

Heraclites en Parmenides voor de rechter

Beslissen is kiezen: maar hoe en waaruit? De eenmaal genomen beslissingen zijn het zichtbare resultaat van even onzichtbare als ongrijpbare denkprocessen. De manier waarop juristen te werk gaan, wordt gekanaliseerd door het positieve recht. Het is eigen aan de rechtswetenschap dat er een groot – misschien zelfs blind? – vertrouwen bestaat dat het materiële en het formele recht voor de dagelijkse praktijk toereikend zullen zijn. De hulp van andere wetenschapsgebieden, vooral empirische, blijkt echter noodzakelijk. Waarom is die inbreng onmisbaar en hoe geef je dit een plaats in de rechtspraak?

Betrouwbare kennis

Het onlangs verschenen boek *De ware toedracht, praktische wetenschapsfilosofie voor waarheidzoekers* van emeritus hoogleraar wetenschapsfilosofie Ton Derksen heeft in de pers veel aandacht gekregen. Hij heeft de tijd dan ook mee. De afgelopen acht jaar bleek het nodig vier rechtszaken over levensdelicten te herzien waarbij de veroordeelden alsnog werden vrijgesproken. Het meest recent was de zaak *Ina Post* die na 24 jaar van de haar ten laste gelegde moord op een bejaarde vrouw werd vrijgesproken.¹ Al eerder publiceerde Derksen *Reconstructie van een gerechtelijke dwaling*, over de zaak *Lucia de B.* Centraal thema in zijn nieuwste boek is dat allen die als opsporingsambtenaar, officier van justitie of als rechter(-commissaris) bij strafzaken betrokken raken te weinig weet hebben van mogelijke praktische en psychologische valkuilen met een gerechtelijke dwaling als onvermijdelijk gevolg. De ondertoon van Derksens boek kan weergegeven worden in de woorden van de Engelse dichter Robert Browning (1812-1889): 'Ignorance is not innocence but sin'.

Een andere filosoof en tevens jurist, Herman Philipse, gaf dit voorjaar in Utrecht een serie colleges onder de titel *Betrouwbare kennis, een historisch-thematische inleiding in de wetenschapsfilosofie*.² In zijn openingscollege wordt het praktische belang van betrouwbare kennis centraal gesteld. De recente vertrouwenscrisis over klimaatwetenschap bijvoorbeeld werd ingegeven door twijfel over de juistheid van gegevens in het IPCC-rapport.³ We stuiten op een aantal fundamentele vragen. Via welke methode wordt betrouwbare kennis verworven? Hoe hanteren, interpreteren en rapporteren we die kennis en hoe gebruiken we de informatie bij het nemen van beslissingen? Betrouwbare kennis is vanzelfsprekend een voorwaarde voor betrouwbare rechtspraak – maar is dat eigenlijk geen open deur? Philipse laat zien hoe gedurende millennia denkers op uiteenlopende manieren met deze materie geworsteld hebben en dat levert een uiterst boeiende ideeëngeschiedenis op.

De vraag is nu: beschikken we na alle intellectuele worstelingen met deze materie over definitieve antwoorden op alle kwesties rond betrouwbare kennis? Belangrijker nog: heeft deze queeste – inclusief genoemd boek – nu de praktische oplossingen gebracht waardoor bijvoor-

beeld een gerechtelijke dwaling definitief tot het verleden behoort? Wie de collegeserie van Philipse beluistert, komt tot een minder stellige conclusie dan Derksens gelijkhebbende geschrift. Ja, we kunnen valkuilen zeker in kaart brengen en ja, er zijn wegen om die valputten te vermijden. Maar het probleem van – achteraf gezien – onjuiste beslissingen is daarmee beslist de wereld nog niet uit. De gesignaleerde kwestie ligt eigenlijk op een veel fundamenteeler niveau.

