

De logica van bewijslastverdeling (en wat het recht daar aan heeft)

Henry Prakken

Departement voor Informatica en Informatiekunde, Universiteit Utrecht
Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Groningen

1 Inleiding

Juridische claims moeten berusten op juridische gronden en die juridische gronden moeten toepasbaar zijn op grond van feiten. Dit klinkt eenvoudig maar iedere jurist weet dat de uitkomst van een rechtsgeding vaak afhangt van wie wat moet bewijzen. Het recht regelt dit middels de bewijslastverdeling. Doorgaans zegt men dat in het strafproces de bewijslast steeds bij het Openbaar Ministerie (OM) ligt vanwege het principe dat de verdachte is onschuldig tot tegendeel bewezen is, terwijl in het civiele geding de bewijslast over de partijen verdeeld kan worden. In dit artikel zal ik betogen dat de zaak subtieler ligt. Ook in het strafproces kan de bewijslast in bepaalde zin omkeren, en in het civiele proces kan de bewijslast op meerdere manieren verdeeld zijn over de partijen. Ik zal dit laten zien door een onderscheid tussen drie vormen van bewijslast uit het Anglo-Amerikaanse recht, namelijk ‘burden of persuasion’, ‘burden of production’ en ‘tactical burden’, op het Nederlandse recht toe te passen. Op het eerste gezicht lijkt dit vreemd omdat het Anglo-Amerikaanse procesrecht immers sterk verschilt van het Nederlandse. Toch zal ik betogen dat zo’n toepassing mogelijk is omdat het in essentie om een logisch onderscheid gaat. Ik zal met name laten zien dat met de Anglo-Amerikaanse begrippen bewijssituaties kunnen worden onderscheiden die niet door de Nederlandse wet onderscheiden worden terwijl dat logisch gezien wel zou moeten.

Logica is relevant in dit verband omdat bewijzen redeneren is en logica de leer van correct redeneren is. Goed bewijsrecht is dus gebaseerd op een deugdelijke logische analyse van bewijzen. Maar de logica die nodig is, is niet de klassieke deductieve logica: zoals iedere jurist weet kan bewijs weerlegd worden door tegenbewijs en daarom is een logica van weerlegbare argumentatie nodig. Overigens hoeft de lezer niet bang te zijn voor ingewikkelde formules: alles kan gezegd worden in het licht van het algemene idee dat bewijsargumentatie weerlegbaar is en met behulp van voorbeelden.

In mijn analyse zal ik abstraheren van de precieze Nederlandse bewijsprocedures in de verschillende rechtsgebieden. De enige aanname die ik maak is dat op verschillende momenten nieuwe rechtsgronden en nieuwe bewijsmiddelen aangevoerd kunnen worden; in hoeverre deze mogelijkheid door het bewijsrecht beperkt wordt is voor mijn betoog niet relevant.

2 Weerlegbare argumentatie logisch bezien

In deze paragraaf zal ik kort en informeel het idee van een logica voor weerlegbare argumentatie uitleggen. De relevantie van zo’n logica voor juridisch bewijzen laat zich eenvoudig illustreren aan de hand van de taak van de rechter in een geding. Zoals gezegd moeten juridische claims berusten op juridische gronden en moeten die juridische gronden toepasbaar zijn op grond van feiten. Juridische procedures reguleren het aanvoeren van rechtsgronden en bewijsmiddelen. De rechter moet vervolgens beslissen of het aangevoerde bewijs de feiten voldoende aannemelijk maken en zo ja, of die feiten de rechtsgronden inderdaad toepasbaar maken. Laten we ons concentreren op het bewijs van de feiten en voor het gemak aannemen dat de juridische kwesties eenduidig zijn (als ze dat niet zijn is dat reden temeer om van weerlegbare argumentatie te spreken). Logisch gezien moet de rechter dan twee kwesties beslissen. De eerste is of het aangevoerde bewijs de feiten op zichzelf genomen voldoende aannemelijk maakt (*interne geldigheid* van argumentatie). Als dat niet zo is dan kan de rechter de feiten natuurlijk niet

