

Clara Meijer Wichmann lezing 2011

Zelfreflectie via het Recht – Over staatsaansprakelijkheid, zelfreinigend (on)vermogen en de rol van het rechter

*Elies van Sliedregt**

Negen december 2011 was een historische dag. De Nederlandse ambassadeur in Jakarta bood excuses aan namens Nederland voor het bloedbad dat Nederlandse militairen in 1947 in Rawagede op Java aanrichtten. De excuses voor Rawagede komen na de uitspraak van de rechtbank in Den Haag waarin wordt geoordeeld dat de Nederlandse staat aansprakelijk is voor de schade die is geleden door direct betrokkenen, weduwen van de destijds geexecuteerde mannen en de overlevende van de executies. De nabestaanden werden bijgestaan door een moedige en vastberaden advocaat die zich het lot van deze mensen aantrok en voor elkaar kreeg wat niet eerder was gelukt: excuses en schadevergoeding.

Ik complimenteer de Liga voor de Rechten van de Mens & De Stichting j'accuse met de keuze voor de laureaat. Liesbeth Zegveld past in een generatie van strijdbare juristen die opkomen voor de rechten van hen die vanuit een achterstandpositie trachten hun rechten te verwezenlijken. Net als de naamgeefster van de penning die zojuist is uitgereikt, heeft Liesbeth Zegveld de gedrevenheid, juridische scherpheid en energie die nodig is om lastige maatschappelijke en politieke kwesties aan te snijden tegenover een machtige tegenstander: de Nederlandse staat. Ik heb grote bewondering voor haar en vind het dan ook een voorrecht dat ik bij deze feestelijke uitreiking, ter ere van haar werk, kort mag spreken.

Ik wil vandaag met u enkele gedachten delen die verband houden met de Rawagede-zaak maar meer algemeen raken aan de aansprakelijkheid van de staat voor mensenrechtenschendingen en de rol van de rechter. Ik heb voor mezelf 5 punten op een rijtje gezet.

1. Ontrechting

Ten eerste, wil ik iets zeggen over wat Wouter Veraart noemt 'ontrechting'. Volgens Veraart kan ontrecting worden omschreven als "het stelselmatig ontnemen van rechten aan specifieke categorieën mensen". Ontrecting kan een groep mensen buiten spel zetten. Dit kan door middel van feitelijke handelingen, maar ook door inzet van het recht en wetgeving. Een voorbeeld van ontrecting is de speciale wetgeving waarmee het beschikkingsrecht over vermogensrechten van joodse eigenaren werd afgenomen. Op deze manier konden joodse bedrijven en privévermogens zonder toestemming van (joodse) eigenaren worden verkocht. Een ander voorbeeld van ontrecting is het stelselmatig buiten de juridische orde plaatsen van een bepaalde groep. Denk aan het beleid van de regering Bush die vijandelijke strijders op Guantanamo Bay in Cuba detineerde zonder enige vorm van proces waarmee hen stelselmatig de toegang tot de rechter werd ontzegd. Ontrecting is in strijd met fundamentele rechtsbeginselen, de rule of law. Ontrecting brengt spanningen teweeg in de sociale en juridische werkelijkheid. Rechtsherstel, waaronder toegang tot de rechter en deelname aan het rechtsverkeer, is een noodzakelijk element van de rechtsstaat.

2. Rawagede

Dit geeft te denken als we naar de Rawagede uitspraak kijken – ik ben aanbeland bij mijn tweede punt. Het beroep van de Nederlandse Staat op verjaring blokkeert de verwezenlijking van rechten van de direct en indirect betrokkenen bij de executies in Rawagede. Daarnaast – en dat is van groot belang – het is een oneigenlijk beroep op verjaring. De staat wist al sinds 1948 van de executies. In dat jaar werd na een strafrechtelijk onderzoek geconcludeerd dat de berokken majoor aansprakelijk kon worden gesteld voor de executies; men besloot echter af te zien van vervolging. In 1948 verscheen bovendien een VN rapport waarin het optreden van de Nederlandse militairen in Rawagede was onderzocht en aangemerkt als "deliberate and ruthless". Nederland had rekening moeten houden met schadevergoedingen. Een afwachtende houding past niet bij de ernst van de feiten en de kennis van de verwijtbaarheid daarvan. De staat heeft er zelf aan bijgedragen dat deze zaak onafgewikkeld bleef. Deze houding is des te schrijnender nu de Staat ten aanzien van claims van nabestaanden van slachtoffers van de Tweede Wereldoorlog afzag van een beroep op verjaring.

