

AdVocare

INTERDISCIPLINAIR CAHIER

HOOFDREDACTIE:
Frank Fleerackers

REDACTIERAAD:
Martine De Clercq (letterkunde), Eric Defoort † (geschiedenis), Jan Degadt (economie),
Jacobus Delwaide (politicologie), Eric Depreeuw (psychologie), Daniel De Vin
(letterkunde), Frank Fleerackers (rechtstheorie en -filosofie), Tim Heysse (politieke
filosofie), Jan-Frans Lindemans (moraalfilosofie), Dominique Markey (taalkunde),
Jacques Tacq (sociologie), Marc Van den Wijngaert (geschiedenis), Raf Van Ransbeeck
(rechten)

VOOR INLICHTINGEN:
Herman Verleyen
Tel.: 09/269 97 96 - h.verleyen@larcier.com
www.larcier.com/nl

BESTELLINGEN EN FACTURATIE:
Lefebvre Sarrut Belgium NV
Hoogstraat 139/6 - 1000 Brussel
Tel. +32 (0)10 48 25 70 - Fax +32 (0)10 48 25 19
orders@larcier.com

© Lefebvre Sarrut Belgium NV, Brussel 2019
Departement Larcier Gent
Verantwoordelijke uitgever: Paul-Etienne Pimont, Lefebvre Sarrut Belgium NV
Vormgeving: punctilio.be

ISBN13: 978-2-8079-2051-4
Depot: 2019/0031/442

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, 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 uitgever.

VAD
VOCARE

Boek I

RECHT EN ASIEL

■ ■ ■

Boek II

RECHT EN WAARHEID

gens en samenwerkingen met allesbehalve voorbeeldige sujetten aan te pas kunnen komen) verhogen het risico op gekleurde, opgeschoonde of zelfs gefabriceerde versies van de feiten of het onderzoek ernaar.

Fouten in de juridische waarheid zijn dan ook onvermijdelijk. Hoewel het creëren van rechtszekerheid een van de voornaamste doelstellingen van het strafproces is en zeker niet lichtzinnig aan de kant mag worden geschoven, moet de mogelijkheid bestaan om manifeste fouten recht te zetten. Dit om het ontploffingsgevaar zoals beschreven door Émile Zola weg te nemen. De vraag wanneer er sprake is van een manifeste fout, is echter niet eenvoudig te beantwoorden. Wel lijkt er binnen de rechtsleer consensus te zijn dat de oude herzieningsprocedure deze vraag te restrictief beantwoordde en het zwaartepunt te veel bij de rechtszekerheid legde.

De wetgever had oren naar deze kritiek, wat uitmondde in de wet van 11 juli 2018, die de herzieningsprocedure op meerdere punten heeft gewijzigd. Of deze wijzigingen een beter evenwicht creëren, valt nog af te wachten. De nieuwe herzieningsprocedure bevat immers verschillende onduidelijkheden, die ook het koninklijk besluit niet heeft opgehelderd. Het komt dus aan de rechtspraak toe om ze uit te klaren, al dan niet na aanmoediging van de pers, die haar – binnen de grenzen gesteld door het EHRM – op de vingers kan tikken.