als vaststaand aannemen, maar als het wel zo is, dan zijn de feiten nog niet bewezen, want zoals gezegd kan bijna elk bewijs in twijfel getrokken worden door tegenbewijs. In het burgerlijk recht erkent de wet dat zelf in Art. 151 lid 2 van het Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering, maar in het strafrecht is dat natuurlijk ook mogelijk: van op het eerste gezicht betrouwbare getuigen kan betoogd worden dat ze dat toch niet zijn, van een op het eerste gezicht deugdelijk DNA-onderzoek kunnen gebreken aan het licht komen, enzovoorts. Daarom moet de rechter, ook als hij het bewijs bij afwezigheid van tegenbewijs zou accepteren, als er zulk tegenbewijs is beslissen of dat het oorspronkelijke bewijs weerlegt (*dialectische geldigheid* van argumentatie). Met andere woorden, bewijsargumentatie is weerlegbaar: soms zijn conclusies die op basis van bepaald bewijs getrokken kunnen worden, niet meer afleidbaar in het licht van nieuw bewijs. Overigens geldt dit ook voor argumentatie over rechtskwesties, onder meer omdat op elke rechts- of interpretatieregels wel een uitzondering te bedenken is.

Het voorgaande is niet nieuw: velen in de rechtsfilosofie en de rechtsinformatica hebben dit eerder betoogd en hebben zogenaamde logica's voor weerlegbare argumentatie (ook wel niet-monotone logica's genoemd) toegepast op juridisch redeneren.¹ Soms zijn zulke logica's rechtstreeks aan de kunstmatige intelligentie ontleend (waar ze ondermeer gebruikt worden om robots over de empirische wereld te laten redeneren), soms zijn dergelijke logica's aangepast of zijn zelfs geheel nieuwe logica's voor juridisch redeneren ontwikkeld. Voor ons doel zijn hun verschillen minder belangrijk dan hun overeenkomsten. Als we spreken over onderbouwingen van stellingen (feitelijk dan wel juridisch) en tegenwerpingen tegen die onderbouwingen, dan is alleen het volgende van belang (hieronder gebruik ik 'stelling' als verzamelterm voor feitelijke of normatieve beweringen of claims):

(1) Op basis van bepaalde kennis (feitelijk bewijs, rechtsregels, interpretatieregels, principes, of wat dan ook) zijn er ten aanzien van het bewijs van een stelling drie mogelijkheden: een stelling kan *bewezen* zijn (alle tegenwerpingen zijn weerlegd), ze kan *weerlegd* zijn (minstens één tegenwerping is bewezen) en ze kan *betwifelbaar* zijn (minstens één tegenwerping kan niet weerlegd worden hoewel ze ook niet bewezen is). Kenmerk van weerlegbare argumentatie is dus de 'driewaardigheid' van conclusies. Behalve bewezen of weerlegd kan een stelling ook 'betwifelbaar' zijn: we kunnen dan niet zeggen dat juist is maar ook niet dat ze onjuist is: voor beide mogelijkheden is wat te zeggen.

(2) Zelfs als een stelling op basis van bepaalde kennis bewezen is, kan dat weer veranderen bij nieuwe informatie. Hetzelfde geldt voor weerlegde of betwifelbare stellingen. Het is juist om deze reden dat een goede juridische procedure aan alle relevante partijen een faire gelegenheid biedt om niet alleen hun eigen claims en stellingen te onderbouwen maar ook die van de 'tegenstander' te weerspreken.²

Ik heb in het bovenstaande verondersteld dat het mogelijk is om de relatieve sterkte van onderbouwingen en tegenwerpingen te bepalen, maar dat is natuurlijk niet triviaal en hierover is al heel veel geschreven. Toch kunnen we voor het doel van dit artikel abstraheren van dit probleem: het enige dat relevant is, is dat rechters, geconfronteerd met alle onderbouwingen en tegenwerpingen, op een of andere manier onderscheid kunnen maken tussen 'ik ben er van overtuigd dat stelling S juist is', 'ik ben er van overtuigd dat stelling S onjuist is' en 'ik ben er niet van overtuigd dat stelling S juist is'.