De oneigenlijkheid van het beroep op verjaring en de ongelijkheid in de toepassing van verjaring duidt op het moedwillig onthouden van een beroep op rechtsherstel ten aanzien van een specifieke groep betrokkenen. Dit kan worden aangeduid als ontrecting. De rechtbank maakte hier op 14 september jl. een einde aan. Zij oordeelde dat het naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was om jegens de eisers een beroep op verjaring te doen.

Deze uitspraak opende de mogelijkheid voor rechtsherstel. Een situatie die tot dan toe onmogelijk bleek vanwege politiek en maatschappelijk onvermogen om een zwarte bladzijde in de geschiedenis (publiekelijk) onder ogen te zien. Het vervolg van deze uitspraak – een schikking met excuses en schadevergoeding - is afgedwongen via de gang naar de rechter. Zonder het vonnis van 14 september was er op 9 december geen excuses geweest voor Rawagede: de rechter functioneerde als hefboom bij het verwerken van een nationaal trauma.

3. Srebrenica

Dit brengt mij bij mijn derde punt: de Srebrenica-zaak. Opnieuw dwingt de rechter tot kritische zelfreflectie ten aanzien van een gevoelig hoofdstuk uit de recente geschiedenis.

Op 5 juli 2011 oordeelt het Gerechtshof in Den Haag in hoger beroep dat de Staat aansprakelijk is voor de dood van drie moslimmannen uit Srebrenica in 1995. De mannen hadden hun toevlucht gezocht tot de compound van Dutchbat, maar zijn later door de Bosnische-Serviërs onder bevel van generaal Mladic vermoord. Het hof oordeelt dat de Staat aansprakelijk is voor de dood van deze drie, omdat Dutchbat hen niet van de compound had mogen sturen. Dutchbat wist (of moet hebben geweten), op het moment dat de mannen werden weggestuurd, dat laatstgenoemden een groot risico liepen te worden gedood dan wel ernstig te worden mishandeld. Dutchbat was inmiddels getuige geweest van meerdere incidenten waarbij de Bosnische-Serviërs buiten de compound mannelijke vluchtelingen hadden mishandeld of gedood. De nabestaanden van de drie mannen, bijgestaan door Liesbeth Zegveld, eisen schadevergoeding van de Staat. De rechtbank had deze vordering in eerste aanleg nog afgewezen.

Baanbrekend in de uitspraak va het Hof is de toerekening van het optreden van Dutchbat aan de Nederlandse Staat. Terwijl de rechtbank nog oordeelde dat Nederland niet aansprakelijk is nu het opereerde onder command en control van de VN, oordeelt het Hof dat van toerekening aan Nederland sprake kan zijn nu de Staat 'effective control' had over het optreden van Dutchbat. Daarbij speelde een rol dat na de val van Srebrenica, de operatie in een andere fase was terecht gekomen en Nederland zelfstandig een evacuatieoperatie uitvoerde.

Met deze uitspraak wordt Nederland ook juridisch aansprakelijk gesteld voor het falen van Dutchbat. Nederland had reeds politieke verantwoordelijkheid genomen voor de val van Srebrenica. Daarbij werd geen excuses gemaakt. "Nederland neemt nadrukkelijk niet de schuld op zich voor de gruwelijke moord op duizenden Bosnische moslims in 1995", zei premier Wim Kok in 2002. Toch is met deze uitspraak de schuldvraag pregnanter geworden. Het Hof heeft vastgesteld dat Karremans en Franken wetenschap hadden van voorvallen buiten de compound die dermate alarmerend waren dat daaruit geconcludeerd kon worden dat de drie mannen vanaf dat tijdstip een reëel risico liepen te worden gedood of onmenselijk te worden behandeld.

