



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Uitgangspunten en beginselen van het humanitair oorlogsrecht

van den Boogaard, J.C.

**Publication date**

2020

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Militair Rechtelijk Tijdschrift

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van den Boogaard, J. C. (2020). Uitgangspunten en beginselen van het humanitair oorlogsrecht. *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 113(4), 5-14.

[https://puc.overheid.nl/doc/PUC\\_625877\\_11/1/#ae08ee-763b-424c-8767-2aeeb8a9cd76](https://puc.overheid.nl/doc/PUC_625877_11/1/#ae08ee-763b-424c-8767-2aeeb8a9cd76)

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Uitgangspunten en beginselen van het humanitair oorlogsrecht

## Bijdrage - Opinie

### Uitgangspunten en beginselen van het humanitair oorlogsrecht

Door dr. J.C. van den Boogaard<sup>1</sup>

#### 1. Inleiding

In mijn bijdrage in dit tijdschrift van eind 2019 schreef ik over de beginselen van het humanitair oorlogsrecht (HOR) als didactisch middel en als leidraad voor militair optreden.<sup>2</sup> Ik pleitte in mijn bijdrage voor een aanpassing van de vijf beginselen die worden gehanteerd en deze nieuwe set beginselen op te nemen in de Joint Doctrine Publicatie HOR. Deze beginselen van het HOR vormen de basis van het onderwijs in het HOR, zoals dat werd en wordt gegeven aan de Nederlandse Defensie Academie, onder meer door mijzelf. De bijdrage kwam tot stand op basis van mijn ervaringen en groeiende overtuiging dat de nu gehanteerde beginselen geen juiste afspiegeling vormen van het geheel aan regels van het HOR. Ook meer diepgaande studie naar het karakter van beginselen van het internationaal recht, onder meer als bron van hetzelfde internationaal recht, droeg bij aan die overtuiging.<sup>3</sup>

De huidige bijdrage dient als vervolg op mijn eerdere artikel en beoogt twee zaken. Ten eerste het verder uitwerken van het voorgestelde onderscheid tussen enerzijds uitgangspunten en anderzijds beginselen van het HOR. Het tweede doel van deze bijdrage is het verder inhoudelijk uitwerken van de voorgestelde beginselen van het HOR.

Om deze doelstelling te bereiken vat ik eerst de conclusie van mijn eerdere bijdrage samen. Vervolgens licht ik toe wat ik concreet bedoel met het onderscheid tussen drie verschillende soorten normen, namelijk uitgangspunten, beginselen en regels. Daarna beschrijf ik de functie en status van uitgangspunten van het HOR en welke uitgangspunten het betreft. Daarna komen de beginselen aan de beurt en geef ik een nadere toelichting op de vijf voorgestelde beginselen van het HOR.

#### 2. Beginselen van het HOR als didactisch middel en als leidraad voor militair optreden

In mijn eerdere bijdrage betoog ik dat de functie van de beginselen van het HOR voor het onderwijs in het HOR binnen de Nederlandse krijgsmacht is dat alle in of door Nederland opgeleide militairen beschikken over een relevant, compleet en effectief kader. Dat kader assisteert hen op te treden binnen de marges van het HOR. Het is gebruikelijk dat daarvoor een beperkt aantal beginselen wordt gehanteerd. Om relevant te zijn moeten de beginselen van het HOR de belangrijkste overwegingen reflecteren van het totale rechtsregime van het HOR. Om compleet te zijn, moeten de beginselen een afspiegeling zijn van alle regels, of in ieder geval moet vanuit die beginselen de hoofdmoot van alle regels zijn af te leiden. Om effectief te zijn, moeten deze voldoende concreet zijn om richtinggevend te zijn bij het plannen van operaties ten tijde van gewapend conflict. Ook is het wenselijk dat de beginselen de coherentie van het HOR laten zien en zodoende 'gezamenlijk het skelet van het HOR vormen, waarop de meer gedetailleerde regels van het

---

1 De auteur is ten tijde van het verschijnen van deze bijdrage senior jurist bij de afdeling internationaal recht van de Directie Juridische Zaken bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en docent aan de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel en deels gebaseerd op onderzoek dat is verricht in het kader van het promotieonderzoek naar het beginsel van proportionaliteit in het humanitair oorlogsrecht bij professor dr. T.D. Gill aan de Universiteit van Amsterdam. Meer uitgebreide voetnoten zijn omwille van de leesbaarheid in deze bijdrage weggelaten. De auteur dankt Arjen Vermeer, Mark Roorda, Rogier Bartels en de redactie van het MRT voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

2 J.C. van den Boogaard, 'Beginselen van het humanitair oorlogsrecht als didactisch middel en als leidraad voor militair optreden', Militair Rechtelijk Tijdschrift, jaargang 112, 2019, aflevering 3, [https://puc.overheid.nl/doc/PUC\\_294031\\_11/1](https://puc.overheid.nl/doc/PUC_294031_11/1).

3 Zie bijvoorbeeld J.C. van den Boogaard, 'Fighting by the principles: principles as a source of international humanitarian law', in: M. Matthee, B.Toebes & M.Brus (red.), 'Armed conflict and international law: in search of the human face, Liber Amicorum in memory of Avril McDonald', Asser Press, 2013, p. 24-25, waarin ik betoog dat humaniteit en militaire noodzaak geen beginselen zijn van het humanitair oorlogsrecht.

HOR rusten.<sup>4</sup> Vervolgens betoog ik dat humaniteit, militaire noodzaak en eerlijkheid en goede trouw daar niet aan voldoen en daarom niet zouden moeten worden gezien als beginselen van het HOR, maar als uitgangspunten daarvan.