Een terzijde: de lezer vraagt zich misschien af waarom voor deze voor de hand liggende observaties formele logica's nodig zijn. Toch is de eenvoud bedrieglijk. Ten eerste heeft argumentatie vaak een bepaalde structuur, waarbij in meerdere stappen van premissen naar conclusie geredeneerd wordt, en elk van deze stappen kan aangevallen worden. Ten tweede kan een aanval op een stuk argumentatie gepareerd worden door een tegenaanval: getuigenbewijs voor zelfverdediging in een mishandelingzaak, dat op

¹ Voor overzichten over de literatuur zie Hage (2000) en Bench-Capon & Prakken (2006).

² Om deze reden heeft bewijslastverdeling naast logische ook dialogische aspecten. Zie hiervoor onder meer Leenes (1998) en Hage (1999).

zichzelf een tegenwerping is tegen een aanklacht van mishandeling kan bijvoorbeeld gepareerd worden door de betrouwbaarheid van de getuigen te ondermijnen. En hetzelfde geldt weer voor die ondermijning, enzovoorts. Formele logica's voor weerlegbare argumentatie zijn heel nuttig bij het in kaart brengen van zulke complexe relaties tussen verschillende argumentaties.

3 Weerlegbare argumentatie en bewijslastverdeling

Wat betekent het voorgaande nu voor bewijslastverdeling? Die is vooral relevant voor de tussencategorie van betwifelbare stellingen. Als een stelling bewezen is moet ze geaccepteerd worden hoe de bewijslast ook ligt, als ze weerlegd is moet ze verworpen worden hoe de bewijslast ook ligt, maar als een stelling betwifeld is kan dat toch voldoende zijn voor degene die de bewuste stelling verdedigt: als de tegenstander de bewijslast heeft voor het tegendeel, zal dat tegendeel natuurlijk ook betwifeld zijn en verliest de tegenstander op dat punt. Juristen spreken in dat geval van het *bewijsrisico* van degene die de bewijslast heeft.

We kunnen nu een eerste poging doen om de bewijslast van een stelling logisch te karakteriseren: degene die de bewijslast heeft voor stelling S, moet zorgen dat aan het eind van een geding de rechter vindt dat op basis van de dan beschikbare informatie, de stelling bewezen is. Anders gezegd: wie de bewijslast heeft voor stelling S moet zorgen dat de rechter er aan het eind van overtuigd is dat S juist is, maar wie de bewijslast voor S niet heeft hoeft niet te zorgen dat de rechter aan het eind overtuigd is van de onjuistheid van S: voldoende is dat de rechter niet meer overtuigd is van de juistheid van S.

