

N°213 JUNI 2021

# Actioma

Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad



**Prof. mr. dr.  
Bernard Schols**

De notariele matroesjka's



**Sjoerd Bakker**

Legal pragmatism om pijnlijke  
rechtspraak te voorkomen



**Dr. Anna Pivaty**

Remote justice in strafzaken en  
rechtsbijstand: op weg naar een  
virtuele advocaat?

Radboud Universiteit





RECHTSFILOSOFIE

# Mogen rechters speculeren?



## Lukas op de Beke

Tot 1 februari 2021 was Lukas op de Beke junior docent bij de sectie rechtsfilosofie van de Nijmeegse rechtenfaculteit. In augustus hoopt hij te beginnen aan zijn promotieonderzoek bij de afdeling filosofie van de Universiteit van Helsinki. Zijn onderzoek zal gaan over kolonialisme en historische verantwoordelijkheid.

Jan Vranken schrijft in zijn Algemeen Deel \*\*\* van de Asser serie een zevental kenmerken van juridisch denken in het burgerlijk recht. Een van die kenmerken is dat rechters hun argumentatie dikwijls baseren op "axiatis, speculaties, veronderstellingen en voorspellingen" in plaats van op een gedegen feitelijke grondslag.<sup>1</sup> Vranken geeft als voorbeelden twee uitspraken van Engelse rechters: de *Hampshire case* en de *Yorkshire Ripper case*. Het ging hier om de vraag of de brandweer respectievelijk de politie goed zouden kunnen (blijven) functioneren indien zij voor fouten aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld. Vranken beklagt zich dat dezelfde vraag in de ene zaak bevestigend en in de andere ontkennend werd beantwoord, terwijl in beide gevallen geen poging was gedaan dit feitelijk te onderbouwen. De rechters hadden in zijn ogen moeten putten uit empirisch onderzoek naar het effect van schadeclaims op het functioneren van openbare lichamen.<sup>2</sup> In het algemeen stelt Vranken zich op het standpunt dat rechters zich meer zouden moeten inleveren voor de empirie, omdat de gedragsassumpties waar civielrechtelijke gedragennormen op steunen juist binnen de empirische wetenschappen worden onderzocht.<sup>3</sup>

## Hoewel ik de boodschap van Vranken onderschrijf, wil ik bepleiten dat speculatie toch een plaats heeft in het civiele recht.

Hoewel ik de boodschap van Vranken onderschrijf, wil ik bepleiten dat speculatie toch een plaats heeft in het civiele recht. Ik denk in eerste instantie aan het geval waarin de rechter een reconstructie moet maken van een alternatieve oftewel hypothetische gang van zaken om te oordelen over aansprakelijkheid. Zulke reconstructies kunnen met zoveel onzekerheden gepaard gaan dat ook een empirisch orderings rechter uiteindelijk moet terugvallen op zijn eigen inschattingsvermogen. Nu zou je dit kunnen interpreteren als een uiting van rechterlijke subjectiviteit. Echter, ik zal betoegen dat die omschrijving niet klopt en dat het hier in wezen gaat om een bijzondere vorm van redeneren en inzicht verkrijgen. Dit zal ik doen aan de hand van een bespreking van het causaalteitsoordeel in het *Strebrenca-arrest*.<sup>4</sup> Hierbij zal ik

ook een paar kritische opmerkingen maken. De belangrijkste opmerking is dat de Hoge Raad in zijn oordeel een ongeoorvaardig ethisch standpunt laat doorwegen.

Voordat ik aan het arrest-toekom zal ik in meer algemene bewoordingen stilstaan bij de betekenis en het nut voor de rechtspraak van een speculatieve denkhouding. Ik zal om te beginnen betoegen dat de gangbare betekenis van 'speculeren' in dit verband ongelukkig is en dat we dit woord hier beter anders kunnen opvatten. Vervolgens voer ik aan dat deze denkhouding in de weg wordt gezeten door een handrekkig gelooft in een tweedeling van de wilde, 'onvoorspelbare' verbeelding en het 'beheersbare', 'logische' denken. Ik zal betoegen dat deze tweedeling wetenschappelijk achterhaald is.