Het Griekse schisma

Zo'n 2500 jaar geleden boog men zich al over de vraag waar we betrouwbare kennis kunnen vinden en die opgave werd op twee essentieel uiteenlopende manieren beantwoord. Dat was de ontstaansperiode van twee verschillende kennistheoretische kampen die elkaar sindsdien, soms bijna op leven en dood, hebben bestreden: het empirisme en het rationalisme. Heraclites (535-480 v.Chr.) poneerde dat werkelijk inzicht voortkomt uit ervaring door waarnemingen die de mens doet. Dat is het startpunt van ware kennis, het empirisme. Voor tijdgenoot Parmenides (540-? v.Chr.) daarentegen was niet waarnemen maar denken de enige juiste bron: het idee als startpunt van ware kennis, het rationalisme. Rechtsgeleerdheid wortelt sterk in die rationalistische traditie. Antwoorden op vragen als 'wat is rechtvaardigheid?', 'wanneer is iemand aansprakelijk?' of 'wanneer is er sprake van dood door schuld?' ontspruiten aan de geest. Blader bijvoorbeeld eens door John Rawls *A theory of justice*: een en al gedachten en ideeën.⁴ Of lees het boek van rechtsfilosoof Michael Sandel *What's the right thing to do?*⁵ Actualiteiten kunnen weliswaar als startpunt of voorbeeld dienen, maar zintuiglijke waarnemingen – als die al enige rol spelen – komen beslist op het tweede plan. De werkplek van de jurist is diens studeerkamer met rechtsgeleerde teksten als informatiebron en diens brein als werkstation. Het zal dan ook geen verbazing wekken dat Parmenides zich met wetgeving bezighield.

Forensisch onderzoek, gedragsonderzoek van een verdachte of het analyseren van een geval van vermeende medische aansprakelijkheid vraagt om intelligent speurwerk, om zintuiglijke waarnemingen, om feiten. Hier dienen de empirische wetenschappen zich in hun

* Dr. dr. R.W.M. Giard is als universitair hoofddocent verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam en als klinisch patholoog aan het Maasstad Ziekenhuis te Rotterdam, tevens is hij redactielid van dit tijdschrift. Met dank aan Dineke de Groot voor haar commentaren op een eerdere versie van dit artikel.

1. Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2010, LJN BN9444.

2. Deze serie is als luisterboek verschenen onder de titel *Betrouwbare kennis* bij Home Academy, 2010.

3. IPCC staat voor *Intergovernmental Panel on Climate Change*.

4. De Nederlandse versie: J. Rawls, *Een theorie van rechtvaardigheid*, Rotterdam: Lemniscaat 2006.

5. Recent ook in ons land verschenen onder de titel *Rechtvaardigheid. Wat is de juiste keuze?*, Kampen: Uitgeverij Ten Have 2010.

verschillende gedaantes aan. De empiristen werken in het veld, ze staan 'met de poten in de klei' en werken met hun zintuigen en instrumenten. Zonder die empirische inbreng is rechtvaardige rechtspraak dan ook in veel gevallen beslist onmogelijk.

Het is eigen aan de rechtswetenschap dat er een groot vertrouwen bestaat dat het materiële en het formele recht voor de dagelijkse praktijk toereikend zullen zijn, de rationalistische kant. Hoe gedetailleerd van uitvoering en hoe ver dat systeem ook reikt, het biedt geen exacte instructies voor het verwerven en interpreteren van informatie en evenmin voor het oplossen van de besliskundige dilemma's die voortvloeien uit de concrete problemen die men voorgeschoteld krijgt.

Voor het verwerven en verwerken van empirische kennis is het nodig om de verzamelde informatie te ordenen, te analyseren en ten slotte te evalueren. Om die taak van denken en oordelen op de juiste wijze te kunnen doen zijn meer algemene intellectuele standaardvaardigheden vereist die aangeduid worden met termen als analytisch of kritisch denken. Een en ander maakt voldoende duidelijk dat wat betreft de rechtspraktijk empirisme en rationalisme beslist niet tegenover elkaar staan, maar dat de inbreng van beide verschillende manieren van kennisverwerving nodig is. Sterker nog: ze dienen met elkaar verflochten te worden! Maar daarbij moet van de zijde van juristen wel enige huiver worden overwonnen. Het impliceert immers dat praktijkjuristen voldoende kennis dienen te hebben van de werkwijze van hun empirische 'hulptroepen' en de juridische implicaties van hun bevindingen. Er dienen zich ook – en dat is juristen vanzelfsprekend eigen – normatieve vragen aan: aan welke methodologische vereisten dienen de bijdragen van de empirische hulptroepen te voldoen en hoe pas je die kennis toe binnen deze specifieke context? In het post-academisch onderwijs wordt met het bijbrengen van dergelijke niet-juridische kennis inmiddels – schoorvoetend – een begin gemaakt. In het universitaire juridisch onderwijs wordt hier en daar schuchter gepoogd om studenten vertrouwd te maken met een interdisciplinaire benadering van juridische vraagstukken. Maar soms is de weerstand daartegen nog groot.

