

# De Molukse kwestie en de Wet nadeelcompensatie

## Over de demobilisatie van de Ambonese KNIL-militairen

Mr. dr. C.N.J. Kortmann\* en mr. A.A. al Khatib\*\*

### 1. Inleiding

Het koloniale verleden van Nederland heeft in verschillende opzichten zijn sporen achtergelaten. Een van die sporen is de problematiek rondom de demobilisatie (en het ontslag) van (de militairen van) het Koninklijk Nederlands-Indische Leger ('KNIL'). Tot de dag van vandaag procederen (nakomelingen van) Ambonese KNIL-militairen tegen de Nederlandse Staat. Dit terwijl de Hoge Raad ('HR') al in 1951 zijn eerste arrest wees over de demobilisatie van het KNIL. Deze uitspraak staat bekend als het *Ambonnezenarrest*.<sup>1</sup>

Ruim vijftig jaar na het *Ambonnezenarrest* heeft L.O.A. Moll in een bijdrage aan dit tijdschrift geconstateerd dat het juridische vraagstuk van de demobilisatie van het KNIL nog steeds niet (adequaat) is opgelost.<sup>2</sup> Centraal staat de vraag of de KNIL-militairen, die naar Nederland waren overgebracht, recht hadden om gedemobiliseerd te worden op de door hen gewenste plek. Thans – meer dan dertig jaar na het artikel van Moll – is het (juridische) debat over demobilisatie van het KNIL nog steeds niet afgerond. Verschillende rechtscolleges hebben zich inmiddels uitgelaten over deze kwestie. Zo verzocht op 29 augustus 2006 de zoon van een KNIL-militair de Minister van Buitenlandse Zaken om toekenning van sociale voorzieningen uit hoofde van het dienstverband van zijn grootvader bij het KNIL. Ter onderbouwing van dit verzoek voerde hij aan dat (1) de ontslagprocedure van de KNIL-militairen niet voltooid was omdat deze militairen (en hun familieleden) niet waren afgevoerd op Ambon of een andere door hen gewenste plek in de Zuid-Molukken, en dat (2) de KNIL-militairen ambtenaren waren in de zin van de Militaire ambtenarenwet 1931 ('Maw 1931'). Dat de zoon deze stellingen betrok is opmerkelijk. Reeds in 1960 had de Hoge Raad bepaald dat er geen sprake is geweest van onvoltooid ontslag.<sup>3</sup> De minister wees zijn verzoek dan ook af. Tegen deze afwijzing heeft de zoon tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. Deze verklaarde zijn cassatieberoep niet-ontvankelijk.<sup>4</sup>

Met dit artikel beogen wij twee zaken te onderzoeken. Ten eerste willen wij de politieke en juridische ontwikkelingen beschrijven die zich hebben voorgedaan sinds de bijdrage van Moll. En ten tweede willen wij nagaan of, mede in het licht van deze ontwikkelingen, een (juridi-

sche) basis gevonden kan worden voor de steeds luider wordende roep om rechtsherstel.

Daartoe zal in het navolgende eerst de historische en juridische achtergrond van de problematiek rond de demobilisatie van het KNIL toegelicht worden (paragraaf 2). Deze toelichting is in belangrijke mate gebaseerd op het artikel van Moll. Vervolgens zullen de uitspraken sinds 1960 over de demobilisatie en het ontslag van het KNIL besproken en geanalyseerd worden. Wij zullen zien dat de KNIL-militairen in deze uitspraken consistent een beroep doen op de ongeldigheid, althans 'onvoltooidheid' van hun ontslag. Ook zal stilgestaan worden bij de (parlementaire) debatten over en onderzoeken naar (de opvang van) de KNIL-militairen, die plaats hebben gevonden na het verschijnen van het artikel van Moll (paragraaf 3). Men lijkt – meer dan voorheen – begrip te hebben en te tonen voor het lot van de KNIL-militairen. In het licht van dit toenemende begrip zullen wij, na een tussenbalans in paragraaf 4, bezien of een juridische basis gevonden kan worden voor een eventueel rechtsherstel voor de KNIL-militairen en hun nakomelingen. Daartoe zullen wij in paragraaf 5 de besproken jurisprudentie aan een nader onderzoek onderwerpen. Nog onbeantwoord blijkt dan de vraag of de Nederlandse Staat, vanwege (en ondanks de volgens de rechter rechtmatige) schending van artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order, schadeplichtig zou kunnen zijn. In paragraaf 6 zullen wij bespreken welk juridisch concept het meest geschikt is om deze vraag te beantwoorden. Ten slotte zullen wij in paragraaf 7 dit concept toepassen op de demobilisatie van de Ambonese KNIL-militairen, om in paragraaf 8 met een korte concluderende opmerking te besluiten.

### 2. Historische en juridische achtergrond

*Het KNIL als trouwe dienaar van Nederlands-Indië*  
Het KNIL bestond vanaf 1830 tot 1950. Het diende de Nederlandse overheid. Toen vlak na de Tweede Wereldoorlog Indonesische nationalisten, geleid door Soekarno, op 17 augustus 1945 de onafhankelijke Republiek Indonesië uitriepen, brak een militaire strijd uit met Nederland, die deze republiek niet erkende. De KNIL-militairen hebben Nederland in die strijd ondersteund. Toen eenmaal duidelijk werd dat Nederland niet in staat was om Nederlands-Indië te behouden, bleek dat er verschillende opvattingen waren – binnen en buiten de Indonesi-

\* Mr. dr. C.N.J. Kortmann is advocaat bij Stibbe en is tevens aan de Universiteit Utrecht verbonden.

\*\* Mr. A.A. al Khatib is advocaat bij Stibbe.

1. HR 2 maart 1951, *NJ* 1951, 217, m.nt. Houwing.

2. L.O.A. Moll, 'De Ambonnezenarresten', *RMThemis* 1977-3, p. 237-266.

3. HR 25 november 1960, *NJ* 1961, 3. Dit is het laatste arrest dat Moll in zijn artikel bespreekt.

4. HR 23 november 2012, *JBPv* 2013, 16, m.nt. C.N.J. Kortmann.

sche bevolking – over de gewenste staatsvorm van het (gedekoloniseerde) Indonesië. Er werden voornamelijk twee modellen bepleit.

Ten eerste een federaal model. In een dergelijke staatsinrichting zou het Amboneze deel van Indonesië, waar de Molukkers grotendeels woonden, een grote mate van autonomie krijgen. Van dit model waren zowel de Ambonezen als de Nederlandse regering voorstanders. Zij zagen in dit model het antwoord op de verscheidenheid binnen Indonesië. Ten tweede het model van de eenheidsstaat. Dat model streefden Soekarno en zijn (nationalistische) aanhangers na.

Een federale staat leek, na de Ronde Tafel Conferentie van 1949, aanvankelijk verwezenlijkt. De Mantelresolutie, waarin de resultaten van de conferentie waren neergelegd, ging uit van het bestaan van verschillende deelstaten. Al snel bleek echter dat voor een federaal Indonesië weinig (nationaal en internationaal) draagvlak bestond. Soekarno en zijn aanhangers hebben het gebrek aan draagvlak voor de federale structuur en het feit dat de Republiek Indonesië werd gezien als de (echte) bevrijder van Indonesië, gebruikt om de door hen gewenste eenheidsstaat te verwezenlijken. De regering op Java begon in 1950 langzaam een einde te maken aan het bestaan van andere deelstaten. De Ambonezen waren hier fel tegen gekant.

Op 25 april 1950 werd, in het licht van de actieve ondermijning van de federale structuur, op Ambon de Republiek der Zuid Molukken (RMS) uitgeroepen. Het KNIL, dat voor een belangrijk deel uit Zuid-Molukkers bestond, bevond zich toen in Java. De leden van het KNIL hadden, na 25 april 1950, daardoor om twee redenen te vrezen voor hun leven. Allereerst omdat zij ten tijde van de strijd om de dekolonisatie aan de kant van Nederland hadden gestaan. En ten tweede omdat zij behoorden tot en (morele) steun gaven aan een bevolkingsgroep die probeerde onafhankelijkheid te krijgen en die een staat had uitgeroepen.

#### *De voorgenomen opheffing van het KNIL na de soevereiniteitsoverdracht*

Na vier jaar (van militaire strijd) heeft Nederland de onafhankelijkheid van de Republiek Indonesië moeten erkennen. In 1949 vond de soevereiniteitsoverdracht plaats van Nederlands-Indië aan de Verenigde Staten van Indonesië.<sup>5</sup> In het kader van deze soevereiniteitsoverdracht werd overlegd tussen Nederland en de Verenigde Staten van Indonesië. Deze overleggen vonden onder meer plaats van 23 augustus 1949 tot 2 november 1949 in Den Haag gedurende de zojuist genoemde Ronde Tafel Conferentie. Gedurende deze conferentie werden afspraken gemaakt over de reorganisatie van het KNIL. Die afspraken hielden in dat de KNIL-leden van Indonesische landaard zich bij het Indonesische leger konden voegen of konden afvloeien. Deze ‘reorganisatie’ kwam de facto neer op een opheffing van het KNIL. Nederland had zich derhalve bij de Ronde Tafel Conferentie gecommitteerd aan het opheffen van het KNIL.

Voor veel KNIL-leden was het versterken van het Indonesische leger geen reële optie. In het nieuwe Indonesië heerste namelijk een negatief sentiment tegen Nederland en tegen landgenoten die nauwe banden onderhielden met Nederland (gedurende dekolonisatie van Indië). Met name de KNIL-militairen waren (potentiële) slachtoffers van dit negatieve sentiment. Tegelijkertijd had de Nederlandse regering, in het licht van de gemaakte afspraken, geen behoefte meer aan het KNIL.