### De verschillende betekenissen van het woord 'speculeren'

De herkomst van het woord 'speculeren' laat zien dat het tot aan de 18e eeuw zoveel betekende als 'overdenken, beschouwen, overwegen' maar vanaf de 19e eeuw plaats voor de vandaag de dag meest gangbare betekenis, namelijk 'engens op) gokken' en op de gok kopen en verkopen.<sup>5</sup>

Uiteraard is de herkomst van een woord niet bepalend voor de huidige betekenis van het woord. Wat het voorgaande daarentegen wel laat zien is dat we te maken hebben met een meerduidig begrip. Of rechterlijke speculatie een goede zaak is, hangt dus af van wat je daaraan verstaat. Versta je hieronder 'gokken', dan kom je al gauw tot de conclusie dat dit een rechter niet betaamt. Dit lijkt mij echter een banale en oninteressante gedachte. Het is immers een tautologie dat rechters niet mogen gokken; bij gokken overheerst willekeur en dat is tegenovergesteld aan rechtspreken. Rechters, ook civiele rechters, zijn waarheidsvinders die, zoals de rechtsgeleerde Ruurdij de Bock duidelijk maakt in haar proefschrift, moeten bogen op kwaliteiten als 'nauwkeurigheid' en "eerlijkheid".<sup>6</sup> Het doen van een gok naar de waarheid staat hier haaks op. De oudere betekenis van speculeren als overdenken, beschouwen, trachten te doorgronden' sluit veel beter aan bij het beeld van de rechter als integere waarheidsvinder. Rechterlijke speculatie zou ik dan ook eerder zo opvatten, dat wil zeggen, als een vorm van waarheidsvinding.

## Nu zou je kunnen tegenwerpen dat het laatstgenoemde neerkomt op gissen, wat veel weg heeft van gokken.

Nu zou je kunnen tegenwerpen dat het laatstgenoemde neerkomt op gissen, wat veel weg heeft van gokken. Toch zou ik zelf betoegen dat er ook dan een wezenlijk verschil blijft. Dat verschil zou ik als volgt omschrijven, iemands die gokt legt zich niet bij de onzekere uitkomst van haar handeling en, waar het een overtuiging betreft, bij de wankle basis daarvan. Diegene staat niet langer open voor heroverweging of versteviging van die overtuiging. Gissen daarentegen is een vorm van reflectie: men probeert met voortschrijdend inzicht de waarheid zo dicht mogelijk tracht te benaderen. Waar gokken ontspringt in de wil en een soort gelootsprong bevat, gaat gissen gepaard met actieve twijfelen en 'sleutelen' aan je bewijsgronden.

Een voorbeeld kan dit onderscheid illustreren. Na afloop van een lezing besluit een aantal historicus te gaan dineren. Op een gegeven moment wordt de vraag opgeworpen wat het Verenigd Koninkrijk had gedaan als Duitsland in 1914 de oorlog had verklaard zonder de Belgische neutraliteit te schenden. Hierop worden uiteenlopende antwoorden aangedragen en bediscussieerd. Het lijkt me dat we dit probleemloos kunnen beschrijven als speculeren, maar i s hier ook sprake van gokken? Ik denk het niet, want dat zou geen recht doen aan de uiterlijke gang van zaken, zoals bezwaar maken, bijval geven, zoeken naar gemeenschappelijke grond, gezamenlijk feiten en omstandigheden in kaart brengen, enzovoorts. De historische leggen zich niet meer bij de onzekerheid; integendeel, ze proberen de onzekerheid beheersbaar te maken door hem in stukken op te delen—in *known unknowns*—en deze vervolgens tegen elkaar af te wegen.

