

## Ingehaald door de geschiedenis... tijdloze vragen voor de toekomst: historisch onrecht

NTBR 2017/21

Redactioneel

Eens in de zoveel tijd wordt de privaatrecht-'watcher' getroffen door de plotsklap- se aandacht voor een voorheen onderbelicht thema, en blijkt er opeens, in Twitter- jargon, een 'trending topic' te zijn opgestaan. De 'omkeringsregel' was er zo een, net als de klachtplicht, en recenter de juridische problemen rondom zelfrijdende auto's. Zo'n fenomeen meen ik ook te ontwaren – hoewel het wat voorzichtiger aan de poorten rammelt – waar het gaat om 'historisch onrecht'. Ik doel dan op die gevallen waarin nu, vele jaren na dato, langs juridische weg gezocht wordt naar erkenning en genoegdoening voor leed dat in het verleden is toegebracht aan (groepen) mensen hier of elders.

Een aanwijzing dat we hier met een belangrijke trend van doen hebben, is dat Jaap Spier – altijd al trendsetend in het privaatrecht – dit thema koos voor zijn Maas- trichtse afscheidsrede *'De lange schaduw van het verleden. Omgaan met historisch onrecht'*.<sup>2</sup> In die rede betoogt hij dat we zeer voorzichtig zouden moeten zijn als het gaat om het denken over aansprakelijkheid in gevallen van historisch onrecht. Spier heeft het hierbij over schade in het verleden berokkend waarvan de gevolgen ook in latere generaties voelbaar zijn; hij noemt slavernij, het leegpiunderen van landen, het uitmoorden van oorspronkelijke bewoners, ernstige milieuverontrei- ning en het verlies aan biodiversiteit, evenals de inquisitie en de Holocaust. Zijn boodschap is dat onvoldoende is dat naar huidige maatstaven sprake is van on- recht, maar dat nodig is dat de gewraakte handelingen ook destijds als 'verkeerd' (onrechtmatig) werden beschouwd. Daarbij dient bedacht te worden dat dit lastig vast te stellen is, omdat allerlei instituties pas laat als verwerpelijk zijn onderkend (o.a. slavernij, uitstoot van broeikasgassen). Omdat de 'benefit of hindsight' hier een rol kan spelen, moeten we serieus moeite doen om te bepalen hoe men toen tegen zekere fenomenen aankeek, want:

“als we aanvaarden dat de huidige inzichten over het verleden de norm worden voor het verleden, liggen lawines van procedures en schadevergoedingsclaims in het verschiet.”<sup>3</sup>

Een probleem is bovendien dat de uiteindelijke rekening waarschijnlijk niet be- taald wordt door de bovenlaag van de bevolking ('de aandeelhouders van de VOC') die toentertijd profiteerde van de misstand; die rekening zal – via de overheid – belanden bij dat deel van de bevolking dat nu de sociale verworvenheden die door deze 'herstelbetalingen' in het gedrang komen, het meest nodig heeft. We moeten, aldus Spier, een dam opwerpen tegen aanspraken op grond van historisch onrecht, vooral ook vanwege het domino-effect van dit type claims.<sup>4</sup>

Het fenomeen van 'historisch onrecht' is de laatste jaren niettemin concreet aan de orde gesteld in bijvoorbeeld de rechtszaken over de uitwassen van de zogenaamde 'politie acties' in de toenmalige Nederlandse kolonie Indië, waaronder zuive- ringsacties waarbij honderden nationalistische opstandelingen werden geëxecu-

1 Citeerwijze: I. Giesen, 'Ingehaald door de geschiedenis... tijdloze vragen voor de toekomst: historisch onrecht', NTBR 2017/21, afl. 5. Dit redactioneel spruit voort uit een lezing die ik in december 2016 gaf voor het 2<sup>e</sup> ICAV-congres te Gent. Met dank aan Elbert de Jong.

