



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Beginnelsen van het humanitair oorlogsrecht als didactisch middel en als leidraad voor militair optreden

van den Boogaard, J.C.

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Published in

Militair Rechtelijk Tijdschrift

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van den Boogaard, J. C. (2019). Beginselen van het humanitair oorlogsrecht als didactisch middel en als leidraad voor militair optreden. *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 112(3), 12-18.
https://puc.overheid.nl/doc/PUC_294031_11/1/#c63d7799-e3be-4328-a0f7-a7cdcd7b7d32

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.

Beginselen van het humanitair oorlogsrecht als didactisch middel en als leidraad voor militair optreden.

Opinie

Beginselen van het humanitair oorlogsrecht als didactisch middel en als leidraad voor militair optreden.

Door mr. dr. J.C. van den Boogaard ¹

1 Inleiding

Humaniteit; militaire noodzaak; onderscheid; proportionaliteit; eerlijkheid en goede trouw. Deze vijf 'beginselen' zijn de basis van de colleges over humanitair oorlogsrecht (HOR) die adelborsten en cadetten aan de Nederlandse Defensie Academie volgen.² Deze vijf beginselen zijn ontleend aan de Handleiding Humanitair Oorlogsrecht uit 2005 (HHO 2005).³ Deze handleiding ondergaat op dit moment een grondige herziening en daarom is dit een goed moment om te onderzoeken of de huidige lijst van vijf beginselen voldoet, of dat aanleiding bestaat voor een wijziging. Deze bijdrage betoogt het laatste. Daartoe begint dit artikel met een bespreking van de term 'beginselen van het humanitair oorlogsrecht' en een beschrijving van de functies die deze beginselen hebben. Daarna volgt een korte bespreking van de beginselen die zijn geïdentificeerd in nationale militaire handleidingen over het HOR van een aantal staten; door internationale hoven en tribunalen en in de literatuur. Vervolgens volgt een korte analyse van de vijf beginselen van het HOR in de HHO 2005 en een aantal andere mogelijke beginselen. Dit mondt uit in een viertal redenen om bepaalde beginselen wel, en andere niet op te nemen in de vernieuwde handleiding HOR. In de conclusie wordt aanbevolen de lijst van beginselen aan te passen en een onderscheid te maken tussen enerzijds beginselen en anderzijds uitgangspunten van het HOR.

2 Wat zijn beginselen van het HOR?

Binnen het recht zijn beginselen normen die ten grondslag liggen aan regels.⁴ Regels zijn normen die moeten worden nageleefd. Beginselen zijn doorgaans meer algemene normen dan regels, hoewel sommige beginselen wel in de vorm van regels zijn gecodificeerd.⁵ In het internationaal recht zijn beginselen expliciet

1 De auteur is universitair docent militair recht aan de faculteit militaire wetenschappen van de Nederlandse Defensie Academie en docent aan de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel en is grotendeels 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 kolonel mr. drs. G.L.C. van den Bosch, prof. dr. T.D. Gill en de redactie van het MRT voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

2 Op het KIM volgen alle adelborsten het vak Legitimiteit en Humanitair Oorlogsrecht (LHOR), en daarnaast, als onderdeel van hun vaktechnisch onderwijs (VTO), nog twee juridische vakken, waardoor alle adelborsten met brede kennis van het militair recht het KIM verlaten. Voor de KMA geldt dat het vak LHOR alleen wordt gevolgd door de cadetten van de drie bacheloropleidingen (het zogenaamde lange model). Vervolgens worden in twee van de drie verschillende richtingen van de bacheloropleidingen aan de NLDA nog meer militair juridische vakken, deels facultatief, gevolgd. In de kortere opleidingen aan de KMA is een breed vak militair recht opgenomen, waarin ook aandacht wordt besteed aan het HOR.