#### *De demobilisatie van de KNIL-militairen*

De KNIL-militairen wilden het liefst, toen de RMS uitgeroepen werd, in Ambon afvloeien.<sup>6</sup> Aan deze wens kon echter niet worden voldaan. De Republiek Indonesië, onder leiding van Soekarno, wilde absoluut niet dat de RMS versterkt zou worden met de KNIL-militairen. Nederland zou, indien het de wens van de KNIL-militairen honoreerde, een nieuwe oorlog uitlokken met de Republiek Indonesië. Bovendien had Nederland geen internationale steun om een dergelijke actie uit te voeren. Toen Ambon in november 1950 door de Republiek Indonesië werd bezet, wilden de KNIL-militairen in Nieuw-Guinea of een ander niet door de Republiek Indonesië bezet gebied gedemobiliseerd worden. Deze wens wilden de Nederlandse regering en de Republiek Indonesië evenmin honoreren.<sup>7</sup>

Eén jaar na de soevereiniteitsoverdracht begon de Nederlandse overheid met de demobilisatie van het KNIL. Het KNIL bevond zich toen in Java. De Nederlandse regering wilde, bij gebrek aan een geschiktere locatie, het KNIL in Java demobiliseren. Dit voornemen stuitte echter op weerstand bij leden van het KNIL. In Nederland bevond zich een delegatie van KNIL-militairen die naar Nederland was gereisd om de belangen van hun – zich in Java bevindende – medemilitairen te behartigen. Deze delegatie werd geleid door sergeant-majoor F.A. Aponno.

#### *2.1. HR verbiedt demobilisatie in Ambon of andere door APRI-troepen beheerste gebieden*

De delegatie-Aponno dagvaardde in 1950 de Nederlandse Staat voor de kortgedingrechter. Dit naar aanleiding van het voornemen van de Nederlandse regering om de KNIL-militairen te demobiliseren op Java. In antwoord op deze dagvaarding ontving F.A. Aponno een dienstbevel om terug te keren naar Indonesië. Dit bevel werd echter ingetrokken toen de Nederlandse Staat, naar aanleiding van dit bevel, direct voor de kortgedingrechter moest verschijnen.

Uiteindelijk vond het kort geding plaats op 16 december 1950. De delegatie-Aponno vorderde een rechterlijk verbod op afvloeiing en wegvoering van oud-KNIL-militairen en hun gezinnen naar een door de regering van de Republiek Indonesië bezet gebied. De kortgedingrechter achtte artikel 11 lid 1 onder c van ‘Algemene Order 1935 no. 11’ (‘Algemene Order’) van toepassing. Dit artikel luidt als volgt:

5. Zie uitgebreider over de Ronde Tafel Conferentie: Herman Burgers, *De garoeda en de ooievaar, Indonesië van kolonie tot nationale staat*, Leiden: KITLV Uitgeverij 2011, p. 622.

6. Herman Burgers, *De garoeda en de ooievaar, Indonesië van kolonie tot nationale staat*, Leiden: KITLV Uitgeverij 2011, p. 708.

7. Idem.

‘c. Alle overige militairen worden ter plaatse waar zij zich bevinden uit den dienst ontslagen dan wel op de plaats waar zij zich na hun ontslag uit den dienst in Nederlandsch Indië wensden te vestigen, in welk geval zij daarheen kunnen worden opgezonden (...)’

Deze bepaling was toentertijd gebruikelijk in Nederlands-Indië. Zij strekte tot bescherming van de rechtspositie van de militair aangezien deze veelal grote afstanden moest afleggen om weer thuis te komen. Dit was zowel een dure als een gevaarlijke onderneming. Met een bepaling als artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order werd voorkomen dat een militair hier alleen de (financiële) verantwoordelijkheid voor droeg. Mede op grond van deze bepaling besloot de kortgedingrechter dat afvloeiing en wegvoering van oud-KNIL-militairen en hun gezinnen, zonder hun toestemming, naar Ambon of een ander door de troepen van Republiek Indonesië (‘APRI-troepen’) bezet of beheerst gebied niet kon. Voor de kortgedingrechter leek hierbij van doorslaggevend belang de vrees dat de KNIL-militairen en hun gezinnen een gevaar voor hun leven zouden lopen door de APRI-troepen.

De Staat stelde hoger beroep in bij het Hof in Den Haag en ging daarna in cassatie bij de Hoge Raad. Zowel het hof als de Hoge Raad lieten de uitspraak van de kortgedingrechter in stand. Het juridische debat ten overstaan van het hof en de Hoge Raad spitste zich toe op zowel het karakter van artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order als de vrijheid van de Nederlandse Staat om militaire en staatkundige keuzes te maken. De Hoge Raad koos een middenpositie. Hij oordeelde dat, hoewel artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order van toepassing is, dit niet betekent dat de militairen bij de burgerlijke rechter hun keuze voor een plaats van demobilisatie kunnen afdwingen in alle gevallen. De Nederlandse Staat kan volgens de Hoge Raad, gelet op factoren van militaire en staatkundige of andere aard, besluiten de KNIL-militairen niet op de door hen verlangde bestemming van demobilisatie te doen afvloeien. Die ruimte kan echter, zo overweegt de Hoge Raad, niet zo ver gaan dat de militairen gedemobiliseerd mogen worden op een plek waar zij en hun gezinnen te vrezen hebben voor de hoogst ernstige inbreuk op burgerlijke rechten. Hiermee refereert de Hoge Raad aan de constatering van het hof dat afvloeiing binnen een door APRI-troepen bezet of beheerst gebied gevaar meebrengt voor de vrijheid en het leven van KNIL-militairen en hun gezinnen. Met de uitspraak van de Hoge Raad werd duidelijk dat de demobilisatie van het KNIL niet plaats kon vinden in een door APRI-troepen bezet of beheerst gebied.<sup>8</sup>

## 2.2. De komst van de KNIL-militairen naar Nederland

De Nederlandse regering heeft, nadat zij door de Hoge Raad in het ongelijk was gesteld – naast demobilisatie op Java of het inmiddels door APRI-troepen beheerste Ambon – twee opties voorgelegd aan de KNIL-militai-

ren:<sup>9</sup> overgang naar het Indonesische leger of tijdelijke overbrenging naar Nederland.

De KNIL-militairen wilden liever op Nieuw-Guinea, Ceram of enig ander vrij gebied der Zuid-Molukken gedemobiliseerd worden, maar aan die wens kon de Nederlandse regering, zoals uiteengezet, om staatkundige redenen niet voldoen. Overgang naar het Indonesische leger was geen optie voor de Molukse leden van het KNIL, aangezien zij vreesden voor represailles van hun (voormalige) landgenoten, die hen zagen als verraders. De enige optie leek derhalve tijdelijke overbrenging naar Nederland te zijn. Om die tijdelijke overbrenging te bewerkstelligen had het kabinet-Drees een dienstbevel uitgevaardigd. De KNIL-militairen zouden vervolgens, wanneer zij naar Nederland kwamen, ontslagen worden. Van dit voorplan waren de KNIL-militairen, toen zij het dienstbevel kregen, echter niet op de hoogte. In de periode maart tot en met april 1951 arriveerden ongeveer 12 500 personen in Nederland, bestaande uit KNIL-militairen en hun vrouwen en kinderen. Zodra de KNIL-militairen in Nederland aankwamen werden zij ontslagen.

## 2.3. De procedures tegen het ontslag

2.3.1. In het bestuursrechtelijke traject: het aanvankelijke succes bij het Militair Ambtenarengerecht wordt ongedaan gemaakt door niet-ontvankelijkheid bij de Centrale Raad van Beroep

Aponno, leider van de delegatie-Aponno, tekende tegen dit ontslag beroep aan bij het Militair Ambtenarengerecht. Hij stelde zich op het standpunt dat hij militair was in de zin van de Maw 1931. Voorts voerde hij aan dat het ontslag, dat hem op 22 maart 1951 te Amersfoort was gegeven, nietig was omdat niet voldaan was aan artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order.

Het Militair Ambtenarengerecht overwoog dat hij inderdaad een militair was in de zin van de Maw 1931<sup>10</sup> en dat zijn ontslag nietig was, omdat niet was voldaan aan artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order zolang Aponno niet opgezonden werd naar een door hem gewenste plaats:<sup>11</sup>

‘Overwegende dat het Gerecht hiertegen, zonder in beoordeling te treden van verweerders bezwaren tegen opzending van klager naar de door deze gewenste plaats, opmerkt, dat deze omstandigheid nog niet meebrengt de noodzaak om klager ter plaatse, waar hij zich bevond te ontslaan, aangezien ook de mogelijkheid open stond, klager niet te ontslaan.’

De Centrale Raad van Beroep (‘CRvB’) vernietigde echter de uitspraak van het gerecht. Hij overwoog dat appellant geen ambtenaar in de zin van de Maw 1931 was en verklaarde hem niet-ontvankelijk.<sup>12</sup> Voor dit oordeel vond de CRvB mede steun in het gegeven dat de Hoge Raad Aponno in de zaak die leidde tot de uitspraak van 2 maart 1951, wel ontvankelijk had verklaard. Daaruit leidde hij – a contrario – af dat hij geen ambtenaar in de zin van de

8. Dit is het *Ambonnezenarrest* waarmee wij deze bijdrage openden.

9. Herman Burgers, *De garoeda en de ooievaar, Indonesië van kolonie tot nationale staat*, Leiden: KITLV Uitgeverij 2011, p. 708.

10. Militair Ambtenarengerecht 26 november 1951, *MRT* 1952, p. 542.

11. *Idem*, p. 549.

