpleegd op 25 juli 2011): ‘Het belangrijkste bezwaar van VluchtelingenWerk [...] is dat humaniteit ondergeschikt wordt gemaakt aan logistieke overwegingen. Bij het inrichten van de procedure is niet gekeken naar wat het beste voor de asielzoekers is, maar of alle handelingen goed planbaar zijn.’

150. Sentimenteel in de zin van ‘overdreven gevoelig’ (Van Dale) en niet primair op feiten oordelend, ofwel ‘addicted to indulgence in superficial emotion’ (Oxford English Dictionary); of Dalrymple 2010: “an excess of emotion that is false, mawkish, and overvalued by comparison with reason (...) performed in full public view” (p. 82-83).

151. Zie Stichting Vluchteling 2011 over de beeldvorming in Nederland over vluchtelingen.

152. Zie ook Van der Linden 2003, p. 78.

deling daarvoor in aanmerking komt.¹⁵³ Een vergunning wordt alleen verleend in bijzondere omstandigheden, die afhangen van de herkomst van de vreemdeling.¹⁵⁴ Het is steeds de vreemdeling die zijn verhaal en herkomst aannemelijk moet maken; het gaat om de geloofwaardigheid van diens asielrelaas.¹⁵⁵ Dat aantonen is vooral lastig als er geen *fysieke* bewijsstukken zijn, bijvoorbeeld omdat identiteitsdocumenten aan de 'reisagent' zijn overhandigd of zijn kwijtgemaakt. Als de IND in deze omstandigheden twijfelt aan het verhaal van de vreemdeling, dan kan zij besluiten een taalanalyse te laten verrichten.¹⁵⁶ De taalanalyse wordt uitgevoerd door het Bureau Land & Taal (hierna: BLT) dat is ondergebracht bij de IND.¹⁵⁷ Zij wordt uitgevoerd door een (freelance) taalanalist die bij zijn werkzaamheden wordt gecontroleerd door een linguïst van het BLT.¹⁵⁸ Daartoe wordt een gesprek op band opgenomen dat wordt gevoerd tussen de vreemdeling en een ambtenaar van de IND, met tussenkomst van een tolk.¹⁵⁹ Hieruit volgt een conclusie ten aanzien van de *waarschijnlijkheid* dat de vreemdeling inderdaad uit het gebied komt waar hij stelt vandaan te komen.

4.3. *Het waarheidsgehalte van de herkomstclaim bewijzen*

De vreemdeling moet bewijzen dat hij voor een vergunning in aanmerking komt: de aanvraag wordt afgewezen als hij dat niet aannemelijk heeft gemaakt (art. 31 lid 1 Vw). Onderdeel daarvan is dat hij aannemelijk maakt dat hij *dáár* vandaan komt, waar hij stelt vandaan te komen. Ten aanzien van deze bewijsspositie wordt gesteld dat 'meer dan in het overige bestuursrecht (...) de 'bal' ligt bij de rechtszoekende':¹⁶⁰ het is niet aan de IND om

153. De procedure duurt 8 dagen (vooraf gegaan door een rust- en voorbereidingstermijn van minimaal 6 werkdagen). Zie o.a. www.vluchtelingenwerk.nl, waarop de procedure wordt beschreven.

154. Artikel 29 Vw: kort gezegd gaat het om situaties waarin de vreemdeling moet vrezen voor leven of vervolging. Het individuele verhaal van de vreemdeling is doorslaggevend. Daarnaast geldt dat er gebieden zijn aangewezen waarvoor een categoriaal beschermingsbeleid wordt gevoerd. Dan gaat het niet zover om de individuele omstandigheden van de vreemdeling, maar wel (ook) om diens herkomst.

155. Zie Werkinstructie IND Nr 2010/10 (Wijze van opstarten van onderzoek en/of het stellen van vragen bij onderzoek tijdens asielprocedure); en Nr 2010/14 (Beslissystematiek: Beoordeling geloofwaardigheid en zwaarwegendheid en Stroomschema).

156. 'Jaarlijks gaat het naar schatting om 1500 tot 2000 taalanalyses', Pinxter 2010, p. 72.

157. Zie Werkinstructie IND 2010/10.

158. De linguïst is wetenschappelijk opgeleid, de taalanalist heeft 'een actieve beheersing van de taal of talen in kwestie', Pahladsingh 2010, par. 4.1; zie ook hierna.

159. Zie ook Pinxter 2008. Tijdens het gesprek (en de taalanalyse) komt het taalgebruik van de vreemdeling en een toetsing van land- en cultuurkennis aan bod, maar kennelijk is er in de rapporten van BLT sinds 2009 'beduidend minder aandacht voor landenkennis, dan wel kennis van de leefomgeving, van de vreemdeling', aldus Pinxter 2010, p. 72.

160. Van der Winden 2008, par. 4.1. Diens positie is 'benarder dan die van eisende belanghebbenden in andere bestuursrechtelijke geschillen', aldus Koenraad en Zwaan 2010, p. 205.

aan te tonen dat de vergunning *niet* hoefde te worden verleend. En dat, terwijl ook wel gesteld wordt dat juist een verlichting werd beoogd ten opzichte van het algemene bestuursrecht.¹⁶¹ Dat de vreemdeling een zeer moeilijke bewijsspositie heeft lijkt niet zozeer aan deze algemene uitgangspunten te liggen, die in beginsel niet afwijken van het algemene bestuursrecht,¹⁶² maar aan de eisen die door de Afdeling zijn gesteld aan bewijsslastverdeling, bewijsfuik en feitenontoetsing. Het is dan een keuze een zwaardere bewijsspositie op te leggen, ingegeven door de politieke opdracht procedures niet eindeloos te laten duren.¹⁶³ De taalanalyse wordt, zo stelt de Afdeling, opgesteld ten behoeve van de bewijsspositie van *de vreemdeling*: daarmee wordt aan de op hem rustende last ‘tegenmoet gekomen’.¹⁶⁴ Dit lijkt niet in overeenstemming met de wijze waarop de taalanalyse in de praktijk wordt gepercipieerd,¹⁶⁵ maar desalniettemin is de taalanalyse in principe bedoeld aan te tonen dat het asielrelaas *waar* is. Op de IND rust dan een vergewisplicht ten aanzien van het taalanalyse-rapport.¹⁶⁶

Op de bewijsspositie van de vreemdeling is kritiek: zij legt zowel de bewijssvoeringslast als het bewijssrisico geheel op diens schouders. Dat terwijl de gevolgen van het ontbreken van bewijs zwaar zijn: hoewel zowel bij (bijvoorbeeld) een bouwvergunningsaanvraag als een aanvraag tot verblijfsvergunning weliswaar bij een afwijzing alles bij het oude blijft – er mag niet worden gebouwd, de vreemdeling blijft de toegang ontzegd – is het ‘bij het oude blijven’ voor de vreemdeling eerder een *belastende* beschikking dan dat de afwijzing van een bouwvergunning dat voor de aanvrager daarvan is. Principieel-juridisch is het argument dat het met de uitvoering van de taalanalyse niet meer gaat om het aanvoeren van relevante feiten (het asielrelaas inclusief herkomstclaim), maar ook om de *waardering* van de feiten (door de taalanalyse).¹⁶⁷ Bovendien zou de zorgvuldigheidverplichting

161. Koenraad en Zwaan 2010, p. 200.

162. In beginsel ligt ook in het algemene bestuursrecht de bal eerst bij de rechtzoekende die een voor hem begunstigend besluit wenst van het bestuursorgaan: bij een besluit op aanvraag geldt dat een ‘aanvrager van het besluit primair zelf [dient] zorg te dragen voor de bewijssvoering’ (Schuurmans 2005, p. 145). Zo dient de aanvrager van een bouwvergunning zelf de gegevens te verschaffen op grond waarvan de bouwvergunning kan worden verleend (waarvoor de overheid prachtige brochures beschikbaar heeft (zie www.rijks-overheid.nl met bijvoorbeeld een brochure over het toevoegen van een dakkapel) en een digitaal formulier ter beschikking stelt (www.omgevingsloket.nl)).

163. En de verwachting dat de Afdeling, toen zij als hoger beroepsrechter werd aangewezen, door vreemdelingenzaken zou worden overspoeld; zie Loeb 2006, p. 13.

164. ABRvS 18 maart 2005, *LJN* AT2570, *JV* 2005/188, r.o. 2.2.

165. ‘Het blijft merkwaardig dat de Afdeling (...) zo expliciet blijft benadrukken dat de taalanalyse valt te beschouwen als een tegemoetkoming aan de vreemdeling’, aldus Koenraad en Zwaan, 2011, p. 193.

166. Ingevolge de zorgvuldigheidverplichting van artikel 3:2 Awb; o.a. ABRvS 19 mei 2009, *LJN* BI5889, *JV* 2009/289, r.o. 2.2.1; vlg. Pinxter, 2010, p. 73–74.

167. Koenraad en Zwaan 2010, p. 200–201.

ting van artikel 3:2 Awb méér omvatten dan alleen een vergewisplicht.¹⁶⁸ Dit alles zou betekenen dat de taalanalyse juist in het bewijsdomein van de IND zou liggen, die moet aantonen dat het verhaal van de vreemdeling *niet waar* is.

4.4. *Tegenbewijs en contra-expertise*

Een en ander heeft gevolgen voor de eisen gesteld aan tegenbewijs: als het voor een afwijzend besluit op de weg van de IND ligt om met de taalanalyse aan te tonen dat de vergunning *niet* hoeft te worden verleend, dan is het voor een gegrond beroep daartegen voldoende om tegenbewijs te leveren. Tegenbewijs betekent dat 'slechts' hoeft te worden aangetoond dat 'het door het bestuursorgaan ingewonnen advies gebreken kent'. Dat betekent echter niet het leveren van tegendeelbewijs, inhoudende dat de vreemdeling moet aantonen dat hij wél aanspraak maakt op de verblijfvergunning.¹⁶⁹

Uit Afdelingsuitspraken blijkt dat op verschillende manieren tegen een ongunstige analyse kan worden opgekomen. De vreemdeling kan betogen dat de conclusies van de taalanalyse niet ten grondslag kunnen worden gelegd aan de afwijzing van zijn verblijfsaanvraag:¹⁷⁰ aantonen dat het taalanalyse-rapport niet volledig is, of niet inzichtelijk is opgesteld omdat de conclusies niet logischerwijs volgen uit de analyse.¹⁷¹ Belangrijker is echter de contra-expertise; vaak uitgevoerd door De Taalstudio.¹⁷² Zij is ook een vorm van *tegenbewijs*.¹⁷³ De contra-expertise kan slagen als zij concrete, gemotiveerde, aanknopingspunten biedt voor twijfel omtrent de juistheid van de taalanalyse.¹⁷⁴ Tegelijkertijd stelt de Afdeling ook wel eisen aan de contra-expertise als *tegendeelbewijs*.¹⁷⁵

168. 'De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan begint waar de informatieplicht van de belanghebbende eindigt', aldus Koenraad & Zwaan 2010, p. 200, met verwijzing naar Schuurmans 2005, p. 177-183.

169. Koenraad & Zwaan 2010, p. 200. Zie ook Lubberdink 2009, p. 53-55.

170. Spijkerboer en Vermeulen 2005, p. 277; Koenraad & Zwaan 2011, p. 192; Koenraad 2009 p. 220-244; Pinxter 2010, p. 74.

171. Enkel 'betwisten' is niet genoeg: ABRvS 19 mei 2009, *LJN* B15889, *JV* 2009/289; voor verdere uitspraken: Pinxter 2010, p. 74.

172. Door de Afdeling in beginsel als deskundig geacht; over de contra-expertise ook Spijkerboer & Vermeulen, 2005, p. 276; Van der Valk-In't Veen 2010, p. 304; Koenraad & Zwaan 2011, p. 193; Pahladhsing 2010, par. 4.9.

173. Bijv. ABRvS 8 juli 2005, *JV* 2005/426 m.nt. Olivier; ABRvS 7 juli 2009, *JV* 2009/350; hierover Koenraad & Zwaan 2010, p. 201.

174. ABRvS 13 december 2006, *LJN* AZ5550, *JV* 2007/67; het plaatsen van 'kritische kanttekeningen bij de totstandkoming en conclusies (...) volstaat niet': ABRvS 26 augustus 2003, *JV* 2003/455; ABRvS 8 juli 2005, *LJN* AI9868, *JV* 2005/426, m.nt. Olivier.

175. De contra-expertise moet dan 'de gestelde herkomst aannemelijk maken', ABRvS 18 december 2009, *JV* 2010/65; kritisch Koenraad & Zwaan 2010, p. 200.

Een contra-expertise is duur en hoewel de kosten tot niet zo lang geleden geheel werden vergoed heeft het COA (het Centraal Orgaan opvang asielzoekers) vanwege budgettaire redenen een plafond ingesteld voor te vergoeden kosten.¹⁷⁶ De Afdeling stelt dat het feit dat de vreemdeling die kosten niet kan dragen voor rekening en risico van die vreemdeling komt;¹⁷⁷ net als de omstandigheid dat zich een schaarste voordoet in analisten.¹⁷⁸ Dat leidt tot kritiek: zeker in samenhang met de strenge *bewijsfuik* die in afwijking van het algemene bestuursrecht de Afdeling hanteert.¹⁷⁹ Deze keuze, tezamen met het strikte grievenstelsel,¹⁸⁰ en een afstandelijke toets van de feiten (zie hierna) zou strijd (kunnen) opleveren met het beginsel van een *equality of arms*.¹⁸¹ en het EVRM.¹⁸²

4.5. Terughoudende toetsing van de feiten

Over het algemeen wordt de feitenvaststelling die plaatsvindt in verband met de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas door de rechter afstandelijk getoetst: de minister komt hier beoordelingsruimte toe. Dat is in het licht van dit preadvies een bociende keuze – hier lijkt geen meningsverschil dat er sprake is van een keuze van de Afdeling – want normaliter toetst de rechter de feiten vol (zie par. 3.8). De Afdeling geeft als reden dat er geen ‘objectieve criteria’ zijn om de geloofwaardigheidsbeoordeling door de IND van het asielrelaas te toetsen.¹⁸³ Omdat de IND ervaring heeft en ‘vergelijkenderwijs en aldus gobjectiveerd’ die beoordeling kan verrichten, doet de Afdeling een stapje terug.¹⁸⁴

176. Zie Van der Valk-In't Veen 2010; Groenewegen 2010, p. 39-40; Koenraad & Zwaan 2011, p. 188.

177. ABRvS 30 september 2004, *JV* 2004/435; ABRvS 25 september 2006, *JV* 2006/409.

178. ABRvS 2 juni 2003, *JV* 2003/324.

179. Zie bijv. Van der Winden 2008; Koenraad & Zwaan 2010, p. 201; Lubberdink 2006. Alleen onder omstandigheden die de vreemdeling niet zijn aan te rekenen de contra-expertise nog in de beroepsfase bij de rechtbank mag worden ingediend (maar hij kan beter niet wachten totdat het COA heeft aangegeven de kosten te dragen; ABRvS 4 april 2007, *JV* 2007/236). Zie Koenraad & Zwaan 2010, p. 202, met verwijzing naar ABRvS 3 februari 2010, *LJN* BL1804 en ABRvS 28 oktober 2009, *JB* 2010/2.

180. Het strikte grievenstelsel blijft in dit preadvies wat buiten beeld, maar ook hier is het een keuze van de Afdeling om hetgeen in de Vreemdelingenwet (art. 85 Vw) is bepaald, vanuit de positie van de vreemdeling gezien strikt uit te leggen; uitgebreid Lubberdink 2006.

181. Zie Kulk 2008, p. 79. De Afdeling stelt dat *equality of arms* niet geldt voor bestuurlijke besluitvorming; ABRvS 2 juni 2003, *JV* 2003/324, *RV* 2003/53.

182. Koenraad & Zwaan 2011, p. 189.

183. ABRvS 27 januari 2003, *JV* 2003/103, m.nt. Olivier.

184. ‘De minister [is] méér geschikt dan de rechter om de geloofwaardigheid van het asielrelaas te beoordelen’, Olivier in annotatie bij ABRvS 27 januari 2003, *JV* 2003/103; of: ‘Het ‘machtswoord’ dient in deze omstandigheden aan de minister te worden gelaten’, Lubberdink 2009, p. 54.

De geloofwaardigheid van een vluchtyverhaal kan dus *niet objectief*, en zeker niet objectief door de rechter, worden beoordeeld. Dat is niet omdat er sprake is van een vage, subjectieve norm (zoals in de kunst- en cultuuradvisering het geval is): in theorie zijn hier eenduidig ware feiten te kennen. Het is *praktisch* onuitvoerbaar om die ware feiten steeds boven tafel te krijgen – dus gaat het in deze procedure om de geloofwaardigheid van het *relaas*. De Afdeling zet een grote stap richting toegeven dat het in deze gevallen vrijwel onmogelijk is om de waarheid vast te stellen. De vraag is dan: 'is hier nog sprake van feitenvaststelling?'¹⁸⁵ Op deze wijze van toetsing is kritiek.¹⁸⁶ Zij zou op gespannen voet staan met de toetsing door het EHRM van de geloofwaardigheid van het asielrelaas.¹⁸⁷ Zij is echter ook wel met instemming begroet.¹⁸⁸

4.6. De geschiktheid van het instrument

Ook op de taalanalyse als *instrument* voor het vaststellen van de herkomst van de vreemdeling wordt kritiek uitgeoefend.¹⁸⁹ Die richt zich op de betrouwbaarheid van het instrument zelf en (dus) op de basis van de mogelijkheid tot het vaststellen van de ware feiten: een taalanalyse *kan* helemaal niet dienen als een bewijs voor de herkomst.¹⁹⁰ Als door middel van een taalanalyse niet, of geen eenduidig, uitsluitsel kan worden gegeven over de herkomst van de vreemdeling, dan kan de waarheid in ieder geval niet met zekerheid door middel van dit instrument worden vastgesteld. Ook is in dit verband de kritiek relevant op de specifieke uitvoering van de taalanalyse door het BLT, die zich – anders dan De Taalstudio – niet aan de internatio-

185. Lubberdink 2009, p. 54.

186. O.a. Groenendijk & Terlouw 2009, p. 60-64. Zie in dit verband ook het initiatiefvoorstel van Pechtold en Van der Ham over toetsing in vreemdelingenzaken, Voorstel van wet wijziging Vreemdelingenwet 2000, Kamerstukken II 2007/2008, 30 830, nrs. 8, 9 en 10.

187. Zie Damen 2008, p. 60-66; vooral EHRM 5 juli 2005, nr. 2345/02, AB 2005/369, m.nt. B.P. Vermeulen (*Said/Nederland*), en EHRM 11 januari 2007, AB 2007/76 m.nt. Vermeulen (*Sheekh/Nederland*). De Afdeling oordeelt dat uit het arrest *Said* niet een wezenlijke bijstelling van haar jurisprudentie nodig is.

188. Zoals door Olivier in zijn annotatie, waarbij overigens moet worden opgemerkt dat hij wel zeer kritische kanttekeningen plaatst bij de toetsing als geheel. Vgl. Van der Winden 2008; Damen 2008, p. 64.

189. Maar vlg. antwoorden van de minister e.q. staatssecretaris op deze kritiek in 2005 en 2008: Aanhangsel Handelingen II 2004/2005, nr. 1629 en Aanhangsel Handelingen II 2008/2009, nr. 1192.

190. Lensvelt-Mulders 2008 p. 164; De Vries 2008. Cambier-Langeveld 2010 (werkzaam bij BLT), stelt daarentegen dat 'de nauwkeurigheid van een onderzoeksinstrument kan niet worden afgeleid uit forensisch zaakonderzoek, omdat nu juist onbekend is wat de waarheid (de juiste uitkomst) is'.

naal opgestelde *Guidelines* voor taalanalyse houdt.¹⁹¹ Daarnaast is er kritiek op de *setting* waarin het BLT het interview houdt en de vorm waarin zij plaatsvindt.¹⁹² Ook als dus het instrument op zichzelf geschikt kan worden geacht maar de kritiek op deze uitvoering hout snijdt, dan knaagt dat aan de wortels van de mogelijkheid tot het vinden van de materiële waarheid.

4.7. *Conclusie: materiële waarheid in (dit type) asielzaken*

Stel dat de vreemdeling zijn herkomstverhaal niet met documenten kan onderbouwen: de feitelijke herkomst, de materiële waarheid kan niet rechtstreeks worden bewezen. Stel dat de IND twijfelt over de gestelde herkomst en zorgt voor een taalanalyse. Uit die analyse kan naar voren komen dat de herkomst *niet* wordt ondersteund. Daarmee staat de materiële waarheid nog niet vast: het kan zijn dat de vreemdeling wel de waarheid vertelde en het instrument niet deugt, maar ook wordt niet (steeds) een conclusie getrokken over waar de vreemdeling dan *wél* vandaan komt. De twijfel blijft en de ware herkomst blijft in het midden.¹⁹³ Juridisch gezien is dat niet relevant: vanwege de opgelegde bewijslastverdeling is het genoeg dat de twijfels omtrent de gestelde herkomst worden bevestigd door de taalanalyse.

De vreemdeling kan – kostenhobbels en bewijsfuk overwonnen – zorgen voor een contra-expertise, die de taalanalyse voldoende *betwist*.¹⁹⁴ De contra-expertise kan ook de *bevestiging* inhouden van de door de vreemdeling gestelde herkomst; dan zal hem een verblijfsvergunning worden verleend. In beide gevallen staat de materiële waarheid omtrent de herkomst niet vast: in het ene geval is zij (nog steeds) alleen maar gebaseerd op het verhaal van de vreemdeling die in eerste instantie niet werd geloofd. In het tweede geval zijn er twee bewijsmiddelen die wijzen op dezelfde herkomst – het asielrèlaas en de contra-expertise – maar daar staat de eerste taalanalyse.

191. Guidelines for Language Analysis 2004, www.taalstudio.nl/taalanalyse/index.html. Zie Verrips (directeur van De Taalstudio) 2011, p. 26. Vgl. Pinxter 2008, p. 8-10 en voor kritiek op het gebruik van oordelen van moedertaalsprekers Fraser 2008; Thije 2007, p. 79. Kritiek op het BLT: De Munnik 2008, p. 56-58 en in algemene zin Meyer 2006. Kritiek op de guidelines heeft Cambier-Langeveld 2010.

192. Zie bijv. Thije 2007, p. 77.

193. Het kan ook zijn dat de taalanalyse het herkomstverhaal ondersteunt. Ook daarmee is ingevolge de kritiek op het instrument zelf nog niet perse de waarheid omtrent de herkomst vast komen te staan, maar daar zal verder niet over geprocedeerd worden.

194. ABRvS, 22 juni 2010, *JF* 2010/312, ov. 2.1.4.

lysc tegenover.¹⁹⁵ De wetenschappelijke twijfels omtrent het instrument zelf zijn niet weggenomen, hoewel zij juridisch gezien als bewijsmiddel omtrent de geloofwaardigheid van de gestelde herkomst van de vreemdeling is geaccepteerd.

De conclusie ten aanzien van de mogelijkheid om in deze zaken de materiële waarheid vast te stellen moet dan ook zijn dat dit twijfelachtig is. Dat betekent dat er een kans is dat een vreemdeling geen verblijfsvergunning wordt verleend waar dat wel had moeten, en andersom. Waar het tweede – een vals-positief besluit – vanuit het perspectief van de gemeenschap waartoe de toegang wordt verleend als onwenselijk zou kunnen worden beschouwd, kan het eerste – een vals-negatief besluit – vanuit het individuele perspectief van de vreemdeling daadwerkelijk dramatisch zijn. Het is dan ook de vraag wat het gevolg moet zijn van de vaststelling dat de materiële waarheid niet vastgesteld kan worden. Moet bij niet weggenomen twijfel de vreemdeling worden toegelaten of moet bij twijfel de vreemdeling worden teruggestuurd? Het gaat dan echter niet meer om het wel of niet kunnen vaststellen van de materiële waarheid van een individueel geval, maar om niet-juridische waarheden en waarden: mededogen en menselijkheid, maar ook angst en zelfbescherming.

5. De prospectieve waarheid

5.1. Inleiding

In sommige bestuursrechtelijke gedingen gaat het niet om het vaststellen van de feiten zoals die zich hebben voorgedaan in het verleden (*ex tunc*) of zoals die feiten zijn op het moment van het besluit van het bestuursorgaan (*ex nunc*), maar om feiten die in de toekomst liggen: het vaststellen van *toekomstige* ontwikkelingen. Nu hebben veel bestuursrechtelijke geschillen een zeker zicht op toekomstigheid in zich: het verlenen van een subsidie aan een kunstinstelling is mede gebaseerd op een verwachting ten aanzien van diens plannen; bij de beslissing een aanvraag voor het bouwen van een huis af te wijzen kan een rol spelen dat het huis zal vloeken met de omgeving, hetgeen pas *daadwerkelijk* kan worden vastgesteld nadat het huis zou zijn gebouwd. Daarbij gaat het weliswaar om het beoordelen van een formeel onzekere toekomst, maar ten aanzien van de kunstinstelling is

195. In een dergelijk geval kan de rechter een eigen deskundige benoemen – waarmee ófwel de contra-expertise wordt ondersteund, ófwel de oorspronkelijk taalanalyse, óf een nog genuanceerdere uitspraak omtrent beide wordt gedaan – maar dat gebeurt zelden; ABRvS 7 juli 2009, *JV* 2009/350; over 'zelden' zie Koenraad & Zwaan 2011, p. 193.

wel wat bekend over *past performance* en de planning, en op basis van tekeningen en impressies kan de nog niet bestaande bebouwing wel worden beoordeeld. Meestal gaat het in het bestuursrecht echter om besluiten op basis van bestaande feiten: het persoonsgebondenbudget wordt verleend omdat iemand in een rolstoel zit (en de ergernis om dat bij blijvende verlamming steeds opnieuw te moeten aantonen is niet voor niets);¹⁹⁶ de urgentieverklaring voor nieuwe woonruimte wordt gebaseerd op de feitelijke situatie;¹⁹⁷ en de kapvergunning wordt afgewezen omdat dat type boom niet gekapt mag worden.¹⁹⁸

Sommige besluiten zijn echter expliciet gebaseerd op een waardering van toekomstige, en daarmee onzekere, feitelijke gebeurtenissen of ontwikkelingen. Dat geldt bijvoorbeeld voor tariefsbesluiten, waarbij de tarieven van een beroepsgroep voor een toekomstige periode worden beoordeeld.¹⁹⁹ Het geldt ook voor milieu-effectrapportages, die bij grote infrastructurele werken moeten worden uitgevoerd;²⁰⁰ en op grote of kleinere schaal geldt het voor de noodzaak in te schatten welke invloed de bouw van een supermarkt of een nieuwe rondweg op verkeersstromen zal hebben.²⁰¹ Zij hebben gemeen dat het gaat om een analyse van toekomstige, inherent onzekere, gebeurtenissen. Een voorbeeld waarop ik hier nader in ga betreft het mededingingsrecht, en wel de beoordeling van de aanvraag om vergunning voor het totstandbrengen van een concentratie. Daarbij wordt de beoordeling van een aanvraag mede gebaseerd op een *prospectieve analyse* van een toekomstige *economische* situatie. Dat levert in de context van dit preadvies direct probleem op omdat een *toekomstige waarheid* per definitie niet zeker kan worden vastgesteld. Het waarheidsprobleem wordt verergerd omdat het hier gaat om een 'multifaceted analysis with a wide range of relevant considerations interacting'.²⁰² De vraag is derhalve wat materiële waarheidsvinding in deze context betekent.

196. Zie het Albeda & Van der Meijden 2007, die citeren: "Mijn gehandicaptenparkeerkaart is onlangs verlopen. Ik bezit deze kaart (met verlengingen) sedert 1975 toen mijn linkerbeen werd geamputeerd. Inmiddels is ook mijn rechterbeen geamputeerd. Ik maak gebruik van een rolstoel. Mijn gemeente wil mijn verlopen parkeerkaart na 16 jaar alleen verlengen wanneer ik mij a 80 EURO opnieuw laat keuren door een GGD-arts."

197. Bijv. ABRvS 12 januari 2011. *LJN* BP0507.

198. Bijv. ABRvS 25 mei 2011, zaaknr. 201008569/1/II2.

199. Bijv. CBb 6 december 2010, *LJN* BO6663 (*Loodsentarieven*); OPTA Tariefbesluit WLR-C (*UPC en Ziggo*) 10 maart 2010, OPTA/AM/2010/200749.

200. Zie bijv. het besluit van de Minister van EL&I over de kerncentrale Borssele (Besluit Kernenergievermogenvergunning verleend aan de N.V. Electriciteits-productie maatschappij Zuid-Nederland (NV EPZ) ten behoeve van brandstofdiversificatie Kerncentrale Borssele, 24 juni 2011).

201. Zie bijv. Provincie Limburg, Rapport verkeer Ontwikkelas Weert – Roermond, studie N280-West, 17 augustus 2011.

202. Bayasso & Lindsay 2007, p. 182.

5.2. *De plaats en de inhoud van prospectieve analyse in het mededingingsrecht*

In de Mededingingswet is (net als in het Europese mededingingsrecht)²⁰³ bepaald dat alvorens een concentratie – een fusie, overname of op te richten gezamenlijke onderneming – van enige omvang (wat betreft gezamenlijke omzet) tot stand gebracht mag worden, het voornemen daartoe gemeld moet worden bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de NMa), of de Europese Commissie (de Commissie). De NMa (of de Commissie) beoordeelt of een concentratie is toegestaan. Een vergunning – die daartoe onder omstandigheden moet worden gevraagd – voor het tot stand brengen van de concentratie wordt ingevolge artikel 41 Mededingingswet (Mw) *geweigerd* als de concentratie mededingingsrechtelijke problemen tot gevolg zal hebben. Kort gezegd omvat deze beoordeling een analyse van de marktsituatie op het moment dat de concentratie wordt gemeld en een analyse van de marktsituatie die zou ontstaan als de concentratie zou plaatsvinden, inclusief mogelijke toekomstige ontwikkelingen die buiten het direct gevolg van de concentratie liggen. Het eerste onderdeel – de huidige marktsituatie – kan al lastig genoeg zijn omdat het een geheel van samenhangende economische en juridische feiten en waardeningen betreft; het tweede onderdeel is de *prospectieve analyse*.

Het onderzoek of de concentratie in de toekomst tot mededingingsrechtelijk negatieve gevolgen zal leiden vergt over het algemeen een complexe analyse. Het gaat om een geheel van feiten, feitenwaardering, economische theorie, economische modellen en beoordeling daarvan, waarbij complexe feiten die ‘gevonden’ zijn door economische analyse weer als *input* gebruikt worden in een volgende stap van de redenering.²⁰⁴ Hoewel ook economische analyses er in soorten en maten zijn, meer of minder verwijderd van de dagelijkse kost van een jurist, zich in meer of mindere mate bedienen van abstracties en van in meer of mindere mate omstreden economische modellen en theorieën,²⁰⁵ en hoewel ook elders in het bestuursrecht het soms lastig is feitenvaststelling en kwalificatie te onderscheiden lijken die fases zich hier tot een onverwarbare kluwen te hebben verstrengd.

203. Het Nederlandse mededingingsrecht is voor een zeer belangrijk deel, zeker materieelrechtelijk, gebaseerd op Europees mededingingsrecht. Zie over de invloed daarvan op de bestuursrechter: Gerbrandy 2010.

204. Over het onderscheid tussen ‘simplele’ feiten en ‘complexe’ feiten zie Gerbrandy 2009, o.a. op p. 91; Botteman 2006, p. 73.

205. Zie over dat laatste o.a. Kokkoris 2006.

In concentratiezaken omvat de economische analyse vrijwel steeds het vaststellen van de markt waarop de fusiepartijen actief zijn (de relevante markt), het beoordelen van de posities op die markt voor en na de fusie (marktaandeelen) en het in kaart brengen van de mogelijke gevolgen van de concentratie (al dan niet een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging). De wijze waarop de economische analyses worden uitgevoerd en de keuze voor een economisch model of theorie kan per fusie verschillen, bijvoorbeeld vanwege de valkuilen die toepassing van een bepaald model op een specifieke markt met zich meebrengen. Het CBB stelt in ieder geval dat de NMa hier *scenario's* dient te onderzoeken om te bezien welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben.²⁰⁶ Daarbij gaat het om een visie voor de komende drie tot vijf jaar.

5.3. Bewijslastverdeling en bewijsmaatstaf

Ook in het concentratietoezicht gelden algemene regels van bestuursrechtelijke bewijslastverdeling: de bewijslast rust op het bestuursorgaan, in die zin dat het besluit gebaseerd dient te zijn op een juiste feitelijke onderbouwing. Maar omdat het hier gaat om een (begunstigend) besluit op *aanvraag*, komt de plicht tot het onderbouwen van de aanvraag met feiten te rusten op de fusiepartijen. De plicht tot zorgvuldige onderbouwing, die voor de NMa geldt, is wel 'des te sterker in het concentratietoezicht, omdat sprake is van een negatief gestelde, rechtsverhinderende voorwaarde'.²⁰⁷ De prospectieve analyse maakt onderdeel uit van deze onderzoeksplicht van de NMa. Wat de precieze bewijsmaatstaf is voor de prospectieve analyse is lastig vast te stellen. In algemene zin wordt een aannemelijkheidsmaatstaf aangelegd, maar gaat het om het aannemelijk maken van *mogelijkheden* of van het *meest waarschijnlijke scenario*?²⁰⁸ Wijkt de bewijsmaatstaf van de nationale mededingingsrechters af van die opgelegd door het Gerecht en het Hof van Justitie, waarvan commentatoren het eens lijken te zijn dat zij een hoge bewijsmaatstaf betreft?²⁰⁹ Hoe is de verhouding

206. CBB 28 november 2006, *LJN AZ3274 (Nuon e.a./NMa)* r.o. 8.3.4. Het onderzoeken van mogelijke scenario's geldt ook voor de Commissie: vgl. GvEA EG 14 december 2005, zaak T-210/01, *Jur.* 2005, p. II-05575 (*GE/Honeywell*), r.o. 429.

207. Specifiek voor artikel 41 Mw: Gerbrandy 2010, p. 343; en meer in algemene zin Schuurmans 2005, p. 194.

208. Zie voor dat laatste GvE EG 25 oktober 2002, zaak T-5/02, *Jur.* 2002 p. II-04381, *Tetra Laval/Commissie*, r.o. 155, 223.

209. Zie Wright 2007; genuanceerd ook Prete & Nuncara 2005, p. 697; Bay & Ruiz Calzado 2005; Bailey 2003; Botteman 2006. Sommigen menen dat de bewijsstandaard te hoog is waardoor de Commissie geen effectief toezicht meer kan uitoefenen: hierover Van Rompuy & Pauwels, 2007. Een ondersteuning van die stelling zou gevonden kunnen worden in de studie van Maier-Rigaud en Parplies 2009, die stellen dat sinds 2004 (tot en met 2008) nog maar 0,1% van de aangemelde concentraties is verboden (vergeleken met de 1,0% in 1994-2003).

tussen de 'bijzondere zorgvuldigheid' die (ook) de NMa dient te betrachten bij dit onderzoek en de bewijsmaatstaf? En hoe bijzonder is die zorgvuldigheid ten opzichte van, bijvoorbeeld, de strengere eisen die gesteld worden bij punitieve besluiten (zie par. 6)? Is de vraag of een vergunning wordt verleend of juist wordt afgewezen, van belang – m.a.w. is er een symmetrische bewijsmaatstaf?²¹⁰ Deze vragen zijn van belang voor de wijze waarop de NMa de prospectieve analyse dient vorm te geven, maar zijn voor de NMa (en de Commissie), nog niet alle beantwoord.

5.4. *Rechterlijke toetsing en hindernissen bij materiële waarheidsvinding*

Omdat het gaat om de vaststelling en waardering van economische feiten toetst de rechter de vraag of voor een concentratie terecht al dan niet vergunning is verleend met enige afstand: de NMa komt hier 'een zekere mate van beoordelingsvrijheid' toe.²¹¹ De toetsing door de rechter is niet zozeer een marginale toets, maar iets dat tussen een volle en marginale toets in zit.²¹² Ten aanzien van de feiten staat in beginsel de 'materiële juistheid' voorop: de feitenvaststelling wordt *vol* getoetst, hetgeen niet afwijkt van de algemene bestuursrechtelijke rechterlijke toetsing. Toch is het niet primair de rechter zelf die de feiten vaststelt. Vanwege de beoordelingsruimte voor de NMa is het ook niet de rechter die de waardering of beoordeling van die feiten onderneemt. In reactie op die vaststelling en beoordeling door de NMa kan de rechter echter wel een vrij intensieve toets aanleggen. Dat neemt niet weg dat de toetsing gecompliceerd is: bij de prospectieve analyse lopen, zoals genoemd, feitenvaststelling en kwalificatie van de feiten in elkaar over. Het is een redenering als een Escheriaans bouwwerk waarbij (min of meer simpele) feiten, gecombineerd met economische theorie, nieuwe, complexere – want samengestelde – feiten opleveren, waar een economisch model – met eventueel nog andere feitelijke input – op los wordt gelaten, waarvan de uitkomsten vervolgens geïnterpreteerd worden, waarna de juridische kwalificatie van die uitkomst volgt. Het is niet verrassend dat de toetsing van dit geheel in ieder geval op papier een zekere afstand van het bestuursorgaan bewaart.

210. Zie o.a. Prete & Nuncara 2005; Bay & Ruiz Calzado 2005.

211. CBb 27 september 2002, *LJN* AE8688 (*Essent e.a./NMa*); CBb 28 november 2006, *LJN* AZ3274, (*Nuon e.a./NMa*).

212. De toets omvat de zorgvuldige voorbereiding en deugdelijke motivering; een juiste interpretatie van wettelijke begrippen en het aannemelijk maken dat de feiten en omstandigheden aan wettelijke vereisten voldoen (feiten en kwalificatie); CBb 27 september 2002, *LJN* AE8688 (*Essent e.a./NMa*) en CBb 28 november 2006, *LJN* AZ3274 (*Nuon e.a./NMa*). Zij lijkt op de toets van het Hof in concentratiezaken (waarover Bay & Ruiz Calzado 2005; Killick 2007; Botteman 2006).

Voor die feitelijke onderbouwing geldt dat de toezichthouder, en in het verlengde daarvan ook de rechter, erg afhankelijk is van de informatie die partijen aanvoeren. De analyse van de mogelijke gevolgen van een concentratie dient binnen strikte termijnen te worden afgerond.²¹³ Het is, zo erkent het Gerecht, onmogelijk om te verlangen dat de toezichthouder (de Commissie) de juistheid van elk detail controleert.²¹⁴ Daardoor kan het accent van het vaststellen van de feiten juist verschuiven van toezichthouder naar rechter: deze tendens wordt door sommigen op Europees niveau ontwaard.²¹⁵ Omdat de toezichthouder – de NMa of de Commissie – net als de fusiepartijen in ieder geval niet op voorhand negatief staat tegenover fusies en overnames in het algemeen en omdat de procedure in een omgeving van ‘vertrouwen’²¹⁶ plaats vindt, kunnen de korte termijnen ook het gevaar opleveren dat de toezichthouder zich vooral gaat baseren op hetgeen de fusiepartijen aandragen. Dat is in het licht van waarheidsvinding een lastige situatie: immers, hetgeen fusiepartijen stellen hoeft niet perse in overeenstemming te zijn met de (huidige of toekomstige) realiteit, en dat zou nopen tot een kritische toets in beroep.²¹⁷ Ook het materiaal dat door concurrenten wordt aangeleverd hoeft dat niet te zijn, aangezien zij – afhankelijk van de marktsituatie – aan een fusie met negatieve effecten die negatieve effecten niet hoeven (te verwachten) te ondervinden, en andersom.²¹⁸ Wat dat betreft is het ‘veiliger’ om consumenten te vragen om markt-informatie, hetgeen dan ook gebeurt, maar dat brengt weer eigen betrouwbaarheidsproblemen mee.²¹⁹

De informatie, zowel van de fusiepartijen als van de NMa is vaak voor een deel afkomstig van economische experts, zowel interne experts als extern ingehuurd. Er is daarbij wel iets af te dingen op het waarheidsgehalte van economische modellen (die per definitie een reductie van de werkelijkheid inhouden) en de wijze waarop deze worden ‘vertaald’ naar het (juridische)

213. Waarbij, als de termijn niet wordt gehaald, een vergunning wordt geacht te zijn verleend.

214. Zie hierboven, GvEA EG 13 juli 2006, zaak T-464/04, Jur. 2006, p. II-2289 (*Impala/Commissie*).

215. Het zou dan aan de Commissie zijn om *prima facie* de feiten aan te tonen, maar pas bij het Gerecht komen alle feiten in volle omvang aan de orde; zie o.a. Prete & Nuncara 2005, en vgl. Killick 2007. Vooralsnog heb ik niet de indruk dat de rechtbank Rotterdam (in eerste instantie bevoegd in mededingingszaken) een dergelijke rol aanneemt.