Verder betoog ik dat binnen de huidige set van beginselen te weinig aandacht bestaat voor beginselen die zien op de bescherming van hen die niet, of niet meer deelnemen aan het gewapend conflict. Daarvoor zouden twee beginselen kunnen worden toegevoegd, namelijk het beginsel van bescherming en het beginsel van de menswaardige behandeling. Voor wat betreft de beginselen die betrekking hebben op het voeren van vijandelijkheden stel ik drie beginselen voor. Dat zijn: de plicht om onderscheid te maken; de plicht om voorzorgsmaatregelen te nemen en het verbod om methoden en middelen te gebruiken die naar hun aard overbodig letsel of onnodig leed veroorzaken. Het verschil tussen deze drie beginselen en de beginselen die op dit moment worden gehanteerd is dat naast humaniteit, militaire noodzaak, en eerlijkheid en goede trouw, ook proportionaliteit niet meer als zelfstandig beginsel van het HOR is aangeduid.

### 3. Uitgangspunten, beginselen en regels.

Beginselen zijn niet alleen een didactisch middel, maar ook een categorie normen. Een ander soort normen is bijvoorbeeld die van regels. Het maken van een betekenisvol onderscheid tussen verschillende soorten normen vereist een definitie van die normen. Dit betekent dat het op de praktijk van oorlogvoering gerichte rechtsgebied van het HOR tijdelijk moet worden verlaten voor een blik op de wat abstractere rechtstheorie.<sup>5</sup>

Iedere rechtsorde is gebaseerd op uitgangspunten die dermate fundamenteel zijn, dat zij min of meer vanzelfsprekend zijn. Een voorbeeld is dat een wet betekent dat de subjecten waarvoor die wet is aangenomen, zich daar aan moeten houden. Wanneer zij dat niet doen, dan kunnen daar consequenties aan worden verbonden. Bovendien worden instituties ingericht die deze wetten, conform weer andere regels, kunnen handhaven. In de nationale context volgt hieruit dat het staatsrecht de rechtsorde inricht; de relatie tussen verschillende rechtssubjecten wordt geregeld door privaatrecht en bestuursrecht en dat (voornamelijk) via het strafrecht sancties kunnen worden opgelegd door bestuursorganen of rechters, die daarbij gebonden zijn aan in formeel recht vastgelegde normen en procedures.

De vorming van hetgeen wij als 'recht' beschouwen is van oudsher beïnvloed door verschillende rechtstheoretische stromingen, zoals het natuurrecht en het positivisme. Een onderscheid dat is aangebracht door de Amerikaanse rechtstheoreticus Ronald Dworkin is dat tussen 'policies', 'principles' en 'rules'. Dworkin's visie is een reactie op de leer van het positivisme en stelt dat recht niet alleen bestaat uit dat wat een wetgever heeft bepaald, maar dat het recht een meer dynamisch systeem is dat ook wordt gevormd door wat rechters met het recht doen.<sup>6</sup> Volgens Dworkin blijkt dat vastgelegde regels onvoldoende zijn in een rechtssysteem en dat ook achterliggende normen van belang zijn, bijvoorbeeld bij het afwegen van belangen door de rechter. Vandaar het onderscheid tussen verschillende normen, waarbij de *policies*, die ik zou willen vertalen als 'uitgangspunten', zelf geen verbindende kracht hebben, maar de achterliggende overwegingen van het gehele rechtsgebied weergeven.<sup>7</sup> Het gaat, in overdrachtelijke zin gesproken, om normen die het fundament vormen zonder zelf onderdeel te zijn van het gebouw. Beginselen zijn volgens Dworkin normen die wel juridisch verbindend zijn, maar toch dermate algemeen dat de specifieke regels er op kunnen worden gebaseerd. Beginselen zijn de belangrijkste normen van een rechtsgebied. Zij worden gehanteerd bij het maken van afwegingen, wanneer het toepassen van regels niet tot een eenduidige oplossing leidt bij een juridisch vraagstuk.<sup>8</sup> Regels, tenslotte, geven de rechtssubjecten

---

4 Van Den Boogaard 2019, p. 6.

5 Zie bijvoorbeeld A. Orford en F. Hoffmann (red.), 'The Oxford handbook on the theory of international law', Oxford University Press, 2016.

6 Zie ook E. Winter, 'Pillars not Principles: the status of humanity and military necessity in the law of armed conflict', *Journal of Conflict & Security Law*, 2020, p. 4-6, voor een alternatieve bespreking van Dworkin's benadering van beginselen binnen een rechtssysteem.

7 Een andere mogelijke vertaling zou het woord 'grondslagen' kunnen zijn. Het gaat in ieder geval niet om 'beleid'.

8 Zie R.A. Dworkin, 'Taking rights seriously', Duckworth London, 1977, p. 22-26.

specifieke aanwijzingen hoe moet worden gehandeld.<sup>9</sup> Ieder rechtsgebied heeft zijn eigen uitgangspunten, beginselen en regels.

Het internationaal recht is bijzonder omdat de verschillende onderdelen ervan in vele opzichten minder gedetailleerd zijn dan bij een nationaal rechtssysteem. Er is veel minder vastgelegd in geschreven recht dan in nationaal recht. Het primaat van staatssoevereiniteit zorgt er bovendien voor dat het internationaal recht een gedecentraliseerd systeem blijft. Als een van de oudste onderdelen van het internationaal recht zijn de regels van het HOR echter in een relatief omvangrijk aantal verdragen gecodificeerd en bestaat daarnaast een gezaghebbend overzicht van de gewoonterechtelijke regels van het HOR.<sup>10</sup> De derde hoofdbron van het internationaal recht bestaat volgens het Statuut van het Internationaal Gerechtshof uit 'de door beschaafde naties erkende algemene rechtsbeginselen.'<sup>11</sup> Binnen de literatuur bestaat weinig overeenstemming over de vraag wat nu precies de betekenis is van deze beginselen als bron van het internationaal recht.<sup>12</sup> Overeenstemming lijkt echter wel te bestaan over twee belangrijke functies ervan, namelijk het aanvullen van hiaten in het recht en als hulpmiddel bij het interpreteren van regels van internationaal recht.<sup>13</sup> Als onderdeel van het internationaal recht, geldt dit onverkort voor het HOR.