Of het daadwerkelijk tot een strafvervolging komt, valt nog te bezien. Het staat het OM vrij af te zien van strafvervolging op gronden aan het algemene belang ontleend. Vragen die in dit verband rijzen zijn: moet de schuld worden afgewenteld op twee officieren terwijl er weeffouten zaten in de militaire operatie? En is dat niet een falen waar bij uitstek de politiek verantwoordelijk voor is? En wat te denken van de gevolgen van een strafvervolging voor de krijgsmacht? Ook voor de oud-Dutchbatters was de val van Srebrenica een trauma.

Dit is een moeilijke afweging met name vanwege het tijdsverloop - het is inmiddels 16 jaar geleden dat Srebrenica viel - en vanwege de betrokkenheid van andere partijen en daders. Mij kruipt een gevoel van schaamte als ik lees wat er in de uren na de val van Srebrenica is gebeurd, juist nu uit het arrest blijkt dat betrokkenen anders hadden kunnen handelen en mensenlevens gered hadden kunnen worden.

4. Rol van de rechter

Dit brengt me bij het vierde punt: de rol van de rechter. In zowel de Rawagede-zaak als de Srebrenica-zaak opereert de rechter in een politiek-gevoelige context. Beide rechtscolleges zijn zich daar terdege van bewust. Zo neemt de rechtbank in Rawadagede in aanmerking dat (ik citeer) "het weliswaar gaat om oude feiten, maar wel om feiten die betrekking hebben op een periode in de Nederlandse geschiedenis die nog niet is afgewikkeld en...een periode in de geschiedenis waarvan nog mensen in leven zijn, die deze periode en de aan de orde zijnde feiten hebben meegemaakt". Deze overweging ligt ten grondslag aan de beperking van het vorderingrecht; dat staat alleen open voor direct betrokkenen - een conservatief standpunt. Een zelfde terughoudendheid blijkt uit de nadruk op de uniciteit van de zaak, men wil voorkomen dat er algemene regels uit deze zaak zijn af te leiden. Dit is interessant, op het punt van de aansprakelijkheid neemt de rechtbank juist een gedurfde beslissing: het buiten toepassing laten van een verjaringsgrond, is niet oncontroversieel nu het de rechtszekerheid aantast (een argument dat de staat ook aanhaalt).

Ook het arrest van het Hof in de Srebrenica-zaak getuigt van wat ik maar noem 'conservatieve durf'. Het hof is terughoudend in de zin dat het benadrukt dat het oordeel uitsluitend betrekking heeft op de specifieke situatie van de individuele gevallen. Er wordt geen uitspraak gedaan over de situatie van de overige vluchtelingen. Als het gaat om het vaststellen van aansprakelijkheid gaat het hof langs niet-gebaande wegen. De toerekening aan Nederland, op basis van internationaal (gewoonte)recht, is gedurfd zoals Nollkaemper duidelijk maakt in een commentaar op deze zaak.

Er zijn redenen voor de rechter om terughoudend te zijn in kwesties die raken aan staatsaansprakelijkheid. Naast de meer pragmatische reden om de weg voor schadeclaims te beperken, is er een meer fundamentele, constitutionele reden. Vanwege 'executive deference' - respect voor de executieve macht - past de rechter een bescheiden rol. Dit is bij uitstek het geval bij bevoegdheden die raken aan de bijzondere verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht, bijvoorbeeld het voeren van oorlog. Cass Sunstein noemt deze houding 'judicial minimalism'. Hij juicht 'minimalism' toe op grond van het gebrek aan democratische legitimatie van de rechter. Rechters moeten recht spreken 'one case at the time' en zo min mogelijk algemene uitspraken doen op basis van de specifieke voorliggende zaak.

Tegen deze achtergrond kun je je afvragen of de rechter het meest aangewezen loket is als het gaat om rechtsherstel via de band van staatsaansprakelijkheid. Voor het bewaken van de ondergrens, de fundamentele mensenrechten, en wanneer er sprake is van ontrecting is de gang naar de rechter soms de enige mogelijkheid. Tegelijkertijd is deze route ook beperkt – dit leert Rawagede ons. Er wordt geen uitspraak gedaan/excuses aangeboden voor de andere misdrijven die zijn gepleegd tijdens de politioele acties, waarvan sommige nog meer slachtoffers hebben geëist.