216. GvEA EG 13 juli 2006, zaak T-464/04, Jur. 2006 II- p. 2289 (*Impala/Commissie*), r.o. 415.

217. Vgl. Massey 2008 (www.compecon.ier); en in algemene zin ook Golding 2010.

218. Maier-Rigaud & Parplies 2009, p. 574.

219. Vgl. Tucker, Reiter & Yingling 2007. Door het Gerecht is de spagaat die dit de toezichthouder oplevert herkend, vgl. GvEA EG 13 juli 2006, zaak T-464/04, Jur. 2006, p. II-2289 (*Impala/Commissie*), r.o. 415.

concentratietoezicht,²²⁰ op de uitwerking van economische scenario's (waarbij een keuze wordt gemaakt in de input die het scenario verwerkt), en op de grondslag van de economie als zodanig (de homo economicus als rationeel handelend individu).²²¹ Het CBb heeft in dit verband in ieder geval bepaald dat een 'model een realistische weergave [dient] te zijn van het gedrag van de deelnemers op de betreffende relevante markt en (...) in hoge mate transparant [dient te] zijn'.²²² Dat helpt in ieder geval de toetsing door de rechter, maar lost het fundamentele probleem niet geheel op.

Zelfs als de feitelijke informatie op zichzelf genomen wel betrouwbaar is, dan blijft het principiële punt staan dat de materiële waarheid niet is vast te stellen, omdat zij zich nog moet voltrekken. Dat onderkent ook het CBb, die stelt dat het gaat om een *andere zekerheid*. De zorgvuldigheidseis dient om dit probleem te ondervangen: 'een prospectieve analyse dient zeer zorgvuldig worden uitgevoerd'. Die zorgvuldigheid kan echter per definitie niet betrekking hebben op de overeenstemming van de door de NMa vastgestelde toekomstige feiten en de werkelijke feiten (die zich immers nog niet hebben voorgedaan). De prospectieve analyse dient wel 'gebaseerd te zijn op zich voor het voltrekken van de concentratie *in werkelijkheid* voordoende feiten en omstandigheden die aannemelijk moesten zijn'.²²³ Zij dient zich dus te bevinden ten aanzien van de juistheid van de huidige feiten, de zorgvuldigheid van het onderzoek naar toekomstige gebeurtenissen – de juiste scenario's zorgvuldig in kaart brengen – en de consistentie van de gevolgtrekkingen. Desalniettemin geldt dat ook met een onderzoek dat aan alle zorgvuldigheidseisen voldoet en dat volledig en helder is, waarvan de conclusies consistent zijn met het onderzoek dat daaraan ten grondslag ligt, de materiële waarheid slechts benaderd kan worden.

5.5. *Conclusie: materiële waarheidsvinding is onmogelijk, maar is dat erg?*

Schieten we met de conclusie dat materiële waarheidsvinding door de rechter in deze gedingen een illusie is, iets op (naast de constatering dat het uitgangspunt van de Awb in ieder geval (ook) hier niet geldt)? Het ant-

220. Zie bijvoorbeeld de kritiek op het gebruik van 'diversion ratio's' op een bepaalde wijze door de Britse Competition Commission van Akgun & Ridyard 2006; kritiek op het gebruik van 'traditionele modellen' met een 'bias' Weisman 2005; voorstellen voor een andere modellering van marktafbakening in de markt voor internettoegang D'Ignazio en Giovannetti 2006.

221. Zie Kahneman 2011.

222. CBb 28 november 2006, *LJN AZ3274 (Nuon e.a./NMa)*.

223. CBb 28 november 2006, *LJN AZ3274 (Nuon e.a./NMa)*, r.o. 8.3.3 (cursief toegevoegd).

woord op die vragen, zo lijkt me, hangt mede af van de vaststelling of de rechterlijke materiële waarheidsvinding verbeterd zou moeten worden, hetgeen afhangt van hoe vaak het fout gaat en of verbetering in beginsel mogelijk is. Wat het eerste betreft: onjuistheid kan logischerwijs alleen achteraf worden vastgesteld en alleen als een concentratie werd toegestaan op basis van een inschatting van scenario's die, naar achteraf bleek, te positief waren.²²⁴ Het is onduidelijk hoe vaak een prospectieve analyse onjuist is:²²⁵ uit de enkele studies blijkt dat prospectieve analyses er wel eens naast zitten,²²⁶ of dat de toezichthouder bijvoorbeeld in het vormgeven van mogelijke voorwaarden waaronder een fusie wél doorgang kon vinden te optimistisch is.²²⁷ Wat het tweede betreft: er zijn wel (theoretische en meer praktische) mogelijkheden om de kans op een 'ware' feitenvaststelling te vergroten, met name op het terrein van de beoordeling van economische en econometrische input. Zo kan de rechter net zo economisch deskundig zijn (of worden) en de feitenvaststelling meer aan zich kunnen trekken. Hij kan natuurlijk ook deskundigen benoemen om hem van deskundigheid te voorzien. Er zijn ook experimenten die, als het gaat om het be- of ondervragen van de economische expertise van partijen, kunnen worden overgenomen: op die manier kan de economische waarheid in de procedure bij de rechter op een robuuste(re) wijze aan de orde worden gesteld.²²⁸ Ook zijn er relevante richtlijnen die de rechter behulpzaam kunnen zijn in een heldere en gestroomlijnde wijze van toetsing van de economische en econometrische input.²²⁹ Het vergroten van specifieke economische deskundigheid van de rechter of het benoemen van een deskundige kan weliswaar waarheidsvinding ten goede komen, maar ook de expertiseparadox uitlokken:²³⁰ een spiraal waardoor vanwege de complexiteit aan het gespecialiseerde gehalte van concentratiebesluiten steeds hogere eisen worden gesteld, waardoor de kans op fouten toeneemt; ook de kosten van dergelijke besluitvorming en

224. De spiegelbeeldige situatie aan de werkelijkheid toetsen is onmogelijk: of een concentratie terecht geen doorgang vond of dat het verbod was gestoeld op een te negatief scenario kan niet worden nagegaan omdat de voorspelde situatie zich niet kan voltrekken.

225. Ik ben niet alleen via de 'gewone' kanalen van literatuurstudie op zoek gegaan naar relevante gegevens, maar ook door een oproep te plaatsen op de linkedinggroep voor 'Competition Law'. Daar kwamen informatie, maar vooral anekdotische en niet wetenschappelijk verantwoorde antwoorden op.

226. Zie over de voorspellingen van prijsstijgingen voorafgaand aan een fusie en deze voorspellingen achteraf getoetst op hun werkelijkheid (voor een specifieke markt in de VS) Peters 2003, waaruit blijkt dat de modellen weliswaar voorspellende waarde hebben maar er ook wel naast zitten.

227. Zie Papandropoulos & Tatjana 2006, naar aanleiding van 'Merger Remedy Study' van de Europese Commissie 2005; Office of Fair Trading & Competition Commission: Ex post evaluation of mergers 2005

228. Edmond 2009.

229. Botteman 2006, p. 97-99, met verdere verwijzingen.

230. Zie (kort aangestipt) Asser e.a. 2009, p. 4

de toetsing daarvan kunnen steeds hoger oplopen waardoor uiteindelijk effectieve handhaving in gevaar dreigt te komen.

Steeds blijft echter in ieder geval de *inherente* beperking van de materiële waarheidsvinding in deze gevallen staan: een prospectieve analyse kan de waarheid slechts benaderen, haar vaststellen is onmogelijk. In veel gevallen is er natuurlijk wel een oordeel dat met enige zekerheid kan worden ingenomen. Maar soms blijft grotere twijfel. Wat moet de rechter (of in eerste instantie: de toezichthouder) doen wanneer hij zich bevindt in dit 'grijze gebied'?²³¹ Ook dan moet er een beslissing worden genomen. Noch de nationale rechter, noch de Europese rechter hebben deze vraag beantwoord, maar Advocaat-generaal Tizzano is van mening dat in een dergelijk geval een vergunning moet worden verleend. Net als in vreemdelingenzaken, waarin twijfel niet kan worden weggenomen, en in zaken omtrent fraude met bijstandsuitkeringen, is dit echter niet meer een vraag van feitelijke aard, maar een afweging van belangen en waarden. Het antwoord zal mede afhangen van het, veelal economisch, perspectief op de vraag of concentraties in algemeen zin een gunstig fenomeen zijn of in algemene zin gewantrouwd moeten worden.

6. Bestuursrechtelijk sanctierecht: rokers en kartellisten

6.1. Inleiding

Het bestuursrecht omvat naast het verlenen van vergunningen, het toekennen van uitkeringen, en het beoordelen van zeer diverse aanvragen, ook het opleggen van bestuurlijke boetes. Hoewel het fiscaal recht de bestuurlijke boete al langer kent, en de wet Mulder haar al weer een tijd geleden invoerde voor verkeersovertredingen, is haar opmars sinds het einde van de vorige eeuw niet meer te stuiten: van sociale verzekeringswetten, de Warenwet en de Tabakswet, tot de Telecommunicatiewet en de Mededingingswet, zij kennen allemaal de mogelijkheid van het opleggen van een bestuurlijke

231. Waarin het 'bijzonder moeilijk (...) te voorspellen welke gevolgen de aangemelde concentraties zullen hebben en waarin het dus niet mogelijk is tot een eensluidende conclusie te komen dat de waarschijnlijkheid dat een machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt, groter dan wel kleiner is dan de waarschijnlijkheid dat een dergelijke machtspositie niet in het leven wordt geroepen of versterkt'; Conclusie van Advocaat-Generaal A. Tizzano in zaak C-12/03 P, *Jur.* 2005 p. I-01113 (*Tetra Laval*), punt 76. Zie ook Prete & Nuncara 2005 en vgl. GvFA EG in zaak T-201/01, *Jur.* 2005, p. II-05575 (*GE/Honeywell*), par. 66.

boete.²³² De redenen voor invoering liggen uiteen: voor sociale zekerheidswetten gold de wens om het uitvoerend orgaan ook (gedeeltelijk) verantwoordelijk te maken voor handhaving; voor het mededingingsrecht was de verwachting dat de specialistische kennis bij een beperkt aantal zaken het beste bij bestuursrechtelijke handhaving zou kunnen worden gewaarborgd. Andere redenen zijn juist de massaliteit van overtredingen en het routinematig karakter van de vaststelling daarvan.²³³ Achterliggende gedachte lijkt steeds te zijn dat invoering met name op doelmatigheids-overwegingen is gestoeld: gekozen wordt voor het bestuursrecht en niet voor het strafrecht omdat de verwachting is dat dit de handhaving vergroot.²³⁴

6.2. Een algemene regeling in de Awb

Bepalingen met betrekking tot bestuurlijke boetes waren verspreid over het bijzondere bestuursrecht. Sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche (juli 2009)²³⁵ kent de Awb een algemene regeling voor de bestuurlijke boete.²³⁶ Daarmee zouden de bijzondere regels voor een groot deel overbodig worden.²³⁷ Een algemene wet bestuursstrafrecht is er derhalve niet gekomen,²³⁸ maar het is ter plaatsbepaling goed voor ogen te houden dat de bestuurlijke boete vrijwel steeds een *criminal charge* oplevert in de zin

232. Algemene wet rijksbelastingen, 2 juli 1959 (art. 67a t/m 67 f), Stb. 1959, 301; Wet Mulder, 3 juli 1989 (art. 2), Stb. 1989, 300; bijv. de Algemene nabestaandenwet, 21 december 1995 (art. 39), Stb. 1995, 690; Algemene kinderbijslagwet, 26 april 1962 (art. 17a), Stb. 1962, 160; Warenwet, 28 december 1935 (art. 32a), Stb. 1935, 822; Telecommunicatiewet, 19 oktober 1998 (art. 15.4), Stb. 1998, 610; en Mededingingswet, 22 mei 1997 (art. 56, 57, 69), Stb. 1997, 242.

233. MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken 2003/2004 II 29702, nr. 3, p. 117-118.

234. Albers 2002, p. 418-419; Albers & Schlössels 2002, p. 188. Den Hondijker 2005, p. 15-18; Zie ook Kabinetsnota Kamerstukken EK 31700 VI, D, p. 2: 'Bij de keuze voor een sanctiestelsel staat de effectiviteit van de handhaving centraal'. Het gaat daarbij om enerzijds 'deskundigheid en capaciteit' en anderzijds om 'het incasseren van een opgelegde geldboete'; zie ook Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006.

235. Zie over (het ontwerp voor) de vierde tranche o.a. Van der Meulen e.a. 2000; Rogier 2000; Var-werkgroep Vierde Tranche Awb 2000. Zie ook Bröring 2005; Albers 2002.

236. Zij omvat rechtvaardigingsgronden (art. 5:5), samenloop (art. 5:8), het vermelden van de overtreding in de beschikking (art. 5:9), zwijgrecht en cautieplicht (art. 5:11), definitiebepaling (art. 5:40), bepalingen omtrent verwijtbaarheid (art. 5:41), *ne bis in idem* (art. 5:42), verval bij overlijden (art. 5:43), *una via*-regeling (art. 5:44), verjaring (art. 5:45), de hoogte van de boete (art. 5:55) verval (art. 5:48) en procedureregels betreffende rapport (art. 5:48 en 5:53), inzage in het dossier (art. 5:49), zienswijzen (art. 5:50 en 5:53), beslistermijn (art. 5:51) en vormvoorschriften (art. 5:52).

237. MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 13 en 104; Hartmann & Rogier 2004, p. 36.

238. Daarover is wel gedebatteerd, zie bijv. Hartmann & Rogier 2004, p. 1881.

van artikel 6 EVRM.²³⁹ In die zin is zij *strafrechtelijk* van aard. Anderzijds wordt de boete, anders dan in strafrecht, niet opgelegd door de rechter, maar door het bestuursorgaan: net als in het overige bestuursrecht toetst de rechter een besluit van een bestuursorgaan, in dit geval tot oplegging van de boete.²⁴⁰ Daarmee is de procedure vooral *bestuursrechtelijk* van aard.

Met deze plaatsbepaling komt de vraag in het vizier wat de taak van de bestuursrechter is, met name ten aanzien van het vaststellen van de waarheid van de feiten. Brengt het strafrechtelijke karakter mee dat waarheidsvinding door andere eisen wordt omgeven dan in 'gewone' bestuursrechtelijke gedingen of wordt zij met name bepaald door het materiële recht dat aan de orde is?

6.3. *Wildplassers, rokers, kartellisten*

Bestuurlijke boetes zijn er in soorten en maten. Aan de 'lichte' kant van het spectrum hebben gemeenten de mogelijkheid 'wildplassen, het laten liggen van hondenpoep en het aanbrengen van graffiti' met een kleine (minder dan 340 euro) bestuurlijke boete te beboeten.²⁴¹ De wildplasboete leek me een goed voorbeeld om af te zetten tegen de zeer hoge boete in het mededingingsrecht – al was het maar om de mogelijke titel van deze paragraaf. Gemeenten blijken echter van de mogelijkheid haar in te voeren geen gebruik te maken: de strafbeschikking is hier een aantrekkelijker alternatief.²⁴² Dat roept allerlei vragen op naar effectiviteit van instrumenten en 'wildgroei' in handhavingsmogelijkheden, maar dat ligt buiten het thema van dit preadvies.²⁴³ Net als bij wildplassen kan overtreding van, bijvoorbeeld,²⁴⁴ het rookverbod worden beboet met een relatief lage bestuur-

239. Zie over de vraag in hoeverre de daarmee gepaard moeten gaande waarborgen reeds in de Awb opgenomen waren voor de vierde tranche: Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006; Barkhuysen e.a. 2004; hierover ook: Barkhuysen & Van Emmerik 2010; Bröring 2005, p. 60-63; en voor opsoning van de randvoorwaarden ook Albers 2002, p. 121-122.

240. Onder de regeling OM-afdoening (Stb. 2006, p. 330) kan de officier wel een boete opleggen zonder tussenkomst van de (straf)rechter, die pas in zicht komt bij verzet; zie hierover Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 107-110; Crijns 2010; Kwakman 2009.

241. Wet Bestuurlijke boete overlast in openbare ruimte, Kamerstukken II 2004/2005, 30101, nr 3, p. 1.

242. Crijns 2010, p. 380; Rogier 2010, p. 532. Navraag bij de VNG, het WODC en eigen internetonderzoek naar de implementatie levert op dat geen enkele gemeente deze mogelijkheid lijkt te hebben ingevoerd: het is te duur en levert te weinig op.

243. Over 'wildgroei' Hartmann 2005; zie ook Nota Kamerstukken II 2005/2006, 29849, nr. 30 en Kabinetsnota, Kamerstukken I 2008/2009, 31700 VI, D.

244. Zie voor een (destijds geldende) lijst van bestuurlijke boetes: MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, Bijlage 2; en idem Memorie van Antwoord C, enige bijlage.

lijke boete (voorheen 300 euro, recent verhoogd tot 600 euro),²⁴⁵ maar ook strafrechtelijk worden vervolgd.²⁴⁶ Net als bij wildplassen geldt ook bij het rookverbod dat het vaststellen van overtreding relatief gemakkelijk kan zijn.²⁴⁷ Het rookverbod wordt wel daadwerkelijk bestuursrechtelijk gehandhaafd en dient hierna als voorbeeld van een lichte boete.

Aan de andere kant van het spectrum kunnen sommige toezichthouders zeer forse boetes opleggen: bij overtreding van de Mededingingswet bijvoorbeeld, kan een boete worden opgelegd tot maximaal 10% van de jaaromzet van een beboete onderneming, waarbij het in de praktijk kan gaan om boetes van tientallen miljoenen euro.²⁴⁸ Anders dan bij het rookverbod is het vaststellen van overtreding van het kartelverbod vaak complex. Niet alleen zijn de boetebedragen zeer verschillend, ook de wijze waarop overtreding wordt vastgesteld staat ver van elkaar af. Hoewel het in beide gevallen om een bestuurlijke boete gaat, is het de vraag of niet dit verschil het vaststellen van de waarheid door de rechter méér beïnvloedt dan het gedeelde strafrechtelijke karakter.

6.4. *Bevoegdheden van de NMa en de nVWA*

In algemene zin wordt een bestuursrechtelijke overtreding vastgesteld door een toezichthouder. Dat zijn ambtenaren van de NMa voor overtredingen van de Mededingingswet en ambtenaren van de nieuwe Voedsel en Warenautoriteit (nVWA) voor het rookverbod. De toezichthouders beschikken over de bevoegdheden die in de Awb zijn opgesomd: het betreden van plaatsen (m.u.v. woningen zonder toestemming, art. 5:15 Awb), het vorderen van inlichtingen (art. 5:16 Awb), het opvragen van gegevens en afscheiden (art. 5:17 Awb), het nemen van monsters en het onderzoeken van

245. Besluit van 14 juni 2011, Staatsblad 337, 2011.

246. Als economisch delict in de zin van de WED; vgl. IIR 23 februari 2010, *LJN* BK 8211. Over de geschiedenis van het rookverbod: Van der Mey 2009; Weyers 2009; Nienhuis & Weyers 2005; zie ook Persbericht OM 27 november 2009.

247. Dat is niet altijd het geval omdat de interpretatie van een aantal bestanddelen van het rookverbod (nog) niet geheel duidelijk is (Norenburg 2009), maar het vaststellen dat gerookt wordt is meestal niet moeilijk.

248. In de afgelopen tien jaar in Nederland: aan de mobiele operators (30 december 2002, nr. 2658-344) in totaal 88 miljoen euro; in de Garmalenzaak (14 januari 2003, nr. 2269/326) 13,4 miljoen euro (beide gematigd door de rechter); in de metaalsector (10 december 2007, nr. 5210_1/123) 2,5 miljoen euro; in de thuiszorg (19 september 2008, nr. 5851/211) 3 miljoen euro en 2,3 miljoen euro (21 oktober 2010, 644/522); voor het chloorkartel (12 november 2009, nr. 6091_1/204) 5,5 miljoen euro, het meelkartel (16 december 2010, nr. 6306_1/136) 81,6 miljoen euro en voor vlakglas (29 december 2010, nr. 5955_1/320) ruim 17 miljoen euro. Boetes voor feitelijk leidinggevend zijn ten hoogste 300 000 euro; dit maximum werd opgelegd in Wegener (besluit van 14 juli 2010, nr. 1528/898).

vervoermiddelen (art. 5:18 – 5:19 Awb). In bijzondere wetgeving kunnen aanvullende bevoegdheden zijn opgenomen, zoals in de Mededingingswet het geval is: een verzegelingsbevoegdheid (art. 54 Mw), en het inroepen van hulp van de sterke arm (art. 55 Mw). Ook de Tabakswet kent een extra bevoegdheid: het binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner, voor zover beperkt tot het begeven naar en betreden van in de woning aanwezige bedrijfsruimten (art. 17 Tabakswet). Deze extra bevoegdheden gelden ook na inwerkingtreding van de vierde tranche. Voor ‘een ieder’, dus inclusief degene op wie het toezicht wordt uitgeoefend, geldt een medewerkingsplicht, mits de medewerking redelijkerwijs nodig is voor de uitoefening van de taak van de toezichthouder (art. 5:20 Awb).²⁴⁹

6.5. *Onderzoek, bedrijfsbezoek & cautie*

De taken van de toezichthouder komen voor een deel, het ‘onderzoek’ in bestuursrechtelijk taalgebruik, overeen met strafrechtelijke ‘opsporing’.²⁵⁰ Gedurende deze fase rijst de vraag of strafrechtelijke waarborgen, zoals de plicht tot het geven van de cautie – in verband met het beginsel dat niemand hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling – gaan gelden.²⁵¹ De vierde tranche schrijft de cautie voor aan ‘degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie’ (art. 5:10a Awb).²⁵² Daarbij is vooral gedacht aan mondelinge verhoren, maar uit de MvT blijkt dat ‘onder omstandigheden’ ook schriftelijk horen hier onder kan vallen.²⁵³ De Awb geeft de algemene regeling. Deze geldt bij onderzoek naar overtreding van het rookverbod.²⁵⁴

De Mededingingswet bevat een – reeds van voor de vierde tranche dateerende – ietwat afwijkende regeling: de cautie wordt gegeven ‘indien (...) ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat (...) een overtreding heeft begaan’. In dat geval is er voor de betrokkene ‘geen verplichting ter zake een verklaring af te leggen’, waarvan hij ‘in kennis gesteld [wordt] voordat

249. Overtreding levert een het opzettelijk niet voldoen aan een ambtelijk bevel op, hetgeen strafbaar is (art. 184 Sr). De Mw bevat een afwijkende regeling: er kan een bestuurlijke boete worden opgelegd (art. 69 Mw); hierover Blomberg 2005, p. 411; zie ook besluit van de NMa in X (10 november 2009, nr. 6719/37) en rb. Rotterdam 9 juni 2011, *L/N* BQ7658.

250. Vgl. Blomberg 2005, p. 409.

251. Vgl. Hartmann 2000.

252. Zie voor kritiek op het cautiemoment Knigge 2001.

253. MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 99; Hartmann & Rogier 2008, p. 1879. Het CBB stelt dat de cautie moet plaatsvinden voorafgaand aan het stellen van schriftelijke vragen als voorafgaand aan het stellen van de vragen een redelijk vermoeden van overtreding bestond.

254. Rb. Rotterdam 26 maart 2010, *L/N* BL9871, *NJ* 1999/666.

[...] mondeling ter zake om informatie wordt gevraagd' (art. 52 lid 1 Mw). Het moment waarop de cautie dient te worden gegeven is derhalve verschillend geformuleerd. In de praktijk, zo lijkt me, kan er in het mededingingsrecht eerder een verplichting tot het doen van een cautie ontstaan dan bij het rookverbod. Dat heeft ook te maken met de wijze van vaststellen van overtreding. Bij overtreding van het rookverbod ligt het toezicht, onderzoek en vaststellen van overtreding dicht bij elkaar. Er is hier bijvoorbeeld minder snel reden voor het opvragen van schriftelijke stukken. De onderzoeksfase kan bij vaststelling van overtreding van het kartelverbod echter jaren duren. In beide gevallen zal het alleggen van een bedrijfsbezoek tot de mogelijke onderzoeksbevoegdheden behoren. Maar er zijn verschillen. Als tijdens het opbouwen van een mededingingsrechtelijk dossier, dat bijvoorbeeld is gestart met een klacht, wordt overgegaan tot het doen van 'invallen' bij ondernemingen komen NMa-ambtenaren met een groepje: de inval gebeurt bepaald niet *under cover* en de toezichthouders kopiëren ter plekke zowel materiaal van papier als in elektronische vorm.²⁵⁵ Tijdens een dergelijk bezoek hoeft de cautieplicht bij de aanvang van die inval nog niet te gelden, maar als - gedurende het bedrijfsbezoek - het vermoeden rijst dat sprake is van een overtreding, dan zou de cautie moeten worden gegeven. Zij dient in ieder geval te worden gegeven als vervolgens (maar eventueel ook voorafgaand aan het bedrijfsbezoek) schriftelijke informatie wordt gevraagd, als daaraan voorafgaand reeds een redelijke vermoeden van overtreding bestond.²⁵⁶

Bij opsporing van overtreding van het rookverbod daarentegen treden inspecteurs op in een kleinere groep of met z'n tweeën, en geschiedt, zeker als het gaat om overtreding in cafés, het bezoek zonder daarbij te laten weten dat er wordt geïnspecteerd. Er is, nadat op 'heterdaad' is vastgesteld dat het rookverbod is overtreden wel sprake van een 'afrondend gesprek', waarbij de overgang naar 'verhoor' vrij duidelijk lijkt. Van een vergelijkbaar 'afrondend gesprek' met vermoedelijke karteldeelnemers is minder snel sprake: de inval moet juist leiden tot het verzamelen van nader bewijsmateriaal; het bezoek is niet gericht op het heterdaad betrappen van overtreding van het kartelverbod.

255. Over de grenzen van dit onderzoek zie Vزر Rb. Den Haag 13 oktober 2008, *LJN* BH2647. Over het uitstrekken tot digitaal verkeer ook Rb. Rotterdam 20 april 2010, *JOR* 2010/191, m.nt. Jansen. Over de bevoegdheden ook de brochure 'Bevoegdheden van de NMa', oktober 2009 (van de NMa zelf). Illustratief zijn ook de brochures (beschikbaar op internet, geraadpleegd 21 november 2011) van bijv. Van Benthem & Keulen, 'Protocol in geval van een inspectie door de ambtenaren van de NMa', en van DLA Piper 'Verassingsbezoek van de mededingingsautoriteiten, Een korte handleiding'.

256. CBB 2 februari 2010, *LJN* BL5463, besproken in Heinrich & Veldhuis 2010, p. 28.

6.6. *Functiescheiding, rapport en boete-oplegging*

Het is de toezichthouder die de toezichthoudende bevoegdheden uitoefent en een overtreding opspoort. De boete wordt opgelegd door het *bestuursorgaan*. Daarbij geldt het voorschrift van *functiescheiding* inhoudende dat de ambtenaar belast met het toezicht niet ook de boete oplegt (art. 10.3 lid 4 Awb) als er sprake is van een zwaardere boete (meer dan 340 euro). Het voorschrift tot functiescheiding was (in een nogal afwijkende redactie, maar met dezelfde strekking) al opgenomen in de Mededingingswet (art. 54a Mw); deze wet is niet aangepast na inwerkingtreding van de vierde tranche. Het vereiste wordt daar (en ook ten aanzien van bijvoorbeeld de AFM) 'hard' geïnterpreteerd;²⁵⁷ het is de vraag of deze eisen ook voor de regeling in de Awb gelden. In mededingingsrechtelijke zaken wordt voordat een boete wordt opgelegd altijd een 'rapport' opgemaakt (art. 59 Mw). Het rapport heeft hier met name een individuele rechtsbeschermingsfunctie voor de beschuldigde onderneming: het is het (uiterlijke) startpunt van het gehoord worden en moment voor overdracht naar een andere afdeling. Na rapport is die andere afdeling belast met het horen en het vaststellen van de boete, die uiteindelijk dan weer door het bestuursorgaan wordt opgelegd. Rapport en functiescheiding hangen derhalve samen. Beide zijn ingegeven ter bescherming van de rechten van verdediging van degene aan wie de boete zal worden opgelegd; voorkomen moet worden dat doordat opsporing en beboeting in één hand samen komen het bestuursorgaan 'rechter in eigen zaak is'.²⁵⁸ Ook in de Awb is een regeling opgenomen waarbij voor zwaardere boetes een rapport dient te worden opgemaakt. Bij lichtere vergrijpen – zoals overtreding van het rookverbod voor de boeteverhoging – hoeft dat niet. Het Awb-rapport wordt echter, anders dan het Mededingingsrechtelijk rapport, uiterlijk verzonden *tezamen* met het boetebesluit. Hoewel de wetgever stelt dat het rapport zowel een waarborgfunctie als een bewijsfunctie heeft, is de waarborgfunctie bij het zo laat toezenden daarvan (of geheel ontbreken) nihil.²⁵⁹ Het gaat dan vooral om de bewijsfunctie.

6.7. *Bewijzen van overtreding*

Aan de bewijsvoering en de motivering worden in boetezaken (door de rechter) in algemene zin hoge eisen gesteld.²⁶⁰ Ook met de vierde tranche

257. CbB 30 augustus 2011, *LJN* BR6737, *AB* 2011/328, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; voor de AFM ook CbB 9 februari 2006, *LJN* AV2682, *AB* 2006/292, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

258. Vgl. annotatie van Jansen in *AB* 2006/292.

259. Vgl. Feteris 2000.

260. Zie ABRvS 7 augustus 2002, *AB* 2002/176, vgl. Albers & Schlössels 2002, p. 188.

is er echter niet voor gekozen om materiële bewijsrechtelijke regels op te nemen in de Awb.²⁶¹ De vrij-bewijs-leer geldt ook in het bestuursrechtelijk strafrecht: de wetgever achtte bewijsregels ook hier niet nodig, juist omdat 'in het Nederlandse bestuursproces in beginsel de materiële waarheid centraal staat' (par. 3.2).²⁶² Dat daarmee ook minder wettelijke waarborgen gelden dan in het strafrecht, terwijl bestuursrechtelijke sancties ook zeer ingrijpend kunnen zijn, wordt bekritiseerd.²⁶³

De bewijslast voor de feiten die ten grondslag liggen aan de overtreding ligt ingevolge de onschuldpresumptie op het bestuursorgaan.²⁶⁴ Zoals in de vorige paragraaf aangegeven vindt het bewijzen van inbreuk van het rookverbod plaats doordat toezichthouders tijdens een inspectie vaststellen dat het rookverbod wordt overtreden. Meer precies is nodig dat 'objectief, door organoleptisch onderzoek of door meting',²⁶⁵ is vastgesteld dat er sprake is van hinder of overlast.²⁶⁶ Een ambtsedig door een bijzonder opsporingsambtenaar opgemaakt proces-verbaal is voldoende bewijs.²⁶⁷ Het proces-verbaal (dat onderdeel uitmaakt van een rapport, als dat is opgemaakt) heeft hier dus een sterke bewijsfunctie.²⁶⁸ Het *rapport*, hoewel in de Awb geen bijzondere status gekregen,²⁶⁹ heeft in dit geval een status die vergelijkbaar is met een strafrechtelijk proces-verbaal (art. 344 lid 2 Sv).²⁷⁰ Tegenbewijs is natuurlijk mogelijk; bijvoorbeeld omtrent het feit dat de bevindingen geen betrekking hebben op het café van degene aan wie de boete is opgelegd.²⁷¹

261. Zie MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 28702, nr. 3, p. 131. Formele regels zijn er wel: hoorrecht en zwijgrecht bijvoorbeeld (zie ook Bröring 2005, p. 159).

262. MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 28702, nr. 3, p. 131.

263. O.a. Albers 2002, p. 221.

264. In het mededingingsrecht zie bijv. CBb 31 december 2007, LJN BC1396 (*Mobiele Operators*); voor het rookverbod zie CBb 9 december 2008, LJN BA9561.

265. Organoleptisch: gevormd van orgaan + Grieks *léptikos* (geschikt om te verkrijgen), met betekenis in chemie 'het beoordelen door middel van proeven en ruiken, bv. van wijn' (Van Dale). Onder omstandigheden is het niet voldoende dat is vastgesteld dat er werd gerookt maar moet de toezichthouder ook onderzoeken of de door de werkgever geplaatste abri's (rookcabines) daadwerkelijk tot enige, organoleptisch waarneembare hinder of overlast leidde (CBb 9 december 2008, LJN BG8912).

266. CBb 11 februari 2010, LJN BL5668, AB 2010/135.

267. Zie voor enkele perikelen hieromtrent o.a. rb. Rotterdam 26 maart 2010, LJN BL9764, rb. Rotterdam 26 maart 2010, LJN BL9871, JAR 201/159 en CBb 21 juni 2011, LJN BQ9556.

268. Zie ook Albers & Schlössels 2002, p. 194.

269. De Var Werkgroep Vierde tranche Awb (2000, p. 43) had dit wel voorgesteld.

270. Zie rb. Rotterdam 26 maart 2010, LJN BL9764. Zie Hartmann 1998, p. 190-192.

271. Rb. Rotterdam 26 maart 2010, LJN BL9761.

Een kartel opsporen is ingewikkeld.²⁷² Kartels zijn vrijwel steeds ondergronds: er is weinig bewijsmateriaal en een 'heterdaad' is lastig.²⁷³ Naast de bij de hiervoor genoemde invallen verkregen stukken (aantekeningen, notulen van vergaderingen, e-mails, uitdraaien van agenda's en dergelijke), is de NMa voor een deel afhankelijk van *clementie-aanvragen*: het als karteldeelnemer aan de NMa overleggen van informatie betreffende het kartel, in ruil voor boete-immuniteit of verlaging van de op te leggen boete.²⁷⁴ Clementie vragen is vergelijkbaar met een bekentenis, inclusief het 'verklikken' van mede-deelnemers. De bewijswaarde is niet geheel duidelijk, noch de vraag welke minimale bewijsmiddelen daarnaast in het dossier aanwezig moeten zijn. Waar in het strafrecht een bekennende verklaring geen voldoende bewijs vormt, is een dergelijke formele regel in het bestuursstrafrecht afwezig. Een clementieverklaring bevat een overzicht van andere karteldeelnemers, die daarmee worden beschuldigd. Dat zijn meestal ook concurrenten: wat is dan de waarde van een dergelijke 'getuigenverklaring'? Maakt het vervolgens uit of het gaat om een nog bestaand kartel of om gedragingen van jaren geleden waarover uit het hoofd wordt gerapporteerd? Hoe moet het 'zwijgen' van een als medekartellist beschuldigde onderneming worden opgevat?

De Mededingingswet schrijft zoals gezegd het opstellen van een rapport voor. Het mededingingsrechtelijk rapport heeft primair een *waarborgfunctie*. De beschuldigde onderneming dient te weten waartegen hij zich dient te verweren en de toezichthouder kan niet met nieuwe beschuldigingen of feiten komen als zij niet eerst in het rapport zijn beschreven en onderbouwd: daarmee heeft het rapport een functie die eerder vergelijkbaar is met een telastelegging in het strafrecht (art. 261 Sv) dan een functie als bewijsmiddel.²⁷⁵ De bewijswaarde van het rapport zelf is niet groot:²⁷⁶ het bewijs is niet hierin neergelegd, maar in de daaraan ten grondslag liggende stukken en de economische bewijsvoering die het besluit bevat. Voor waarheidsvinding bij de rechter brengt de waarborgfunctie mee dat *niet* in het rapport genoemde gedragingen, hoewel feiten na afloop van de totstandkoming van het rapport zouden kunnen zijn bewezen, niet ten grondslag kunnen worden gelegd aan de boete: voor nieuwe gedragingen moet een nieuw rapport worden opgesteld.²⁷⁷

272. Zie al Joshua 1987.

273. Voor een heterdaad zie de filmversie over het lysine-kartel (The Informant!) en het oorspronkelijke materiaal op <http://youtube.com> (zoeken op lysine, geraadpleegd november 2011).

274. Richtsnoeren Clementie in kartelzaken 2009 van de NMa.

275. Idem Sluysmans 2005, p. 111.

276. Vgl. Feteris 2000, p. 18-19.

277. Zie CBB 5 augustus 2003, LJN AL1845 (*Carglass*).

Afwijkend van het algemene bestuursrecht bevat de Mededingingswet nog een bepaling die de waarheidsvinding door de NMa en de rechter kan beïnvloeden: er is een beperking van toegelaten bewijsmiddelen omdat *legal privilege* – correspondentie tussen advocaat en onderneming – wordt beschermd (art. 51 Mw). Deze wettelijke regeling is ingegeven door een vergelijkbare regeling (ontwikkeld in jurisprudentie van het Hof van Justitie) op Europees niveau.²⁷⁸ De Commissie kan documenten die onder bescherming van het *legal privilege* vallen niet inzien en deze (dus) ook niet ten grondslag leggen aan een boetebesluit. Datzelfde geldt voor de NMa. Hoewel daarover wel is gesproken tijdens de derde evaluatie van de Awb is er niet voor gekozen deze regeling algemene gelding te geven.²⁷⁹

Tegen het bewijs van overtreding dat de NMa aan zijn besluit ten grondslag legt kan tegenbewijs worden gevoerd. Het tegenbewijs kan bestaan uit het zaaien van twijfel omtrent stellingen van de NMa, inclusief het verweer dat, bijvoorbeeld, geen sprake is van een onderneming, of het aanvoeren van bewijs dat, bijvoorbeeld, de uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw (een algemene uitzondering voor mededingingsbeperkende afspraken die echter voldoende positieve effecten hebben) van toepassing is. Hier geeft het Europees recht een algemene regel van bewijslastverdeling voor de inhoudelijk gelijke Europeesrechtelijke uitzondering (art. 101 lid 3 VWEU): degene die zich op de uitzondering beroept dient daarvan het bewijs te dragen (art. 3 Vo 1/2003). Nu wijkt dit bewijslastverdelingsvoorschrift niet af van de normale gang van zaken in nationale procedures, maar zij zal via het feit dat eenzelfde materiële bepaling (het kartelverbod) wordt toegepast – vaak gelijktijdig met het (verplicht) eveneens toe te passen Europese recht – ook voor de nationale context gelden.

In paragraaf 2.4 noemde ik het voorbeeld dat de materiële norm – in dit geval de Europese norm van artikel 101 lid 1 VWEU – zo wordt geïnterpreteerd dat het een bewijsvermoeden in zich draagt. Als de nationale rechter artikel 101 lid 1 VWEU dan toepast (en daartoe is hij verplicht als de gedraging onder het toepassingsbereik valt en hij gelijktijdig het nationale mededingingsrecht toepast), dan geldt dat bewijsvermoeden. In het specifieke geval van T-Mobile betrof het bewijsvermoeden het causaal verband tussen marktgedrag en afstemming tussen ondernemingen: het anders door onderzoek vast te stellen feit wordt door het bewijsvermoeden gegeven. Daarmee wordt de waarheid van dat feit vermoed, voorlopig vastgesteld. Het bewijsvermoeden lijkt vooral te zijn gestoeld op een gedachte van effectiviteit en uniformiteit van EU-recht. In zijn einduitspraak overwoog

278. Zie voor een laatste hoofdstuk in deze ontwikkeling: Kuipers 2010.

279. Widdershoven et al 2007, p. 83; Rapport Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 54.

het CBb dat vanwege de onschuldpresumptie volgend uit artikel 6 EVRM het bewijsvermoeden in ieder geval voor tegenbewijs vatbaar dient te zijn.²⁸⁰ Dat betekent dat het voor partijen mogelijk moet zijn de waarheid, die door de presumptie veronderstellende wijs wordt vastgesteld, alsnog vast te kunnen (laten) stellen; in dit geval dat er geen causaal verband zou zijn.

6.8. *Het algemene uitgangspunt van de volle toets*

Het algemene systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming wijkt in het strafrechtelijk bestuursrecht niet af van het overige bestuursrecht. De rechter toetst het besluit.²⁸¹ Maar bij de toetsing van boetebesluiten neemt de rechter, ook volgens de wetgever, een positie in tussen ‘gewoon bestuursrechter’ en strafrechter.²⁸² het EVRM brengt mee dat de rechter volledige rechtsmacht toekomt.²⁸³ De rechter toetst of de boete evenredig is; hier is geen ruimte voor een terughoudende opstelling van de rechter in diens relatie met het bestuursorgaan.²⁸⁴ De rechter toetst natuurlijk ook de correcte toepassing van het recht; in principe is dit niet anders dan in het overige bestuursrecht. Beide elementen spelen mee in de houding die de rechter inneemt in bestuursstrafrechtelijke gedingen.²⁸⁵ Ook bewaakt de rechter de grenzen van de rechten van verdediging: zo heeft een beschuldigde onderneming recht op vertaling van stukken uit het dossier;²⁸⁶ het recht om stukken die het bestuursorgaan onder zich heeft te (laten) toevoegen aan het dossier (op de zaak betrekking hebbende stukken) wanneer hij ze voor de boeteprocedure van belang acht;²⁸⁷ en worden de grenzen van de mogelijkheid tot het slechts de rechter laten kennismaken van stukken uit het dossier (art. 8:29 Awb) beperkt door het recht op kennisname door de beschuldigde partij.²⁸⁸

280. Zie CBb 12 augustus 2010, LJN BN3895, AB 2010/342, m.nt. Ottow en Breckhof; Widdershoven & Duijkersloot 2011.

281. ‘Het EVRM verzet zich er niet tegen dat een bestraffende sanctie in de eerste plaats door het bestuur wordt opgelegd’. aldus MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 127.

282. MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 128.

283. *Full jurisdiction* in de terminologie van het EHRM; zie MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 127-128.

284. De ‘verwijtbaarheid’ maakt onderdeel uit van deze volledige toets. De literatuur over volle toetsing door de rechter gaat met name ook over dit onderdeel van die volle toets.

285. En brengt eigen problematiek mee, zoals de vraag hoe de rechter moet omgaan met wettelijke voorgeschreven vaste boetebedragen (zoals bij overtreding van het rookverbod, zie Wijziging Tabakswet Kamerstukken II 1998/99, 26472, nr. 2, bijlage bij Tabakswet, p. 9-11); vgl. Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 147-151).