RECHT EN WAARHEID IN HET BURGERLIJK RECHT

MATTHIAS STORME¹

1. In deze bijdrage wil ik het hebben over de waarheidsvinding, en de verhouding tussen recht en waarheid, in burgerlijke procedures, en met name in die procedures waar de materie niet van openbare orde is. Daardoor verschilt mijn onderwerp op een zeer belangrijk punt van dat van de vorige bijdrage, die handelt over de waarheidsvinding in het strafrecht. Het komt me voor, beste lezer, dat dit de zaken m.i. een heel stuk eenvoudiger maakt, en dat dit vraagstuk in de strafprocedure verdomd ingewikkeld is in vergelijking met de burgerlijke procedure. Ik vermoed dat de reden daarvoor is dat het in een strafproces blijkbaar mede om de waarheid als dusdanig gaat, terwijl het in een burgerlijk proces eigenlijk niet om de waarheid als dusdanig gaat, althans niet om een buitengerechtelijke waarheid (wat nog niet wil zeggen dat de waarheid(svinding) niet relevant is). Dit vereenvoudigt de zaken zeer, want de waarheid is eigenlijk veel te ingewikkeld voor het recht. Nog stukken ingewikkelder wordt het verder wanneer men tegelijkertijd de waarheid tot voorwerp gaat maken van een mensenrecht en daarnaast allerlei mensenrechten gaat erkennen en ontwikkelen die precies tegen de waarheid ingaan of althans moeten verhinderen die te vinden of publiek te maken, waardoor de waarheidsvinding niet alleen aan de burgers wordt onttrokken, maar de regeling ervan ook aan de wetgever wordt onttrokken en aan de priesterkaste der rechters wordt toevertrouwd. Laat het burgerlijk recht daar dus maar van gespaard blijven.

Mijn uiteenzetting bestaat dan ook uit twee delen. In het eerste deel kijk ik naar het burgerlijk proces, de rol daarvan en de manier waarop men daar tot feiten komt. In een tweede deel bespreek ik de gevolgtrekkingen van die visie op het burgerlijk proces ook voor wat zich daarbuiten afspeelt, voor de zoektocht naar wat ik hier gemakshalve de historische waarheid noem.

¹ Gewoon hoogleraar KU Leuven, advocaat.

1. De feiten in het kader van een burgerlijk proces

2. Hoewel de activiteit van juristen vanzelfsprekend uit meer bestaat dan de beslechting van geschillen, blijft dit niettemin de centrale bezigheid en taak van juristen. De andere activiteiten van juristen worden met name sterk gestuurd door de vraag wat er al dan niet kan gebeuren in geval van geschil. Ook worden geschillen van burgerrechtelijke aard vanzelfsprekend niet enkel behandeld en beslecht in burgerlijke procedures voor een rechtscollege, maar andere wijzen van geschillenbeslechting gebeuren wel in zeer grote mate “*in the shadow of the law*”, uitgaande van de inschatting van wat er zou gebeuren indien het tot een procedure komt.

De belangrijkste regels die betrekking hebben op waarheidsvinding, namelijk de bewijsregels, kunnen niet losgekoppeld worden van de context waarin die regels op de eerste plaats functioneren, namelijk het burgerlijk geding. Natuurlijk hebben bewijsregels ook een weerslag op de preprocesuele verhouding en gedraging, maar de eigenlijke toepassing van bewijsregels speelt slechts in geval van geding en in het kader van dat geding.

Het geding houdt in dat een verhouding tussen de daardoor betrokken partijen aan de feitelijkheid onttrokken wordt om naar recht te worden beoordeeld door een derde, de rechter. De mate nu waarin die verhouding ter beoordeling staat van de rechter verschilt naargelang van de aard van die verhouding. Zoals gezegd bespreek ik in deze bijdrage enkel verhoudingen die ter vrije beschikking staan van de partijen – d.i. *grosso modo* de private vermogensrechtelijke verhoudingen – en niet de verhoudingen die niet ter vrije beschikking staan van de partijen – d.i. *grosso modo* de verhoudingen van openbare orde.

Deze specifieke context waarin de burgerlijke waarheidsvinding plaatsvindt, is sterk gekaderd door het recht. En dat kader kunnen we samenvatten aan de hand van een drietal Latijnse adagia die ik hieronder aangeef en toelicht.