3 De huidige Handleiding Humanitair Oorlogsrecht is door de Commandant Landstrijdkrachten vastgesteld als VS 27-412, in september 2005. De auteur was als secretaris van de werkgroep en als auteur gedurende een aantal jaar betrokken bij de totstandkoming van de Handleiding Humanitair Oorlogsrecht (HHO 2005). De HHO 2005 was een aanpassing van voorschrift 27-412/1, deel I, Toepassing Humanitair Oorlogsrecht, vastgesteld bij beschikking van 7 oktober 1993, nr J2/1423/93.

4 HHO 2005, p. 30.

5 Zo zijn in de Nederlandse nationale context een aantal van de bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zie bijvoorbeeld artikel 3:4, tweede lid, Awb, dat het evenredigheidsbeginsel bevat: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'

benoemd als rechtsbron, naast verdragen en internationaal gewoonterecht. Het is echter de vraag of de beginselen van het HOR een zelfstandige rechtskracht hebben die partijen bij een gewapend conflict en hun strijdkrachten rechtstreeks binden.⁶ Meer overeenstemming bestaat over het feit dat in het internationale recht beginselen verschillende functies vervullen. Naast de al genoemde rol als oorsprong van regels, helpen beginselen bij het vullen van hiaten in het recht of als richtsnoer bij het interpreteren van andere regels. Sommige regels van het internationaal recht worden aangeduid als beginsel om het bijzondere belang van deze regels te onderstrepen.

De beginselen van het HOR worden bovendien gehanteerd als leidraad voor het handelen van iedere militair, waarvan immers niet altijd kan worden verwacht dat zij het grote aantal regels van het HOR exact uit het hoofd leert.⁷ Daardoor hebben de beginselen een belangrijke didactische functie. De Verdragen van Genève lijken deze interpretatie te onderschrijven: leden van de strijdkrachten moeten kennis dragen van de beginselen van het HOR.⁸ In het onderwijs over het HOR binnen de krijgsmacht ligt de nadruk dan ook op deze beginselen. Het zou de voorkeur moeten hebben om het aantal beginselen laag te houden, omdat iedere militair in staat moet zijn de inhoud ervan zich eigen te maken en deze ook effectief toe te kunnen passen. De beginselen van het HOR die worden gehanteerd moeten daarom zowel de hoofdmoot van alle regels reflecteren, alsook voldoende richtinggevend zijn om effectief plannen en acties op te baseren ten tijde van gewapend conflict. Ook is het wenselijk dat de beginselen de coherentie van het HOR bewaken. Anders gezegd: de beginselen moeten gezamenlijk het skelet van het HOR vormen, waarop de meer gedetailleerde regels van het HOR rusten.⁹

Er is een onderscheid te maken tussen de types beginselen die zijn genoemd in de HHO 2005. De beginselen van militaire noodzaak, humaniteit en eerlijkheid en goeder trouw zijn veel algemenere normen dan onderscheid en proportionaliteit, die beide in concrete regels zijn gevat.¹⁰ Zo geldt voor militaire noodzaak dat dit beginsel zelf geen excuus geeft om af te wijken van de regels van het HOR, tenzij een specifieke militaire noodzaak-uitzondering expliciet in een regel is opgenomen.¹¹ Daardoor is er sprake van beginselen op verschillende niveaus. De regels van het HOR zijn het resultaat van een zorgvuldige afweging van zowel militaire noodzaak als humaniteit, maar deze noties worden in die regels niet expliciet genoemd. Ten aanzien van het beginsel van eerlijkheid en goeder trouw geldt dat deze ontegenzeggelijk de basis vormt voor specifieke regels van het HOR, zoals het verbod op perfidie.¹² Eerlijkheid en goeder trouw heeft daarnaast een algemene gelding die lijkt op de plicht van staten om zich aan het HOR te houden op basis van het algemene beginsel van *pacta sunt servanda*.¹³ Voor militairen geldt dat zij ook uit andere hoofde zijn gehouden om zich te houden aan het toepasselijke rechtsregime, bijvoorbeeld via dienstvoorschriften

6 Er bestaat veel discussie over de vraag of beginselen van het HOR als zodanig de partijen bij een gewapend conflict binden. Zie hierover bijvoorbeeld J.C. van den Boogaard, 'Fighting by the Principles: Principles as a Source of International Humanitarian Law' in: M. Matthee et al. (eds), *Armed Conflict and International Law: in Search of the Human Face*, Liber Amicorum in memory of Avril McDonald, TMC Asser Press, 2013, pp. 1-31.