Redeneren is niet zonder risico's

De taak van de rechter neemt met zich mee dat hij of zij denkt en redeneert, dus een belangrijk aandachtspunt is de manier waarop beslissingen worden genomen. De verwachting leeft dat hierbij op een rationele wijze te werk wordt gegaan: er wordt een normatief model gehanteerd dat de magistraat door woelige zeeën met zijn talrijke klippen loodst. Bij gerechtelijke dwalingen moet daar toch iets mis zijn gegaan. Op die rationaliteitsveronderstelling is wel het een en ander af te dingen. Misschien is een belangrijk deel van wat we voor rationaliteit houden vooral gewoonte. Onze mogelijkheden voor rationaliteit blijken bovendien technisch en praktisch begrensd, het begrip *bounded rationality*. Daarnaast heeft veel psychologisch onderzoek uitgewezen dat we, veelal onbewust, lang niet altijd in overeenstemming met dat normatieve model handelen.⁶

Bij het redeneren wordt van argumenten gebruik gemaakt, die de uiteindelijk genomen beslissing rechtvaardigen. Er zijn drie verschillende wijzen van redeneren: deductief, inductief en abductief. De finale rechterlijke beslissing is steeds deductief en neemt de vorm aan van het zogeheten 'juridisch syllogisme', bijvoorbeeld:

- *Het is verboden om kauwgom uit een rijdende auto te gooien* (rechtsregel)
- *X wierp al rijdende zijn kauwgom uit het raampje* (bewezen feit)
- *Dus X overtrad de rechtsregel* (bewezenverklaring)

Als voldaan wordt aan de vereisten dat 1) de proposities kloppen en vervolgens 2) de wijze van argumenteren valide is, dan zal de uitkomst van de deductieve redenering altijd juist zijn. Zo blijkt deze vorm van redenering onder strikte voorwaarden dus heel veilig. Vervolgens doemt de vraag op hoe we aan onze premissen komen. We zien namelijk aan dit voorbeeld dat we voor het bewijs van de feitelijke handeling, het uit het raampje werpen van kauwgom, aangewezen zijn op empirisch onderzoek (waarnemen van gebeurtenissen), waaruit we vervolgens langs de weg van inductief redeneren de bewijsbeslissing trekken die onderdeel is van het juridisch syllogisme. Inductief redeneren is echter niet zonder risico's. We hebben sterk de neiging om tussen opeenvolgende gebeurtenissen verbanden te zien en oorzaken te willen afleiden. De Schotse filosoof David Hume (1711-1776), een empirist pur sang, confronteerde de wetenschappelijke wereld echter met de gedachte dat we er nooit zeker van kunnen zijn dat we oorzaken rechtstreeks kunnen waarnemen: het inductieprobleem. Het vaststellen van causaal verband in de zin van een *conditio sine qua non* is voor rechtspraak cruciaal. Als er na een moeizame bevalling kinderen worden geboren die een hersenbeschadiging blijken te hebben, bestaat daartussen dan een oorzakelijk verband en is die schade dan het gevolg van de manier waarop bij die bevalling werd geassisteerd? Dat zit al impliciet in de aanduiding 'geboorteschade'. Had degene die de verloskundige hulp bood anders – beter – moeten handelen?⁷ Alhoewel onze conclusie over oorzaak en gevolg juist kan zijn, blijkt het toch een riskante manier van redeneren, want we kunnen iets onterecht voor een oorzaak houden. We kunnen uit een reeks van gebeurtenissen langs inductieve weg de conclusie trekken wie de moordenaar van het dode meisje in het park moet zijn of wie de bejaarde vrouw moet hebben gewurgd, maar we kunnen achteraf op grond van nieuwe informatie of door kritische herbeoordeling van de feiten tot een verschillend oordeel komen, zoals we gezien hebben in de Schiedammer parkmoord respectievelijk de zaak *Ina Post*. De serie van strafrechtelijke dwalingen toont ons dat het aanvankelijk ingenomen standpunt onvoldoende dan wel onjuist onderbouwd was of wordt gefalsifieerd door nieuwe informatie. Hier ontmoeten we het gedachtegoed van Karl Popper, de fi-

