ARTIKEL

De rol van de rechter bij vraagstukken van buitenlands beleid en defensie: over *Crown acts of state*, *political questions* en rechterlijk abstineren

*Mr. drs. R. van der Hulle**

1. Inleiding

Op 27 juni 2017 bevestigde het gerechtshof in Den Haag dat de Staat gedeeltelijk aansprakelijk is voor de dood van enkele honderden moslimmannen tijdens de val van de moslimenclave in Srebrenica in 1995.[1] De wijze waarop de rechter het optreden van het leger dient te toetsen, was een belangrijk onderdeel van de rechtsstrijd. Hoe terughoudend moet de rechter daarbij zijn? In lijn met het vonnis van de rechtbank, oordeelde het gerechtshof op 27 juni 2017 dat voor een verdergaande terughoudendheid geen grond bestaat.[2] Dit oordeel zal vermoedelijk een belangrijk onderdeel zijn van het door de Staat ingestelde cassatieberoep.[3]

Ook rechters in andere landen zijn met deze vraag geconfronteerd. Zo heeft het Britse Hooggerechtshof op 17 januari 2017 drie *landmark rulings* hierover gewezen.[4] Deze arresten hebben betrekking op het optreden van Britse militairen in Afghanistan en Irak. Zij zijn enigszins overschaduwd door het belangrijke *Brexit*-oordeel van een week later, maar dat maakt deze arresten niet minder interessant.[5] Concreet werd het Hooggerechtshof gevraagd zich uit te spreken over de gevangenneming van burgers met verschillende nationaliteiten in Afghanistan en Irak door Britse militairen. Sommigen van hen waren na hun gevangenneming overgedragen aan het Amerikaanse leger en tijdens hun detentie ernstig mishandeld. Op 17 januari 2017 heeft het Britse Hooggerechtshof een belangrijk en genuanceerd oordeel gegeven over de mogelijkheden om de Britse Staat hiervoor aansprakelijk te stellen.[6] Hoewel de Britse Staat aansprakelijkheid niet kan ontlopen voor grondrechtenschendingen en mishandelingen door of met medeweten van het Britse leger, heeft het Hof tegelijkertijd de ruimte daarvoor beperkt, door te overwegen dat de Britse rechter onder omstandigheden van een inhoudelijke beoordeling van het optreden van het leger geheel zou moeten afzien. De grondslag voor deze benadering is gelegen in de zogenoemde *Crown act of state*-doctrine.[7]

De recente arresten van het Britse Hooggerechtshof en de *Crown act of state*-doctrine zijn daarmee ook voor de Nederlandse rechtspraktijk interessant. Vooruitlopend op het oordeel van de Hoge Raad op het door de Staat ingestelde cassatieberoep, zal in deze bijdrage nader worden ingegaan op de benadering van de Nederlandse rechter bij geschillen over het buitenlands beleid en het optreden van het leger in het licht van deze Britse doctrine. Daarbij wordt reeds op deze plaats opgemerkt dat deze doctrine sterk doet denken aan vergelijkbare doctrines die rechters in andere landen hanteren ter afbakening van hun rol ten opzichte van de andere staatsmachten. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de bekende Amerikaanse *political question*-doctrine. Op grond van deze doctrine dient ook de Amerikaanse rechter bij bepaalde geschillen van een inhoudelijke beoordeling af te zien. In de praktijk doet hij dat vooral juist bij geschillen die raken aan het buitenlands beleid en militair ingrijpen. In deze bijdrage zal, naast de Britse *Crown act of state*-doctrine, daarom ook de Amerikaanse *political question*-doctrine de revue passeren.[8]

* **Mr. drs. R. (Rob) van der Hulle is advocaat bij Allen & Overy LLP in Amsterdam en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekscentrum voor Staat en Recht (SteR) van de Radboud Universiteit in Nijmegen. De auteur dankt prof. mr. R.J.B. Schutgens en mr. drs. J.J.J. Sillen, beiden verbonden aan dezelfde universiteit, voor hun suggesties bij een eerdere versie van deze bijdrage. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.**

1. Hof Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.
2. Zie r.o. 39.2.
3. Zie bijv. N. Righton, 'Srebrenica-drama krijgt juridisch staartje: Nederlandse staat betwist aansprakelijkheid genocide', *de Volkskrant* 20 september 2017.
4. *Rahmatullah (No 2) & Mohammed and others v. Ministry of Defence and another* (hierna: *Rahmatullah 2*), (2017) UKSC 1; *Abd Ali Hameed Al-Waheed & Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, (2017) UKSC 2; *Belhaj and another v. Straw and others & Rahmatullah (No 1) v. Ministry of Defence and another*, (2017) UKSC 3.
5. Zie over dat oordeel bijv. J.J.J. Sillen, 'Brexit voor het UK Supreme Court', *NJB* 2017/720, p. 852-859; R. de Lange, 'Brexit en het staatsrecht', *SEW* 2017, afl. 11, p. 438-448.
6. Zie bijv. R. Mendick & B. Farmer, 'Taliban bomb maker suing British Army suffers legal blow in landmark Supreme Court ruling', *The Telegraph* 17 januari 2017; O. Bowcott & I. Cobain, 'UK Supreme Court to rule on government responsibility for alleged rendition', *The Guardian* 17 januari 2017.
7. Zie over de achtergrond en eerdere toepassing van deze doctrine bijv. P. Scott, 'The vanishing law of Crown act of state', *Northern Ireland Legal Quarterly* 2015, p. 376-386, met verdere verwijzingen.
8. Zie over de *political question*-doctrine in de Nederlandse literatuur bijv. P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijnden & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004;

2. De Britse *Crown act of state*-doctrine

2.1. Inleiding

Zoals gezegd, komt de *Crown act of state*-doctrine er in de kern op neer dat de Britse rechter onder bepaalde omstandigheden van een inhoudelijke beoordeling van een voorgelegd geschil moet afzien. Voor een goed begrip van de doctrine dient echter eerst kort te worden ingegaan op twee kernbeginselen van het Britse staatsrecht: de parlementaire soevereiniteit en het *royal prerogative*. Het eerste beginsel wordt ook wel de hoeksteen van het Britse staatsrecht genoemd en houdt in dat het parlement bevoegd is om op ieder terrein wetgeving vast te stellen met iedere gewenste inhoud.[9]

Op grond van het *royal prerogative* is de Britse regering zelfstandig bevoegd om de buitenlandse betrekkingen te onderhouden. Deze bevoegdheid omvat ook het sluiten van verdragen. Deze bevoegdheid is verenigbaar met de parlementaire soevereiniteit omdat verdragsrecht niet automatisch doorwerkt in de Britse rechtsorde, maar eerst moet worden omgezet in nationale wetgeving. Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) is bijvoorbeeld via de *Human Rights Act 1998* geïncorporeerd in de Britse rechtsorde.[10] Daarnaast kan het soevereine parlement te allen tijde het *royal prerogative* in wetgeving inkaderen.[11]