7 Dat betekent overigens niet dat dit kan dienen als rechtvaardigingsgrond om de regels niet te kennen: zie bijvoorbeeld artikel 32 van het Statuut van het Internationaal Strafhof.

8 Zie artikel 47 van het Eerste Verdrag van Genève van 1949 (hierna: GCI) en de pendanten in de andere drie verdragen van Genève, waarin de plicht is opgenomen om de tekst van die verdragen 'zo ruim mogelijk ... te verspreiden, ... zodat de beginselen daarvan ... in het bijzonder aan de strijdende troepen, het geneeskundig personeel en de geestelijken, bekend worden.' (cursief toegevoegd, JvdB) Aanvullend Protocol I (hierna: API) spreekt in tegenstelling tot de GCs wel over kennis van de tekst van de verdragen, niet alleen over de beginselen. Artikel 19 APII stelt kortweg: 'Dit Protocol dient op zo ruim mogelijke schaal te worden verspreid.'

9 Zie in dit verband ook de zogenaamde Martens Clause, zoals opgenomen in artikel 1 (2) API.

10 Er zijn verschillende regels over onderscheid. De algemene regel is artikel 48 API, waarna verschil bestaat tussen de regels over personen en die over objecten. De HOR regel van proportionaliteit is opgenomen in artikel 51(5)(b) en 57(2)(a)(iii) API.

11 Een voorbeeld hiervan is artikel 108 GCIV, dat stelt dat gedetineerde burgers pakketjes met onder andere kleding, voedsel of boeken mogen ontvangen, maar het uit militaire noodzaak mogelijk is om het aantal te ontvangen pakketjes te beperken.

12 T.D. Gill 'Chivalry: A Principle of the Law of Armed Conflict?' in: M. Matthee et al. (eds), *Armed Conflict and International Law: in Search of the Human Face*, Liber Amicorum in memory of Avril McDonald, TMC Asser Press, 2013, pp. 33-51.

13 Zie artikel 26 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht: 'Elk in werking getreden verdrag verbindt de partijen en moet door hen te goeder trouw ten uitvoer worden gelegd.'

of door het toepassen van *rules of engagement*. Het beginsel op zichzelf leidt over het algemeen niet tot juridische, maar hoogstens tot morele verplichtingen.

Tenslotte is het nog relevant om te vermelden dat het zowel binnen de NAVO alsook binnen Nederland beleid is om de beschermende beginselen van het HOR ook toe te passen bij militaire operaties buiten gewapend conflict.¹⁴ Dit bij wijze van beleid toepassen van de beginselen tijdens alle militaire operaties is in veel gevallen echter een lege huls, omdat de vijf beginselen van het HOR uit de HHO 2005 feitelijk alleen gaan over het voeren van vijandelijkheden. In situaties buiten gewapend conflict is dat doorgaans juist niet aan de orde, en gelden de meer stringente bepalingen voor het gebruik van geweld binnen het rechtsregime van de mensenrechten. Met andere woorden, de huidige lijst van beginselen is tamelijk nutteloos tijdens een vredesoperatie, een trainingsmissie of een opbouw missie. Waarschijnlijk zouden tijdens dergelijke operaties beginselen die richting geven bij de behandeling van gedetineerden of het beschermen van personen of objecten meer waardevol zijn.

