

Oplossen lacunes rond dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin hard nodig

De militaire kamer in Arnhem sprak eind december vier onderofficieren van de Koninklijke Marine vrij voor hun betrokkenheid bij het fatale duikongeval op 23 november 2015 op Curaçao. Daarbij kwam een matroos om het leven. De officier van justitie vervolgde de vier voor het 'niet opvolgen van een dienstvoorschrift'. Maar volgens de rechter waren de defensierichtlijnen die golden voor de duik niet aan te merken als dienstvoorschrift volgens het Wetboek Militair Strafrecht (WMS). Bij de totstandkoming van de richtlijnen was namelijk niet voldaan aan alle juridische voorwaarden voor het opstellen van een strafrechtelijk vervolgbaar dienstvoorschrift. De uitspraak wijst op een lacune waar Defensie zich als organisatie over zou moeten buigen om de eigen activiteiten en die van haar onderdelen en medewerkers de juiste wettelijke basis te geven.

Bij Defensie, dus ook bij het Commando Zeestrijdkrachten (CZSK), bestaan veel regels die betrekking hebben op een adequate en veilige uitoefening van de werkzaamheden, taken en opdrachten. De regels zijn opgenomen in verordeningen, zijnde besluiten van algemene strekking waaraan men zich dient te houden. De verordeningen worden verschillend aangeduid; zo bestaan er (dienst)voorschriften, aanwijzingen, orders en publicaties, om er maar een paar te noemen. Niet geregeld is welk onderwerp in welk soort verordening moet worden vastgelegd.¹ Om het onderscheid te kunnen maken met andere verordeningen moet je kijken naar de inhoud van de verordening in kwestie. De jurisprudentie en literatuur schrijven voor aan welke vereisten een verordening moet voldoen wil het een (dienst)voorschrift zijn. De regels moeten:

- een algemene strekking hebben,
- zijn gegeven/vastgesteld door het daartoe bevoegde gezag,
- enig militair belang betreffen,
- een tot de militair gericht ge- of verbod betreffen,
- schriftelijk zijn vastgelegd,
- op een voor de militair toegankelijke wijze zijn gepubliceerd².

Pas als een verordening aan alle zes vereisten voldoet, is inhoudelijk sprake van een (dienst)voorschrift, ook als de verordening op dat moment niet zo genoemd wordt. Kenmerkend voor een (dienst)voorschrift is dat het een 'tot de militair gericht ge- of verbod' moet bevatten.

In art. 135 van de Wet Militair Strafrecht (WMS) wordt het begrip dienstvoorschrift ook omschreven. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat de 6 genoemde vereisten onverkort van toepassing zijn voor het dienstvoorschrift als bedoeld in art. 135 WMS. Het verschil is dat in art. 135 WMS bij uitsluiting ook is voorgeschreven welke functionaris bevoegd is tot het geven/vaststellen van dienstvoorschriften. Het dienstvoorschrift heeft daarmee in art. 135 WMS een wettelijke basis gekregen.

Om duidelijk een onderscheid te maken noem ik dienstvoorschriften gebaseerd op art. 135 van het WMS 'dienstvoorschriften in strafrechtelijke zin'. Deze zal ik in dit artikel bespreken. Ik zal uiteenzetten wat een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin onderscheidt van een dienstvoorschrift. Daarna komt de recente uitspraak van de militaire kamer in de rechtbank Gelderland in Arnhem (MILKA) aan de orde, waarin – zoals we zagen – het vaststellen van een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin van doorslaggevende betekenis was. Vervolgens beschrijf ik kort de problematiek van het vaststellen van een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin bij een Joint Organisatiedeel (JOD). In mijn naschrift geef ik voorzichtig een aantal aanbevelingen.

Wie mag een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin vaststellen

Art. 135 van het WMS omschrijft het dienstvoorschrift als volgt: 'Onder het dienstvoorschrift wordt verstaan een bij of krachtens algemene maatregel van rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking dat enig militair dienstbelang betreft en een tot de militair gericht ge- of verbod bevat.'