Deze analyse lijkt op het eerste gezicht aannemelijk, maar toch ligt de zaak ingewikkelder.³ Mijn stelling is dat het Anglo-Amerikaanse recht dat beter begrepen heeft dan het Nederlandse. Het maakt een onderscheid tussen drie soorten bewijslast.⁴ De 'burden of persuasion', ook wel 'legal burden of proof' genoemd, is zoals hierboven omschreven: wie de bewijslast heeft voor een stelling, verliest als er twijfel over blijft bestaan. Ik zal deze de *overtuigingslast* noemen. De 'burden of production', ook wel 'evidential burden' genoemd, is de taak om een stelling te onderbouwen met gronden die op zichzelf beschouwd, dus zonder naar tegenbewijs te kijken, een minimum aan geloofwaardige onderbouwing verlenen. Aan deze bewijslast is voldaan als een redelijk persoon op basis van alleen dit bewijs de stelling voor juist zou kunnen accepteren. Deze last zal ik *productielast* noemen. In het Anglo-Amerikaanse recht is ze relevant op de momenten in rechtsgedingen waarop beslist moet worden of een kwestie aan de 'trier of fact' (meestal een jury) voorgelegd moet worden of door de rechter afgedaan kan worden wegens gebrek aan enig aannemelijk bewijs. Omdat het Nederlandse procesrecht anders in elkaar zit, kennen wij deze notie niet als zodanig. Toch is ze indirect ook bij ons relevant. Neem weer een mishandelingzaak: als de verdediging na op het eerste gezicht overtuigend bewijs van het OM met de armen over elkaar blijft zitten, zal de rechter in het algemeen niet eens overwegen of er sprake is van een strafuitsluitingsgrond: dat zal hij pas doen als het bestaan van zo'n grond door bewijs een meer dan theoretische mogelijkheid is geworden. In die zin heeft de verdediging dus een informele productielast. Aan de andere kant heeft de verdachte niet de overtuigingslast: het OM heeft, als een strafuitsluitingsgrond aan de orde gesteld is, de overtuigingslast dat die zich niet voordoet (als tenminste strikt vastgehouden wordt aan het principe dat een verdachte onschuldig is tot het tegendeel bewezen is).

Een derde notie uit het Anglo-Amerikaanse bewijsrecht is de 'tactical burden of proof'. In ons voorbeeld heeft de verdediging niet alleen de productielast voor een strafuitsluitingsgrond, maar heeft ze ook een tactische plicht om met zulk sterk bewijs te komen dat de rechter er niet meer van overtuigd zal zijn dat

³ De nu volgende analyse is een informele bewerking van een meer formele logische analyse in Prakken & Sartor (2006).

⁴ De volgende omschrijving is ontleend aan Williams (2003).

zo'n grond niet bestaat. Dit is geen bewijslast in juridische zin maar berust op een inschatting van hoe de rechter waarschijnlijk zal oordelen. Deze *tactische bewijslast* kan voortdurend omkeren: zodra de verdediging ze vervuld heeft (bijvoorbeeld met getuigenverklaringen die sterke aanwijzingen geven voor zelfverdediging) dan rust op het OM de tactische plicht om dat tegenbewijs te pareren, bijvoorbeeld door de onbetrouwbaarheid van de getuigen aan te tonen (alweer onder inschatting van hoe de rechter daar waarschijnlijk over zal beslissen). Een belangrijk punt is dat voor het OM de inhoud van deze tactische bewijslast hoger is dan voor de verdediging: omdat het OM de overtuigingslast heeft voor de stelling dat er geen strafuitsluitingsgrond is, zal het OM met zodanig bewijs moeten komen dat de rechter naar inschatting er van overtuigd zal raken dat er niet zo'n grond is. Voor het OM is het, anders dan voor de verdediging, onvoldoende om op dit punt twijfel te laten bestaan. Concluderend, in het strafrecht kan de bewijslast heel goed omkeren, tenminste als het om de tactische bewijslast gaat.

De tactische bewijslast is geen juridische maar een logische notie: ze ontstaat automatisch door het weerlegbare karakter van bewijsargumentatie. Zodra een stelling in een bepaalde informatietoestand (naar inschatting van hoe de rechter het bewijs zal waarderen) bewezen is, rust op degene die niet de bewijslast voor de stelling heeft de tactische plicht om een nieuwe informatietoestand te creëren waarin de stelling betwifelbaar of weerlegd is. En zodra ze dat is, rust op de partij die de bewijslast heeft de tactische plicht om een nieuwe kennistoestand te creëren waarin de stelling weer bewezen is, enzovoorts.