### De rationale verbeelding

De betekenis van 'speculeren' als 'gissen', 'overwegen' en 'inschatten' kan inhoudelijk worden uitgediept wanneer we kijken naar het vermogen dat vermoedelijk aan dit denkproces ten grondslag ligt: de verbeelding. Bij het denken over hypothetische scenario's speelt dit vermogen uiteraard een cruciale rol. Cognitief psycholoog Ruth Byrne betoogt in haar boek *The Rational Imagination* dat de werking van de verbeelding veel voorspelbaarder, systematischer en daarmee rationeler is dan lange tijd werd gedacht.<sup>7</sup> Hiermee gaat ze in

tegen een diepgewortelde neiging om de verbeelding en de ratio als uitersten voor te stellen.

Byrne beweestigt ten eerste dat we alleen dankzij de verbeelding kunnen nadenken over alternatieve mogelijkheden, over hoe een bepaalde gang van zaken anders zou of had kunnen verlopen. Dit 'vegenfeitelijk denken' speelt niet zo'n cruciale rol bij "dagdromen, fictie, fantasie, en 'doen alsof'" als bij "het verklaren van het verleden, het anticiperen op de toekomst, het sturen van emoties, en het vellen van morele oordelen".<sup>8</sup> Zelfs zoets fundamenteels als het denken in oorzaak-gevolg hangt intrinsiek samen met het vormen van 'vegenfeitelijke gedachtes'.<sup>9</sup> Zo omvat de gedachte "De Verenigde Staten zijn met de inval van Irak deels verantwoordelijk voor het ontstaan van de terreurbeweging IS" de 'vegenfeitelijke gedachte "Zonder de Amerikaanse inval in Irak zou er geen machtsvacuüm zijn geweest waaruit IS kon ontstaan".

Naast de onmisbaarheid van de verbeelding voor veel basale denkprocessen, benadrukt Byrne dat de verbeelding hierbij systematisch en voorspelbaar opereert:

Remarkably, most people tend to change the same sorts of things in their representation of reality when they imagine an alternative to it, almost as if there were "fault lines" in their representation of reality, junctures or joints that most people zoom in on to imagine how things could have taken a different turn."<sup>10</sup>

Byrne geeft het voorbeeld van een groep mensen aan wie een verhaal wordt verteld over een automobilist die verongelukt is nadat hij, zo krijgen ze te horen, een andere route naar huis had gereden dan de gebruikelijke. Als men naderhand aan deze mensen vraagt wat de automobilist anders had kunnen doen, zullen verreweg de meesten zich de vraag stellen: "Wat als de automobilist zijn gebruikelijke route had gereden?"<sup>11</sup>

### De civiele rechter en de strafrechter

Tot dusver heb ik betoogd dat we speculeren niet moeten begrijpen als gokken of erop los fantaseren maar als een denkproces waarbij men ondanks tal van onzekerheden een berekenende inschatting probeert te maken van een hypothetische gang van zaken. Op het eerste gezicht zou je denken dat de strafrechter hier ook baat bij kan hebben. Toch zou ik hier willen benadrukken dat alleen de civiele rechter in haar oordeel de vrijheid heeft om te speculeren. Dit heeft te maken met de verschillende bewijsaarderingsmaatstaf in het civiele recht en het strafrecht.

1 Vranken, J.B.M., 2005. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: Algemeen deel \*\*\*. Deventer: Wolters Kluwer.  
2 Vranken 2005/43.  
3 Capital and Counties and Digital Equipment v Hampshire County Council [1997] QB 1004; Hill v The Chief Constable of West Yorkshire [1989] 1 AC 53.  
4 Vranken 2005/43.  
5 Vranken 2005/52.  
6 ECLI:NL:HR:2019:1223; NJ 2019/356, m. nr. J. Sifer, C.M.J. Ruyngaert.  
7 <http://www.wetmyndighelebank.nl/reinwoord/speculeren>.  
8 De Bock, R. H., 2011. Tussen waarheid en onzekerheid: Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure. [Dissertatie: Tilburg University].

9 Byrne, R. J., 2005. The Rational Imagination: How People Create Alternatives to Reality. Cambridge MA: The MIT Press.  
10 Byrne, R. J., 2016. 'Rationality and Imagination'. The Routledge Handbook of Philosophy of Imagination, 339.  
11 Ibid., 340.  
12 Ibid., 341.  
13 Ibid.