12. CRvB 4 maart 1952, *MRT* 1952, p. 550.

Maw 1931 was. Anders had de Hoge Raad appellant wel niet-ontvankelijk verklaard.<sup>13</sup>

Ondanks deze uitspraak van de CRvB beschouwde en beschouwt men in de Molukse gemeenschap het ontslag dat de KNIL-militairen hebben gekregen nog steeds als ongeldig. Sindsdien heeft zij herhaaldelijk geprobeerd om dit oordeel aan te vechten in nieuwe juridische procedures bij het Militair Ambtenarengerecht en de CRvB.

### 2.3.2. Het civielrechtelijke traject: artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order verzet zich niet tegen ontslag in Nederland, in weerwil van het daarin vervatte keuzerecht

De KNIL-militairen (en hun families) bevonden zich aanvankelijk in het demobilisatiecentrum in Amersfoort. Zij werden vanaf daar verspreid over een vijftigtal kazernes, kloosters en vroegere arbeids- en concentratiekampen. Aanvankelijk nam de Nederlandse Staat de verzorging van deze militairen op zich. De ratio hierachter was dat betrokkenen uiteindelijk terug dienden te keren naar hun eigen land. Deze ratio bracht ook mee dat de Nederlandse regering participatie van de KNIL-militairen in de Nederlandse samenleving en economie actief tegenwerkte.

De Nederlandse regering heeft haar beleid ten aanzien van de zorg voor de KNIL-militairen in 1956 gewijzigd. Alle zorg zou gradueel afgebouwd worden. Deze beleidswijziging leidde (wederom) tot een procedure over de geldigheid van het ontslag in relatie tot artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order. Deze keer werd deze procedure aanhangig gemaakt bij de civiele rechter door B.D. Sahetapy.

Van de uitspraak hing veel af omdat met de niet-ontvankelijkheidsverklaring door de CRvB geen inhoudelijke toets had plaatsgevonden van de stelling dat het ontslag van de KNIL-militairen niet voltooid dan wel rechtsgeldig was omdat de Nederlandse regering niet voldeed aan artikel 11 onder c Algemene Order. Tot aan de Hoge Raad leidde de inhoudelijke beoordeling van deze stelling tot een negatief resultaat voor de eiser.<sup>14</sup> De Hoge Raad overwoog dat artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order niet in de weg staat aan het ontslaan van de militairen, omdat:<sup>15</sup>

‘(...) zowel de tekst van de bepaling – (...) –, als de strekking van de bepaling in verband van den overigen inhoud van het “Algemeen Voorschrift”, (...), zich ter tegen verzetten aan te nemen dat de Staat, voldoening aan de keuze van den betrokkene onmogelijk achtend, tot handhaving van het dienstverband – in dit geval: de tijdelijke dienstverplichting bij de Koninklijke Landmacht – verplicht zou zijn tot op het tijdstip dat aan de keuze zou kunnen worden voldaan; dat integendeel aan te nemen is, dat onder omstandigheden als voormeld de Staat het ontslag op de in art. 11, onder 1c, in de eerste plaats vermelde wijze – ter plaatse waar de betrokkene zich bevindt – kan verlenen, waarbij in het midden kan blijven

of na een aldus verleend ontslag de betrokkene uit hoofde van het bepaalde in art. 11, onder 1c, niet aanspraak behoudt, zodra zulks naar het oordeel van den Staat mogelijk is, op opzending alsnog naar een plaats zijner keuze in het voormalige Nederlands-Indië.’

De Hoge Raad liet in het midden of op basis van artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order – wanneer zulks weer mogelijk is – de KNIL-militairen alsnog recht hebben op opzending naar de plek van hun keuze. Hieruit kan in ieder geval afgeleid worden dat het, op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad, voltooid ontslag van de KNIL-militairen op zichzelf niet een reden is om te veronderstellen dat artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order niet meer van toepassing kan zijn in de verhouding tussen de (nakomelingen van) de KNIL-militairen en de Nederlandse Staat.

## 3. Ontwikkelingen in het juridische en politieke debat

### 3.1. *De jurisprudentie van medio 1960 tot heden: de aanhoudende pogingen van de KNIL-militairen om hun ontslag aan te vechten*

Met de zojuist besproken uitspraak van de Hoge Raad kwam geen einde aan de pogingen (van de nakomelingen) van de KNIL-militairen om het ontslag uit 1951 aan te vechten. De KNIL-militairen leefden inmiddels enige jaren in Nederland. De Nederlandse overheid droeg de zorg voor hun huisvesting in de zogeheten woonoorden en voorts verleende zij aan hen sociale voorzieningen. Deze zorg bouwde de Nederlandse overheid geleidelijk af. Dit gebeurde voor het eerst (in significante mate) in het kader van de zogeheten zelfzorgregeling. Als gevolg van deze regeling was de huisvesting van de families van de KNIL-militairen niet langer kosteloos. Tegen deze afbouw werden procedures gevoerd waarin de rechtmatigheid van het ontslag van de KNIL-militairen opnieuw aan de orde kwam.

#### 3.1.1. De huisvesting van de KNIL-militairen in Nederland

Dit leidde onder andere op 17 mei 1961 tot een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage.<sup>16</sup> Het hof was, op basis van twee redenen, van oordeel dat appellanten geen (onvoorwaardelijk) recht toekwam op vrije huisvesting en bijkomende faciliteiten (bijvoorbeeld vrij licht- en waterverbruik en brandstoffenvoorzieningen). Allereerst benadrukte het hof de beleidsvrijheid van de Nederlandse Staat:<sup>17</sup>

‘dat de Staat al naar gelang der omstandigheden zijn betreffend overheidsbeleid mag wijzigen en in verband hiermede voorzieningen inzake die maatschappelijke zorg wijzigen of zelfs opheffen en de burgerlijke rechter zich van een beoordeling van dit beleid heeft te onthouden tenzij in het geval van misbruik van het recht, dat zich

13. Idem, p. 554.

14. HR 25 november 1960, *NJ* 1961, 3, p. 15.

15. Idem, p. 23.

16. Hof 's-Gravenhage 17 mei 1961, *NJ* 1962, 279.

17. Idem, p. 928.

hier niet voordoet, of in geval van kennelijke onredelijkheid, waarvan hier evenmin sprake is.’

De afbouw van de zorg voor (de families van) de KNIL-militairen viel volgens het hof onder de ruime beleidsvrijheid van de Nederlandse overheid. Het hof ging daarna in op de tweede stelling van appellanten, te weten dat zij, gelet op hoe de beëindiging van het dienstverband van de KNIL-militairen was verlopen, recht hadden op vrije huisvesting:<sup>18</sup>

‘O. dat app.en blijkens hun memorie van toelichting in appel een nieuwe stelling poneren n.l. dat het recht op vrije huisvesting enz. ook voortvloeit uit het hele verloop van de beëindiging van de uitoefening van de militaire dienst door de niet-Nederlandse leden van het K.N.I.L. en het feit dat de Regering de Ambonnezen naar Nederland heeft vervoerd;

O. dat app.en echter voor de aansprakelijkheid van de Staat uit dezen hoofde geen wettelijke basis aanvoeren en blijkbaar ook niet kunnen aanvoeren, dat voorzover app.en hierbij mochten gedacht hebben aan een onrechtmatige overheidsdaad welke de Staat jegens app.en tot schadevergoeding verplicht althans tot voortzetting van de jegens hen getroffen voorzieningen van maatschappelijke zorg, hetgeen app.en in hun memorie stellen met betrekking tot het door de Staat t.a.v. afvloeiing van app.en als militairen van het K.N.I.L. en de K.L. en de wijze waarop dit is geschied gevoerde overheidsbeleid, niet de conclusie rechtvaardigt, dat de Staat daarbij een rechtsplicht heeft geschonden of inbreuk heeft gemaakt op een burgerlijk recht van app.en, kunnende voorzover app.en de Staat mochten willen verwijten een onjuist beleid, deze vraag buiten beoordeling van het Hof blijven’.

Uit deze overweging blijkt dat de beëindiging van het dienstverband van de KNIL-militairen geen recht op huisvesting (en andere sociale voorzieningen) geeft aan de (families van) KNIL-militairen. De overweging is opmerkelijk omdat zij, hoewel deze vraag niet tot de kern van de rechtsvraag die het hof moest beantwoorden behoort, ook een recht van de KNIL-militairen op schadevergoeding lijkt uit te sluiten. Tegelijkertijd blijkt niet uit de overweging van het hof of appellanten een beroep hebben gedaan op artikel 11 lid 1 onder c Algemene Orde.

Deze uitspraak van het hof diende als basis voor de afwijzing van andere vorderingen tot het behoud van het recht op kosteloze huisvesting. Tot 3 april 1960 had A. Saya in het woonoord Rijckholt volledig op kosten van de Nederlandse Staat gewoond. De Nederlandse Staat had Saya meegedeeld dat hij met ingang van de zojuist genoemde datum huur diende te betalen voor het bewonen van zijn kamer in het woonoord. Over de periode van 1 augustus 1965 tot 2 juli 1966 had Saya echter geen huur betaald. De Nederlandse Staat vorderde deze achterstallige huur. Saya verweerde zich met de stelling dat zijn ontslag ongeldig was en dat hij derhalve uit diens status als KNIL-

militair aanspraak maakte op kosteloze huisvesting. De Kantonrechter te Maastricht overwoog:<sup>19</sup>

‘O. dat ged. zich voorts erop beroepen heeft dat hij als ex KNIL-militair recht zou hebben op vrije huisvesting vanwege de Staat hetgeen hij baseert op de stelling dat hij geen ‘ontslagen’ militair is omdat het KB van 20 juli 1950, waarbij hem ontslag uit de militaire dienst is verleend, onverbindend zou zijn als zijnde in strijd met de op zodanig ontslag toepasselijke legerorder volgens welke alle maatregelen moeten worden genomen en alle formaliteiten moeten worden vervuld om de militairen op de dag van beëindiging van hun dienstverband te doen aankomen op de plaats van hun bestemming, zijnde Ambon, aan welke eis niet is voldaan;

O. dat, wat hiervan ook zij, daaruit nooit kan volgen dat het militaire dienstverband zou voortduren doch hoogstens dat de Staat tekortgeschoten zou zijn in zijn plicht om de ontslagen militair naar de plaats van herkomst terug te brengen – aangenomen dus dat die plicht i.c. aanwezig en uitvoerbaar was – terwijl ook niet is in te zien in hoeverre een en ander kan afdoen aan het feit, dat ged. – zoals hierboven overwogen – t.a.v. de woning in kwestie met eiser een huurovereenkomst heeft gesloten, waarvan eiser ten deze nakoming verlangt;’

De kantonrechter liet in het midden of de Nederlandse overheid voldaan had aan de plicht om de KNIL-militairen op een juiste wijze te ontslaan. Wel maakte hij duidelijk dat een eventuele schending van de plicht om KNIL-militairen naar de plaats van herkomst terug te brengen niet tot gevolg heeft dat een KNIL-militair aanspraak heeft op ‘vrije huisvesting’ in weerwil van de gesloten huurovereenkomst.