286. CBb 19 januari 2009, LJN BH0436 (*Garnalevisser*).

287. CBb 6 november 2009, JOR 2010/18 m.nt. De Groot.

288. Rb. Rotterdam 26 november 2002, LJN AR4219 (*SEP (Norsk Hydro)*); CBb 22 januari 2009, AB 2009/186, m.nt. Cartigny.

Belangrijker voor het thema van dit preadvies is dat ook de toetsing van het bewijs van de feiten vol is.²⁸⁹ De rechter heeft de macht de beslissing *volledig* te controleren: zo hier in het algemeen bestuursrecht al sprake is van enige terughoudendheid vanwege een beperktere taakopvatting (par. 2.2), dan zou de rechter die hier moeten laten varen.²⁹⁰ De rechter stelt in dit verband strenge eisen aan de bewijsvoering en aan de motivering van het besluit.²⁹¹

Het uitgangspunt van de volle toets van de feiten brengt normaal geen problemen mee bij toetsing van rookverboden.²⁹² De volle toets van het bewijs, als dat bewijs is gebaseerd op een in een proces-verbaal neergelegde ‘heterdaad’ vastgestelde overtreding van bijvoorbeeld het rookverbod, ligt niet al te ingewikkeld, hoewel wel de vraag zich kan voordoen of het *voor de rechter* moeten bewijzen van de overtreding met zich meebrengt dat hij zich ook moet opstellen als degene die het bewijs *a charge* en *a decharge* zoekt. De bestuursrechtelijke setting brengt immers mee dat het bewijsproces zich in grote mate afspeelt in de fase voor het bestuursorgaan.²⁹³ In het kader van waarheidsvinding brengt het strafrechtelijk karakter mee dat het accent dat in het gewone bestuursrecht door het benadrukken van geschillenbeslechting naar een partijengeschil is verschoven, terug zou komen bij een accent op de waarheidsvinding door, of in ieder geval bij, de rechter.²⁹⁴ Het is *voor de rechter* dat de feiten moeten worden bewezen.²⁹⁵ Dit heeft, zo wordt betoogd, een aantal gevolgen. Zo dient de rechter niet al te rigide om te springen met het grievenstelsel,²⁹⁶ zou (voor zover zij nog werd toegepast) fuikenjurisprudentie opzij moeten worden gezet,²⁹⁷ zou de rechter juist hier aandacht moeten hebben voor het op zoek gaan naar de vraag welke feiten partijen nu eigenlijk betwisten, en zou hij een eventuele positie van lijdelijkheid opzij moeten zetten.²⁹⁸ Daarbij geldt dat

289. Of deze volle toets op dezelfde manier als de volle evenredigheidstoets wordt afgeleid uit artikel 6 EVRM is niet geheel duidelijk: zie Den Houdijker 2005, p. 34.

290. Vgl. EILRM 23 juni 1981, *Le Compte* (NJ 1982/602, m.nt. Alkema); Barkhuysen e.a. 2007, en eerder al Kuipers 1996.

291. Zie o.a. CRvB 18 oktober 2001, *TAR* 2002/6; ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001/88, m.nt. Albers; hierover ook Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 147.

292. Maar zie over de toetsing van onrechtmatig bewijs (in algemene zin) Bröring & Naves 2010, p. 452, met verwijzing naar CRvB 11 april 2007, *AB* 2007/149 m.nt. Bröring en CRvB 20 oktober 2009, *LJN* BK1261; en Hartmann & Rogier 2004, p. 1882.

293. Vgl. Bröring & Naves 2010, p. 465.

294. Ook Albers & Schlössels 2002, p. 191.

295. Vgl. rb Arnhem 16 mei 2003, *LJN* AF9001.

296. Met tardieve grieven bijvoorbeeld moet soepel worden omgegaan; vgl. ABRvS 26 augustus 2009, *LJN* BJ6103; ABRvS 3 juni 2009, *LJN* BI6084.

297. Vgl. Bröring & Naves 2010, p. 451.

298. Vgl. Albers 2002, p. 218.

de rechter, anders dan in het niet-punitieve bestuursrecht over het algemeen het geval is, zich ook kan baseren op feiten die het bestuursorgaan niet kon kennen ten tijde van het besluit;²⁹⁹ maar – in afwijking van het strafrecht – niet over kan gaan tot *reformatio in peius*.³⁰⁰

6.9. Volle toets en waarheidsvinding

In het kader van de volle toets van de feiten door de rechter wil ik nog de volgende opmerkingen maken.

Ten eerste. Welke bewijsmaatstaf moet worden gehanteerd is niet gereguleerd. Opvallend is dat aan de precieze bewijsmaatstaf in gedingen waarin de overtreding relatief gemakkelijk kan worden vastgesteld – bij de overtreding van het rookverbod – eigenlijk geen aandacht wordt besteed: er werd gerookt – en de rechter drukt die overtuiging uit door het ‘voldoende vast komen te staan’ van de door het bestuursorgaan vastgestelde overtreding.³⁰¹

Ten tweede is het de vraag of het punitieve karakter de rechter niet zou dwingen meer aandacht te besteden aan ‘onmiddellijke’ feitenvaststelling. Mijn ervaring is enigszins beperkt, maar die brengt mee dat in ieder geval in mededingingsrechtelijke zaken ook in hoger beroep de feiten vaak (opnieuw) aan de orde zijn. Het gaat om feiten die weliswaar uit stukken, die zich in het dossier bevinden, naar voren zouden moeten kunnen komen, maar een *onmiddellijke* bestudering van het feitelijke bewijsmateriaal – het doorspreken van het bewijsmateriaal ter zitting in aanwezigheid van partijen – met vragen omtrent wat het bewijsstuk precies betekent en wat daaruit wel of niet kan worden afgeleid, is uitzonderlijk. Zij is ook tijdrovend. Dat neemt niet weg dat, hoewel de vrijwel altijd naast een advocaat (in mededingingsrechtelijke zaken wordt, in afwijking van veel andere onderdelen van het bestuursrecht, vrijwel altijd met gespecialiseerd advocaat geprocedeerd) ook aanwezige vertegenwoordiger van de beschuldigde onderneming weliswaar wordt betrokken in de bespreking tijdens de zitting die voorafgegaan wordt door de cautie – de ‘onderneming’ niet als getuige wordt gehoord. Het oproepen van getuigen is een zeldzaamheid in het bestuursrecht; het bestuursstrafrecht is daarop geen uitzondering.

299. Zie MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 128.

300. Zie MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 141.

301. Bijv. rb Rotterdam 26 maart 2010, *LJN* BI.9871, CBB 27 januari 2009, *LJN* BH5223, AB 2010/135 of andersom: ‘niet vast komen te staan’, vgl. CBB 9 december 2008, *LJN* BG8912.

Als het gaat om het volledig toetsen van het bewijs kan, ten derde, het *grievensstelsel* wel enige worsteling voor de rechter opleveren: wat te doen als een bepaald onderdeel van de bewijsredenering die door het bestuursorgaan is aangelegd *niet* ter discussie is gesteld door een van de partijen, zou de rechter zich daar dan nog wel over moeten buigen? Wanneer is er voldoende aanknopingspunt in hetgeen wel is aangevoerd? Wat als de feiten weliswaar voor een deel worden betwist maar niet de specifieke kwalificatie daarvan? Wat als wel wordt aangevoerd dat het bewijsmateriaal onvoldoende is, maar de gehanteerde bewijsregel niet wordt betwist?

Ten vierde lijkt me een punt van discussie hoe de volle toets van de feiten-vaststelling moet worden vormgegeven als er in de kwalificatie van de feiten aan het bestuursorgaan beoordelingsruimte wordt gegund. Als, zoals in het mededingingsrecht aan de orde kan zijn, complexe economische oordelen de rechter ertoe nopen aan het bestuursorgaan beslissingsruimte te verlenen staat die beslissingsruimte dan niet op gespannen voet met de volle toets van de feiten? Het gaat hier dus niet om een afstandelijke toetsing van de vraag hoe hoog de boete zou moeten zijn, maar om een zekere afstand in de toetsing of de overtreding wel is begaan. Leveren de door het bestuursorgaan vastgestelde feiten, die zeer omvangrijk kunnen zijn, de door het bestuursorgaan vastgestelde overtreding op? Ik krijg de indruk dat de toetsing van dit deel van mededingingsrechtelijke gedingen niet verschilt van de toetsing van dergelijke complexe oordelen in mededingingsrechtelijke zaken zonder sanctie. Daarin zit een zekere afstand ten opzichte van de kwalificatie door de NMa.³⁰² Ik blijf twijfelen of deze afstand, hoe begrijpelijk ook, zich wel verhoudt tot de volle toets die het EVRM bij sanctiebesluiten en het gaat in het mededingingsrecht om forse boetes – voorschrijft.

Ten slotte, en ten vijfde, geldt voor rechters in alle bestuursstrafrechtelijke gedingen dat zij worden opgedragen de zaak zelf af te doen (artikel 8:72a Awb). De rechter dient zelf de hoogte van de boete vast te stellen; waar de rechter in het gewone bestuursrecht vaak niet het laatste woord hoeft uit te spreken³⁰³ – hij verwijst de zaak terug naar het bestuursorgaan (hoewel finale geschilbeslechting hier verandering in zou brengen) – is dat in het punitieve bestuursrecht in ieder geval anders.³⁰⁴ In dit verband is er discussie over het gebruik van de bestuurlijke lus. Zij zou niet moeten worden ingezet wanneer het bestuursorgaan op die manier aanvullend bewijs zou kunnen leveren van de overtreding, aangezien dit in strijd zou zijn met het

302. Inclusief ten opzichte van deskundigerapporten, zie par. 3.7.

303. Vgl. Schuurmans 2010, p. 34.

304. Ingegeven door het beginsel van effectieve rechtsbescherming, voortvloeiend uit artikel 6 EVRM, zie MvT Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 127.

verdedigingsbeginsel.³⁰⁵ Twee korte opmerkingen in dit verband, waarbij ik me beperk tot de gevolgen voor het kunnen vaststellen van de waarheid door de rechter. Op de eerste plaats, het is elders ook opgemerkt, versterkt de verplichting tot het zelf afdoen van de zaak de actieve houding van de rechter ten aanzien van hetgeen aan hem voorligt: van toetsing van de vraag ‘heeft het bestuursorgaan het goed gedaan’ naar ‘ben ik overtuigd van de feiten’? In die zin dwingt het zelf in de zaak moeten voorzien tot een andere, meer betrokken, omgang met het feitelijke bewijsmateriaal. De bestuurlijke lus, als zij wordt ingezet voor nadere bewijsoverlevering, kan deze actieve omgang met de feiten ondersteunen,³⁰⁶ en op die manier een stimulans zijn tot het daadwerkelijk vaststellen van de materiële waarheid. Daar staat tegenover, op de tweede plaats, dat een gebrek aan bewijs van de feiten, aan de kant van het bestuursorgaan op deze wijze mag worden ‘hersteld’ en dat levert op zijn minst spanning op met het beginsel van gelijke kansen: het moet toch ergens uit zijn met de pret. Hoewel de materiële waarheid dan *niet* wordt vastgesteld – of de kartellist nu daadwerkelijk de overtreding beging blijft onopgehelderd, of althans: onvoldoende bewezen – noopt juist het strafrechtelijk karakter van de procedure tot voorzichtigheid in het op deze manier bieden van herkansingen aan het bestuursorgaan.³⁰⁷

6.10. Conclusie: waarheidsvinding in punitief bestuursrecht

Waar in het algemene bestuursrecht de materiële waarheidsvinding door een veranderde taakopvatting onder druk komt te staan, is dat voor het punitieve bestuursrecht eigenlijk geen optie: een terugtrekkende rol van de rechter wordt hier begrensd door de verplichting tot een volle toets en een actieve omgang met de feiten. In die zin geeft het strafrechtelijk karakter van gedingen waarin een punitieve sanctie aan de orde is karakter aan dit type gedingen dat gedeeld wordt over alle delen van het bestuursstrafrecht. Het specifieke karakter wordt door de rechter ook geëxpliciteerd. Toch zal het zijn opgevallen dat de opmerkingen en kanttekeningen die ik hierboven plaatste met name betrekking hebben op de volle toets van (het bewijs van) de feiten bij overtreding van de Mededingingswet. Dat zal mede komen door mijn ervaring met het mededingingsrecht, maar de conclusie lijkt te moeten zijn dat de wijze waarop de volle toets van de feitenvaststelling in de praktijk daadwerkelijk tot uiting komt dusdanig verschillend kan zijn, en met name afhangt van het zaakstype en de complexiteit van de bewijsoverlevering die aan de orde is dat dit verschil het karakter van waarheidsvinding meer typeert dan het strafrechtelijk karakter dat wordt gedeeld.

305. Memorie van Antwoord, Kamerstukken I 2008/2009 31352, C, p.6

306. Zie voor een voorbeeld CBb 22 januari 2009, AB 2009/186.

307. Maar anders Bröring & Naves 2010, p.466.

7. Conclusies: is materiële waarheidsvinding nog van deze tijd?

Een aantal normatief geladen conclusies dringt zich op als het gaat om waarheidsvinding door de bestuursrechter.

Ten eerste: materiële waarheidsvinding dient de primaire taakopdracht van de bestuursrechter te zijn. Daarbij wordt onder materiële waarheid verstaan datgene dat daadwerkelijk heeft plaatsgevonden; alle relativisering die dat uitgangspunt op fundamenteel niveau betreft in acht genomen lijkt dat het meest voor de hand liggende waarheidsconcept. De redenen voor deze taakopdracht liggen voor de hand: een principiële ongelijke verhouding tussen bestuur en burger, de taak van de rechter om de machtsbalans tussen hen te bewaken, het publiekrechtelijk karakter van besluiten en uit dit alles voortvloeiend – of daaraan ten grondslag liggend – dat recht doen op basis van iets anders dan de materiële waarheid vanwege deze karakteristieken moeilijk recht kan worden genoemd. *Da mihi facta, dabo tibi ius*: eerst de feiten, dan het recht. Dat dit uitgangspunt in de praktijk gerelativeerd wordt en dat daarbij een verschillende invulling mogelijk is op de assen (niet geheel overlappend) van ‘toetsing van de feitenvaststelling door het bestuur – feitenvaststelling door de rechter’ en ‘vrij lijdelijk – zeer actief’ doet aan het uitgangspunt niet af: verschillende typen gedingen (en partijen) kunnen redenen zijn voor een verschillende invulling van de taakopdracht. Al moet, denk ik, ook niet te gemakkelijk worden gewezen op het type geding dat aan de orde is om de grens op te zoeken. De ondergrens kan in de praktijk in zicht komen; me dunkt dat het normatieve uitgangspunt overeind staat. Een ontwikkeling in de praktijk naar een partijengeding verandert dat niet. Het zijn niet altijd de normatieve uitgangspunten die zich moeten aanpassen aan de praktijk, maar soms de praktijk die zich moet voegen naar de normatieve uitgangspunten.³⁰⁸

Ten tweede: in de discussie over wettelijke codificatie van bewijsregels is veel geschreven. Vanuit het perspectief van materiële waarheidsvinding kan genuanceerd tegen codificatie door de wetgever worden aangekeken. Enerzijds dient codificatie helderheid en dus – maar deze ‘dus’ staat allerm minst vast, want het hangt er van af wat in regels wordt gevat (en hoe) én of, hoe en wanneer de regels bekend worden bij procederende partijen – dient zij waarheidsvinding. Anderzijds dient flexibiliteit voor de rechter

308. Anders – ten aanzien van de taakopvatting van de rechter, en dan met name de actieve houding ten aanzien van het vaststellen van de feiten – Rapport Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 26: de Commissie relativeert het belang van de parlementaire geschiedenis (waar materiële waarheidsvinding voorop staat) omdat ‘de rechtsontwikkeling niet stil heeft gezeten’.

waarheidsvinding ook. En hoewel het perspectief van materiële waarheidsvinding in dienst staat van het vinden van het recht, kan de waarborgfunctie van bewijsrecht (bijvoorbeeld ten aanzien van onrechtmatig bewijs) de waarheidsvinding bijten. De individuele waarborgfunctie kan (wellicht) door codificatie zijn gediend. Ik neig uiteindelijk wel naar een pleidooi voor een wettelijke regeling van materieel bewijs, maar met behoud van flexibiliteit: die kan bijvoorbeeld niet de bewijsmaatstaf betreffen, maar wél de bewijslastverdeling over partijen.

Ten derde en ten slotte: tot nu toe is in dit preadvies, waar de mogelijkheid tot en de praktijk ten aanzien van waarheidsvinding bij de bestuursrechter is bezien, een fundamenteel punt nog onbelicht gebleven. Wat doet de rechter – en wat behoort hij te doen – als de waarheid niet kan worden vastgesteld? Het kan zijn dat de waarheid in principiële zin niet kan worden vastgesteld aangezien het om een toekomstige beoordeling gaat (zie par. 5); het kan ook zijn dat de waarheid praktisch gezien onmogelijk zeker gekend kan worden, zoals in het vreemdelingenrecht (zie par. 4); of het kan zijn dat de waarheidsvinding wordt belemmerd doordat bewijsmateriaal wordt uitgesloten, zoals een van de voorbeelden ten aanzien van bijstandsfraude liet zien (par. 3). Ook daarbuiten kan het gebeuren dat een rechter de waarheid van de feiten niet kan vaststellen. De rechter kan er voor kiezen de twijfel niet te benoemen; zij wordt niet zichtbaar doordat de twijfel wordt 'weggeschreven'. Het zal wellicht niet vaak voorkomen dat over de feiten geen voldoende uitsluitel wordt verkregen en dat daardoor in feite de rechtsbepaling hangende blijft. Wat dan?

Vooropgesteld moet worden dat de rechter het geding moet beslechten: een wetenschapper heeft de luxe (en de plicht) om te blijven twijfelen, de rechter dient een knoop door te hakken. De rechter zal te rade kunnen gaan bij de toe te passen norm: wat is de bedoeling van de wetgever? Wat is het kader, wat speelt er allemaal mee? Wat is er sindsdien veranderd? De vreemdeling, wiens herkomst niet vaststaat, dient hij te worden uitgewezen? De concentratie, waarvan de gevolgen voor de mededinging op 50%/50% worden ingeschat, dient deze te worden toegestaan? De bijstandsuitkering, hoewel duidelijk is dat er sprake is van fraude, dient zij vanwege het belang van rechtmatige bewijsvergaring te blijven worden uitgekeerd? Uiteindelijk echter ligt hier een waardeoordeel aan ten grondslag. Een sprong, wellicht een nog grotere sprong dan Scholten's sprong, die de sprong tussen het systeem van rechtsregels en het concrete geval betreft, omdat omtrent het concrete geval nu juist onduidelijkheid blijft bestaan. Deze sprong, van blijvende twijfel omtrent materiële waarheid die noch de ene, noch de andere kant opwijst, naar rechtsvinding en recht spreken baseren op een godsbeeld zal voor een deel van de rechterlijke macht (in ieder

geval voor mijzelf), problematisch zijn.³⁰⁹ Maar ook deze sprong zal ergens op worden gebaseerd, bijvoorbeeld op 'het individuele geweten en de levensbeschouwing van de rechter dat 'irrationeel' is in die zin dat het zich niet verder in de rede laat funderen'.³¹⁰ Wellicht is het juist dit op de individuele (of de Afdeling's collectieve) levensbeschouwing stoelende oordeel dat in het vreemdelingenrecht sommigen zo tegen de borst stuit. Of juist het daarbij opkomende idee dat het in de individuele gevallen die aan de rechter voorliggen aan een dergelijk 'irrationeel' oordeel nu juist ontbreekt en de rechter zich achter de wetgever en diens politiek vertaalde angsten verschuilt? In ieder geval gaat het dan niet meer om een oordeel over de waarheid van feiten. De grenzen van het onderzoek van dit preadvies komen in zicht. Desalniettemin lijkt mij duidelijk dat naast het streven naar vaststelling van de materiële waarheid van feiten ook het streven naar waarheid in het recht – ware gerechtigheid, ware rechtvaardigheid – behoort tot de taakopdracht van de bestuursrechter in iedere zaak.

Bibliografie

- P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten', in: *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2006), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 99-157
- U. Akgun & D. Ridyard, 'Lost in translation: the use and abuse of diversion ratios in unilateral effects analysis', *European Competition Law Review* 2006, nr. 27(10), p. 564-568
- H.D. Albeda & F.A.W.M. van der Meijden, *Last van de overheid 5. Vijfde rapportage over de meldingen*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 29 362, nr. 132
- C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002
- C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, De bestuurlijke boete: een koe-kocksei in het bestuursprocesrecht?, *NTB* 2002, p. 187-198
- Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtbetrekking als panacee voor de gebreken van de 'besluiten-Awb'?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. E. M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 75-96

309. Scholten 2010, p. 321 (oorspronkelijke versie 1942).

310. Kwak 2010, p. 88.

- D. Bailey, 'Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective', *Common Market Law Review* 2003, nr. 40(4), p. 845-888
- T. Barkhuysen e.a., *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006: Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007
- T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR-preadies deel 134), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb', in T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 557-587
- T. Barkhuysen e.a. *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006. Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
- A. Bavasso en A. Lindsay, 'Causation in EC merger control', *Journal of Competition Law and Economics* 2007, 3(2), p. 181-202
- M.F. Bay & J. Ruiz Calzado, 'Tetra Laval II: the Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions', *World Competition* 2005, nr. 28(4), p. 433-453
- A.B. Blomberg, 'Toezicht en 'opsporing' in het punitieve bestuursrecht', *Strafblad* 2005, p. 409-421.
- R.H. de Bock, *De omvang van het geding: over de betekenis en toepassing van art. 8:69 Awb*, Nijmegen: Ars Acqui Libri 2004
- Y. Botteman, 'Mergers, standard of proof and expert economic evidence', *Journal of Competition Law and Economics* 2006, nr. 2(1), p. 71-100
- J.E. Bosch-Bocsjcs, *Lijdelijkheid in het geding: een vergelijkend onderzoek naar de mate van zeggenschap van de rechter in de civiele dagvaardings- en verzoekschriftprocedure en in administratieve procedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991
- H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete* (Studiepockets staats- en bestuursrecht, nr. 43) Deventer: Kluwer, 2005.
- H.E. Bröring & H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 449-468
- F. Bruinsma, 'Vreemdelingenrechtshouders over de vreemdelingenkamer van de Raad van State', *Recht der Werkelijkheid* 2009, nr. 2, p. 111-116
- M. Buber, *Ich und Du* (1923), *Ik en Jij*, Utrecht: Bijleveld 2003
- T. Cambier-Langeveld, 'De rol van taalkundigen en moedertaalsprekers bij de herkomstbepaling op basis van spraak', *A&MR* 2010, nr. 8, p. 392-397
- R. Caranta & A. Gerbrandy, *Traditions and change in European administrative law*, Groningen: Europa Law Publishing 2011

- CL, 'Laatste ontwikkelingen inzake de taalanalyse', *Journal Vreemdelingenrecht* 2004, nr. 4/66
- R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden: de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art 48 (oud)* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007
- J.II. Crijns, 'Een terugtocht van de politie uit de openbare ruimte? Over de consequenties van de bestuurlijke strafbeschikking en de bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte voor de taak en de positie van de politie', *Strafblad* 2010, p. 376-386
- M.A.H. van Dalen-van Bekkum e.a., *Bewijsrecht in de sociale zekerheid*, PS-special, Deventer: Kluwer 2002
- T. Dalrymple, 'Spoilt rotten: the toxic cult of sentimentality', London: Gibson Square 2010
- P. Daly, 'Deference on Questions of Law', *The Modern Law Review* 2011, nr. 74(5), p. 694-720.
- L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinding naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005*, Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21-32
- L.J.A. Damen, 'Trots op Nederland? Lees eerst het arrest Salah Seekh!', *Ars Aequi* januari 2008 - annotatie, p. 53-66
- L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht deel 2: Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009
- G. Edmond, 'Merton and the hot tub: scientific conventions and expert evidence in Australian civil procedure', *Law and Contemporary Problems*, nr. 72, p. 159-189
- Eindrapport van De Rechtspraak september 2010, *Project Differentiatie van Werkstromen Bestuursrecht*, <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Publicaties-En-Brochures/rapporten-en-artikelen/Pages/default.aspx>,
- M.W.C. Feteris, 'De fiscale bestuurlijke boete en de Vierde tranche van de Awb', p. 18-19, in: L.J.J. Rogier (red.) *Commentaren op het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Deventer: Gouda Quint, 2000.
- Guidelines for Language Analysis, Language and National Origin Group. 'Guidelines for the use of language analysis in relation to questions of national origin in refugee cases', De Taalstudio, <<http://www.taalstudio.nl/taalanalyse/index.html>> (klik op *Guidelines for the use of Language Analysis*), geraadpleegd op: 18 augustus 2011
- II. Fraser, 'The role of 'educated native speakers' in providing language analysis for the determination of the origin of asylum seekers', *International Journal of Speech, Language and the Law*, 2009, nr. 16.1 (p. 113-138

- A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht. De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, gezien in het licht van effectieve rechtsbescherming* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009
- A. Gerbrandy, Case Note T-Mobile C-8/08, *CMLR* 2010, nr. 47(4), p. 1199-1220
- I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001
- J. Golding, 'The Impala case: a quiet conclusion but a lasting legacy', *European Competition Law Review* 2010, nr. 31(7), p. 261-267
- K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Over onafhankelijk en deskundig voorbereide overheidsbesluiten', in: *De Deskundige in het Recht*, H.B. Krans e.a. (red.), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011
- K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, 'Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?', *JBplus* 2007, nr. 2, p. 3-15
- B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007
- C.A. Groenendijk, 'Een venijnig proces', Den Haag: Sdu Uitgevers 2008
- C.A. Groenendijk, 'Een begin van debat', *Journaal Vreemdelingenrecht* 2008, nr. 5/111
- C.A. Groenendijk & A. Terlouw, *De relatie tussen vreemdelingenrechters en de Raad van State 2001-2007*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009
- T. Groenewegen, 'Opvang', *A&MR* 2010, nr. 1, p. 39-41
- E.M.J. Hardy, 'Advisering in de kunst. De Cultuurnota 2005-2008: subsidieprocedure, deskundigen-advisering en rechtsbescherming', *JBplus* 2009, nr. 2, p. 106-127
- A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998
- A.R. Hartmann, 'Strafbeschikking en bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving', in: *Het straffende bestuur, Justitiële Verkenningen*, 6/05, Den Haag: WODC Boom Juridische Uitgevers, 2006, p. 84-96
- A.R. Hartmann, 'Het zwijgrecht en de cautieverplichting', in: L.J.J. Rogier (red.) Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht vierde tranche Deventer Kluwer 2000 37-63
- A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *NJB* 2004, afl. 6, p. 1877-1882
- J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, 'Kroniek Handhaving van bestuursrecht', *NTB* 2010, afl. 28
- I. van der Helm, 'Bewijsproblematiek van de gezamenlijke huishouding', in: M.A.H. van Dalen-van Bakkum e.a., *Bewijsrecht in de sociale zekerheid*, PS-special, 2002, nr.6, p. 77-98

- F.M.J. den Hondijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?', in: Bestuurlijke punitieve sancties, Preadvisie Jonge VAR, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005
- A. D'Ignazio & E. Giovanetti, 'Antitrust analysis for the internet upstream market: a border gateway protocol approach', *Journal of Competition Law and Economics* 2006, nr. 2(1), p. 43-69
- J.H. Jans, 'Naar een Europese Awb(?). Enkele opmerkingen over het slaan van piketpaaltjes, rechterlijke dialoog en harmonisatie via de achterdeur', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. E. M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 609-626
- J.M. Joshua, 'Proof in contested EEC competition cases: a comparison with the rules of evidence in common law', *European Law Review* 1987, nr. 12(5), p. 315-353
- P. Kalbfleisch 'Intensiteit rechterlijke toetsing van besluiten van marktautoriteiten', Seminar ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van het College van het Beroep voor het bedrijfsleven 1 juli 2005 (te raadplegen op: www.nmanet.nl)
- J. Killick, 'The GE/Honeywell judgment – in reality another merger defeat for the Commission', *European Competition Law Review* 2007, 28(1), p. 52-62
- G.J. Knigge, 'De verkalking voorbij, over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2001/3, p. 83-86
- L.M. Koenraad, 'Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvies in het bestuursrecht', *JBPlus* 2006, nr. 1, p. 15-33
- L.M. Koenraad, 'Deskundig tegenspreken. Beschouwingen over het betwisten van deskundigenadviezen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2009, nr. 4, p. 220-244
- L.M. Koenraad, 'Grocipijn van het bestuursprocesrecht. De zoektocht naar meer effectiviteit van bestuursrechtspraak', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. E. M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 241-260
- R. Koenraad en K. Zwaan, 'Advisering', *A&MR* 2010, nr. 4, p. 199-205
- R. Koenraad en K. Zwaan, 'Kroniek Advisering: ontwikkelingen maart 2010 – april 2011', *A&MR* 2011, nr. 4, p. 188-194
- I. Kokkoris, 'Do merger simulation and critical loss analysis differ under the SLC and dominance test?', *European Competition Law Review* 2006, nr. 27(5), p. 249-260
- H.B. Krans e.a., *De deskundige in het recht*, Zutphen: Uitgeverij Parijs 2011
- D.P. Kuipers, 'Legal privilege en het Akzo-arrest: slecht nieuws', *NTER* nr. 10, 2010, p. 337-342

- A.J. Kuipers, 'Het recht op "full jurisdiction"', in: *De Awb-mens: boeman of underdog? Opstellen aangeboden aan Leo Damen*, R.L. Vucsan (red.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 97-112
- F. Kulk, 'Taalanalyse: schending van *equality of arms*?', opgenomen in K. Zwaan, 'De taalanalyse in de Nederlandse asielprocedure. Een juridische en linguïstische verkenning', Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 73-104
- N.J.M. Kwakman, 'Twee nieuwe sanctiestelsels ter bestrijding van overlast in de openbare ruimte op lokaal niveau', *NJB* 2009, nr. 1, p. 9-15
- H. Legal, 'Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law', in: *Fordham Corporate Law Institute*, edited by B.E. Hawk, p. 107-115, New York: Juris Publishing Inc
- G. Lensvelt-Mulders, 'Taalanalyse in methodologisch perspectief', opgenomen in K. Zwaan, 'De taalanalyse in de Nederlandse asielprocedure. Een juridische en linguïstische verkenning', Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008, p. 159-166
- E.C.H.J. van der Linden, 'Een vreemdeling in het bestuursrecht', *NTB* 2003, nr.3, p. 76-81
- R.W.L. Loeb, 'Voorwoord van de Voorzitter van Kamer 4 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', opgenomen in 'Grievens in het bestuursprocesrecht, Het grievenstelsel in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht', Den Haag: Raad van State, 2006, p. 13-14
- H.G. Lubberdink, 'Het grievenstelsel in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in vreemdelingenzaken', in 'Grievens in het bestuursprocesrecht, Het grievenstelsel in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht', Den Haag: Raad van State, 2006, p. 27-44
- H. Lubberdink, 'Toetsing van de feitenvaststelling door de vreemdelingenrechter', *Migrantenrecht* 2009, nr. 2, p. 53-55
- P. Massey, 'Commission's economic analysis shoots down Ryanair's proposed acquisition of Aer Lingus', *Competition Press Conference* 30 april, (<http://www.compecon.ie/PM%20Aer%20Lingus%20Ryanair.pdf>)
- "Merger Remedy Study", DG Competition, oktober 2005 (te vinden op: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/remediestudy.pdf>), geraadpleegd op: 30 augustus 2011
- F. Maier-Rigaud & K. Parplies, 'EU merger control five years after the introduction of the SIEC test: what explains the drop in enforcement activity?', *European Competition Law Review* 2009, nr. 30(11), p. 565-579
- A.T. Marseille, 'Feitenvaststelling in het bestuursrecht en vreemdelingenrecht', *Migrantenrecht* 2009, nr. 1, p. 4-9

- A.T. Marseille, *De zitting bij de bestuursrechter: een onderzoek naar het belang van de zitting voor een adequate afdoening van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009
- A.T. Marseille, 'De stormloop op het hoger beroep bij de Centrale Raad voor Beroep', *NJB* 2009, nr. 27, p. 1716-1723
- A.T. Marseille, 'Comparitie en regie als panacee voor het bestuursrechtelijke beroep?', *Trema* 2010, nr. 3, p. 92-100
- A.T. Marseille, 'Over onafhankelijk en deskundig voorbereide overheidsbesluiten', in: H.B. Krans e.a., *De deskundige in het recht*, Zutphen: Uitgeverij Parijs 2011, p. 1-35
- L. Meyer, 'Sprachanalysen zur Herkunftsbestimmung im Asyl- und Ausländerbereich', *Kriminalistik* 2006, nr. 11/2006, p. 708-712
- M. van der Mey, 'Roken, rookte, gerookt, Een analyse van de vormgeving en naleving van de rookverboden in de horeca', *Ars Aequi* nr. 7 2009, p. 711-720
- B.M.J. van der Meulen e.a., *Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2000
- T. de Munnik, 'Het gebruik van de taalanalyse in het asielrecht. Taalanalyse: afschaffen, bijschaven of continueren?', opgenomen in K. Zwaan, 'De taalanalyse in de Nederlandse asielprocedure. Een juridische en linguïstische verkenning', Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008, p. 25-72
- E. Nienhuis en H. Weyers, Anti-rookbeleid; sturen en volgen. *Ars Aequi* nr. 10 2005, p. 837-842
- A. Norenburg, 'De barman mag roken, maar de bezoeker niet Café Victoria of Café Pyrrhus?', *NJB* 2009, afl. 4, p. 1141
- Notitie permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht. *Geheime informatie en ambtsberichten in de vreemdelingenrechtelijke procedure 2007*, maart 2007, <http://www.commissie-meijers.nl/assets/commissiemeijers/Commentaren/2007/CM0705%20Notitie%20individuele%20ambtsberichten,%207mrt07.pdf>,
- Office of Fair Trading & Competition Commission: Ex post evaluation of mergers, maart 2005 (http://www.competition-commission.gov.uk/our_role/evaluation/ex_post_evaluation_of_mergers.pdf)
- A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt', in: B.M.J. Van der Meulen & A.T. Ottow *Toezicht op markten*, preadvies VAR Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003
- A. Pahladsing, 'Onderverdeling van deskundigenrapporten in het asielrecht', *JNVR* 2010, nr. 2/17 P. Papandropoulos & A. Tatjana, 'The merger remedies study - in divestiture we trust?', *European Competition Law Review* 2006, nr. 27(8), p. 443-454

- F.J.L. Pennings, 'Bewijsproblematiek bij handhaving socialezekerheidsregels', in: M.A.H. van Dalen-van Bekkum e.a., *Bewijsrecht in de sociale zekerheid*, PS-special, Deventer: Kluwer 2002
- C. Peters, 'Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry', *DOJ Antitrust Division Economic Analysis Group Discussion Paper No. 03-1* januari 2003, SSRN: 399941
- G.F. Pieters, 'De bewijspositie van partijen in het bestuursprocesrecht', *NTB* 1996 Nr. 2, p. 41-52
- A. Pinxter, 'Introductie – Taalanalyse', opgenomen in K. Zwaan, 'De taalanalyse in de Nederlandse asielprocedure. Een juridische en linguïstische verkenning', Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008, p. 3-23
- A. Pinxter, 'Het instrument taalanalyse in de Nederlandse asielprocedure', *A&MR* 2010, nr. 2, p. 72-80
- J.E.M. Polak, 'Veranderende perspectieven van de bestuursrechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. E. M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 97-113
- J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht: over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid: een praktische handleiding*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2008
- K.R. Popper, *Conjectures and Refutations: the growth of scientific knowledge*, London/New York: Routledge Classics 1963
- L. Prete & A. Nucara, 'Standard of proof and scope of judicial review in EC merge cases: everything clear after Tetra Laval?', *European Competition Law Review* 2005, nr. 26(12), p. 692-704
- Raad van State *Grievan in het bestuursprocesrecht. Het grievenstelsel in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Raad van State april 2006
- Rapport van de Commissie Evaluatie Awb III (Ilsink), *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht: toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007
- Rapport Nationale Ombudsman 2007, *De geloofwaardigheid van ambtsberichten - Hoe asielverhalen worden bevestigd of ontkracht. Onderzoek naar het vervaardigen van ambtsberichten door het Ministerie van Buitenlandse Zaken met informatie over asielzoekers in hun land van herkomst, en het gebruik van die ambtsberichten door de IND in de asielprocedure*, rapport 2007/200, 27 september 2007, www.nationaleombudsman-nieuws.nl
- Rapport van het Ministerie van Justitie, *Versnelling besluitvorming in het ruimtelijke domein*, april 2010, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/05/01/rapport-versnelling-besluitvorming-in-het-ruimtelijk-domein.html>>

- B.P.M. van Ravens, 'Twijfel zaaien en nadeelcompensatie oogsten. Over bewijswaardering en nadeelcompensatie', *Ars Aequi* juli/augustus 2010, p. 543-551
- T. Reeves & N. Doodoo, 'Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law', *Fordham International Law Journal* 2006, nr. 29, p. 1034-67
- L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Deventer: Gouda Quint 2000
- L.J.J. Rogier 2010, 'Bestraffende sancties in de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. E. M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010
- B. van Rompuy & C. Pauwels, 'Is the standard of proof imposed by the Community Courts undermining the efficiency of EC merger control? The Sony BMG joint venture case in perspective.', *EUSA Tenth Biennial International Conference* 17-19 mei 2007
- Var-werkgroep Vierde Tranche Awb, *De Vierde tranche Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000
- R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Preadvies VAR, nr. 142, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 11-116
- R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Preadvies VAR, nr. 142, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009
- M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedu- re*, Deventer: Kluwer 2008
- B.J. Schueler, 'De Awb en de bijzondere delen van het bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. E. M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 173-191
- Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2005
- Y.E. Schuurmans, 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & F. Steyger (red.), *Europees recht effectueren: Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 115-142
- Y.E. Schuurmans, 'Naar een volwassen bestuursrechtelijk bewijsrecht', In: *Bewijsrecht* (Procesrechtelijke reeks NVvP), 23. ., Den Haag: Boom Juridische uitgevers p. 29-43
- L. Siemcrink, 'De googelende rechter, Bewijs door middel van feiten (van algemene bekendheid) verkregen via internet', *Trema* 2011, nr. 6, p. 212-216
- H.J. Simon, 'Bewijzen in het bestuursrecht', *JB plus* 1999-1, p. 25-39
- J.A.M.A. Sluysmans, 'De Mededingingswet als boetewet', in *Bestuurlijke punitieve sancties*, Preadvies Jonge Var, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005

- T.P. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005
- Stichting Vluchteling Onderzoek: 'Draagvlak in Nederland voor vluchtelingen en ontheemden' van Stichting Vluchteling, Den Haag: 2011, http://www.vluchteling.nl/files_content/draagvlakonderzoek_2011_final.pdf
- A.Q.C. Tak, *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011
- J.D. ten Thijsse, 'Taalanalyse in een meertalige asielprocedure', In: themanummer 'In Gesprek', *Toegepaste taalkunde in Artikelen*, 71-84
- J.H.M.M. Tholen, 'Vreemdelingenbeleid en rechtvaardigheid. Een wijsgerige studie naar onze beoordelingen van immigratie- en naturalisatiebeleid' (diss. Nijmegen), Nijmegen: GNI/Instituut voor Rechtssociologie, *Reeks Recht en Samenleving*, nr. 15, 1997
- D.S. Tucker, S.L. Reiter & K.L. Yingling, 'The customer is sometimes right: the role of customer views in merger investigations', *Journal of Competition Law and Economics* 2007, nr. 3(4), p. 551-607
- I.A. van der Valk-In 't Veen, 'De vergoeding van de kosten van contra-expertises taalanalyse door het COA', *JNVR* 2010, nr. 4/31
- D.A. Verburg, 'De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. E. M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 261-280
- G.J.M. Verburg, 'Vaststelling van smartengeld', *Trema* 2009, nr. 9, p. 398-399
- M. Vermaat, 'Bewijsrecht is een nationale zaak, aldus het EHRM', *NJB* 2011, nr. 568, p. 673-676
- M. Verrips, 'Betrouwbare taalanalyse: een contra-expertise', *A&MR* 2011, nr. 1, p. 24-27
- I.C. van der Vlies, 'De kunst en het recht: over algemene publiekrechtelijke regels met betrekking tot kunst', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005
- D. de Vries, 'Onderzoek naar de consensus onder internationale linguïsten van de "Guidelines", over het middel taalanalyse', opgenomen in K. Zwaan, 'De taalanalyse in de Nederlandse asielprocedure. Een juridische en linguïstische verkenning', Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008, p. 175-176
- J. de Vries & P. Bordewijk, *Rijdende treinen en gepasseerde stations : over Srebrenica, de kredietcrisis en ander beleidsfiasco's*, Amsterdam: Van Gennep 2009
- M. van der Wal & L.Y.J.M. Parret, 'Bewijs in het Europees mededingingsregime: een overzicht', in: *Europees bewijsrecht: een verkenning*, S. Prechal & L. Hancher (red.), p. 65-87. Deventer: Kluwer 2001

- D.L. Weisman, 'Assessing market power: the trade-off between market concentration and multi-market participation', *Journal of Competition Law and Economics* 2005, nr. 1(2), p. 339-354
- H. Weyers, 'Het rookverbod in de horeca: een groot succes met voor sommigen dramatische gevolgen', *NJB* 2009, afl. 11, p. 681-682
- Werkinstructie 2010/10 (AUB), 'Wijze van opstarten van onderzoek en/of het stellen van vragen bij onderzoek tijdens de asielprocedure', IND: 19 augustus 2010
- Werkinstructie 2010/10 (AUB), 'Beslissystematiek: Beoordeling geloofwaardigheid en zwaarwegendheid', IND: 15 december 2010
- R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006. De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007
- R.J.G.M. Widdershoven en A.P.W. Duijkersloot, 'Kroniek Europees Bestuursrecht', *NTB* 2011/19
- J. van der Winden, 'Over woeste wetenschappers en rechters die 'onvolgende Kneuterdijs' zijn. Een reactie op 'Een venijnig proces', de afscheidsrede van prof. mr. C.A. Groenendijk', *JNVR* 2008, nr. 5/110 (zie: <http://migratierecht.sdu.nl/migratierechtonline/?location=none&language=nl>)
- K. Wright, 'Perfect symmetry? Impala v. Commission and standard of proof in mergers', *European Competition Law Review* 2007, nr. 32(3), p. 408-418
- M.S.E. Wulfraat-Van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter: een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995
- M.S.E. Wulfraat-Van Dijk, 'Normering van advisering', *JBplus* 2001, p. 124-133

Waarheidsvinding in het strafrecht

M.S. Groenhuijsen¹

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	233
2.	Waarheidsbegrip en waarheidscriterium in het strafrecht	239
3.	Bewijsthema en waarheidsvinding	251
4.	Een oude en actuele vraag: naar een twee fasenproces?	258
5.	Van negatief-wettelijk naar een vrij bewijsstelsel; plus: motivering van de bewijsbeslissing	267
6.	De rol van deskundigen	278
7.	Afrondende beschouwingen	283
	<i>Bibliografie</i>	290

1. Hoogleraar straf(proces)recht en victimologie, Tilburg University. Graag zeg ik dank aan mijn collega preadviseurs en aan de leden van de NJV-voorbereidingscommissie, voor hun geduld en hun nuttige commentaar. Ik ben bijzondere dank verschuldigd aan mijn naaste collega prof. Tijs Kooijmans en aan mijn onderzoeksassistenten mr. Hatice Selçuk en Karin Keeris voor hun waardevolle adviezen en bijstand bij de voorbereiding van dit preadvies.