Wat precies onder besluiten van algemene strekking moet worden verstaan, is omschreven in §5, art 9, 1^e lid van het 'Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht' (kort: Rijksbesluit). Het 2^e lid van art. 9 schrijft voor wie juridisch bevoegd zijn tot het geven van een dienstvoorschrift:

- a. de minister van Defensie;
- b. door de minister van Defensie aan te wijzen functionarissen;
- c. de bevelvoerend militair, bedoeld in artikel 49, eerste lid, van de Wet militair tuchtrecht, alsmede de boven hem gestelde bevelvoerende militairen.

Wie de onder b. in het Rijksbesluit genoemde functionarissen zijn, is bepaald in de 'Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000' (kort: Uitvoeringsregeling) van 22 december 1999. De regeling werd op 1 januari 2000 van kracht. In §1, art. 4, 1^e lid, sub b is vastgelegd wie bij het CZSK door de minister van Defensie is aangewezen tot het geven van dienstvoorschriften:

- 1^e de Commandant Zeestrijdkrachten (C-ZSK);
- 2^e de plaatsvervangend Commandant Zeestrijdkrachten (PC-ZSK);
- 3^e de eerste officieren van eenheden van het CZSK;
- 4^e het hoofd van de afdeling geneeskundige en persoonlijke zorg;
- 5^e de commandant van de kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba.

Het 2e lid van genoemd art. 4 bepaalt daarnaast dat voor de bevoegdheid tot het vaststellen van dienstvoorschriften mandaat kan worden verleend. Dit moet schriftelijk gebeuren. Het verlenen van een ondermandaat is niet toegestaan.

De Wet militair tuchtrecht (WMT) geeft invulling aan de in c. genoemde bevelvoerende militair. In de 'Aanwijzingsregeling ex. artikelen 4, tweede lid, en 49, eerste lid, onder b' van de WMT (kort: Aanwijzingsregeling)³ is vastgelegd wie de bevelvoerende militair alsmede de boven hem gestelde bevelvoerende militairen zijn. In art. 2, 6e lid, is vastgelegd wie bij het CZSK de in de WMT bedoelde bevelvoerende militairen zijn die tot het opleggen van een tuchtrechtelijke straf zijn bevoegd, de zogenoemde 'tot straffen bevoegde meerdere' (TSBM). In art. 1, 4e lid, is tot slot vastgelegd dat bij het CZSK de boven de TSBM gestelde bevelvoerende militair de Commandant Zeestrijdkrachten is.⁴

Naast de minister van Defensie zijn alleen de hierboven genoemde functionarissen bevoegd tot het geven van dienstvoorschriften in strafrechtelijke zin bij en voor het CZSK. Zelfs de Commandant der Strijdkrachten (CDS) heeft die bevoegdheid niet. Zijn bevoegdheid tot het geven van dienstvoorschriften in strafrechtelijke zin beperkt zich tot de bestuursstaf.⁵

Juridisch onderscheid in dienstvoorschriften

Zoals eerder opgemerkt moeten binnen de defensieorganisatie verordeningen een adequate en veilige uitoefening van de werkzaamheden, taken en opdrachten garanderen. Daarom is iedere militair verplicht de dienstvoorschriften na te leven. Doet hij dat niet, dan doet hij zijn werk niet goed. Rechtspositionele instrumenten zoals een functioneringsgesprek, beoordeling, waarschuwing of ambtsbericht, kunnen dan worden ingezet om hem duidelijk te maken dat hij zijn werkzaamheden volgens de dienstvoorschriften moet uitvoeren. Inzet van deze instrumenten kan leiden tot het opleggen van rechtspositionele maatregelen, waaronder uiteindelijk ontslag.

