



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Commentaar van H.J.R. Kaptein bij H. Prakken

Kaptein, H.J.R.; Feteris, E.T.; Kloosterhuis, H.; Plug, H.J.; Pontier, J.A.

Citation

Kaptein, H. J. R. (2007). Commentaar van H.J.R. Kaptein bij H. Prakken. In E. T. Feteris, H. Kloosterhuis, H. J. Plug, & J. A. Pontier (Eds.), *'Alles afwegende ..': Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie, 22 juni 2007 te Rotterdam* (pp. 327-329). Nijmegen: Ars Aequi Libri. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14126>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14126>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Commentaar van H.J.R. Kaptein bij H. Prakken

De logica (of logica's?) van bewijslastverdeling is in de juridische argumentatietheorie en in de rechtspraktijk net zo onderbelicht als feitenkwesities in het algemeen, met alle gevolgen van dien. Dat klemt eens te meer omdat (als wel vaker opgemerkt) formele (rechterlijke) en informele conflictbeslechting voor het overgrote deel draait om betwiste feiten en niet om betwist recht. En dat is bepaald geen garantie voor juridisch (en menselijkerwijs) aanvaardbare beslissingen. Afgezien van kennelijke en terecht nogal wat aandacht trekkende misslagen in de strafrechtspleging gaat ook elders al dan niet in het verborgene wel eens iets goed mis, als feiten moeten worden vastgesteld. Meer dan eens heeft dat te maken met bewijslastverdeling. Alleen dat al maakt Prakken's bijdrage theoretisch én praktisch belangrijk.

'... iedere jurist weet dat de uitkomst van een rechtsgeding vaak afhangt van wie wat moet bewijzen.' Ja, maar daarmee zal Prakken niet hebben willen bedoelen dat de uitkomst afhankelijk behoort te zijn van verdelingen van bewijslasten. Alleen al onverdiende bewijsnood kan betekenen dat de feiten van het geval voor de rechter verborgen blijven, met alle onrechtende gevolgen van dien. Hoe dan ook, kwesities van feiten en bewijs in de rechtsvordering (en daarbuiten) kunnen niet beperkt zijn tot kwesities van bewijslastverdeling, in welke ruime zin dan ook.

Vervolgens beargumenteert Prakken de noodzaak van een (niet-monotone) logica van weerlegbare argumentatie op grond van het gegeven dat bewijs kan worden weerlegd door tegenbewijs. Hij lijkt er zonder meer van uit te gaan dat een monotone logica dergelijke argumentatie niet adequaat kan weergeven (dan wel toetsen op formele geldigheid) en verwijst voor argumentatie daartoe dan ook naar andere bronnen. Dat is misschien niet in elk opzicht bevredigend, al was het maar omdat (gewichten van) argumentatie en tegenargumentatie zich lijken te verzetten tegen zinvolle formalisering (zie daarover bijvoorbeeld schrijver dezes in *R&R* 2001, pp. 260 v.).

Belangrijker in dit verband zijn Prakken's onderscheidingen tussen bewezen, weerlegde en betwifelbare stellingen. Hij stelt dat een stelling is bewezen als alle tegenwerpingen zijn weerlegd. Letterlijk genomen kan dat niet waar zijn, want het komt neer op een drogredelijk *argumentum ad ignorantiam*. Hij zal dan ook hebben bedoeld: '... als alle mogelijke tegenwerpingen zijn weerlegd'. 'Mogelijk' kan dan betrekking hebben op logische dan wel rechtsvorderlijke mogelijkheden met betrekking tot de bewezen stelling. (Daarbij wordt afgezien van andere, in ieder geval kentheoretische problemen als 'bewezen stelling' zou worden gedefinieerd in termen van niet meer dan de onmogelijkheid van enige weerlegging).

Wat hier al opdoemt is het door Prakken niet besproken maar daarom niet minder fundamentele (en al zo lang slepende) conflict tussen historische en processuele waarheid in de rechtsvinding. Gaat het om historische waarheid als grondslag van (rechterlijke) conflictbeslechting, dan is een stelling pas bewezen als (in ieder geval) alle mogelijke feitelijke tegenwerpingen zijn weerlegd (alles natuurlijk binnen de perken van de rechtsvordering). Maar zou het gaan om processuele waarheid, dan is het feitelijk uitblijven van weerlegging zonder meer voldoende. Bijvoorbeeld: zwijgt een verweerder, hoe zeer ook de stelling van eiser in strijd is met historische feiten, dan geldt de stelling van eiser als bewezen in processuele zin. Aanhangers van historische waarheid (hoe moeilijk soms ook vaststelbaar) beschouwen bewijsrecht als niet meer dan heuristiek, of hooguit noodzakelijke regulering van de vrije zoektocht naar historische feiten, geleid door methoden van empirisch (archeologisch, historisch, psychologisch etc.) onderzoek. 'Processualisten' brengen daar tegenin dat die historische waarheid hoe dan ook niet meer is vast te stellen voor een rechter die er (bijna) nooit bij is geweest en dat partijen zelf verantwoordelijk zijn voor bewaking van hun bewijsposities. (Zie over die kwestie uitgebreider de bijdrage van schrijver dezes aan deze bundel, met stellingname ten gunste van historische waarheid.)