1. Inleiding

In veel landen begint het verhoor van de getuige ter terechtzitting in strafzaken met een nogal robuuste rechterlijke aanmaning. We kennen bijvoorbeeld allemaal de plechtstatige woorden die Amerikaanse rechters in dit verband gebruiken. Zij vragen de getuige: "Do you swear to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth?" In Nederland hebben we een daarop gelijkende wettelijke bepaling. Art. 290 lid 4 Sv luidt: "De voorzitter beëdigt (...) de getuige dat hij de gehele waarheid en niets dan de waarheid zal zeggen".² Ik heb me altijd een beetje over die formulering verbaasd. Het is dan ook gemakkelijk om een voorschrift als dit ongerijmd te noemen. Immers: wie kan er nu alleen maar waarheid spreken? Laat staan: de gehele waarheid? Het is duidelijk dat hier in letterlijke zin een eis wordt gesteld waaraan niemand kan voldoen. Maar het is te gemakkelijk om het betreffende wetsartikel op deze grond te ridiculiseren. Een meer zinvolle interpretatie van het beëdigingsartikel ligt namelijk voor de hand. De eed strekt ertoe de getuige in te scherpen dat hij maximaal zijn best moet doen om de rechter te helpen de waarheid omtrent het onderwerp van het strafgeding te achterhalen. Daartoe zijn ook meer concrete, ondersteunende richtlijnen in het wetboek opgenomen. Zo bepaalt art. 291 Sv dat de getuige bij zijn verklaring zo veel mogelijk uitdrukkelijk moet opgeven wat hij heeft waargenomen en ondervonden en wat zijn redenen van wetenschap zijn.

Het waarheidsprobleem in het strafrecht is zowel oud als actueel. Het is breed geschakeerd en het is moeilijk. Het is onmiskenbaar een probleem met vele dimensies. Waarheid is wat je noemt een groot woord. Net zoiets als 'geluk' en 'vrijheid'. Daar moet je zorgvuldig mee omgaan. Mijn leermeester A.L. Melai heeft dit eens mooi gezegd: "Termen als 'waarheid' en 'vrijheid' hebben voor de waarheids- en vrijheidslievende dan ook alleen nog zin wanneer hij er zich van bewust is, dat zij met een hoofdletter al gemakkelijk vervalst zijn."³ Hoewel dit één van mijn favoriete citaten is, heb ik me altijd afgevraagd wat hij hier nu precies mee bedoelde. Ik vermoed dat hij bedoelt dat waarheid iets is om naar te streven. De door hem gelaakte hoofdletter zou dan de pretentie inhouden dat dit streven ook is bereikt. Die pretentie is inderdaad gevaarlijk, omdat iemand die meent de waarheid in pacht te hebben geen tegenspraak meer zal dulden. En dat is een situatie die we in het recht – en zeker in het strafrecht – tot een hoge prijs willen vermijden.

Tegen deze achtergrond is het verstandig dat het bestuur van de NJV de preadviseurs een toegespitste vraag heeft voorgelegd. Die luidt: *Wat streeft*

2. Zie ook art. 216a Sv omtrent het gerechtelijk vooronderzoek: "De rechter-commissaris beëdigt de getuige dat hij de gehele waarheid en niets dan de waarheid zal zeggen."
3. Melai 1992, p. 25.

de rechter na met waarheidsvinding en welke personen spelen daarbij een rol?

De vraag is helder en leent zich zelfs voor een eerste ultra-korte beantwoording. In het strafrecht wordt de burger die wordt verdacht van een strafbaar feit, blootgesteld aan het risico dat hem een zeer ingrijpende sanctie wordt opgelegd. Straffen en maatregelen kunnen immers inbreuk maken op precies die rechtsgoederen van een individu die normaliter juist door diezelfde overheid worden beschermd. Zo is het strafrecht het enige terrein waarop het mogelijk is dat iemand die de wet heeft overtreden daarvoor langdurig van zijn vrijheid wordt beroofd. Het ingrijpende karakter van de sancties die door de strafrechter kunnen worden opgelegd verleent een bijzondere betekenis aan de waarheidsvinding binnen het strafprocesrecht. Kort samengevat zou kunnen worden gezegd dat een adequate waarheidsvinding een noodzakelijke – niet ook een toereikende – legitimatie moet bieden voor een punitief oordeel van de strafrechter. Anders gezegd: het is een fundamentele doelstelling van het strafrechtelijk systeem om mensen, rechtsburgers, alleen te bestraffen voor wandaden die ze daadwerkelijk hebben begaan. Daartoe is het noodzakelijk met toereikende accuratesse te achterhalen wat zich in het concrete geval heeft afgespeeld. De vastgestelde feiten moeten in dat proces worden gespiegeld aan de wettelijke strafbepaling die volgens de telastelegging zou zijn overtreden. Indien met voldoende zekerheid komt vast te staan dat de betrokken verdachte inderdaad een misdrijf of overtreding heeft begaan, kan er een rechtvaardiging bestaan om hem een strafsancie op te leggen.

Het gaat dus in de kern om een grondslag voor de legitimatie van de uiteindelijk op te leggen sanctie. Welke personen spelen daarbij een rol? Het is in een concrete strafzaak van oudsher⁴ de rechter die verantwoordelijk is voor de waarheidsvinding. Maar vele andere actoren spelen daarbij een rol. Het is vaak gezegd: het strafprocesrecht reguleert een vorm van *onderzoek*. Dat brengt met zich mee dat eerst de wetgever op het niveau van algemene regels een kader schept waarbinnen alle betrokkenen bij een concreet strafrechtelijk onderzoek een nuttige bijdrage kunnen leveren aan de procedure.⁵ Van die betrokkenen moet natuurlijk in de eerste plaats de verdachte worden genoemd, en in het directe voetspoor van hem diens raadsman. Zij zullen vaak – vanwege de proceshouding die zij verkiezen – een cruciale rol kunnen spelen in het kader van de waarheidsvinding. De vertegenwoordiger van het openbaar ministerie is in dat verband ambtshalve zelfs gehouden om een belangrijke voorzet te geven. Dat doet hij als leider

4. Tegenwoordig ligt dit soms anders, zie art. 257a Sv. Over de strafbeschikking door het openbaar ministerie maak ik verderop nog enkele opmerkingen.

5. Zie over het concept van een 'behoorlijke taakuitoefening of rolvervulling door de procesactoren': Groenhuijsen & Knigge (red.) 1999, 'Algemeen deel'; en Groenhuijsen & Knigge (red.) 2004, 'Algemeen deel'.

van het voorbereidend onderzoek, waarin hij de politie en andere opsporingsambtenaren aanstuurt. En hij zet dat voort tijdens de terechtzitting, waar hij jegens de rechter verantwoording aflegt omtrent het verloop en de uitkomst van dat vooronderzoek en daaraan conclusies verbindt voor de afdoening van de zaak. Waarheidsvinding is verder mede afhankelijk van getuigen – die al dan niet tevens de hoedanigheid van slachtoffer kunnen hebben. In het wetboek is ook uitdrukkelijk voorzien in een bijdrage door zogeheten deskundigen. Ten slotte kunnen ook de producenten van andere kenbronnen die door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag mogen worden gelegd worden aangemerkt als personen of instellingen⁶ die de rechter kunnen steunen in zijn taak om op een adequate wijze de waarheidsvinding te bevorderen. Het behoeft geen betoog dat vooral de politie en andere opsporingsinstanties gedurende het voorbereidend onderzoek veel materiaal verzamelen dat later door de rechter als bewijsmateriaal kan worden gebruikt.

Tot zover een ultra-kort antwoord op de centrale onderzoeksvraag van dit preadvies. Het is evident dat de voorafgaande alinea's zelfs nog niet een begin vormen van wat we eigenlijk over het onderwerp willen weten. Want het is gemakkelijk om de personen op te sommen die een rol kunnen spelen in het verband van de waarheidsvinding, maar natuurlijk gaat het in feite om de inhoud van die rol. En het is niet moeilijk om te stellen dat de betekenis van waarheidsvinding is gelegen in de legitimatie van punitieve beslissingen, maar dan blijft (of: begint nog steeds) de vraag wanneer een rechter over toereikend dwingende aanwijzingen beschikt dat de verdachte het telastegelegde feit daadwerkelijk heeft begaan.

We zullen dus een stap terug moeten doen, en in dit preadvies aandacht moeten besteden aan een reeksje onderwerpen die het debat over waarheidsvinding al lange tijd hebben beheerst.

Traditioneel is de opgave binnen het strafprocesrecht om een optimum te zoeken van enerzijds betrouwbaar onderzoek en anderzijds de inzet van middelen daartoe die de rechtsgemeenschap normatief aanvaardbaar vindt. Ik zal later nog toelichten dat met name dit laatste desideratum naar tijd en plaats fluctueert en ook in de toekomst een dynamische factor zal blijken te zijn.

Wellicht interessanter is de constatering dat het waarheidsprobleem in het strafrecht door sommige ontwikkelingen in de afgelopen jaren toch in een ander licht is komen te staan dan in de decennia daarvoor. Ik noem enkele kenmerkende voorbeelden daarvan.

Ten eerste zijn we met de neus op de feiten gedrukt omdat er zeer pijnlijke rechterlijke dwalingen aan het licht zijn getreden. In de zaken van de Schiedammer parkmoord en de Puttense moordzaak zijn verdachten ver-

6. Zie bijvoorbeeld art. 344 lid 1 sub 1 Sv omtrent rechterlijke beslissingen.

oordeeld en langdurig van hun vrijheid beroofd geweest, terwijl nadien onomstotelijk is vastgesteld dat een ander de betreffende delicten heeft gepleegd. Voor strafrechtelijk Nederland zijn dit schokkende ervaringen. Uiteraard was niemand zo naïef om te veronderstellen dat er in ons land nooit fouten werden gemaakt, maar het is wel een gegeven dat nog in de jaren negentig van de vorige eeuw een systematische speurtocht naar dergelijke 'vergissingen' geen enkel serieuze resultaat opleverde.⁷ Ook in de genoemde geruchtmakende gevallen zeiden de betrokken rechters zeker te zijn van hun zaak. Toch zagen ze het verkeerd. Dat noopt tot reflectie.

Een tweede verandering betreft het commentaar dat tegenwoordig vanuit andere disciplines wordt geleverd op de strafrechtspleging. Lange tijd was het waarheidsprobleem in het strafrecht zo ongeveer een interne aangelegenheid van juristen. In de laatste twee decennia is het speelveld duidelijk verbreed. Vooral rechtspsychologen (en een enkele wetenschapsfilosoof of statisticus) hebben zich gemengd in het debat omtrent betrouwbare kennisverwerving in strafzaken. Op zichzelf is dat een goede zaak. Zij hebben de juristen nieuwe inzichten aangereikt en op vele momenten hebben zij belangrijke zwakke plekken in de strafrechtelijke praktijk blootgelegd. Dat heeft het waarheidsprobleem binnen het strafrecht blijvend veranderd en verdiept. Anderzijds is het jammer dat zij op hun beurt wel eens zijn doorgeschoten in een eigen nieuwe tunnelvisie.⁸ Zij maakten een karikatuur van de rechtspraak door te suggereren dat rechters slapen of op getuigenverklaringen van baby's afgaan⁹; en bij vrijwel ieder dossier in een serieuze strafzaak wisten ze wel grote tekortkomingen in het onderzoek aan te wijzen.¹⁰ Dat doet afbreuk aan een constructieve dialoog.¹¹ Het gaat er dus om hier het juiste midden te vinden.

In het verlengde hiervan wijs ik op de rol van andere 'deskundigen' in moderne strafprocessen. Méér dan vroeger is er aandacht voor de grote

7. Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1992 zagen dat destijds zelf anders (zie hun conclusie op p. 459), maar in het licht van de latere echte dwalingen stelden de door hen gesignalcerde gebreken maar weinig voor.
8. Dat blijkt al uit de suggestieve of soms zelfs denigrerende titels die ze aan sommige van hun publicaties hebben meegegeven. Ik noem voorbeeldsgewijs Wagenaar, Israëls & Van Koppen 2009.
9. Zie Simmelink 1993.
10. Als voorbeeld noem ik de zaak van de Drontener Bosmoord, waarin volgens rechtspsycholoog Van Koppen en wetenschapsfilosoof Derksen aanmerkelijke fouten zijn gemaakt. Vervolgonderzoek door de CEAS heeft in een meer dan 400 pagina's tellend rapport tot de conclusie geleid dat er "op geen enkel onderdeel (...) sprake is geweest van manco's in de opsporing, vervolging en de presentatie van het bewijs ter terechtzitting die een evenwichtige beoordeling van de feiten door de rechter in de weg hebben gestaan...". *Rapport zaak CEAS 2007/0031*, 's-Hertogenbosch 31 december 2010. Zie daarover Arlman 2011.
11. In een meeslepend betoog spreekt Rozemond over een 'vastgelopen debat'. Zie Rozemond 2010.

invloed die deskundige niet-juristen hebben op de uitkomst van de procedure. Daarbij gaan we er veelal stilzwijgend van uit dat de deskundige wel weet hoe het zit. Maar gaandeweg zijn we ook steeds scherper onder ogen gaan zien dat juist de inbreng van deze specialisten de rechtspleging uiterst kwetsbaar kan maken. Taverne schreef al in 1924: “De geschiedenis der rechterlijke dwalingen is voor een goed deel de geschiedenis van deskundige fouten”.¹² Verderop in dit preadvies zal dan ook apart worden stilgestaan bij de wijze waarop deskundigenberichten moeten worden beoordeeld.

De waarheidsvinding in strafzaken is voorts beïnvloed door de veranderde rol van de raadsman van de verdachte. Nog maar enkele decennia geleden stelde de advocatuur in strafzaken niet zoveel voor. Er werd niet zonder reden gesproken over een ‘leemte in de rechtshulp’.¹³ Er was geen adequaat vergoedingssysteem en vele verdachten – ook die werden beschuldigd van ernstige feiten – moesten het zonder bijstand doen. Dit beeld is inmiddels totaal veranderd. We kennen al langere tijd het toevoegingsysteem voor inverzekerings gestelden (art. 40 Sv) en de kwaliteit van de advocaten in strafzaken is over de hele linie enorm gestegen. Vanuit het oogpunt van waarheidsvinding is wellicht nog belangrijker de ontwikkeling die in gang is gezet door de Straatsburgse arresten inzake Salduz en Panovits.¹⁴ Als gevolg van deze beslissingen hebben tegenwoordig alle verdachten voorafgaand aan het eerste verhoor door de politie er recht op een raadsman te consulteren en in een aantal situaties mogen ze er ook aanspraak op maken dat de raadsman het politieverhoor bijwoont. Dit is van groot belang. In ons land is het traditioneel zo dat een grote meerderheid van de verdachten de feiten waarvan ze worden beschuldigd vlot erkennen. Dat leidt tot een efficiënte strafrechtspleging. Het is de vraag of – en in welke mate – het nieuwe regiem¹⁵ omtrent het politieke verdachtenverhoor deze praktijk wezenlijk zal beïnvloeden en daarmee de waarheidsvinding zal belemmeren.¹⁶

Een laatste onderwerp dat het debat rond waarheidsvinding enigszins heeft veranderd betreft de emancipatie van het slachtoffer. Lange tijd zijn slachtoffers van misdrijven behandeld als randfiguren in het strafproces.

12. Geciteerd door Reijntjes in: Hutschaub & Reijntjes 2007, p. 93; en een toegift op p. 102, waar J.M. van Dunné wordt geciteerd: “Een expert is iemand die alle kleine vergissingen vermijdt, terwijl hij voortijlt naar de grote dwaling”.

13. Zie ‘De balie – een leemte in de rechtshulp?’, *Ars Aequi* 1970, p. 225-313; en Poell 1972.

14. Salduz, EHRM 27 november 2008, *NJ* 2009, 214; Panovits, EHRM 11 december 2008, appl.nr. 4268/04.

15. Vgl. het Conceptwetsvoorstel rechtsbijstand en politieverhoor van 15 april 2011: *Kamersstukken I*, 2011/12, 33 048, A.

16. Vgl. Stevens & Verhoeven 2011 en mijn bijdrage Groenhuijsen 2011 en zeer kritisch, Fijnaut 2011.

Zij werden vooral opgeroepen in de hoedanigheid van getuige en speelden dan een dienende rol ten behoeve van de overheid. Slechts in de marge van het geding konden zij eigen belangen behartigen door als benadeelde partij een vordering tot schadevergoeding in te stellen. Dit beeld is de afgelopen 25 jaar vrij drastisch bijgesteld. Sinds 1 januari 2011 heeft het slachtoffer eigen processuele rechten die niet zijn gekoppeld aan het vraagstuk van schadeverhaal. Het is de vraag in hoeverre deze nieuwe positie voor slachtoffers van invloed is op de waarheidsvinding in de strafrechtelijke procedure.¹⁷

Het debat rond waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht wordt op grond van de zojuist genoemde factoren tegenwoordig iets anders ingevuld dan enkele decennia geleden het geval was. Ik wijs er nog op dat bijvoorbeeld vanaf de jaren 60 van de vorige eeuw lange tijd niet primair de betrouwbaarheid van de in het onderzoek verkregen kenbronnen centraal werd gesteld, maar vooral veel aandacht uitging naar de rechtmatigheid van de verkrijging daarvan. Tegen deze achtergrond is dit preadvies als volgt opgebouwd.

Ik zal eerst aandacht besteden aan het waarheidsbegrip in het strafrecht. Wat verstaan we eigenlijk onder 'waarheid' en wat maakt waarheidsvinding in een strafrechtelijke context zo specifiek en kwetsbaar? Daarover gaat paragraaf 2. Daarna komt het verschil aan de orde tussen de bewijsvraag enerzijds (heeft de verdachte het telastegelegde feit begaan?), en diverse andere feitelijke beslissingen die de rechter moet nemen anderzijds (bijvoorbeeld omtrent voorlopige hechtenis, strafuitsluitingsgronden, voordeelsontneming of strafoplegging). Ook de laatstbedoelde beslissingen dienen op goede feitelijke gronden te berusten, dus de vraag rijst in hoeverre daarbij evenzeer waarheidsaanspraken in het geding zijn. Dit wordt behandeld in paragraaf 3. Paragraaf 4 gaat over de vraag of een zuivere waarheidsvinding wellicht vereist dat een strafproces in twee fasen wordt ingedeeld. Een eerste fase waarin de schuldvraag van de verdachte wordt beslecht; en daarna eventueel een tweede fase waarin de op te leggen sancties aan bod komen en waarin aandacht kan worden geschonken aan de belangen van slachtoffers van misdrijven. Vervolgens wordt in paragraaf 5 betoogd dat er goede redenen zijn om het bestaande negatief-wettelijke bewijsstelsel te verlaten ten gunste van een vrij bewijsstelsel. Dat kan alleen verantwoord worden besproken als daarbij ook de motivering van de bewijsbeslissing wordt betrokken, waarmee de rechter verantwoor-

17. Vgl. o.a. HR 11 oktober 2010, *LJN* BR2359 en (in verband met art. 3 van het EU Kaderbesluit omtrent deze materie) HvJ EU 15 september 2011 (-483/09 en -1/10). In een eerder stadium heeft Buruma reeds zijn twijfel uitgesproken of een werkelijke emancipatie van het slachtoffer niet noodzakelijkerwijs ten koste zou gaan van voldoende aandacht van de strafrechter voor een correcte behandeling van de strafzaak. Zie Buruma 1996.

ding aflegt over de wijze waarop hij met zijn kenbronnen is omgegaan. De rol van deskundigen wordt apart belicht in paragraaf 6. Uiteraard wordt het preadvies, in paragraaf 7, afgerond met enkele conclusies in een slotbeschouwing.

2. Waarheidsbegrip en waarheidscriterium in het strafrecht

Wat is 'waarheid'? Op het eerste gezicht is dit net zo'n vraag als: wat is wijsheid? Of: wat is liefde? Wat is de zin van het leven? Toch denk ik dat het met het begrip waarheid net even anders ligt. Het is nuttig om enkele theoretische aantekeningen aan dit begrip te wijden, omdat die ons verderop in de beschouwing kunnen helpen bij het herkennen van de meest kwetsbare punten van de strafrechtspleging en bij het zoeken naar effectieve strategieën om die kwetsbaarheden in belang te doen verminderen.¹⁸ Hierbij laat ik mij opnieuw inspireren door het werk van een denker aan wie ik al mijn gehele professionele leven veel heb gehad, te weten Karl Popper.¹⁹

Allereerst moet dan worden opgemerkt dat Popper op zichzelf geen belang stelt in nauwkeurige definities van woorden. Het gaat hem 'slechts' om een zinvol gebruik van een term, waarbij een exacte omschrijving vaak kan worden gemist.²⁰ Voor het begrip waarheid maakte Popper lange tijd geen uitzondering op dit uitgangspunt: "So I think we should also discard the question: 'What is truth?'. My first reason (...) for discarding the question (...) one may call 'anti-essentialism'. My second reason is even more important. It is that we should altogether avoid, like the plague, discussing the meaning of words."²¹ In zijn hoofdwerk over de "Logik der

18. Het is onvermijdelijk dat ik hier gedeeltelijk het terrein betreed van mede-preadviser Loth. Toch meen ik dat een bondige uiteenzetting over het waarheidsbegrip en een waarheidscriterium nodig is ter onderbouwing van specifiek op het strafrecht georiënteerde standpunten.

19. Waarom juist Popper? Laat ik het kort houden. De belangrijkste reden is dat hij heel moeilijke problemen in een zeer toegankelijk jargon heeft uitgewerkt. Daardoor wordt de relatie tussen abstracte theorie en strafrechtspraktijk gemakkelijker inzichtelijk te maken. Vgl. ook mijn bijdrage Groenhuijsen 1982. Dit preadvies vertrekt vanuit het perspectief van de *rechter*. Zie over de relatie tussen Popper en de *rechtswetenschap*: Wendt 2008; en vooral het baanbrekende oeuvre van Hans Albert. Zie daaromtrent Wieland 1979.

20. Van 'zinvol gebruik' is volgens Popper sprake wanneer een term in het normale spraakgebruik voldoende communicatieve waarde blijkt te hebben. Een voorbeeld: 'gezondheid' is als begrip nauwelijks precies te omschrijven, maar het is voldoende bepaald om zinvol taalgebruik op te leveren wanneer je tegen een ernstig zieke patiënt zegt dat je hem een betere gezondheid toewenst. Vgl. Popper 1966, p. 373.

21. Popper 1973, p. 73 e.v. en p. 309

Forschung”²², waarin hij een methodologie van wetenschappelijk onderzoek uitwerkt, wordt het begrip waarheid dan ook niet gebruikt. Dat verandert nadat Popper vertrouwd raakt met het werk van de Poolse logicus Alfred Tarski. Tarski gaf namelijk een theoretisch fundament aan de door de meeste mensen intuïtief gehuldigde correspondentie-theorie van waarheid. Volgens deze opvatting is een uitspraak waar indien hij overeenstemt met de feiten. Problematisch aspect van deze theorie was (al sinds de klassieke oudheid) dat het zo moeilijk is om exact aan te geven wat je bedoelt met ‘overeenstemming tussen uitspraak en feit’. Tarski’s oplossing van dit probleem is tamelijk lucide: om over correspondentie te kunnen spreken zijn diverse categorieën uitspraken nodig, namelijk uitspraken over uitspraken en uitspraken over feiten. Welnu, om dit mogelijk te maken is een taal op een hoger niveau nodig, een meta-taal dus, waarin beide soorten uitspraken mogelijk zijn. Deze meta-taal is semantisch van aard.²³ Zo komt Tarski tot een minimum eis waaraan een meta-taal moet voldoen om er een correspondentie-theorie in te kunnen formuleren: zij moet, afgezien van de gebruikelijke logische begrippen, drie typen uitspraken bevatten, namelijk namen van uitspraken uit de object-taal, uitspraken die de feiten beschrijven, en termen die de relaties tussen deze twee soorten uitspraken kunnen beschrijven.²⁴ Waarheid wordt dan *in de meta-taal* als volgt omschreven: de uitspraak of de bewering (in de object-taal) ‘sneeuw is wit’ correspondeert met de feiten (dus: is waar) als, en alleen als, sneeuw feitelijk inderdaad wit is.²⁵

Popper beschouwt deze oplossing van het waarheidsprobleem als een belangrijk filosofisch succes. De correspondentietheorie staat als een huis; de andere waarheidstheorieën verwerpt hij.²⁶ Maar nu komt het beslissende punt. Popper benadrukt voortdurend dat weten wat je met waarheid bedoelt je nog geen *criterium* verschaft waarmee je ware uitspraken kunt identificeren.²⁷ Hij wijst er op dat Tarski zelfs heeft aangetoond dat in normale talen (dat wil zeggen: geen kunsttalen) een waarheidscriterium *onmogelijk* is: “He has proved that in a sufficiently powerful language (...) there

22. Deel I kwam gereed in 1932; deel II in 1934.

23. Ik laat de details rusten, maar merk op dat het vereiste van een semantische taal nodig is omdat anders alleen uitspraken over de object-taal kunnen worden gedaan. Zie Popper 1972, p. 224.

24. Popper 1973, a.w. p. 325.

25. Zie o.a. Popper 1972, p. 224 en Popper 1973, p. 315.

26. Ik noem de ‘coherentietheorie’, de ‘evidentietheorie’ en de ‘pragmatische’ of ‘instrumentalistische theorie’. Zie voor details en argumentatie (die in het verband van mijn betoog niet echt van belang zijn): Popper 1972, p. 225; en Popper 1973, p. 308 e.v.

27. Vgl. het preadvies van Loth. Mijn onderscheid tussen waarheidsbegrip en waarheidscriterium valt volledig samen met het door hem gemaakte onderscheid tussen twee soorten bemoeienis met waarheid: het metafysische project en het rechtvaardigingsproject (zie Intermezzo 1 van het preadvies van Loth).

can be no criterion of truth; that is, no criterion of correspondence.”²⁸ Gevolg hiervan is dat waarheid in de theorie van Popper een regulatief begrip wordt, een ideaal waar we naar moeten streven maar waarvan we nooit zeker kunnen weten of we het hebben bereikt.²⁹

Dit lijkt mij een grondgedachte die ook voor het strafrecht van het grootste belang is. We weten in abstractie wat waarheid is, maar we weten in concrete zaken nooit zeker of we die hebben achterhaald. Voor wat betreft het waarheidscriterium moeten we het binnen het strafrecht doen met de ‘rechterlijke overtuiging’ als bedoeld in art. 338 Sv. Indien de rechter op grond van de inhoud van wettige bewijsmiddelen *overtuigd* is dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan hij tot een bewezenverklaring overgaan.³⁰ In dat geval wordt vanaf dat moment in de procedure de bewering die in de telastelegging is gedaan omtrent het gedrag van de verdachte voor juist – voor *waar* – aangenomen. Tegen de achtergrond van de zojuist uiteengezette correspondentietheorie is het belang van deze constatering dat we er dan van kunnen uitgaan dat de verdachte ‘het’ ook echt – letterlijk: daadwerkelijk – heeft gedaan. En dat is de voorwaarde die we als rechtssysteem aan onszelf hebben gesteld om een punitief ingrijpen te rechtvaardigen.

Ik ga nog even op dit thema door. Waarheid is niet iets dat zomaar even kan worden ‘gevonden’. Het is geen kwestie van goed kijken of zoeken tot dat je er op stuit. Wat dat betreft lijkt waarheidsvinding verrassend genoeg veel op rechtsvinding. In de overvloedige rechtsvindingsliteratuur is er herhaaldelijk op gewezen dat de rechter het recht niet zomaar ergens in een hoekje ‘vindt’. In vele publicaties is de wisselwerking tussen recht en feiten beschreven, alsmede de actieve inbreng van de rechter in dit proces. Er is vaak uiteen gezet hoe de rechter door middel van interpretatie van rechtsregels en feiten in onderling verband een werkelijkheid construeert (tot stand brengt) of reconstrueert die uiteindelijk – na het onvermijdelijke ‘sprongetje’ – tot een rechtsoordeel leidt.³¹ Vanuit de andere kant bezien verloopt het proces van waarheidsvinding niet wezenlijk anders. Ook hier bepalen de in aanmerking komende rechtsregels om te beginnen welke feiten relevant zijn en welke niet. En ook bij het onderzoeken van de juistheid

28. Popper 1966, p. 371 e.v.; Popper 1973, p. 317 en 321.

29. Vgl. De Vries 2002, p. 19: “Waarheid’ is met andere woorden een begrip geworden zonder gebruiksaanwijzing. Na Tarski kunnen we het in de mond nemen zonder ons filosofisch in de nesten te werken. Een clou hoe we zouden kunnen weten, bewijzen of beslissen dat een uitspraak waar is of niet, een suggestie waarop we ware uitspraken zouden kunnen baseren, volgt echter niet uit zijn waarheidsdefinitie.”

30. Vgl. Cleiren 2010, met uitvoerige nadere bronvermeldingen.

31. Er is natuurlijk eindeloos veel geschreven over de “Sprong van Scholten”. Ik vermeld alleen Van Manen 2010 omdat in zijn bijdrage vele strafrechtelijke toepassingen worden gedemonstreerd.

van die als relevant aangemerkte feitelijkheden is er sprake van een voortdurende wisselwerking tussen feit en norm, tussen verondersteld gegeven en empirische theorie, bemiddeld door de actieve eigen inbreng van de rechter.

Melai gebruikte in dit verband de volgende formulering: "De vervolgende overheid stelt geen belang in het menselijk handelen in het algemeen, maar alleen in die handelingen, die een vermoedelijke schending van de strafwet meebrengen. In zodanig geval gaat het niet om een 'Abbild' van de werkelijkheid maar om een 'zin', waarop de handeling wordt onderzocht aan de hand van één of meer aanvankelijke aan het recht ontleende voorstellingen. Deze 'zingeving' is in wezen een bezigheid van interpretatie en kwalificatie. Zij veronderstelt weliswaar een feitelijk substraat dat de voorstelling moet legitimeren, maar de relevantie van dat substraat wordt naar aard en samengesteldheid beheerst door de inhoud van de rechtsnorm, die de aandacht *wekt*".³²

In het licht van het voorafgaande zijn de volgende observaties van belang.

Ten eerste. De omstandigheid dat een taaluiting verwijst naar een achter- of onderliggende realiteit, betekent *niet* dat de taal een complete of volledige 'afbeelding' van die werkelijkheid zou zijn.³³

Ten tweede. Als een rechter besluit dat de telastelegging kan worden bewezen, dan gaan we er binnen het strafrechtelijk systeem van uit dat de daarin beschreven handeling echt – daadwerkelijk – is gebeurd.³⁴

Ten derde. Aan een dergelijke bewezenverklaring gaat een proces vooraf van waarneming, interpretatie en kwalificatie.³⁵ Dit kan nader worden toegelicht. Waarneming, interpretatie en kwalificatie zijn theoriegebonden. In de terminologie van Popper kunnen we hier spreken van de 'zoeklicht-

32. Melai 1992, p. 99; en op p. 100: "Het feit in foro verwerft eerst de rang van feit, wanneer het rechtens relevant is bevonden. Voor het bepalen van deze relevantie ligt de maatstaf in de betekenis en de draagwijdte van de rechtsnorm. In die zin is feit niet een *prae*- maar een *post*-juridisch gegeven" (met verwijzing naar I. Kisch).

33. Zie voor een aanduiding van – en een kritiek op – het 'afbeeldingsdenken': Foqué & 't Hart 1990. Dit is niet de plaats om de discussie met Foqué en 't Hart te hernemen. Zie daarover mijn bijdrage Groenhuijsen 1993. In de kern genomen is daar betoogd dat het begrippenapparaat van het kritisch rationalisme toegankelijker is dan dat van Foqué en 't Hart, en op de belangrijkste punten tot soortgelijke resultaten komt. We zullen daarvan hieronder nog voorbeelden zien.

34. Vgl. Buruma 2009, p.303-304: "Rechters veroordelen een verdachte niet – althans niet in eerste instantie – om te tonen dat het recht wordt gehandhaafd, maar omdat hij het gedaan heeft."

35. We zouden nog als afzonderlijke categorie kunnen toevoegen: redeneren. De laatste tijd is er bijvoorbeeld veel hernieuwde aandacht voor het zogenoemde Bayesiaanse redeneerschema. Zie daaromtrent het drieluik van Berger & Aben 2010(a); Berger & Aben 2010(b); en Berger & Aben 2010(c).

theorie'.³⁶ Ieder proces van waarneming, van interpretatie en van kwalificatie berust op een grote hoeveelheid (vaak onuitgesproken) voorkennis. Die voorkennis structureert ons denken en bepaalt de relevantie en betekenis van bepaalde verschijnselen.³⁷ Dit brengt met zich mee dat het zicht dat mensen op de werkelijkheid hebben altijd mede afhankelijk is van hun – theoriegestuurde – verwachtingen.³⁸ Dit leidt er toe dat verschillende personen op een geheel verschillende wijze naar een bepaald object kunnen kijken. Als dit zich manifesteert, is er reden om de kennelijk uiteenlopende onderliggende kennis te expliciteren en daarover van gedachten te wisselen. Hetgeen mij brengt tot de volgende stap.

Ten vierde. In het strafrecht gaat het in zekere zin maar om een 'deel van de waarheid', namelijk de bewering in de telastelegging omtrent het gedrag dat de verdachte wordt verweten. Er is vaak gezegd dat dit op zichzelf al een belangrijke *reductie* van de waarheid zou zijn. Hoewel ik op zichzelf niet zoveel bezwaar heb tegen het woord 'reductie', moet toch goed worden begrepen wat dan met deze term wordt bedoeld. Het is van belang te onderstrepen dat het in letterlijke zin gaat om een *gedeelte* van een groter geheel. Een bekend voorbeeld is de moeilijkheid om een beschrijving te geven van een land, of van een stad. Het wordt al anders, in sommige opzichten gemakkelijker, wanneer de beschrijving zich beperkt tot een straat of een huis, en nog betere informatie is te geven omtrent het uiterlijk van een bepaalde huisdeur in die straat.³⁹ Naarmate het voorwerp van beschrijving wordt versmald, is een nauwkeuriger onderzoek mogelijk naar de juistheid van een bewering. Dat is reductie. Maar het blijft materiële waarheidsvinding. Het is dus *onjuist* om te zeggen dat het waarheidsstraven in het strafrecht – die beperkt is tot de bewering die in de telastelegging wordt gedaan – in zekere zin tot gevolg heeft dat het gaat om een formeel waarheidsbegrip.⁴⁰

36. Zie omtrent de 'searchlight theory of science' o.a. Popper 1966, p. 260 e.v. (p. 260: "What the searchlight makes visible will depend upon its position, upon our way of directing it, and upon its intensity, color, etc.; although it will, of course, also depend very largely upon the things illuminated by it.")

37. In gelijke zin Kuhn 1979, p. 153: "iets als een paradigma ligt ook aan de waarneming ten grondslag. Wat een mens ziet, hangt zowel af van het object waar hij naar kijkt als van wat hij door zijn vroegere visueel-conceptuele ervaringen geleerd heeft te zien."

38. Zie ook Derksen 2010, p. 196: "elk van de vier kernoperaties van waarheidsvinding (zoeken, zien, duiden en wegen) is theorie-afhankelijk; ze werken alleen in het licht van een achterliggende theorie."

39. Zie Pirsig 1974.

40. Ik kan mij op dit punt dan ook niet vinden in de typering die Crijns geeft: "Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de sterke fixatie van het proces van waarheidsvinding op de telastelegging (...). In zoverre kan worden volgehouden dat het strafproces voor wat betreft het proces van waarheidsvinding als een soort trechter functioneert. En juist als gevolg van deze trechterwerking van het strafproces, verwordt de in het proces gevonden waarheid steeds meer tot een procedurele waarheid" in Crijns e.a. (red.) 2008, p. 53.

Een uitvloeisel van de vorige gedachtenstappen is dat bewijzen in het strafrecht in de kern van de zaak 'gewoon' hetzelfde is als andere vormen van wetenschappelijke waarheidsvinding.⁴¹ Ook hier is enige precisering aangewezen. Het is algemeen bekend dat in de methodologie van het kritisch rationalisme het principe van falsificatie een leidend beginsel is. Volgens Popper gaat het in de wetenschap immers vooral om het weerleggen van algemene theorieën. De algemene uitspraak (theorie) "alle zwanen zijn wit" wordt weerlegd door de enkelvoudige bewering "deze zwaan is zwart". Op dit punt is er een interessante relatie tussen wetenschapsbeoefening enerzijds en strafrechtspleging anderzijds. In het strafrecht gaat het namelijk in de eerste plaats *niet* om het falsificeren van algemene theorieën door een tegenvoorbeeld te vinden. In plaats daarvan gaat het om het vormen van een oordeel omtrent het al dan niet bewezen zijn van een enkelvoudige bewering, namelijk de beschuldiging die in de telastelegging is vervat. Maar juist ook op dat punt kunnen we iets leren van de methodologie van Popper. Want Popper heeft zich natuurlijk een beeld moeten vormen omtrent de vraag wanneer er voldoende grond is om op basis van een enkelvoudige uitspraak een algemene theorie als gefalsificeerd te beschouwen. Dat beeld komt kort gezegd op het volgende neer. Een basis-uitspraak is volgens Popper een uitspraak die als premisse kan dienen bij de falsificatie van een theorie, een simpele beschrijving van een feit.⁴² Deze uitspraken moeten aan twee vereisten voldoen. Ten eerste: "basic statements have the form of singular existential statements." En ten tweede moeten ze een 'gebeurtenis' beschrijven, terwijl "this event must be an 'observable' event; that is to say, basic statements must be testable, intersubjectively, by 'observation'".⁴³ Een dergelijke beschrijving bevat evenwel altijd algemene termen – zogenaamde universalia – waarvan de toepasselijkheid nooit door onmiddellijke ervaring alleen kan worden vastgesteld.⁴⁴ Volgens Pop-

41. Zo ook Melai 1992, p. 99: "Bij deze toedracht geschiedt in feite hetzelfde als bij ieder wetenschappelijk onderzoek." In gelijke zin Van Koppen 2011, p. 16: "Een belangrijke handicap is dat veel rechters menen dat de bewijsbeslissing een juridische kwestie is. Dat is het niet." Zie over de overeenkomsten en de verschillen tussen juridisch feitenonderzoek en historisch onderzoek Ginzburg 1999, p. 17: "We know perfectly well that every representation is constructed in accordance with a predetermined code – to gain direct access to historical reality (or reality itself, for that matter) is impossible, by definition. To infer from this fact, however, that reality is unknowable is to fall into a lazily radical form of skepticism, at once unsustainable in existential terms and inconsistent in logical terms... For me, and for many others, the notion of 'proof' and 'truth' are, rather, integral parts of the historian's profession."