Ook als de militair een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin niet naleeft kunnen rechtspositionele maatregelen, waaronder dus ontslag, worden opgelegd. Maar het niet opvolgen van een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin kan óók leiden tot strafrechtelijke vervolging. Artikel 136 WMS stelt het opzettelijk niet opvolgen van



een dienstvoorschrift, onder bepaalde omstandigheden, strafbaar. Bij zo'n zogeheten opzet delict is de maximaal op te leggen straf een gevangenisstraf van vijf jaar. Art. 137 WMS stelt het, onder bepaalde omstandigheden, niet opvolgen van een dienstvoorschrift strafbaar indien het aan de militair te wijten is dat een dienstvoorschrift niet wordt opgevolgd. De maximaal op te leggen gevangenisstraf bij dit zogenoemde schuld delict is twee jaar. In art. 18 WMT is bepaald dat de militair zich in strijd met de militaire tucht gedraagt als hij een dienstvoorschrift niet opvolgt. Uit de jurisprudentie blijkt dat het begrip 'dienstvoorschrift' in de WMT dezelfde betekenis heeft als in de WMS. Tuchtrechtelijk optreden tegen het niet opvolgen van een dienstvoorschrift kan dus alleen als vaststaat dat betreffend dienstvoorschrift is vastgesteld door een daartoe bevoegde autoriteit op basis van art. 135 WMS.

'Tuchtrechtelijk optreden tegen het niet opvolgen van een dienstvoorschrift kan alleen als vaststaat dat het dienstvoorschrift is vastgesteld door een bevoegde autoriteit'

Uitspraak militaire kamer over het fatale duikongeval in 2015

Op 29 december 2020 heeft de MILKA vier KM-officieren vrijgesproken van de verdenking van het 'niet opvolgen van een dienstvoorschrift'⁶. Zij waren betrokken bij een duik oefening op Curaçao op 23 november 2015 waarbij een 23-jarige matroos verongelukte. Tijdens de duik golden voorschriften die onder meer betrekking

hadden op de veiligheid van de betrokkenen. De MILKA oordeelde dat de toenmalige duikvoorschriften niet waren aan te merken als een dienstvoorschrift in de zin van art. 135 WMS, omdat bij de totstandkoming ervan niet was voldaan aan alle vereisten voor een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin.

Het dienstvoorschrift in kwestie is Voorschrift Koninklijke Marine 007 (VKM 007), Arbeid onder overdruk, deel I: Joint Werkinstructie Duikarbeid, de versie van 1 januari 2014. Uit de wijzigingenstaat blijkt dat het

een 'nieuwe integrale versie' van VKM 007 betreft die is vastgesteld op 19 december 2013 en van kracht werd op 1 januari 2014. Wie, of liever welke bevoegde functionaris, deze nieuwe integrale versie van VKM 007 heeft vastgesteld, wordt niet vermeld in de wijzigingenstaat. Sterker nog, dit kon niet worden achterhaald. Ook de Coördinator Documentaire Informatie Voorziening bij het CZSK (CODIV CZSK) heeft geen gegevens gevonden over wie de versie van januari 2014 van het VKM 007 heeft vastgesteld. Vastgelegd is alleen dat er een wijziging is geweest op 1 januari 2014. Met betrekking tot verdere gegevens is 'onbekend' genoteerd in de wijzigingenstaat en een vaststellingsbeschikking is niet aangetroffen. Kortom, het staat niet onomstotelijk vast welke functionaris de versie van januari 2014 van het VKM 007 heeft vastgesteld.