3. Op de eerste plaats: *nemo iudex sine actore*: er is geen proces als er geen eiser is die het proces start. De rechter kan – in de uitoefening van zijn beroep – niet uit eigen beweging op zoek gaan naar een waarheid zoals een historicus dat wel kan. In burgerlijke zaken is dit overigens maar één element van een ruimer beginsel, het ‘beschikkingsbeginsel’ (*principe dispositif, Dispositions- und Verhandlungsmaxime*). Dit beginsel stelt dat in een proces de partijen, en niet de rechter, over hun recht beschikken, tenzij het om een verhouding van openbare orde gaat. Zij beslissen óf zij hun recht geldend willen maken (*ne procedat iudex ex officio*) en in welke mate zij

dit willen doen. Dit doen ze door hún uitleg van die verhouding te geven. Die verhouding staat dus in beginsel slechts ter beoordeling van de rechter in de mate waarin zij doorheen de middelen der partijen verschijnt. Die verhouding staat ook maar ter beoordeling van de rechter in de mate waarin er tussen die partijen een betwisting is. Dit beginsel beperkt dan ook de rechtsgevolgen die de rechter vermag uit te spreken tot diegene die door de partijen zijn gevorderd: hij moet kiezen tussen de conclusies van de ene partij (het voorwerp van de eis) en die van de andere. Het beperkt de rechtsgevolgen die de rechter kan toewijzen ook tot diegene die kunnen afgeleid worden uit de rechtsfeiten of subjectieve rechten zoals de partij wier stelling in rechte aanvaard wordt, ze heeft gesteld (zie daarover zo dadelijk meer). Wat door de rechter “naar recht” wordt beoordeeld is dus de verhouding zoals zij door de procespartijen wordt gesteld en in zoverre zij in het proces bewezen geraakt.

Dit aspect wordt uitgedrukt in het adagium “*iudex secundum allegata et probata iudicare debet*”: de rechter moet oordelen volgens wat door de partijen wordt aangevoerd en bewezen. Daarover verder meer.

4. Een derde adagium luidt “*lites finire oportet*”: het is nodig om tijdig een einde te maken aan elk proces; de rechter kan niet wachten tot hij een absolute zekerheid heeft over welke waarheid dan ook. Op een bepaald ogenblik moet de knoop worden doorgehakt, en hij kan niet eindigen met “ik weet het niet” zoals een historicus dat kan doen. De rechter moet een beslissing nemen ten gunste of ten ongunste van de verschillende aanspraken en punten die aangevoerd zijn voor geschillenbeslechting.

Dat brengt mij bij de vraag naar het doel van het proces. Is het doel van het proces het vinden van de waarheid? Neen. Wil dat zeggen dat de waarheid geen enkele rol speelt? Dat heb ik ook niet gezegd en daar kom ik dadelijk op terug. Maar het doel van het proces is het geschil beslechten: een oplossing vinden waarvan men denkt dat die maatschappelijk verantwoord is, die de maatschappelijke vrede en orde bevestigt en die op een of andere manier rechtvaardig is. “*Suum cuique tribue*”: aan ieder het zijne geven. Het gaat niet om een waarheid vaststellen, maar om het doen van een uitspraak die een gerechte of toch minstens maatschappelijk orde stichtende oplossing geeft voor dat geschil. Bij voorkeur is dat een oplossing die aanvaardbaar is voor de partijen, maar het is vooral belangrijk dat het een oplossing is die aanvaardbaar is voor het geïnteresseerde publiek. Dat de partij die verliest het vonnis niet kan aanvaarden, is minder erg wanneer de buitenstaanders die het gevolgd hebben zeggen “het is zijn eigen schuld dat hij verloren heeft; het proces is inderdaad gerecht geweest, maar een van de

partijen kan zich er niet bij neerleggen." En ten slotte is het belangrijk dat het een oplossing is die inderdaad ook op termijn de maatschappelijke orde en vrede kan in stand houden.

5. Eigenlijk beoefent de jurist op vele vlakken, in die praktische context, een ambachtelijke activiteit die niet zo fundamenteel verschilt van die van een arts. Op het eerste gezicht hebben die twee weinig met elkaar te maken, maar bij nader toezien zijn er belangrijke parallellen. Die arts stelt een ziektediagnose en is in wezen niet zo zeer geïnteresseerd in wat historisch is gebeurd maar wel in hoe hij het probleem gaat genezen. Hij vraagt zich af wat de oplossing is die hij voor de feiten die hij heeft gediagnosticeerd, kan geven. En is dat een oplossing die de patiënt kan helpen? In feite is dat ook de rol van de jurist, van de advocaat en van de rechter – elk op hun manier. Dat is dus iets anders dan het causaal gaan zoeken van historische feiten of waarheden.

