

Inhoudsopgave

1	Houdbaar recht; over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht – Marc Loth / 7
1.1	Inleiding / 7
1.2	Omgaan met het verleden; een paradigmawisseling / 14
1.3	De beperkte houdbaarheid van de vordering; verjaring / 19
1.4	De verlenging van de houdbaarheid; doorbrekings-jurisprudentie / 24
1.5	De houdbaarheid van de verbintenis; de tijd en de onrechtmatige daad / 29
1.5.1	Onrechtmatigheid toen en daar... / 29
1.5.2	Causale verbanden met hier en nu... / 34
1.5.3	De schade en verder... / 38
1.6	Compensatie, restitutie, satisfactie of distributie? / 40
1.6.1	Compensatie / 41
1.6.2	Restitutie / 46
1.6.3	Satisfactie / 52
1.6.4	Distributie / 55
1.7	Variabelen van vorderingen op grond van historisch onrecht / 57
1.7.1	Tijdsverloop / 58
1.7.2	Partijen / 60
1.7.3	Remedies / 65
1.7.4	Morele legitimaties / 67
1.7.5	Politieke afwegingen / 70
1.8	Conclusies / 72
1.9	Literatuur / 75
2	Verjaring en kunstvoorwerpen – Lars van Vliet / 83
2.1	Inleiding / 83
2.2	De traditionele rechtvaardiging voor verjaring / 86
2.3	Technieken om de verjaring niet te laten lopen / 91
2.4	Enige historische opmerkingen over het vereiste van openbaarheid / 92
2.4.1	Vanuit het Romeinse recht via de Franse <i>Code civil</i> / 92
2.4.2	Het oude Franse <i>coutumiere</i> recht, Pothier en de <i>Code civil</i> / 95
2.4.3	Het nut van de drie <i>necs</i> bij het ontbreken van goede trouw / 98

2.5	Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1992 / 99
2.5.1	Openbaar bezit / 99
2.5.2	De discussie rondom artikel 3:105 BW / 100
2.5.3	Klooster in een landschap / 102
2.6	Het Duitse recht / 103
2.7	Het Franse recht / 107
2.8	Het Belgische recht / 110
2.9	Het Zuid-Afrikaanse recht / 116
2.10	De staten New Jersey, Californië en New York, en de federal HEAR Act / 119
2.10.1	Afscheid van het regime van ‘ <i>adverse possession</i> ’ / 119
2.10.2	Het doolhof van <i>accessio temporis</i> / 121
2.10.3	Beperkingen aan het recht op teruggave / 123
2.10.4	De Holocaust Expropriated Art Recovery Act van 2016 / 128
2.10.5	Rechtskeuze door de New Yorkse rechter / 132
2.11	Zwitserland / 134
2.12	<i>Contra non valentem agere</i> / 135
2.13	Bewijslastverdeling / 142
2.14	Verschil tussen vereiste van openbaar bezit en de <i>discovery</i> <i>rule</i> / 146
2.15	Lastige afweging / 147
2.16	Conclusie / 151

Hoofdstuk 1

Houdbaar recht; over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht

Marc Loth *

‘We can no longer afford to take that which was good in the past and simply call it our heritage, to discard the bad and simply think of it as a dead load which by itself time will bury in oblivion.’

Hannah Arendt¹

‘For the great wrongs in society, little can be expected.’

Harriet Beecher Stowe²

1.1 Inleiding

Twee civiele zaken, één uit de VS en één uit eigen land:

Een van de eerste *slavery reparation suits* was de zaak van *Deadria Farmer-Paellmann v. FleetBoston Financial Corporation*.³ Het betrof een claim van een individuele eiseres tegen enkele grote bedrijven (een bank, een verzekeringsmaatschappij, een spoorwegmaatschappij en een aantal andere bedrijven), gebaseerd op de stelling dat deze ongerechtvaardigd waren verrijkt door onbetaalde slavenarbeid.⁴ De schade was begroot op 40 miljoen dollar aan onbetaalde arbeid tussen 1790 en 1860, naar huidige maatstaven het astronomische bedrag van 1,4 triljoen dollar. De claim behelsde een vordering tot restitutie, schadevergoeding, *punitive damages* en tot verantwoording van de dankzij de slavernij gemaakte winsten door de rechtsvoorgangers van deze bedrijven. Na samenvoeging met andere zaken is de vordering

* Prof. mr. M.A. Loth is hoogleraar Privaatrecht aan de Tilburg Law School. Met dank aan Karlijn van Doorn, Rob van Gestel, Lars van Vliet en Jan Vranken voor hun kritische lezing en nuttige opmerkingen bij een eerdere versie van deze tekst. Vanzelfsprekend is de uiteindelijke tekst uitsluitend mijn verantwoordelijkheid. Ik dank Lisanne van Es voor haar inhoudelijke voorwerk voor de paragraaf over verjaring.

1. Arendt 1973, p. ix.
2. Beecher Stowe 2001 (geciteerd uit Brophy 2003, p. 500).
3. Zie daarover Yamamoto e.a. 2003, en Brophy 2006, p. 123-126.
4. Mevrouw Paellmann stelde te zijn de ‘great-great-granddaughter of Clara and Abel Hinds, Africans who were enslaved on a South Carolina sea island rice plantation’.

in eerste aanleg in een uitgebreide beslissing verworpen,⁵ welk oordeel in hoger beroep heeft standgehouden.⁶ Sindsdien zijn nog wel enkele pogingen ondernomen maar geen enkele vordering tot schadevergoeding op grond van het slavernijverleden is toegewezen.⁷ Kort samengevat zijn dergelijke vorderingen al snel verjaard, ontbreken direct benadeelden of normschenders, is de onrechtmatigheid betwistbaar, de causaliteit onduidelijk en de schade onbepaalbaar. De kern van de problemen is dat te veel tijd is verstreken sinds de afschaffing van de slavernij, meer dan vijf generaties terug.