Zoals De Bock beschrijft moet een strafrechter een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid hebben bekommen, dat wil zeggen “het moet buiten redelijke twijfel zijn” dat de verdachte schuldig is.<sup>14</sup> Dit ligt anders voor de civiele rechter, die genoege heeft aan een “redelijke mate van zekerheid”. Het volstaat voor de civiele rechter “dat de te bewijzen feiten in voldoende mate zijn komen vast te staan.”<sup>15</sup> In Amerika wordt een nog lichtere maatstaf gehanteerd, daar spreekt men van een “preponderance of probabilities”.<sup>16</sup>

**Zoals De Bock beschrijft moet een strafrechter een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid hebben bekommen, dat wil zeggen, “het moet buiten redelijke twijfel zijn” dat de verdachte schuldig is.**

Waar de civiele rechter dus de gelegenheid heeft (en geld krijgt) om te speculeren, moet de strafrechter beantwoorden aan de hogere standaard van ‘bijna weten’ of anders gezegd, ‘nemen te weten’. Dit verschil kan worden verklaard door de meer ingrijpende aard van het strafrecht alsook de procesuele autonomie van partijen in het civiele recht die van de rechter meer terughoudendheid eist.

### Speculeren over Srebrenica

In het Srebrenica-arrest past de Hoge Raad de leer van de kansschade toe om het causaal verband vast te stellen tussen de executie van 450 mannelijke vluchtelingen door Servische troepen en het voorafgaande besluit van Dutchbat om deze vluchtelingen weg te sturen van de compound waar zij zich gezamenlijk ophielden.<sup>17</sup> Op grond van deze leer is het niet vereist dat het besluit een noodzakelijke voorwaarde was voor de dood van de vluchtelingen. Ook als de vluchtelingen zelf zonder dit besluit niet hadden overleefd, kan er sprake zijn van een causaal verband. Het gaat om de vraag of het handelen van Dutchbat een reële, lees: niet-verwaarloosbare, overlevingskans heeft weggenomen. De Hoge Raad formuleert de causalisatievraag als volgt (ro. 4.6.9.):

**In het Srebrenica-arrest past de Hoge Raad de leer van de kansschade toe om het causaal verband vast te stellen tussen de executie van 450 mannelijke vluchtelingen door Servische troepen en het voorafgaande besluit van Dutchbat om deze vluchtelingen weg te sturen van de compound waar zij zich gezamenlijk ophielden.**

“Was er een reële kans dat deze mannelijke vluchtelingen, als zij op de compound waren achtergebleven, uit handen van de Bosnische Serven waren gebleven?”

De Hoge Raad is aanvankelijk pessimistisch over de overlevingskansen (ro. 4.7.9):

[H]et [zag] er zeer somber uit voor de mannelijke vluchtelingen, ook als zij op de compound zouden achterblijven. Aangenomen moet worden dat de Bosnische Serven, nadat ze zouden hebben ontdekt dat ongeveer 350 mannelijke vluchtelingen op de compound waren achtergebleven, dat hoog zouden hebben oggenomen. Zij zouden waarschijnlijk alles op alles hebben gezet om die mannen alsnog van de compound af te (doen) voeren. De Bosnische Serven konden daartoe zware druk uitoefenen, zowel door de afsluiting van de bevoorradings van de compound voort te zetten, als door te dreigen met geweld omdat zij zowel in aantal soldaten als in zwaarte van bewapening een groot overwicht op Dutchbat hadden. Van Dutchbat kon niet gevergd worden het daarwerkelijk op wapengeweld te laten aankomen wegens de grote kans dat dan veel slachtoffers zouden vallen, zowel onder de mannelijke vluchtelingen op de compound als onder de Dutchbaters. Weliswaar hadden de Bosnische Serven de compound tot dan toe ongemeind gelaten, maar dat legt niet veel gewicht in de schaal omdat zij nog geen aanleiding hadden gehad om de VN-troepen op de compound te dreigen met geweld of om tegen hen geweld te gebruiken.