6. Die gelijkenis tussen beide kunsten is het grootst wanneer we de rol en werkwijze van de geneeskunde *c.q.* de rechtskunde als geheel beschouwen, en is een stuk kleiner als we ons concentreren op de activiteit van met name welbepaalde juridische beroepen. De evolutie van onze samenleving en ons recht doorheen de eeuwen heeft namelijk geleid tot een zeer specifieke vorm van institutionalisering die sterk verschilt van die van andere kunsten, en die we heel sterk vereenvoudigd kunnen samenvatten in de uitdrukking scheiding der machten. Het rechtssysteem als geheel bestaat uit instituties die de maatschappelijke vrede en welvaart moeten bevorderen en daarbij in grote mate gebruik maken van normen als veralgemeningen van contrafactisch gestabiliseerde verwachtingen (om de definitie van Niklas Luhmann kort samen te vatten). In alle juridische activiteiten spelen die normen een rol en houden juristen rekening met het feit dat dergelijke verwachtingen in de samenleving aanwezig zijn. Een moderne samenleving evenwel heeft verschillende rollen of beroepen uitgedifferentieerd, met name die van wetgevers, rechters en rechtspractici, die een verschillende verhouding hebben tot die normen. Het zou me veel te ver leiden om dit alles hier nader uit te werken, maar het is de achtergrond vanwaaruit we een fundamenteel kenmerk van geschillenbeslechting en van de waarheidsvinding daarin moeten en kunnen begrijpen, namelijk dat de rechter zijn oordeel legitimeert door het op te splitsen in twee deeloordelen, het oordeel (of de oordelen) in feite en het oordeel (of de oordelen) naar recht, van welke twee oordelen het de *conclusio* vormt².

² Zie in dit verband o.m. J.H. NIEUWENHUIS, "Legitimatie en heuristiek in het rechterlijk oordeel", *RMThemis* 1976, 512 e.v.

7. Om de beslissing van de rechter te legitimeren, aanvaardbaar en bindend te maken als een soort waarheid, maar dan een heel specifieke vorm van relatieve waarheid, gebruiken wij een reeks trucs.

De legitimatie van een rechterlijke beslissing – of liever van het bindend karakter ervan voor partijen, het gezag van gewijsde – berust daarop dat:

- 1° de rechter zijn beslissing legitimeert als zijnde de combinatie van enerzijds een oordeel in feite, waarvan de objectiviteit wordt gelegitimeerd door de toepassing van niet door de rechter zelf uitgevonden bewijsregels op niet door de rechter zelf aangevoerde feiten en bewijsmiddelen, en anderzijds een oordeel naar recht waarvan de objectiviteit wordt gelegitimeerd door de toepassing op die feiten van niet door de rechter zelf uitgevonden normatieve regels, rechtsregels in de enge zin.
- 2° het de partijen zijn die in geval van geschil de rechtsfeiten bepalen waarop zij hun eis of verweer gronden en daarmee het debat structureren, en die zij aldus tegelijk tot – mogelijk – voorwerp van bewijs maken en tot rechtsfeit waaraan de gevraagde rechtsgevolgen kunnen worden gehecht door de toepassing van rechtsregels. Het is dan ook in die zin dat "*iudex secundum allegata (et probata) partium iudicat*".

Aldus probeert men de subjectieve invloed van de rechter te beperken of minstens de indruk van subjectiviteit weg te nemen. De rechter doet immers niet anders dan twee elementen te combineren die hij niet zelf heeft gemaakt: enerzijds de feiten en anderzijds de norm. Natuurlijk is de realiteit een stuk ingewikkelder, maar fundamenteel is dat het legitimatiemechanisme: enerzijds een cognitief oordeel – als de feiten anders zijn dan onze verwachtingen, dan passen we het oordeel aan – en anderzijds een normatief oordeel – als we vaststellen dat de werkelijkheid anders is dan wat de normatieve verwachting zegt, dan passen we niet die verwachting aan, maar leggen we die op aan de werkelijkheid.