Nederland hanteert tot dusverre als beginselen van het HOR: humaniteit, militaire noodzaak, onderscheid, proportionaliteit en eerlijkheid en goeder trouw.<sup>14</sup> Kijkend naar de taxonomie van Dworkin en de verschillende in het Statuut van het Internationaal Gerechtshof genoemde rechtsbronnen, lijken deze beginselen te passen binnen verschillende soorten normen. Met andere woorden: de term 'beginselen van het HOR' zoals deze nu wordt gehanteerd, bestaat eigenlijk uit zowel beginselen, regels, als uitgangspunten. Zo worden militaire noodzaak en humaniteit vaak als aan elkaar tegengestelde normen voorgesteld en daardoor kunnen deze op zichzelf geen richting geven aan militair optreden. Integendeel, het evenwicht tussen humaniteit en militaire noodzaak is al ingebakken in iedere regel en beginsel van het HOR. In mijn eerdere bijdrage wees ik in dit verband op het gebruik van die beginselen als richtsnoer, met als gevaar dat de militaire noodzaak dient 'als excuus om schendingen van het HOR te rechtvaardigen.'<sup>15</sup> Het lijkt dus te kort door de bocht om te stellen dat de beginselen van het HOR kunnen worden gelijkgesteld met de categorie normen die wordt bedoeld in artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof. Kleffner stelt dat de beginselen van het HOR, of in ieder geval de meeste daarvan, stevig zijn verankerd in zowel verdragen, gewoonterecht als in de rechtsbron van de algemene rechtsbeginselen.<sup>16</sup> Het lijkt er desalniettemin op dat waar staten, rechters, de academische literatuur en andere relevante internationale actoren, zoals internationale gouvernementele of niet-gouvernementele organisaties, het hebben over de 'beginselen van het HOR', zij vaak verschillende betekenissen hechten aan die term. Als normen die altijd in dezelfde adem worden genoemd eigenlijk verschillend van karakter zijn, geeft dat onnodige ruis. Daarom bestaat in mijn ogen aanleiding om de verschillende normen binnen het HOR op een andere manier in te delen, in beter passende categorieën. Bepalend is daarbij de functie van de betreffende norm. Die categorieën zijn de eerder genoemde uitgangspunten, beginselen en regels. De volgende sectie licht ik eerst de categorie van uitgangspunten nader toe.

#### **4. Uitgangspunten van het humanitair oorlogsrecht**

Uitgangspunten van het HOR zouden kunnen worden gedefinieerd als die onderliggende noties van het rechtsregime van het HOR die onmisbaar zijn voor het functioneren van dat rechtsgebied, maar die

---

9 Zoals Winter stelt: '[t]he rules provide the detailed, technical, substance of the regime that allows for the resolution of specific legal questions.' Zie E. Winter 2020, p. 1.

10 Dit is de zogenaamde Gewoonterechtstudie van het Internationale Comité van het Rode Kruis. Zie J-M Henckaerts en L. Doswald-Beck (red.), 'Customary International Humanitarian Law', Cambridge University Press, 2005.

11 Artikel 38, eerste lid, sub c Statuut van het Internationaal Gerechtshof.

12 Zie Van Den Boogaard 2013, p. 1-31.

13 J-M. Henckaerts, 'History and sources', in B. Saul en D. Akande (red.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford University Press, 2020, p. 20.

14 Zie Koninklijke Landmacht, 'Handleiding Humanitair Oorlogsrecht', 2005, p. 30-34.

15 Van Den Boogaard 2019, p. 10. Zie ook Winter 2020, p. 6-9.

16 J. Kleffner, 'Sources of the Law of Armed Conflict', in R. Liivoja en T. McCormack (red.), *Routledge Handbook on the Law of Armed Conflict*, Routledge, 2016, p. 80-81.

desalniettemin zelf geen juridisch afdwingbare normen zijn. Deze uitgangspunten zijn de oorsprong van de beginselen en regels van het HOR en begrip van deze uitgangspunten is essentieel voor een goed begrip van het rechtsgebied als geheel. Kijkend naar hun mogelijke functie, kunnen uitgangspunten niet dienen om hiaten in het recht te vullen, omdat de normen niet van zichzelf juridisch bindend zijn. Wel kunnen deze normen dienen ter interpretatie van de bindende normen. Een voor de hand liggende vindplaats van deze normen is bijvoorbeeld de preambule bij een verdrag op het gebied van het HOR. Hier staan bij uitstek de normen genoemd die niet juridisch bindend zijn, maar wel leidend waren voor de verdragsluitende staten bij het formuleren van de bindende normen.<sup>17</sup> Uitgangspunten en beginselen kunnen in de loop van de tijd ook als aparte verdragsregels zijn vastgelegd, waardoor de situatie is ontstaan dat achterliggende normen, die naar hun aard niet bindend zijn, toch gelden als een verdragsregel.<sup>18</sup> Door het algemene karakter van de uitgangspunten zijn deze in de praktijk meestal van weinig waarde en moeten de uit die uitgangspunten voortvloeiende beginselen en regels worden toegepast. Het ligt verder voor de hand om te kijken naar militaire handboeken van staten en naar de standpunten van academische experts om te kijken welke normen in aanmerking kunnen komen als uitgangspunten van het HOR.