Na evenals het Hof te constateren dat het bieden van tijdige luchtsteun zeer moeilijk zou zijn geweest, maakt de Hoge Raad een kentering:

**In het Srebrenica-arrest past de Hoge Raad de leer van de kansschade toe om het causaal verband vast te stellen tussen de executie van 450 mannelijke vluchtelingen door Servische troepen en het voorafgaande besluit van Dutchbat om deze vluchtelingen weg te sturen van de compound waar zij zich gezamenlijk ophielden.**

“Was er een reële kans dat deze mannelijke vluchtelingen, als zij op de compound waren achtergebleven, uit handen van de Bosnische Serven waren gebleven?”

De Hoge Raad is aanvankelijk pessimistisch over de overlevingskansen (ro. 4.7.9):

[H]et [zag] er zeer somber uit voor de mannelijke vluchtelingen, ook als zij op de compound zouden achterblijven. Aangenomen moet worden dat de Bosnische Serven, nadat ze zouden hebben ontdekt dat ongeveer 350 mannelijke vluchtelingen op de compound waren achtergebleven, dat hoog zouden hebben oggenomen. Zij zouden waarschijnlijk alles op alles hebben gezet om die mannen alsnog van de compound af te (doen) voeren. De Bosnische Serven konden daartoe zware druk uitoefenen, zowel door de afsluiting van de bevoorradings van de compound voort te zetten, als door te dreigen met geweld omdat zij zowel in aantal soldaten als in zwaarte van bewapening een groot overwicht op Dutchbat hadden. Van Dutchbat kon niet gevergd worden het daarwerkelijk op wapengeweld te laten aankomen wegens de grote kans dat dan veel slachtoffers zouden vallen, zowel onder de mannelijke vluchtelingen op de compound als onder de Dutchbaters. Weliswaar hadden de Bosnische Serven de compound tot dan toe ongemeind gelaten, maar dat legt niet veel gewicht in de schaal omdat zij nog geen aanleiding hadden gehad om de VN-troepen op de compound te dreigen met geweld of om tegen hen geweld te gebruiken.

Na evenals het Hof te constateren dat het bieden van tijdige luchtsteun zeer moeilijk zou zijn geweest, maakt de Hoge Raad een kentering:

Anderszids kan ook niet geheel uitgesloten worden dat, als Dutchbat de dreiging van geweld had kunnen weerstaan, de Bosnische Serven het niet zouden hebben aangedurfd de compound binnen te vallen om de mannelijke vluchtelingen weg te voeren. Dan zouden zij immers een openlijke aanval op VN-troepen moeten beginnen, wat internationale verontwaardiging en escalatie van de strijd zou kunnen meebrengen. Ook was niet geheel uit te sluiten dat de internationale gemeenschap tijdig en met succes diplomatieke of militaire druk had kunnen uitoefenen op de Bosnische Serven, waardoor zij hadden moeten afzien van hun voornemen om de mannelijke vluchtelingen op de compound in handen te krijgen. Al met al moet geoordeeld worden dat de kans dat mannelijke vluchtelingen, als hun de keuze was geboden om de compound achter te blijven, uit handen van de Bosnische Serven zouden zijn gebleven, weliswaar klein was maar niet verwaarloosbaar. De Hoge Raad schat die kans in het licht van alle omstandigheden op 10%.

Hoe moeten we deze motivering nu beoordelen? Rechtsgeleerden Alex Castermans en Niels Demper merken in hun annotatie het volgende op:

Het gaat hier niet om het resultaat van een empirisch ingestoken wetenschappelijk onderzoek. Het is evenmin een slag in de lucht, althans procesrechtelijk niet, want de Hoge Raad sluit nauw aan bij de vaststellingen van het Hof en de stellingen van partijen in de procedure.<sup>18</sup>

Mijns inziens is dit een begrijpelijke conclusie, alleen zou ik eraan toevoegen dat de Hoge Raad ook inhoudelijk alleminst een slag in de lucht maakt. En dit komt juist doordat hij het aandurfte om zijn rechterlijke verbeelding aan te wenden. Er wordt een zeer gedetailleerd beeld geschetst van de toernavige zeer chaotische situatie met daarin oog voor de positieve van de verschillende partijen. Er wordt uitvoerig ingegaan op de tegenstrijdige gang van zaken, daarmee rechtdoend aan het complexe vraagstuk van de causaliteit. Bovendien is de manier waarop dit wordt gedaan heel subtiel en precies, namelijk door zeven verschillende omstandigheden te onderscheiden en individueel in te schatten.