Brophy (2006) analyseert meer in detail de factoren die aan het geringe succes van *slavery reparations suits* in de VS ten grondslag liggen. In de eerste plaats zijn er problemen met betrekking tot de identificatie van eisers en gedaagden. Benadeling door slavernij veronderstelt afstamming van iemand die door slavernij is benadeeld, dan wel benadeling van een eiser door de gevolgen van slavernij. Een individuele eiser kan namens een voorouder schade vorderen voor onrecht dat deze is aangedaan (*ancestor-based theories*), dan wel op eigen naam vergoeding eisen van de zelf ondervonden gevolgen van dat onrecht (*descendant-based theories*).⁸ In de praktijk is zowel het één als het ander vrijwel onhaalbaar omdat het praktisch onmogelijk is om individuele eisers van nu te verbinden aan benadeelden van toen. Daardoor staan in *slavery reparations suits* vrijwel altijd groepen benadeelden tegenover groepen bevoordeelden, bedrijven, of overheden (voor het profiteren van slavernij en/of het toestaan daarvan). Daarmee worden

-
5. U.S. District Court N.D. Illinois 6 July 2005, In re African American Slave Descendants litigation, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. Ill. 2005). De gronden worden als volgt samengevat: 'First, Plaintiffs' claims are beyond the constitutional authority of this court. Without alleging any specific connection between themselves and the named Defendants, Plaintiffs lack essential constitutional standing requirements to bring their claims. Second, prudential limitations prohibit the court from deciding such broad questions of social importance when such claims are brought on behalf of absent third parties, as Plaintiffs attempt here. Third, the long-standing and well-reasoned political question doctrine bars the court from deciding the issue of slavery reparations, an issue that has been historically and constitutionally committed to the Legislative and Executive branches of our government. Fourth, Plaintiff's claims are untimely. Conceding that many of the torts alleged in the Complaint occurred prior to the formal end of slavery, Plaintiffs fail to show how any of these claims fall within the applicable statutes of limitations. Finally, under the rules of procedure which guide the federal judicial system, Plaintiffs' Complaint fails to state a claim upon which relief can be granted, a serious defect the court cannot overlook regardless how egregious the circumstances giving rise to the claims.'
 6. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 13 December 2006, In re African American Slave Descendants Litigation, 471 F. 3d 754 (7th Cir. 2006), met enkele aanpassingen van ondergeschikt belang. Zie ook Lutz 2008.
 7. Hylton 2004, p. 47. De beweging is reeds enige tijd over haar hoogtepunt heen (W. Olsen, 'So long, slavery reparations', *Los Angeles Times*, 31 oktober 2008).
 8. Wenger 2006, p. 286.

hele andere overwegingen relevant; niet alleen meer overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid, maar ook overwegingen van distributieve rechtvaardigheid.⁹ Dat maakt het nog ingewikkelder om een door het privaatrecht erkende vorm van herstel te vinden, hoewel er wel degelijk verbanden bestaan tussen historisch onrecht en actuele achterstelling.¹⁰ Dat roept de vraag op of hier niet eerder een taak voor de wetgever is weggelegd dan voor de rechter.¹¹ In de tweede plaats is er natuurlijk de kwestie van de verjaring van de vorderingen (in de VS de diverse ‘*statutes of limitations*’), die in de weg staat aan actuele vorderingen met betrekking tot historisch onrecht (in casu gepleegd vóór 1865, de afschaffing van de slavernij). Doorbreking van de verjaring is overigens niet onmogelijk, ook niet in de VS, maar is doorgaans beperkt tot heel specifieke gevallen.¹² In de derde plaats rijzen vragen met betrekking tot de grondslag van de vordering; is dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, of uit ongerechtvaardigde verrijking?¹³ En, indien voor het eerste wordt gekozen, hoe zit het eigenlijk met de onrechtmatigheid? Slavernij was destijds toch niet illegaal? Ten slotte is er de kwestie van de begroting van de schade en de daarmee samenhangende causaliteitsvragen. Hoe kan historisch onrecht worden verbonden aan actuele schade? Welke invloed hebben interveniërende factoren gehad op de causale keten?¹⁴ Al met al zijn er in het Amerikaanse recht zoveel

-
9. Brophy: ‘Group identity serves, in Verdun’s article as in much reparations scholarship, as a proxy for evidence of of discrimination’ (Brophy 2003, p. 507).
 10. ‘It seems that few deny that there are connections between past wrongdoing and present harm (though recognition of that fact may be more prevalent among victims than among descendants of perpetrators), but the problem becomes putting that connection into some framework the law recognizes’ (Brophy 2003, p. 504, en Brophy 2006, p. 101-102).
 11. Zoals kennelijk ook de rechter oordeelde in de hiervoor aangehaalde zaak: ‘The opinion dismisses the suit because of a lack of connection between plaintiffs and defendants. The court went on to state that the dispute is inherently political and one that is not subject to resolution by a court. These kind of claims are best heard, the court argued, by legislatures. It also found that the suit was barred by the statute of limitations’ (Brophy 2006, p. 126).
 12. Zie Brophy: ‘The case for tolling the statute of limitations turned on the doctrine of fraudulent concealment, which tolls the running when the defendant has fraudulently concealed the facts that constitute the basis of the action and the plaintiff could not have discovered those facts through reasonable investigation’ (Brophy 2006, p. 117).
 13. Brophy: ‘In essence, the difference is between the harm to one person and the benefit to the other. Harm is almost always greater than benefit’ (Brophy 2006, p. 104).
 14. Brophy: ‘There are problems in connecting the past wrongdoers with their successors (who would be the present defendants); problems in connecting past victims with their successors (who would be the present plaintiffs); and connections between past wrongs and present claims’ (Brophy 2003, p. 505).