Voor het HOR is een aantal uitgangspunten denkbaar. In mijn eerdere bijdrage stelde ik voor dat humaniteit, militaire noodzaak en eerlijkheid en goede trouw in ieder geval tot deze categorie behoren. Daarnaast noemde ik de norm dat het recht van de partijen bij het conflict ten aanzien van de keuze van de methoden en middelen van oorlog niet onbegrensd is; dat van de gelijkheid van de partijen bij het conflict en tenslotte de scheiding tussen de rechtsbasis en het toepasselijke rechtsregime van een militaire operatie tijdens gewapend conflict.<sup>19</sup> Wellicht zouden hier nog andere uitgangspunten aan kunnen worden toegevoegd, zoals bijvoorbeeld de Martens Clausule.

De preambule van de Verklaring van Sint Petersburg uit 1868 bevat expliciete verwijzingen naar zowel militaire noodzaak als humaniteit. Ook in de preambule van het Haags Verdrag (IV) nopens de wetten en gebruiken van oorlog te land (1907), zijn verwijzingen te vinden naar humaniteit en militaire noodzaak. Ook is in deze preambule de Martens Clausule opgenomen, die in latere verdragen een plaats heeft gekregen als apart verdragsartikel.<sup>20</sup> Hoewel verschillende interpretaties bestaan van de Martens Clausule, bestaat overeenstemming over de betekenis dat de Martens Clausule de bedoeling van staten weergeeft dat het enkele feit dat iets niet expliciet is verboden in een verdragsregel, niet automatisch betekent dat het is toegestaan.<sup>21</sup> Ook de preambule van Aanvullend Protocol I uit 1977 geeft een uitgangspunt weer, namelijk dat een scheiding moet worden aangebracht tussen het recht dat van toepassing is tijdens gewapend conflict (het HOR dus) en de reden dat een gewapend conflict is begonnen. In andere woorden: het onderscheid tussen de rechtsbasis en het rechtsregime van militair optreden tijdens gewapend conflict, ook bekend als de strikte scheiding tussen het *ius ad bellum* en het *ius in bello*.<sup>22</sup> Daarvan afgeleid is het uitgangspunt van de gelijke toepasselijkheid van het HOR voor alle partijen bij het gewapend conflict.<sup>23</sup>

De manier waarop militaire noodzaak is beschreven in de Lieber Code uit 1863 wordt vaak als definitie gehanteerd:

---

17 Zoals Lijnzaad stelt: '[e]verybody knows the preamble is where the dreams and ideals go'. Zie L. Lijnzaad, 'Keynote' in S. Longuet et al. (red.), Conference on the ICRC updated Commentary on the First Geneva Convention: capturing 60 years of practice, *The Military Law and the Law of War Review* 2017-2018, vol. 56, p. 6, HYPERLINK "<http://www.ismllw.org/REVIEW/2017-2018%20ART%20Conference%20on%20the%20ICRC.php>"

18 Een voorbeeld is artikel 35, eerste lid, API, waarin het uitgangspunt is vastgelegd dat in geen enkel gewapend conflict het recht van de partijen daarbij ten aanzien van de keuze van de methoden of middelen van oorlogvoering onbegrensd is.

19 Van Den Boogaard 2019, voetnoot 25 op p. 12.

20 Artikel 1, tweede lid, Aanvullend Protocol I (API).

21 A. Vermeer et al. 'Inleiding humanitair oorlogsrecht', Asser Press en het Nederlandse Rode Kruis, 2017, p. 13.

22 Zie verder Vermeer, p. 14; P.A.L. Ducheine en E.H. Pouw, 'ISAF Operaties in Afghanistan: oorlogsrecht, doelbestrijding in counterinsurgency, ROE, mensenrechten & *ius ad bellum*', Wolf Legal Publishers, 2010, p. 1-2.

23 Zie voor een nadere bespreking van dit uitgangspunt: A. Roberts, 'The equal application of the laws of war: a principle under pressure', *International Review of the Red Cross*, 2008, vol. 90, nr. 872, p. 931-962.

'Military Necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of these measures which are indispensable for securing the ends of war, and which are lawful according to the modern law and usages of war.'<sup>24</sup>

Het uitgangspunt van de militaire noodzaak ziet dus op het primaire doel van militaire operaties, namelijk het verzwakken van het militaire vermogen van de tegenstander.<sup>25</sup> Het rechtvaardigt het gebruik van geweld dat niet anderszins is verboden door het internationaal recht. Militaire noodzaak erkent dus dat geweld moet worden gebruikt tijdens een gewapend conflict om de vijand te verslaan. Tegelijkertijd betekent militaire noodzaak ook dat de inzet van militaire middelen zich dient te beperken tot het bereiken van dit doel. Militaire noodzaak moet derhalve worden ingevuld met het idee dat:

- geweldgebruik nodig is om de tegenstander te onderwerpen;
- geweld kan worden gebruikt, maar dat dit geweld is gereguleerd;
- geweld dus kan worden gebruikt voor zover het niet anderszins is verboden.
- geweldgebruik beperkt is tot de omvang die militair noodzakelijk is;

Militaire noodzaak is nooit een rechtvaardiging om van de regels van het HOR af te wijken of voor schending van het oorlogsrecht, omdat bij de opstelling van verdragsrechtelijke bepalingen rekening is gehouden met de militaire noodzaak om geweld te gebruiken. Dat betekent dat militaire noodzaak uitsluitend kan worden ingeroepen als een regel expliciet zegt dat van een bepaald verbod kan worden afgeweken op grond van redenen van militaire noodzaak.<sup>26</sup>