Zonder oplossing van, of tenminste standpuntbepaling in, dit geschil kunnen logica's van bewijslastverdeling niet goed uit de verf komen. Prakken lijkt te kiezen voor een 'processuele' opvatting, bijvoorbeeld als hij stelt dat het gegeven van niet weerlegde twijfel aan een stelling voldoende is om de steller te doen verliezen. In een procesuele opvatting van rechtsvorderlijke waarheid kan dat opgaan, in een historische opvatting niet. Daarbij blijven overigens ook nog buiten beschouwing rechterlijke vrijheden in waardering van bewijs, niet alleen in de civiele en bestuurlijke rechtsvordering maar ook in de strafvordering. Die waardering kan immers betekenen dat de rechter een niet weersproken (laat staan overtuigend weerlegde) stelling toch niet voor waar aanneemt.

Kern van Prakkens bijdrage is een driedeling van 'overtuigingslast', 'productielast' en 'tactische bewijslast'. Volgens hem is die niet alleen van toepassing in de Anglo-Amerikaanse rechtsvordering, maar ook in Nederland (en naar mag worden aangenomen in alle op dit punt vergelijkbare rechtsorden). Maar hoe verhoudt deze driedeling zich tot Nederlandsrechtelijke (met name civielrechtelijke) onderscheidingen als die tussen: substantiëringsplicht, (verdelingen van) bewijslast, proceshouding en (met name) civielrechtelijke (en bestuursrechtelijke) waarheidsplicht (in ieder geval op grond van het nieuwe art. 21 Rv.)? Met name die waarheidsplicht heeft tenminste op papier het civielrechtelijk bewijsrecht ten gronde veranderd. Partijen zijn immers gehouden om alle mogelijke gegevens, of die hen nu uitkomen of niet, voor te leggen aan de rechter. In beginsel kan de rechter oordelen op grond van een dergelijk 'totaalpakket van de feiten van het geval'. Alleen de eventuele nadere motivering van die feiten is dan nog onderworpen aan regels van bewijslastverdeling etc. (Hier wordt overigens duidelijk dat in ieder geval de Nederlandse wetgever heeft gekozen voor historische, tegen procedurele waarheid in de rechtsvinding.)

Prakken merkt terecht op dat de 'tactische bewijslast' voortdurend kan worden omgekeerd, ook in de strafvordering. Maar juist in de strafvordering zou de 'overtuigingslast' (bewijslast in min of meer gebruikelijke zin) alleen bij het Openbaar Ministerie kunnen liggen, op grond van de onschuldpresumptie. Prakken legt die uit als volgt: 'de verdachte is onschuldig totdat het tegendeel is bewezen'. Daargelaten de vraag of deze uitleg van de onschuldpresumptie gevolgen heeft voor bewijslasten en bewijs in het algemeen moet worden vastgesteld dat een dergelijke feitelijke bewering niets anders is dan (nog eens) een drogredelijk *argumentum ad ignorantiam*. Verdachten kunnen immers zo schuldig zijn als wat, tegenover een Openbaar Ministerie dat die schuld niet of onvoldoende kan aantonen. De onschuldpresumptie is dan ook een norm, in ieder geval gericht tot alle strafvorderlijke autoriteiten: verdachten (en burgers in het algemeen) dienen te worden behandeld alsof zij onschuldig zijn (hoe contrafactisch ook), totdat zij door de rechter ter zake zijn veroordeeld. Dat is een verbod van sanctionering door enige andere autoriteit dan de rechter, in ieder geval geen beroep op onwetendheid en bovendien heeft het in deze uitleg als zodanig geen enkel gevolg voor strafvorderlijke verdeling van bewijslasten (zie daarover schrijver dezes in Feteris e.a. (red.) (2004)).

Ook om andere redenen lijkt het niet zo zeker dat strafvorderlijke overtuigingslasten niet bij verdachten terecht kunnen komen. Afgezien van in ieder geval sinds *Salabiaku* (EHRM, 7-10-1988) toegelaten omkeringen van bewijslast moet ook worden gedacht aan 'Meer en Vaart'-achtige situaties, waarin verdachten tegen indirect bewijs gemotiveerd kunnen inbrengen dat de bewijsmiddelen een met de bewezenverklaring onverenigbare mogelijkheid openlaten. Ook in eerste aanleg kunnen dergelijke verweren worden gevoerd. Sterker nog, als verdachten dat niet doen, dreigt zonder meer veroordeling. Zo beschouwd ligt de bewijslast in de zin van overtuigingslast bij de verdachte, en niet bij het Openbaar Ministerie. Of dat wenselijk is, is een andere vraag.

Hoe dan ook, doordenking van Prakkens onderscheidingen kunnen niet alleen bijdragen aan de rechtstheorie, maar ook aan een bewijsrechtelijke praktijk die in meer dan enkele opzichten toe is aan grondige hervorming.

BIBLIOGRAFIE

H.J.R. Kaptein (2004). 'Geen bewijs is ook bewijs? Rechtsvordering *ad ignorantiam* als criminele ufologie'. In: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier (red.) *In het licht van deze overwegingen. Bijdrage aan het vierde symposium Juridische Argumentatie Rotterdam, 27 juni 2003*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 233-242.