2 J. Spier, *De lange schaduw van het verleden. Omgaan met historisch onrecht*, Den Haag: Bju 2016. Het vol- gende ontleen ik aan p. 8-10 en 17.

3 Spier 2016, p. 19.

4 Spier 2016, p. 21-22 en 31.

teerd door soldaten van het Koninklijk Nederlands Indisch Leger. Namens de nabestaanden van de executies bij het dorp Rawagedeh op Java is schadevergoeding geëist, en na een gunstig vonnis van de Rechtbank Den Haag in die zaak in 2011 (het beroep op verjaring werd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht en aansprakelijkheid van de Staat werd geaccepteerd), werd krachtens een schikking € 20.000 per weduwe uitgekeerd.<sup>5</sup>

Die zaak kreeg een vervolg doordat de slachtoffers van executies elders, zoals op Sulawesi, ook een claim instelden. De Staat heeft een aantal van de nieuwe claims niet erkend (o.a. van de kinderen van de gedode mannen en van enkele vrouwen van wie (nog) niet kon worden vastgesteld dat ze inderdaad de weduwe van een geëxecuteerde zijn). Te dien aanzien besliste de Rechtbank Den Haag in maart 2015<sup>6</sup> vervolgens, niet verrassend, dat het beroep op verjaring ten opzichte van de weduwen niet gehonoreerd kan worden als in strijd met de goede trouw (redelijkheid en billijkheid). Sprekende termen daarbij zijn: 'uitzonderlijke situatie'; 'onrechtmatigheid erkend'; 'bijzondere ernst'; 'naar de toen geldende inzichten onaanvaardbaar'; 'toegang tot recht'; 'niet afgewikkelde kwestie in de Nederlandse geschiedenis'. Dat oordeel wordt, anders dan in de *Rawagedeh*-zaak, en dat is dan wel verrassend, overgenomen ten aanzien van de kinderen van de gedode mannen omdat de argumentatie zoals die ten aanzien van de weduwen is gebezigd, ook hier geldt, en omdat de Nederlandse wet (art. 1406 Overgangswet NBW) geen onderscheid maakte tussen generaties, maar tussen hen die wel of juist niet onderhoudsbehoefstig zijn, en dat waren de kinderen indertijd. Omdat aansprakelijkheid voor de executies erkend is, is de schadeplichtigheid van de Staat een gegeven; wel dient de schade nog begroot te worden.<sup>7</sup>

Opvallend, juridisch gezien, is hier dat de rechtbank zeer ver gaat in het ecarteren van het verjaringsverweer, en daarbij ook afstand neemt van de eerdere uitspraak van de eigen rechtbank, maar ook oordeelt dat er niet alleen naar huidige maatstaven sprake is van onrecht maar dat de gewraakte handelingen (executies) toen ook als verkeerd werden beschouwd. Dat is dus conform de Spier-lijn. Of Spier ook kan instemmen met de uitkomst in deze zaken, betwijfel ik, gezien zijn genoemde pleidooi om verder te kijken dan de concrete billijkheid omdat dit altijd bredere repercussies heeft (bijvoorbeeld meer claims, zoals dat hier in feite ook gebeurd is).

Een andere vorm van historisch onrecht, althans: historisch onrecht dat *as we speak* in de maak is, betreft het ook door Spier veelvuldig genoemde probleem van klimaatverandering en klimaatschade. De vraag of het aansprakelijkheidsrecht 'iets' kan of moet doen met de gevolgen van de opwarming van de aarde, is in het bijzonder naar voren gekomen in de tot nu toe waarschijnlijk meest besproken (civiele) Nederlandse rechtszaak van deze eeuw, te weten de *Urgenda*-zaak.<sup>8</sup> In die zaak is hoger beroep ingesteld en dus is het afwachten of de uitspraak in stand blijft. Wel laat zich voorspellen dat deze uitspraak, wat het hoger beroep ook brengt, nog lange tijd de nodige effecten zal hebben.<sup>9</sup>