42. Popper 1977, p. 43.

43. Popper 1977 p. 94-95 resp. p. 102.

44. Hij noemt het voorbeeld van de uitspraak: hier staat een glas water. Of de termen 'glas' en 'water' terecht zijn gebruikt kan alleen door vrij uitvoerig onderzoek worden uitgemakkt, en niet door directe waarneming. Deze problemen omtrent de 'empirische basis' worden doorgaans beschreven in termen van de 'zoeklichttheorie' die ik zojuist heb genoemd.

per is om die reden alle kennis tentatief, voorlopig; dus ook het aannemen van basis-uitspraken mag niet gebeuren met het gevoel daarmee absolute zekerheid te verkrijgen.⁴⁵ Ook deze basis-uitspraken vormen in feite hypothesen, die op een bepaald moment voorwerp van kritisch onderzoek kunnen vormen. Hun karakter van basis-uitspraak bij het testen van theorieën houdt niet meer in dan dat zij op grond van een afspraak ‘for the time being’ als vaststaand worden beschouwd. Wanneer kan een basis-uitspraak nu voor praktisch gebruik (en ‘for the time being’!) als vaststaand worden aangenomen? Dat kan volgens Popper indien er een wetenschappelijke consensus over bestaat dat de uitspraak als onproblematisch mag worden beschouwd. Dit is de rol van het internationale wetenschappelijke forum; dus niets meer en niets minder dan het aangeven van de achtergrondkennis die op een bepaald moment mag worden aangenomen.

En zo komen we terug bij basis-kenmerken van bewijzen in het strafrecht. Het vorenstaande is niet zomaar een schijngeleerde of dikdoenerige verhandeling over wetenschapsfilosofie, maar staat dichtbij de praktijk van ons strafprocesrecht. De telastelegging bevat een singuliere uitspraak waarvan moet worden onderzocht of die voldoende aannemelijk is om voor waar te worden aangenomen. In het verband van dat onderzoek spelen waarneming, interpretatie en kwalificatie een belangrijke rol. Die facetten zijn allemaal theoriegebonden, waarbij zowel de termen van het recht als algemene wetenschappelijke theorieën de zoeklichten vormen die het proces van kennisverwerving sturen. Alle kennis is op ieder onderdeel voorlopig en kan door ieder van de bij het strafproces betrokkenen ter discussie worden gesteld. De zoektocht naar falsificatie in de wetenschap heeft een analogon in het contradictoire strafproces. Daar zal de verdediging iedere feitelijke bewering van het OM kunnen betwisten. Daar kan het scenario dat aan de beschuldiging ten grondslag ligt op ieder onderdeel ter discussie worden gesteld.⁴⁶ En de aard van die discussie is door de zojuist naar voren gebrachte inzichten verhelderd.⁴⁷ Het zal vaak gaan om de toepasselijkheid van begrippen. In het voetnootsgewijs gegeven voorbeeld om de woorden ‘glas’ en ‘water’. Strafrechtelijk kan het vaak ook gaan om begrippen met een juridische inhoud. De verdediging kan betwisten dat computergegevens mogen worden beschouwd als een ‘goed’⁴⁸; de dakdek-

45. Popper 1977, p. 7 en 25-30.

46. Dat kan dus zowel een enkelvoudige feitelijke gebeurtenis betreffen (dit komt overeen met een ‘basisuitspraak’), als een soort algemene theorie (bijvoorbeeld omtrent de inhoud van een rechtsbegrip dat in de telastelegging is gebruikt).

47. Vgl. Derksen 2010, p. 200: “Bewijsmateriaal moet niet alleen bij onze theorie passen (het moet niet alleen positief zijn), het moet ook discrimineren (het moet ook negatief uitvallen voor alternatieve theorieën). Voor de strafrechtcontext is *dit* het belangrijke inzicht van Popper.” (curs. In origineel; MGi)

48. Groenhuijsen & Wiemans 1989.

ker kan aanvechten dat hij een werknemer is in de zin van de wet.⁴⁹ De verdachte kan aanvoeren dat de feiten die in de telastelegging zijn gesteld niet toereikend zijn om 'culpa' aan te nemen. Indien deskundigen zijn ingeschakeld, kan een procespartij de expertise van de betrokkene aanvechten of de geldigheid van de door hem gehanteerde wetenschappelijke methode. Dit zijn allemaal onderdelen en invalshoeken van waaruit het contradictoire karakter van het strafproces inhoud krijgt.⁵⁰ Die inhoud is gericht op waarheidsvinding.

*Nadere contextualisering: wat maakt de waarheidsvinding in het strafrecht bijzonder, en soms kwetsbaar?*⁵¹

Ik denk dat het niet overdreven is te stellen dat het belang van materiële waarheidsvinding in het strafrecht minstens zo zwaarwegend is als in andere rechtsgebieden. Juist daarom is het opvallend dat met name in het strafrecht belangrijke beperkingen in acht worden genomen die veelal welbewust⁵² in de weg staan aan het achterhalen van datgene wat daadwerkelijk is geschied. Zoals Cleiren het uitdrukt: waarheid in het strafrecht, maar niet tot elke prijs.⁵³ Strafrechtspleging is in dit opzicht niet zomaar te vergelijken met een lopende band, en evenmin met een hindernisbaan.⁵⁴ Ik zie het zelf liever als een race auto die zo is gebouwd dat hij permanent met de handrem crop rijdt.

Dat komt natuurlijk omdat er andere waarden zijn die concurreren met dat van de waarheidsvinding.⁵⁵ We willen de waarheid op het spoor komen,

49. HR 16 februari 1982, *NJ* 1982, 411.

50. Wat resultaat betreft kom ik uiteindelijk dicht in de buurt van Foqué en 't Hart. Hoewel zij stellen dat hun boek "geen handzame aanwijzingen bevat die pasklaar kunnen worden toegepast bij de beslommeringen van alledag" (Foqué & 't Hart 1990, p. 34-35), komen ook zij tot de slotsom dat het door hen bepleite rechtsbegrip uiteindelijk tot uitdrukking dient te komen in de op tegenspraak gerichte structuur van het strafgeding. In hun eigen woorden: "De kritiek op de macht en het opheffen van onderdrukking die door de categorie van de rechtssubjectiviteit gerealiseerd moeten worden, impliceren dan ook een ruimere structuur die rond de categorie van de rechtssubjectiviteit tot stand gebracht wordt: die van het contradictoire strafproces" (Foqué & 't Hart 1990, p. 323-324).

51. Deze thematiek wordt in het pre-advies van Loth behandeld onder de aanduiding "processuele context" (paragraaf 5).

52. Aan het slot van deze paragraaf signaleer ik nog een beperking die niet welbewust in acht wordt genomen, maar die binnen het strafrecht evenzeer leidt tot een vertekend beeld van de werkelijkheid.

53. Cleiren 2001(a). Zie over dit thema ook mijn bijdrage Groenhuijsen 1996.

54. Vgl. Packer 1968. Vgl. ook Myjer 2002, p. 35, die spreekt over: "Een reductieproces van de waarheid tot strafrechtelijke pasvormen, opsporing als hindernisbaan, met daarin een zwijgrecht voor wie de waarheid het beste kent en het soms niet kunnen of mogen gebruiken van op zich prachtvol materiaal: ziedaar wat kenmerken van de strafrechtelijke waarheidsvinding."

55. Zo ook o.a. Crijs 2008, p. 23: "Waarheidsvinding weegt weliswaar zwaar, maar moet voortdurend worden afgewogen tegen andere legitieme belangen binnen het strafproces."

maar alleen met inzet van middelen die daarvoor vanuit een nader te bepalen normatief kader toelaatbaar worden geacht.⁵⁶ De eerste beperking vloeit daarom voort uit art. 1 Sv: “strafvordering vindt alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien”. In het Wetboek van Strafvordering worden de bevoegdheden van de overheid omljnd die kunnen worden ingezet om kennis te vergaren omtrent (mogelijk) gepleegde delicten.⁵⁷ De tegenkant hiervan is natuurlijk dat alle ingrijpende machtsmiddelen die in de wet niet expliciet zijn voorzien, niet kunnen worden ingezet om betrouwbare kennis te verwerven. Een vaak genoemd voorbeeld hiervan betreft de zogenoemde narco-analyse.⁵⁸ Ook binnen het Wetboek van Strafvordering treffen we belangrijke instrumenten aan die de materiële waarheidsvinding doelbewust belemmeren. Ik wijs op het zwijgrecht van de verdachte en de daaraan gekoppelde cautieverplichting en meer in het algemeen op het pressieverbod. Dit laatste heeft er onder andere toe geleid dat de Hoge Raad de zogenoemde ‘Zaanse verhoormethode’ van de hand heeft gewezen.⁵⁹ In het verlengde hiervan zie ik ook de verschillende varianten van het verschoningsrecht als een ingrijpende zelfbeperking van de bronnen van informatie omtrent datgene wat zich in het verband van het telastegelegde feit heeft afgespeeld.⁶⁰

Een wel heel bijzondere categorie wordt in dit verband gevormd door de uitsluiting van bewijsbestemming van sommige onrechtmatig verkregen onderzoeksresultaten. Waarom bijzonder? Omdat hier wettige bewijsmiddelen voorhanden zijn, die volstrekt betrouwbaar en overtuigend kunnen zijn en die toch niet door de rechter mogen worden gebruikt. Het is bekend dat bewijsuitsluiting aanvankelijk een plaats in het strafprocesrecht heeft gekregen door de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁶¹ Later heeft de wetgever deze materie geregeld in art. 359a lid 1 sub b Sv. Volgens de interpretatie van deze bepaling in de rechtspraak komt bewijsuitsluiting als sanctie op een vormverzuim in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een *belangrijk* (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel

56. Vgl. ook Cleiren 2008, p. 124: “Ons strafrecht kenmerkt zich door een dubbelzijdig karakter, ook waar het de waarheidsvinding betreft: instrumentaliteit en rechtsbescherming.”

57. Ik zie nu even af van andere wetten waarin bijzondere bevoegdheden zijn neergelegd.

58. Dit behoeft eigenlijk geen inhoudelijke toelichting. Ik vond nog een lezenswaardig boek ‘uit de oude doos’ over dit middel: Rolin 1950, onder het alleszeggende motto van Portalis: “Men kan zich nooit op goede gronden veroorloven geweld aan te wenden tegen het geweten en de laatste bolwerken van de vrijheid des harten.”

59. IIR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 152 m.nt. Sch.

60. Zie vooral art. 218 Sv omtrent zogenoemde professionele geheimhouders en art. 219 omtrent verschoning door bloed- en aanverwanten. Hoe problematisch het verschoningsrecht kan zijn, ook vanuit het gezichtspunt van het internationale (mensen)recht, werd onlangs nog onder de aandacht gebracht door Vellinga-Schootstra 2011.

61. IIR 26 juni 1962, *NJ* 1962, 470 m.nt. WP.

in aanzienlijke mate is geschonden.⁶² Deze benadering spreekt me aan. Pietluttige verzuimen mogen geen fatale gevolgen hebben. De tijd van inhoudelijk leeg formalisme ligt achter ons. Maar in de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden is de bewijsuitsluitingsregel niet een systeemvreemd element dat ons door het EVRM zou zijn opgedrongen, doch vloeit het voort uit het vigerende stelsel van strafvordering.⁶³ Misschien is een precisering hier op haar plaats.⁶⁴ Ik voel me het meest aangesproken door de formulering van de Amerikaanse hoogleraar constitutioneel recht Laurence Tribe.⁶⁵ Hij stelt dat er op niemand een zo dringende plicht rust om de wetten te gehoorzamen als op degenen die de wetten zelf maken en handhaven. Vanuit dit gezichtspunt is er dan ook geen sprake van dat de uitsluitingsregel tot gevolg zou hebben dat de rechten van misdadigers hoger worden gewaardeerd dan de rechten van gezagsgetrouwe burgers of die van slachtoffers. Integendeel, in feite is de uitsluitingsregel niet anders dan een explicitering van de omstandigheid dat de wetgever in dit land nauwkeurig vastlegt met welke middelen strafbare feiten en daders daarvan mogen worden opgespoord. In dit uitgangspunt ligt namelijk reeds besloten dat er wordt geaccepteerd dat er schuldige personen zijn die niet kunnen worden bestraft, namelijk wanneer hun schuld alleen is vast te stellen met middelen die de wetgever niet toelaatbaar heeft geoordeeld. Langs deze banen kan dus worden beredeneerd dat de zogenaamde uitsluitingsregel in feite niet meer is dan een geprononceerde toepassing van het procesrecht, waardoor de negatieve gevolgen van het aanvaarden van secundaire controle⁶⁶ niet groter worden, maar uitsluitend beter zichtbaar worden gemaakt.⁶⁷ Bewijsuitsluiting is misschien wel tegelijk de meest hinderlijke als zinvolle manifestatie van de handrem op de race auto.

Een laatste hier te vermelden vorm van zelfbeperking binnen het strafrecht wordt gevormd door de verjaring. Natuurlijk, een van de grondslagen van de verjaring is de gedachte dat het na verloop van tijd steeds moeilijker wordt om de waarheid te achterhalen.⁶⁸ Maar ook in situaties waarin een zaak bewijsrechtelijk glashelder is, kunnen naar geldend recht andere

62. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB.

63. Vgl. evenwel Kooijmans 2011(a).

64. Groenhuijsen 1996.

65. Tribe 1985.

66. Onder secundaire controle versta ik uiteraard 'policing the police' (tegenover 'policing society', dat als primaire controle geldt). Zie de klassieker Peters 1972, p. 7.

67. Tribe 1985, p. 7-8: "But those who wrote the Constitution's limitations on how suspects may be pursued obviously knew that taking those limits seriously – that is, *obeying* them rather than flouting them – would necessarily prevent some guilty people from being apprehended and convicted. The exclusionary rule simply makes that result more dramatic and visible than might some other rules – rules that successfully prevent illegal searches from occurring in the first place."

68. Zie Van Dorst 1985, p. 51 e.v.

aan tijdsverloop gerelateerde overwegingen de doorslag geven om van een op zichzelf terechte vervolging en bestraffing af te zien.

Dan zijn er beperkingen in de strafrechtelijke waarheidsvinding die een oorzaak vinden in bescherming van andere belangen en waarden dan die waarop het strafrechtelijk systeem wordt afgeremd. Ik denk aan de constructies die zijn opgenomen in de regelgeving omtrent Parlementaire Enquêtes en omtrent de Onderzoeksraad voor Veiligheid. In het eerstgenoemde geval is met het oog op een optimale waarheidsvinding in het politieke circuit wettelijk vastgelegd dat verklaringen die - onder ede - worden afgelegd tegenover een parlementaire enquêtecommissie niet als bewijsmiddel kunnen worden gebruikt in een eventueel opvolgende strafrechtelijke procedure.⁶⁹ Dat is niet niks. Dan wordt (potentieel) uiterst betrouwbaar onderzoeksmateriaal dus categorisch uitgesloten als bouwsteen van een oordeel van de strafrechter. Iets soortgelijks doet zich voor in het tweede geval.⁷⁰ De Onderzoeksraad voor Veiligheid is ingesteld om met het uitsluitende doel toekomstige voorvallen te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken, ongevallen te onderzoeken en vast te stellen wat de (vermoedelijke) oorzaken van individuele of categorieën voorvallen en van de omvang van hun gevolgen zijn en daaraan de nodige aanbevelingen te verbinden.⁷¹ Teneinde de zuiverheid van dit oogmerk te bewaken is voorts bepaald dat een conclusie of aanbeveling van de Onderzoeksraad niet een vermoeden van schuld aan of aansprakelijkheid wegens een voorval mag behelzen; conclusies en aanbevelingen mogen uitsluitend strekken tot het treffen van maatregelen die de veiligheid vergroten.⁷² Verder wordt aangenomen dat het eventuele gebruik in het strafrecht van binnen het ongevalonderzoek verkregen gegevens of opgedane bevindingen belemmerend zou kunnen werken voor het ongevalonderzoek.⁷³ Daarom mogen verklaringen van personen, afgelegd in het kader van het onderzoek door de Onderzoeksraad, en de door deze Raad opgestelde documenten, in een eventuele latere strafrechtelijke procedure niet voor het bewijs worden gebruikt. Dus ook hier wordt een belangrijke hoeveelheid kennis - informatie met een hoog betrouwbaarheidsgehalte - systematisch uitgesloten van gebruik door een strafrechter.

Bij elkaar opgeteld is dit nogal wat. De principiële aanspraak op materiële waarheidsvinding wordt toch wel enigszins op de proef gesteld door

69. Zie art. 30 Wet op de Parlementaire Enquêtes 2008: "In een civielrechtelijke, strafrechtelijke, bestuursrechtelijke of tuchtrechtelijke procedure kunnen verklaringen en documenten die op vordering van de commissie zijn afgelegd onderscheidenlijk verstrekt, niet als bewijs worden gebruikt."

70. Zie Groenhuijsen & Kooijmans 2011.

71. Deze lange en lelijke zin berust op art. 3 Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid.

72. Art. 61 van de genoemde Rijkswet.

73. Zie Kooijmans 2011(b).

de zojuist opgesomde bewuste afscherming van bepaalde kenbronnen ten behoeve van strafrechtelijke doeleinden. Maar de rechtsgemeenschap – en dus de justitiabelen – krijgt daarvoor wel wat terug. Alle genoemde beperkingen zijn immers te herleiden op andere waarden en belangen die evenzeer (of zelfs: méér) de moeite van het beschermen waard zijn. Het gaat natuurlijk om het vinden van een juiste balans. En daarvan is algemeen bekend dat dit, ten eerste, een *politiek* oordeel vergt, dat, ten tweede, in de loop der tijd sterk aan veranderingen onderhevig is. Ik laat opnieuw Melai aan het woord: “Deze aldus bevestigde of geproclameerde rechten en vrijheden zijn geen naturalistische of essentialistische gegevenheden, maar voor correctie vatbare afwegingen in rechtstermen van wat vanuit een basisconcept in een bepaalde samenleving voor de – elkaar over en weer beperkende – individuele en collectieve belangen wordt gehouden. Het resultaat van deze afweging is dan ook geen natuurlijk gegeven maar een politieke verworvenheid...”.⁷⁴ Heel simpel gezegd: het strafrecht vertoont in dit opzicht duidelijke slingerbewegingen, die de aard en de intensiteit van de waarheidsvinding zwaar kunnen beïnvloeden. Door de introductie en de daarop volgende uitbreidingen van het DNA-onderzoek is de materiële waarheidsvinding bijvoorbeeld zwaarwegend versterkt⁷⁵; omgekeerd zou de invoering van ‘Saldus-wetgeving’ wel eens een zware hypotheek kunnen leggen op het belang van ophelderen van strafbare feiten.⁷⁶

Tot nu toe heb ik een aantal beperkingen uiteengezet die waarheidsvinding kunnen belemmeren, waarvoor bewust is gekozen met het oog op een ander, ‘hoger doel’. Dan is de opgave om een verdedigbaar evenwicht te vinden. Er speelt evenwel ook nog een factor een rol bij de strafrechtelijke waarheidsvinding, waarvoor niet expliciet is gekozen. Ik heb geargeld of ik die hier zou noemen, omdat het gaat om een kwestie van niet-juridische aard. Maar omdat deze factor de uitkomsten van strafzaken substantieel beïnvloedt, meen ik dat hieraan niet voorbij mag worden gegaan. Ik doel op een ongemakkelijke vorm van selectiviteit van het strafrechtelijk systeem.

Water stroomt altijd naar beneden. Voor de strafrechtspleging betekent dit dat doeltreffender wordt opgetreden tegen hen die zich het minst effectief tegen de vervolgende overheid kunnen verweren. Vaak zijn dat justitiabelen uit de sociaal en economisch minst bevoorrechte regionen. Zij

74. Melai 1992, p. 26. En een stukje verderop: “De uitkomst van deze afweging en de veronderstelde evenwichtigheid van het resultaat hebben geen absolute geldigheid; de inhoud van het recht is het resultaat van rechtspolitieke strijd en die strijd is in een politiek stelsel als het onze – waarin de zelfstandige oordeelsvorming van het individu een zelfstandige waarde is – in beginsel zonder einde” (Melai 1992, p. 50).

75. Zie Prinsen 2008.

76. Vgl. Boksem 2010.

missen gemiddeld de verbale kwaliteiten om met uitvluchten of met excuses aan strafrechtelijke waarheidsvinding bij kleinere vergrijpen te ontsnappen. Ze beschikken niet over de middelen om rechtsgeleerde bijstand te huren die de overheid zwaar tegenspel kan bieden in geval van ernstiger onrecht. Mij is altijd de karikatuur bijgebleven van de verdachte die in zijn woonwagen een huisgenoot had toegeschreeuwd: "vuil wijf, ik steek je voor je flicker". Zijn advocaat verdedigde hem ter zitting met de woorden: "Edelachtbare, dat is hetzelfde als u thuis zou hebben gezegd: 'moeder, u bent géén dame'". Welgestelde verdachten kunnen het systeem zodanig tegenwerken dat het uiterst moeilijk wordt om de waarheid omtrent hun handelen te achterhalen.⁷⁷ Naar verluidt zijn bijvoorbeeld in de recente 'vastgoed-affaire' strafzaken met een belang van vele tonnen euro's op de plank gelegd wegens gebrek aan capaciteit binnen het justitiële apparaat.⁷⁸ Dit probleem kan niet worden opgelost door middel van het voorleggen van een spits vraagpunt aan de vergadering van de NJV. Toch wil ik de kwestie hier uitdrukkelijk signaleren, omdat niemand met een goed geweten over objectieve waarheidsvinding in het strafrecht kan debatteren zonder deze evidente en structurele vertekening van de werkelijkheid in het achterhoofd te hebben.

3. Bewijsthema en waarheidsvinding

Het is nuttig iets dieper in te gaan op de relatie tussen het bewijsrecht en de waarheidsvinding. In paragraaf 2 is al naar voren gekomen dat als een rechter de telastelegging bewezen verklaart, dit binnen het strafrechtelijk systeem betekent dat de beschrijving van de verweten handeling voor waar wordt aangenomen. En dat houdt weer in dat die handeling daadwerkelijk is verricht. Het waarheidsbegrip is dat van correspondentie; het waarheidscriterium is gelegen in de maatstaven van art. 338 Sv: voldoende inhoud van wettige bewijsmiddelen plus de rechterlijke overtuiging.

Naar aanleiding hiervan rijzen onmiddellijk ten minste twee vragen. Ten eerste. Het bewijsrecht is alleen van toepassing op de eerste vraag van art. 350 Sv: heeft de verdachte het telastgelegde feit begaan? In een strafrechtelijke procedure moet de rechter (en diverse andere functionarissen) evenwel ook allerlei andere vragen van feitelijke aard beantwoorden. Hoe zit het dan met waarheidsvinding? Welke overeenkomsten en verschillen zijn er met de bewijsvraag in termen van waarheidsbegrip en waarheidscriteria? De tweede vraag is of er in het licht van de overwegingen naar aanleiding van de eerste vraag - redenen zijn om het bewijsrecht een bre-

77. Zie Groenhuijsen 1994.

78. Zie Groenhuijsen 2010; en Van der Boon & Van der Marel 2009.

der bereik te geven. Dat wil zeggen: zijn er overtuigende argumenten om het bewijsrecht ook van toepassing te verklaren op andere feitelijke beslissingen die functionarissen binnen het strafrechtelijke systeem moeten nemen?

Laten we bij het begin beginnen. In art. 27 Sv is bepaald dat als verdachte wordt aangemerkt degene te wien's aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit. De beslissing of er een zodanig redelijk vermoeden bestaat, is belangrijk. Enerzijds omdat de overheid tegen een 'verdachte' machtsmiddelen (onderzoeksmiddelen) mag inzetten die tegen andere burgers ongeoorloofd zouden zijn. En anderzijds omdat de hoedanigheid van 'verdachte' aan iemand als voorwerp van strafrechtelijk onderzoek eigen rechten toekent die anderen ontberen.⁷⁹ Het woord 'schuld' in art. 27 Sv wordt gebruikt in de betekenis van 'het gedaan hebben'.⁸⁰ 'Gedaan hebben' betekent ook hier: het *echt* gedaan hebben. Het waarheidsbegrip wijkt hier dus niet af van dat wat in de latere en beslissende fase van de procedure wordt gehanteerd. Correspondentie. Wat wel verschilt is het waarheidscriterium. Er mag al worden opgetreden bij een mindere mate van zekerheid omtrent de vraag of de betrokkene ook daadwerkelijk het delict heeft gepleegd. Een 'redelijk vermoeden' (gebaseerd op feiten en omstandigheden) is al voldoende. Dit blijkt een algemeen patroon binnen de strafvordering te zijn. Het waarheidsbegrip is constant, de waarheidscriteria variëren en worden steeds strenger naarmate de inbreuken op de vrijheidssfeer van het betrokken individu ingrijpender zijn.⁸¹ Voorlopige hechtenis bijvoorbeeld, een dwangmiddel dat *de facto* nogal eens vooruit loopt op een later rechterlijk oordeel, kan alleen worden gelast indien er sprake is van 'ernstige bezwaren' (art. 67 lid 3 Sv).⁸² Dit criterium is strenger dan dat van art. 27 Sv, omdat het moet gaan om een méér dan redelijk vermoeden van schuld, zeg maar: een klemmende verdenking.⁸³

Ook de zittingsrechter moet allerlei feitelijke beslissingen nemen die niet vallen onder het regiem van het bewijsrecht. Voor de hand liggende voorbeelden zijn de oordelen omtrent de voorvragen van art. 348 Sv. Een verdachte voert verweer dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat hem een toezegging is gedaan dat hij niet zou worden vervolgd. De rechter moet dan nagaan of er inderdaad – dus: daadwerkelijk – een der-

79. Bijvoorbeeld de in art. 29 Sv genoemde rechten.

80. Zie Corstens & Borgers 2011, p. 76.

81. Zie ook Crijns 2008, p. 15-56: "Waar het de waarheidsvinding betreft kent elke afzonderlijke fase van het strafproces zijn eigen karakteristieken." (p.33).

82. Vgl. Stevens 2010.

83. Corstens & Borgers 2011, p. 396, spreken over een 'stevige verdenking'. Opmerking verdient nog dat deze eis ten aanzien van de bewaring niet wordt gesteld bij verdenking van terroristische misdrijven.

gelijke toezegging is gedaan. Materiële waarheid. Daarbij mag hij afgaan op een verklaring daaromtrent door de officier van justitie, hetgeen binnen de voorschriften van het wettelijke bewijsrecht onmogelijk zou zijn.⁸⁴ En de rechter kan dan al niet-ontvankelijk verklaren als zijn zekerheid omtrent die toezegging tot niet-vervolgen achterblijft bij de 'overtuiging' die in art. 338 Sv wordt vereist. Een soortgelijke situatie doet zich voor bij het beoordelen van beweringen rond strafuitsluitingsgronden. Wanneer een verdachte zich beroept op bijzondere omstandigheden, op grond waarvan de rechter geen schuld of wederrechtelijkheid zou mogen aannemen, mag van de verdediging niet worden verlangd dat de desbetreffende beweringen worden gestaafd volgens de regels van het bewijsrecht. Ook hier geldt dus een ander waarheidscriterium: volgens de Hoge Raad moet worden nagegaan of de aan het verweer ten grondslag gelegde feiten "aannemelijk zijn geworden".⁸⁵

De beslissing omtrent de op te leggen sanctie is een verhaal apart. Opnieuw moet de rechter hier allerlei feiten vaststellen (dus: materiële waarheid 'zoeken') zonder daarbij onderworpen te zijn aan de regels van het bewijsrecht. Het gaat hierbij om een reeks van factoren van zeer uiteenlopende aard.⁸⁶ De rechter moet aan de hand van de omstandigheden ('feiten') de ernst van het delict in concreto bepalen. Daarbij kunnen ook de gevolgen van het delict voor het slachtoffer van belang zijn.⁸⁷ In sommige gevallen zal ook de maatschappelijke impact van het misdrijf een strafbepalende omstandigheid kunnen zijn. Ten aanzien van de voordeelsontneming is er nog de bijzonderheid dat de rechter op een specifieke wijze moet nagaan ter zake van welke onderliggende delicten mag worden ontnomen.⁸⁸ Dan is er een hele serie feiten die de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader betreffen. Wat is de kans op recidive? Over welke draagkracht beschikt hij? Kortom, globaal gesproken kunnen al deze feitelijke vaststellingen worden ingedeeld in twee hoofdcatego-

84. Het project 'Strafvordering 2001' noemt nog als voorbeeld dat ook het onderzoek naar de vraag of de verjaring door een daad van vervolging is gestuit zich dient te richten op de materiële waarheid. Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.) 1999, p. 17.

85. Aannemelijk zijn 'geworden' drukt een eigen onderzoeksplicht van de rechter uit; het verweer mag niet worden verworpen op de grond dat de gestelde feiten onvoldoende aannemelijk zijn 'gemaakt' (dat zou te zeer de indruk wekken van een 'bewijslast' voor de verdediging).

86. Zie o.a. Kortenhorst 1990; en Schuyt 2010.

87. Zie mijn opstel Groenhuijsen 1997.

88. Zie art. 36 e Sr lid 2 ("...of andere strafbare feiten, waaromrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door hem zijn begaan") en lid 3 ("...indien aannemelijk is dat of andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen"). Een uitgebreide bespreking van deze bepalingen valt buiten het bestek van dit preadvies. Zie omtrent de Wet verruiming voordeelsontneming (Stb. 2011, 171, i.w.tr. 1 juli 2011) Borgers & Koolijmans 2010(a) en Borgers & Koolijmans 2010(b).

rieën: strafverhogende factoren en strafverminderende factoren. Als ik het goed zie, is het proces van kennisverwerving hieromtrent in het wetboek niet genormeerd. Is dat negatief te waarderen? Laat ik beginnen met vast te stellen dat het wel opmerkelijk is tegen de achtergrond van het gegeven dat materiële waarheidsvinding binnen het strafrecht nu juist zo belangrijk wordt gevonden omdat dit het uiteindelijke fundament moet vormen van de legitimatie van een punitief oordeel door de rechter. Maar dit uitgangspunt dient – juist in relatie tot de strafoplegging – behoedzaam te worden gehanteerd. Tegenover de afwezigheid van een normering van het proces van kennisverwerving op dit punt staat bijvoorbeeld een uitvoeriger set van motiveringsplichten dan bij de andere rechterlijke beslissingen het geval is. Daar komt nog bij dat vooral wanneer de rechter feiten en omstandigheden in het *voordeel* van de verdachte in aanmerking neemt, het verdedigbaar is dat de ‘hardheid’ van die informatie niet noodzakelijkerwijs hetzelfde gewicht hoeft te hebben als de gegevens die hij ten bezware van de verdachte aan zijn vonnis ten grondslag legt. Het onderscheid tussen belastende en ontlastende informatie ligt ook ten grondslag aan het oordeel van Borst, die verdedigt dat de “definitieve voorschriften aangaande de bewijsmiddelen” in de artikelen 340-344 Sv ook van toepassing zijn op de *belastende* beslissingen in het verband van de strafoplegging.⁸⁹ Als argumenten ter onderbouwing van dit standpunt noemt hij onder andere de bepaling dat de rechter de schatting van het op geld waardeerbare voordeel dat de verdachte door middel van of uit het delict heeft verkregen alleen kan ontfangen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen.⁹⁰ Voorts noemt hij de verzwaarde motiveringseisen bij het opleggen van vrijheidsbenemende sancties en de voorgeschreven verplichte inschakeling van deskundigen in geval van voorgenomen oplegging van de maatregel van TBS. Ik deel het standpunt van Borst. Strafoplegging is geen rekensom. Wij kennen geen systeem zoals de zeer gedetailleerde Amerikaanse ‘sentencing guidelines’, waarin het feitenbestand kan worden ontbonden door het toekennen van vooraf bepaalde punten aan allerlei omstandigheden van de te beoordelen casus, waarna de ‘passende’ sanctie met een onbetwistbare zekerheid uit het model voortvloeit. In tegenstelling daarmee beschouwen wij in Nederland de strafoplegging in laatste instantie als een subjectieve rechtspolietieke keuze van de rechter, die daarbij over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt.⁹¹ De voordelen hiervan springen vooral in het oog als de rechter de verdachte op grond van allerlei zachte informatie en eigen indrukken ‘nog een kans wil geven’ en hem deswege een lagere straf oplegt dan in andere omstandigheden te verwachten zou zijn.

89. Borst 1985, p. 22-23.

90. Destijds in art. 338 lid 2 Sv; thans in art. 511f Sv.

91. Zo reeds Kortenhorst 1990, p. 152-154.

Het beeld dat uit het voorafgaande naar voren komt, kan in enkele zinnen worden samengevat. Het bewijsrecht is enkel in volle omvang van toepassing op de eerste vraag van art. 350 Sv. Er zijn goede gronden om juist ten aanzien van deze vraag bijzondere eisen te formuleren omtrent de kwaliteit van de kenbronnen die de rechter aan zijn beslissing ten grondslag kan leggen. Daarnaast moet de rechter – alsmede andere functionarissen binnen het strafrechtelijk systeem – vele andere feiten vaststellen. In al deze situaties geldt de correspondentietheorie van de materiële waarheid. Er zijn twee verschillen met het bewijsrecht zoals dat van toepassing is bij de eerste vraag van art. 350 Sv. Ten eerste wordt buiten het verband van het bewijs van de telastelegging veelal genoeg genomen met een mindere mate van zekerheid dan de in art. 338 Sv genoemde rechterlijke overtuiging. Dit betreft dus het *waarheidscriterium*. En ten tweede is er een andere manier van verantwoorden van de beslissing over de vastgestelde feiten. Aan de motivering van de bewijsbeslissing worden aparte eisen gesteld.⁹² Bij andere beslissingen omtrent feiten worden in de regel veel minder strenge maatstaven aangelegd.⁹³

Verdiend het uit het oogpunt van waarheidsvinding aanbeveling het wettelijk bewijsrecht ook van toepassing te verklaren op andere beslissingen dan tot op heden het geval is? In de voorafgaande onderdelen van deze paragraaf liggen al belangrijke bouwstenen besloten voor een negatieve beantwoording van de opgeworpen vraag.

Voor zover het gaat om het voorbereidend onderzoek, ligt de kwestie vrij eenvoudig. Waar opsporingsambtenaren op basis van feitelijke vermoedens omtrent schuld dwangmiddelen toepassen, doen zij juist onderzoek teneinde de potentiële bewijsmiddelen te vergaren. De strekking van hun activiteiten is precies om het OM en de rechter onderzoeksresultaten aan te reiken die kunnen worden gebruikt bij het vormen en het onderbouwen van een bewijsoordeel. Wat het OM betreft, is vooral de vervolgingsbeslissing van belang.⁹⁴ Die bestaat, zoals bekend, uit een haalbaarheidsoordeel en een opportuniteitsoordeel. De vraag naar de strafrechtelijke haalbaarheid zal voor een officier vooral bestaan uit een anticipatie op het bewijsoordeel door de rechter. Dat wil dus zeggen: met toepassing van de regels van bewijsrecht.

92. Ik kom hierop nog terug in paragraaf 5.

93. Met de kanttekening dat de beslissing omtrent de op te leggen straf weer wel in een aantal opzichten strak dient te worden gemotiveerd.

94. Ik zie in dit preadvies af van bespreking van de strafbeschikking door het OM. Het OM kan zo'n beschikking opleggen indien het '*vaststelt*' dat een delict is begaan (art. 257a Sv). Hoe dit '*vaststellen*' precies in zijn werk gaat is hier niet van belang (zie daarover vooral Kooijmans 2011 c; zie over de principiële betekenis hiervan ook Crijs 2008, p. 48). De reden daarvoor is dat indien de verdachte verzet doet tegen de strafbeschikking (art. 257 e Sv) er een gewoon strafgeding volgt waarin de regels van bewijsrecht worden toegepast.

Dan de zittingsrechter. Zou het vanuit het oogpunt van waarheidsvinding meerwaarde opleveren als het bewijsrecht een ruimer thema zou bestrijken dan alleen de eerste vraag van art. 350 Sv? In beginsel: nee. Ten aanzien van de voorvragen van art. 348 Sv zijn al voorbeelden gegeven van situaties waarin het juist handig kan zijn om bredere bronnen van informatie te hebben. Hetzelfde geldt voor de reeds besproken situaties waarin strafuitsluitingsgronden mochten worden beoordeeld of waar het de strafoplegging betreft. Twee situaties mochten nog apart worden genoemd.

Ten eerste de zogenaamde 'voeging *ad informandum*'. De vrij informele wijze waarop de rechter deze niet telastgelegde feiten betreft in de beslissing omtrent de straf die voor de wel telastgelegde feiten moet worden opgelegd vormt de essentie van deze rechtsfiguur.⁹⁵ Niettemin moeten ook dan zorgvuldigheidseisen in acht worden genomen. Franken heeft met grote nauwkeurigheid het criterium van de rechterlijke overtuiging in de bewijsbeslissing vergeleken met de maatstaf van het aannemelijk zijn van de *ad info* gevoegde feiten op basis van een bekentenis door de verdachte. Hij komt tot de slotsom dat hierin niet een verschillende graad van zekerheid omtrent het al dan niet begaan zijn van deze feiten mag worden gelezen. Ook de interpretatie van het 'aannemelijkheids criterium' die inhoudt dat daardoor de bewijsminimumregel van 341 lid 4 Sv buiten werking wordt gesteld, wordt door deze schrijver op goede gronden gerelativeerd. Franken wijst bovendien op de kwetsbaarheid van de bekentenis in deze situaties. Anders dan in één grote strafzaak, is juist in het geval van tientallen verweten delicten het gevaar groot dat een verdachte schoon schip wil maken en dan feiten bekend die hij niet heeft gepleegd (of zelfs niet had kunnen plegen)⁹⁶. Tegen deze constatering is op zichzelf weinig in te brengen. In het licht van deze overwegingen heb ik dan ook overwogen aan te bevelen om materieel gezien de eisen van het strafvorderlijke bewijsrecht in volle omvang van toepassing te achten op de beslissing omtrent feiten die *ad informandum* in het geding zijn gevoegd. Concreet zou dit betekenen dat het oude pleidooi om de *voeging ad informandum* wettelijk te regelen ten minste partieel nieuw leven zou moeten worden ingeblazen. Bij nader inzien acht ik een dergelijke aanbeveling echter niet opportuun. Nog daargelaten dat de *voeging ad informandum* gedurende de afgelopen twee decennia in de praktijk sterk aan belang heeft ingeboet, zou de toepasselijkheid van formeel bewijsrecht inhoudelijk weinig toegevoegde waarde hebben. Immers, in de gevallen waarin deze rechtsfiguur wordt toe-

95. Zie de uitvoerige beschouwing van Franken 1993, m.n. p. 139 e.v.

96. Uit eigen ervaring herinner ik mij een geval waarin 80 feiten *ad info* waren gevoegd. Die waren allemaal keurig door de verdachte bekend. Bij nadere inspectie bleek dat de betrokkene ten tijde van 30 van die misdrijven in de gevangenis van zijn vrijheid was beroofd!

gepast, ligt er stevast een aangifte door de benadeelde en een volledige erkenning door de verdachte. Dat is bewijsrechtelijk gewoon voldoende. De enige passende suggestie op dit punt is dan ook om de autoriteiten in te scherpen bij het voorbereiden van een strafzaak bedacht te zijn op evidente onvolkomenheden, zoals het delict dat door een gedetineerde zou zijn gepleegd. Een soortgelijk devies geldt voor de rechter ter terechtzitting.

Een andere vorm van voeging betreft die door de benadeelde partij. Het gaat dan om een vordering tot schadevergoeding, gericht tegen de verdachte. Onder vigeur van het 'oude' recht – dat wil zeggen: vóór invoering van de wet-Terwee in 1992/1995 – heeft de Hoge Raad in een principiële beslissing bepaald dat: "moet worden aangenomen, dat tegenover de beperkingen door de wet aan de gevogde beleedigde partij bij haar bewijsoverlevering opgelegd, tot staving dier vordering mag medewerken, wat in het strafgeding als wettig bewijsmiddel is toegelaten, hetgeen in overeenstemming is met den aard der vordering als accessoir van het strafgeding."⁹⁷ Dus al het strafrechtelijk bewijs kan dienen ter onderbouwing van de vordering, plus specifieke aanvullende informatie die door het slachtoffer in de strafrechtelijke omgeving mag worden verstrekt. In dit verband is van belang dat de benadeelde stukken mag inbrengen, en 'toelichting' mag geven op zijn vordering, een begrip dat in de jurisprudentie tegenwoordig ruim pleegt te worden uitgelegd.⁹⁸ Anderzijds moeten we deze kwestie ook weer niet belangrijker maken dan zij is. Het gaat hier, zoals de Belgen zouden zeggen, om een discussie omtrent het geslacht van de engelen. Of in gewoon Nederlands: de kwestie is vrijwel zuiver van academisch belang. Om te beginnen geldt hier de regel dat als de strafrechter geen precies beeld van de omvang van de schade kan krijgen, hij de vordering niet mag afwijzen maar de schade naar redelijkheid moet schatten.⁹⁹ En als het echt ingewikkeld wordt, bijvoorbeeld bij serieuze betwisting van substantiële vorderingen, dan zal de strafrechter de benadeelde niet-ontvankelijk verklaren en hem naar de civiele rechter verwijzen.¹⁰⁰

97. HR 31 oktober 1938, *NJ* 1939, 258 m.nt. T. Zie hierover Groenhuijsen 1985, p. 30 en p. 79 e.v.

98. Zie o.a. HR 14 april 2009, *LJN* BH3703; en HR 15 juni 2010, *LJN* BM2449.

99. Zie HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746; HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314; en Lange-meijer 2004, p. 109. Zie ook art. 6:97 BW als toegepast in HR 9 december 2011, *LJN* BR 5211.

100. Onder de wet-Terwee volgens het 'eenvoudscriterium' van art. 361 lid 3 Sv; sinds 1 januari 2011 volgens het aangescherpte criterium dat de behandeling van de civiele vordering geen 'onconvenredige belasting van het strafgeding oplevert' (nog steeds art. 361 lid 3 Sv).