8. Als we dat nader gaan bekijken, blijkt het toch een stukje ingewikkelder.

Het oordeel in feite geschiedt in beginsel aan de hand van ervaringsregels, die in beginsel empirische, cognitieve regels zouden zijn, wat wil zeggen dat wanneer de feitelijkheid niet aan de regel beantwoordt, de regel wordt aangepast aan de feiten³. Maar zuiver feitelijk, zuiver cognitief is het natuurlijk niet, want het oordeel moet ook de bewijsregels respecteren, die maken dat men bepaalde bewijzen mag gebruiken en andere niet, dat bepaalde bewijsmiddelen bepaalde gevolgen hebben, enz. De ervaringsregels zijn geen zui-

³ Vgl. M.L. STORME en M.E. STORME, *Algemene Inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 25, nr. 24 en 37, nr. 33; N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 30, 38-53.

ver empirische regels, maar gemengd normatief-cognitief. Zij gaan niet uit van *id quod plerumque fit*, maar van wat maatschappelijk normaal is.

Omgekeerd zijn rechtsregels niet zuiver normatief: hun betekenis wordt mede bepaald door de feitelijke maatschappelijke opvattingen, wat het duidelijkst is bij de zgn. 'blanconormen'. Vele rechtsnormen vragen ervaring of waardering, zoals het foutbegrip.

9. Er is meer. Zoals gezegd moet de rechter ook oordelen *secundum allegata et probata*, volgens wat de partijen hebben aangevoerd en bewezen. De rechter gaat niet zelf op zoek naar feiten. Men verplicht de partijen om feiten aan te voeren, en dat moeten feiten zijn die geschikt zijn om rechtsregels aan vast te knopen. Dat zijn niet gelijk welke feiten: de feiten zoals partijen die beleefd hebben zijn niet relevant wanneer zij niet passen in het schema van de rechtsregel. Men houdt alleen rekening met feiten waaraan rechtsgevolgen kunnen worden gekoppeld. Andere feiten zijn sfeerscheppend, bij manier van spreken. En die feiten moeten dan aan de hand van bewijsregels kunnen worden bewezen wanneer zij betwist worden door de tegenpartij. Het juridische debat over de feiten is dus beperkt tot alleen die feiten die door één partij zijn aangevoerd en door de andere partij zijn betwist. Het komt niet aan de rechter toe om op zoek te gaan naar andere feiten dan die die zijn aangevoerd, of om de feiten waarover partijen het eens zijn te betwisten. Dat is een belangrijk verschil met het strafrecht.

10. Als we nu gaan kijken hoe die regels, niet alleen van het bewijsrecht maar ook van de procedure in het algemeen (over conclusies, gerechtelijke bekentenis, enz.) in elkaar zitten, dan zijn die regels voor een groot deel gemaakt om de partijen te dwingen om keuzes te maken waarop zij nadien niet meer kunnen terugkomen. De rechtsgang moet zo opgebouwd worden dat de partijen stap voor stap zelf de keuzemogelijkheden voor de rechter beperken. Daardoor begeven zij zich stilletjes aan in een fuik waardoor er op het einde maar één oplossing meer is die de rechter kan uitspreken. Dat is het ideaalbeeld van het vonnis: de partijen hebben zich zo gedragen en hebben dat soort feiten en bewijzen aangebracht dat dit objectief gezien het resultaat moet zijn.

De auteur die dat het best, zij het niet altijd even gemakkelijk leesbaar, beschreven heeft is Niklas Luhmann, met name in *Legitimation durch Verfahren*⁴. Dat gaat niet alleen over het juridische proces, maar ook over

⁴ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 1975, 55 e.v., m.b. 82 e.v. Zie ook W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, Schwartz, 1970, 93 e.v.

het politieke proces van de verkiezingen en de besluitvorming in het parlement en over allerlei andere processen; Luhmann legt uit hoe men in al die processen normen of bindende beslissingen creëert door procedures te volgen en de betrokkenen te verplichten om te participeren.