Tot nu toe heb ik alleen gevallen besproken waarin de tactische bewijslast omkeert, maar kan ook de overtuigingslast omkeren? Als het principe dat de verdachte onschuldig is tot het tegendeel bewezen is strikt gehandhaafd wordt, is dat in het strafrecht onmogelijk. Maar in het civiele recht ligt dat anders. Ik zal dit illustreren met een voorbeeld uit het overeenkomstenrecht. Art. 6:217 BW zegt dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding. Op grond van de hoofdregel van Art. 150 Rv moet iemand die nakoming van een overeenkomst claimt dus bewijzen dat er een rechtsgeldig aanbod en rechtsgeldige aanvaarding is geweest, en dat er sprake is van wanprestatie door de debiteur. Mocht gedaagde zich willen beroepen op vernietigbaarheid van haar aanvaarding wegens bijvoorbeeld wilsgebreken, dan heeft zij (weer volgens de hoofdregel) de bewijslast voor het bestaan van een wilsgebrek. Laten we aannemen dat er in casu geen aanleiding is om een uitzondering op de hoofdregel van Art. 150 Rv te maken. En laten we er voor dit moment ook van uit gaan dat Art. 150 Rv gaat over de overtuigingslast. Stel dat gedaagde alleen betwist dat er van een aanvaarding sprake was. Ze heeft dan twee mogelijkheden: ze kan zorgen dat eiser zijn bewijslast voor het bestaan van de aanvaarding niet vervult, of ze kan zorgen dat de aanvaarding vernietigbaar is wegens een wilsgebrek.

Stel dat eiser zijn claim dat gedaagde zijn aanbod aanvaard heeft onderbouwt met verklaringen van twee getuigen. Gedaagde moet nu inschatten of de rechter de getuigen voldoende betrouwbaar zal vinden. Is dat waarschijnlijk, dan doet gedaagde er verstandig aan om met tegenbewijs te komen dat naar haar beste inschatting verhindert dat eiser zijn overtuigingslast op dit punt vervult. Met andere woorden, gedaagde heeft de tactische bewijslast om zodanig bewijs te verschaffen dat de waarschijnlijke uitkomst is dat zij wint. Stel gedaagde verschaft het tegenbewijs in de vorm van twee getuigen die beweren dat gedaagde eiser's aanbod helemaal niet aanvaard had maar slechts liet weten dat ze geïnteresseerd was. Als verder geen bewijs ingebracht wordt, zal de rechter de geloofwaardigheid van de getuigen moeten inschatten en op basis daarvan moeten beslissen. Vindt de rechter dat er op basis van de vier getuigenverklaringen twijfel blijft, (met andere woorden, is de rechter er niet van overtuigd dat het aanbod aanvaard is), dan wint gedaagde omdat eiser niet aan zijn overtuigingslast voldaan heeft. Merk op dat als eiser deze beslissing na gedaagde's tegenbewijs had moeten voorzien, eiser op dat moment er verstandig aan had gedaan om met tegenbewijs tegen het tegenbewijs te komen. Op dat moment lag de tactische bewijslast dus weer bij eiser. Merk weer op dat er een belangrijk verschil is tussen de tactische bewijslast van eiser en die van gedaagde: terwijl eiser de rechter er van moet overtuigen dat gedaagde het aanbod aanvaard had, hoeft gedaagde alleen maar twijfel te zaaien, en te zorgen dat de rechter er niet meer van overtuigd is

dat zij het aanbod aanvaard had. Met andere woorden, de overtuigingslast heeft de hele tijd bij eiser gelegen.