**En toch, hoe zorgvuldig beredeneerd de motivering ook aandoet, uiteindelijk blijft het een min of meer aannemelijke en dus betwistbare inschatting.**

En toch, hoe zorgvuldig beredeneerd de motivering ook aandoet, uiteindelijk blijft het een min of meer aannemelijke en

dus betwistbare inschatting. Vijfvel dezelfde omstandigheden die de Hoge Raad noemt, kunnen ook anders worden ingeschat, met een daarop aannemelijk hoger uitvallende aansprakelijkheid. Dit blijkt wanneer we een alternatief relaas construeren. Voordat ik dat mijl daaraan waag is het goed om eerst nogmaals de relevante omstandigheden zoals de Hoge Raad die schetst voor de geest te halen. Vier omstandigheden werken in het nadeel van de vluchtelingen: de agressieve manier waarop de Serviers de vluchtelingen in de regio tot dusver hadden bejegend, hun militair overwicht, de moeijelijkheid van het bieden van tijdige luchtsteun door de internationale gemeenschap, en het gebrek aan eventuele militaire weerstand van de zijde van Dutchbat. Drie omstandigheden werken in het voordeel van de vluchtelingen: het Servische voorbehoud om een aantal te plegen op een VN-bataljon, de mogelijkheid van tijdige diplomatieke of militaire druk (niet-zijnde luchtsteun), en de kans dat Dutchbat wel militaire weerstand zou bieden tegen een aanval op de compound of op zijn minst de dreiging tot aanval.

Met name de beoordeling van het handelen van Dutchbat kan, zoals hieronder zal blijken, tot een heel andere uitkomst leiden. De eerste vier zinnen in dit relaas zijn identiek aan die van de Hoge Raad en dus weinig hooggewend met betrekking tot het lot van de vluchtelingen, maar daarna buig ik af in een andere richting:

Niettemin zou Dutchbat de initiële dreiging van de Serven hebben doorstaan en is het niet onwaarschijnlijk dat Dutchbat weerstand zou hebben geboden als de Serven het vuur hadden geopend, althans totdat het aantal slachtoffers onder de Dutchbaters en de mannelijke vluchtelingen op de compound te groot zou zijn geworden. Bovendien kan worden aangenomen dat hoe langer Dutchbat weerstand zou hebben geboden, des te groter de kans zou zijn geweest dat de internationale gemeenschap diplomatieke of militaire druk had kunnen uitoefenen op de Bosnische Serven. Al met al moet geoordeeld worden dat de kans dat mannelijke vluchtelingen, als hun de keuze was geboden op de compound achter te blijven, uit handen van de Bosnische Serven zouden zijn gebleven, weliswaar klein maar niet verwaarloosbaar was. De Hoge Raad schat die kans in het licht van alle omstandigheden op 30%.

Op basis van het voorgaande zou je misschien concluderen dat de Hoge Raad eraast zit of op zijn minst tot een subjectief oordeel komt. Dat lijkt mij echter de verkeerde conclusie. Juist uit de voorgaande analyse blijkt namelijk dat de Hoge Raad een slaag om toch een, weliswaar indirecte, feitelijke grondslag te vinden. Deze grondslag is indirect omdat de aangehaalde feiten en omstandigheden aan de reconstructie van de hypothetische gang van zaken voorafgaan. Ze bepalen als het ware het speelveld. Bovendien heeft de motivering van de Hoge Raad juist een sterk argumentatief karakter. Waar er ruimte is voor andere interpretaties (en die is erlang

14 De Bock 2011, 201.  
15 Ibid., 202.  
16 Ibid.  
17 ECLI:NL:HR:2009:723, NJ 2009/356, m. nr. J. Spier, C.M.J. Ruyngaert.