Participeert men, dan schrijft men zich in in bepaalde regels die men moet respecteren, en door het volgen van die regels komt men op een bepaald spoor en kan men bepaalde andere keuzes niet meer maken. "*Legitimation durch Verfahren*": procesregels verplichten u om een bepaalde rol te spelen: de rol van eiser, verweerder, rechter of advocaat. Met die verschillende rollen gaan ook weer regels gepaard hoe men die rol moet spelen. Dat alles beperkt dus het aantal mogelijkheden. Luhmann noemt dat: "*Reduktion Sozialer Komplexität*". De wereld is verschrikkelijk ingewikkeld en we hebben allerlei regels om die enorme complexiteit te reduceren om ervoor te zorgen dat we tot beslissingen kunnen komen. Als we die regels niet hadden, zouden we nooit tot beslissingen komen en dan zouden wij allemaal zoals de ezel van Buridan van honger omkomen. Het beeld van die ezel gaat terug op de twaalfde-eeuwse Parijse filosoof Jean Buridan aan wie het dilemma wordt toegeschreven van de ezel die exact in het midden tussen twee hooimijten stond. Er was geen enkel argument waarom hij eerst naar de ene hooimijt zou gaan en dan naar de andere, dus is hij van honger omgekomen.

11. Nog één laatste punt wat betreft het bewijs. We zien in bepaalde taken van het recht dat men eigenlijk niet zozeer alleen maar speelt met wat beide partijen tijdens het proces doen, maar een groot deel van de verantwoordelijkheid doorschuift naar wat partijen voordien hebben gedaan. Dat is ook logisch, want de feiten hebben zich voordien afgespeeld. Dan gaat men de partijen vastzetten op de vraag of ze *in tempore non suspecto* wel de juiste maatregelen hebben genomen om bewijsmiddelen te vergaren en bewaren en om zich voor te bereiden op een eventueel proces. Vandaar de klassieke regel in ons recht: wilt u vertrouwen dat de tegenpartij een belofte zal nakomen, dan moet u een schriftelijk bewijs vragen. Zo lang u de handtekening niet hebt, bent u niet veilig *qua* bewijs, althans niet in burgerlijke zaken. Ik simplificeer het heel erg, maar er zijn een pak wat ik noem pre-processuele bewijslasten. We hebben het altijd over de bewijslast tijdens het proces, maar het belangrijkste deel van ons bewijsrecht houdt zich bezig met de pre-processuele bewijslasten. Wat doet een zorgvuldig burger die nadien geconfronteerd kan worden met een geschil? Wat doet hij op voorhand? "*Ius est vigilantibus*": hoe beschermt hij zijn rechten en belangen voor het geval hij bewijs zou moeten leveren?

2. De verhouding tussen recht en waarheid

12. Het burgerlijk proces gaat dus niet over een buitengerechtelijke, historische waarheid. En toch rijst natuurlijk de vraag of het burgerlijk proces zijn functie wel kan vervullen wanneer de feiten zoals die in het proces geproduceerd worden te ver af staan van de feiten zoals partijen die ervaren, of zoals historici die zouden kunnen vaststellen. Het antwoord daarop luidt dat die rol niet in het gedrang komt wanneer dit in individuele gevallen gebeurt, maar wel wanneer dit te vaak gebeurt. De regels en praktijken van de burgerlijke procedure moeten dusdanig zijn dat de kloof tussen die juridische waarheid en die andere waarheid niet zo groot wordt dat het hele systeem ongeloofwaardig wordt. Dat wil niet zeggen dat de relatie tussen beiden één-op-één is, dat de juridische waarheid hetzelfde is en op dezelfde manier geconstrueerd en begrepen wordt als een zuiver historische waarheid. Historische waarheid wordt in een heel ander kader gevonden of geproduceerd. Historici hebben de vrijheid om zelf te beslissen wat ze gaan onderzoeken en om hun bewijsmiddelen zelf te waarderen. Zij zijn niet gebonden aan het kader van een proces, noch aan het gezag van gewijsde. Geen *res iudicata*: elke historicus kan opnieuw de conclusies van de vorige historicus in vraag stellen. Dat is totaal anders dan het concept van gezag van gewijsde in het recht, waar herroeping van gewijsde maar zeer uitzonderlijk voorkomt, en dan eigenlijk alleen maar wanneer het om iets gaat waar partijen niets aan hadden kunnen doen. Voor zaken waar de verzoeker iets aan had kunnen doen tijdens het proces, kan de verzoeker geen herziening van gewijsde bekomen.