Het uitgangspunt van humaniteit (menselijkheid) heeft als doel om ook tijdens oorlog een zekere mate van medemenselijkheid te behouden. Humaniteit is onlosmakelijk verbonden met militaire noodzaak omdat humaniteit het toebrengen van onnodig lijden, verwondingen of vernietiging verbiedt dat niet noodzakelijk is voor het bereiken van rechtmatige militaire doeleinden. Het uitgangspunt van humaniteit bepaalt dat mensen ook tijdens gewapend conflict recht hebben op bescherming. Personen die buiten het conflict staan, zoals burgers, of die niet langer deelnemen aan de vijandelijkheden omdat zij buiten gevecht zijn gesteld, moeten onder alle omstandigheden worden beschermd en menslievend worden behandeld. Humaniteit geldt dus voor hen die buiten gevecht zijn gesteld, voor hen die helemaal niet deelnemen aan het conflict, maar ook voor hen die dat nog wel doen. Zo is een uitwerking van dit uitgangspunt het verbod op het gebruik van middelen en methoden van oorlogsvoering die naar hun aard onnodig leed en buitensporig letsel veroorzaken. Het uitgangspunt van de humaniteit heeft geen eigen juridisch verbindende werking, maar is bij de totstandkoming van de regels en beginselen van het HOR, samen met het uitgangspunt van de militaire noodzaak, meegewogen.<sup>27</sup>

Een verdragsartikel waarin een uitgangspunt is vervat is artikel 35 API, dat aangeeft dat het recht van partijen bij een gewapend conflict om te kiezen voor methodes of middelen van oorlogvoering, niet onbegrensd is. Dit uitgangspunt wordt herhaald in de preambule van het Conventionele Wapenverdrag. Ook dit uitgangspunt heeft zelf geen verbindende kracht, alhoewel het in een bindend verdragsartikel is vastgelegd, maar geeft slechts het uitgangspunt weer dat tijdens een gewapend conflict de regels van het

---

24 Artikel 14, General Orders No. 100, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, 24 april 1863, opgenomen in D. Schindler en J. Toman, 'The laws of armed conflicts', Martinus Nijhoff 1988, p. 6.

25 De inhoudelijke beschrijving van de uitgangspunten en beginselen van het humanitair oorlogsrecht in deze bijdrage is deels gebaseerd op een bewerking door de auteur van het hoofdstuk 'Humanitair oorlogsrecht', geschreven door A.M. van Gorp en M.D. Fink, in M.D. Fink (red.), 'Inleiding militair recht', 4e druk, Nederlandse Defensie Academie, 2016, p. 241-267, ten behoeve van een aanstaande vijfde editie van dit handboek.

26 Voor een uitgebreide bespreking van het begrip militaire noodzaak, zie S. Redse Johansen, 'The military commander's necessity: the law of armed conflict and its limits', Cambridge University Press, 2020.

27 Zie bijvoorbeeld G.D. Solis, 'The Law of Armed Conflict, international humanitarian law in war', Cambridge University Press, 2nd edition, 2016, p. 305-310; E. Crawford en A. Pert, 'International Humanitarian Law', Cambridge University Press, 2015, p. 47-48; K. Mujezinovic Larsen et al. (red.), 'Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law', Cambridge University Press, 2013, p. 1, die hun twijfel uitspreken over de status van humaniteit als beginsel van het humanitair oorlogsrecht.

HOR moeten worden toegepast en nageleefd. Bovendien zijn alle beperkingen op het gebruik van bepaalde methodes van oorlogvoering en soorten wapens op dit uitgangspunt gebaseerd.

Het uitgangspunt van eerlijkheid en goede trouw is helemaal niet opgenomen in een preambule bij een verdrag of in een verdragsartikel, maar wordt wel vaak als een belangrijke grondslag van het HOR genoemd, bijvoorbeeld in doctrinepublicaties over het HOR.<sup>28</sup> Het uitgangspunt van eerlijkheid en goede trouw kan worden gezien als een verwijzing naar het begrip ridderlijkheid, dat een rol speelt binnen de ontwikkeling van het HOR als oorsprong van het verbod op verraderlijk handelen en op handelen in strijd met de goede trouw. Het uitgangspunt van eerlijkheid en goede trouw houdt ten eerste in dat het verplicht is de regels van het HOR te goeder trouw te volgen en toe te passen. Dit geldt evenwel in zijn algemeenheid voor het internationaal recht, niet alleen voor het humanitair oorlogsrecht.<sup>29</sup> Een tweede onderdeel van dit uitgangspunt is dat geen misbruik mag worden gemaakt van de bescherming die het HOR biedt, wat onder meer is uitgewerkt in het verbod op perfidie.<sup>30</sup> Het vertrouwen dat de beschermende bepalingen van het oorlogsrecht daadwerkelijk bescherming bieden mag niet worden geschonden omdat dit de beschermende kracht van het HOR ernstig zou inperken, ook voor de eigen troepen. Dit uitgangspunt speelt daarnaast een rol bij de interpretatie van de regels van het HOR door strijders, bijvoorbeeld bij de overweging om de tegenstander de kans te geven zich over te geven.<sup>31</sup>

Kennis en begrip van de uitgangspunten van het HOR zijn onmisbaar voor het kunnen begrijpen van het rechtsgebied van het HOR als geheel. Gelet op de in deze paragraaf voorgestelde uitgangspunten betekent dit dat het recht van de strijdende partijen om wapens en methodes van oorlogvoering te kiezen niet onbegrensd is. Het enkele feit dat iets niet expliciet is verboden door het HOR, betekent niet dat het altijd is toegestaan. De regels en beginselen van het HOR zijn gebaseerd op een evenwicht tussen afwegingen gebaseerd op humaniteit, militaire noodzaak en de eerlijkheid en goede trouw. Tenslotte moet het HOR scherp worden onderscheiden van het *ius ad bellum* en geldt het voor beide partijen bij het conflict in gelijke mate.