### 3.2. Voortschrijdend inzicht in het politieke debat over de behandeling van de KNIL-militairen en de Indische gemeenschap

Uit verschillende omstandigheden blijkt dat ten tijde van de demobilisatie van het KNIL de Nederlandse politiek niet doordrongen was van het leed dat zij de KNIL-militairen berokkende. Het feit dat de KNIL-militairen, zodra ze in Nederland aankwamen, zonder veel poespas werden ontslagen is een van deze omstandigheden. Een andere omstandigheid is de opvang van de KNIL-militairen in de zogeheten woonoord, die hen isoleerden van de rest van de samenleving.

Geleidelijk is er verandering gekomen in hoe de Nederlandse politiek denkt over de positie van de KNIL-militairen. Deze verandering kan geplaatst worden in het licht van het voortschrijdende inzicht dat in Nederland is ontstaan ten aanzien van de opvang van oorlogsgetroffenen in Nederland. De Nederlandse politiek is thans, meer dan voorheen, bewust van hoe gebrekkig de opvang van de Indische gemeenschap is geweest en in het verlengde hiervan is zij zich meer bewust van wat de KNIL-militairen is overkomen. Deze verandering heeft zich zowel in woorden als in concrete (wetgevings)initiatieven gemanifesteerd. Zo trad op 7 april 1998 de Uitkeringswet KNIL-

18. Ibid.

19. Ktr. Maastricht 23 november 1966, *NJ* 1967, 257. Zie voor een soortgelijke zaak ook Hof Leeuwarden 25 april 1968, *NJ* 1969, 201 en HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 487.

beroepsmilitairen in werking.<sup>20</sup> Als gevolg van deze wet kregen voormalige KNIL-militairen, met een diensttijd van meer dan vijf jaar, aanspraak op (een eenmalige) compensatie van f 7500 netto. De andere Indië-veteranen, die bij de Nederlandse krijgsmacht in dienst waren, kregen reeds in het begin van de jaren negentig een dergelijke uitkering. In zoverre hebben de KNIL-militairen (wederom) jarenlang in een achtergestelde positie verkeerd. Toen met de hiervoor genoemde wet een eind werd gemaakt aan deze ongelijkheid, reageerde de CDA-fractie als volgt:<sup>21</sup>

‘De leden van de CDA-fractie zijn verheugd dat dit wetsvoorstel voor financiële compensatie voor langdurige militaire dienst eindelijk tot stand is gekomen. Reeds in het debat van mei 1995 over het Veteranenbeleid hebben de leden van de CDA-fractie de regering gewezen op de zogenaamde vergeten groepen in het beleid, waartoe ook de KNIL-militairen behoren’

Op 21 maart 2000 schreef het kabinet over de opvang van de leden van het Indische Gemeenschap dat het:<sup>22</sup>

‘ten volle erkent, terugkijkend met de wetenschap en de ogen van nu, dat er teveel formalisme, bureaucratie en vooral kilte in het rechtsherstel is geweest’

De Nederlandse regering heeft vervolgens besloten om de Indische gemeenschap financieel te compenseren voor onder andere de kille opvang. Daartoe richtte zij een zelfstandig bestuursorgaan, dat ‘het Gebaar’ heette, op. Het Gebaar had een budget van f 350 miljoen om individuele uitkeringen te verstrekken op basis van het Uitkeringsreglement individuele uitkeringen Stichting Het Gebaar.<sup>23</sup> De Nederlandse regering merkte in dit verband op:<sup>24</sup>

‘Op grond van die vermoedelijke tekortkomingen in het Indisch rechtsherstel in combinatie met diverse andere problemen waarmee de vervolgingsslachtoffers zich na de Japanse bezetting geconfronteerd zagen – met name de vijandige bejegening door Indonesiërs die naar onafhankelijkheid streefden en de grenzen die de ontwikkelingen in de periode tot aan de soevereiniteitsoverdracht hebben gesteld aan het rechtsherstel – acht de regering een gebaar op zijn plaats.’

De constatering van de regering dat de opvang van de Indische gemeenschap kil en bureaucratisch was en dat ook veel Molukkers hebben geleden als gevolg van de vijandige bejegening door Indonesiërs, geldt – logischer-

wijs – ook voor de demobilisatie en de opvang van de Molukse KNIL-militairen. Mogelijk vanwege de brede reikwijdte van het gebaar dat de Nederlandse overheid wenste te maken, werd dit niet in het bijzonder genoemd. Toch neemt het besef dat in het bijzonder de KNIL-militairen onrechtvaardig zijn behandeld toe. Dit blijkt uit een open brief van 25 april 2012 aan de Volkskrant.<sup>25</sup> Deze brief is door een aantal politici ondertekend: Emile Roemer (partijleider SP), Jolande Sap (partijleider GroenLinks), Arie Slob (partijleider ChristenUnie) en Nico Koffeman (fractievoorzitter Partij voor de Dieren, Eerste Kamer). In deze brief stellen de politici voorop dat de KNIL-militairen en hun families geen vluchtelingen of arbeidsmigranten zijn, maar juist als gevolg van een dienstbevel naar Nederland kwamen. De brief vermeldt vervolgens:

‘De soldaten moesten hun gezinnen onderhouden met door de staat gefourneerd zakgeld (drie gulden per week per volwassene, en een gulden per kind) en werden van de arbeidsmarkt geweerd. Het ontslag en de wijze waarop zij door hun voormalig werkgever werden weggezet, was een klap in het gezicht van de soldaten. Hun verbittering en ontgoocheling werd de erfenis van hun kinderen.’

In deze brief vragen de ondertekenaars ten slotte aan de minister-president:

‘(...) excuses aan te bieden aan de Molukse ex-KNIL-soldaten, hun vrouwen en kinderen die vanaf 1951 onvrijwillig in deze samenleving hun weg moesten vinden’.

In deze passage wordt benadrukt dat de KNIL-militairen onvrijwillig in Nederland moesten blijven. Die onvrijwilligheid is het gevolg van het feit dat artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order niet is nagekomen.

#### 4. Tussenbalans

Na dit tamelijk uitvoerige historische overzicht van de feitelijke gang van zaken, van de jurisprudentie en van de politieke ontwikkelingen wordt het tijd een tussenbalans op te maken.

Uit de gevoerde procedures rijst het beeld op dat, hoewel de rechters niet per se onsympathiek staan tegenover het standpunt van de Ambonezen, hun eisen steeds afstuiten op allerlei formele en materiële juridische hobbels. Van de eerste categorie springt de ontvankelijkheidsuitspraak van de Centrale Raad uit 1952 in het oog, op grond waarvan de Ambonezen de toegang tot de ambtenarenrechter werd ontzegd. In latere jaren zijn daar allerlei

20. *Stb.* 1998, 182.

21. *Kamerstukken II* 1997/88, 25 476, nr. 4, p. 2.

22. *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 839, nr. 13.

23. *Stb.* 2001, nr. 225.

24. *Kamerstukken II* 2000/01, 25 839, nr. 21, p. 2.

25. De brief is online te raadplegen via: [www.volkskrant.nl/vk/nl/3184/opinie/article/detail/3246170/2012/04/25/Maak-excuses-aan-de-Molukkers.dhtml](http://www.volkskrant.nl/vk/nl/3184/opinie/article/detail/3246170/2012/04/25/Maak-excuses-aan-de-Molukkers.dhtml). Kritisch over deze brief is prof. D. Bosscher in een reactie d.d. 4 mei 2012 in de Volkskrant, te raadplegen via [www.volkskrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/3250470/2012/05/04/Molukkers-raakten-klem-in-de-geschiedenis.dhtml](http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/3250470/2012/05/04/Molukkers-raakten-klem-in-de-geschiedenis.dhtml). Hij wijst erop dat de Nederlandse regering geen andere keus had dan ‘opzending’ naar Nederland. Zijn opvatting doet geen afbreuk aan ons betoog in paragraaf 5 en verder.

formele belemmeringen bijgekomen, zoals het gezag van gewijsde,<sup>26</sup> verjaring en recent de niet-ontvankelijkheid bij de Hoge Raad, oordelend als bestuursrechter.<sup>27</sup> Voorbeelden van de tweede categorie zijn de afwijzing van het beroep op artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order, het ontbreken van een duidelijke grondslag waarop de Staat aansprakelijk kan worden gesteld voor geleden schade en, zo voegen wij daar zelf aan toe, de problematiek van het causale verband, de relativiteit en de omvang van de schade,<sup>28</sup> als (de nazaten van) de Ambonese militairen een actie uit onrechtmatige overheidsdaad zouden willen instellen.<sup>29</sup>