2.2. De contouren van de doctrine

Zoals beschreven, hebben de arresten van 17 januari 2017 betrekking op het optreden van het Britse leger in Afghanistan en Irak. Vaststond dat Britse militairen een groot aantal burgers met verschillende nationaliteiten gevangen hadden genomen. Sommigen van hen waren vlak na hun gevangenneming overgedragen aan het Amerikaanse leger en tijdens hun detentie bij de Amerikanen ernstig mishandeld. Na hun vrijlating vorderden zij een schadevergoeding van de Britse Staat. Aan deze vordering legden zij ten grondslag dat hun detentie in strijd was met het EVRM. Anderen deden in aanvulling daarop of in plaats daarvan een algemeen beroep op het Iraakse of Afghaanse leerstuk van de onrechtmatige daad.[12]

De Britse regering bestreed deze vordering. Volgens haar was de gevangenneming van de betrokken burgers in overeenstemming met het EVRM en kon zij niet aansprakelijk worden gehouden voor het optreden van het Amerikaanse leger. Ook deed de Britse regering hierbij uitdrukkelijk een beroep op de zogenoemde *Crown act of state*-doctrine. Daarmee betoogde zij dat het optreden van het Britse leger door de rechter niet aan een inhoudelijke beoordeling kon worden onderworpen.

Het Hooggerechtshof was gevoelig voor het beroep van de regering op de *Crown act of state*-doctrine. Deze doctrine is echter niet onomstreden. Bij zijn beoordeling stelt het Hof voorop dat de *Crown act of state*-doctrine zelden is ingeroepen en toegepast.[13] De precieze contouren van de doctrine zijn dan ook onduidelijk. Wel wordt algemeen aangenomen dat de doctrine nauw verband houdt met het *royal prerogative* en twee componenten heeft. De eerste component heeft betrekking op beslissingen 'concerning matters of high policy or public security', oftewel meer politieke beslissingen ter invulling van het buitenlands beleid, zoals het voeren van oorlog en het sluiten van vrede.[14] Dergelijke beslissingen zijn bij uitstek aan de regering en kunnen door de rechter in beginsel niet aan een inhoudelijke beoordeling worden onderworpen. Deze beslissingen zijn, met andere woorden, *non-justiciable*.[15] De tweede component van de doctrine heeft betrekking op de handelingen waarmee aan dergelijke beslissingen uitvoering is gegeven en komt erop neer dat dergelijke uitvoeringshandelingen niet met een algemeen beroep op het leerstuk van de onrechtmatige daad, dat wil zeggen zonder dat daaraan een schending van grondrechten of ander nationaal of internationaal recht ten grondslag ligt, voor de rechter kunnen worden aangevochten.[16]

De arresten van 17 januari 2017 spitsen zich toe op de tweede component van de doctrine. Het Hooggerechtshof overweegt dat de doctrine een beperkt toepassingsbereik heeft. De doctrine, zo overweegt het Hof, 'cannot give carte blanche to the authorities to authorise or ratify any class of tortious acts committed abroad in the conduct of the foreign relations of the state'.[17] Toepassing van de tweede component van de doctrine kan daarom niet aan de orde zijn bij mishandelingen en martelingen of andere mogelijke schendingen van het EVRM door het leger.[18] Handelingen die wel onder de doctrine kunnen vallen, zijn handelingen begaan in het buitenland, die op zichzelf niet in strijd zijn met het internationale recht, en die zodanig zijn verweven met achterliggende, meer politieke beslissingen van de regering ter invulling van het buiten-

T. Koopmans, *Courts and Political Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 98-104; P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming. "Partners in the business of law?"', *RMThemis* 2009, afl. 4, p. 151. Zie ook meer recent R. van der Hulle, 'Het vonnis van de Haagse rechtbank over het Oekraïne-referendum in het licht van de Amerikaanse *political question*-doctrine', *NJB* 2017/1755, p. 2312-2319; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, *AB* 2017/416, m.nt. G. Boogaard en J. Uzman.

9. Zie over dit beginsel bijv. J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 467-472, met verdere verwijzingen. Dit beginsel heeft vooral vragen opgeroepen in het kader van de doorwerking van het Unierecht. Zie daarover Sillen 2017 (*supra* noot 5), p. 854-855.
10. Zie hierover uitgebreider Uzman 2013 (*supra* noot 9), p. 480-519.
11. Sillen 2017 (*supra* noot 5), p. 852-853; De Lange 2017 (*supra* noot 5), p. 442-444.
12. *Rahmatullah 2*, r.o. 1 (per *Lady* Hale).
13. *Rahmatullah 2*, r.o. 2-18 (per *Lady* Hale).
14. *Rahmatullah 2*, r.o. 4 (per *Lady* Hale).
15. *Rahmatullah 2*, r.o. 7, 8 en 33 (per *Lady* Hale).
16. *Rahmatullah 2*, r.o. 19-32 (per *Lady* Hale). Zie over de twee componenten van de doctrine ook Scott 2015 (*supra* noot 7), p. 369-373.
17. *Rahmatullah 2*, r.o. 33 (per *Lady* Hale).
18. *Rahmatullah 2*, r.o. 36 (per *Lady* Hale). Ook bij ontneming van eigendom ligt toepassing van de doctrine volgens het Hof in beginsel niet voor de hand, omdat daarvoor eenvoudigweg compensatie kan worden betaald.

lands beleid, dat zij moeten worden geacht daarmee onlosmakelijk verbonden te zijn. *Lady* Hale schrijft:

'We are left with a very narrow class of acts: in their nature sovereign acts – the sorts of thing that governments properly do; committed abroad; in the conduct of the foreign policy of the state; so closely connected to that policy to be necessary in pursuing it; and at least extending to the conduct of military operations which are themselves lawful in international law (…).'[19]

De hiervoor bedoelde uitvoeringshandelingen kunnen, net als de achterliggende politieke beslissingen daartoe, op grond van de *Crown act of state*-doctrine in beginsel niet met een algemeen beroep op het leerstuk van de onrechtmatige daad voor de Britse rechter worden aangevochten. Het Hof voegde hieraan toe, refererend aan de parlementaire soevereiniteit, dat er geen wetgeving is die hieraan in de weg staat.[20] De grondslag van de doctrine is volgens het Hof ten slotte gelegen in de machtenscheiding: '[T]he doctrine is ultimately based on the need for consistency or coherence in the distribution of functions between the executive and the judiciary in the United Kingdom's constitutional arrangements.'[21]

3. De Amerikaanse *political question*-doctrine

Zoals in de inleiding reeds is opgemerkt, doet de door het Britse Hooggerechtshof erkende *Crown act of state*-doctrine sterk denken aan vergelijkbare doctrines die rechters in andere landen hanteren ter afbakening van hun rol ten opzichte van de andere staatsmachten. De Amerikaanse *political question*-doctrine is daar het bekendste en meest treffende voorbeeld van. In tegenstelling tot de Britse doctrine, geniet de Amerikaanse doctrine in Nederland veel meer bekendheid.[22] Hoewel de rechter op grond van beide doctrines onder omstandigheden van een inhoudelijke beoordeling moet afzien, gaat de Amerikaanse doctrine, zoals hierna zal blijken, mogelijk nog verder dan zijn Britse tegenhanger en wordt deze doctrine door lagere Amerikaanse rechters vaker toegepast.