hindernissen dat een succesvolle vordering niet in het verschiet ligt.¹⁵

De tweede zaak is die van de weduwen van Rawagedeh tegen de Staat der Nederlanden.¹⁶ De procedure was aangespannen door zeven weduwen van slachtoffers, een dochter van een slachtoffer en een overlevende van de mannen die op 7 december 1947 door Nederlandse militairen standrechtelijk zijn geëxecuteerd in het dorpje Rawagedeh in toenmalig Nederlands Oost-Indië (het Comité Nederlandse Ereschulden heeft zich als eiser in de zaak gevoegd). Eisers vorderden een verklaring voor recht dat de Staat jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. De Staat beriep zich op de verjaring van de vordering. De rechtbank oordeelde dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, echter uitsluitend jegens de weduwen van de geëxecuteerde mannen en de mannen die gewond zijn geraakt (het beroep op verjaring slaagt dus wel tegen volgende generaties wier belangen minder direct bij de executies zijn betrokken). Bij dit oordeel nam de rechtbank in aanmerking dat het gaat om een zeer uitzonderlijke situatie waarvoor geen precedent bestaat, dat de Staat van deze executies (ook naar toen geldend recht) een ernstig verwijt kan worden gemaakt¹⁷ (dus niet enkel op grond van gewijzigde inzichten), dat de Staat van meet af aan kennis droeg van deze feiten en niettemin een afwachtende houding heeft aangenomen, en dat het weliswaar om oude feiten gaat maar wel uit een periode van de Nederlandse geschiedenis die nog niet is afgewikkeld. Dat de Staat zelf ook nog geen streep heeft gezet onder deze periode blijkt uit het ‘verruimde restitutiebeleid’ ten aanzien van claims van (nabestaanden van) overlevenden van de Tweede Wereldoorlog.¹⁸ Bovendien gaat het om een periode uit de geschiedenis waarvan nog mensen in leven zijn die de aan de orde zijnde feiten hebben meegemaakt. Ten

15. Brophy: ‘If there are going to be reparations, they will most likely not come from the courts, because of problems with locating a substantive basis for most suits and with locating appropriate plaintiffs and defendants, and because of the statute of limitations’ (Brophy 2006, p. 126). Positief gesteld: ‘To have a succesful lawsuit, there will need to be plaintiffs who have an identifiable connection to the harm of slavery, who locate defendants who caused the harm that those plaintiffs suffered, and somehow the plaintiffs will have to get over the statute of limitations’ (Brophy 2006, p. 127).

16. Rb. Den Haag 14 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793.

17. Reeds in 1948 werden deze executies in een VN-rapport ‘deliberate and ruthless’ genoemd (r.o. 4.14).

18. R.o. 4.16, zie hierover Veraart 2012, p. 255: ‘Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan de recente teruggave van kunstvoorwerpen die door de Nazi’s waren geroofd en na de bevrijding in handen van de Nederlandse staat waren gekomen [op basis van de adviezen van de Restitutiecommissie, ML], maar ook aan de 764 miljoen gulden die door de staat, de beurs, verzekeraars en banken in 1999 en 2000 werd betaald aan de Nederlands Joodse gemeenschap ter compensatie van tekortkomingen in de wijze waarop het Nederlands rechtsherstel na de oorlog had plaatsgevonden.’

slotte weegt de rechtbank mee dat van onoverkomelijke bewijsproblemen geen sprake is omdat de Staat zowel de executies als de onrechtmatigheid daarvan heeft erkend.¹⁹

In een vergelijkbare zaak van een individuele weduwe van een slachtoffer van een executie te Peniwen (Oost-Java) tegen de Staat enkele jaren later, oordeelde de rechtbank dat ook de omstandigheid meeweegt dat ‘de Indonesische weduwen gezien hun juridische, maatschappelijke, culturele, politieke en economische positie lange tijd feitelijk geen toegang tot het recht hadden’, waardoor niet van hen kon worden verlangd dat zij de Staat aansprakelijk stelden binnen een redelijke termijn nadat de schade bekend was geworden. In deze zaak wees de rechtbank de vergoeding voor gedeerd levensonderhoud toe (en wees zowel de vordering tot vergoeding van immateriële schade als van een forfaitair bedrag van 20.000 euro af).²⁰ In weer andere (gevoegde) zaken deed de rechtbank op dezelfde dag uitspraak. Hier ging het om de gevolgen van misdragingen die in 1946 en 1947 plaatsvonden in (thans) Zuid-Sulawesi. In deze zaken oordeelde de rechtbank – anders dan in de zaak *Rawagedeh* – dat het beroep op verjaring niet alleen jegens de weduwen maar ook jegens hun kinderen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank woog mee dat de wet in het kader van de benadeelden door gedeerd levensonderhoud geen onderscheid maakt en dat niet valt in te zien waarom de kinderen daardoor minder getroffen zouden zijn dan de weduwen. Op de achtergrond van deze procedures speelt de politieke erkenning van het in voormalig Nederlands Oost-Indië gepleegde onrecht een rol. In 2005 heeft minister Bot in een toespraak in Indonesië erkend dat Nederland zich achteraf bezien ‘met de grootschalige inzet van Nederlandse militairen in 1947 aan de verkeerde kant van de geschiedenis heeft geplaatst’. Daarbij heeft hij namens de Nederlandse regering diepe spijt betuigd voor het daardoor bij een groot aantal Indonesiërs veroorzaakte leed. In 2013 heeft de Nederlandse regering in een regeling aangeduid als ‘de Bekendmaking’ uitgesproken te willen onderzoeken of met weduwen in een gelijke positie als de weduwen van *Rawagedeh* en Zuid-Sulawesi tot een minnelijke regeling kan worden gekomen.²¹ Ten slotte wees de Haagse rechtbank onlangs

19. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld, evenmin is een schadestaatprocedure gevolgd. De weduwen ontvingen van de Staat ieder een bedrag van 20.000 euro (plus kosten). Eenzelfde bedrag is in 2013 uitgekeerd aan ieder van tien weduwen en kinderen van slachtoffers van zuiveringsacties op (thans) Zuid-Sulawesi in 1946 en 1947.

20. Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2449.

21. Voluit: ‘Bekendmaking van de Minister van Buitenlandse zaken en de Minister van Defensie van 10 september 2013 (...) van de contouren van een civielrechtelijke afwikkeling ter vergoeding van schade aan weduwen van slachtoffers van standrechtelijke

vonnis in een zaak waarin een individuele benadeelde de Staat aansprakelijk stelde voor (de gevolgen van) de gestelde foltering tijdens verhoren afgenomen in de periode van de eerste politionele actie. De rechtbank wees het beroep op verjaring af en achtte bewezen dat de eiser bij ondervraging tijdens zijn Nederlandse gevangenschap in 1947 is geslagen met een stuk hout en dat toen een sigaret op zijn hoofd is uitgedrukt. De zaak resulteerde in een verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is en in een immateriële schadevergoeding van 5000 euro.²²

In de zaak *Deardria Farmer-Paellmann v. FleetBoston Financial Corporation* werd de vordering van de eiseres afgewezen, kort samengevat omdat te veel tijd was verstreken. In de zaak van de weduwen van Rawagedeh tegen de Staat der Nederlanden werden de vorderingen van de eisers toegewezen; kennelijk was hier nog niet te veel tijd verstreken. Natuurlijk hebben beide zaken zich in verschillende jurisdicties afgespeeld, maar toch rijst de vraag naar een (diepere) verklaring.²³ Dat is hier dan ook mijn onderzoeksvraag: wat verklaart het verschil tussen de beide uitspraken? Waar ligt de grens tussen aansprakelijkheid voor het slavernijverleden, en die voor de misdragingen in een postkoloniale oorlog in de jaren veertig van de vorige eeuw? Is dat louter dat er in het eerste geval meer tijd is verstreken dan in het tweede? Of betreft het niet louter een ‘*difference in degree*’, maar een ‘*difference in principle*’? Als dat laatste het geval is, welke principiële gronden zijn hier dan in het spel?²⁴ Hoe kunnen we die inzetten bij de beoordeling van nieuwe vorderingen op grond van historisch onrecht? Aan deze vragen is dit preadvies gewijd, waarbij ik vooralsnog onder ‘historisch onrecht’ niets meer of minder versta dan ‘die gevallen waarin, vele jaren na dato, langs juridische weg gezocht wordt naar erkenning en genoegdoening voor leed

executies in het voormalige Nederlands-Indië van vergelijkbare ernst en aard als Rawagedeh en Zuid Sulawesi.’ De Bekendmaking voorziet in een schikkingsbedrag van 20.000 euro per weduwe (inclusief alle kosten).

22. Rb. Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8525 (zie ook Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702, Rb. Den Haag 17 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8642, en Rb. Den Haag 8 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4448).
23. Nadat deze tekst gereed was, las ik dat (ook) H.L. Wesseling de aansprakelijkheid voor slavernij en de gebeurtenissen in Rawagedeh vergelijkenderwijs bespreekt (Wesseling 2018, p. 33-42, met dank aan Jan Vranken die dit onder mijn aandacht bracht). Overigens wil Wesseling niets weten van excuses van de overheid voor het slavernijverleden of het koloniale verleden.
24. Hylton schrijft hierover: ‘If four generations is not too long, then why should we consider six generations too long? Once this question is seriously thrown into play in courts, many property rights and legal entitlements start to look less predictable. Since much of law, and especially property law, seeks to settle expectations, this is a position it should avoid’ (Hylton 2004, p. 49).

dat in het verleden is toegebracht aan (groepen) mensen hier en elders'.²⁵ Deze omschrijving is zowel partieel als vaag. Partieel, omdat zij uitsluitend iets zegt over de schaal van het onrecht en het tijdstip waarop het is gepleegd. Vaag, omdat in het midden blijft hoe groot die schaal moet zijn en hoe lang geleden het onrecht zich heeft afgespeeld. De reden om 'historisch onrecht' in dit stadium niet vollediger en preciezer te willen omschrijven is dat het nu juist deel uitmaakt van dit onderzoek om te verkennen welk historisch onrecht wél binnen het bereik van het aansprakelijkheidsrecht kan worden gebracht en welk onrecht niet. Dan is het geen goede start om op voorhand op grond van conceptuele overwegingen (door een definitie) de grenzen te trekken die het onderzoek juist in kaart wil brengen.

Het probleem van de afgrenzing van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht is in ons land nog niet systematisch onderzocht, al zijn er hier en daar wel aanzetten. Bovendien is in de Amerikaanse literatuur een debat gevoerd over de *slavery reparations suits* en zien wij ook in Nederland een opkomend maatschappelijk debat over het herstel van historisch onrecht in de sfeer van de dekolonisatie in voormalig Nederlands-Indië, het misbruik in de Rooms-Katholieke Kerk en andere vormen van historisch onrecht. Om die reden wil ik een verkennend onderzoek doen naar de rol die het aansprakelijkheidsrecht in Nederland zou kunnen spelen bij de omgang met historisch onrecht. Daarbij komt het geldende recht aan de orde, waaruit ik relevante leerstukken selecteer (zoals verjaring, onrechtmatigheid, causaliteit). Mede geïnspireerd door het Amerikaanse recht onderzoek ik welke denkrichtingen hier mogelijk zijn. Bovendien ga ik min of meer uitvoerig in op de vraag naar de legitimatie van aansprakelijkheid voor historisch onrecht; welke zijn de legitimerende principes en wat zijn hun grenzen? Hopelijk is daarmee niet alleen de theorievorming gediend, maar ook de rechtsvorming. Ik verwacht dat de civiele rechter in de nabije toekomst met (veel) meer gevallen van historisch onrecht zal worden geconfronteerd, en dat het aansprakelijkheidsrecht daardoor nieuwe wegen zal inslaan. Daarbij zullen zeker ook de 'zachtere' functies van het aansprakelijkheidsrecht worden aangesproken en nieuwe remedies worden beproefd. Die heb ik hier en daar wel genoemd, maar niet systematisch onderzocht (omdat zij weer niet specifiek zijn voor de aansprakelijkheid van historisch onrecht).