3 Internationale praktijk

Een inventarisatie van de beginselen die andere staten hanteren, die door internationale rechtspraak zijn erkend, of die in de literatuur worden genoemd, kan dienen om inspiratie op te doen voor de beginselen die Nederland zou kunnen hanteren.¹⁵ Uiteraard bepaalt iedere staat zelf welke beginselen worden opgenomen in een nationale handleiding in het HOR. Een onderzoek naar de internationale praktijk van het hanteren van beginselen door verschillende staten is noodzakelijkerwijs beperkt. Dit komt doordat niet iedere staat een nationale handleiding HOR heeft gepubliceerd, met name niet in een taal die deze auteur beheerst. Toch blijkt uit een analyse van de handboeken HOR van een zestal staten¹⁶ dat de beginselen van militaire noodzaak en humaniteit altijd worden benoemd. Onderscheid en proportionaliteit worden door vijf van de zes genoemd. De NAVO noemt ook de beginselen van militaire noodzaak, humaniteit, onderscheid en proportionaliteit.¹⁷ Daarnaast is het beginsel van eerlijkheid en goeder trouw genoemd door een aantal staten.

Uit de jurisprudentie van internationale hoven en tribunalen komt een vergelijkbaar beeld naar voren. Het Internationaal Gerechtshof identificeert in haar uitspraken en adviezen vijf beginselen van het HOR: onderscheid; het verbod om methoden en middelen van oorlogvoering te gebruiken die onnodig lijden en buitensporige verwondingen veroorzaken; humaniteit; militaire noodzaak en proportionaliteit. In de uitspraken van het Joegoslavië Tribunaal komen de beginselen van onderscheid, voorzorgsmaatregelen en bescherming voor. Het beginsel van proportionaliteit wordt soms genoemd als onderdeel van die beginselen en soms als een separaat beginsel. Het Sierra Leone Tribunaal noemt het beginsel van onderscheid en dat van menswaardige behandeling. Het Internationaal Strafhof noemt het beginsel van humaniteit bij een bespreking van de Martens Clause, en de beginselen van onderscheid, proportionaliteit en voorzorgsmaatregelen.¹⁸

Ook de literatuur geeft geen eenduidig beeld. Verschillende schrijvers hanteren verschillende beginselen en geven vaak aan dat beginselen van het HOR bestaan op verschillende niveaus.¹⁹ In de meerderheid van de geraadpleegde literatuur komen wederom militaire noodzaak, humaniteit, onderscheid en proportionaliteit

14 Zie over het beleidsmatig toepassen van de beginselen van het HOR: P.A.L. Ducheine en E.H. Pouw, *ISAF Operaties in Afghanistan: oorlogsrecht, doelbestrijding in counterinsurgency ROE, mensenrechten en ius ad bellum*, Wolf Legal Publishers, 2010, pp. 41-44.

15 Het onderzoek waarop deze paragraaf is gebaseerd is uitgewerkt in het proefschrift van de auteur, dat ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet was verdedigd en dus ook nog niet is gepubliceerd.

16 Namelijk de handboeken van Canada, Duitsland, Israël, Noorwegen, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.

17 *Allied Joint Publication (AJP) 3.9*, mei 2008, p. 1-6.

18 Uiteraard is het bij uitspraken van internationale hoven en tribunalen nooit een doel op zich om een definitieve en uitputtende lijst van beginselen van het HOR te geven, omdat het noodzakelijkerwijs altijd gaat om de feiten van een specifiek geval of het afhangt van de vraag wat een aanklager bij een internationaal tribunaal ten laste heeft gelegd. Desalniettemin draagt het voorkomen van een beginsel in internationale jurisprudentie wel bij aan de erkenning van deze beginselen in het internationaal recht.

19 Zie bijvoorbeeld R. Kolb en R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart Publishing, 2008, pp. 43-50

terug, soms aangevuld met het verbod op methoden en middelen van oorlogvoering die onnodig lijden en buitensporige verwondingen veroorzaken.²⁰

Uit het overzicht in deze paragraaf volgt dat geen internationale overeenstemming bestaat over het antwoord op de vraag welke nu de beginselen van het HOR zijn. De beginselen in de HHO2005 worden zeer breed erkend, hoewel zij niet allemaal worden gehanteerd door alle staten, internationale gerechtelijke instanties en experts in het HOR. Wel ontbreken sommige beginselen in de lijst van de HHO 2005 die wel door anderen worden erkend, zoals de beginselen van bescherming, voorzorgsmaatregelen, het beginsel van een menswaardige behandeling en het verbod op methoden en middelen van oorlogvoering die onnodig lijden en buitensporige verwondingen veroorzaken. Er zijn verschillende redenen naar voren te brengen die ervoor pleiten dat de huidige set van beginselen van het HOR zou kunnen worden aangepast. In de volgende paragraaf worden er vier kort besproken.