Interessant in dit verband is de 'congressional resolution' die het Amerikaans congres in 1988 aannam en waarbij excuses werd gemaakt voor de detentie van ruim 100,000 Amerikanen van Japanse afkomst. Deze detentie was een reactie op de aanval op Pearl Harbor in 1942, ingegeven door angst voor spionage activiteiten ten behoeve van Japan. Met het excuses bij wet werd een compensatieregeling geboden voor de groep als zodanig. Er zijn meerdere voorbeelden van dergelijke regelingen. Nu dit type rechtsherstel overheidsfalen jegens een groep integraal erkent, is dit te prefereren boven casuïstische rechterlijke uitspraken. Nadeel is vaak het verloop van tijd; er gaan heel wat jaren overheen voordat overheid of wetgever in staat zijn een dergelijk gebaar te maken.

5. Rol van het strafrecht

Tot slot – mijn vijfde punt – is er een specifieke rol voor het strafrecht bij ernstige mensenrechtenschendingen? Clara Wichmann was niet zo positief over de rol van het strafrecht. Volgens Wichmann moest het strafrecht in z'n geheel worden uitgebannen omdat het niet de manier was om recht te doen. Ze was van mening dat vergelding geen goede basis voor het strafrecht was. Ik ben benieuwd wat ze zou vinden van strafrecht als een vorm van verzoening, rechtsherstel en erkenning van slachtofferschap.

In dit verband wijs ik op het standpunt van de Nederlandse regering over *transitional justice* en gerechtigheid en vrede in overgangssituaties. Deze is te vinden in een brief van 15 december 2009 gericht aan de Tweede Kamer. Daar wordt het uitgangspunt uitgedragen dat "gerechtigheid onmisbaar is voor duurzame vrede" en dat "de berechting van degenen die zich schuldig hebben gemaakt aan misdaden tegen de menselijkheid" noodzakelijk is. Ernstige misdrijven die de gehele internationale gemeenschap met zorg vervullen mogen niet ongestraft te blijven, aldus de regering. Dit standpunt is zo principiële dat het recentelijk (terecht) werd bekritiseerd als niet realistisch.

De positie van de regering in deze brief staat in schril contrast met de houding van de Nederlandse regering in met name de Rawagede-zaak. Dit laat zich onder andere verklaren door het feit dat *transitional justice* door de meeste Westerse landen waaronder Nederland, zelden op zichzelf wordt betrokken. Daar is geen enkele reden toe zo blijkt wel uit de twee besproken zaken. Het uitbannen van straffeloosheid voor ernstige mensenrechtenschendingen is een opdracht aan alle lidstaten die zich laten voorstaan op een warm hart voor internationale strafrechtspraak en mensenrechten.

Laten we hopen dat zich nooit opnieuw een Rawagede of Srebrenica voordoet. Mocht dat toch het geval zijn, dan hoop ik dat Nederland voortvarender te werk gaat en in de praktijk brengt wat het predikt. Al was het maar omdat Nederland het als gastland van internationale tribunalen en hoven aan zijn stand verplicht is.

De houding van de rechtscollages in de Rawagede en Srebrenica-zaken wijzen de juiste weg. Conservatieve durf - daartoe aangezet en uitgedaagd door een advocate met louter durf!

* Hoogleraar strafrecht en decaan van de faculteit rechtsgelerdheid Vrije Universiteit Amsterdam

Wouter Veraart, 'Ontrecting', in *Krisis* 2005, p. 61.

Ibidem, p. 62.

Rechtbank 's-Gravenhage, 14 september 2011, LJN BS8793. R.o.4.19.

Toespraak die premier Kok op 16 april 2002 in de Tweede Kamer.

Gerechtshof 's-Gravenhage, 5 juli 2011, LJN: BR0133, r.o.6.7

Ibidem, r.o. 4.16.

In de *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 1143-1157.

One Case at the Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court, Harvard University Press, 2001.

Regeringsreactie op AIV advies: Transitional Justice, brief aan de TK, 15 december 2009, ref. EFV 343/09.

M.S. Groenhuijsen in *Delikt en Delinkwent*, 2011, p. 1005-1016.