De opzet van dit preadvies is als volgt. In paragraaf 1.2 wordt de achtergrond geschetst: een paradigmawisseling in de manier waarop wij omgaan met

25. Giesen 2017, p. 1. Deze definitie omvat dus zowel de gevallen die toen al onrechtmatig waren als die welke dat nog niet waren, maar die wij achteraf wel als zodanig beoordelen ('onrecht' is hier dus niet in de beperkte zin van 'onrechtmatig' te verstaan, maar in de bredere zin van 'onrechtvaardig'). De reden hiervoor is dat ik op voorhand geen gevallen wil uitsluiten van de analyse.

het verleden. Juist doordat in de samenleving, de politiek en het recht het historische verleden steeds minder als een afgesloten hoofdstuk wordt beschouwd, wordt de vraag naar de aansprakelijkheid voor historisch onrecht relevant. Voor de beoordeling van vorderingen op grond van historisch onrecht is allereerst van belang de vraag naar de verjaring van die vorderingen. Verjaring beperkt de houdbaarheid van vorderingen in het civiele recht (par. 1.3), maar kan worden doorbroken. In paragraaf 1.4 wordt onderzocht welke omstandigheden voor de doorbreking van de verjaringsregeling in geval van historisch onrecht van belang zijn. Voorts onderzoek ik de invloed van het tijdsverloop op de onderliggende verbintenis uit onrechtmatige daad en de daarvoor geldende vereisten: onrechtmatigheid, causaliteit en schade (zie par. 1.5). De antwoorden op de vraag naar het *wanneer* van aansprakelijkheid laten nog veel onduidelijkheid bestaan, reden waarom wij het onderzoek vervolgen naar het *waarom* van aansprakelijkheid. Daarbij komen de onderliggende principes aan de orde: compensatie, restitutie, preventie, satisfactie (genoegdoening) en distributie (zie par. 1.6). In het licht van de bevindingen kunnen vervolgens de variabelen voor de toe- of afwijzing van vorderingen op grond van historisch onrecht worden onderzocht (zie par. 1.7). Daarbij zal blijken dat de zaak van Deadria Farmer-Paellmann zich in een aantal relevante opzichten onderscheidt van die van de weduwen van Rawagedeh (het tijdsverloop, de aard van de partijen, de gevorderde remedies, de morele legitimaties en de politieke afwegingen). Dat vormt het antwoord op de onderzoeksvraag naar de verklaring van het verschil in succes van de beide zaken. In paragraaf 1.8 rond ik af met enkele conclusies over de houdbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht.

1.2 Omgaan met het verleden; een paradigmawisseling

Hoe wordt in onze samenleving, de politiek, de moraal en het recht met het verleden omgegaan? In de beantwoording van deze vraag heeft zich sedert ruwweg de Tweede Wereldoorlog een belangrijke kentering voltrokken, zó belangrijk, dat wel van een paradigmawisseling kan worden gesproken.²⁶ Voor die tijd was het historische verleden vooral een rustig bezit, zoals fraai tot uitdrukking komt in het uit de Duitse doctrine afkomstige leerstuk van de ‘*Unvordenklichkeit*’, het vermoeden dat een feitelijke toestand in het verleden op rechtmatige wijze was ontstaan en derhalve een rechtstoestand was. Het behelst twee elementen: (i) het positieve element

26. Bevernage spreekt van een ‘cultural turn in political science’ (Bevernage 2015, p. 2). Het begrip paradigma is hierin dus niet alleen als wetenschappelijke notie bedoeld, maar in een bredere maatschappelijke en culturele betekenis. Het is overigens niet de bedoeling in deze paragraaf stelling te nemen in een historisch debat, maar wel om de achtergrond te schetsen van de toenemende aandacht voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht, als ook van het dilemma dat daarbij onder ogen moet worden gezien.

houdt in dat een bepaalde generatie niet beter wist, dan dat een bepaalde toestand altijd zo geweest was, en (ii) het negatieve element houdt in dat het levende geslacht nooit van vroegere generaties had gehoord, hoe die toestand was ontstaan of wat eraan voorafgegaan was.²⁷ In dit opzicht stemmen gewoonte en verjaring overeen; beide consolideren een bestaande toestand. Omstreeks het midden van de dertiende eeuw deden de aan het Romeinse recht ontleende, en door het Canonieke recht ruimere toepassing gegeven, instituten van de *immemoriale possessie* en *praescriptie* hier te lande hun intrede, waarmee het accent verschoof naar het idee dat een bepaalde rechtstoestand was ontstaan door een lang tijdsverloop. Zij pasten wonderwel in een samenleving die gekenmerkt werd door respect voor sinds mensenheugenis bestaande toestanden.²⁸ De geschiedenis van het leerstuk van de verjaring vertoont tot aan de codificatie overigens een verbrokkeld beeld. Paradoxaal genoeg droeg het daarom nauwelijks bij aan waar het primair voor bedoeld was, namelijk het bieden van rechtszekerheid. In dit opzicht hebben de codificaties van 1838 en 1992 verbetering gebracht; strakke en scherpe termijnen begrenzen en legitimeren de beperkte houdbaarheid van rechtsvorderingen, en daarmee de vereenzelviging van feit en recht. Ik kom hierop terug bij de bespreking van de verjaring (par. 1.3).