4. Een oude en actuele vraag: naar een twee fasenproces?

Als ik het goed zie, is er de laatste jaren vooral veel aandacht geweest voor een compacte vormgeving van het strafproces. Dat wil zeggen: zo min mogelijk onderbrekingen¹⁰¹, zo min mogelijk herhaling van zetten, en een heldere koers naar een integrale beslissing.¹⁰² Daarbij wordt de samenhang binnen het vragenschema van art. 348 en 350 Sv vooropgesteld en kunnen complicaties in de sfeer van de rechtsmiddelen het gemakkelijkst worden vermeden.¹⁰³ Wellicht kan de ratio achter deze voorkeur nog steeds adequaat worden getypeerd in de vaak geciteerde woorden van Melai: "Afgezien van de onwenselijkheid van (...) vertraging met het oog op de functie van het strafproces en de uiteenlopende daarbij betrokken belangen, dient desintegratie van het onderzoek vooral ook te worden vermeden met het oog op de deugdelijkheid van de in de art. 348 en 350 Sv van de rechter gevorderde beslissingen, die op grond van de genoemde bepalingen dienen te worden gewezen naar aanleiding van het – in het bewustzijn van de rechter liefst niet verbleekte – onderzoek op de terechtzitting."¹⁰⁴

Niettemin is deze accentuering van een concentratiebeginsel recentelijk een aantal malen vanuit het oogpunt van waarheidsvinding ter discussie gesteld. Ik noem de twee voornaamste gronden die zijn aangevoerd om in bepaalde omstandigheden een twee fasenproces in te voeren. Ten eerste is er het probleem van de forensische rapportage bij ontkennende verdachten. Als iemand wordt verdacht van een ernstig delict en hij ontkent de beschuldiging, zal hij vaak ook weigeren om mee te werken aan psychologisch of psychiatrisch onderzoek. Dan dreigt de situatie dat de rechter bij het nemen van de beslissing omtrent de op te leggen straf domweg over te weinig betrouwbare informatie beschikt. Dat risico zou kunnen worden weggenomen door in voorkomende gevallen na een deelbeslissing omtrent het bewijs van de telastelegging een tweede fase in te lassen waarin de geestvermogens van de verdachte alsnog kunnen worden onderzocht voordat een passende straf of maatregel wordt opgelegd. De tweede situatie waarvoor wel een twee fasenproces is bepleit komt voort uit de meer prominente plaats die het slachtoffer gedurende de laatste decennia binnen de strafrechtelijke procedure is gaan innemen. Opnieuw wordt vooral in gevallen

101. Bijvoorbeeld door het aantal aanhoudingen zoveel mogelijk terug te dringen – dit wordt bevorderd door regiezittingen etc. Vgl. art. 277 Sv. Zie ook Robroek 2011.

102. In het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* wordt bijvoorbeeld voorgesteld de beslissing omtrent de voordeelsontneming zoveel mogelijk gevoegd met de hoofdzaak af te doen (en dus zo min mogelijk gebruik te maken van de aparte procedure van art. 511b e.v. Sv). Zie Harteveld 2004, p. 487 e.v., waarin als systeemkenmerk voorop wordt gesteld: concentratie in de vervolging.

103. Zie over de technisch-juridische complicaties o.a. HR 28 juni 1983, *NJ* 1984, 10.

104. Melai in de annotatie onder HR 14 mei 1974, *NJ* 1974, 468.

van ontkennende verdachten gesteld dat het ongemakkelijk kan zijn voor de verdediging om serieus verweer te voeren tegen een vordering tot schadevergoeding van de gelaeddeerde. En dit probleem zou nog groter zijn geworden na de invoering van het spreekrecht ter zitting voor het slachtoffer sedert 2005. Ook hier wordt dan door sommigen een oplossing gezocht in de splitsing van de procedure: het slachtoffer zou pas echt in beeld moeten komen nadat de schuld van de verdachte min of meer definitief is vastgesteld.

In het voorbijgaan signaleer ik dat een andere vorm van mogelijke vermenging van verschillende beslissingen in Nederland (nog) niet tot kritische beschouwingen heeft geleid. Ik doel op de vigerende praktijk waarin de strafrechtelijke antecedenten van de verdachte steeds tijdens de terechtzitting ter sprake worden gebracht. In veel andere landen wordt dit ongepast geacht. Daar is men van oordeel dat de 'documentatie' pas ter sprake kan komen in het kader van de fase van de straftoemeting en nooit mag interfereren in het bewijsoordeel van de beslissende instantie.¹⁰⁵ Zoals gezegd wordt daar in Nederland anders over gedacht. En naar mijn oordeel terecht. Als er in een zaak bewijsmiddelen zijn die verschillende richtingen opwijzen, kan kennis van een groot aantal voorveroordelingen of vrijspraken wegens soortgelijke delicten onder omstandigheden een bijdrage leveren aan het vormen van de overtuiging van de rechter omtrent schuld of onschuld van de verdachte.

Ik heb zojuist gezegd dat voorstellen tot het (incidenteel) invoeren van een twee fasenproces de laatste tijd zijn ingegeven door overwegingen die met waarheidsvinding te maken hebben. Dat is lange tijd anders geweest. De vraag naar de wenselijkheid van enige vorm van een twee fasenproces is al oud. Het is interessant om kort terug te kijken en te zien dat het pleidooi voor dit fenomeen in verschillende tijdvakken door totaal verschillende principiële overwegingen werd ondersteund.

De eerste keer dat deze gedachte opkwam was aan het eind van de 19^e eeuw. Destijds was de zogenoemde 'moderne richting' in het strafrecht terrein aan het winnen.¹⁰⁶ Anders dan in het 'klassieke strafrecht' meende men binnen deze stroming dat misdadigers niet uit vrije wil voor een crimineel pad kozen, maar dat ze door endogene en/of exogene factoren min of meer tot hun daden werden gedetermineerd. Daarbij paste volgens velen een indeling in onverbeterlijke gewoontemisdadigers (die onschadelijk moesten worden gemaakt), gewoontemisdadigers die nog vatbaar zijn voor verbetering (resocialisatie als doel van de straf) en gelegenheidsmisdadigers (met afschrikking als doel van de straf). Waar het om gaat is dat in de

105. Die afscherming vindt vooral plaats in landen die het bewijsoordeel laten bepalen door een jury.

106. Zie daaromtrent het overzichtswerk Groenhuijsen & Van der Landen 1990.

ze visie de rechter een veel grotere discretionaire beslissingsruimte moet krijgen dan in het klassieke strafrecht als het gaat om het bepalen van een passende straf. Een van de aanvoorders van de moderne richting, G.A. van Hamel, meende dat dit consequenties moest hebben voor de te volgen procedure. In geval van gewoontemisdadigers zou een gewoon strafproces niet toereikend zijn om de rechter voldoende gegevens te verschaffen. Daarom zou de rechter eerst moeten oordelen over de schuldvraag. Na een bewezenverklaring zou een periode moeten volgen waarin informatie omtrent de gewoontemisdadiger kon worden ingewonnen. Dan zou een speciaal daartoe aangewezen ander rechtscollege de beslissing over de op te leggen sanctie moeten nemen. In deze procedure zouden de rapporteurs de gelegenheid moeten krijgen om hun bevindingen mondeling toe te lichten.¹⁰⁷ In het algemeen kan worden gezegd dat ongeveer tot 1915 voorstellen die een splitsing van het strafproces beogen meestal betrekking hadden op speciale groepen delinquenten, met name gewoontemisdadigers en psychopaten.

Daarna werden dit soort voorstellen vaak meer algemeen van aard. Ik noem bij wijze van voorbeeld de rectorale rede van J. Simon van der Aa uit 1918.¹⁰⁸ Hij bepleitte met het oog op de individualisering van de straf een splitsing van de terechtzitting. Na bewezenverklaring zou een afzonderlijke instantie, achter gesloten deuren, de straftoemeting moeten bepalen. Dat zou de rechter beter in staat stellen de persoonlijkheid van de verdachte te leren kennen. De besloten omgeving zou een sfeer van vertrouwelijkheid scheppen waarin de verdachte eerder bereid is om over zichzelf en over zijn levensomstandigheden te spreken. Dat zou het ook derden makkelijker maken om te getuigen over de persoon en het leven van de verdachte. Overigens vond Simon van der Aa dat deze procedure alleen in zwaardere zaken moet worden gevolgd. Als slechts een licht delict is begaan, ontbreekt de aanleiding tot individualiserende strafoplegging en heeft de straf alleen een waarschuwendende functie.

Zo ongeveer vanaf 1930 wordt het een hele tijd stil rond de splitsingsgedachte. Na de oorlog wordt het thema opnieuw in enkele kortere bijdragen ter hand genomen. Vrij meende dat een openbare behandeling van rapporten over de persoon van de verdachte schadelijk zou zijn en ook onnodig, omdat anders dan de bewijsbeslissing de straftoemeting geen controle door het volk zou vereisen.¹⁰⁹ Van Veen plaatste een ander argument voorop, dat meer op de onschuldpresumptie is geënt: "rapportage over de verdachte en

107. Zie Van Hamel 1894 p. 349; Van Hamel 1912, p. 612. Zie voor de context van deze ideeën ook Klaasse 1963, m.n. p. 14-18.

108. Simon van der Aa 1918. Van dezelfde auteur: Simon van der Aa 1920, p. 208 e.v.

109. Vrij 1952, p. 242. De lezer van vandaag zal met enige verwondering kennis nemen van deze visie, nu er de afgelopen jaren zoveel tumult is geweest rond de (al dan niet veronderstelde) publieke onvrede met de hoogte van opgelegde straffen.

een psychiatrisch onderzoek van de verdachte, voordat de rechter van schuld overtuigd is, is nauwelijks te rijmen met de zorgvuldigheid, die ook de overheid ten aanzien van de persoon van een volgerechtigd burger betaamt.¹¹⁰

De meest systematische verhandeling over dit onderwerp is opgetekend in het proefschrift van Klaasse uit 1963. Niet toevallig is zij in Utrecht gepromoveerd, met Pompe als promotor. Het was de tijd van de Utrechtse School.¹¹¹ De verdachte is daarin niet zelden getypeerd als 'het in de versukkeling geraakte jongere broertje', dat weer op het goede pad moet worden geholpen. In dit referentiekader (dat wil zeggen: in deze tijdsgeest) bespreekt Klaasse de bezwaren tegen het bestaande ongesplitste strafproces.

Zij begint met een uitvoerige behandeling van het probleem van de geheel openbare behandeling van strafzaken. Hierin ziet zij een van de zwaarstwegende motieven in de reeks van voorstellen om het strafproces te splitsen.¹¹² Krantenberichten omtrent het voorlichtingsrapport merkt zij aan als "als het ware een tweede vonnis voor de verdachte". En over familieleden en buurtbewoners op de publieke tribune meldt ze dat dit voor veel verdachten vernederend is. Zij pleit derhalve voor een geheel of gedeeltelijk besloten behandeling van de zitting voor zover die betrekking heeft op de persoon van de verdachte en diens geestesgesteldheid. Het grote publiek zou dan via de motivering van het vonnis voldoende kennis kunnen krijgen van de persoonlijke factoren die de aard en de hoogte van de opgelegde straf hebben bepaald.¹¹³ Ten aanzien van die beslotenheid gaat ze niet over één nacht ijs. Ze onderzoekt of de Grondwet behandeling achter gesloten deuren toelaat teneinde de verdachten en derden in hun persoonlijk leven te ontzien. En ze doet in dit verband zelfs een beroep op art. 6 EVRM (n.b.: we praten over 1963!), voorzover dit inhoudt: "...the press and public may be excluded from all or part of the trial (...) where the (...) protection of the private lives of the parties so require..."¹¹⁴

Een tweede punt betreft de forensische rapportage. Zij beschouwt het als een probleem dat het maken van een voorlichtingsrapport veel tijd vergt, met als gevolg dat de verdachte langer in voorlopige hechtenis zal verblijven. Daar komt bij dat de verdachte in een psychiatrisch onderzoek zo ingrijpend wordt benaderd, dat de meest intieme facetten van zijn persoonlijkheid naar voren komen en worden vastgelegd. Ze betwijfelt of dit wel te rijmen is met de verdachte als een misschien schuldige, maar mis-

110. Van Veen 1958, p. 153 e.v.

111. Dat wil zeggen: de oorspronkelijk Utrechtse School van Pompe, Kempe en Baan. Zie daarover het klassieke opstel van Moedikko 1976. Het was trouwens ook de tijd van de stroming van de *Défense Sociale Nouvelle* van Marc Ancel e.s.

112. Klaasse 1963, p. 94.

113. Klaasse 1963, p. 101.

114. Klaasse 1963, p. 103-107.

schien ook onschuldige. Dergelijke inbreuken op de levenssfeer van de verdachte zijn volgens haar alleen mogelijk als tenminste voorlopig is vastgesteld dat de verdachte het hem telastegelegde feit heeft begaan.¹¹⁵

Als derde noemt zij het tegen de bestaande situatie geopperde bezwaar dat door middel van een splitsing van het strafproces kan worden bereikt dat de straftoemeting wordt opgedragen aan een geheel andere instantie, of aan de rechter na beraadslaging met de rapporteurs. Zo'n aparte instantie ziet ze niet zitten. Dat paste wel in het gedachtengoed van de Moderne Richting, maar inmiddels (de Utrechtse School!) wordt straftoemeting toch echt gezien als "rechtdoen".¹¹⁶ Ook de wenselijkheid van beraad met de rapporteurs leidt niet dwingend tot een splitsing van het proces. Binnen de bestaande procedure zou het wel degelijk mogelijk zijn de rapporteurs nauwer bij een deel van het strafproces te betrekken.¹¹⁷

Zo komt de auteur tot de conclusie dat een splitsing van het eindonderzoek op de meest bevredigende wijze kan worden verwezenlijkt wanneer de vraag naar de toerekenbaarheid en de op te leggen straf of maatregel wordt behandeld in een tweede, niet openbare fase, nadat de eerste fase is afgesloten met een uitspraak over de schuld. Klaasse ziet in dat dit een revolutionair voorstel is. Zij beveelt daarom een geleidelijke verandering aan. Men zou moeten beginnen met de mogelijkheid om het gedeelte van de zitting waarin de rapportages worden behandeld, achter gesloten deuren te houden.¹¹⁸

Na een periode waarin het vraagstuk meer in de marge werd besproken¹¹⁹, is het in het afgelopen decennium weer prominenter geworden, en, zoals gezegd, ditmaal meer (of: meer expliciet) geplaatst in het perspectief van de waarheidsvinding.

Duker heeft bijvoorbeeld verdedigd dat er goede argumenten zijn om – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – *de straftoemeting op te schorten*.¹²⁰ Dit kan een niet vooringenomen oordeelsvorming van de rechter dienen, bijvoorbeeld wanneer deze zich bij de beantwoording van de bewijsvraag niet wil laten beïnvloeden door de verklaring die het slachtoffer ter terechtzitting aflegt. Schorsing van strafoplegging kan ook nuttig zijn om gedragsdeskundigen in te schakelen bij een vóór de veroordeling ontkennende verdachte; om na te gaan of een bepaalde taakstraf of een

115. Klaasse 1963, p. 107-108.

116. Klaasse 1963, p. 110.

117. Klaasse 1963, p. 110-111.

118. Klaasse 1963, p. 113-126.

119. Zie o.a. Hofnagels 1970, p. 47 e.v. (pleidooi voor splitsing); Stolwijk 1976 (pleidooi voor *proefnemingen* met een procedure die gaat in de richting van een twee fasenproces); en een verdeeld advies van de Commissie Partiele Herziening strafvordering (Commissie Duk), *Invoering Twee fasenproces*, 's-Gravenhage 1978, p. 6 (meerderheid tegen invoering twee fasenproces).

120. Duker 2003, p. 196-199, ook voor het direct navolgende.

bepaalde detentie ten uitvoer zou kunnen worden gelegd; om te bezien of een toegezogde schadevergoeding aan het slachtoffer ook echt is betaald; en om zoveel mogelijk de strafoplegging te laten samenvallen met de ont-nemingsprocedure. Duker wijst er op dat de Hoge Raad het opschorten van strafoplegging niet principieel afwijst, mits dezelfde strafkamer optreedt.¹²¹ Zouden het OM en de rechterlijke macht hierdoor overbelast raken? Duker: "Nu is het beslag op de capaciteit van die organen in ieder geval door de rechter beperkt te houden door de mogelijkheid van opschorting zoveel mogelijk te beperken tot die zaken waarin de verdediging daarom verzoekt. De rechter zou dat verzoek bovendien kunnen afwijzen als hij beargumenteert dat de verdediging niet in haar verdedigingsbelang is geschaad als er geen afzonderlijke procedure plaatsvindt."¹²²

Franken en De Roos hebben gewezen op het gevaar dat forensische rapportages op een oneigenlijke wijze het bewijsoordeel door de rechter kunnen beïnvloeden. Volgens Franken is het "rijkelijk naïef" om te veronderstellen dat de inhoud van een gedragskundig rapport niet zou doorwerken in de oordeelsvorming van de rechter met betrekking tot de waarheidsvinding.¹²³ Dit kan worden voorkomen door het invoeren van een twee fasen-proces. Ook De Roos meent dat de inhoud van een rapport een rol kan spelen bij de overtuiging van de rechter, ook al wordt het rapport niet als bewijsmiddel gebruikt ter ondersteuning van de bewezenverklaring.^{124,125}

Waar toe leidt dit alles nu? De gedachte om de strafoplegging over te laten aan een andere, gespecialiseerde, instantie dan de rechter die de bewezenverklaring heeft uitgesproken kan op vrij eenvoudige gronden van de hand worden gewezen. Dit idee, dat destijds wel paste bij de dogmatische uitgangspunten van de Moderne Richting, heeft thans geen enkel draagvlak meer. Tegenwoordig wordt de samenhang tussen de verschillende in art. 348 en 350 Sv genoemde beslissingen algemeen onderkend en in dit opzicht doorslaggevend geacht.

Zou over de strafoplegging – als regel – achter gesloten deuren moeten worden geprocedeerd, zoals door Klaasse werd voorgesteld? Ook deze suggestie is niet meer van deze tijd. We leven in een periode waarin de open-

121. Zie Duker 2003, p. 197.

122. Duker 2003, p. 198.

123. Franken 2005. Zie omtrent deze mogelijke contaminatie ook Oei 2005, p. 474. Vgl. ook HR 18 september 2007, NJ 2008, 192 m.nt. Y. Buruma, waarin werd beslist dat een 'vroeghulprapport' niet mag meewerken aan het bewijs.

124. De Roos 2006.

125. Deze visie wordt overigens weersproken door Beukers 2005, p. 492-493. Hij meent dat aan de rechter geen enkele relevante informatie omtrent de persoon van de verdachte mag worden onthouden. En aan de deskundige kan best worden toevertrouwd dat hij cirkelredeneringen weet te onderkennen en vermijden. Daarmee bedoelt hij de valkuil dat het ten laste gelegde delict mede de diagnose bepaalt waarna de rechter uit die diagnose de overtuiging put dat de verdachte het delict daadwerkelijk heeft begaan.

baarheid van procedures juist in belang is toegenomen. Als voorbeeld noem ik de ontwikkeling in de raadkamerprocedures, die vroeger altijd besloten waren en nu vaker openbaar zijn.¹²⁶ Dat de strafbepalende factoren tijdens de openbare terechtzitting worden besproken moge voor de verdachte soms pijnlijk zijn, maar dat is in het huidige tijdsgewricht zeker geen dwingende reden om dan als regel aan sluiting van de deuren te denken. Het voorstel van Klaasse op dit punt is ook daarom verwonderlijk te noemen, omdat zij aanbeveelt diezelfde strafbepalende omstandigheden wel expliciet in de motivering van het vonnis te vermelden.

Ten aanzien van de ontneming van wederrechtelijk genoten voordeel is een meer gehanteerde benadering gewenst. In beginsel verdient het aanbeveling om de beslissing daaromtrent te laten samen vallen met die over de andere onderdelen van de op te leggen straf en maatregel. Maar in zeer bijzondere situaties kan het vaststellen van de omvang van het genoten voordeel dermate tijdrovend zijn dat het belang van het bijeen houden van de zaak niet meer opweegt tegen het belang van het verkrijgen van een rechterlijk oordeel binnen een redelijke termijn. Ik steun daarom nog steeds het in het begin van deze paragraaf voetnootsgewijs vermelde standpunt van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, om de aparte procedure van art. 511b Sv te behouden, maar slechts in uitzonderlijke omstandigheden te gebruiken.

Dan de rapportage bij ontkennende verdachten. Dit is de enige situatie waarin naar mijn oordeel een – materieel bezien – twee fasenproces vanuit het gezichtspunt van de waarheidsvinding belangrijke winst kan opleveren en daarom aanbeveling verdient. Winst in twee opzichten. Met Franken en De Roos meen ik dat een ontkennende verdachte die desondanks meewerkt aan psychologisch of psychiatrisch onderzoek daardoor risico's loopt dat de rechter de rapportage pro justitia ten onrechte laat meewegen in zijn bewijsbeslissing. De verylechting van gedragskundige diagnose en rechterlijke overtuiging vormt inderdaad een valkuil die moet worden vermeden. Anderzijds biedt een tweede fase vanuit het oogpunt van waarheidsvinding voor de ontkennende verdachte voordelen omdat dan na een bewezenverklaring er alsnog observatie en rapportage kan plaatshebben die de rechter meer en betere feitelijke gegevens kan aanreiken die ten grondslag kunnen worden gelegd aan de beslissing omtrent de op te leggen sanctie.

Het moeilijkst te beoordelen is de situatie rond de nieuwe rechten van slachtoffers van misdrijven. Velen zeggen dat een ontkennende verdachte zich moeilijk kan verweren tegen een vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij, omdat hij door zo'n verweer te voeren een onsympathieke indruk op de rechter zou kunnen maken, hetgeen tegen hem zou

¹²⁶ Zie art. 22 Sv. Hier is onmiskenbaar de invloed van art. 6 EVRM waarneembaar: de openbaarheid wordt thans meer gezien als een verdedigingsrecht.

kunnen werken bij de strafoplegging.¹²⁷ Daarnaast wordt betoogd dat het optreden van het slachtoffer dat gebruik maakt van het spreekrecht ter terechtzitting prematuur is – en ten onrechte in het nadeel van de verdachte kan werken – omdat nog helemaal niet vast staat of de verdachte wel de schuldige is.¹²⁸

Ik onderken dat deze bezwaren vanuit het oogpunt van waarheidsvinding niet geheel ongegrond zijn.¹²⁹ Toch denk ik dat het geldende recht op dit punt dient te worden gehandhaafd. En wel om de volgende redenen. Ten eerste zijn de genoemde knelpunten niet erg zwaarwegend. Voor zover het gaat om het spreekrecht is van belang dat als de verdediging vindt dat er onwaarheden worden gezegd of dat de zaak wordt overdreven, het slachtoffer alsnog in de hoedanigheid van getuige – onder ede – kan worden ondervraagd. Daarnaast is uit internationaal empirisch onderzoek gebleken dat er nergens een rechtstreeks verband is aangetoond tussen het uitoefenen van het spreekrecht door het slachtoffer enerzijds en een opwaartse druk op de straftoemeting anderzijds.¹³⁰ Ten aanzien van de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij geldt dat iedere rechter er begrip voor zal hebben dat een ontkennende verdachte niet zal instemmen met het betalen van schadevergoeding. De beslissing omtrent de bewijsbaarheid van het telastgelegde feit zal dan vaak mede het lot bepalen van de vordering van de benadeelde partij. Tenzij die vordering onvoldoende is onderbouwd of – in het licht van het verweer van de verdediging – dermate ingewikkeld is dat een grondig onderzoek naar de gegrondheid daarvan een onevenredige belasting voor het strafgeding zou vormen (art. 361 lid 3 Sv).

Zelfs als aan de nieuwe positie van slachtoffers uit het oogpunt van waarheidsvinding enig nadeel verbonden is, moet dat niettemin gerechtvaardigd worden geacht, gelet op andere, zwaarwegender belangen die hier op het

127. Vgl. Korthals Altes 2011, p. 74-75: "Het optreden van een "slachtoffer" kan tot onverkwikkelijke en voor de rechter niet altijd even gemakkelijk te hanteren situaties leiden als een verdachte ontkenkt."

128. Zie laatstelijk nog Spronken 2011, p. 2011. Ik teken aan dat haar betoog betrekking heeft op de strafzaak tegen Robert M., waarin vele tientallen slachtoffers een rol spelen. Ik ben van oordeel dat alle voorzieningen op dit terrein een totaal andere betekenis hebben wanneer er heel grote aantallen slachtoffers zijn getroffen dan wanneer het gaat om een één op één zaak. Zie daarover uitvoeriger HR 18 april 2006, NJ 2007, 295, waarin extreme grote groepen mensen waren gedupeerd door financiële criminaliteit. Het lijkt me onvermijdelijk om participatierechten in dergelijke situaties met het oog op een goede procesorde te beperken.

129. Om die reden heeft de onderzoeksgroep *Strafvordering 2001* aanbevolen ook voor deze zaken een twee fasenbehandeling mogelijk te maken. Uit het navolgende zal blijken waarom ik sedertdien van oordeel ben veranderd.

130. Zie o.a. de uitvoerige bibliografie die is opgenomen in Lens, Pemberton, & Groenhuijsen 2010, p. 91-94.

spel staan.¹³¹ Dat zijn er twee. Ten eerste is er het strafvorderlijke onschuldvermoeden. De *presumptio innocentiae* brengt met zich mee dat een verdachte juridisch voor onschuldig moet worden gehouden totdat hij bij rechterlijk gewijsde schuldig is bevonden. Daar valt niets op af te dingen. Maar het is een ernstige denkfout om hieruit spiegelbeeldig af te leiden dat een slachtoffer pas de status van slachtoffer krijgt dóór zo'n (onherroepelijke) veroordeling van de dader. Met andere woorden: uit het onschuldvermoeden volgt allerm minst dat het slachtoffer als een soort 'vermoedelijk slachtoffer' moet worden beschouwd totdat er een bewezenverklaring is.¹³² Het tweede belang dat hier zwaar moet wegen sluit rechtstreeks aan bij de opmerkingen over het onschuldvermoeden. Het betreft het zowel nationaal als internationaal verankerde basisrecht van slachtoffers om gedurende de strafrechtelijke procedure met respect voor persoonlijke waardigheid te worden bejegend. In Nederland is dit recht neergelegd in art. 51a lid 2 Sv en art. 288a lid 2 Sv. Op Europees niveau is in het betreffende Kaderbesluit voorgeschreven dat iedere lidstaat "shall continue to make every effort to ensure that victims are treated with due respect for their dignity...".¹³³ Waar het nu om gaat is dat het slachtoffer in alle fasen van het geding met respect moet worden bejegend. Het tegendeel zou gebeuren als de slachtofferrechten pas in volle omvang zouden kunnen worden uitgeoefend nadat er een bewezenverklaring is uitgesproken. Dat zou feitelijk inhouden dat het slachtoffer tot dat moment zonder enige vorm van erkenning wordt bejegend. Dat is in strijd met de basisnormen die gedurende de afgelopen decennia langzaam vrijwel algemeen zijn aanvaard.¹³⁴ Daarom dus toch maar geen twee fasenproces op dit terrein.

131. In paragraaf 2 hierboven is al uiteengezet dat binnen de strafvordering verschillende andere belangen worden erkend die onder omstandigheden met zich meebrengen dat het systeem bewust aanvaardt dat aan waarheidsvinding niet steeds in volle omvang prioriteit kan worden gegeven.

132. Zie hieromtrent reeds Brienen & Hoegen 2000, p. 30: "... if the presumption of being a 'non-victim' is being used, it does not advance the interests of the victim. On the contrary, it prevents him from effectively exercising the defence of his rights, and has a definite detrimental effect on his position in the pre-trial and trial stages. For this very reason, the analogy with the defendant's status of a 'non-offender' until proven otherwise should not be followed with respect to the victim of crime. A person who reports to the authorities and claims to be a victim should be presumed as such until proven otherwise in order to safeguard his legal rights." (mijn curs; MG) De kwestie kwam ook expliciet aan de orde tijdens de parlementaire behandeling van de Wet versterking rechtspositie slachtoffers; zie *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30143, D, p. 1 e.v.

133. Art. 2 van de Framework Decision on the Standing of Victims in Criminal Proceedings (2001/220/JHA), maart 2001.

134. Zie omtrent deze netelige problemen ook Van der Aa & Okur 2011.

5. Van negatief-wettelijk naar een vrij bewijsstelsel; plus: motivering van de bewijsbeslissing

Bewijzen is de meest krachtige vorm van waarheidsvinding. Het bewijsrecht is er inhoudelijk op gericht om tot maximaal betrouwbare kennis te kunnen komen die de bewijsbeslissing kan dragen.¹³⁵ Dat bewijsrecht omvat in hoofdzaak drie onderdelen. Het bepaalt welke kenbronnen de rechter mag gebruiken bij het vormen van zijn overtuiging omtrent de juistheid (de waarheid) van de beschuldigende bewering die in de telastelegging is gedaan. Het geeft voorts voorschriften die de kwaliteit – de betrouwbaarheid – van die kenbronnen moeten waarborgen. En ten slotte bevat het aanwijzingen omtrent de minimale hoeveelheid kenbronnen die door de rechter moeten worden gebruikt om tot een positieve bewijsbeslissing te kunnen komen. Over alle drie de onderwerpen maak ik enkele opmerkingen, maar het accent ligt duidelijk op het eerstgenoemde. Ik voeg daaraan direct toe dat naar mijn oordeel de inhoud van het bewijsrecht en de praktische betekenis daarvan niet los kunnen worden gezien van de wijze waarop de rechter in zijn vonnis verantwoording aflegt van de bewijsbeslissing die hij neemt. Daarom zal in deze paragraaf ook royaal aandacht worden besteed aan het vraagstuk van de motivering van de bewezenverklaring.

Ik licht nog kort toe *waarom* het belangrijk is om het bewijsrecht te bespreken in combinatie met motiveringsvraagstukken. De verbindende schakel tussen beide onderwerpen wordt gevormd door de centrale vraag in dit preadvies: hoe wordt de waarheidsvinding geoptimaliseerd en wie dragen daaraan bij? Welnu, één van de grote motoren achter de waarheidsvinding is de discussie. Het kritische debat. De tegenspraak binnen het strafgeding. Daarom is het zo van belang dat de procespartijen – en natuurlijk vooral de verdediging – de ruimte krijgen om tegenspel te bieden, om alternatieve scenario's voor te stellen. Die tegenspraak heeft natuurlijk vooral zin als er ook een inhoudelijk antwoord van de kant van de rechter komt. Dat antwoord kan alleen het substraat van de motivering zijn.

Het eerste onderwerp betreft de wettelijke opsomming van de bronnen waaraan de rechter kennis mag ontleenen.¹³⁶ Die opsomming is nu limitatief (art. 339 Sv), waardoor we thans beschikken over een negatief-wettelijk bewijsstelsel. In het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* is, mijns inziens op overtuigende gronden, voorgesteld om dat uitgangspunt te verlaten en te komen tot een vrij bewijsstelsel. Zo'n stelsel is beter dan het huidige, omdat het in beginsel alle kennis toelaatbaar maakt waaraan betrouwbare informatie kan worden ontleend. Het bewijsrecht strekt er dan toe om

135. Het navolgende bouwt in onderdelen voort op Simmelink 2001, p. 397 e.v. (zie ook Groenhuijsen & Knigge (red.) 1999 p. 50-52); en op mijn bijdrage Groenhuijsen 2004.

136. Vgl. ook Nijboer 1982(a).

inhoudelijke en procedurele eisen te formuleren die moeten worden gesteld aan iedere vorm van kennis die in het geding wordt gebracht, onafhankelijk van de vraag aan welke bron die kennis is ontsproten.¹³⁷

Het nieuwe uitgangspunt zou dus moeten zijn dat geen bronnen van betrouwbare kennis op voorhand kunnen worden uitgesloten. Op dit vertrekpunt moeten slechts uitzonderingen worden aanvaard voorzover die voortvloeien uit andere beginselen van strafprocesrecht. Ik noem er drie, die berusten op de procespositie van de kernspelers in het geding.¹³⁸ Ten eerste kan de verklaring van de medeverdachte niet als bewijsmiddel dienen, voorzover de verdediging ter zitting gebruik wenst te maken van het ondervragingsrecht.¹³⁹ Daarnaast – dus ten tweede en derde – mogen noch de uitslatingen van de raadsman van de verdachte noch die van de officier van justitie als kenbron ten behoeve van de rechterlijke bewijsbeslissing worden gebruikt. Het is evident dat zulks in strijd zou zijn met de onderscheiden belangen die deze professionele deelhebbers aan het strafgeding moeten bewaken.

Een vrij bewijsstelsel is goed verenigbaar met diverse andere wettelijk vastgelegde (c.q. vast te leggen) waarborgen die ondergrenzen markeren van als voldoende betrouwbaar te aanvaarden kennis. Zo wordt binnen het project *Strafvordering 2001* vastgehouden aan het klassieke bewijsminimum dat een bewezenverklaring alleen tot stand kan komen indien de telastelègging wordt bevestigd door tenminste twee – onderling onafhankelijke – kenbronnen.¹⁴⁰ Anderzijds gaat het te ver om sommige kenbron-

137. Zie over de indeling van bewijsstelsels Nijboer 1982(b), p. 53 e.v., die er in aant. 32 op art. 338-344 Sv al op wijst dat een vrij bewijsstelsel met specifieke motiveringsplichten voor de rechter niet ver afstaat van het bestaande negatief-wettelijke stelsel. Nog relativerender is Nijboer in Nijboer 2004. En in de jongste druk van zijn standaardwerk op dit terrein meldt hij dat de term 'vrij' in 'vrij bewijsstelsel' om drie redenen misleidend kan zijn. Zie Nijboer 2011, p. 41. Ik meen dat in de in de hoofdttekst voorgestelde versie de mogelijkheid van een misleidend voorstelling van zaken is uitgesloten.

138. Zie Simmelink 1999 en Kobijmans 2011(c).

139. Het onderzoek wordt immers schimmig als één persoon ter zitting onverenigbare rollen moet gaan vervullen: die van beschuldigde (waarbij past dat de betrokkene in volle omvang voor zijn eigen belangen moet kunnen opkomen) en die van informatieverstrekker ten laste van een ander, waarbij zowel de verdediging als de rechter moet kunnen waken voor het algemene belang van optimale waarheidsvinding. Worden uitslatingen van de (materiële) medeverdachte als onmisbaar beschouwd voor het achterhalen van de waarheid, dan zal de berechting van verdachte en medeverdachte in afgesplitste zaken moeten plaatshebben.

140. Zie over dit vereiste van 'dubbele bevestiging' (o.a. uitgewerkt in de vigerende art. 341 lid 4 en 342 lid 3 Sv) Borst 1985, p. 24 e.v. Zie hierover ook de uitvoerige beschouwingen in De Wilde 2008. Overigens valt de technische vraag wanneer precies is voldaan aan de wettelijke bewijsminima buiten het bestek van mijn betoog. Ik volsta met de Hoge Raad te citeren in HR 26 januari 2010, *LJN* BK2094: "De vraag of aan dat bewijsminimum is voldaan laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval."

nen al op voorhand als een beetje suspect aan te merken, zoals onder het geldende recht bijvoorbeeld het geval is ten aanzien van verklaringen van anonieme getuigen en schriftelijke stukken. Hooguit zou de wet op deze punten een kaderregeling moeten bieden waarin bijvoorbeeld in algemene zin wordt bepaald hoe de rechter dient om te gaan met verklaringen van getuigen en deskundigen die door de verdediging niet ter terechtzitting konden worden ondervraagd. Daarnaast zou het belangrijkste onderdeel van een wettelijke regeling moeten bestaan uit een algemene plicht voor de rechter om de verwerping van gemotiveerde verweren met betrekking tot de betrouwbaarheid van beschikbare onderzoeksresultaten met redenen te omkleden.

Hiermee komen we tot de kern van de zaak: het verband tussen het nemen van een bewijsbeslissing en het verantwoorden daarvan in het vonnis. Ook hier is een korte historische terugblik op zijn plaats.

In 1925 schreef Simons naar aanleiding van de vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van 1926 het volgende: "Een vonnis, eenvoudig achtereenvolgens de gebezigde bewijsmiddelen opsommend met de bijvoeging, dat uit die bewijsmiddelen en de daaruit voortvloeiende aanwijzingen, alles in onderling verband, het bewijs is geleverd, zoals naar de leer van den Hoge Raad onder het vroegere recht was toegelaten, is niet meer geoorloofd."¹⁴¹ De hoge verwachtingen van Simons kwamen echter niet uit. Al in 1926 werd de inhoudelijke motivering van bewijsbeslissingen wederom sterk afgezwakt, omdat de Hoge Raad bij het aanduiden van de redengevende feiten en omstandigheden wederom genoegzaam met een nietszeggende standaardformule.¹⁴² Ook Taverne concludeert dat op deze wijze niet wordt voldaan aan de verwachtingen van de wetgever van 1926. Hij verbindt daaraan evenwel de aanbeveling om deze motiveringsregels dan maar af te schaffen, omdat betere vonnissen nu eenmaal niet door wettelijke voorschriften zijn af te dwingen.¹⁴³

Sindsdien geldt voorts de vaste jurisprudentie omtrent de rechterlijke vrijheid bij de selectie en waardering van de bewijsmiddelen: "het is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt om, binnen de door de wet getrokken grenzen, van het beschikbare bewijsmateriaal datgene tot het bewijs te bezigen wat hem uit een oogpunt van betrouwbaarheid daartoe dienstig voorkomt en datgene terzijde te stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht."¹⁴⁴ Die beslissing behoeft geen inhoudelijke motivering.

Zoals bekend is in de loop der jaren in de jurisprudentie van de Hoge Raad een aantal uitzonderingen aangenomen op het uitgangspunt dat de

141. Simons 1925, p. 238.

142. HR 29 november 1926, *NJ* 1927, p. 46. Zie ook De Wilde 2009, p. 563 e.v.

143. Taverne 1927, p. 262-263.

144. HR 1 januari 1985, *NJ* 1986, 161.

feitenrechter niet behoeft in te gaan op bewijsverweren. Het heeft weinig zin om al die uitzonderingen op detailniveau na te lopen. Vaak genoemde voorbeelden zijn de Meer en Vaart-jurisprudentie¹⁴⁵, het Dakdekkers-arrest¹⁴⁶, het Poppenspel-arrest¹⁴⁷, het arrest over de Orthopedische schoenmaker¹⁴⁸, en het arrest Anonieme getuige II.^{149,150}

Van groter – want principiële – belang was de invoering van de ‘Wet bekenkende verdachte’ in 2005, waarbij een tweede volzin werd toegevoegd aan art. 359 lid 2 Sv: “Het vonnis geeft, indien de beslissing afwijkt van door de verdachte dan wel door de officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, in het bijzonder de redenen op die daartoe hebben geleid”. Deze bepaling versterkt het dialoogkarakter van het strafgeding en draagt in zoverre per definitie bij aan het belang van materiële waarheidsvinding. Als een van de procespartijen een gefundeerde voorstelling van zaken geeft over de feitelijke toedracht, en de rechter deelt dat inzicht niet, zal hij moeten uitleggen waarom hij een ander oordeel is toegedaan. Bij de toepassing van dit uitgangspunt rijzen uiteraard nog heel wat vragen.

Wat moet worden verstaan onder een ‘uitdrukkelijk onderbouwd standpunt’? Deze vraag is beantwoord in het standaardarrest van de Hoge Raad van 11 april 2006.¹⁵¹ Volgens de cassatierechter moet het gaan om een standpunt dat “duidelijk, beargumenteerd, en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van de feitenrechter naar voren is gebracht”. Opmerkelijk is evenwel dat de Hoge Raad in het arrest apart constateert dat het nieuwe art. 359 lid 2 Sv ten gronde geen wijziging brengt in de vrijheid van de feitenrechter ten aanzien van de selectie en de waardering van het beschikbare bewijsmateriaal alsmede aan de keuze en weging van de factoren die van belang zijn voor de oplegging van de straf en/of maatregel (zie o.o. 3.8.1.). Slechts in een aantal gevallen zal de rechter die beslissing nader dienen te motiveren. Er zijn echter, aldus de Hoge Raad, voor de gevallen waarin nadere motivering is vereist geen algemene regels te geven. Reden hiervoor zijn de vele uiteenlopende situaties die

145. HR 1 februari 1972, *NJ* 1974, 450, omtrent niet door de inhoud van gebruikte bewijsmiddelen weerlegde verweren.

146. HR 16 februari 1982, *NJ* 1982, 411, waarin een bewijsverweer een ‘bedekt’ kwalificatieverweer is.

147. HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 748, waarin de gebruikte onderzoeksmethode gemotiveerd in twijfel is getrokken. Zie ook HR 14 maart 1989, *NJ* 1989, 747.

148. Ook wel de Helmondse carnavalsmoord genoemd, HR 27 januari 1998, *NJ* 1998, 404.

149. HR 25 september 1984, *NJ* 1985, 426.

150. Zie ook nog de wettelijke uitzondering in art. 360 Sv, waarin voorzien is in een extra motiveringsplicht als de rechter gebruik maakt van bijzondere categorieën getuigen (o.a. minderjarigen, bedreigde getuigen).

151. HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393 m.nt. Buruma (zie ook de fraaie conclusie van A-G Knigge voorafgaand aan het arrest), *AA* 2006, p. 748 m.nt. Borgers.

zich kunnen voordoen. Eén en ander zal afhangen van de aard van het aan de orde gestelde onderwerp en de inhoud en indringendheid van de aangevoerde argumenten.