13. Er is mijns inziens nog een noodzakelijke voorwaarde voor de legitimiteit van zo'n systeem van juridische waarheid. Het is maatschappelijk maar aanvaardbaar dat de juridische waarheid bindend is als gewijsde, als een finale beslechting van het geschil, als we tegelijkertijd die waarheid niet opleggen als een historische waarheid. De draagwijdte van de juridische waarheid dient beperkt te blijven tot datgene waarvoor die waarheid dient: de rechterlijke beslissing over het geschil waarin de rechten van partijen worden bepaald. Het bepalen wat de feiten geweest zijn kan noch mag als dusdanig het voorwerp zijn van een rechterlijke beslissing. *Ius est suum cuique tribuere*, maar dat kan en mag zich niet uitstrekken tot een toekenning van een monopolie op de historische waarheid.

De noodzakelijke keerzijde van die heel specifieke context van de juridische waarheid in het burgerlijk proces betekent m.i. dus wel dat we ervoor moeten zorgen dat buiten dat burgerlijk proces die beperkingen zo weinig

mogelijk spelen. De historicus kan en mag niet gebonden zijn aan een juridische waarheid en mag niet gehinderd worden in zijn werk door bv. een recht om vergeten te worden. Dat is de noodzakelijke maatschappelijke keerzijde van de gebondenheid aan de rechterlijke beslissing.

Dat binnen het proces de historische waarheid soms moet wijken voor andere belangen (vertrouwelijkheid, proceseconomie, enz.) moet gecompenseerd worden doordat het recht geen stokken in de wielen mag steken om daarbuiten een andere waarheid te zoeken, mits die op zijn beurt géén rechtswaarde krijgt. Het is een misbruik van de rechtsprekende functie om die te gebruiken voor het vastleggen van de historische waarheid, en het is omgekeerd een misbruik van de historische waarheid om die te gebruiken om de juridische vrede in gevaar te brengen.

Met beide beperkingen heeft onze samenleving en ons recht de laatste tijd meer en meer moeite. Ik vind dat een zeer problematische ontwikkeling. Met name leidt dit tot het beperken van historisch onderzoek en van de vrijheid van meningsuiting. De oplossing voor een mogelijk misbruik van vrije meningsuiting kan echter nooit bestaan uit *less speech*, maar *more speech*, door het recht en soms de plicht om tegen te spreken, bijvoorbeeld door recht van antwoord. Dat is een veel betere regel dan het recht om vergeten te worden, dat verbiedt om iets nog te schrijven.

“*Suum cuique tribuere*” betekent in die zin ook: geef aan het recht wat aan het recht toekomt en aan de geschiedenis wat de geschiedenis toekomt.

*Wanneer de Waarheid niet meer wordt gezeid,
gelijkt de ziel een landschap zonder regen:
de grond versmacht, de bloei is vóór den tijd
verdord, verschrompeld en de lucht staat tegen,*

*Als een rivier, die alles rijk bevoeit
en voortstroomt langs de zelfgebaande wegen,
zóó is de Waarheid, vrij en onbesnoeid,
maar leugen staat den Nederlander tegen.*

(Jan ENGELMAN, *Ballade van de waarheid*)