18 A.G. Castermans & C.W. Demper 2009, ‘Rond Srebrenica: de zorgplicht in tijden van oorlog’, Ars Aequi, 98-990.

niet voor alle interpretaties) verschillen deze in hun inschatting en niet in de keuze van de relevante omstandigheden. Het meningsverschil tussen deze interpretaties beperkt zich daardoor tot een strijd over de nauwkeurigheid van de premissen en niet over de geldigheid van de gevolgtrekking. Het oordeel van de Hoge Raad is zo bezien wel falibaar en bewijsbaar maar zeker niet ongegrond. En meer kunnen we in dit soort gevallen van een rechter niet verlangen.

**Waar er ruimte is voor andere interpretaties (en die is er lang niet voor alle interpretaties) verschillen deze in hun inschatting en niet in de keuze van de relevante omstandigheden.**

### **De morele verantwoordelijkheid van de Hoge Raad**

Ik sluit af met een punt van kritiek. Dit ziet op het ethische standpunt dat in het oordeel van de Hoge Raad een beslissende rol speelt. Dit standpunt laat zich het beste vergelijken met inzichten in mijn alternatieve relaas beantwoord ik niet alleen de vraag wat *Dutchbat zou hebben gedaan* anders maar ook de vraag wat *Dutchbat gedaan zou moeten hebben*. De Hoge Raad komt tot een kleinere overlevingskans dan ik onder meer omdat hij oordeelt dat van Dutchbat "niet gevergd kon worden het daadwerkelijk op wapengeweld te laten aankomen wegens de grote kans dat dan veel slachtoffers zouden vallen" (r.o. 4.7.9). Sterker nog: zelfs van een louter dreiging zegt de Hoge Raad dat Dutchbat deze waarschijnlijk niet zou hebben weerstaan, laat staan dat Dutchbat hiertoe moreel verplicht was.

Nu heeft de Hoge Raad in zoverre mischien gelijk dat het waarschijnlijk was dat Dutchbat geen of weinig weerstand zou hebben geboden. Echter, juridische causaliteit is meer dan een zuiver feitelijke kwestie. Bij het bepalen van het juridisch causaal verband moet de rechter altijd oog hebben voor de doeleinden van het recht. In dit geval van civiele aansprakelijkheid. Hij moet in het licht van die doeleinden nagaan of het vaststellen van een causaal verband redelijk is. De Hoge Raad past in dit geval deze leer, die bekend staat als de leer van de redelijke toerekening, in feite toe door zich duidelijk te baseren op een normatieve (ethische) overweging bij het bepalen van het causaal verband. In zoverre is de motivering van de Hoge Raad juridisch in orde. Het probleem

is alleen dat deze motivering juist vanuit ethisch oogpunt ernstig tekortschiet. Hij bevat namelijk een zeer bedenkelijke morele visie op de krijgsmacht.

**Een militaire vredesmissie die de taak heeft gekregen om een kwetsbare groep mensen te beschermen, dient deze taak zo nodig met gevaar voor eigen leven uit te voeren.**

Een militaire vredesmissie die de taak heeft gekregen om een kwetsbare groep mensen te beschermen, dient deze taak zo nodig met gevaar voor eigen leven uit te voeren. Uiteraard moet de opofferingsbereidheid van Nederlandse militairen wel in verhouding staan tot de bescherming die dit oplevert. Hoewel ik zeer benieuwd ben naar wat militaire deskundigen hier wellicht over zouden zeggen, zie ik geen aanleiding om te denken dat hiervan in het onderhavige geval geen sprake was. Door achteraf te bepalen dat er weinig tot niets van Dutchbat gevergd kon worden, heeft de Hoge Raad belangrijke militaire deugden als moed en zelfopoffering miskend. Medestanders van de Hoge Raad zullen hier wellicht tegenwerpen dat zijn vonnis van 'realiteitszin' getuigt. En het zou goed kunnen dat de Hoge Raad niet zijn eigen morele geweten heeft laten spreken maar eerder een visie naar voren heeft geschoven die binnen de Nederlandse militaire cultuur breed wordt gedragen. Dat laatste is wat militair historicus Christ Klep in dit verband heeft opgemerkt.<sup>19</sup> Dit neemt echter niet weg dat de Hoge Raad een morele verantwoordelijkheid draagt. In juridische termen samengevat: het hoogste rechterlijke college heeft een normstellende functie, ook ten aanzien van de morele eisen waaraan de krijgsmacht in het kader van vredesmissies moet voldoen.