Wat moeten we hier nu mee? Borgers is sceptisch. Enerzijds zegt hij dat er een vrijwel ongelimiteerde motiveringsplicht wordt toegevoegd aan een tot dan toe overwegend gesloten stelsel van afgebakende motiveringsplichten, zonder dat er blijk van wordt gegeven dat die verruiming ook daadwerkelijk wordt nagestreefd en zonder dat de consequenties daarvan voor de werklust van de rechter worden onderkend. Anderzijds stelt hij dat de nadere motivering reeds besloten kan liggen in de gebezigde bewijsmiddelen. Dat betekent dan eigenlijk dat waar voorheen de selectie en waardering geen motivering behoefde, thans die selectie en waardering als motivering kan gelden, zonder dat daarbij nog een nadere toelichting wordt gegeven.¹⁵²

Den Hartog meent juist dat een uitdrukkelijk op de selectie en waardering toegesneden standpunt slechts expliciet gemotiveerd van de hand kan worden gewezen. Zij beveelt in dat verband aan dat rechters deze verplichting ook serieus nemen en zich er niet vanaf mogen maken door middel van nietszeggende standaardmotiveringen.¹⁵³ De kwestie van de inhoudelijk lege standaardfrasen komt ook aan de orde in het proefschrift van Dreissen: "Bij gebrek aan inhoudelijke toetsing is echter de concrete invulling van de nadere motiveringsverplichting voor een groot deel overgelaten aan de feitenrechter. Indien gewenst, kan hij zijn toevlucht nemen tot standaardoverwegingen, die de toets in cassatie kunnen doorstaan. In dat geval is met het nieuwe artikel 359 lid 2 Sv en de uitbreiding van art. 360 Sv weinig gewonnen. Sterker nog: artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv legt de verantwoordelijkheid voor de nadere motivering volledig bij de procespartijen. Voor zover zij geen standpunten naar voren brengen of deze standpunten niet op een juiste wijze inkleden, kan de rechter geheel afzien van een nadere motivering. Daarmee lijkt de verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding in strafzaken in Nederland, althans de verantwoordelijkheid voor onderbouwing van het oordeel op dit punt, te worden afgeschoven op procespartijen."¹⁵⁴

Er zijn twee te onderscheiden kwesties aan de orde. De eerste betreft de vraag wie verantwoordelijk is voor de waarheidsvinding. Dat is een centraal thema binnen dit proadvies. Inmiddels is duidelijk dat de rechter uiteindelijk verantwoordelijkheid draagt voor de inhoud van de bewijsbeslissing. Maar hij wordt daarbij *geholpen* door de procespartijen. De dialoog

152. Borgers 2006, p. 748. Vgl. ook Borgers 2005, 146-147, waar de auteur suggereert dat het voor de hand ligt dat in de jurisprudentie een niet al te ruime uitleg aan het nieuwe art. 359 lid 2 Sv zal worden gegeven.

153. Den Hartog 2005, p. 229.

154. Dreissen 2007, p. 279.

die door het nieuwe art. 359 lid 2 Sv wordt bevorderd moet dus niet worden gezien als het afwentelen van verantwoordelijkheid op anderen dan de rechter, maar als een zinvolle manier om de *rechterlijke eindverantwoordelijkheid* voor waarheidsvinding meer inhoud te kunnen geven. Ik zie het dus als een kwaliteitsimpuls die de rechter steeds scherp moet houden. Een wettelijke aansporing om blijvend bedacht te zijn op de mogelijkheid dat de ware toedracht toch anders is dan de rechter aanvankelijk dacht. Dat is winst.

Maar of die winst ook echt kan worden geïncasseerd is afhankelijk van geheel andere factoren. Taverne schreef al – helaas terecht – dat betere vonnissen nu eenmaal niet door wettelijke voorschriften zijn af te dwingen. Dat is zo. Ook Den Hartog en Dreissen zien terecht de *mogelijkheid* van nietszeggende standaardoverwegingen onder ogen. Wat mij betreft is het belangrijk dat deze kwestie niet wordt gereduceerd tot een vraagstuk van cassatietechniek.¹⁵⁵ Inderdaad, bij vrijwel iedere wettelijke regeling zal het uiteindelijk *mogelijk* zijn om een zaak met standaardoverwegingen af te doen. Volgens mij gaat het hier vooral om de houding, de taakopvatting van de rechter. Het gaat om de bereidheid van de rechter om in de zaken waarin het er werkelijk op aan komt¹⁵⁶ echt verantwoording af te leggen omtrent de gronden waarop de beslissing berust.¹⁵⁷ Ook in veel zaken die als ‘hard cases’ kunnen worden aangemerkt, is er voldoende wettig bewijsmateriaal voorhanden om een veroordeling te kunnen dragen. Waar het dan op aan komt is of de rechter in laatste instantie in toereikende mate overtuigd is door de inhoud van dit materiaal, of dat de ontkenning van de verdachte zodanige twijfel in stand houdt dat een bewezenverklaring uitgesloten is.

155. Naar mijn mening gebeurt dit in de wetenschap en in de praktijk te vaak. Schrijvers leiden motiveringsvereisten nogal eens af uit arresten van de Hoge Raad; en feitenrechters richten hun uitspraak in om ‘cassatie-proof’ te zijn. Buruma 2011, p. 30 zegt het mooi: “Een wetenschappelijk artikel kan sterk zijn als vier van de vijf argumenten hout snijden; een arrest wordt vernietigd als een van de vijf argumenten geen hout snijdt. Elke zin te veel maakt kwetsbaar. De motivering in termen van verankering van het bewijsmateriaal is daarom in uw en mijn ogen soms akelig dun.”

156. De ‘qualifier’ is bewust ingebouwd. Zie de subtiële aanwijzingen van Buruma in de noot onder *NJ* 2006, 393: “Het dilemma bestond erin dat uitbreiding van de motiveringsverplichtingen lastig te verwezenlijken is zonder het hele op efficiënte gerichte systeem ondersteboven te halen (door bijvoorbeeld standaard uitgebreide beschouwingen als die in de Mohammed B-zaak, de Hofstad-zaak of de zaak van gifgashandelaar Frans van A te eisen). Zulke doorwrochte vonnissen kunnen niet standaard worden geleverd in politierechterzittingen waarin 15-20 zaken op een ochtend worden afgehandeld. Juist als het gaat om vragen van ‘schuld en boete’ (bewijs en strafmaat) is een ‘beetje’ nadere toelichting – namelijk op punten die gemotiveerd zijn bestreden – op zich een goed compromis.”

157. Echt verantwoording afleggen betekent “van feitenrechters te eisen dat zij alle relevante feiten en omstandigheden in het vonnis vermelden en de onderliggende generalisaties expliciteren”, aldus Dreissen 2008, p. 373.

Vaak wordt, al dan niet stilzwijgend, aangenomen dat de beslissende stap in de rechterlijke oordeelsvorming afhankelijk is van imponderabilia. Het zou gaan om niet nader uit te leggen wegingsfactoren. Waarom geloof je de één wel en de ander niet? Met dit soort vragen wordt het bewijsoordeel niet zelden onttrokken aan een rationele verantwoordingsplicht. Naar mijn mening ten onrechte. De rechter die *bereid* is op dit terrein het achterste van zijn tong te laten zien, is daartoe doorgaans ook zeer wel in staat. Wat nodig is, is een verandering van mentaliteit, een zekere openheid om verantwoording af te leggen over de redenen van de genomen beslissing.

Ik geef één aan de eigen praktijk ontleend voorbeeld om dit punt te illustreren. Jaren geleden stond in eerste aanleg één verdachte terecht wegens, kort gezegd, inbraak en diefstal van geluidsapparatuur. De verdachte was verslaafd aan harddrugs en had – zoals dat dan gaat – een strafblad waarop vele, vele tientallen eerdere veroordelingen stonden wegens vermogensdelicten. De inbraak in een appartement van een flatgebouw zou hebben plaatsgehad door middel van een valse sleutel: het inferieure hang- en sluitwerk was opengemaakt met een creditcard (in het jargon van de straat wordt dan gesproken over ‘flipperen’). In het dossier van de zaak waren interessante potentiële bewijsmiddelen te vinden. Naast de aangifte door de benadeelde was er een proces-verbaal waarin werd gerelateerd omtrent technisch bewijs. Op een wandcontactdoos in een hoek van de woonkamer waren de vingerafdrukken van de verdachte aangetroffen. Hierop aangesproken, gaf de ontkennende verdachte ter zitting een verklaring voor deze dactyloscopische sporen. In het betreffende flatgebouw is veel leegstand, zo zei hij, waarbij de energievoorziening vaak tijdelijk niet is onderbroken. Verslaafden uit de buurt weten dat, en zoeken dergelijke gelegenheden op om in de winter op een beschutte plek te kunnen ‘scoren’. Zij betreden de leegstaande flat met een ‘flipper’ en brengen dan een flauw schijnend lampje mee (bij de meesten van ons bekend als de 5 watts-lichtbron in groen of oranje die vroeger in kinderkamers werd gebruikt). De vingerafdrukken moeten zijn achtergebleven toen de verdachte op deze wijze zijn shot nam in de hoek van de kamer.

Naar geldend recht is er in deze situatie méér dan voldoende wettig bewijs om tot een veroordeling te komen (de aangifte, in samenhang met het technische bewijs en de verklaring van de verdachte waarin hij toegeeft op illegale wijze het desbetreffende pand binnen te zijn gegaan). Voldoende wettig bewijs leidt evenwel niet als vanzelfsprekend tot de overtuiging als bedoeld in art. 338 Sv. In de genoemde zaak zag de rechtbank diverse redenen voor twijfel omtrent de telastelegging. Zo speelde een rol dat de verdachte bij vrijwel alle eerdere veroordelingen placht te bekennen; hij gaf met nadruk aan dit als een erekwestie te beschouwen. In het verlengde hiervan viel op dat de verdachte door zijn ontkenning ook in het vooronderzoek langer van zijn vrijheid beroofd was geweest (‘onderzoeksbelang’) dan gebeurd zou zijn bij een bekentenis van dit qua ernst relatief

overzienbare delict. Hij stelde bewust deze consequentie van zijn proceshouding op de koop toe te hebben genomen. En er was een laatste factor die heeft bijgedragen aan de rechterlijke overtuiging. De rechtbank wist ambtshalve dat deze verdachte werkte volgens een vaste *modus operandi*. Als geroutineerd inbreker maakte hij vaak gebruik van zijn 'flipper' om heimelijk een woning binnen te dringen. Maar na het veiligstellen van de buit ging hij stevast altijd nog even terug, en vernielde hij een klein ruitje. Voor de verzekering!¹⁵⁸ De afwezigheid van braaksporen versterkte in dit geval de bij de rechter bestaande twijfel omtrent de juistheid van de telastelegging. De verdachte werd vrijgesproken.

Zijn het inderdaad *imponderabilia* die in dit soort situaties de doorslag geven? Dat is mijns inziens te sterk uitgedrukt. Rechters zijn in raadkamer vaak heel wel in staat om elkaar uit te leggen waarom zij de ene getuige wel geloven en de andere niet. Rechters hebben een vak – jawel: het is niet alléén een ambt – waarin zij professioneel gehouden zijn om onderscheid te kunnen maken tussen mensen die smoesjes debiteren, informanten die er omheen draaien, en zegslieden die zich stomweg vergissen. Dat is het dagelijkse werk. Een van de voordelen van de inzet van beroepsrechters is dan ook dat van hen kan en mag worden gevraagd dat zij inhoudelijk opheldering geven over de factoren die in hun bewijsredenering de doorslag hebben gegeven.

Om duidelijk te maken waar het springende punt ligt, geef ik nog een voorbeeld, ontleend aan de jurisprudentie.¹⁵⁹ In deze zaak stond de verdachte terecht op beschuldiging van onder andere verkrachting. Zoals gebruikelijk, was het belangrijkste belastende bewijsmiddel de verklaring van de aangeefster. De verdediging betwistte de geloofwaardigheid van deze verklaring en voerde daartoe niet minder dan vijf concrete argumenten aan. (1) Er is pas vier jaar nadat het feit gepleegd is en zeven jaar nadat de relatie tussen verdachte en slachtoffer is verbroken aangifte gedaan, zonder dat enige reden is aangevoerd voor deze lange vertraging. (2) Twee jaar na de periode waarin de verkrachting zou hebben plaatsgehad heeft de aangeefster samen met de verdachte – dus volgens haar met haar verkrachter – bij de ouders van het slachtoffer op de bank naar het voetbal EK 2004 gekeken. (3) Zij ging geregeld samen met de verdachte winkelen. (4) Zij zou door toedoen van de verdachte geen kinderen kunnen krijgen, maar ze is inmiddels van een baby bevallen. En (5) Zij zou door toedoen van de verdachte nooit meer een huis kunnen kopen, maar heeft inmiddels wel degelijk een huis in eigendom verworven. Zowel de A-G Vellinga als de Hoge Raad zagen hierin – begrijpelijkerwijze – een 'uitdrukkelijk onderbouwd standpunt' als bedoeld in art. 359 lid 2 Sv. Zij namen daarom geen

158. Het is immers zo sneu voor de benadeelde indien er geen braaksporen zijn.

159. HR 16 december 2008, *NJ* 2009, 29.

genoegen met de lapidaire mededeling in het bestreden arrest van het gerechtshof dat de voor het bewijs gebezigde verklaring van het slachtoffer, anders dan verdachtes raadsman heeft betoogd, geloof verdiende. De beslissing van de Hoge Raad is onmiskenbaar terecht. Maar waar het om gaat is dat zo'n situatie helemaal niet mag vóórkomen. Een gerechtshof dat het vak serieus neemt zou helemaal geen art. 359 lid 2 Sv en geen toezicht door de Hoge Raad nodig moeten hebben om meer werk te maken van de motivering van de bewijsbeslissing. In de raadkamer moesten de genoemde vijf argumenten toch uitvoerig zijn gewikt en gewogen. Een schriftelijk verslag van dat afwegingsproces in het arrest van het hof had dan bijgedragen aan zorgvuldige waarheidsvinding, zou het dialoogkarakter van het geding hebben bevorderd, en zou het communicatieve element van de rechtspraak hebben versterkt.

De hier aanbevolen werkwijze sluit aan bij een ontwikkeling die in 2004 in gang is gezet met het zogenoemde Promis-project. Promis staat voor 'project motiveringsverbetering in strafvonnissen'. Het doel van Promis is om bij een gelijkblijvende inzet van mensen en middelen te komen tot een betere bewijs- en strafmotivering en daarmee tot een betere communicatie tussen de strafrechter, betrokkenen en uiteindelijk de samenleving als geheel.¹⁶⁰ Sinds 30 maart 2004 werd het project uitgevoerd door de strafsectoren van de Rechtbanken Almelo, Arnhem, Utrecht, Zutphen en Zwolle en de strafsector van het Gerechtshof Arnhem. In het eindrapport stelt de toetsingscommissie dat de motiveringseisen die de Promis-werkwijze stelt, verder gaan dan de motiveringsvereisten die betrekking hebben op de hierboven besproken 'uitdrukkelijk onderbouwde standpunten' van art. 359 lid 2 Sv. Volgens Dreissen wordt in Promis hierdoor nadrukkelijk onderkend dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de waarheidsvinding en dat hij die ook tot uitdrukking moet brengen in het vonnis.¹⁶¹

In het vervolgproject Promis II werd de werkwijze op enkele punten aangepast. Uit de evaluatie van Promis I bleek namelijk dat het enkel verwijzen naar de vindplaats van de bewijsmiddelen niet als wenselijk werd ervaren.¹⁶² Daarom werd in Promis II geëist dat het vonnis een verkorte weergave van de inhoud van gebezigde bewijsmiddelen moet bevatten met een verwijzing naar de vindplaats. Alleen in gevallen van een bekende verdachte kan conform artikel 359 lid 3 Sv worden volstaan met een verwijzing naar de vindplaats. In het arrest HR 15 mei 2007, NJ 2007, 387 (Promis II-arrest) heeft de Hoge Raad voorts benadrukt dat de verwijzing naar de wettige bewijsmiddelen waaraan de redengevende feiten en om-

160. Project motiveringsverbetering in strafvonnissen, Eindrapport Pilot Promis 26 mei 2005, p. 3.

161. Dreissen 2008, p. 358.

162. Eindrapport Pilot Promis 26 mei 2005, p. 18-19.

standigheden zijn ontleend, zo nauwkeurig moet zijn dat kan worden beoordeeld of de bewezenverklaring in toereikende mate steunt op de inhoud van wettige bewijsmiddelen en of de samenvatting geen ongeoorloofde conclusies of niet redengevende onderdelen inhoudt dan wel of het bewijsmiddel niet is gedenuceerd. Het komt er op neer dat de feitenrechter er bij het hanteren van de Promis-werkwijze voor zal moeten zorgen dat de bronnen van het bewijs door de cassatierechter langs eenvoudige weg kunnen worden gevonden en dat zijn redeneerstappen voor de cassatierechter goed te volgen zijn.

Het lijkt mij nuttig enkele woorden te wijden aan het nut van de motiveringsplicht ter zake van de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal. Vanouds wordt onderscheiden tussen een explicatiefunctie, een controlefunctie en een inscherpingsfunctie.¹⁶³

Het is evident dat de explicatiefunctie beter tot zijn recht komt in de Promis-vonnissen. Het rechterlijk oordeel wordt immers beter inzichtelijk gemaakt voor de partijen en het publiek. Promis heeft de begrijpelijkheid verbeterd. Het vermijden van moeilijke en lange zinsconstructies en het feit dat het Promis-vonnis geen verkort vonnis is, hebben hier aan bijgedragen.

In zekere zin komt ook de controlefunctie beter tot zijn recht als de selectie en waardering van het bewijsmateriaal expliciet wordt gemotiveerd. De motivering maakt een scherp debat en beter toezicht in hoger beroep mogelijk.¹⁶⁴ Om te beginnen worden de procesdeelnemers door deze motivering beter in staat gesteld om te beoordelen of een rechtsmiddel dient te worden aangewend.¹⁶⁵ En als ze besluiten dat te doen, kunnen ze meer gerichte bezwaren tegen de bestreden uitspraak formuleren. Vervolgens kan de appelrechter de redenering van de eerste rechter beter toetsen op juistheid en volledigheid.

De grootste winst van het motiveren van de selectie en waardering van bewijsmiddelen zie ik evenwel bij de inscherpingsfunctie. Die functie houdt kort gezegd in dat de rechter door het uitschrijven van de gronden van zijn beslissing nog eens wordt gedwongen om voor zichzelf te bezien of het eigenlijk wel de juiste beslissing is. Zoals Corstens het formuleert: "Door te motiveren wordt de rechter scherper met de te beantwoorden vragen geconfronteerd dan wanneer hij mag volstaan met het weergeven van zijn conclusie."¹⁶⁶ Dreissen ziet vanuit dit gezichtspunt ook grote voorde-

163. Knigge 1980.

164. Het doel van deze controle is het bevorderen van de legaliteit en de eerlijkheid van het proces. Zie Buruma 2005, p. 74.

165. Misstanden als in IIR 26 juni 1984, NJ 1985, 136 m.nt. Th.W. van Veen blijven daardoor achterwege. Vgl. ook EHRM 16 december 1992, A252 (Hadjinastassiou tegen Griekenland).

166. Corstens 2005, p. 1733.

len verbonden aan de Promis-werkwijze. De Promis-werkwijze schrijft namelijk voor dat de bewijsconstructie aanstonds in het vonnis moet worden opgenomen. Dit heeft tot gevolg dat reeds bij de voorbereiding van de zaak de eventuele zwakke punten nadrukkelijker in kaart moeten worden gebracht, opdat die tijdens de zitting kunnen worden opgehelderd. Dit bevestigt volgens Dreissen het vermoeden dat de plicht tot motivering de kwaliteit van het onderzoek ter zitting en de oordeelsvorming van de rechter ten goede komt. Zij stelt: "Wie immers gedwongen wordt om zijn oordeel te onderbouwen doet er goed aan alle voor de onderbouwing relevante feiten te verzamelen. Daar komt bij dat de Promis-rechter niet alleen moet reageren op andersluidende standpunten van partijen, maar ook moet hij in meer gevallen in het vonnis kenbaar maken dat hij de bewijswaarde van het bewijs heeft onderzocht."¹⁶⁷ Ook Buruma wijst op het bijzondere belang hiervan. Zelfcontrole maakt de kans op vergissingen kleiner: "Motivering kan (...) als vorm van zelfcontrole voordelen ter ontdekking van materiële waarheid opleveren. De motivering heeft dan tot doel eraan bij te dragen dat het proces leidt tot een feitelijk en juridisch juiste uitspraak en tot de door de rechter gewenste straf: het doel is juistheid (of effectiviteit)."¹⁶⁸

Een toegift. In het voorafgaande is betoogd dat het raadzaam is om meer aandacht te besteden aan een inhoudelijke motivering van de bewijsbeslissing en de beslissing omtrent de op te leggen straf naarmate het gewicht van de zaak groter is. Deze visie vormt de uitdrukking van een algemener principe dat ten grondslag ligt aan het systeem van strafvordering. Om het wat scherp te zeggen: hoe zwaarder de zaak, hoe meer inspanningen gewenst en gerechtvaardigd zijn met het oog op een adequate vorm van waarheidsvinding.¹⁶⁹ Dit is logisch en terecht vanuit de onderliggende doelstelling van waarheidsvinding, zoals die al herhaaldelijk naar voren is gekomen.¹⁷⁰ Het gaat om het legitimeren van een punitief oordeel van de

167. Dreissen 2008, p. 362.

168. Buruma 2005, p. 76.

169. Zo ook de minister van justitie: "Het beslissingsschema van artikelen 348 en 350 dwingt echter niet in alle zaken tot een even intensieve speurtocht naar de materiële waarheid." *Kamerstukken II* 2003/04, 29 271, nr. 1, p. 9, ook aangehaald door Kooijmans 2011(c), p. 51.

170. De Wilde 2008, p. 292 ziet geen reden "waarom de waarheidsvinding bij minder ernstige zaken minder serieus genomen zou mogen worden". Hij kritiseert daarmee Feith 1910, p. 92, die had gesteld dat "het eenvoudig ondoenlijk zou zijn elk der honderdduizend overtredingen, die jaarlijks door onze kantongerechten worden berecht, door twee of meer getuigen te doen constateren." Mij lijkt het misleidend om te suggereren dat bij minder ernstige zaken de waarheidsvinding 'minder serieus' zou worden genomen. Het is een kwestie van dosering van inzetbare middelen, waarbij prioriteiten kunnen worden gesteld. En dan toch weer: wanneer een verdachte van een overtreding gemotiveerd stelt dat hij het niet heeft gedaan, moet met gepaste aandacht naar zo'n verweer worden gekeken.

rechter. Welnu, naarmate dit oordeel dieper ingrijpt in het leven van dege-
ne die daaraan wordt onderworpen, mag van het systeem méér worden ver-
wacht om in feitelijke zin de onderste steen boven te krijgen. Dit principe
doordringt alle fasen van de strafrechtelijke procedure. In heel zware zaken
is de politie-inzet aanmerkelijk groter dan bij delicten van geringe ernst.
Dat heeft directe implicaties voor de waarheidsvinding. In het project
Strafvordering 2001 is bepleit om ook de inrichting van het onderzoek ter
terechtzingt volgens dit algemene principe vorm te geven. In gevallen
waarin een jarenlange gevangenisstraf op het spel staat en de verdachte
ontkent de telastelegging, zou volgens de onderzoekers als uitgangspunt
moeten gelden dat alle getuigen die belastende informatie inbrengen ter
zitting moeten worden gehoord.¹⁷¹ Teneinde te waarborgen dat dit niet
alleen op papier verbeteringen oplevert, is bovendien voorgesteld om de
verdachte in die zaken *altijd* te voorzien van rechtsgeleerde bijstand en
altijd bij de uitspraak in een uitgewerkt en (dus) gemotiveerd vonnis te
voorzien, onafhankelijk van de vraag of er een rechtsmiddel wordt aange-
wend. Het verdient aanbeveling dat de wetgever deze aanbevelingen alsnog
overneemt.

6. De rol van deskundigen

In de inleidende paragraaf is al opgemerkt dat deskundigen grote invloed
kunnen hebben op de uitkomst van een strafzaak, en dat tegelijkertijd de
inbreng van deze specialisten de rechtspleging uiterst kwetsbaar kan
maken. Deze beide kanten van de medaille tekenen de ambivalente positie
van de deskundige in strafzaken: enerzijds de rots in de branding van de
waarheidsvinding, anderzijds de expert die juist door zijn bijzondere – en
daardoor niet altijd gemakkelijk op deugdelijkheid te toetsen – kennis ook
een gevaar kan vormen voor een juiste beslissing in de zaak.

Over de rol van de deskundige in strafzaken is de laatste jaren heel veel
geschreven. Ik zal dat allemaal niet gaan samenvatten. Vanuit het gezichts-
punt van adequate waarheidsvinding zijn mijns inziens twee vragen van
doorslaggevend belang. De eerste is: hoe komt de rechter (onderscheiden-
lijk, in het voorbereidend onderzoek, de politie of de officier van justitie)
tot de keuze van een capabele deskundige? En de tweede luidt: hoe kan de
rechter de deugdelijkheid van een deskundigenverslag beoordelen? Het is
duidelijk dat deze laatste vraag extra klemmend wordt wanneer er ver-
schillende deskundigen hebben gerapporteerd, met onderling onverenigba-
re bevindingen.

171. Zie de beschouwingen omtrent het 'eerste spoor' Groenhuijsen & Knigge (red.) 1999.
Zie over de combinatie van een vrij bewijsstelsel en een nadruk op het onmiddellijk-
heidsbeginsel ook reeds Garé 1996.

Het is pikant te noemen, dat deze wezenlijke vraagpunten tot voor kort in feite niet waren genormeerd in het Wetboek van Strafvordering. Dat leidde soms tot opzichtige aberraties¹⁷²; maar veel vaker had het gewoon een te hoge mate van onduidelijkheid tot gevolg. Voor een aanzienlijk deel is in deze lacune voorzien door de Wet deskundige in strafzaken.¹⁷³ Een nieuwe titel in het wetboek (art. 51i-51m Sv), aangevuld met een AMvB over deze materie, schept op een aantal punten duidelijkheid. Zo is thans wettelijk vastgelegd dat een deskundige specifieke of bijzondere kennis op een welbepaald terrein dient te hebben.¹⁷⁴ Er is een landelijk openbaar register van deskundigen ingericht. Als de rechter een deskundige wil benoemen die niet in dit register is vermeld, moet hij apart motiveren waarom de betrokkene niettemin toch als deskundige kan worden aangemerkt. Inhoudelijk het meest interessant is art. 51l Sv, waarin enkele eisen staan vermeld waaraan het schriftelijke en gemotiveerde verslag van de deskundige moet voldoen: "Hij geeft daarbij zo mogelijk aan welke methode hij heeft toegepast, in welke mate deze methode en de resultaten daarvan betrouwbaar kunnen worden geacht en welke bekwaamheid hij heeft bij het toepassen van de methode."

Deskundigen zijn er in soorten en maten.¹⁷⁵ Een veel gebruikt onderscheid is dat tussen de 'repeat players' en, zoals Buruma hen aanduidt, de 'echte exoten'. De eerste groep bestaat uit experts die met grote regelmaat hetzelfde type onderzoek uitvoeren.¹⁷⁶ Te denken valt aan gedragswetenschappers (psychologen) en psychiaters die rapporteren over de geestesgesteldheid van de verdachte. Het kan gaan om medewerkers van het Nederlands Forensisch Instituut die grote aantallen DNA-onderzoeken uitvoeren. Deskundigen spelen ook een rol in bepaalde laboratoriumsituaties, bijvoorbeeld wanneer de verontreiniging van oppervlaktewater aan de orde is. In zaken binnen het milieustrafrecht is dit met grote regelmaat aan de orde. Onder de medici zijn bijvoorbeeld schouwartsen repeat players als het gaat om het vaststellen van de doodsoorzaak of het tijdstip van overlijden van een slachtoffer. En zo kunnen we natuurlijk nog wel even doorgaan.

172. Daaronder versta ik bijvoorbeeld situaties waarin iemand wordt uitgezocht omdat hij toevallig een persoonlijke bekende van de rechtbank is, terwijl hij op het betreffende terrein nauwelijks wetenschappelijk is gekwalificeerd. In de zaak Lucia de B werd bijvoorbeeld een rechtsinformaticus gehoord als deskundige op het terrein van de statistiek.

173. Wet van 22 januari 2009, Stb. 2009, 33. Zie vooral Dubelaar & Nijboer 2008(a) en Dubelaar & Nijboer 2008(b).

174. De kwalificaties waarover bepaalde deskundigen dienen te beschikken worden in de AMvB vermeld.

175. Aldus ook Buruma 2009, p. 317, op zijn beurt verwijzend naar Reijntjes 2007(a).

176. Een mooi overzicht van de verschillende terreinen waarop regelmatig deskundigenonderzoek wordt uitgelokt biedt Hielkema 1996. Zie voor een vergelijking met de Verenigde Staten Van Kampen 1998.

Waar het om gaat is tweërlei. Ten eerste: deze groepen lenen zich vooral voor inschrijving in het eerdergenoemde nationaal register van gerechtelijke deskundigen. De winst die daarmee wordt behaald lijkt me eerlijk gezegd tamelijk beperkt.¹⁷⁷ Natuurlijk: de echte kwakzalvers zullen niet op de lijst komen, maar het is niet mijn indruk dat die tot op heden met enige regelmaat hebben opgetreden. En de beperkte duur van de inschrijving is op zichzelf eveneens zinvol, maar hier geldt hetzelfde: de ervaring leert niet dat de rechters vaak terugvielen op mensen die hun expertise gedurende heel veel jaren niet op de hoogte van de tijd hielden. Het tweede punt dat opmerking verdient is dat de resultaten van deze groep deskundigen in heel veel strafzaken volstrekt onproblematisch zijn. De vraagstelling is geheel gestandaardiseerd, de onderzoeksmethode die door de deskundige wordt gehanteerd is onder vakgenoten geheel onomstreden, het schriftelijk verslag heeft een vaste structuur en is voor rechters goed toegankelijk. Dat is het goede nieuws: in veel strafzaken spelen deskundigen een doorslaggevende en niet-problematische rol bij de waarheidsvinding.

De 'exoten' verdienen een aparte benadering. Er zijn heel veel onderwerpen waar slechts zeer weinig mensen verstand van hebben. Toch kan die expertise onmisbaar blijken te zijn om de toedracht in een bepaalde strafzaak te achterhalen. Hoe dan de juiste deskundige te vinden? Voor de 'exoten' zal het nationaal register waarschijnlijk in veel gevallen geen uitkomst bieden. De rechter zal dan te rade moeten gaan bij de wetenschappelijke gemeenschap. Hij zal via deskundigen op het globale terrein van de betreffende vraagstelling moeten achterhalen wie als een superspecialist op dit terrein geldt.

Tot zover de relatief gemakkelijke kanten van het inschakelen van deskundigen. De problemen ontstaan bij de 'repeat players' als er indicaties opkomen waardoor de rechter niet zondermeer mag vertrouwen op de inhoud van het ingediende verslag. Dat kan zijn omdat hij het zelf niet helemaal vertrouwt – of als hij de inhoud niet geheel meent te kunnen overzien. Het kan ook zijn omdat de verdediging bezwaar maakt tegen de conclusies. En, al dan niet in samenhang hiermee of juist een stap later, kan de situatie ontstaan dat er een andere deskundige in het geding wordt gebracht, die hetzij de gebruikte methode aanvecht, hetzij de toepassing daarvan in het concrete geval. Het behoeft geen betoog dat al deze complicaties zich ook kunnen voordoen in het geval een 'exoot' is geraadpleegd.

Ik stel vast, *primo*, dat het uiteindelijk *de rechter* is die in geval van verschillend inzicht zal moeten bepalen wie het bij het rechte eind heeft.¹⁷⁸

177. Zie omtrent de teleurstellende ervaringen in België omtrent de kwaliteitsbevordering door het instellen van een deskundigenregister: Hutsebaut 2007.

178. Dubelaar & Nijboer 2008, p. 29: "Wat dit betreft zal de rechtspraktijk moeten leren leven met het gegeven dat in veel vakgebieden nu eenmaal stromingen en scholen bestaan."

Een andere oplossing is – binnen ons systeem – gewoon niet denkbaar. Verder constateer ik, *secundo*, dat de rechter die beslissing vaak alleen verantwoord zal kunnen nemen na het raadplegen van *andere* deskundigen.¹⁷⁹ Daaruit volgt waarschijnlijk, *tertio*, dat het nationale register van gerechtelijke deskundigen juist in het verband van *deze, vaak doorslaggevende* vraag geen toegevoegde waarde heeft. De vermelding in het register zal afhankelijk zijn van competentie op een wat ruimer afgebakend terrein of wetenschappelijke discipline ('forensische psychologie'; 'toxicologie', etc.). Maar het bepalen van de beste deskundigheid in een individuele strafzaak is veel *vraagspecifieker*. Het ene gif is het andere niet; enkele toxicologen weten bijna alles over sommige stoffen en veel minder over andere; onder hen zijn er weer die sterk zijn gespecialiseerd in de afbraak van dodelijke stoffen ná overlijden van het slachtoffer (de zogenoemde 'postmortale reductie'). Dan gaat het dus om het bepalen van specialisatie en bijzondere ervaring op het vaak heel kleine terrein van de vraag die in het voorliggende geval aan de verschillende deskundigen is gesteld.

De rechter heeft hierbij geen andere keus dan terugvallen op het 'wetenschappelijk forum'.¹⁸⁰ Hier kan worden teruggegrepen op de inzichten die in paragraaf 2 zijn ontwikkeld. Indien meningsverschillen tussen geconsulteerde deskundigen zijn terug te voeren op een echte scholtenstrijd binnen de wetenschap, dan is er zo ongeveer sprake van uitlatingen op basis van verschillende paradigma's.¹⁸¹ Daarin kan een rechter niet in objectieve zin arbitrerend. Veel vaker zal het evenwel gaan om verschil van inzicht omtrent de *toepassing* van een groter geheel van theorieën waaromtrent in abstractie wel degelijk overeenstemming bestaat. Dit kan bijvoorbeeld bij psychologische en psychiatrische rapportages niet zelden het geval zijn. In dergelijke situaties worden we – in de terminologie van Popper – geconfronteerd met de validiteit van 'basisuitspraken'. Zoals uiteengezet in paragraaf 2, worden veel van dergelijke singuliere uitspraken doorgaans voor betrouwbaar gehouden, terwijl ze berusten op een grote hoeveelheid niet nader gespecificeerde of verantwoorde onderliggende achtergrondkennis. Welnu, als er meningsverschil bestaat tussen deskundigen, is het moment gekomen om juist die achterliggende kennis – in feite een grote reeks vooronderstellingen – alsnog te expliciteren en ter discussie te stellen.

De A-G bij de Hoge Raad G. Knigge heeft in twee grote werkstukken interessante denkbeelden ontwikkeld omtrent de meest verantwoorde om-

179. In die zin ook Spronken 2008, p. 953: "De rechter kan de geloofwaardigheid van de deskundige beoordelen en de relevantie van diens opinie voor de beoordeling van de zaak toetsen, maar de juistheid van de onderzoeksresultaten kunnen vaak alleen met behulp van andere deskundigen worden beoordeeld."

180. Zie omtrent de betekenis en de functie hiervan De Groot 1961, m.n. p. 27-28 en p. 126-128.

181. In de technische betekenis van het woord, zoals ontwikkeld door Kuhn 1979.

gang met meningsverschillen tussen deskundigen.¹⁸² Hoewel zijn gedachtegang is toegesneden op de fase van de herziening nadat een rechterlijke beslissing onherroepelijk is geworden, meen ik dat zijn benadering ook handvatten oplevert voor de feitenrechter die wordt geconfronteerd met tegenstrijdige oordelen van verschillende deskundigen. Knigge onderscheidt procedurele factoren en inhoudelijke factoren. Als ik zijn 'model' vrij vertaal naar de sfeer van de gewone feitenrechtspraak (en dus niet in de sfeer van de herzieningsprocedure), dan zou de rechter als procedurele factoren onder meer in aanmerking kunnen nemen:

- de wijze waarop de verschillende conflicterende deskundigen zijn geselecteerd (de mogelijkheid van een 'hired gun')¹⁸³
- de onafhankelijkheid, reputatie en integriteit van de deskundigen (zo veel mogelijk vraagspecifiek)
- de mate waarin het oordeel van de verschillende deskundigen door andere deskundigen wordt ondersteund
- de mate waarin de ene deskundige zich toch kan vinden in het oordeel van de andere deskundige.

Als meer inhoudelijke factoren worden genoemd:

- de mate waarin de divergerende oordelen steunen op 'betere' kennis van het vakgebied
- de mate waarin het ene oordeel meer dan het andere berust op harde wetenschappelijke kennis (niet berust op een andere 'stroming' binnen het vakgebied)
- de mate waarin de ene deskundige feiten en gegevens in zijn beoordeling heeft betrokken die door de andere deskundige zonder inhoudelijke verklaring buiten beschouwing zijn gelaten
- de mate waarin het ene oordeel berust op argumenten waaraan in het andere oordeel zonder inhoudelijke verklaring geen aandacht is geschonken.

Een rechter die ongeveer volgens dit schema de conflicterende deskundigenoordelen toetst, zal in praktische zin dicht in de buurt komen van de methodologische aanwijzingen die Popper heeft geformuleerd bij het corroboreren of falsificeren van de zogenoemde basisuitspraken over de werkelijkheid. En het lijkt mij een werkwijze waarmee doorgaans ook binnen een redelijke termijn een aanvaardbare mate van zekerheid kan worden verkregen.¹⁸⁴

182. Knigge 2008(a); en Knigge 2008(b).

183. Vgl. Cleiren 2008.

184. Reijntjes heeft er bijvoorbeeld tegen gewaarschuwd (ik geef toe: wederom in een discussie over de mogelijkheden om de herzieningsprocedure te benutten, maar ook zijn bezwaar laat zich vertalen naar de procesfase bij de 'gewone' feitenrechter) dat er altijd wel een andere deskundige kan worden gevonden die een oorspronkelijk deskundigenoordeel in twijfel trekt. Dat is waar, maar in een afwegingsmodel als door Knigge geschetst kan, denk ik, heel vaak op tijd een knoop worden doorgehaakt. Zie Reijntjes 2007(a); en Reijntjes 2007(b).

Dit leidt mij tot een afrondende opmerking over de deskundigen. Het is duidelijk dat de rechter hier niet zelden op de proef wordt gesteld. Hij moet een toegankelijke communicatie met de deskundige bewaken.¹⁸⁵ In de moeilijkste zaken kan hij worden geconfronteerd met volstrekt tegenstrijdige deskundigenoordelen, op terreinen waar hij zelf inhoudelijk het eerste niet van weet. Vaak zal hij er niettemin in slagen om tot een verantwoord beslissing te komen. Maar hij heeft altijd nog een richtsnoer dat tot nu toe niet is vermeld: *in dubio pro reo*. Als de rechter zich onvoldoende in staat acht om een belastend deskundigenbericht op waarde te schatten en als hij op welke grond dan ook niet overtuigend kan kiezen tussen conflicterende deskundigenberichten, dan moet hij de voor de verdachte meest gunstige bron van kennis benutten. Dat is de strafprocesrechtelijke sluitregel waarmee onontwarbare knopen kunnen worden doorgehakt.

7. Afrondende beschouwingen.

In de inleidende beschouwingen heb ik vrij opgewekt genoteerd dat het verstandig was van het bestuur van de NJV om een zo toegespitste vraagstelling aan ons voor te leggen. Wat streeft de rechter na met waarheidsvinding en wie spelen daarbij een rol? Nu het einde van mijn relaas in zicht komt, moet ik constateren dat de genoemde vraagstelling bij nader inzien helemaal niet zo scherp afgebakend is. Met name het onderdeel 'wie spelen daarbij een rol' kan gemakkelijk zo worden opgevat dat de opdracht wordt uitgebreid tot een analyse van de volle omvang van het strafprocesrecht. Het is immers duidelijk dat vanuit de meeste waarheid gedurende het opsporingsonderzoek wordt achterhaald door de politie. Zou een solide behandeling van onze vraag dan met zich brengen dat alle politieactiviteiten in kaart worden gebracht? Of zou een verantwoorde aanpak van de probleemstelling ook het toezicht van de officier van justitie op het opsporingsonderzoek moeten omvatten? In hoeverre kan het OM zijn magistraatlijke rol waarmaken en daarmee verzekeren dat het verzamelde materiaal rechtmatig verkregen en betrouwbaar is en dat zowel aandacht is besteed aan belastende informatie als aan alternatieve scenario's die de verdachte

185. Daarom is het ook zo belangrijk dat die communicatie zoveel mogelijk wordt geprotocolleerd. Dat wil zeggen: in geval van 'repeat players' verdient het aanbeveling dat de vraagstelling aan deskundigen wordt gestandaardiseerd en dat de rapporten die daarop volgen geüniformeerd taalgebruik bevatten dat door de rechter niet snel verkeerd kan worden geïnterpreteerd. Bij DNA-onderzoek is het belang hiervan bijvoorbeeld evident. Zie voor psychologisch/psychiatrisch onderzoek vooral Van Kordelaar 2002. Ik wijs ook op de nuttige voorstellen om de communicatie te verbeteren door Crijns, Van der Meij & Ten Voorde 2010. Lén daarvan is het intensiveren van het mondeling debat ter zitting over het deskundigenrapport.

zouden vrijpleiten? Wat betekent dit alles voor de rechter-commissaris? Kan wel worden gezegd dat de kernspelers bij de strafvorderlijke waarheidsvinding in beeld zijn gebracht zonder in te gaan op de afschaffing van het GVO met de gelijktijdige versterking van de rol van de rechter-commissaris?