Uit de recente politieke ontwikkelingen is tegelijkertijd af te leiden dat thans vrij algemeen de opvatting wordt gedeeld dat de Nederlandse overheid in deze kwestie is tekortgeschoten, los van de vraag of dit eventueel een onrechtmatige daad jegens de Ambonese KNIL-militairen en hun nakomelingen zou opleveren. Evident is, dat wanneer men de gehele periode van 1951 tot nu beschouwt, de Molukse gemeenschap zelf evenmin zonder blaam is, hetgeen discussies over rechtsherstel aanzienlijk bemoeilijkt, nog los van de emoties aan beide zijden.<sup>30</sup> In elk geval kan vastgesteld worden dat de problematiek (in causale zin) teruggevoerd kan worden op de beslissing van de Nederlandse regering om de Ambonese KNIL-militairen in 1951 niet vanuit Java naar Ambon of Nieuw Guinea te laten afvloeien, maar naar Nederland over te brengen.<sup>31</sup> Hierna concentreren wij ons op deze beslissing, omdat dat ons inziens een juridische analyse mogelijk maakt die niet wordt vertroebeld<sup>32</sup> door alles wat sindsdien is voorgevallen in de verhouding tussen de Molukse gemeenschap en de Nederlandse overheid. Daarmee komen wij tot de kernvraag van dit artikel. Als wij ervan uitgaan dat:

1. de nog in leven zijnde Ambonese ex-KNIL-militairen (en hun nazaten) enige vorm van rechtsherstel wensen, die verder gaat dan de voorzieningen waarop zij recht hebben op grond van hun nationaliteit of ingezetenschap;
2. de Nederlandse overheid (al dan niet op basis van een nog te wijzen uitspraak van de rechter) bereid

is om enige mate van rechtsherstel te bieden aan deze groep;

welke vormen van rechtsherstel zijn dan anno 2013 denkbaar, en welke grondslag is daarvoor binnen ons huidige rechtstelsel te vinden?

De bespreking van de eerste vraag, naar de vorm van rechtsherstel, houden wij kort. Duidelijk is dat *restitutio in integrum*, dat wil in dit geval zeggen, herstel in de toestand als zou de afvloeiing in 1950 naar Ambon hebben plaatsgevonden, niet meer mogelijk is. Bovendien zal, zeker voor de in Nederland geboren (klein)kinderen, gelden dat verhuizing naar Ambon neerkomt op emigratie in plaats van thuiskomst. Bij rechtsherstel moet dan ook eerder gedacht worden aan een verklaring van de Nederlandse regering<sup>33</sup> of aan een compensatie in geld.

Voor compensatie in geld is het interessant te bezien welke rechtsbasis daarvoor zou kunnen bestaan. In een rechterlijke procedure spreekt dat voor zich: de rechter kan op grond van artikel 6:1 BW slechts het bestaan van een verbintenis tot schadevergoeding aannemen als daarvoor een basis in (het systeem van) de wet is te vinden.<sup>34</sup> Maar ook als de regering de wens zou koesteren om, zonder daartoe door de rechter te zijn veroordeeld, een financiële compensatie aan de Molukse gemeenschap toe te kennen, is het relevant of daarvoor een juridische basis bestaat. Niet alleen kan daarmee ongewenste precedentwerking worden voorkomen, ook de Algemene Rekenkamer zal de vraag (moeten) stellen op welke basis een eventuele uitkering geschiedt.<sup>35</sup> De volgende paragrafen zullen dan ook gewijd zijn aan een mogelijke rechtsbasis voor een eventuele financiële genoegdoening voor de Molukse gemeenschap, met de beslissing tot overbrenging naar Nederland in 1951 als aangrijpingspunt.

## 5. Compensatie ondanks rechtmatig overheids-handelen?

Op grond van artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order hadden de KNIL-militairen een recht om af te vloeien op een plek van hun keuze. De KNIL-militairen wilden zoals gezegd het liefst in Ambon, waar de RMS uitgeroepen was, afvloeien en toen Ambon werd bezet, naar Ce-

26. En daar waar het niet dezelfde partijen maar wel dezelfde rechtsvraag betrof: de precedentwerking van de uitspraken uit de eerste jaren na de demobilisatie.

27. O.a. HR 23 november 2012, *JBP* 2013, 16, m.nt. C.N.J. Kortmann.

28. Anno 2013 is misschien wel het belangrijkste deel van de schade die de KNIL-militairen hebben geleden, immaterieel van aard. Maar deze schade is, op grond van artikel 6:106 BW, slechts onder zeer strenge voorwaarden toewijsbaar.

29. Over deze onderwerpen is de laatste jaren uitvoerig gepubliceerd, een goede ingang biedt B.J. van Ettehoven e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2013-2, p. 1-53.

30. De treinkapingen in de jaren zeventig zijn hier het meest prangende voorbeeld van.

31. Immers, zouden de Ambonezen, conform hun wens, op Ambon zijn afgezwaaid (of na de annexatie van Ambon in een niet door APRI-troepen bezet gebied), dan zouden de gevolgen van die keuze voor hun eigen rekening zijn gekomen.

32. En die, gezien de omvang van het feitendossier, nagenoeg onmogelijk zou worden gemaakt.

33. Al dan niet houdende enige vorm van excuus of spijtbetuyging. In paragraaf 3.2 noemden wij al de oproep van enkele politici om excuses aan te bieden. De recente geschiedenis laat hiervan verschillende voorbeelden zien, zoals de recente spijtbetuygingen over de slavernij en, dichter bij de Molukse kwestie, de excuses voor de massamoord in het Indonesische Rawagede (NRC 5 december 2011) en in het verlengde daarvan 'Breeduit sorry zeggen is nog een stap te ver' (NRC De Week 26 augustus 2013) over de vrees dat een algemeen excuus tot schadelijkheid leidt: 'Wie sorry zegt betaalt'. Over spijtbetuygingen en compensatie: A.F.M. Brenninkmeijer, N. van der Bijl & Y.M. van der Vlugt, 'Schadevergoeding en excuses vanuit het perspectief van de behoorlijkheid; een schadeclaim als motie van wantrouwen', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant Compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Den Haag: Kluwer 2012.

34. Mr. C. Asser, *Verbintenissenrecht: De verbintenis uit de wet* (deel I), Deventer: Kluwer 2011, p. 43. Over passend *binnen het systeem* van de wet: HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (*Quint/Te Poel*).

35. Artikel 82 lid 2 jo. 21 lid 1 Cw.

ram of Nieuw-Guinea opgezonden worden. Toen de Nederlandse regering, als gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad van 6 maart 1951, besloot om de KNIL-militairen naar Nederland over te brengen en daar te ontslaan, heeft zij de wens van de Ambonese KNIL-militairen om (op een geschikte plek) te Indonesië gedemobiliseerd te worden, (impliciet) afgewezen. Deze afwijzing is voornamelijk geschied om (geo)politieke redenen. De Hoge Raad heeft nadien, in zijn arrest van 1960, in het midden gelaten of artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order van toepassing is gebleven na het (door de Hoge Raad rechtmatig bevonden) ontslag van de KNIL-militairen.<sup>36</sup>

Het alsnog uitvoering geven aan artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order is inmiddels achterhaald. Dit betekent niet automatisch dat de (nakomelingen van de) KNIL-militairen aan dit artikel ook geen recht op schadevergoeding meer kunnen ontlenen. De juridische grondslag voor een vordering tot schadevergoeding is echter niet eenvoudig te vinden. Dit moge blijken uit het arrest van 17 mei 1961 van het Hof 's-Gravenhage, waarvan wij de belangrijkste rechtsoverwegingen in paragraaf 3.1 citeerden. Het slot van die – niet eenvoudig leesbare – overwegingen van het hof kan als volgt worden geïnterpreteerd:

1. De handelwijze van de Staat met betrekking tot de afvloeiing van de KNIL-militairen levert geen schending van een rechtsplicht of een inbreuk op een recht op;<sup>37</sup>
2. De toetsing van overheidsbeleid (zoals het vermijden van een conflict met de regering van Soekarno op Java) kan buiten de beoordeling van het hof blijven. Het hof ziet dus geen grond voor staatsaansprakelijkheid. Tegelijkertijd signaleerden wij al dat het hof suggereert dat appellanten zelf ook moeite hadden om een rechtsbasis aan te wijzen voor de toekenning van schadevergoeding, en dat niet duidelijk is of een beroep is gedaan op artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order.<sup>38</sup> Hoe dit ook zij, de overwegingen zijn in lijn met het in paragraaf 2.3 besproken arrest van de Hoge Raad van 1960 en wij zullen deze in het vervolg dan ook als een gegeven beschouwen, temeer daar ook nu nog geldt dat de rechter beleidsbeslissingen van de overheid terughoudend toetst in verband met – kort samengevat – de machtscheiding.<sup>39</sup>

Toch loont het iets preciezer te kijken naar het oordeel van hof en Hoge Raad. Zij achten het recht van de KNIL-militairen om af te vloeien op een plek van hun keuze, zoals neergelegd in artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order, niet onvoorwaardelijk. Overheidsbeleid kan afvloeiing elders rechtvaardigen. Dit oordeel is echter geen voorbeeld van het respecteren door de rechter van een discretionaire bevoegdheid. Dat blijkt uit de tekst van

artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order, die wij hier gemakshalve nogmaals citeren:

‘c. Alle overige militairen worden ter plaatse waar zij zich bevinden uit den dienst ontslagen dan wel op de plaats waar zij zich na hun ontslag uit den dienst in Nederlandsch Indië wenschen te vestigen, in welk geval zij daarheen kunnen worden opgezonden (...)’.