## 5. Beginselen van het humanitair oorlogsrecht

De uitgangspunten van het HOR zijn uitgewerkt in een aantal beginselen. De beginselen zijn belangrijk voor de interpretatie van de bepalingen van het HOR en kunnen in een specifieke situatie het recht aanvullen waar hiaten bestaan, door een leidraad te bieden voor het handelen. Daarnaast zijn zij zoals gezegd belangrijk als didactisch middel, maar ook omdat beginselen bindende normen zijn. Deze beginselen liggen op hun beurt ten grondslag aan de grote hoeveelheid regels van het HOR. Door overeenkomstig de beginselen van het HOR op te treden, is de kans optimaal dat militairen binnen de regels daarvan blijven, zelfs als zij die niet exact kennen. Het is in dat kader en ook om didactische redenen belangrijk dat het aantal beginselen van het HOR dat wordt gehanteerd, niet te omvangrijk is. Tegelijkertijd moeten de beginselen wel zoveel mogelijk het gehele rechtsgebied van het HOR bestrijken en in ieder geval militairen helpen bij het maken van de meest voorkomende en belangrijkste afwegingen. Het is daarbij goed als de gehanteerde beginselen ook betekenisvol zijn bij inzet van militairen in situaties waar geen sprake is van een gewapend conflict, zoals in vredesoperaties of opbouwmissies.

De geldigheid van deze beginselen mag niet ter discussie staan. De hieronder voorgestelde beginselen zijn in verdragsregels opgenomen en daarnaast ook als regels van internationaal gewoonterecht erkend. Als gevolg daarvan leggen deze beginselen juridische plichten op aan de partijen bij het gewapend conflict, ook

---

28 Zie Koninklijke Landmacht 2005, p. 33-34 en de Law of War Manual van de Verenigde Staten, waar dit wordt aangeduid met de term 'honor': 'Honor demands a certain amount of fairness in offense and defense and a certain mutual respect between opposing military forces.' Department of Defense, 'Law of War Manual', June 2015 (updated December 2016), p. 65-66.

29 Goede trouw en het daarop gebaseerde *pacta sunt servanda* zijn algemeen aanvaard als onderdeel van de 'algemene beginselen' van het internationaal recht, zie bijvoorbeeld IGH, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Uitspraak van 20 december 1974, ICJ Reports 1974, p. 253, p. 268.

30 Het verbod op perfidie is bijvoorbeeld vastgelegd in artikel 37 API. Zie verder T.D. Gill, 'Chivalry, a principle of the law of armed conflict?' in: Matthee et al. 2013, p. 33-51.

31 Gill 2013, p. 46.

indien 'aan de beginselen van het HOR geen zelfstandige rechtskracht zou worden toegekend als rechtsbron van het internationaal recht.'<sup>32</sup>

De vijf voorgestelde beginselen van het HOR zijn:

1. onderscheid;
2. voorzorgsmaatregelen;
3. het verbod op methoden en middelen van oorlogvoering die onnodig leed en buitensporige verwondingen veroorzaken;
4. bescherming;
5. menswaardige behandeling.

Hieronder volgt een korte bespreking van deze beginselen.

### 5.1 Onderscheid

Het beginsel van onderscheid legt op alle militairen en in het bijzonder op commandanten de verplichting om te bepalen of personen en objecten mogen worden aangevallen of zijn beschermd. Dit is van groot belang wanneer er sprake is van doelselectie (targeting). Alleen rechtmatige militaire doelen en combattanten of strijders mogen direct worden aangevallen. Burgerobjecten en andere objecten of personen met beschermde status mogen niet worden aangevallen. Dit geldt ook voor de burgerbevolking in zijn algemeenheid en individuele burgers, tenzij en voor zolang zij direct deelnemen aan de strijd. Bij objecten geldt dat een militair doel bestaat uit een object dat naar aard, ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsv verrichtingen levert en waarvan de totale of gedeeltelijke vernietiging een duidelijk militair voordeel oplevert. Bij personen moet worden beoordeeld of iemand kwalificeert als combattant of strijder, of dat deze is beschermd. Daarnaast zijn aanvallen verboden die niet op een bepaald militair doel zijn gericht, alsmede aanvallen door middel van methoden en middelen die geen onderscheid (kunnen) maken.<sup>33</sup>

### 5.2 Voorzorgsmaatregelen

Het beginsel dat voorschrijft dat voorzorgsmaatregelen moeten worden genomen is de basis voor een groot aantal verplichtingen tijdens gewapend conflict, voor zowel de aanvallende als de verdedigende partij.<sup>34</sup> Dit beginsel komt in de plaats van het 'oude' beginsel van proportionaliteit, maar heeft een breder bereik. Zo omvat het beginsel van voorzorgsmaatregelen de algemene regel dat bij het uitvoeren van alle militaire operaties er voortdurend voor moet worden gewaakt dat burgerobjecten, burgers en andere beschermde personen en objecten worden ontzien. Voorzorgsmaatregelen tegen de gevolgen van aanvallen zijn het verwijderen van de burgerbevolking uit de nabijheid van militaire doelen of het vermijden van het plaatsen van militaire doelen in of nabij dichtbevolkte gebieden. Tijdens het plannen en uitvoeren van aanvallen gelden specifieke verplichtingen, zoals het kiezen van een wapen of methode van aanval die bijkomend verlies van mensenlevens of verwonding van burgers voorkomt of in ieder geval zoveel mogelijk beperkt. Een andere verplichting is het geven van een effectieve waarschuwing aan de burgerbevolking voor een ophanden zijnde aanval, tenzij de omstandigheden dat niet toelaten. Tenslotte omvat dit beginsel ook de proportionaliteitsregel: de verplichting om bij het aanvallen van een militair doel te beoordelen of de verwachte bijkomende dood of verwonding aan burgers en schade aan burgerobjecten

---

32 Van Den Boogaard 2019, p. 12. Voor een meer uitgebreide bespreking van de overwegingen die ten grondslag liggen aan het kiezen voor juist deze vijf beginselen en het schrappen van bijvoorbeeld het beginsel van proportionaliteit, zij verwezen naar mijn bijdrage uit 2019.