De situatie is anders als gedaagde ervoor kiest om een wilsgebrek te claimen. Stel dat ze claimt dat ze door eiser bedreigd is, dat ze dit onderbouwt met twee getuigen en dat nu eiser met twee tegengetuigen komt. De situatie lijkt nu hetzelfde als bij de eerste tactiek van gedaagde: weer moet de rechter beslissen welke getuigen geloofwaardig zijn. Maar toch is er een belangrijk verschil. Als de rechter nu in twijfel blijft of eiser gedaagde bedreigd heeft, wint eiser op dit punt omdat de bewijslast hiervoor volgens Art. 150 Rv bij gedaagde ligt. De door haar gestelde feiten hebben immers het rechtsgevolg dat de overeenkomst vernietigbaar is. Dit betekent ook dat de inhoud van de tactische bewijslast anders ligt: telkens als deze omkeert richting gedaagde dient deze de rechter ervan te overtuigen dat eiser haar bedreigde, en telkens als de tactische bewijslast omkeert richting eiser, hoeft deze slechts te zorgen dat de rechter daarvan niet meer overtuigd is. Hij hoeft niet te zorgen dat de rechter er van overtuigd is dat hij gedaagde niet bedreigde. Concluderend kan de overtuigingslast in een civiel geding verdeeld zijn over de partijen. (Strikt genomen keert ze niet om, omdat eiser nooit de overtuigingslast heeft gehad van het niet bestaan van een wilsgebrek. Alleen de tactische bewijslast kan omkeren.)

4 Conclusie

In dit artikel heb ik beargumenteerd dat het bekende Anglo-Amerikaanse onderscheid tussen drie soorten bewijslast ook voor het Nederlandse bewijsrecht relevant is. De belangrijkste conclusies tot nu toe zijn (1) dat ook in het strafrecht de bewijslast kan omkeren, namelijk de tactische bewijslast; en (2) dat er in het civiele recht verschil is tussen situaties waarbij gedaagde alleen de tactische bewijslast heeft terwijl de overtuigingslast bij eiser ligt en situaties waarin gedaagde ook de overtuigingslast heeft.

Maar er is meer. De vraag rijst of er in de Nederlandse rechtspraktijk wel onderscheid gemaakt wordt tussen de verschillende vormen van bewijslast. Deze vraag rijst vooral omdat de Nederlandse wet, anders dan het bewijsrecht in Anglo-Amerikaanse jurisdicties, ze niet expliciet onderscheidt, terwijl met name het onderscheid tussen tactische bewijslast en overtuigingslast logisch zeer relevant is: de uitkomst van een geding kan afhangen van de vraag of een bepaalde bewijslast een overtuigingslast is of slechts de zwakkere last om twijfel te zaaien. Bepalingen als Art. 150 en 151 Rv zijn daarom ambigu. Gaan ze alleen over de overtuigingslast, of is het denkbaar dat ze aan eiser altijd de overtuigingslast opleggen maar aan gedaagde altijd slechts de zwakkere bewijslast om twijfel te zaaien? Of is het zelfs denkbaar dat dit per geval verschilt? In het Anglo-Amerikaanse recht verschilt het inderdaad per geval (zie bijv. Williams, 2003), dus waarom in het Nederlandse recht niet? Het zou ook interessant zijn om te zien of rechters in de praktijk systematisch onderscheid maken tussen de verschillende noties van bewijslastverdeling en zo nee, of dat tot bewijsrechtelijke fouten leidt. Het voert nu te ver om deze vragen te beantwoorden. Het voornaamste doel van dit artikel is om te laten zien dat dit zinvolle en belangrijke vragen zijn die nadere bestudering verdienen.

Literatuurlijst

T.J.M. Bench-Capon, H. Prakken (2006). 'Argumentation'. In A.R. Lodder & A. Oskamp (red.): *Information Technology & Lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer Verlag, p. 61-80.

J.C. Hage (1999). 'Een dialoogmodel voor juridische rechtvaardiging en bewijslastverdeling'. In: *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 28, nr. 2. p. 125-138.

J.C. Hage (2000). 'Dialectical models in artificial intelligence and law'. *Artificial Intelligence and Law* vol. 8, no. 2-3, p. 137-172.

R.E. Leenes (1998). *Hercules of Carneades, Hard cases in recht en rechtsinformatica*, dissertatie UT, Enschede: Twente University Press.

H. Prakken, G. Sartor (2006). 'Presumptions and burdens of proof'. In T.M. van Engers (red.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference*. Amsterdam etc, IOS Press, p. 21-30.

C. Williams (2003). 'Burdens and standards in civil litigation'. *Sydney Law Review*, 25, p. 165-188.