Ten aanzien van de plaats van ontslag heeft de overheid dus geen beleidsvrijheid maar twee limitatieve opties: (a) ontslag ter plaatse waar de militair zich bevindt, dan wel (b) waar de militair zich na ontslag wenst te vestigen. Uit de arresten van 1951 blijkt dat optie (a), ontslag op Java, uitgesloten was, zodat in feite het keuzerecht van de militair, optie (b), resteerde.<sup>40</sup> Dat Hoge Raad en hof in 1960 en 1961 de beslissing van de Nederlandse regering, om de Ambonezen naar Nederland over te brengen en aldaar te ontslaan, hebben gesauveerd, kan ons inziens juridisch gezien alleen maar geduid worden als het aanvaarden van een rechtvaardigingsgrond (de politieke verhoudingen met de regering van Soekarno) voor de schending van artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order. Het betreft de rechtvaardigingsgrond overmacht, in de vorm van noodtoestand, waarbij een (doorgaans onvoorziene) omstandigheid van groot gewicht de schending van een rechtsplicht rechtvaardigt.<sup>41</sup> Deze interpretatie sluit goed aan bij de overwegingen van de Hoge Raad, die wij aan het slot van paragraaf 2 citeerden. De Hoge Raad spreekt daar van ‘voldoening aan de keuze van den betrokkene onmogelijk achtend’ (overmacht) en hij laat in het midden of de eiser de aanspraak uit artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order behoudt om alsnog te worden opgezonden naar de plaats zijner keuze. Die overwegingen zijn moeilijk te rijmen met een beleids- of beoordelingsvrijheid van de Staat, nu daarvoor ‘onmogelijkheid’ geen vereiste is en er evenmin rechtsplichten resteren na uitoefening van een discretionaire bevoegdheid.

De onmogelijkheid waarvan de Hoge Raad rept, heeft de (families van de) KNIL-militairen geschaad. Met de constatering dat uitvoering geven aan artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order (in 1950 en ook nadien) onmogelijk is gebleken, is het juridische vraagstuk over demobilisatie KNIL-militairen niet compleet opgelost. De vraag is, of het niet nakomen van de in artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order vervatte verplichting kan leiden tot een schadevergoedingsplicht ondanks het feit dat de rechter deze schending gerechtvaardigd heeft geacht.

36. Zie paragraaf 2.3, slot.

37. Zie artikel 1401 BW (oud). Deze criteria zijn thans terug te vinden in artikel 6:162 BW.

38. Dat het een nieuwe stelling in hoger beroep betrof suggereert bovendien dat schadevergoeding niet de kern vormde van de inzet van deze procedure.

39. Hierover C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2012, paragraaf 3.3; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, paragraaf 3.4 en paragraaf 8.3.3; J.E.M. Polak, ‘Overheidsaansprakelijkheid: iets aparts? In hoeverre verschilt de aansprakelijkheid van de overheid van die private partijen?’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant Compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Den Haag: Kluwer 2012, p. 138-143.

40. Het hof oordeelde zelfs dat het keuzerecht van de militair in algemene zin prevaleert boven de mogelijkheid van ontslag ter plaatse, omdat anders dit keuzerecht zinledig zou zijn. Gezien de in paragraaf 2.1 beschreven strekking van artikel 11 lid 1 onder c (bescherming van de militair), is dit oordeel te begrijpen.

41. Asser/Sieburgh, *Verbintenissenrecht: De verbintenis uit de wet* (6-III), Deventer: Kluwer 2011, p. 88-96.



## 6. Een conceptuele verkenning

### 6.1. Mogelijke aansprakelijkheidsgronden

Kan de schending van een rechtsplicht die door overmacht wordt gerechtvaardigd, de overtreder verplichten tot vergoeding van schade aan de benadeelde?<sup>42</sup> Op het eerste gezicht luidt het antwoord naar privaatrecht ontkenkend. Artikel 6:162 BW lid 2 bepaalt immers dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond de onrechtmatigheid van het gewraakte handelen opheft. Artikel 6:168 BW is in deze situatie evenmin van toepassing, omdat dat artikel ziet op een handeling die weliswaar niet verboden kan worden (in casu: overbrenging van de KNIL-militairen en hun gezinnen naar Nederland, gevolgd door ontslag aldaar), maar wel onrechtmatig is. Voor zover wij de besproken rechtspraak begrijpen, hebben hof en Hoge Raad het handelen van de Staat als rechtmatig beschouwd.

Een plicht tot schadevergoeding is wel mogelijk als de rechtsplicht voortvloeit uit een overeenkomst. Artikel 6:75 BW bepaalt immers dat de vergoedingsplicht van de tekortschietende partij bij overmacht alleen vervalt als deze overmacht niet krachtens schuld, de wet, de overeenkomst of krachtens verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Deze bepaling mist echter toepassing, omdat de rechtsverhouding tussen de Staat en (gewezen) militaire ambtenaren niet contractueel van aard is zodat schending van artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order geen wanprestatie oplevert in de zin van artikel 6:74 BW.<sup>43</sup>

Omdat het niet vergoeden van schade die het gevolg is van (overheids)handelen dat (slechts) rechtmatig is door een overmachtsituatie, vaak als onbevredigend wordt ervaren, hebben juristen in de twintigste eeuw naar alternatieven gezocht voor de onrechtmatige daad als aansprakelijkheidsgrond. Deze zoektocht heeft een tamelijk onbevredigende uitkomst gehad.<sup>44</sup> De ongerechtvaardigde verrijking is – ons inziens terecht – als integrale ‘oplossing’ ongeschikt bevonden, omdat er niet steeds sprake is van verrijking van de overtreder. Diens overmacht zal soms ontstaan uit de nood het eigen belang te behartigen, maar kan ook voortkomen uit de (morele) plicht de belangen van derden te beschermen.<sup>45</sup> Het alternatief van de relatief onrechtmatige daad, of de relatieve rechtvaardigingsgrond spreekt evenmin aan en past bovendien niet goed in het stelsel van de wet.<sup>46</sup> Toch is het in dezelfde tijd dat de Ambonese KNIL-militairen naar Nederland

werden overgebracht, dat de Hoge Raad de eerste stappen zette in de ontwikkeling van een leerstuk dat uitkomst biedt voor gevallen waarin de vergoeding van schade als gevolg van overheidshandelen op haar plaats wordt geacht, ondanks het feit dat dat handelen wordt gerechtvaardigd door een hoger belang. Immers, nadat de Hoge Raad al in 1944 in het *Haagse Duinwater*-arrest<sup>47</sup> had geoordeeld dat de onrechtmatigheid van het onttrekken van grondwater aan het perceel van Jochems opgeheven kon worden door het aanbieden van een schadeloosstelling, wees hij juist begin jaren vijftig een serie arresten over de *Voortse Stroom*,<sup>48</sup> die de aanzet gaven tot de ontwikkeling van het leerstuk van schadevergoeding bij ‘rechtmatige’ overheidsdaad.<sup>49</sup>

### 6.2. Gelijkheid voor de openbare lasten

Het probleem van de in de jaren vijftig ontwikkelde rechtspraak is, dat deze uitkomst biedt voor zaken die thans bestreken worden door artikel 6:168 BW, maar geen algemene grondslag erkent voor schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen. Pas met het *Leffers*-arrest in 1991 gaf de Hoge Raad hiertoe een eerste aanzet, overwegende dat de onevenredig nadelige gevolgen van het plotseling ingevoerde (en op zichzelf rechtmatige) verbod op swillvoeding niet tot het normale bedrijfsrisico van varkensmester Leffers behoorden.<sup>50</sup> Deze gevolgen waren onevenredig, niet alleen omdat ze op zichzelf, maar met name omdat ze in vergelijking tot de meeste concurrenten van Leffers ingrijpend waren. In deze redenering is het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten zichtbaar, welke gelijkheid in het geval van Leffers alleen gerealiseerd kon worden door toekenning van een aanvullende<sup>51</sup> compensatie. Tien jaar later, na ontwikkelingen in de rechtspraak van de bestuursrechter, omschreef de Hoge Raad het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten expliciet.<sup>52</sup> De zaak betrof mevrouw Lavrijsen, huurder in een pand waar de politie een huiszoeking verrichtte in verband met verdenkingen waar zij geheel buitenstond. Bij die huiszoeking werd schade toegebracht aan haar eigendommen. Zij verzocht daarvan vergoeding, ondanks de handicap dat de diverse compensatiebepalingen uit het Wetboek van Strafvordering niet op haar van toepassing waren. De Staat stelde dat de huiszoeking aan alle wettelijke eisen voldeed en hem dus

42. De navolgende korte analyse is in uitgewerkte vorm terug te vinden in C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige Overheidsbesluiten*, Deventer: Kluwer 2006, paragraaf 2.7, 5.2 en 5.10. Voor verdere literatuurverwijzingen zij verwezen naar deze paragrafen.

43. Ondanks het feit dat dit artikel zich qua inhoud best leent voor het regelen van een contractuele arbeidsverhouding.

44. G.E. van Maanen heeft in een aansprekend betoog verdedigd dat de legitimatie voor compensatie in dit soort gevallen solidariteit is. Zie G.E. van Maanen, ‘De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel’, in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (Var-reeks 128), Den Haag: 2002. Recent hierover Tjong Tjin Tai, Solidariteit in het privaatrecht, *WPNR* 2012-6939, p. 539-546.

45. Een bekend voorbeeld uit de literatuur is het verduisteren van tapijten ten behoeve van onderduikers, zie Sieburgh, *TPR* 2003, p. 667-681.

46. Zie Kortmann, 2006, p. 71 en 85, in reactie op Sieburgh, *TPR* 2003.

47. HR 18 februari 1944, *NJ* 1944, 226 (*Jochems/Den Haag*).

48. Waarvan de bekendste nr. VII is: HR 19 december 1952, *NJ* 1953, 642, m.nt. PhANH.

49. Ook M.H. Bregstein besprak, met zijn beroemd geworden bijdrage in dit blad, het *Duinwater*-arrest pas in 1951, *RMThemis* 1951, p. 273-305.