6. Zie voor een recent overzicht D. Hardman, *Judgment and decision making. Psychological perspectives*, Oxford: BPS Blackwell 2009.

7. HR 7 december 2007, JA 2008, 23 (m.nt. R.W.M. Giard).

losoof die stelde dat wetenschappelijke uitspraken niet verifieerbaar maar wel falsifieerbaar zijn.⁸

Wat hebben we aan al deze kennistheoretische beschouwingen over het menselijk redeneren voor de rechtspraak? De laatste stap van de rechter is weliswaar diens deductieve redenering, maar het eraan voorafgaande inductieve redeneren is riskant vanwege de kans op fouten. Hebben we een alternatief daarvoor? Charles Sanders Peirce (1839-1914) kwam nog met een derde weg: het abductief redeneren. In het aansprakelijkheids- of strafrecht zijn we op zoek naar een causale verklaring voor een bepaalde gebeurtenis.⁹ We kunnen vervolgens met verschillende denkbare verklaringen komen en één daarvan kiezen als de meest plausibele: *inference to the best explanation*.¹⁰ Er is al veel geschreven over de vraag op welke wijze de manier van argumenteren door de rechter kan worden geïllustreerd, maar helpt ons dat dichter bij een oplossing van het probleem van de dwalingen?

Probleemoplossen, hypothesen en tunnelvisie

In welke toepassing van het recht dan ook, de rechter krijgt een probleem voorgeschoteld en dient daarover ten slotte een uitspraak te doen. Gedurende dat proces moet bewijs worden verzameld, beoordeeld en gewogen waarna de bewijsbeslissing valt. Die *problem solving* is steeds doelgericht, maar daarvoor zal de kwestie die uitgezocht dient te worden eerst moeten worden herkend én omschreven. Binnen een juridische context worden een of meer daarbij passende leerstukken gezocht. Als we naar een causale verklaring zoeken, genereren we een of meer mogelijke explicaties: hypothesen. Wanneer er een vermoeden is gerezen dat in een ziekenhuis een hulpverlener actief betrokken is bij het onverwacht overlijden van patiënten is de eerste vraag die zich aandient wat bij alle gestorvenen nu precies de doodsoorzaak was. Die uitkomsten zijn bepalend voor het verdere strafvorderlijke proces. In de zaak *Lucia de B.* bleek dat dit punt in de initiële fase van het onderzoek niet genoeg aandacht had gekregen – met alle gevolgen van dien.¹¹ Er kan al snel een verhaal de ronde gaan doen dat de gedachten te veel op één spoor zet, waardoor we onvoldoende kritisch staan ten opzichte van die geschiedenis zelf en andere mogelijke verklaringen niet actief natrekken. We kunnen dat fenomeen illustreren aan de hand van de volgende twee zinnen:

*Jos leek gelukkig getrouwd. Hij vermoordde zijn vrouw.
Jos leek gelukkig getrouwd. Hij vermoordde zijn vrouw
om haar erfenis te krijgen.*

De tweede zin geeft meteen de meeste duidelijkheid. Er lijkt snel een verklaring voor deze noodlottige gebeurtenis gevonden (langs inductieve weg?). De eerste zin

echter laat alle mogelijkheden nog open. We worden er hier toe uitgenodigd om langs abductieve weg mogelijke verklaringen te genereren, bijvoorbeeld: hield de vrouw er een buitenechtelijke verhouding op na of was er sprake van een psychose bij Jos, enz.¹² Er wordt soms gesteld dat het strafrecht noodzakelijkerwijs werkt met een 'narratief waarheidsbegrip', maar de beperking van een dergelijke aanpak is dat men verleid wordt door een ogenschijnlijk plausibel verhaal dat achteraf misleidend bleek.¹³ Experimenteren, zoeken naar alternatieve verklaringen is daartegen de remedie.