Het vereist weinig fantasie om te verzinnen dat de lijst van onbeantwoorde vragen op deze wijze vrijwel eindeloos kan worden uitgebreid. Dat zou weinig zin hebben. In de voorafgaande paragrafen is een eigen aanpak gekozen waarin vanuit het perspectief van de zittingsrechter enkele centrale onderwerpen en gezichtspunten zijn belicht. Daarbij is een strak theoretisch kader als vertrekpunt gekozen. Dat kader is geschetst in paragraaf 2. Als gevolg daarvan is mijn behandeling van het onderwerp vooral gestuurd door het zoeklicht van de rechter die zich een oordeel moet vormen omtrent de vraagpunten die hem in de artt. 348 en 350 Sv worden voorgelegd. De voornaamste daarvan betreffen de bewijsvraag en de vraag naar de op te leggen sanctie. Binnen dat kader is het meer van belang hoe de rechter een feitelijke bewering (de telastelegging) toetst, dan hoe die bewering binnen de eerdere fasen van de procedure in het vooronderzoek tot stand is gekomen respectievelijk is voorbereid.

Ik recapituleer enige resultaten van mijn zoektocht – want zo beschouw ik iedere vorm van rechtswetenschappelijke activiteit – en voeg daar nog enkele concluderende bemerkingen aan toe.

We weten wat waarheid is. Waarheid is correspondentie tussen feiten en een uitspraak over die feiten. Binnen het strafprocesrecht heeft de litigieuze uitspraak over feiten een bijzonder karakter. Het is een beschuldiging die is opgenomen in de telastelegging. Het is een bewering die inhoudt dat de verdachte de strafwet zou hebben overtreden en daarvoor in beginsel dient te worden gestraft. Het is de taak van de rechter ter terechtzitting om na te gaan of de bewering in de telastelegging ‘waar’ is. Dat is een enorme verantwoordelijkheid. Waarom? Omdat weten wat waarheid is nog niet hetzelfde is als weten wanneer iets waar is. Sterker dan dat: het is per definitie onmogelijk om zeker te weten of en wanneer we de waarheid hebben gevonden. Waarheid is namelijk niet iets wat zomaar voor het grijpen ligt. Het is niet ‘iets’ wat wellicht om de hoek ligt; het is niet iets wat je trefzeker op het spoor komt als je maar goed je best doet en als je maar met de goede bril op naar de werkelijkheid kijkt. Nec, in de voorafgaande paragrafen is bevestigd wat al talloze malen door anderen is vastgesteld. Waarheidsvinding is construeren. En reconstrueren. Waarheidsvinding is oordelen. Waarheidsvinding heeft veel weg van rechtsvinding. De wisselwerking tussen feit en theorie; de interdependentie tussen relevante feiten en toepasselijke rechtsnormen. Ik hoef het hier niet allemaal te herhalen.

Het onderzoek dat aan dit preadvies ten grondslag ligt heeft sommige andere resultaten opgeleverd dan ik aanvankelijk had verwacht. Waarheidsvinding met het oog op de legitimatie van een punitief rechterlijk oordeel

betreft traditioneel vooral of uitsluitend de bewijsvraag. Uiteraard ligt daar ook voor mij een belangrijk zwaartepunt. Maar ik ben me gedurende dit onderzoek steeds meer bewust geworden van het belang van waarheidsvinding in relatie tot een andere vraag, te weten de beslissing omtrent de op te leggen straf.

Alleen al in kwantitatieve zin is dit evident. Het is algemeen bekend dat in Nederland een overgrote meerderheid van de verdachten het telastegelegde feit bekent. En evenzeer staat vast dat in een overgrote meerderheid van *die* gevallen er niets mis is met die bekentenis en er bovendien voldoende steunbewijs is. In al die situaties begint het echte rechterswerk dus eigenlijk bij het bepalen van de op te leggen sanctie. En als het gaat om een legitimatie – een maatschappelijke rechtvaardiging – voor het rechterlijk vonnis, is het resultaat dan ook afhankelijk van de mate van dwingendheid waarmee de strafbepalende factoren door de rechter zijn vastgesteld en in zijn vonnis zijn verantwoord.

Maar niet alleen in kwantitatieve zin speelt dit zo'n belangrijke rol. Ook principieel – rechtstheoretisch – dienen hier de puntjes op de *i* te worden gezet. Terecht is in de literatuur herhaaldelijk benadrukt dat de verdachte niet in volle omvang als mens terecht staat, maar dat hij dient te worden bejegend als een rechtssubject. Een rechtssubject, dat wil zeggen: een juridische constructie. Als rechtssubject moet hij zich uitsluitend verantwoorden voor een handeling die in de telastelegging beschreven staat.^{186,187} Dit kenmerk van de vigerende procedure wordt gezien als een belangrijk rechtsbeschermend facet van de strafvordering. Ik onderschrijf dit uitgangspunt. Dit brengt met zich mee dat – anders dan in vroeger tijden wel

186. Zie vooral A.C. 't Hart, in een grote reeks publicaties. Ik noem hier 't Hart 1997, p. 153: "het accusatoire strafproces moet zodanig worden ingericht, dat de verdachte kunstmatig de positie van een aan het OM gelijkwaardige procespartij krijgt aangereikt." En op p. 263 (in het essay 'Plea Bargaining'): "Mondigheid, autonomie: dat zijn geen eigenschappen die de mens als het ware van nature bezit." En in de bundel 't Hart 2001, p. 153: "De persoon die terecht staat, staat terecht in de vorm van een kunstmatige juridische categorie: namelijk als verdachte. (...) : die hoedanigheid is een strafrechtelijke specificering en concretisering van een meer omvangrijke constructie: namelijk die van het individu als rechtssubject."

187. In gelijke zin en in soortgelijke bewoordingen Cleiren 2001(b), p. 19: "De verdachte treedt het forum niet vrijwillig binnen. Maar hij krijgt wel bescherming. Hij heeft een raadsman of –vrouw. En wat wellicht nog belangrijker is, er is voor hem een kunstmatige situatie gecreëerd in die zin dat hij zich als rechtssubject op gelijke voet met het Openbaar Ministerie kan verhouden en als rechtssubject het woord kan krijgen. Op deze wijze is een debat mogelijk. Rechtssubjectiviteit brengt mee dat niet de gehele mens van vlees en bloed ter discussie komt in het spel, maar slechts dat deel dat drager is van rechten en plichten. Daarmee blijft er afstand. De verdachte blijft verschoond van een totale transparantie van lichaam en ziel door de overheid." En Cleiren 2009, waarin tweemaal een typering van de verdachte wordt gegeven in de volgende termen: "Binnen de ruimte van het recht is de verdachte een rechtssubject, een kunstmatige notie die het domein van de persoon van vlees en bloed in zekere mate afschermt."

is verdedigd – er geen ruimte is voor veroordeling of strafbepaling op basis van zo iets als wat wel is aangeduid als ‘Lebensführungsschuld’. Maar voor de praktijk van de strafrechtspleging moet dit uitgangspunt waarschijnlijk op een enigszins bijzondere wijze worden ingevuld waar het gaat om de beslissing omtrent de op te leggen sanctie. Dan is het zeer de vraag of de rechter volledig afstand mag blijven nemen van de verdachte als ‘persoon van vlees en bloed’. In dat verband is het bijvoorbeeld wel degelijk ook van groot belang dat buiten het domein van de telastelegging actief wordt gezocht naar verzachtende en ontlastende omstandigheden. De waarheidsvinding moet ook daarop zijn gericht. De rechter moet steeds open staan voor de mogelijkheid dat er redenen zijn om de verdachte een minder zware sanctie op te leggen dan op grond van de aard en ernst van de bewezenverklarde handeling in de rede zou liggen. Het behoort tot zijn taak om actief te zoeken naar factoren die de feitelijke verantwoordelijkheid van de verdachte voor het gepleegde feit reduceren. Hij dient – daartoe vaak aangemoedigd door de verdediging – na te gaan of er feitelijke gronden zijn om de verdachte ‘nog een kans te geven’. In paragraaf 3 heb ik reeds betoogd dat die feitelijke gronden best op iets ‘zachtere informatie’ en op eigen indrukken van de rechter mogen berusten dan de ‘feiten’ die in strafverzwarende zin in aanmerking worden genomen.¹⁸⁸ Ook dit brengt een vorm van scenario-denken met zich mee. Uiteraard moet de rechter zich daarbij vooral ook bekommeren om de mogelijkheid van een voor de verdachte gunstig toekomstbeeld – dat wil zeggen: een toekomst zonder recidive – bij een clemente strafechtelijke afdoening. Maar ook zo’n scenario, zo’n verwachting omtrent de mogelijke toekomst van de verdachte, moet op feitelijkeheden berusten. Laat ik het maar wat scherper zeggen: ook hier gaat het in laatste instantie om het tot stand komen van een beslissende *innerlijke rechterlijke overtuiging*.¹⁸⁹ Daarbij spelen uiteraard wederom verschillende belangen en wegingsfactoren een rol.

Laat ik een voorbeeld geven. Een vader en een zoon plegen samen een zwaar misdrijf, laten we zeggen een gewapende roofoverval. In eerste aanleg krijgen ze daarvoor beiden dezelfde straf, een zeer lange vrijheidsstraf. De appelrechter kan dan voor de beslissing komen te staan of de goede redenen die hiervoor ongetwijfeld bestaan (‘samen uit, samen thuis’, ‘gezamenlijk plan, gezamenlijke uitvoering’, etc.), niet toch het onderspit moeten delven tegenover andere overwegingen. Nagegaan moet bijvoor-

188. Daarom is m.i. HR 9 juni 1981, *NJ* 1981, 571 een tamelijk ongelukkige beslissing, nu daarin wat beëdigingsvereiste betreft geen verschil werd gemaakt tussen belastende en ontlastende informatie. Dat is overigens wel jurisprudentie die een lang en vast verleden heeft. Zie bijvoorbeeld reeds HR 24 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1455.

189. ‘Ook hier’ gaat het om een innerlijke overtuiging, dat wil zeggen: deze is niet te verwarren met de overtuiging als bedoeld in art. 338 Sv.

beeld worden in hoeverre de zoon als mededader niet onder een grote druk van zijn vader heeft gehandeld. Ook andere omstandigheden van feitelijke aard kunnen hierbij een rol spelen (heeft de zoon echt in belangrijke mate bijgedragen aan de uitvoering van het gemaakte plan?). Dan zou er voor de zoon zomaar een straf kunnen uitrollen die jaren lager ligt dan die voor de vader. Dit vereist feitenonderzoek en de uitkomst wordt bepaald door een werkelijk innerlijke overtuiging van de rechter, hoewel het desideratum hier onmiskenbaar anders ligt dan bij de bewijsvraag in enge zin.

Waar het mij om gaat is dat ik dit zie als een traditioneel onderbelichte vorm van waarheidsvinding. Iets van deze benadering is wel te herkennen in de opbouw van het bestaande art. 359 Sv.¹⁹⁰ Een grondpatroon daarin is immers dat als de rechter een opvallend *zware* straf oplegt (bijvoorbeeld een vrijheidsstraf of een hogere straf dan door de officier van justitie gevorderd), hij daarvoor de bijzondere redenen moet opgeven. Die bijzondere redenen dienen dan geen platitudes te bevatten, maar zouden concrete, zaakspecifieke feiten en omstandigheden moeten opgeven die de genomen beslissing kunnen dragen. Ik pleit voor het spiegelbeeld hiervan – het specificeren en verantwoorden van strafverzachende feiten en omstandigheden. Voor zover ik kan overzien is dit een benadering die momenteel in de praktijk wel vrij algemeen binnen de beslotenheid van de raadkamer wordt toegepast, maar waarvan doorgaans vrij weinig is terug te vinden in de motivering van het schriftelijke vonnis. Dus inhoudelijk bepleit ik hier geen revolutionaire vernieuwing – en al helemaal geen wetswijziging met nieuwe motiveringseisen – maar ik vraag meer aandacht voor het gegeven dat dit deel van het werk van de rechter te maken heeft met waarheidsvinding, hetgeen gevolgen behoort te hebben voor de wijze waarop de desbetreffende beslissing in een schriftelijke motivering wordt verantwoord.

Uiteindelijk is strafvordering een zekere en onvermijdelijke vorm van proceduralisering van waarheidsvinding.¹⁹¹ Mede als gevolg daarvan zal aan het eind van het geding nooit “de gehele waarheid en niets dan de waarheid” boven tafel gekomen zijn – de ietwat wonderlijke maatstaf die nog altijd in art. 290 lid 4 Sv is vermeld. Maar de uitkomst van het proces is alleen bevredigend – maatschappelijk legitiem – als er een voldoende mate van zekerheid is ontstaan omtrent de feiten die de inhoud van de rechterlijke beslissing hebben bepaald. Hoewel nooit de gehele waarheid zal zijn ‘gevonden’, gaat het mij te ver om op die grond te spreken van een

190. Misschien zelfs wel méér dan ‘iets’. Vgl. Schuyt 2010, m.n. p. 19.

191. Ook op dit punt is er overigens een duidelijke parallel met waarheidsvinding binnen de empirische wetenschap. Zie ook De Vries 2002, p. 20: “Waarheid is niet gebaseerd op het vinden van onbetwifelbare bronnen en dat is volgens Popper maar goed ook: zulke bronnen bestaan doodeenvoudig niet. De basis van wetenschappelijke kennis is een andere: zij ligt in *procedures* die kritiek mogelijk maken en die ons in staat stellen om fouten in onze ideeën op het spoor te komen.”

soort 'relatieve' waarheid.¹⁹² En het woord formele of procedurele waarheid spreekt me om eerdergenoemde redenen nog veel minder aan.¹⁹³

Er is nog een laatste aspect van de proceduralisering van waarheidsvinding in het strafrecht dat ik hier bij het scheiden van de markt opnieuw wil aanstippen. Dat is de rol die de partijen hebben bij het omlijnen van de onderzoeksplicht van de rechter. In het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' is als kernstelling betrokken dat de partijen mede de agenda van het geding bepalen. Hun inbreng is bij uitstek bepalend voor de hoeveelheid kennis die tijdelijk buiten kritiek mag worden gesteld. Tegelijkertijd hebben zij steeds de gelegenheid om op andere punten de achtergrondkennis die doorgaans als onproblematisch wordt beschouwd, in het door hen als bijzonder aangemerkte geval 'im Frage' te stellen. Die mogelijkheid heeft naar mijn mening twee significante gevolgen.

Ten eerste is de beschikbaarheid van die fundamentele mogelijkheid om zonder restricties alles op eigen initiatief problematisch te verklaren een bron van procedurele rechtvaardigheid.¹⁹⁴ Ten tweede: het dialoogkarakter (georganiseerde tegenspraak) binnen het strafgeding vormt op dit punt de juridische pendant van de rol van het wetenschappelijk forum bij de waarheidsvinding in de empirische wetenschap. Ik besef dat ik dit moet toelichten. In paragraaf 2 is schetsmatig aangegeven welke rol het wetenschappelijk forum heeft bij het uitbouwen van wetenschappelijke theorievorming. Die rol is niet beperkt tot het kritiseren van algemene, herhaalbare uitspraken, waarin bepaalde verbanden worden gelegd (dat zijn de theorieën zelf). Het forum heeft daarenboven een rol bij het beslissen welke singuliere uitspraken al dan niet voor waar kunnen worden aangenomen. En dat kan op zichzelf doorslaggevend zijn bij het bepalen van het lot van een wetenschappelijke theorie. Zo ook zie ik de functie van een contradictoir strafgeding. De rechter werkt, zoals iedere beslisser, op basis van een onmetelijke hoeveelheid (algemene) achtergrondkennis, die 'for the time being' buiten kritiek is gesteld en voor waar wordt aangenomen. Tot het moment dat een van de bij het proces betrokkenen stelt dat er iets aan de hand is met een onderdeel van die achtergrondkennis. Dan wordt een proces in gang gezet dat vergelijkbaar is met de strijd om de waarheid van een singuliere basisuitspraak in de empirische wetenschap. Met ande-

192. Vgl. Knigge 2010, p. 182.

193. Juist om deze reden heb ik in paragraaf 2 het schijnbaar tegenovergestelde standpunt van Crijns bekritiseerd.

194. Van de Bunt 2002, p. 15 stelt: "Eerder werd geconstateerd dat de strafrechtelijke reductie van de waarheid ten koste gaat van waarheidsvinding. Anders dan Luhmann veronderstelt, leidt deze reductie er niet toe dat de uitkomsten van strafrechtelijk onderzoek op instemming kunnen rekenen. Er is geen sprake van *Legitimation durch Verfahren*". Ik zou deze slotsom ten minste als voorbarig aanmerken. Eveneens sceptisch ten aanzien van dit standpunt van Van de Bunt is Mackor 2010, m.n. p. 60.

re woorden: een verweer van de verdediging intensiveert¹⁹⁵ de onderzoeksplicht van de zittingsrechter. De precieze duiding van de theoretische aard van zo'n verweer is volgens mij helemaal niet zo belangrijk. Broeders heeft bijvoorbeeld Buruma het verwijt gemaakt dat die ten onrechte stelt dat de rechterlijke toetsing van bewijs en verweer verloopt volgens de theorie van de narratieve verankering.¹⁹⁶ Die theorie zou al lang achterhaald zijn en vervangen door het scenariomodel.¹⁹⁷ De Roos neemt Buruma in bescherming, "want waarom zou de rechter niet nog steeds in de praktijk een theorie hanteren die in ieder geval in de strafrechtspleging algemeen ingang heeft gevonden, na aanvankelijke weerstand."¹⁹⁸ Volgens mij betekent het intensiveren van de onderzoeksplicht van de rechter dat deze de aangevochten onderdelen van de tot dan toe onproblematisch geachte achtergrondkennis nader op juistheid moet toetsen. Dat kan de aannemelijkheid van een alternatief scenario betreffen, het kan evenzeer gaan om een storende (incompatibele) factor in de narratieve verankering. Op dit punt is het niet aangewezen de onderzoeksplicht van de rechter te beperken tot een vooraf bepaald exclusief theoretisch kader.

Ten slotte. Het zal sommigen niet zijn ontgaan dat ik in dit verhaal helemaal niet expliciet heb gesproken over het doel van het strafproces. Dat heeft een – voor mij – goede reden. Er is al veel geschreven over het doel (of: de doelen) van het strafproces. Iedereen noemt in dat verband een correcte toepassing van het materiële strafrecht.¹⁹⁹ Sommigen gaan verder en stellen dat het procesrecht ook eigen intrinsieke doelstellingen kent. Het bevorderen van de rechtvaardigheid is vaak vooropgesteld. Anderen gebruiken de formulering dat het gaat om het 'herstellen van de rechtsvrede'.²⁰⁰ Of, meer recent, het 'bieden van een in alle opzichten adequate reactie op een gepleegd delict'.²⁰¹ Het maakt me niet uit. Voor het onderwerp van dit betoog is er geen wezenlijk verschil tussen de genoemde doelstel-

195. Ik gebruik bewust het woord 'intensiveren' (in plaats van bijvoorbeeld: activeren), om aan te geven dat er altijd al een ambtshalve plicht bestaat om volledig onderzoek te doen naar de juistheid van de telastelegging.

196. Broeders 2011, p. 113-114. De kritiek is gericht op diens rede die ik hierboven heb aangehaald.

197. De theorie van *anchored narratives* is bijvoorbeeld uitgewerkt in het boek '*Dubieuze zaken*' dat in mijn inleiding is vermeld; het scenariomodel staat beschreven in Van Koppen 2011.

198. De Roos 2011, p. 2277.

199. Zie o.a. Myjer 2002, p. 28: "Hoofddoel van het Nederlandse strafproces is nog altijd de realisering van het materiële strafrecht in een concreet geval; het gaat om de bestraffing van de schuldige en om de voorkoming van de bestraffing van de onschuldige. En dat geeft gelijk aan waarom het allemaal zeer zorgvuldig en gereguleerd moet geschieden."

200. Nog altijd interessant: Schmidhäuser 1961, ook omtrent de relaties met de andere genoemde doelen van strafprocesrecht.

201. Groenhuijsen & G. Knigge 1999.

lingen. Want geen van alle kan worden gerealiseerd *zonder* solide waarheidsvinding. Een burger straffen voor iets wat hij niet echt heeft gedaan, kan geen enkele doelstelling van strafprocesrecht dienen. Een burger zwaarder straffen dan gelet op de feiten van het geval redelijk is, kan niet bijdragen aan het bestaansrecht van het systeem van strafprocesrecht. Daarom hebben we goede waarheidsvinding nodig. Ook al weten we nooit of we in toereikende mate in deze opdracht zijn geslaagd.

Bibliografie

Van der Aa & Okur 2011

S. van der Aa & P. Okur, 'Slachtoffer' of 'aangever' van seksueel misbruik: Nomen est omen?, *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 909-927.

Arlman 2011

H. Arlman, 'Rapport zaak CEAS 2007/31. Quis custodiet ipsos custodes?', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 748-749.

Berger & Aben 2010(a)

C.E.H. Berger en D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: rationeel redeneren sinds Aristoteles', *Expertise en recht* 2010 afl. 2, p. 52-56.

Berger & Aben 2010(b)

C.E.H. Berger en D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: redeneren in de rechtszaal', *Expertise en recht* 2010 afl. 3, p. 86-90.

Berger & Aben 2010(c)

C.E.H. Berger en D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: een helder zicht op valkuilen', *Expertise en recht* 2010 afl. 5/6, p. 159-165.

Beukers 2005

M. Beukers, 'Gedragskundige rapportage in strafzaken. Waar liggen de grenzen?', *Strafblad* 2005, p. 488-511.

Boksem 2010

J. Boksem, 'Over waarheidsvinding, bewijsverkrijging, rechtsbescherming en evenwicht. Enkele gedachten over een nieuwe invulling van de eerste fase van het strafproces', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2010 afl. 5/6, p. 233-244.

Van der Boon & Van der Marcl 2009

V. van der Boon & G. van der Marcl, *De vastgoedfraude. Miljoenen-zwandel aan de top van het Nederlandse bedrijfsleven*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2009.

Borgers 2005

M. J. Borgers, 'Het wettelijk sanctiestelsel en de straftoemingsvrijheid van de rechter', *Delikt en Delinkwent* 2005, afl. 2/11, p. 111-204

Borgers 2006

M.J. Borgers, 'De tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv', in: *Ars Aequi* 2006, volume 55, issue 10, p. 745-754.

Borgers & Kooijmans 2010(a)

M.J. Borgers en T. Kooijmans, 'Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden tot voordeelsontneming', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 205-270.

Borgers & Kooijmans 2010(b)

M.J. Borgers en T. Kooijmans, 'Verruiming van de mogelijkheden tot voordeelsontneming: het vervolg', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 608-627.

Borst 1985

W.L. Borst, *De bewijsmiddelen in strafzaken*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1985.

Brienen & Hoegen 2000

M.E.I. Brienen & E.H. Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems. The Implementation of Recommendation (85)11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure*, diss. Tilburg, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2000.

Broeders 2010

A.P.A. Broeders, Een pleidooi voor toetsbaar deskundigenonderzoek, *Expertise en Recht* 2010, nr. 4, p. 124-125.

Van de Bunt 2002

H.G. van de Bunt, 'De onderste steen: enkele kanttekeningen bij het primaat van het strafrecht in de waarheidsvinding', in: *Waarheidsvinding, Justitiële Verkenningen* 2002, p. 8-15.

Buruma 1996

Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter*, oratie Nijmegen, Deventer: Gouda Quint 1996.

Buruma 2005

Y. Buruma, 'Motiveren: waarom?', in: A.E. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 71-88.

Buruma 2009

Y. Buruma, 'Betrouwbaar bewijs', *Delikt en Delinkwent* 2009, p. 303-324.

Buruma 2011

Y. Buruma, *De geleerde en de rechter: over het leveren van wetenschappelijk bewijs in strafzaken*, Rede uitgesproken ter gelegenheid van de 88^{ste} dies natalis van de Radboud Universiteit Nijmegen op donderdag 14 mei 2011

Cleiren 2001 (a)

C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadviezen Nederlandse Vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 9-31.

Cleiren 2001 (b)

C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation*, oratie Leiden, Deventer: Gouda Quint 2001.

Cleiren 2008

C.P.M. Cleiren, 'Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding. Overwegingen over belang en risico's van private 'deskundigen' inbreng', in: J.J.I. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht. Vol. 145. Meijers serie*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p.121-138.

Cleiren 2009

C.P.M. Cleiren, 'Het spreekrecht in het Nederlands strafproces getoetst aan een emancipatoir slachtofferperspectief', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2009, nr. 1, p. 40-51.

Cleiren 2010

C.P.M. Cleiren, 'De rechterlijke overtuiging. Een sprong met hindernissen', *RM Themis* 2010, p. 259-267.

Corstens 2005

G.J.M. Corstens, 'Rechterlijke dwalingen', *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 1733.

Corstens & Borgers 2011

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 7^e druk bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2011.

Crijns 2008

J.H. Crijns, 'Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding', in J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht. Vol. 145. Meijers serie*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 15-55.

Crijns, Van der Meij & Ten Voorde 2010

J. Crijns, P. van der Meij & J. ten Voorde, 'Forensisch onderzoek voor 'Dummies'', *Ars Aequi* 2010, p. 528-537.

Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1992

H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen, W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam: Contact 1992.

Derksen 2010

A.A. Derksen, 'Valkuilen van de alledaagse waarheidsvinding in de strafrechtcontext', *RM Themis* 2010, p. 194-205.

Van Dorst 1985

A.J.A. van Dorst, *De verjaring van het recht tot strafvordering*, diss. Tilburg, Arnhem: Gouda Quint 1985.

Dreissen 2007

W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken*, diss. Maastricht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Dreissen 2008

W.H.B. Dreissen, 'Promis. Over de nieuwe wijze van bewijsmotivering en de rol van de Hoge Raad', *Delikt en Delinkwent* 2008, p. 356-373.

Dubelaar & Nijboer 2008 (a)

M.J. Dubelaar & J.F. Nijboer, 'De procespositie van deskundigen eindelijk wettelijk verankerd', *Delikt en Delinkwent* 2008, p. 15-40.

Dubelaar Nijboer 2008 (b)

M.J. Dubelaar & J.F. Nijboer, 'De deskundige en de waarheid', *Delikt en Delinkwent* 2008, p. 966-983.

Duker 2003

M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting: een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*, diss. VU, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Feith 1910

R. Feith, *Het bewijs in strafzaken*, Den Haag: Belinfante 1910.

Fijnaut 2011

C.J.C.F. Fijnaut, 'De advocaat bij het politieke verdachtenverhoor: een risicante fundamentele keuze', in: J. Steenbergen e.a. (red.), *Liber amicorum René Foqué*, 2011 p. 221-234.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

Franken 1993

A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken*, diss. Tilburg, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Franken 2005

A.A. Franken, 'De verdediging en het gedragskundig onderzoek', *Delikt en Delinkwent* 2005, p. 600-609.

Garé 1996

D. Garé, 'Heeft ons negatief-wettelijk bewijsstelsel zijn langste tijd gehad?', *Delikt en Delinkwent* 1996, p. 119-133.

Ginzburg 1999

C. Ginzburg, *The Judge and the Historian. Marginal notes on a late-twentieth-century miscarriage of justice*, London/New York: Verso 1999.

Groenhuijsen 1982

M.S. Groenhuijsen, 'De criticus gekritiseerd', *Nederlands Juristenblad* 1982, p. 161-170.

Groenhuijsen 1985

M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding*, diss. Leiden, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.

Groenhuijsen & Wiemans 1989

M.S. Groenhuijsen & F.P.E. Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Groenhuijsen & Van der Landen 1990

M.S. Groenhuijsen & D. van der Landen, *De moderne richting in het strafrecht. Theorie, praktijk, latere ontwikkelingen en actuele betekenis*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Groenhuijsen 1993

M.S. Groenhuijsen, 'Een verhaal over strafrecht en grondslagentheorie', in: G.C.G.J. van Roermund c.a. (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 147-163.

Groenhuijsen 1994

M.S. Groenhuijsen, 'Mondige of gefortuneerde verdachten en de equality of arms in het strafproces', *Delikt en Delinkwent* 1994, p. 781-785.

Groenhuijsen 1996

M.S. Groenhuijsen, 'Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken in het strafprocesrecht', in: F.S.G.N.A.I. van de Griend & B.N.W. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 9-20.

Groenhuijsen 1997

M.S. Groenhuijsen, 'Sentencing principles and the impact of a crime upon its victim', in: B. Naudé, R. Snyman (eds.), *Crime and justice in the nineties, Papers from the Crimsa/Idasa conference 3-5 july 1996*, Pretoria 1997, p. (2) 29-43.

Groenhuijsen & Knigge (red.) 1999

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 1999.

Groenhuijsen 2004

M.S. Groenhuijsen, 'Bewijsrecht als toetssteen voor de systematiek van een Wetboek van Strafvordering. Pleidooi voor een vrij bewijsstelsel', in: A.H. Klip, A.L. Smculers, M.W. Wolleswinkel (red.), *KriTies. Liber amicorum et amicarum voor prof.mr. E. Prukken*, Deventer: Kluwer 2004, p. 147-158.

Groenhuijsen & Knigge (red.) 2004

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004.

Groenhuijsen 2010

M.S. Groenhuijsen, 'Berechting en bestraffing van witte boordencriminelen in Nederland', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 823-830.

Groenhuijsen 2011

M.S. Groenhuijsen, 'Verleden en heden van de geïntegreerde strafrechtswetenschap', in: Toine Spapens e.a. (red.), *Universalis. Liber amicorum Cyrille Fijnaut*, Antwerpen/Cambridge 2011, p. 125-139.

Groenhuijsen & Kooijmans 2011

M.S. Groenhuijsen & T. Kooijmans, 'Het strafrechtelijk onderzoek en het onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 201-224.

De Groot 1961

A.D. de Groot, *Methodologie. Grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen*, 's-Gravenhage: Uitgeverij Mouton 1961.

Van Hamel 1894

G.A. van Hamel, 'Het avant-projet voor een Zwitsers Wetboek van Strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* VIII, 1894, p. 183 e.v.

Van Hamel 1912

G.A. van Hamel, 'Rapport over onverbeterlijke misdadigers voor de derde vergadering van de Internationale Vereniging voor Strafrecht', *Verspreide opstellen*. Deel II 1892-1912, Leiden: N.V. Bockhandel en. Drukkerij 1912.

't Hart 1997

A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht*, Den Haag: SDU 1997.

't Hart 2001

A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Arnhem: Gouda Quint 2001.

Harteveld 2004

A.E. Harteveld, 'Bijzondere procedures', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en Verantwoording. Eindrapport onderzoeksgroep Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 487-503.

Den Hartog 2005

J.D. den Hartog, 'De selectie en waardering van bewijsmateriaal', in: A.E. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling (Liber amicorum G. Knigge)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 217-230.

Hielkema 1996

J. Hielkema, *Deskundigen in Nederlandse strafzaken*, diss. Rotterdam, Den Haag: SDU 1996.

Hoefnagels 1970

G.P. Hoefnagels, *Rituelen ter terechtzitting. Een voorstudie van emoties, attitudes en interacties tijdens het strafproces ter terechtzitting om te komen tot een methode van strafprocesvoering*, Deventer: Kluwer 1970.

Hutsebaut 2007

F. Hutsebaut, *Het deskundigenonderzoek in strafzaken en het probleem van de tegenspraak naar Belgisch recht*, preadvies NVVS, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 3-91.

Hutsebaut & Reijntjes 2007,

F. Hutsebaut en J.M. Reijntjes, *Deskundigen en tegenspraak in het Belgische en Nederlandse strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Van Kampen 1998

P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System*, diss. Leiden, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998.

Klaasse 1963

N.W. Klaasse, *De splitsing van het eindonderzoek in het strafproces*, diss. Utrecht, Tilburg: Gianotten 1963.

Knigge 1980

G. Knigge, *Beslissen en motiveren (de artt. 348, 350, 358 en 359 Sv)*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1980.

Knigge 2008(a)

G. Knigge, *Rapport naar aanleiding van het verzoek van het College van procureurs-generaal gedaan op grond van het rapport van de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken van 25 oktober 2007 betreffende de zaak Lucia de B*, d.d. 21 maart 2008.

Knigge 2008(b)

G. Knigge, *Vordering tot herziening inzake: L.I.Q. de B*, nr. 08/01492H, 17 juni 2008.

Knigge 2010

G. Knigge, 'Het belang van de waarheid', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2010, p. 181-183.

Kooijmans 2011(a)

T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 1091-1108.

Kooijmans 2011(b)

T. Kooijmans, 'Verboden toegang: de strafrechtelijke werking van het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid', in: T. Spapens e.a. (red.), *Universalis. Liber Amicorum Cyrille Fijnaut*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011, p. 167-190.

Kooijmans 2011 (c)

T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!*, oratie Tilburg: Tilburg University 2011

Van Koppen 2011

Peter van Koppen, *Overtuigend bewijs. Indammen van rechterlijke dwalingen*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2011.

Van Kordelaar 2002

W.F.J.M. van Kordelaar, *Beslissingsondersteuning onderzoek geestvermogens in het strafrecht voor volwassenen*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2002.

Kortenhorst 1990

B.M. Kortenhorst, *De motiveringsverplichting in strafzaken*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Korthals Altes 2011

W. F. Korthals Altes, 'Aparte strafmaatzittingen', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 74-75.

Kuhn 1979

Thomas Kuhn, *De structuur van wetenschappelijke revoluties*, Meppel: Boom 1979 (derde herziene druk).

Langemeijer 2004

F.F. Langemeijer, *Het slachtoffer en het strafproces*, Deventer: Kluwer 2004.

Lens, Pemberton, & Groenhuijsen 2010

K. Lens, A. Pemberton, M. Groenhuijsen, *Het spreekrecht in Nederland: een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?*, Tilburg: INTER-VICT 2010.

Mackor 2010

A.R. Mackor, '“Wat is waarheid?” De rol van deskundigen bij waarheidsvinding in de strafrechtspraak', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2010, p. 52-66.

Van Manen 2010

Niels van Manen, 'Springende rechters', in: Afshin Ellian, Timo Slootweg & Carel Smith (red.), *Recht, beslissing en geweten. Beschouwingen naar aanleiding van Paul Scholten*, Deventer: Kluwer 2010, p. 265-284.

Melai 1992

A.L. Melai, *Polariteit en tegenspraak. Een selectie uit het werk van A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint bv 1992.

Moedikdo 1976

P. Moedikdo, 'De Utrechtse School van Pompe, Baan en Kempe', in: Constantijn Kelk e.a. (red.), *Recht, macht en manipulatie*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1976, p. 90-154

Myjer 2002

E. Myjer, 'Strafrechtelijk onderzoek en waarheidsvinding', in: 'Waarheidsvinding'. *Justitiële Verkenningen* 2002, p. 26-35.

Nijboer 1982(a)

J.F. Nijboer, 'Naar een vrije bewijsregeling?', *Delikt en Delinkwent* 1982, p. 182-192.

Nijboer 1982(b)

J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1982.

Nijboer 2004

J.F. Nijboer 'Legaliteit en het strafrechtelijk bewijsrecht; uitholling van het wettelijk bewijsstelsel in strafzaken?', *Ars Aequi* 2004, p. 492-503.

Nijboer 2011

J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, zesde herziene druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Oei 2005

T.I. Oei, 'Forensisch psychiatrische aspecten en de 'state of the art' van Pro Justitia rapportage', *Strafblad* 2005, p. 465-487.

Packer 1968.

H.L. Packer, *The limits of the criminal sanction*, Stanford: Stanford University Press 1968.

Peters 1972

A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, oratie Utrecht, Deventer: Kluwer 1972.

Pirsig 1974

R.Pirsig, *Zen and the art of motorcycling maintenance*, London: Transworld Publishers Ltd. 1974.

Poell 1972

J.P.G. Poell, 'De veroordeelde in de (aan)val', *Advocatenblad* 1972, p. 279-282.

Popper 1966

K.R. Popper, *The Open Society and its Enemies*, London: Routledge & Keegan Paul 1966 (5^e druk), deel II: *The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath*.

Popper 1972

K.R. Popper, *Conjectures and Refutations*, London: Routledge & Keegan Paul 1972 (4^e druk).

Popper 1973

K.R. Popper, *Objective Knowledge: an Evolutionary Approach*, Oxford: Oxford University Press 1973.

Popper 1977

K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, London: Hutchinson 1977 (9e druk).

Prinsen 2008

Merel Prinsen, *Forensisch DNA-onderzoek. Een balans tussen opsporing en fundamentele rechten*, diss. Tilburg, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Reijntjes 2007(a)

J.M. Reijntjes, *Deskundigen en tegenspraak. Over het toetsen van deskundigenbewijs in strafzaken*, preadvies NVVS, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 93-196.

Reijntjes 2007(b)

J.M. Reijntjes, 'Lucia en de deskundigen', *Strafblad* 2007, p. 423-426.

Robroek 2011

R. Robroek, *De proeftuin 2010. Organiseren en verantwoorden door de strafrechter*, Research Memoranda Raad voor de Rechtspraak nummer 4, Den Haag 2011.

Rolin 1950

J. Rolin, *Het waarheidsserum. De toepassing van narcotica voor gerechtelijke doeleinden*, Helmond: Uitgeverij Helmond 1950.

De Roos 2006

Th.A. de Roos, 'Verdenking bepalend voor resultaat gedragskundig onderzoek? De proceshouding van de verdachte. Ontlastende betekenis van onderzoeksresultaten', in: T.I. Oei & M.S. Groenhuijsen (red.), *Capita selecta van de forensische psychiatrie anno 2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 404-406.

De Roos 2011

T.A. de Roos, 'Kroniek strafrecht', *Nederlands Juristenblad* 2011 p. 2272-2279.

Rozemond 2010

K. Rozemond, 'Slapende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2010, p. 35- 51.

Schmidhäuser 1961

E. Schmidhäuser, 'Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses', in: *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen 1961, p. 511-524.

Schuylt 2010

P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2010.

Simmelink 1993

J. Simmelink, 'Pratende baby's en naïeve strafrechters', *Delikt en Delinkwent* 1993, p. 650-670.

Simmelink 1999

J.B.I.M. Simmelink, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering', in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.) *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoekproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 397-454.

Simon van der Aa 1918

J. Simon van der Aa, *Eenige beschouwingen over de straftoemeting*, Groningen: Wolters 1918.

Simon van der Aa 1920

J. Simon van der Aa, 'Over de straftoemeting', *Tijdschrift voor Strafrecht* XXXI, 1920, p. 208 e.v.

Simons 1925

D. Simons, *Een beknopte handleiding tot het wetboek van strafvordering*, Haarlem: Bohn 1925.

Spronken 2008

T. Spronken, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *Nederlands Juristenblad* 2008, p. 949-958.

Spronken 2011

T. Spronken, 'Spreekrecht', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 2911.

Stevens 2010

L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis en vrijheidsstraf. De strafrechter voor voldongen feiten?', *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1520-1525.

Stevens & Verhoeven 2011

L. Stevens en W. Verhoeven, 'Wat is er mis met "een goed gesprek"? Een exploratief onderzoek naar pressie tijdens politieke verdachtenverhooren en risico's op valse bekentenissen', *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 114-131;

Stolwijk 1976

S.A.M. Stolwijk, *Het onderzoek ter terechtzitting*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1976.

Taverne 1927

B.M. Taverne, 'Motivering van strafvonnissen', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1927, p. 210-253.

Tribe 1985

Laurence Tribe, *God save this honorable court. How the choice of Supreme Court justices shapes our history*, New York: Mentor 1985.

Van Veen 1958

Th.W. van Veen, 'In hoeverre en onder welke voorwaarden mag de delinquent object zijn van strafrechtelijk onderzoek en zorg?', *Tijdschrift voor Strafrecht* LXVII, 1958 p. 153 e.v.

Vellinga-Schootstra 2011

F. Vellinga-Schootstra, 'Positieve verplichtingen en het verschoningsrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2011, p. 1027-1038.

De Vries 2002

G.H. de Vries, 'Wat is waarheid? Een filosofische benadering', in: *Waarheidsvinding*, Justitiële Verkenningen 2002 p. 16-25.

Vrij 1952

M.P. Vrij, 'L'influence de la Criminologie sur l'évolution du proces pénal', *Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 1952.

Wagenaar, Israëls & Van Koppen 2009

W.A. Wagenaar, H. Israëls & P.J. van Koppen, *De slapende rechter*, Amsterdam: Bert Bakker 2009.

Wendt 2008

J.A.I. Wendt, *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief*, diss. Rotterdam, Zutphen: Uitgeverij Paris 2008.

Wieland 1979

J.H. Wieland, 'Wetenschapstheorie en rechtswetenschap volgens Hans Albert', in: *Een beeld van recht*, Ars Aequi 1979, p. 149-158.

De Wilde 2008

B. de Wilde, 'Bewijsminimumregels als waarborgen voor de waarheidsvinding in strafzaken', in: J.H. J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht. Vol. 145. Meijers serie*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 269-294.

De Wilde 2009

B. de Wilde, 'Schakelconstructies in bewijsmotiveringen'. *Delikt en Delinkwent*, 2009, 563-588.