50. Voor een veel uitvoeriger beschrijving van de rechtsontwikkeling sinds 1950 verwijzen wij naar M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk I.3.

51. Aan de invoering van het verbod was een beperkte wettelijke compensatieregeling verbonden, die echter verre van voldoende was om de liquidatie van Leffers’ bedrijf te compenseren.

52. HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 (*Staat/Lavrijsen*).

geen onrechtmatigheid te verwijten was. De Hoge Raad overwoog:

‘Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige, – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, *maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld* (vgl. HR 18 januari 1991, nr. 14 096, NJ 1992, 638, ABRvS, 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffen onrechtmatig is. In zoverre levert een door de rechtbank verleend verlof tot het doen van huiszoeking dus geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade.’

Hoewel van geheel andere orde, is de parallel tussen de huiszoeking bij mevrouw Lavrijsen en de beslissing om de Ambonezen in Nederland te demobiliseren niet moeilijk te trekken. In beide situaties is er sprake van optreden van de Staat jegens een individu dat onder normale omstandigheden schending van een rechtsplicht zou hebben opgeleverd, maar gerechtvaardigd wordt door een hoger belang.<sup>53</sup>

De conclusie van deze conceptuele verkenning is dan ook, dat het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten een juridische grondslag zou kunnen vormen voor het toekennen van financiële genoegdoening aan Ambonese oud-KNIL-militairen en hun nazaten. Deze bevinding is in zoverre actueel dat op 15 februari van dit jaar de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (hierna: de Wet nadeelcompensatie) in het *Staatsblad* is verschenen.<sup>54</sup> Het is interessant te bezien wat toepassing van deze wet, die overigens nog niet in werking is getreden, op de Molukse kwestie zou opleveren.<sup>55</sup>

## 7. De Wet nadeelcompensatie toegepast op de KNIL-militairen<sup>56</sup>

Artikel 4:126 lid 1 Awb bepaalt:

‘Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak<sup>57</sup> schade veroorzaakt die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde desgevraagd een vergoeding toe.’

Op grond van dit artikel komt een benadeelde in aanmerking voor schadevergoeding indien een rechtmatig handelen van de overheid leidt tot een last die (1) op een specifieke groep drukt, en die (2) uitgaat boven het normale maatschappelijke risico. Men spreekt in dit verband van een ‘speciale’ en ‘abnormale’ last.<sup>58</sup> Een handeling van de overheid kan derhalve rechtmatig zijn, maar toch aanleiding geven tot het vergoeden van de schade van een specifieke groep benadeelden. Maar wanneer is een last zowel speciaal als abnormaal?

### 7.1. De speciale last

Het vereiste van een speciale last strekt tot het afbakenen van de groep die een aanspraak kan maken op een schadevergoeding.<sup>59</sup> Deze groep dient in vergelijking met anderen (ook wel de referentiegroep genoemd), aanzienlijk meer schade te hebben geleden. Het spreekt voor zich dat het bepalen van de grootte van die referentiegroep van belang is voor de vraag of er sprake is van een speciale last: naarmate die groep groter is, is de kans dat een last bestempeld dient te worden als ‘speciaal’ groter. Die groep kan echter niet zo groot worden gemaakt dat de vergelijking wordt gemaakt met de gemiddelde Nederlander.<sup>60</sup> Dit zou namelijk niet stroken met de strekking van het criterium speciale last, omdat met dit criterium getracht wordt het aantal personen dat aanspraak kan maken op schadevergoeding, te begrenzen.

Voor het bepalen van de referentiegroep bestaan vuistregels. Indien schade voortvloeit uit een algemeen verbindend voorschrift bestaat de referentiegroep uit degenen

53. Waarbij de Staat zich bij een huiszoeking kan beroepen op een wettelijke rechtvaardigingsgrond. In het geval van de Ambonezen ontbrak deze.

54. *Stb.* 2013, 50.

55. Nogmaals, wij gaan hierbij (grotendeels) voorbij aan de verjaringsproblematiek en andere formele hobbels.

56. Het leerstuk van nadeelcompensatie is niet het enige leerstuk dat kan dienen als een juridische grondslag voor de claim van de KNIL-militairen. Op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM zou een dergelijke claim eveneens gebaseerd kunnen worden. Wij beperken ons echter tot het leerstuk van nadeelcompensatie om twee redenen. Ten eerste omdat het lastig is om de vraag of artikel 11 Algemene Order een eigendomsrecht verleent te beantwoorden. En ten tweede omdat de grondslagen voor compensatie op grond van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (nagenoeg) overeenkomen met de grondslagen van het Nederlandse nadeelcompensatierecht. Zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief’, in: *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 96. T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, ‘Aansprakelijkheid uit “rechtmatige” overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht’, *RMThemis* 2006, p. 179.

57. Het lijkt niet voor discussie vatbaar dat de zorg voor (de afvloeiing van) militairen een exclusieve overheidstaak is.

58. B.J. Schueler, *Schadevergoeding in de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 197. Deze twee criteria zijn overigens (niet per definitie) cumulatief maar kunnen ook als complementair worden beschouwd. Zie: M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 940.

59. W. den Oude & M.K.G. Tjepkema, ‘Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen’, *NTB* 2006, p. 108.

60. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 938.

die getroffen worden door het voorschrift.<sup>61</sup> Degenen die tot deze groep behoren maken alleen aanspraak op schadevergoeding indien zij zich voldoende onderscheiden van de rest van de referentiegroep.<sup>62</sup> Het bepalen van een referentiegroep kan soms buitengewoon moeilijk zijn. In het geval van de KNIL-militairen die naar Nederland zijn gebracht, lijkt dat niet het geval. De KNIL-militairen moeten vergeleken worden met al hun andere collega's die in dienst bij het KNIL waren. Deze collega's, die de referentiegroep vormen, hebben na hun ontslag wel de gelegenheid gehad om, overeenkomstig artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order, (terug) te gaan naar hun thuisland. Binnen de referentiegroep van de in Nederland ontslagen KNIL-militairen hebben de Ambonese KNIL-militairen een uitzonderlijke positie.

### 7.2. De abnormale last

Een abnormale last houdt in dat de overheid de betrokken groep schade toebrengt die het 'normale maatschappelijke risico' overstijgt. In de jurisprudentie zijn criteria ontwikkeld om te bepalen of er sprake is van een abnormale last. Zij zijn onder andere:<sup>63</sup> (1) de aard van de overheidshandeling, (2) de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen daarvan voor de benadeelden, en (3) de aard en de omvang van toegebrachte schade.

#### De aard van het overheidshandelen

Bij de aard van een overheidshandeling is relevant of de handeling abnormaal is in die zin, dat een dergelijke maatregel gewoonlijk niet wordt genomen, onconventioneel is. Voorts is relevant of de handeling een plotseling en dwingend karakter heeft, wat anticipatie bemoeilijkt. Wanneer aan deze criteria is voldaan overschrijdt de veroorzaakte schade sneller het maatschappelijke risico.<sup>64</sup> In het geval van de KNIL-militairen kan worden betoogd dat aan beide criteria is voldaan. Het dienstbevel, waarin de betrokken militairen werden opgeroepen om tijdelijk naar Nederland te komen, werd uitgevaardigd op 2 februari 1951.<sup>65</sup> De Nederlandse overheid beval dus tien dagen na de uitspraak van het hof die demobilisatie op Java verbood, de KNIL-militairen om tijdelijk naar Nederland te komen. Gelet op dit korte tijdsbestek en het gebrek aan een keuze voor de KNIL-militairen om elders af te vloeien, kan gesproken worden van een plotselinge en dwingende maatregel. Verder werd deze maatregel ook door de Nederlandse overheid gezien als een onconventionele maatregel.<sup>66</sup> Ook het daaropvolgende ontslag van de KNIL-militairen had voor hen een plotseling en

dwingend karakter. Er was niet vooraf medegedeeld aan de KNIL-militairen dat zij ontslagen zouden worden. Dit ontslag kwam (voor hen) als een complete verrassing. Evenmin was het een normale gang van zaken dat KNIL-militairen ontslagen werden op de plek waarnaar zij tijdelijk waren overgebracht, temeer nu dit afweek van het bepaalde in artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order.

#### Voorzienbaarheid

De voorzienbaarheid van een maatregel is een van de belangrijkste criteria om vast te stellen of nadeel, als gevolg van die maatregel, het normale maatschappelijke risico overschrijdt.<sup>67</sup> Indien een maatregel voorzienbaar was, dan zal de rechter minder snel tot de conclusie komen dat de daaruit voortvloeiende schade niet tot het normale maatschappelijke risico behoort. Voorzienbaarheid valt uiteen in twee soorten.<sup>68</sup> Ten eerste *voorzienbaarheid in abstracto* waarbij vooropstaat wat in het licht van ervaringsregels te verwachten viel (en niet zozeer wat men daadwerkelijk wist). Ten tweede toetst de rechter wat de betrokkene, op basis van de kennis die hij had (moeten hebben), heeft voorzien of had moeten voorzien. Dan wordt gesproken van *voorzienbaarheid in concreto*.