Het belang van een zorgvuldige aanpak van de initiële fase wordt geïllustreerd door de recent verschenen publicatie van de Politieacademie over hoe de eerste stappen na kennisname van een misdrijf bepalend kunnen zijn voor het succes van het onderzoek.¹⁴ Met behulp van de techniek als die van *mind mapping* worden de hypothesen over wat er gebeurd zou kunnen zijn vertaald in scenario's, en van elk scenario wordt vervolgens bepaald welke al bekende informatie dat script verifieert of falsifieert en welke informatie er nog ontbreekt – en dus onderzocht moet worden. Zo kan geïnventariseerd worden wat er allemaal uitgezocht moet worden en hoe dat onderzoek dient te worden georganiseerd. Idealiter werkt zo'n model als een trechter: we beginnen breed, maar gaandeweg versmalt het pad.

Als we voor een abductieve aanpak kiezen, zullen we over criteria dienen te beschikken die een gefundeerde keuze tussen verschillende verklarende hypothesen mogelijk maken. Benoemen we het fenomeen eenvoudigweg statisch met een woord of verklaren we werkelijk dynamisch hoe het kon gebeuren? Is de verklaring die we geven ook voldoende onderbouwd? Maken we ons niet schuldig aan een circulaire redenering: de hypothese verklaart de gebeurtenis, terwijl de gebeurtenis het aanvaarden van de hypothese kan rechtvaardigen?¹⁵ Bij diverse gerechtelijke dwalingen wordt 'tunnelvisie' als verklaring aangevoerd voor het optreden van de dwaling. In wezen wordt echter slechts een verschijnsel benoemd en rijst een meer fundamentele vraag: welke cognitieve fenomenen liggen hieraan ten grondslag? Tunnelvisie verklaart de gerechtelijke dwaling terwijl de dwaling tunnelvisie als verklaring rechtvaardigt. Geen enkele vorm van informeel logisch redeneren is ooit zonder risico's en een perfecte rechtspraak is een onbereikbaar ideaal.

Is het betere bewijsrecht de vijand van het goede?

De Roos signaleert in zijn recente kroniek van het strafrecht dat buiten het bastion van de rechtsgeleerdheid geroepen wordt dat de waarheidsvinding misschien wel

8. Zie voor een toegankelijk geschreven overzicht van deze problematiek M. Lezenberg & G. de Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.

9. Zie M.S. Pardo & R.J. Allen, 'Juridical proof and the best explanation', *Law and Philosophy* 2008, vol. 27, p. 223-268 en R.J. Allen, 'Explanationism all the way down', *Episteme* 2008, p. 320-328.

10. P. Lipton, *Inference to the best explanation*, London: Routledge 2004 (2nd ed.).

11. Zie M.J. 2010, 363 (m.nt. P.A.M. Mevis) en Th. de Roos, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2010, 1790.

12. N.N. Taleb, 'Narratieve misleiding', in: *De zwarte zwaan. De impact van het hoogst onwaarschijnlijke*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwzerijds 2008, p. 77-100.

13. Zie F. de Jong, 'Tussen schuld en waarheid: narrativiteit', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 207 e.v.

14. Th. Derksen, *Scenariomapping en Informatiegestuurd Politiewerk*, Politieacademie 2009.

15. P. Lipton, 'What good is an explanation?', in: J. Cornwell (ed.), *Explanations. Styles of explanation in science*. Oxford: Oxford University Press 2004, p. 1-22.

te belangrijk is om aan juristen over te laten.¹⁶ Men kan voor dergelijke kritiek niet doof zijn. Er zal dus door de magistratuur geïnvesteerd moeten worden in een extra zorgvuldige behandeling van bewijskwesities. Maar dit is een – typisch juridische – rationalistische stellingname. Hoe moet dan de empirische praktijk zijn? Wie draagt daarbij welke verantwoordelijkheid? Dient het materiële en formeelrechtelijke kader daaraan te worden aangepast?