Immers, met dit vonnis is gebleken dat de rechterlijke macht een belangrijke rol kan spelen in dit type rechtszaken, zaken die in de kern de vraag betreffen *hoe en door wie* bepaalde maatschappelijke problemen *gereguleerd* moeten worden.<sup>10</sup> De *Urgenda*-zaak is daarmee dus een schoolvoorbeeld van een zaak waarin het aansprakelijkheidsrecht in aanraking komt met lastige reguleringsvragen, in die zin dat van de civiele rechter gevraagd wordt om, bijvoorbeeld via een gebod of ver-

5 Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793 (*Rawagedeh*).

6 Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2442 (*Zuid-Sulawesi*).

7 Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:700 (*Zuid-Sulawesi II*).

8 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145; AB 2015/336 (*Urgenda/Staat*).

9 Ook omdat inmiddels soortgelijke zaken aanhangig zijn, bijvoorbeeld <https://milieudefensie.nl/duurzaamdoordestad/nieuws/staat-schuift-probleem-luchtvervuiling-af-op-gemeenten-en-provincies>.

10 Een voorbeeld is ook de claim in verband met de treinkaping bij De Punt in 1977, zie [www.rtnieuws.nl/nieuws/binnenland/nabestaanden-treinkapers-de-punt-beginnen-zaak-tegen-staat](http://www.rtnieuws.nl/nieuws/binnenland/nabestaanden-treinkapers-de-punt-beginnen-zaak-tegen-staat).

bod, een maatschappelijk probleem dat niet of onbevredigend op andere – wetgevende of beleidsmatige – weg tot een oplossing is gekomen, alsnog te reguleren.<sup>11</sup>

Daarmee is meteen ook een belangrijke vraag voor de toekomst opgeworpen: is de civiele rechter eigenlijk wel de geëigende partij om dit soort grote, vaak historisch beladen, maatschappelijke problemen te reguleren, en is het civiele aansprakelijkheidsrecht wel geschikt als instrument om dat te doen? Of begaan we hier een 'historische fout' door de civiele rechter met die taak te belasten? Ik zeg er meteen bij dat ik groot vertrouwen heb in de rechter en in de spankracht van het aansprakelijkheidsrecht, maar ook dat ik toch het antwoord (nog) niet weet (de dooddoener 'de toekomst zal het leren' trappelt van ongeduld vrijwel vanzelf uit mijn toetsenbord...), omdat moeilijk te voorzien is welke mogelijke algemene gevolgen die concrete zaken zullen genereren en hoe disruptief dat dan uitpakt.

Ik weet wél dat civilisten dit vraagstuk diepgaand zullen moeten onderzoeken: vragen over 'historisch onrecht' belanden nu eenmaal bij de civiele rechter, zoveel is inmiddels duidelijk. Daarbij zal dan meegenomen moeten worden dat als er een beroep wordt gedaan op de rechter om zo'n reguleringsvraagstuk te 'tackelen', dit geregeld gebeurt in de vorm van een collectieve actie. Collectieve acties zullen ertoe leiden dat een rechterlijke beslissing over dit type vraagstuk een ruime(re) werking krijgt. Het is dan de vraag of, en in hoeverre, het door Spier gevreesde domino-effect nog tegen is te gaan en hoe rechters hiermee om moeten gaan.<sup>12</sup>

En zo is 'historisch onrecht' van een opkomend 'trending topic' verworden tot een complex geheel van in wezen tijdloze vragen over het systeem van het (privaat) recht en de taak van de civiele rechter. Interessante tijden dienen zich aan voor degenen die zich aan deze vragen durven wagen.

11 Zie E.R. de Jong, 'Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?', *NTBR* 2015/46, p. 319-326, en E.R. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico's', *AA* 2015, p. 872-881.

12 Vgl. E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten?', *NTBR* 2017/2.