Zowel in abstracte als in concrete zin was de keuze van de Nederlandse overheid om de KNIL-militairen, toen deze zich in Java bevonden, niet te demobiliseren op Ambon dan wel, toen Ambon bezet werd, op ander niet door APRI-troepen bezet gebied, niet voorzienbaar voor de KNIL-militairen. Op basis van algemene ervaringsregels konden zij, toen hun dienstverband begon, verwachten dat zij mogelijk gewond zouden raken of in het uiterste geval zouden omkomen. Maar dat zij ooit in een situatie terecht zouden komen waarin ze moesten kiezen tussen twee kwaden – namelijk (1) in Java gedemobiliseerd worden en dus overgeleverd worden aan een overheid die hen als vijanden beschouwde of (2) afvloeien naar Nederland – hadden ze niet kunnen verwachten. Er was derhalve geen sprake van een situatie die in abstracto voorzienbaar was. Evenmin is het aannemelijk dat de betrokken KNIL-militairen over kennis beschikten waardoor ze konden weten dat de Nederlandse overheid – in strijd met de gangbare praktijk en de strekking van artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order – hen niet zou demobiliseren waar zij wensten. Dit geldt temeer nu het federale model leek te zijn verwezenlijkt na de Ronde Tafel Conferentie van 1949.<sup>69</sup> Daardoor verkeerden zowel de (Molukse) KNIL-militairen als de Nederlandse overheid in de veronderstelling dat alle bevolkingsgroepen

61. Idem, p. 939.

62. Zie voor een klassiek geval: HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, m.nt. CJHB (*Leffers*).

63. Duidelijk terug te vinden in HR 17 september 2004, *NJ* 2005, 392, m.nt. Vranken, *AB* 2006, 41, m.nt. Van Ravels.

64. ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 207. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 458.

65. L.O.A. Moll, 'De Ambonnezenarresten', *RMThemis* 1977-3, p. 262.

66. Herman Burgers, *De garoeda en de ooievaar, Indonesië van kolonie tot nationale staat*, Leiden: KITLV Uitgeverij 2011, p. 709: 'Men ging er in Nederland van uit dat de overbrenging van deze naar Europa een tijdelijke noodsporang was in afwachting van een definitieve oplossing'.

67. B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid: de betekenis van het begrip voorzienbaarheid voor verplichtingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 30.

68. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 432-433.

69. Het federale staatsmodel werd gezien door de Nederlandse overheid als een fundamenteel onderdeel van de afspraken die gemaakt werden gedurende de Ronde Tafel Conferentie. Zie: Herman Burgers, *De garoeda en de ooievaar, Indonesië van kolonie tot nationale staat*, Leiden: KITLV Uitgeverij 2011, p. 702.

naast elkaar zouden kunnen leven na de dekolonisatie. De plotselinge (geslaagde) poging van de nationalistena om de federale structuur te ondermijnen hebben de KNIL-militairen redelijkerwijs niet kunnen zien aankomen.

#### *De aard en de omvang van de schade*

Vanzelfsprekend geldt dat indien de schade qua aard ernstig is en qua omvang groot dit sneller tot de conclusie leidt dat het maatschappelijke risico is overschreden.<sup>70</sup> Het is niet onredelijk te veronderstellen dat de KNIL-militairen ernstig hebben geleden onder hun gedwongen emigratie naar Nederland. Doordat niet voldaan kon worden aan artikel 11 lid 1 onder c Algemene Order zijn de KNIL-militairen en hun families overgebracht naar een voor hen volslagen onbekend land, ver van huis. Dat de overbrenging van de KNIL-militairen naar Nederland ernstige gevolgen heeft gehad voor de KNIL-militairen erkent de Nederlandse regering inmiddels ook, hetgeen moge blijken uit de volgende uitspraak van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport over de Nederlandse samenleving na de opbouw:<sup>71</sup>

‘In Nederland vonden de repatrianten en immigranten een samenleving in wederopbouw die weinig tijd en aandacht, laat staan begrip had voor hun ervaringen. Schaarre mogelijkheden voor huisvesting, gerichte hulp bij achterstanden op het gebied van het onderwijs en de arbeidsmarkt ontbraken. Het onbegrip en de vooroordelen bij vele Nederlanders over Nederlands-Indië, de Indische maatschappij en het koloniale verleden in het algemeen, werden vaak als kwetsend ervaren. Al deze factoren hebben bijgedragen aan een gevoel van miskenning bij veel leden van de Indische gemeenschap.’

Of dit betekent dat de Ambonese KNIL-militairen ook omvangrijke vermogensschade hebben geleden, is niet eenvoudig vast te stellen.<sup>72</sup> Het bepalen van de omvang van de geleden schade en de hoogte van een eventuele vergoeding lijkt zich meer te lenen voor een proces van onderhandeling dan voor vaststelling in een juridische procedure.

#### *7.3. Overige criteria*

Lid 2 van artikel 4:126 Awb luidt:

‘Schade blijft in elk geval voor rekening van de aanvrager voor zover:

- a. hij het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard;
- b. hij de schade had kunnen beperken door binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen, die tot voor-

coming of vermindering van de schade hadden kunnen leiden;

- c. de schade anderszins het gevolg is van een omstandigheid die aan de aanvrager kan worden toegerekend of
- d. de vergoeding van de schade anderszins is verzekerd.’

Zou een rechter moeten oordelen over de aanwezigheid van verminderinggronden als bedoeld in lid 2, dan is die exercitie buitengewoon ingewikkeld, omdat de periode waarin schade is geleden zich uitstrekt over meer dan zestig jaar en dus alle mogelijke verminderinggronden die zich in die periode hebben voorgedaan verdisconteerd moeten worden.<sup>73</sup> Dit probleem is van dezelfde orde als het probleem dat wij eerder signaleerden, dat het lastig is om de aanwezigheid en omvang van de geleden vermogensschade vast te stellen.<sup>74</sup> Indien wij ons concentreren op de beslissing van de Nederlandse regering om de Ambonese KNIL-militairen in 1950/1951 niet vanuit Java te laten afvloeien naar Ambon of – na bezetting van Ambon door APRI-troepen – naar een niet door APRI-troepen bezet gebied, maar naar Nederland over te brengen, dan komen wij tot de conclusie dat de KNIL-militairen niet op een bepaald moment het risico dat zij naar Nederland zouden worden gebracht, hebben aanvaard (lid 2 onder a) en dat deze omstandigheid hun evenmin kan worden toegerekend (lid 2 onder c). Dit geldt temeer nu deze keuze, zoals hiervoor is gebleken, plotseling van aard en onvoorzienbaar was. Verder heeft de delegatie-Aponno met het kortgeding dat zij had aangespannen tegen het voornemen van de Nederlandse overheid om de KNIL-militairen te Java te demobiliseren, de schade voor de groep zo veel als mogelijk beperkt (lid 2 onder b). Bij de vraag of de vergoeding anderszins is verzekerd (lid 2 onder d) ten slotte, zou aan de orde kunnen komen of eerdere verstrekkingen van de Nederlandse Staat als zodanig kwalificeren. Voor lid 3, waarin de voordeelverrekening is geregeld en lid 4, dat voorziet in schadevergoeding anders dan in geld, geldt eveneens dat deze onderwerpen zich wellicht meer lenen voor een proces van overleg, dan een schadeprocedure bij de rechter.

Tot slot een korte opmerking over artikel 4:131 Awb,<sup>75</sup> dat een gelijksoortige verjaringsregeling kent als artikel 3:310 lid 1 BW: een korte verjaringstermijn van vijf jaar, en een lange van twintig jaar. Het moge duidelijk zijn dat zelfs de lange verjaringstermijn van twintig jaar sinds 1951 al ruimschoots is verstreken. Toch hoeft dit niet perse aan compensatie in de weg te staan. Ten eerste is denkbaar dat de niet-aflatende juridische strijd van de Ambonese ex-militairen evenzovele stuitingshandelingen

70. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 443.

71. *Kamerstukken II* 2000/01, 25 839, nr. 21, p. 1.

72. Wij signaleerden deze ‘hobbel’ al in paragraaf 4.

73. In elk geval kan worden vastgesteld dat lid 2 in beginsel niet tot de conclusie kan leiden dat de schade geheel voor rekening van de Ambonese ex-militairen moet blijven. Zij hebben immers niet het risico op de door de Nederlandse regering in 1951 genomen beslissingen aanvaard, laat staan dat deze beslissingen aan hen kunnen worden toegerekend.

74. Natuurlijk komt het vaker voor dat de rechter zich met complexe schadevragen ziet geconfronteerd, en de wet biedt daar ook wel oplossingen voor, zoals de schatting (6:97 BW) en het werken met percentages (zowel bij de toepassing van artikel 6:101 BW als in het publiekrechtelijke nadeelcompensatierecht).

75. De artikelen 4:127 t/m 4:130 bevatten procedureregels.

heeft opgeleverd. Ten tweede kan men zich afvragen of verjaring een geschikt criterium is om rechtsherstel voor een gehele bevolkingsgroep aan te toetsen, met name in het geval de Nederlandse regering de wens zou koesteren om dit hoofdstuk uit het verleden af te sluiten.

## **8. Conclusie**

De ruim zestig jaar die zijn verstreken sinds de onafhankelijkheid van Indonesië hebben de 'Molukse kwestie' er niet eenvoudiger op gemaakt. Toch biedt tijdsverloop soms ook ruimte voor nieuwe inzichten en oplossingen, dat hebben de diverse 'afrekeningen met het verleden' de afgelopen tijd wel duidelijk gemaakt. Een actuele analyse van de beslissing van de Nederlandse regering om in 1951 de Ambonese ex-KNIL-militairen naar Nederland over te brengen en daar te demobiliseren, laat zien dat ook de ontwikkelingen in het recht sinds 1951 nieuwe perspectieven bieden. Hoewel er diverse formele hobbels genomen zouden moeten worden, menen wij dat als de Nederlandse regering tot financiële compensatie van de Molukse gemeenschap zou willen (of op last van de rechter: moeten) overgaan, daarvoor een basis gevonden kan worden in het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, thans gecodificeerd in de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Of de regering al rijp is voor een definitieve afrekening met deze gevoelige materie is de vraag, maar wij durven de voorstelling wel aan dat over nog eens vijftientig jaar een terugblik op dit onderwerp rechtshistorisch zal zijn.