3.1. De hoofdlijnen van de doctrine[23]

De beroemde zaak *Marbury v. Madison* uit 1803 wordt algemeen aangemerkt als het vertrekpunt van de Amerikaanse *political question*-doctrine.[24] Deze zaak is een van de belangrijkste zaken uit de geschiedenis van het Amerikaanse Hooggerechtshof. In deze zaak trok het Hooggerechtshof niet alleen de bevoegdheid om wetgeving aan de Grondwet te toetsen voor het eerst uitdrukkelijk naar zich toe, maar overwoog het ook: 'Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this Court.'[25] Met deze overweging maakte het Hof duidelijk dat er gevallen kunnen zijn waarover de rechter zich niet behoort uit te spreken, omdat deze gevallen een politiek karakter hebben, of omdat zij door de Amerikaanse Grondwet aan een van de andere staatsmachten zijn opgedragen.

Hoewel de basis van de *political question*-doctrine hiermee was gelegd, zag het Amerikaanse Hooggerechtshof eerst in 1962 aanleiding om de doctrine uit te werken naar een meer moderne doctrine. Het Hof deed dat in de zaak *Baker v. Carr*.[26] Het arrest van het Hof in die zaak vormt de basis van de *political question*-doctrine zoals deze doctrine tegenwoordig bekendstaat en wordt toegepast. De zaak *Baker v. Carr* betrof een geschil over de vaststelling van kiesdistricten voor de verkiezingen van de Senaat en het Huis van Afgevaardigden van de staat Tennessee. Sommige kiesgerechtigden in deze staat waren van mening dat de reeds in 1901 vastgestelde statelijke wetgeving niet langer voorzag in een geschikte formule voor het vaststellen van de kiesdistricten en het aantal afgevaardigden dat per district kon worden gekozen. De kiesgerechtigden meenden dat hun stem bij verkiezingen daardoor in vergelijking met die van kiesgerechtigden in dunner bevolkte districten minder effectief was. Dit was volgens hen in strijd met de *Equal Protection Clause* van de Amerikaanse Grondwet.

In *Baker v. Carr* maakte het Hooggerechtshof niet alleen duidelijk dat de grondslag van de *political question*-doctrine – net als bij de Britse *Crown act of state*-doctrine – is gelegen in de machtenscheiding, maar bood het ook meer duidelijkheid over de factoren aan de hand waarvan moet worden bezien of sprake is van een *political question* en daarmee van een geschil dat door de rechter niet behoort te worden beslecht.[27] Concreet onderscheidde het Hof daarbij zes verschillende factoren:

1. het geschil raakt aan een onderwerp dat door de Amerikaanse Grondwet aan een van de andere staatsmachten is opgedragen;
2. het ontbreekt aan voldoende duidelijke en objectieve criteria aan de hand waarvan het geschil kan worden beoordeeld;
3. een inhoudelijke beoordeling van het geschil dwingt de rechter tot het maken van beleidsbeslissingen met een politiek en geen juridisch karakter;
4. door een inhoudelijke beoordeling zou de rechter onvoldoende de binnen de *trias* vereiste afstand ten opzichte van de andere staatsmachten bewaren;

19. *Rahmatullah 2*, r.o. 37 (per *Lady* Hale). Zie ook *Rahmatullah 2*, r.o. 72 (per *Lord* Mance) en r.o. 81 (per *Lord* Sumption).
20. *Rahmatullah 2*, r.o. 38-41 (per *Lady* Hale).
21. *Rahmatullah 2*, r.o. 104 (per *Lord* Neuberger).
22. Zie recent ook Rb. Amsterdam (vzr.) 7 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:605, *JB* 2018/45, m.nt. R. van der Hulle. Daarin kondigde de Amsterdamse voorzieningenrechter aan prejudiciële vragen te stellen over de gevolgen van de Brexit voor Britse staatsburgers die woonachtig en werkzaam zijn in Nederland. De voorzieningenrechter ging daarbij uitdrukkelijk in op de *political question*-doctrine, om vervolgens te concluderen dat van een *political question* geen sprake was.
23. Zie ook Van der Hulle 2017 (*supra* noot 8), p. 2315-2316.
24. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
25. *Idem*, 170.
26. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).
27. *Idem*, 210. Of zoals het Hof het formuleerde: 'The nonjusticiability of a political question is primarily a function of the separation of powers.'

5. door een inhoudelijke beoordeling zou de rechter een politieke beslissing van een andere staatsmacht kunnen doorkruisen; en
6. het voorkomen van 'embarrassment' als gevolg van uiteenlopende standpunten van de verschillende staatsmachten over een en hetzelfde onderwerp.[28]

3.2. Toepassing door het Hooggerechtshof[29]

De hiervoor genoemde '*Baker*-factoren' bieden de rechter veel ruimte om te oordelen dat in een voorliggende zaak van een *political question* sprake is en dat het geschil daarom niet door de rechter moet worden beslecht. Toch heeft het Hof sinds *Baker v. Carr* slechts in een handvol zaken daartoe geconcludeerd. Het Hof deed dat in *Gilligan v. Morgan* uit 1973 en *Nixon v. UnitedStates* uit 1993.[30] Ook in de zaak *Goldwater v. Carter* uit 1979 neigde het daartoe.[31] In deze zaken ging het respectievelijk om het optreden van de Nationale Garde tijdens studentenprotesten tegen de oorlog in Vietnam, het afzetten van een federale rechter genaamd Walter Nixon, en het opzeggen van een veiligheidsverdrag met China zonder daarbij de Senaat te betrekken. Deze zaken raakten in algemene zin aan het buitenlands beleid, de binnenlandse veiligheid en aan het functioneren van de andere staatsmachten.