4 Analyse

Als eerste valt op bij de beschouwing van de vijf beginselen van het HOR van de HHO 2005, dat naast de vooral onderliggende noties van humaniteit, militaire noodzaak en het beginsel van eerlijkheid en goeder trouw, verder alleen twee concrete beginselen worden genoemd die beide te maken hebben met het voeren van vijandelijkheden (onderscheid en proportionaliteit). De regels daarover zijn echter maar een deel van het HOR: de regels ter bescherming van degenen die niet, of niet meer deelnemen aan de vijandelijkheden vallen daar grotendeels buiten. Ten tweede kan worden betoogd dat de beginselen van humaniteit, militaire noodzaak en eerlijkheid en goeder trouw dermate algemeen van strekking zijn, dat het maar de vraag is of deze beginselen inderdaad houvast geven voor het handelen tijdens militaire inzet. Ten derde is het de vraag of met de aanduiding als beginsel van het HOR niet het gevaar dreigt dat een te brede toepassing van dat beginsel geoorloofd lijkt. Dit levert vooral voor militaire noodzaak een potentieel gevaar van schendingen op. Ten vierde kan men zich afvragen of de huidige vijf beginselen van de HHO 2005 wel de juiste zijn, of dat andere beginselen beter het beoogde effect zouden hebben en dus de inhoud van de regels beter ten uitdrukking brengen.

De eerste reden heeft betrekking op het ontbreken van beginselen die zien op de behandeling van hen die niet, of niet meer, aan de vijandelijkheden deelnemen. Deze regels zijn voor het grootste deel opgenomen in het Geneefse deel van het HOR, voornamelijk in de vier Verdragen van Genève en de daarbij behorende drie Protocollen uit 1977 en 2005. Het lijkt daarom een ommissie om geen beginselen in de lijst op te nemen die concreet richting geven aan de behandeling van personen die buiten gevecht zijn gesteld tijdens vijandelijkheden door verwondingen, ziekte, schipbreuk of doordat zij in de handen van een tegenstander zijn gevallen. Betoogd zou kunnen worden dat uit het beginsel van humaniteit al volgt dat een ieder menswaardig moet worden behandeld. Dit aspect is ook nadrukkelijk aanwezig in de bespreking van het beginsel van humaniteit in de HHO 2005. Toch wordt het beginsel van humaniteit binnen het HOR meestal²¹ met name in verband gebracht met het voorkomen van onnodig lijden en buitensporige verwondingen, maar dat aspect blijft buiten bespreking in het beginsel van humaniteit in de HHO 2005. Het hiaat hierin is dat dit beginsel alleen is gericht op de bescherming van combattanten en strijders tegen de effecten van bepaalde methoden en middelen van oorlogvoering, niet op de bescherming van bijvoorbeeld geneeskundig personeel, gevangenen of burgers. Een alternatief is het beginsel van bescherming, dat het Joegoslavië tribunaal formuleerde. Dit beginsel is gebaseerd op humaniteit, maar iets specifiek en kan als zodanig dienen als onderliggend beginsel van de specifieke regels ter bescherming van personen zoals de zieken en gewonden, gevangenen en geneeskundig of religieus personeel.