Het verzamelen van betrouwbare kennis en een zorgvuldige beoordeling en interpretatie daarvan vormen een even logische als essentiële voorwaarde voor een billijk oordeel. Dat besef is niet pas na afloop van de zaak *Lucia de B.* ontstaan. Filosoof Larry Laudan beschouwt epistemologie als de kern van het strafrecht.¹⁷ In de loop der jaren zijn diverse bundels over de empirische praktijk van het bewijsrecht verschenen.¹⁸ Er is dus al veel praktische kennis.¹⁹ Het gaat er nu echter om dit weten in de rechtspraktijk in te bouwen.²⁰

Hoe nu verder?

De werkwijze bij rechtspraak toont vele overeenkomsten met diagnostiek van artsen. Er is een specifieke aanleiding, er wordt gericht naar aanwijzingen gezocht, de data worden geordend en geïnterpreteerd en daaruit wordt de conclusie getrokken aan welke aandoening de patiënt lijdt. Ook dokters dwalen – en vaker dan hen lief is. Ze zoeken naar oplossingen hiervoor en daarvan kan het recht profiteren.²¹ De medische praktijk heeft geleerd dat er een tweesporenbeleid nodig is om tot betere prestaties te komen. Onderzoek de gevallen waar het misging en probeer daaruit lessen voor de toekomst te trekken, de retrospectieve route. Daarnaast is het nodig de werkprocessen systematisch langs te lopen en in te schatten waar er iets fout zou kunnen gaan en gericht maatregelen te treffen, de prospectieve route. Eenzelfde weg is voor het recht denkbaar. Maar de kwestie van onjuiste beslissingen is niet uniek voor de rechts- of geneeskundige praktijk. Iedereen die beslissingen moet nemen, kan achteraf onaangenaam geconfronteerd worden met verkeerde keuzes en dus moeten we trachten wegen voor meer effectieve beslissingen te zoeken.²²

Dat vraagt afstand leren nemen van het dagelijkse geploeter en met een kritische blik processen en prestaties beoordelen, het perspectief van kwaliteitsbeoordeling en -bevordering van de rechtspraktijk. Het concrete doel is meer grip te krijgen op de problemen. Naast juridische zullen we ook epistemische standaarden voor betrouwbare kennis dienen te ontwikkelen. Zo verschijnen onze Griekse filosofische helden Heraclites en Parmenides samen met hun gedachtegoed voor de rechter. Wie van hen heeft er nu gelijk? In een door de rechter emotioneel-intelligent geleide comparitie van partijen zal blijken dat er maar één beslissing mogelijk is: alleen samen kunnen deze twee intellectuele reuzen het recht vooruit-

brenge, onderlinge strijd is uit den boze. Prediker zei het al: een gevlochten koord is sterker dan een enkel touw.

16. Zie noot 12.

17. L. Laudan, *Truth, error, and the law. An essay in legal epistemology*, Cambridge University Press 2006.

18. Zie bijvoorbeeld Anderson, Schum & Twining, *Analysis of evidence*, Cambridge University Press 2005 en Schum, *Rethinking evidence*, Cambridge University Press 2005. Voorts: M. Malsch & H.J. Nijboer, *Complex cases: perspectives on the Netherlands criminal justice system*, Amsterdam 1999.

19. Zie daarvoor ook het bijzondere nummer 'Bewijs', AA 2010-7/8.

20. Zie M.J. Dubelaar, 'Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken', *RMThemis* 2009-3, p. 93-105.

21. Mears & S. Bacon 'Improving criminal justice through better decision making: lessons from the medical system', *Journal of Criminal Justice* 2009, vol. 37, p. 142-154.

22. S. Friedman, 'Learning to make more effective decisions: changing beliefs as a prelude to action', *The Learning Organization* 2004, vol. 11(2), p. 110-128.