33 Hieronder valt in de verdragstekst van artikel 51, vijfde lid, onder b, API ook het verbod op aanvallen die de HOR regel van proportionaliteit schenden. Deze regel komt ook terug bij het beginsel van voorzorgsmaatregelen.

34 Zie bijvoorbeeld ICTY, Prosecutor v Kupreskic et al., Trial Chamber, Judgement, para 524.



(ook wel: nevenschade, *collateral damage*) niet buitensporig zal zijn in verhouding tot het verwachte militair voordeel.<sup>35</sup>

### 5.3 Het verbod op methoden en middelen van oorlogvoering die onnodig leed of buitensporige verwondingen veroorzaken

Dit beginsel is de basis van een groot aantal regels van het oorlogsrecht, in het bijzonder van regels over het gebruik van wapens, maar ook voor methodes van oorlogvoering. Het beginsel is terug te voeren op een evenwicht tussen wat militair noodzakelijk is en wat dat doel voorbij streeft en daardoor strijdig is met humaniteit.<sup>36</sup> Dit beginsel ziet vooral op de strijdende partijen: de wapens en methodes van oorlogvoering moeten gericht zijn op het buiten gevecht stellen van de tegenstander. Dat betekent dat het gebruik van sommige wapens is verboden of beperkt als die zijn ontworpen om de tegenstander niet alleen buiten gevecht stellen, maar ook helse pijnen toe te brengen of als die een vreselijk lijden veroorzaken voorafgaand aan de dood. Dit betekent niet dat de tegenstander niet mag worden gedood, maar wel dat wapens of methodes verboden zijn die onnodig extra lijden toevoegen bij het buiten gevecht stellen van die tegenstander.<sup>37</sup> Met andere woorden: dit beginsel verbiedt methodes en middelen van oorlogvoering die zijn ontworpen om wel het lijden van de soldaten van de tegenstander te vergroten, zonder dat ook meer militair voordeel wordt bereikt.<sup>38</sup>

### 5.4 Bescherming

Dit beginsel betekent dat op basis van het humanitair oorlogsrecht een groot aantal personen en objecten recht heeft op bescherming. Dat bij het voeren van vijandelijkheden met bescherming rekening moet worden gehouden volgt uit de beginselen van onderscheid en voorzorgsmaatregelen.<sup>39</sup> Dit voorgestelde beginsel van bescherming is echter breder: het houdt ook in dat zodra iemand of iets niet (meer) direct mag worden aangevallen, de bescherming moet worden gegeven waarop die persoon of dat object volgens het humanitair oorlogsrecht aanspraak kan maken. Ten aanzien van objecten moet bijvoorbeeld de bescherming van medische installaties of culturele goederen worden gerespecteerd en ook moeten op basis hiervan actieve maatregelen worden genomen om die bescherming gestalte te geven. Voor gewonde militairen geldt dat zij moeten worden verzameld en medische verzorging moeten ontvangen. Gevangenen genieten bescherming zodra zij van hun vrijheid zijn beroofd en als ze recht hebben op de gedetailleerde bescherming van krijgsgevangenen, moeten de regels daarover worden gevolgd. Voor de burgerbevolking kan dit betekenen dat zij de gelegenheid moeten krijgen het conflictgebied te verlaten of dat het ontvangen van humanitaire hulpverlening moet worden toegestaan. Ook het natuurlijk milieu geniet een aanvullende bescherming indien bij een aanval mag worden verwacht dat omvangrijke, langdurig en ernstige schade zal worden veroorzaakt. Veel van deze verschillende regels vielen buiten het bereik van de 'oude' vijf beginselen van het humanitair oorlogsrecht. Door dit beginsel toe te voegen wordt recht gedaan aan de grote en veelomvattende hoeveelheid regels van zowel het Haagse als Geneefse deel van het HOR, die bescherming biedt aan zowel objecten als personen.

### 5.5 Menswaardige behandeling

---

35 Zie bijvoorbeeld N. Lubell en A. Cohen, 'Strategic Proportionality: Limitations on the Use of Force in Modern Armed Conflicts', *International Legal Studies*, vol. 96, 2020, p. 159-195, op p. 161, die eveneens betogen dat proportionaliteit binnen het HOR moet worden gezien als een regel, niet als een beginsel. Zie verder de bespreking in Van Den Boogaard 2019, p. 10.

36 Zie ook preambule van het Conventionele Wapenverdrag,

37 Zoals het Internationaal Gerechtshof opmerkte in de Nuclear weapons Advisory Opinion: 'a harm greater than that avoidable to achieve legitimate military objectives' Internationaal Gerechtshof, Advies, 8 juli 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, p. 226, paras 78-9.

38 Crawford en Pert 2015, p. 197-198.

39 Zie bijvoorbeeld ICTY, Prosecutor v Dragomir Milosovic, Trial Chamber, Judgement, Case nr IT-98-29/1-T, 12 december 2007, para 941, p. 308: 'The principle of protection ensures that the civilian population and individual civilians enjoy general protection against dangers arising from military operations'. Dit beginsel werd door het ICTY afgeleid van dat van voorzorgsmaatregelen ter bescherming van burgers, maar kan natuurlijk breder worden getrokken.