Het tweede punt is dat de noties van humaniteit, militaire noodzaak en eerlijkheid en goeder trouw een zeer algemene strekking hebben. Het is daardoor maar de vraag of deze beginselen effectief zijn, in de zin dat zij daadwerkelijk houvast geven voor het handelen tijdens militaire inzet. In ieder geval leggen deze beginselen als zodanig geen plichten op aan de partijen bij een gewapend conflict en hun strijdkrachten, in tegenstelling tot de concrete regels die op die beginselen zijn gebaseerd. Daarnaast, als wordt gekeken

20 Zie bijvoorbeeld G.D. Solis, *The Law of Armed Conflict, international humanitarian law in war*, 2nd edition, 2016, Cambridge University Press, p. 269.

21 Zie bijvoorbeeld de *Manual of the Law of Armed Conflict* van het Verenigd Koninkrijk, Oxford University Press, 2004, p. 23.

naar de grondslag van de regulering van methoden en middelen van oorlogvoering, valt op dat in de HHO 2005 alleen het aspect van onderscheid expliciet is benoemd in de beginselen. Het verbod op het gebruik van methoden en middelen die zijn ontworpen om onnodig lijden en buitensporige verwondingen te veroorzaken komt niet aan de orde. Dit is een gemis, omdat dit beginsel een belangrijk richtsnoer kan zijn bij het beoordelen of een bepaalde methode van oorlogvoering of het gebruik van een bepaald middel geoorloofd is. Belangrijke regels van het HOR zijn hierop gebaseerd, zoals het verbod op het gebruik van chemische wapens (inclusief traangas), vergif en zogenaamde *hollow-point* munitie tijdens gewapend conflict. Het verbod op het gebruik van methoden en middelen die onnodig lijden en buitensporige verwondingen veroorzaken geeft wellicht concreter richting aan het handelen van militairen dan het apart benoemen van de beginselen van humaniteit en militaire noodzaak. Daarom zou het aanbeveling verdienen dit verbod toe te voegen aan de lijst van de beginselen van het HOR.

Het derde argument is dat door militaire noodzaak en humaniteit aan te merken als beginselen, een te brede toepassing daarvan geoorloofd lijkt. In het geval van militaire noodzaak kan worden betoogd dat het hanteren hiervan het gevaar in zich draagt dat militaire noodzaak wordt gezien als een excuus om meer beschermende regels opzij te zetten. Het is algemeen geaccepteerd dat het opzij zetten van een regel van het HOR om redenen van militaire noodzaak alleen is toegestaan indien de regel zelf in die mogelijkheid voorziet. Er moet vanuit worden gegaan dat bij de totstandkoming van de regels van het HOR al rekening is gehouden met het bewaren van een passend evenwicht tussen menselijkheid en militaire noodzaak. Door militaire noodzaak als los richtinggevend beginsel te hanteren ontstaat echter de indruk dat dit in alle situaties als richtsnoer mag worden toegepast. Hiermee zou het evenwicht tussen humaniteit en militaire noodzaak worden verstoord en kan worden betoogd dat het risico bestaat dat het beginsel van militaire noodzaak wordt gebruikt als excuus om schendingen van het HOR te rechtvaardigen. Ook voor zowel humaniteit als eerlijkheid en goeder trouw geldt dat deze niet de specifieke regels van het HOR opzij kunnen zetten, omdat tijdens de totstandkoming van die regels al een balans tussen militaire noodzaak, humaniteit en eerlijkheid en goede trouw is vastgesteld. Bovendien zijn deze beginselen in de praktijk moeilijk te definiëren en geven zij daarmee weinig concreet houvast. Wel zijn zij duidelijk de grondslag voor een groot aantal specifieke regels en zouden zij op basis van morele gronden kunnen worden toegepast om de gevolgen van oorlogvoering te beperken. Van het beginsel van eerlijkheid en goeder trouw kan verder worden gezegd dat dit als uitgangspunt geldt voor iedere toepassing van het HOR, en voor iedere actie die tijdens een operatie wordt uitgevoerd. Een oplossing zou zijn om humaniteit, militaire noodzaak en eerlijkheid en goeder trouw niet langer aan te merken als beginselen, maar als onderliggende uitgangspunten van het HOR.