Na de Tweede Wereldoorlog is dit paradigma vrij radicaal verlaten voor een andere manier van omgaan met het verleden, door sommigen wel aangeduid als een 'politiek van spijt'.²⁹ Onder invloed van de transitie van autoritaire naar democratische regimes en het idee van universele mensenrechten, werden wereldwijd nieuwe, indringende vragen gesteld over het min of meer recente historische verleden. Nadat de verhalen over een Duizendjarig Rijk, een klasseloze maatschappij en de superioriteit van rassen, standen en volken schipbreuk hadden geleden, vroegen overlevenden, slachtoffers en nabestaanden om erkenning van hun leed en om een beter begrip van dat verleden. Het resultaat is een 'democratisering van het verleden', een ander verhaal over het verleden waarin de onderdrukten van weleer een significante rol spelen waaraan zij erkenning ontlenu, alsook de troost die een verklaring voor hun leed kan bieden.³⁰

Vanzelfsprekend ligt dan de schuldvraag om de hoek en daarmee wordt het herschrijven van de geschiedenis zelf voorwerp van (voortgezette) politieke strijd. Voor een belangrijk deel is de kans op een pacificatie van de

27. Van Iterson 1962, p. 427.

28. Van Iterson 1962, p. 471.

29. Olick & Coughlin 2003, p. 2-28. In kritische zin Torpey, die de preoccupatie met het verleden ziet als een substituut voor het verlies van perspectieven voor de toekomst als het socialisme en de natiestaat (Torpey 2001).

30. Cairns 2003, p. 48. Zie hierover ook Barkan 2003, p. 67.

onderdrukkers en onderdrukten van weleer afhankelijk van de mate waarin zij erin slagen samen te werken aan nieuwe verhalen over het gedeelde, traumatische verleden (vergelijk de rol van waarheidscommissies).³¹ De nalatenschap van de vorige eeuw biedt een overvloed aan aanleidingen om het verleden te onderzoeken en te herschrijven: behalve de Tweede Wereldoorlog en de Holocaust is er de nasleep van de dekolonisatie, de Apartheid, de slavenhandel, de onderdrukking van inheemse bewoners en de afwikkeling van het verleden in onder meer Tibet, Rwanda, Soedan en voormalig Joegoslavië. In al deze en andere gevallen wordt geprobeerd anders met het verleden om te gaan dan voorheen; niet meer als een voldongen feit of zelfs als een verdrongen verleden, maar als voorwerp voor onderzoek vanuit het perspectief van de destijds onderdrukten.³² Zowel de verwerking van het leed van onderdrukten als van collectieve trauma's is gediend met een onderzoek van het verleden dat leidt tot een nieuw en beter begrip van ieders plaats in de geschiedenis. Zowel de historicus als de jurist heeft hierin een taak:

‘The historian, like the judge, has the duty of constructing a jurisprudential narrative — an Aristotelian exercise that, insofar as it deals with individual or collective actions, proceeds with a case-by-case sifting. Being jurisprudential, it is also ‘prudential’; the narrative does not set Kantian categories as the criterion for plausible human behavior, but relies primarily on contextualization to establish what constituted culpable or nonculpable or even praiseworthy action.’³³

De geschetste paradigmawisseling heeft niet alleen gevolgen gehad voor de geschiedschrijving, maar ook voor het recht.³⁴ ‘*Coming to terms with the past*’ is niet een eenvoudig concept; het omvat — naast geschiedschrijving — ook verontschuldigen, vergoeden, strafrechtelijke vervolging en het zoeken naar herstel binnen een samenleving. Voor overheden is het maken van

31. Deze oefening eindigt overigens zelden in volledige overeenstemming, maar veel vaker in enkele basisverhalen die elkaar deels overlappen. De vertegenwoordigers van die verhalen begrijpen wat hen verdeeld houdt en kunnen met die meningsverschillen leven (Maier 2003, p. 268-269).

32. Alan Cairns bespreekt de volgende (invloedrijke) studies: D. Goldhagen, *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*, New York: Knopf 1996, I. Chang, *The Rape of Nanking: The Forgotten Holocaust of World War II*, New York: Penguin Books 1998, S. Courtois e.a., *The Black Book of Communism, Crimes, Terror, Repression*, Harvard University Press 1999, en R. Dussault & G. Erasmus, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, 5 volumes, Ottawa: Canada Communications Group Publishing 1996 (Cairns 2003).

33. Maier 2003, p. 266.

34. Waarmee ik niet wil zeggen dat het uitsluitend deze ontwikkeling is geweest die ten grondslag ligt aan de toegenomen aandacht voor aansprakelijkheid voor historisch onrecht. De tendens om in toenemende mate schade wegens persoonlijk leed door middel van het aansprakelijkheidsrecht te verhalen, speelt evenzeer een rol.

excuses vaak een eerste stap om de verhoudingen met andere staten of interne minderheden te apaiseren.³⁵ Het impliceert de aanvaarding van morele schuld of verantwoordelijkheid en is daarmee vaak de opmaat voor verdergaande maatregelen. Hoewel verontschuldigen niet altijd geaccepteerd worden, is het beginsel van verontschuldiging tamelijk onomstreden. Schadevergoeding is een volgende stap op de schaal van vormen van herstel. De Amerikaanse rechtsgeschiedenis biedt talloze voorbeelden van een bij wet ingevoerde bijzondere schadevergoeding voor historisch onrecht: de *Civil Liberties Act 1988* (waarbij aan Japanse Amerikanen 20.000 dollar werd uitgekeerd voor detentie tijdens de Tweede Wereldoorlog), de *Indian Claims Commission 1946-1978* (die claims beoordeelde vanaf 1776), de *Roosewood Compensation Act 1994* van Florida (voor de rassenrel in Roosewood in 1923) en de *Tulsa Riot Commission* (voor de rassenrel in Tulsa, Oklahoma, in 1921).³⁶ Een van de problemen van schadevergoedingen voor historisch onrecht (maar niet alleen daar) is het bepalen van de omvang: ‘it puts a price on the priceless’.