Ten slotte wil ik nog wijzen op twee aandachtspunten met betrekking tot rechterlijke speculatie in het algemeen. Ten eerste is de rol van onvoorzienne effecten. Om hier een voorbeeld van te geven: als de Dutchatters eenmaal zouden hebben bestoten de dreiging en de daaropvolgende bejegering van de Serven te weerstaan, zou er wellicht bij hen een psychologische omslag hebben opgetreden. In dat geval zou Dutchbat veel langer hebben kunnen volharden in het bieden van weerstand, ondanks het vallen van slachtoffers. Ten tweede is er het belang van padfrankelijkheid. De beslissing om de vluchtelingen over te leveren ná het aangaan van een militaire confrontatie zou veel moeilijker te verkroppen, om niet te zeggen onverteerbaar, zijn geweest dan daarvoor.

toen men zich nog enigszins kon voorwenden dat ze veilig terecht zouden komen. Dit effect wordt door economen ook wel als 'verzonken kosten' aangeduid. Het spreekt voor zich dat in het licht van deze twee omstandigheden de overlevingskansen van de vluchtelingen eerder groter lijken dan kleiner.

### **Conclusie**

Aan een speculatief vonnis kleven vaak negatieve associaties. Ik heb hierboven betoogd dat dat ontbrekt is, althans waar het een vonnis van een civiele rechter betreft. Speculeren is een voudigweg de manier waarop rechters met onzekerheid ten aanzien van de feiten omgaan, het is het maken van een bereende inschatting aan de hand van de rationele verbeelding. Een fraai voorbeeld hiervan is het causalietsoordeel in het Srebrenica-arrest. De Hoge Raad stelt hier het causaal verband vast door een inschatting te maken van de hypothetische situatie waarin Dutchbat de vluchtelingen niet had weggestuurd. Ik heb geprobeerd te laten zien dat de Hoge Raad alleen dankzij het aanwenden van zijn rechterlijke verbeelding erin slaagt deze situatie overtuigend te reconstrueren. Het is hierbij een misvatting om te denken dat een reconstructie onfeilbaar behoort te zijn om verwillen van willkeur en subjectiviteit af te houden. De ene reconstructie is namelijk veel zorgvuldiger bereendeerd en biedt veel meer inzicht in de hypothetische werkelijkheid dan de andere.

Tegelijkertijd heb ik betoogd dat de motivering van de Hoge Raad in moreel opzicht tekortschiet. Het standpunt van de Hoge Raad dat van Dutchbat geen of weinig weerstand gevergd had kunnen worden, miskent uitieme militaire deugden als moed en opofferingsbereidheid. Deze deugden wegen nog zwaarder waar het vredesmissies betreft. Dutchbat had redelijkerwijs weerstand kunnen en moeten bieden als het zover was gekomen. Niet alleen had de aansprakelijkheid zodoende hoger moeten uitvallen – in ieder geval hoger dan 0% –, ook had de Hoge Raad hiermee een belangrijk signaal voor de toekomst moeten afgeven waar het gaat om de morele eisen die worden gesteld aan de Nederlandse krijgsmacht in het kader van vredesmissies.

**Aan een speculatief vonnis kleven vaak negatieve associaties.**

<sup>19</sup> Klep, C., 2009, 'Hollandse helden zijn gedood om van hun voorstuk te vallen', NRC Handelsblad.