Tenslotte kan worden betoogd dat de huidige vijf beginselen niet de inhoud van de regels van het HOR het beste ten uitdrukking brengen. In dit verband kan vooral worden gekeken naar het beginsel van proportionaliteit. Deze norm verbiedt, kort gezegd, aanvallen die naar verwachting buitensporige bijkomende schade aan de burgerbevolking veroorzaken, in verhouding tot het verwachte militaire voordeel. Dat deze norm vaak wordt aangeduid als 'beginsel' is opmerkelijk, nu het immers eerder een behoorlijk specifieke regel is dan een algemeen beginsel. Deze regel heeft daardoor niet het karakter van een algemene norm die ten grondslag ligt aan een regel. Wel kan worden gezegd dat deze regel een uitvloeisel is van een meer algemeen beginsel van proportionaliteit dat binnen het HOR geldt. Dat lijkt echter niet te rechtvaardigen dat deze regel, die bovendien pas sinds 1977 is gecodificeerd in API, de status van beginsel geniet. De proportionaliteitsregel lijkt eerder een voorbeeld van een regel die als beginsel wordt aangeduid omdat deze als belangrijk wordt gezien. Dit is op zich niet verwonderlijk, als men kijkt hoeveel staten proportionaliteit als beginsel aanduiden.. Toch past het niet helemaal binnen de functies van een beginsel van het HOR, zoals hierboven beschreven. Bovendien, en wellicht belangrijker, de HOR proportionaliteitsregel is zeker niet de enige, en wellicht ook niet de meest effectieve regel om een disproportionele aanval te voorkomen. Deze HOR regel van proportionaliteit is zowel onderdeel van het verbod op niet-onderscheidende aanvallen als van de plicht om voorzorgsmaatregelen te nemen teneinde de burgerbevolking zoveel mogelijk te ontzien. De voorzorgsmaatregelen bevatten echter ook de bredere plicht om bij aanvallen al het praktisch uitvoerbare te doen om bijkomend verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, verwonding van burgers en schade aan burgerobjecten in zijn geheel te voorkomen. Pas als dat niet lukt moet de burgerbevolking zoveel mogelijk worden ontzien, en dus moet de bijkomende schade zoveel mogelijk worden beperkt. Pas daarna komt de HOR proportionaliteitsregel om de hoek kijken, als een laatste laag van bescherming van de burgerbevolking tegen de effecten van het uitvoeren

van militaire operaties. De plicht om voorzorgsmaatregelen te nemen is dus in ieder geval een meer omvattend en waarschijnlijk ook een veel effectiever beginsel dan alleen dat van proportionaliteit. Zo bevat een beginsel van voorzorgsmaatregelen ook de voorzorgsmaatregelen tegen de effecten van de vijandelijkheden.²² Daarmee lijkt het belangrijk een algemeen beginsel dat verplicht tot het nemen van voorzorgsmaatregelen om de burgerbevolking en andere beschermde objecten en personen te ontzien, op te nemen in de lijst van de beginselen van het HOR.²³

5 Conclusie: een aanbeveling tot wijziging

Uit het voorgaande volgt concreet het volgende. De belangrijkste rol die de beginselen in de nieuwe Joint Doctrine Publicatie HOR spelen is een didactische. De lijst met beginselen die bij Nederlandse militairen tussen de oren zit moet ervoor zorgen dat alle in of door Nederland opgeleide militairen een effectief, compleet en relevant kader hebben dat hen assisteert op te treden binnen de marges van het HOR.²⁴ Ten eerste stelt deze bijdrage voor dat humaniteit, militaire noodzaak en eerlijkheid en goeder trouw niet langer worden gezien als *beginselen* van het HOR, maar als *uitgangspunten* daarvan.²⁵ Deze uitgangspunten zijn belangrijk als oorsprong van de regels van het HOR, maar hebben geen eigen juridische verbindende waarde.²⁶ Het is intuïtief misschien verrassend dat wordt voorgesteld om juist humaniteit en militaire noodzaak, en in mindere mate ook eerlijkheid en goeder trouw, niet langer aan te merken als beginselen van het HOR. Echter, door hen aan te merken als uitgangspunten van het HOR, wordt nog steeds erkend dat deze noties onmisbaar zijn voor een goed begrip van het HOR. Zij zijn echter minder relevant als concrete leidraad voor militair optreden.