‘That is precisely the point of the exercise: to remove the losses from the realm of the sacred, the never-to-be-forgiven, into the realm of the politically negotiated. (...) The hitherto opposed parties – perpetrators and victims – are reaching across the gulf of historical hatred to resume a dialogue that will allow them to live together under some overarching rules of comity and coexistence. This involves what I have termed elsewhere “political reconciliation” (...) Those receiving reparation, in effect, must consent to a degree of closure: not closure on remembering or commemorating, but closure on material claims, assuming that all claims have been met and discussed and agreed upon.’³⁷

In ons taalgebied heeft Veraart een vergelijkbaar tussenstandpunt ingenomen ten aanzien van de geschetste paradigmawisseling.³⁸ Zijn standpunt gaat uit van de observatie dat de rechtsorde geneigd is om historisch onrecht te vergeten (*let bygones be bygones*), in het streven om bij te dragen aan een vreedzame en pluriforme samenleving. De verwerking van collectieve

35. Zo heeft president Clinton excuses gemaakt voor de slavernij, voor de genocide in Rwanda, de executie van burgers in de Koreaanse oorlog, de steun aan het militaire regime in Guatemala, medische experimenten op Afro-Amerikanen in Tuskegee, radiologische experimenten en landroof op Hawaii (Brophy 2003, p. 501). Recentelijk is bij ons de discussie gevoerd over ons slavernijverleden waarvoor de regering wel ‘berouw’ uitsprak, maar geen ‘officiële excuses’ wilde aanbieden (wat het verschil dan ook moge zijn, anders dan dat de laatste vaak (al dan niet terecht) als een opmaat voor de erkenning van aansprakelijkheid wordt beschouwd).

36. Brooks 2003, p. 73-76, Brophy 2006, p. 117-140.

37. Maier 2003, p. 264-265.

38. Veraart 2010, p. 44.

trauma's en het apaisering van (potentiële) conflicten kan echter gediend zijn met de (her)opening van een discussie over historisch onrecht. Het is daarom niet wenselijk de toegang tot het verleden volledig te blokkeren.³⁹ Anderzijds moet de rechtsorde ook niet faciliteren dat historisch onrecht permanent ter discussie wordt gesteld. Sommige claims tasten de sociale textuur van de samenleving aan of veroorzaken nieuw onrecht indien zij worden gehonoreerd.⁴⁰ Bovendien is geen beslissing denkbaar die werkelijk en definitief recht doet aan het onrecht uit het verleden. Zowel bij de plicht tot vergeten als de plicht tot herinneren ligt permanent slachtofferschap op de loer, aldus Veraart, in het eerste geval omdat de slachtoffers geen erkenning vinden voor hun leed, in het laatste geval omdat de juridische strijd om erkenning niet tot een einde komt. De opgave voor de rechtsorde is om de overgangen tussen heden, verleden en toekomst voor iedereen open te houden, maar op gezette tijden ook af te sluiten.

'Een menselijke, alledaagse rechtsorde zal de voorwaarden moeten bewaken waaronder herinneren, vergeten en vergeven betekenisvolle praktijken kunnen blijven, die op hun beurt de samenhang in een door individuele vrijheid en pluriformiteit gekenmerkte samenleving vergroten. Door beperkte, eindige antwoorden te produceren op oneindig onrecht uit het verleden, biedt de alledaagse rechtsorde niet alleen ruimte voor tal van buitenjuridische benaderingen van wat er in het verleden is gebeurd, maar ook voor zicht op de toekomst voor allen die zich in zijn invloedssfeer bevinden.'⁴¹

Veraart wijst er terecht op dat wegstijgen van historisch onrecht even schadelijk kan zijn als de neiging om ieder historisch onrecht alsnog met juridische middelen recht te willen zetten. Dat roept onmiddellijk de vraag op: wanneer wel en wanneer niet, en vooral, op welke gronden wel en niet? Bij het onderzoek van deze vragen dient het volgende te worden bedacht. In de eerste plaats werkt de terminologie van 'herinneren' en 'vergeten' in een juridische context misschien verwarrend. Vanuit juridisch gezichtspunt is de vraag veeleer hoe en onder welke voorwaarden een *closure* wenselijk of noodzakelijk is met betrekking tot herstel en schadeclaims, hetgeen op geen enkele manier aan de (sociaal)psychologische herinnering in de weg hoeft te staan. Sterker nog, in veel gevallen zal het aanbevelenswaardig zijn om historisch onrecht te blijven herinneren – door geschiedschrijving, monumenten, herdenkingen – zonder daar verder rechtsgevolgen aan te verbinden. Hieruit volgt – en dat is een tweede overweging –

39. In de woorden van Jeremy Waldron: 'Why not therefore change the present so that it looks more like the present that would have obtained in the absence of the injustice?' (Waldron 1992, p. 8).