De eerste *Baker*-factor was bepalend voor het oordeel van het Hof dat in de zojuist genoemde zaken van een *political question* sprake was en dat een inhoudelijke beoordeling daarom niet in de rede lag. Zoals beschreven, dient de rechter op grond van deze factor van een inhoudelijke beoordeling af te zien, indien het geschil raakt aan een onderwerp dat door de Grondwet aan een van de andere staatsmachten is opgedragen. Met betrekking tot het buitenlands beleid schrijft de Amerikaanse Grondwet voor dat dit beleid door de President wordt vormgegeven, deels in samenspraak met het Congres. De President voert bijvoorbeeld als *Commander in Chief* het gezag uit over het leger, terwijl het Congres bevoegd is om de buitenlandse handel te reguleren.[32] Ook de binnenlandse veiligheid en de organisatie van de Nationale Garde zijn aan de President en het Congres opgedragen. Hoewel de Amerikaanse Grondwet de bevoegdheid '[t]o provide for organizing, arming, and disciplining, the militia' in beginsel aan het Congres toekent, heeft het Congres deze bevoegdheid, voor zover het de Nationale Garde betreft, gedelegeerd aan de President.[33] De bevoegdheid om federale overheidsfunctionarissen uit hun ambt te zetten, legt de Amerikaanse Grondwet ten slotte bij de Senaat: 'The Senate shall have the sole power to try all impeachments.'[34]

In *Nixon v. United States*, waarin zoals gezegd de afzetting van een federale rechter genaamd Walter Nixon centraal stond, voegde het Hooggerechtshof hieraan toe dat het ontbreekt aan duidelijke criteria voor de rechter om te kunnen beoordelen of de Senaat terecht en volgens de juiste procedure tot de *impeachment* van een overheidsfunctionaris heeft besloten. In die zaak speelde daarom ook de tweede *Baker*-factor een belangrijke rol. Sterker nog: volgens het Hooggerechtshof droeg de omstandigheid dat de tweede factor aan de orde was bij aan de conclusie dat de eerste factor zich ook voordeed. Dit impliceert dat er een vloeiend en geen strikt onderscheid bestaat tussen de verschillende *Baker*-factoren.[35]

De nadruk op de eerste twee *Baker*-factoren blijkt ook uit de zaak *Zivotofsky v. Clinton* uit 2012.[36] Dit is vooralsnog de meest recente zaak waarin het Hooggerechtshof zich over de *political question*-doctrine heeft uitgesproken. Het Hof heeft daarin duidelijk gemaakt dat de doctrine er op zichzelf niet aan in de weg staat dat de rechter nagaat of een wettelijk recht verenigbaar is met de Grondwet. Concreet stond in *Zivotofsky v. Clinton* een bepaling uit de *Foreign Relations Authorization Act* centraal die Amerikaanse staatsburgers geboren in Jeruzalem het recht gaf om Israël in hun paspoort op te laten nemen als geboorteland. Dit recht stond echter op gespannen voet met het beleid van de Amerikaanse regering om bij de geboorte van een Amerikaans staatsburger in Jeruzalem alleen de naam van die stad en niet ook de naam van het land Israël in het paspoort op te nemen. Anders dan lagere rechters hadden geoordeeld, was hier volgens het Hof geen sprake van een *political question*.[37] Daartoe achtte het van belang dat de Amerikaanse Grondwet geen bepaling bevat die de toepassing van internationaal en

28. *Idem*, 217. Het Hof voegde hier wel aan toe: 'Unless one of these formulations is inextricable from the case at bare, there should be no dismissal for nonjusticiability on the ground of a political question's presence.' Het Hof maakte hiermee duidelijk dat de rechter niet snel tot het oordeel mag komen dat van een *political question* sprake is en dat een inhoudelijke beoordeling daarom niet in de rede ligt.
29. Van der Hulle 2017 (*supra* noot 8), p. 2316-2317.
30. *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973); *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).
31. *Goldwater v. Carter*, 44 U.S. 996 (1979). Strikt genomen spraken slechts vier van de negen leden van het Hof zich in deze zaak uitdrukkelijk uit voor toepassing van de *political question*-doctrine. Drie andere leden lieten zich hier niet over uit, terwijl de twee overige leden juist uitdrukkelijk stelling namen tegen de conclusie dat van een *political question* sprake was. Vgl. ook *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004), waarin vier leden van het Hof overwogen dat geschillen over *political gerrymandering* als een *political question* hebben te gelden. De vijf andere leden gingen daar echter niet in mee.
32. Zie artikel I en II van de Amerikaanse Grondwet. Zie ook R. Passchier, 'Als Commander in Chief kan President Trump straks bijna alles', *NJB* 2017/2, p. 6-13.
33. Zie de *Militia Clause* van artikel I, § 8, van de Amerikaanse Grondwet. Deze bevoegdheid is gedelegeerd aan de President in titel 32, §110, van de *U.S. Code*.
34. Zie de *Impeachment Trial Clause* van artikel I, § 3, van de Amerikaanse Grondwet.
35. *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993), 228: '[T]he concept of a textual commitment to a coordinate political department is not completely separate from the concept of a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; the lack of judicially manageable standards may strengthen the conclusion that there is a textually demonstrable commitment to a coordinate branch.'
36. *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. ___ (2012).
37. *Idem*, onderdeel II, p. 6-7. Overigens kwam het Hof in juni 2015 alsnog tot de conclusie dat de *Foreign Relations Authorization Act* in zoverre ongrondwettig was. Volgens het Hof vormde de mogelijkheid om Israël in het paspoort als geboorteland te laten vermelden een onaanvaardbare doorkruising van de grondwettelijke bevoegdheid van de President om buitenlandse mogendheden wel of niet te erkennen. Zie *Zivotofsky v. Kerry*, 576 U.S.__ (2015).

nationaal recht en een grondwettigheidsbeoordeling van wetgeving aan de andere staatsmachten opdraagt. Sterker nog: zoals hiervoor beschreven, heeft het Hof deze laatste bevoegdheid in 1803 in *Marbury v. Madison* uitdrukkelijk naar zich toe getrokken. Ook de toepassing van grondrechten kan daarom in beginsel geen *political question* opleveren. De omstandigheid dat deze toepassing belangrijke politieke en maatschappelijke gevolgen kan hebben, maakt dit niet anders.[38]

3.3. Lagere rechtspraak[39]

Het oordeel van het Hooggerechtshof in *Zivotofsky v. Clinton*, de nadruk op de eerste twee *Baker*-factoren en het zeer beperkte aantal gevallen waarin het Hooggerechtshof de *political question*-doctrine daadwerkelijk heeft toegepast, heeft sommige auteurs doen betogen dat de doctrine nog slechts een beperkte betekenis heeft en dat het einde van de doctrine nabij is.[40] Toch is dit voorbarig, temeer nu de *political question*-doctrine door lagere rechters wel vaker wordt toegepast, juist in zaken die raken aan militair ingrijpen.[41]

Ter illustratie kan worden gewezen op de zaak *El-Shifa Pharmaceutical Industries Company v. United States* (hierna: *El-Shifa*).[42] Daarin staat het bombarderen van een farmaceutisch bedrijf in Soedan in opdracht van President Clinton centraal. De aanleiding daarvoor was gelegen in de terroristische aanslagen op de Amerikaanse ambassades in Tanzania en Kenia. Algemeen werd aangenomen dat Osama bin Laden verantwoordelijk was voor die aanslagen. Het farmaceutische bedrijf in Soedan werd ervan verdacht nauwe banden met Bin Laden te hebben gehad en betrokken te zijn geweest bij de productie van chemische wapens. Later bleek dat deze verdenking ongegrond was. De eigenaren van het bedrijf daagden daarop de Amerikaanse Staat voor de rechter om een schadevergoeding te krijgen.