Voor wat betreft de beginselen van het HOR wordt voorgesteld om als beginselen op te nemen in de nieuwe Joint Doctrine Publicatie HOR:

Ten aanzien van het voeren van vijandelijkheden: 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.

Ten aanzien van de bescherming van hen die niet, of niet meer deelnemen aan het gewapend conflict kunnen daar twee beginselen aan worden toegevoegd, namelijk het beginsel van bescherming ten aanzien van zowel beschermde personen als objecten en het beginsel van de menswaardige behandeling van hen die van hun vrijheid zijn beroofd.

Welke beginselen van het HOR worden vermeld in een nationale handleiding HOR is deels een kwestie van voorkeur, maar in deze bijdrage wordt betoogd dat ook effectiviteit belangrijk is; dat de HOR beginselen

22 Zie bijvoorbeeld artikel 58 API.

23 Zie ook G.S. Corn, 'War, Law and the Oft Overlooked Value of Process as a Precautionary Measure' (2014) vol. 42, *Pepperdine Law Review*, pp. 419-466. Overigens lijkt het erop dat de Minister van Buitenlandse Zaken het beginsel van voorzorgsmaatregelen al heeft omarmd. In de beantwoording van Kamervragen stelt de Minister: 'In het algemeen kan worden opgemerkt dat strijdende partijen het humanitair oorlogsrecht dienen te respecteren. Het gaat daarbij onder andere om de beginselen van proportionaliteit, het maken van onderscheid tussen burgers en strijders, en de plicht tot het nemen van alle mogelijke voorzorgsmaatregelen ter bescherming van de burgerbevolking.' Beantwoording vragen van de leden Van Helvert (CDA), Voordewind (ChristenUnie) en Van der Staaij (SGP) over de bombardementen van Turkije op christenen in Irak, 6 mei 2019, kenmerk BZDOC-718137848-44. Zie ook G.S. Corn, 'War, Law and the Oft Overlooked Value of Process as a Precautionary Measure' (2014) vol. 42, *Pepperdine Law Review*, pp. 419-466.

24 In de praktijk betekent dit ook dat een groot aantal standaard lessen (lees: powerpoint presentaties) binnen de krijgsmacht zullen moeten worden aangepast. Opgemerkt zij verder dat Nederlandse militairen regelmatig worden betrokken bij het opleiden van militairen uit andere landen, waarvan kennis van het HOR nadrukkelijk ook onderdeel uitmaakt van die opleidingen.

25 De andere belangrijke uitgangspunten van het HOR zijn: 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. Deze uitgangspunten worden in deze bijdrage niet inhoudelijk besproken, maar kennis ervan is noodzakelijk voor een goed begrip van het HOR.

26 Zie bijvoorbeeld de bespreking van het beginsel van humaniteit in Solis, *supra* noot 19, pp. 305-309.

voldoende concreet moeten zijn om richtinggevend te kunnen zijn en dat het zin heeft zeker te stellen dat de beginselen het gehele rechtsgebied van het HOR afdekken. Het onderscheid tussen uitgangspunten en de beginselen voldoet in de ogen van deze auteur hieraan. Bijkomend voordeel is dat de vijf voorgestelde beginselen ook in verdragsregels zijn opgenomen en bovendien zijn erkend als regels van gewoonterecht. Daarmee geven deze beginselen, die steun vinden in statenpraktijk, internationale rechtspraak en in de literatuur, zelf juridische plichten aan zowel de partijen bij het gewapend conflict als degenen die tot hun strijdkrachten behoren, ook als aan de beginselen van het HOR geen zelfstandige rechtskracht zou worden toegekend als rechtsbron van het internationaal recht.