40. Veraart 2010, p. 14.

41. Veraart 2010, p. 45.

dat civielrechtelijke schadevergoeding kan worden gezien als onderdeel van een breder spectrum aan remedies om met het verleden in het reine te komen – zoals het verrichten van historisch onderzoek, het maken van excuses, strafrechtelijke vervolging, maatschappelijke erkenning en politieke verzoening. Daarom is het belangrijk om aansprakelijkheid voor historisch onrecht niet geïsoleerd te beschouwen, maar als onderdeel van een bredere juridische, politieke en maatschappelijke context. Ook in een ander opzicht is een verbreding van het perspectief wenselijk. Wanneer wij ons tot het aansprakelijkheidsrecht beperken, is het bovendien belangrijk ons te realiseren dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen de remedie van schadevergoeding biedt. Het vervult daarnaast tal van functies die juist in het geval van (aansprakelijkheid voor) historisch onrecht van betekenis zijn, zoals de mogelijkheid van storytelling, waarheidsvinding, openbaarheid, verantwoordingsprocessen, erkenning door de rechter, *case by case*-rechtsvorming en de overbrugging van maatschappelijke of politieke tegenstellingen. Deze indirecte effecten zijn in deze context misschien wel minstens zo belangrijk als de uitkomst van een civielrechtelijke schadevergoeding.⁴² Maar dat neemt niet weg – en dat is de laatste overweging – dat ook in het aansprakelijkheidsrecht het dilemma van het herstellen van historisch onrecht dan wel het afsluiten van het verleden, actueel en omstreden is.

1.3 De beperkte houdbaarheid van de vordering; verjaring

Het instrument bij uitstek om te voorkomen dat ‘oud zeer’ leidraad van ons juridisch handelen wordt, is het leerstuk van de verjaring.⁴³ Het is daarom belangrijk inzicht te krijgen in het functioneren van dit instrument. ‘What is the justification for depriving a man of his rights, a pure evil as far as it goes, in consequence of the lapse of time?’, schreef Holmes.⁴⁴ De civielrechtelijke regeling van de verjaring is in de eerste plaats het resultaat van een belangenafweging van de wetgever; tegenover het belang van de schuldeiser een hem toekomende vordering te gelde te maken, staat het belang van de schuldenaar om niet tot in lengte van jaren met een rechtsvordering te worden geconfronteerd.⁴⁵ Door het stilzitten van de schuldeiser heeft deze bij de schuldenaar de verwachting gewekt dat deze niet meer zal worden aangesproken. Voor de schuldenaar is het van belang dat het voor hem steeds moeilijker wordt om (tegen)bewijs te leveren.⁴⁶ Van hem kan niet worden verwacht dat hij het bewijsmateriaal oneindig lang blijft bewaren. Bovendien worden getuigenverklaringen na verloop

42. Kysar 2017.

43. Veraart 2010, p. 11.

44. Holmes 1897, p. 476.

45. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824, 3.

46. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824, 3.

van tijd minder betrouwbaar.⁴⁷ Verder zal de vermogenspositie van de schuldenaar met het verstrijken van de tijd niet meer zijn ingesteld op een vordering van de schuldeiser. Deze omstandigheden brengen mee dat civielrechtelijke claims een beperkte houdbaarheid hebben. Samengevat, in antwoord op de vraag van Holmes: ‘Statutes of limitations (...) in their conclusive effects are designed to promote justice by preventing surprises through the revival of claims that have been allowed to slumber until evidence has been lost, memories have faded, and witnesses have disappeared.’⁴⁸

De wetgever heeft daarbij een balans gezocht tussen de belangen van beide partijen. Daarmee worden tevens gedragseffecten beoogd. De schuldeiser dient zijn vordering tijdig in te stellen, omdat hij anders zijn vordering verliest.⁴⁹ Verjaring stimuleert dus om alert te zijn op het mogelijke bestaan van een vordering en deze vordering met een zekere voortvarendheid te effectueren.⁵⁰ Verjaring werkt overigens alleen wanneer naast het stilzitten van de schuldeiser ook de schuldenaar zich onthoudt van handelingen waardoor hij het bestaan van het vorderingsrecht zou erkennen.⁵¹ Het instituut van verjaring beschermt echter niet alleen de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar, maar ook maatschappelijke belangen die boven de partijverhouding uitstijgen. Het zorgt ervoor dat het recht zich na verloop van tijd aansluit bij de feiten, het verschaft de zekerheid dat een feitelijke toestand ook een rechtstoestand representeert.⁵² Het gaat bij verjaring uiteindelijk dus om de zekerheid van rechtstoestanden als algemeen belang.⁵³ Daardoor draagt het instituut van verjaring bij aan maatschappelijke orde en rust.⁵⁴ Vanwege dit belang van rechtszekerheid kent de wet vaste, voor iedereen kenbare verjaringstermijnen, die volgens de rechtspraak van de Hoge Raad in beginsel strikt moeten worden gevolgd.⁵⁵

47. Koopmann 2010, p. 1.

48. U.S. District Court N.D. Illinois 6 July 2005, In re African American Slave Descendants litigation, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. Ill. 2005), p. 16.

49. Vandaar de discussie of verjaring een soort straf is voor de schuldeiser op het verzuim zijn recht uit te oefenen (zie Lichtenauer 1932, p. 15-19).

50. Van Schaick 2000, p. 592.

51. Lichtenauer 1932, p. 33. Erkenning is een van de stuitingsgronden (art. 3:318 BW).

52. Smeehuijzen 2004, p. 34, Koopmann 2010, p. 1.

53. Lichtenauer ziet verjaring als een onweerlegbaar wettelijk vermoeden (van het niet meer bestaan van een vordering en een corresponderende schuld). Gedurende het verloop van de verjaringstermijn wordt dat vermoeden steeds sterker totdat het — met het verstrijken van die termijn — als onweerlegbaar wordt beschouwd (een ‘praesumptio iures et de iure’) (Lichtenauer 1932, p. 34).

54. Lichtenauer 1932, p. 18, die spreekt over ‘la paix sociale’ en ‘ordre’ (onder verwijzing naar Planiol-Ripert-Esmein). Zie ook Lichtenauer 1962, p. 9, en Delva 1962, p. 7.

55. HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1867 (*Van B./Diaconessenarbeid*). Zie ook Van Dijk 2003, par. 2.