Net als de rechter in eerste aanleg, wees de hogerberoepsrechter deze vordering af. Daarbij stelde hij de *Baker*-factoren voorop en overwoog hij dat niet aan alle factoren hoeft te zijn voldaan om te kunnen concluderen dat van een *political question* sprake is.[43] Vervolgens stelde de hogerberoepsrechter vast dat hem niet werd gevraagd of de uitvoerende macht al dan niet een bepaalde bevoegdheid toekomt. In plaats daarvan werd hem gevraagd een oordeel te geven over de wijsheid van een beslissing tot militair ingrijpen in het kader van de strijd tegen terrorisme, en daarmee van een discretionaire beslissing ter invulling van het buitenlands beleid. Volgens de hogerberoepsrechter is het grondwettelijk gezien niet aan hem om een dergelijke beslissing van een van de andere staatsmachten aan een inhoudelijke beoordeling te onderwerpen: 'It is not the role of judges to secondguess, with the benefit of hindsight, another branch's determination that the interests of the United States call for military action.'[44] Aan de eerste *Baker*-factor was dan ook voldaan. Daarnaast ontbrak het volgens de hogerberoepsrechter aan voldoende duidelijke en objectieve criteria om een beslissing tot militair ingrijpen inhoudelijk te toetsen, en geldt dat een dergelijke beslissing eerst en vooral een politiek en geen juridisch karakter heeft. Ook aan de tweede en derde *Baker*-factor was daarom voldaan. De hogerberoepsrechter concludeerde:

'If the political question doctrine means anything in the arena of national security and foreign relations, it means the courts cannot assess the merits of the President's decision to launch an attack on a foreign target, and the plaintiffs ask us to do just that.'[45]

De benadering van de hogerberoepsrechter in *El-Shifa* is kenmerkend voor de wijze waarop lagere Amerikaanse rechters omgaan met geschillen over militair ingrijpen.[46] Ter illustratie hiervan kan worden gewezen op de zaak *Bin Ali Jaber v. United States*.[47] Daarin staat een met een drone uitgevoerd bombardement in Jemen centraal. Dit bombardement was gericht op drie Al-Qaida-strijders. In totaal waren bij het bombardement echter vijf mensen om het leven gekomen. Nabestaanden van de twee andere slachtoffers daagden de Staat voor de rechter en vorderden een schadevergoeding. De lagere Amerikaanse rechter ging daar niet in mee en overwoog, onder verwijzing naar *El-Shifa*, dat de rechtmatigheid van het in Jemen uitgevoerde bombardement een *political question* betreft, omdat in ieder geval aan de eerste drie *Baker*-factoren was voldaan. Meer in het bijzonder ging het volgens hem ook hier om een beslissing met een politiek en geen juridisch karakter over een onderwerp dat grondwettelijk gezien aan de andere staatsmachten is opgedragen. Daarnaast ontbrak het aan duidelijke en objectieve criteria

38. Zie ook *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), 217 (aanhalingstekens weggelaten): 'The doctrine of which we treat is one of political questions, not one of political cases.'
39. Van der Hulle 2017 (*supra* noot 8), p. 2317-2318.
40. Zie bijv. C. Michel, 'There's No Such Thing as a Political Question of Statutory Interpretation: The Implications of *Zivotofsky v. Clinton*', *The Yale Law Journal* 2013, p. 259; Z.B. Shemtob, 'The Political Question Doctrine: *Zivotofsky v. Clinton* and Getting Beyond the Textual-Prudential Paradigm', *The Georgetown Law Journal* 2015, p. 1025-1028.
41. Zie hierover, in aanvulling op de hierna te bespreken rechtspraak, bijv. C.C. Carter, 'Halliburton hears a who? Political question doctrine developments in the global war on terror and their impact on government contingency contracting', *Military Law Review* 2009, p. 86-131; A. Endicott, 'The Judicial Answer: Treatment of the Political Question Doctrine in Alien Tort Claims', *Berkeley Journal of International Law* 2010, p. 537-554; K.L. Richer, 'The Functional Political Question Doctrine and the Justiciability of Employee Tort Suits against Military Service Contractors', *New York University Law Review* 2010, p. 1694-1734.
42. *El-Shifa Pharmaceutical Industries Company v. United States*, 07-5174 (D.C. Cir. 2010).
43. *Idem*, onderdeel II, p. 9.
44. *Idem*, onderdeel II, p. 14.
45. *Idem*, onderdeel II, p. 14-15.
46. Vgl. ook het commentaar in de *Harvard Law Review* 2010, p. 643: '[T]he El-Shifa decision (…) fits into a broader trend of increasing deference to the Executive.'
47. *Bin Ali Jaber v. United States*, 15-0840 (D.D.C. 2016).

om de rechtmatigheid van deze beslissing te kunnen beoordelen.[48]

Andere zaken waarin de lagere Amerikaanse rechter tot hetzelfde oordeel is gekomen, hebben betrekking op het steunen van een militaire staatsgreep in een ander land, het oprichten van een militaire basis, en het optreden van de Amerikaanse marine in het kader van de internationale strijd tegen piraterij.[49] Recentelijk werd de lagere rechter ook gevraagd om zich uit te spreken over de militaire operaties tegen IS. Volgens een afvallige militair had President Obama daar ten onrechte toe besloten, nu het Congres daar niet uitdrukkelijk toestemming voor had gegeven. De grondwettelijke bevoegdheden van de President en de door het Congres in wetgeving gestelde kaders boden daar volgens hem evenmin een grondslag voor. Onder verwijzing naar de *political question*-doctrine en *El-Shifa* zag de lagere Amerikaanse rechter ook hier van een inhoudelijke beoordeling af.[50]