Het beginsel van de menswaardige behandeling is van belang als personen in de handen vallen van een andere partij bij een gewapend conflict.<sup>40</sup> Uit de specifieke regels die zijn gewijd aan de bescherming van deze categorie personen blijkt het bijzondere belang van de menswaardige behandeling. De regels voor de bescherming van gewonden, krijgsgevangenen en gedetineerde burgers tijdens een internationaal gewapend conflict zijn op dit beginsel gebaseerd en hun bescherming is gedetailleerd beschreven in de vier Verdragen van Genève. Dat laatste geldt echter niet voor de bescherming van personen tijdens een niet-internationaal gewapend conflict. Hoewel een beperkt aantal verdragsregels en een groot aantal gewoonterechtelijke regels wel bescherming biedt in dat soort conflicten, zijn de regels nog steeds relatief rudimentair. Het is in die situatie belangrijk om de nadruk te leggen op het beginsel van de menswaardige behandeling, dat is vastgelegd in het Gemeenschappelijk Artikel 3 van de Verdragen van Genève. Dit schrijft voor dat alle '[p]ersonen die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen, met inbegrip van personeel van strijdkrachten dat de wapens heeft neergelegd, en zij die buiten gevecht zijn gesteld door ziekte, verwonding, gevangenschap of enige andere oorzaak, onder alle omstandigheden menslievend [moeten] worden behandeld.' Het gaat bij dit beginsel alleen om personen (en dus niet om objecten, die vallen onder het vorige beginsel) die zich in de macht van de tegenstander bevinden en om de minimale bescherming die op basis van het Geneefs recht aan hen moet worden gegeven. Wat exact moet worden verstaan onder een menswaardige behandeling is sterk afhankelijk van de omstandigheden ter plaatse en moet worden geïnterpreteerd met inachtneming van de hierboven beschreven uitgangspunten.<sup>41</sup>

## 6. Afsluiting

Hoewel de publicatie van de JDP HOR wordt beoogd plaats te vinden aan het einde van 2020, hoopt de auteur bij te dragen niet alleen aan de bespreking van de uitgangspunten, beginselen en regels in die publicatie, maar ook aan de wijze waarop in bredere zin wordt nagedacht over deze normen. Het humanitair oorlogsrecht is een op de praktijk gericht rechtsgebied dat moet worden gebruikt door de leden van de krijgsmacht tijdens de moeilijkste omstandigheden denkbaar, namelijk tijdens een gewapend conflict. Om die reden is het rechtsgebied gebaat bij een duidelijke taxonomie van normen, die eenvoudig kan worden aangeleerd en toegepast. Voor een goed begrip van de beginselen is ook begrip nodig van de uitgangspunten omdat deze assisteren bij de interpretatie van de beginselen en de basis daarvan vormen. Veel regels van het HOR zijn te herleiden tot meerdere beginselen of uitgangspunten van het humanitair oorlogsrecht. Dat is niet erg, want het geeft juist aan dat die regel een stevige juridische basis heeft. Dat versterkt het draagvlak voor, en dus de verbindende kracht van dergelijke regels. Het is de hoop van de auteur met deze bijdrage en het overzicht hieronder bij te dragen aan de implementatie en naleving van het humanitair oorlogsrecht.

Uitgangspunten	Beginselen	Voorbeelden van regels
De keuze van de methoden en middelen van oorlog is niet onbegrensd	Onderscheid	Verbod op aanvallen van burgers, verbod op niet-onderscheidende aanvallen, verbod gebruik biologische wapens etc.

40 In de Nederlandse vertaling van de Verdragen van Genève wordt de term 'menslievend' gebruikt. Menslievend betekent volgens het Van Dale Groot Woordenboek voor school (1e editie, 2019): 'liefde voor de medemens bezittend, of daarvan getuigend, synoniem: sociaal' De term menswaardig (overeenkomstig de waardigheid van de mens) lijkt beter passend binnen de context.

41 Het Internationale Rode Kruis Comité zegt hierover in het commentaar uit 2016 het volgende: 'The meaning of humane treatment is context specific and has to be considered in the concrete circumstances of each case, taking into account both objective and subjective elements, such as the environment, the physical and mental condition of the person, as well as his or her age, social, cultural religious or political background and past experiences. In addition, there is a growing acknowledgement that women, girls and boys are affected by armed conflict in different ways. Sensitivity to the individual's inherent status, capacities and needs, including how these differ among men and women due to social, economic, cultural and political structures in society, contributes to the understanding of humane treatment under common Article 3.' Zie ICRC, 'Commentary on the First Geneva Convention', Cambridge University Press, 2016, para 553, p. 193.

Militaire noodzaak Humaniteit	Voorzorgsmaatregelen	Aanpassen methoden en middelen om <i>collateral damage</i> te voorkomen of beperken; waarschuwingsplicht; proportionaliteitsregel etc.
Eerlijkheid en goeder trouw Gelijkheid van de partijen bij het conflict	het verbod om methoden en middelen te gebruiken die naar hun aard overbodig letsel of onnodig leed veroorzaken	Verbod gebruik explosieve kogels; verbod op zaagtand-snedebajonet, verbod op hollow-point kogels tijdens gewapend conflict, etc.
Scheiding tussen rechtsbasis en het toepasselijke rechtsregime	Bescherming	Verbod op aanvallen van militair geneeskundig personeel; toegang humanitaire hulpverlening; plicht militaire doelen en beschermde objecten zoals culturele goederen te scheiden, etc.
Martens Clausule	Menswaardige behandeling	Verbod op foltering, recht op voedsel en toegang tot geneeskundige faciliteiten van gevangenen, recht op ontvangen bezoek Rode Kruis, etc.