Uit de hiervoor besproken rechtspraak volgt dat de lagere Amerikaanse rechter in zaken waarin achterliggende, meer politieke beslissingen van een van de andere staatsmachten aan de orde zijn ter invulling van het buitenlands beleid geneigd is om terug te grijpen naar de *political question*-doctrine en op die grond van een inhoudelijke beoordeling geheel af te zien. Daaraan moet worden toegevoegd dat dit ook geldt voor de manier waarop aan dergelijke beslissingen uitvoering is gegeven. Dergelijke handelingen worden in beginsel geacht daarmee onlosmakelijk verbonden te zijn. Om die reden hebben sommige lagere Amerikaanse rechters zelfs vermeende martelingen door het leger met een beroep op de *political question*-doctrine afgedaan. Of zoals de lagere Amerikaanse rechter overwoog in een van de zojuist genoemde andere zaken:

'We need not quarrel with the plaintiffs' assertion that certain claims for torture may be adjudicated in the federal courts (…). We simply observe that such a claim, like any other, may not be heard if it presents a political question.'[51]

Wel past hierbij een belangrijke kanttekening: uit dezelfde rechtspraak komt naar voren dat lagere Amerikaanse rechters mogelijk wel bereid zijn om tot een inhoudelijke beoordeling over te gaan, indien de slachtoffers van het militair ingrijpen Amerikaanse staatsburgers zijn en door hen of hun nabestaanden uitdrukkelijk een beroep is gedaan op de in de Amerikaanse Grondwet neergelegde grondrechten.[52] Dat is in lijn met de hiervoor besproken rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof. Zoals beschreven, is de toepassing van grondrechten volgens het Hof bij uitstek een taak voor de rechter en kan deze toepassing daarom in beginsel geen *political question* opleveren.

4. Nederland

Tegen de achtergrond van de hiervoor besproken Britse *Crown act of state*-doctrine en de vergelijkbare Amerikaanse *political question*-doctrine zal in deze paragraaf nader worden ingegaan op de door de Nederlandse rechter gevolgde benadering bij geschillen die raken aan het buitenlands beleid en het optreden van het leger. Zoals hiervoor is gebleken, kan het optreden van het Britse leger op grond van de *Crown act of state*-doctrine in beginsel niet met een algemeen beroep op het leerstuk van de onrechtmatige daad ter beoordeling aan de rechter worden voorgelegd. Dit is echter anders wanneer dat optreden ook martelingen omvat of schendingen van het EVRM. De Amerikaanse doctrine gaat mogelijk nog verder. Zoals beschreven, acht de lagere Amerikaanse rechter toepassing van de *political question*-doctrine in beginsel ook mogelijk bij vermeende martelingen door het Amerikaanse leger. Bij de toepassing van beide doctrines wordt een onderscheid gemaakt tussen de achterliggende, meer politieke beslissingen van de regering ter invulling van het buitenlands beleid en de handelingen van het leger waarmee aan dergelijke beslissingen uitvoering is gegeven. Omdat deze achterliggende, meer politieke beslissingen niet aan een rechterlijke beoordeling kunnen worden onderworpen, heeft dat volgens de Britse en Amerikaanse rechter in beginsel ook te gelden voor uitvoeringshandelingen.

De vraag is in hoeverre de Nederlandse rechter een vergelijkbare benadering hanteert. Anders gezegd: ziet de Nederlandse rechter, net als zijn Britse en Amerikaanse collega's, bij geschillen die raken aan het buitenlands beleid en de inzet van het leger ook ruimte om van een inhoudelijke beoordeling af te zien? Uit de rechtspraak blijkt dat de Nederlandse rechter in vergelijking met zijn Britse en Amerikaanse collega's minder snel geneigd is om bij dergelijke geschillen een inhoudelijke beoordeling geheel achterwege te laten. Tegelijkertijd is het niet eenvoudig om een vaste lijn in de Nederlandse rechtspraak te ontdekken.[53] Hoewel sommige uitspraken aanknopingspunten bieden voor de ontwikkeling van een Nederlandse variant van de Britse *Crown act of state*-doctrine of de Amerikaanse *political question*-doctrine, volgt uit andere uitspraken dat voor een verdergaande terughoudendheid geen grond bestaat.

4.1. Vormgeving van het buitenlands beleid

Vertrekpunt bij de bespreking van de relevante rechtspraak van de Nederlandse rechter vormt het *Kruisraketten*-arrest van de Hoge Raad uit 1989.[54] Daarin staat een met de Verenigde Staten gesloten verdrag centraal dat voorzag in de plaatsing van met kernwapens uitgeruste kruisraketten op Nederlandse bodem. De keuze van de regering om met plaatsing in te stemmen was politiek en

48. *Idem*, onderdeel III, p. 11-13.
49. *Schneider v. Kissinger*, 04-5199 (D.C. Cir. 2005); *Gonzalez-Vera v. Kissinger*, 05-5017 (D.C. Cir. 2006); *Bancoult v. McNamara*, 05-5049 (D.C. Cir. 2006); *Harbury v. Hayden*, 06-5282 (D.C. Cir. 2008); *Wu Tien Li-Shou v. United States*, 14-1206 (4th Cir. 2015).
50. *Smith v. Obama*, 16-843 (D.D.C. 2016).
51. *Gonzalez-Vera v. Kissinger*, 05-5017 (D.C. Cir. 2006), onderdeel II B, p. 8.
52. Zie bijv. *Al-Aulaqi v. Panetta*, 12-1192 (D.C.C. 2014); *Committee of U.S. Citizens Living In Nicaragua v. Reagan*, 859 F.2d 929 (D.C. Cir. 1988).
53. Vgl. ook J.W.A. Fleuren, 'Aant. 2 bij art. 90 Grondwet', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 124.
54. HR 10 november 1989, *NJ* 1991/248, m.nt. P.H. Kooijmans.

maatschappelijk gezien echter omstreden. Diverse maatschappelijke organisaties en burgers meenden dat plaatsing onrechtmatig was wegens strijd met het volkenrecht en daarom verboden moest worden. Anders dan de rechtbank en het gerechtshof, die meenden dat het oordeel over de verenigbaarheid van het plaatsingsverdrag met ander internationaal recht was voorbehouden aan de regering en het parlement, zag de Hoge Raad geen principieel beletsel voor de rechter om de verenigbaarheid van het plaatsingsverdrag met ander internationaal recht te beoordelen, om uiteindelijk te concluderen dat het plaatsingsverdrag daarmee niet in strijd was.[55]
Het *Kruisraketten*-arrest weerhield de Hoge Raad er niet van om in latere arresten te overwegen dat de rechter bij geschillen die raken aan het buitenlands beleid en defensie een grote mate van terughoudendheid aan de dag moet leggen. De Hoge Raad deed dat in een arrest uit 2001.[56] Ook dat arrest heeft betrekking op kernwapens en is gewezen in een door diverse maatschappelijke organisaties en natuurlijke personen gestarte procedure over het verlenen van medewerking aan de inzet van kernwapens in NAVO-verband. Deze organisaties en natuurlijke personen waren fel gekant tegen kernwapens en meenden dat de inzet daarvan zonder meer in strijd is met het internationale recht en om die reden op voorhand moest worden verboden. Onder verwijzing naar een advies van het Internationaal Gerechtshof ging de Hoge Raad daar niet in mee.[57] Daarbij stelde hij voorop dat de zaak betrekking had op vragen over het beleid van de regering op het gebied van de buitenlandse politiek en defensie en dat dit beleid in sterke mate is verweven met politieke afwegingen. Volgens de Hoge Raad is het niet aan de rechter om deze politieke afwegingen te maken:

'[D]e in het onderhavige geding ingestelde vorderingen [hebben] betrekking op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen (…). Dit betekent dat de burgerlijke rechter een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie, die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Het is immers niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken.'[58]

In een arrest uit 2004 over het militaire optreden van de Verenigde Staten in Afghanistan in de nasleep van de terroristische aanslagen op 11 september 2001 heeft de Hoge Raad deze overweging herhaald.[59] Diverse burgers en organisaties meenden dat dit optreden onrechtmatig was zolang de Veiligheidsraad daarmee niet had ingestemd. Voor de rechter vorderden zij een verbod aan de regering om, bij het uitblijven van deze instemming, het optreden in Afghanistan te steunen. In navolging van de rechtbank en het gerechtshof, ging de Hoge Raad niet mee met dat betoog. Daarbij stelde hij wederom voorop dat ook dit geschil betrekking had op het beleid van de regering op het gebied van de buitenlandse politiek en defensie, en dat dit beleid in sterke mate afhangt van politieke afwegingen. De Hoge Raad overwoog vervolgens:

'Het is (…) niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken en op verlangen van een burger de Staat (de regering) bepaalde handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid of defensie te verbieden of hem te gelasten op dit gebied een bepaalde gedragslijn te volgen.'[60]

In de literatuur is gesteld dat deze overweging van de Hoge Raad op zichzelf een basis biedt voor de ontwikkeling van een Nederlandse variant van de *political question*-doctrine.[61] Toch is een terughoudende beoordeling niet hetzelfde als het afzien daarvan. Ter illustratie daarvan kan worden gewezen op een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank in Den Haag uit 2003 over het verlenen van politieke steun aan de militaire inval in Irak onder aanvoering van de Verenigde Staten.[62] Op verzoek van diverse maatschappelijke organisaties en burgers werd de voorzieningenrechter gevraagd om de regering te verbieden op enige manier steun te verlenen aan het militair ingrijpen in Irak zolang de Veiligheidsraad daarmee niet had ingestemd. De voorzieningenrechter stelde bij zijn beoordeling voorop dat het geschil raakte aan beleidsterreinen die bij uitstek tot het domein van de politiek behoren, maar verbond daaraan niet de conclusie dat een inhoudelijke beoordeling niet in de rede lag. Volgens de voorzieningenrechter was een rechtmatigheidsbeoordeling wel mogelijk, zij het dat de rechter daarbij grote terughoudendheid moet betrachten. Rechterlijk ingrijpen kan daarom alleen aan de orde zijn, indien het beleid en de ter uitvoering daarvan door de regering gemaakte beslissingen 'onmiskenbaar onrechtmatig' zijn.[63] Daarvan was naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen sprake. Deze benadering gaat minder ver dan de benadering van de Britse en de Amerikaanse rechter:

55. Ook sommige auteurs meenden dat hier sprake was van een *political question*. Vgl. J.W.A. Fleuren, 'De maximis non curat preator? Over de plaats van de Nederlandse rechter in de nationale en internationale rechtsorde', in: Bovend'Eert, Van den Eijnden & Kortmann 2004 (*supra* noot 8), p. 156-157; J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter', in: P.A. Nollkaemper e.a., *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht Nr. 131*, Leiden: T.M.C. Asser Press 2005, p. 125-126.
56. HR 21 december 2001, *NJ* 2002/217, m.nt. T. Koopmans.
57. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (8 July 1996), Advisory Opinion, *ICJ Reports* 1996, p. 226.
58. Zie r.o. 3.3, onderdeel C.
59. HR 6 februari 2004, *NJ* 2004/329.
60. Zie r.o. 3.4.
61. Zie Fleuren 2004 (*supra* noot 55), p. 156-158; Fleuren 2005 (*supra* noot 55), p. 126-132, beide met verdere verwijzingen.
62. Rb. Den Haag (vzr.) 31 maart 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AF6540.
63. Zie r.o. 4.4 en 4.5.

beide rechters zouden waarschijnlijk op voorhand van een inhoudelijke beoordeling hebben afgezien.

4.2. Optreden van het leger

Hoewel het voor de uiteindelijke uitkomst van een zaak geen verschil hoeft te maken of een rechter afziet van een inhoudelijke beoordeling of kiest voor een terughoudende toetsing, kunnen beide benaderingen dogmatisch wel van elkaar worden onderscheiden. Daar komt bij dat uit meer recente rechtspraak blijkt dat een verdergaande terughoudende toetsing niet aan de orde is bij het optreden van het leger ter uitvoering van achterliggende, politieke beslissingen van de regering. In de inleiding van deze bijdrage is reeds gewezen op de huidige procedure tegen de Staat over het optreden van Nederlandse militairen tijdens de val van de moslimenclave in Srebrenica in 1995.[64] Nabestaanden van de slachtoffers betoogden dat de Staat onrechtmatig had gehandeld door het wegsturen van honderden moslimmannen van de enclave. Vaststaat dat deze mannen korte tijd later zijn gedood. Zoals beschreven, oordeelde het gerechtshof in Den Haag op 27 juni 2017 dat de Staat hiervoor gedeeltelijk aansprakelijk is. De rechter moet in dat kader toetsen of de betrokken Nederlandse militairen in redelijkheid hebben kunnen besluiten en handelen zoals zij hebben gedaan. Voor een door de Staat bepleite verdergaande terughoudendheid bestaat volgens het hof geen grond.[65]

Dit oordeel is in lijn met eerder, in 2013, gewezen arresten van de Hoge Raad waarin de Hoge Raad zich over dezelfde gebeurtenissen heeft uitgesproken.[66] Net als in de recente zaak voor het Haagse gerechtshof had de Staat betoogd dat een verdergaande terughoudende beoordeling in de rede ligt. De Hoge Raad ging daar niet in mee:

'De door de onderdelen bepleite terughoudende toetsing zou meebrengen dat voor de beoordeling door de rechter van de gevolgen van het optreden van een troepenmacht in het kader van een vredesmissie (…) nagenoeg geen ruimte zou bestaan. Een zo vergaande terughoudendheid is onaanvaardbaar. Dat wordt niet anders doordat de Staat hiervan nadelige gevolgen verwacht voor de uitvoering van vredesoperaties door de Verenigde Naties en meer in het bijzonder voor de bereidheid van lidstaten om troepen voor dergelijke operaties ter beschikking te stellen. Dit behoort immers niet in de weg te staan aan de mogelijkheid van rechterlijke beoordeling achteraf van gedragingen van de desbetreffende troepenmacht.'[67]

Hieruit volgt dat een verdergaande terughoudende beoordeling niet in de rede ligt bij het optreden van het leger. Dit is opvallend in het licht van de hiervoor besproken arresten van de Hoge Raad uit 2001 en 2004. Waar de Hoge Raad in die arresten nog overwoog dat de rechter een grote mate van terughoudendheid aan de dag moet leggen bij geschillen die raken aan politieke besluitvorming op het gebied van het buitenlands beleid, lijkt een vergelijkbare terughoudendheid aldus niet vereist bij een beoordeling van het optreden van het leger.

Ook in dit opzicht is er een belangrijk verschil tussen de benadering van de Nederlandse rechter en die van zijn Britse en Amerikaanse collega's. Zoals beschreven, zien de Britse en Amerikaanse rechter het optreden van het leger als een verlengstuk van achterliggende, meer politieke beslissingen. Nu dergelijke beslissingen in beginsel niet aan een rechterlijke beoordeling kunnen worden onderworpen, heeft dit volgens hen in beginsel ook te gelden voor het optreden van het leger. De Hoge Raad ziet dit kennelijk anders en maakt wel een duidelijke knip tussen achterliggende, meer politieke beslissingen van de regering ter invulling van het buitenlands beleid enerzijds en het optreden van het leger ter uitvoering daarvan anderzijds. Alleen bij de beoordeling van deze achterliggende beslissingen van de regering ligt volgens de Hoge Raad een verdergaande terughoudendheid in de rede.

Wel verdient hierbij opmerking dat in de zaken over de val van de moslimenclave in Srebrenica de nabestaanden van de slachtoffers mede een beroep hadden gedaan op artikel 2 EVRM ter invulling van hun betoog dat Nederlandse militairen onrechtmatig hadden gehandeld en daarbij hadden aangevoerd dat de Staat rechtsmacht had en uitoefende over de enclave en de burgers die zich daarop bevonden.[68] Zoals hiervoor is gebleken, zou ook de Britse rechter bij een beroep op het EVRM tot een inhoudelijke beoordeling overgaan. Ook de lagere Amerikaanse rechter zou daar mogelijk toe geneigd zijn, voor zover grondrechten van Amerikaanse staatsburgers in het geding zouden zijn. De hiervoor weergegeven overweging van de Hoge Raad is echter zodanig geformuleerd, dat ook bij een algemeen beroep op het leerstuk van de onrechtmatige daad, zonder dat daaraan een schending van grondrechten ten grondslag is gelegd, geen grond bestaat voor een verdergaande terughoudende beoordeling.

5. Afronding

In deze bijdrage is, naar aanleiding van het recente arrest van het Haagse gerechtshof over het optreden van Nederlandse militairen tijdens de val van de moslimenclave in Srebrenica in 1995, nader ingegaan op de wijze waarop de rechter het optreden van het leger dient te toetsen. Hoe terughoudend moet de rechter daarbij zijn? Gebleken is dat de Nederlandse rechter, anders dan de Britse en de Amerikaanse rechter, niet bereid lijkt om bij dergelijke geschillen een inhoudelijke beoordeling geheel achterwege te laten. Hoewel hij erkent dat een grote mate van terughoudendheid is vereist bij het beoordelen van achterliggende, meer politieke beslissingen van de regering op het gebied van het buitenlands beleid en defensie, is

64. Hof Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.
65. Zie r.o. 39.2.
66. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, *NJ* 2015/376, m.nt. N.J. Schrijver.
67. Zie r.o. 3.18.3. Wel dient de rechter volgens de Hoge Raad bij zijn beoordeling te verdisconteren dat militairen vaak onder zware omstandigheden moeten opereren.
68. De Hoge Raad en het gerechtshof oordeelden dat de Staat vanaf een bepaald moment inderdaad rechtsmacht had en uitoefende over de moslimenclave. Zie in het bijzonder r.o. 3.17.1 van het genoemde arrest van de Hoge Raad en r.o. 38.1-38.7 van het genoemde arrest van het gerechtshof.

dat niet hetzelfde als het geheel afzien van een inhoudelijke beoordeling. Daar komt bij dat een vergelijkbare mate van terughoudendheid niet aan de orde is bij een beoordeling van het optreden van het leger.

Daarmee is niet gezegd dat de benadering van de Nederlandse rechter niet verdedigbaar is. Gesteld kan worden dat het zeker bij vraagstukken over leven en dood niet of veel minder voor de hand ligt dat de rechter een inhoudelijke beoordeling achterwege laat of kiest voor een verdergaande terughoudende beoordeling. De vraag is echter in hoeverre dit ook geldt, indien grondrechten niet in het geding zijn en wordt volstaan met een algemeen beroep op het leerstuk van de onrechtmatige daad, dat wil zeggen zonder dat aan de gestelde onrechtmatigheid een schending van grondrechten ten grondslag ligt. Niet ten onrechte verzuchtte Koopmans in zijn annotatie onder het genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2001 over het militaire optreden van de Verenigde Staten in de nasleep van de terroristische aanslagen op 11 september 2001 dat de actie uit onrechtmatige daad langzamerhand geschikt wordt geacht om elk onopgelost maatschappelijk vraagstuk, ongeacht de aard daarvan, aan het oordeel van de rechter te onderwerpen.[69] De hiervoor besproken rechtspraak van Britse en Amerikaanse rechters illustreert het belang om de discussie hierover ook bij geschillen waarin beslissingen ter invulling van het buitenlands beleid en het optreden van het leger ter beoordeling staan te blijven voeren.[70]

69. Zie punt 2 van de noot van Koopmans (*NJ* 2002/217).
70. Een vergelijkbare discussie is gevoerd naar aanleiding van het bekende *Urgenda*-vonnis van de Haagse rechtbank: Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, *AB* 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes. Zie daarover bijv. R. Schutgens, 'Urgenda en de trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675, p. 2270-2277; L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis. Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste', *NJB* 2015/1676, p. 2278-2288; P.P.T. Bovend'Eert, 'De (enige?) uitzondering op Noordwijkerhout/Guldemond. Hoe gaat de burgerlijke rechter om met geschillen in de politieke sfeer?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 131-146; W. Voermans, 'Staat moet wel in hoger beroep gaan', *de Volkskrant* 28 augustus 2015.