De vraag is wie een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin voor een Joint Organisatiedeel kan vaststellen (NAVO/C. Valverde)



Veel regels bij Defensie hebben betrekking op een adequate en veilige uitoefening van de werkzaamheden, taken en opdrachten (NIMH)

Waar het voorschrift is vastgesteld kan wel met een hoge mate van zekerheid worden bepaald. Uit VKM 007 zelf blijkt dat het voorschrift hoogstwaarschijnlijk is vastgesteld door het Tactisch Overleg Defensie Duikschool (TODDS). Dat leid ik af uit punt 1151 in combinatie met 1161 van het voorschrift. In punt 1151 staat: 'Het voorschrift behoudt zijn geldigheid totdat het door het tactisch overleg wordt ingetrokken.' In punt 1161 is vastgelegd dat het Tactisch Overleg Defensie Duikschool de *custodian* is van het voorschrift. Maar het TODDS, noch de voorzitter van het TODDS, is een door de minister van Defensie aangewezen functionaris die bevoegd is tot het geven van een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin (overeenkomstig de Uitvoeringsregeling). Ook geeft de Aanwijzingsregeling het TODDS of zijn voorzitter geen bevoegdheid tot het vaststellen van een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin.

Toen de MILKA langs de lijn van art. 135 WMS het VKM 007 toetste concludeerde de rechter dat niet aan alle vereisten voor het dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin was voldaan. Met vrijspraak tot gevolg. Tegen de uitspraak is geen hoger beroep ingesteld.

Het dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin binnen een JOD

Tijdens de zitting bracht de officier van justitie (OvJ) nog de kwestie van een mogelijk mandaat naar voren. Volgens de OvJ kon in de Aanwijzing Commandant der Strijdkrachten-811 Joint Organisatiedelen, versie van 11 juni 2015 (A/CDS), een mandaat van de CDS aan het TODDS tot het geven van dienstvoorschriften in strafrechtelijke

zin worden gelezen. Maar een mandaat is een schriftelijk document, een besluit waarin ondubbelzinnig de bevoegdheid wordt gegeven om in naam van het bevoegde gezag besluiten te nemen.⁷ En daarvan is in A/CDS-811 geen sprake.

Daar komt bij dat de CDS, gelet op de Uitvoeringsregeling, art. 4, lid 1, niet de bevoegdheid heeft om dienstvoorschriften in strafrechtelijke zin vast te stellen anders dan bij de bestuursstaf.⁸ En een joint organisatiedeel (JOD) valt niet onder de bestuursstaf. Het wordt ondergebracht bij een daartoe als *single servicemanager* (SSM) over het (specialistische) werkgebied van dat JOD aangewezen commandant van een operationeel commando. Van een door de OvJ bedoeld door de CDS verleend mandaat tot het geven van dienstvoorschriften in strafrechtelijke zin kan derhalve geen sprake zijn.

Deze conclusie levert wel een belangrijke vraag op, namelijk wie dan wél een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin kan vaststellen voor een JOD? Blijkens A/CDS 811 is een JOD een organisatiedeel binnen een operationeel commando (OPCO) dat wordt geacht ondersteuning en/of producten te leveren aan meerdere defensieonderdelen. Het personeelsbestand van een JOD is dan ook vaak organiek samengesteld uit medewerkers van verschillende OPCO's.⁹ De commandant van een OPCO (C-OPCO) is op basis van de Uitvoeringsregeling bevoegd tot het vaststellen van dienstvoorschriften in strafrechtelijke zin.

Maar die bevoegdheid reikt niet verder dan het eigen OPCO. De MILKA heeft bij vonnis van 23 februari 2009¹⁰

beslist dat deze bevoegdheid zich niet uitstrekt over door andere operationele commando's te hanteren dienstvoorschriften. Met andere woorden, voor de C-OPCO aan wie een JOD wordt toegewezen met daarin militairen uit verschillende OPCO's ontstaat een *catch-22*: hij kan geen dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin vaststellen dat van toepassing is op alle in het JOD ingedeelde militairen. Natuurlijk kan de minister van Defensie - bevoegd tot het vaststellen van dienstvoorschriften in strafrechtelijke zin voor alle militairen - de dienstvoorschriften voor een JOD vaststellen. Maar dat lijkt mij geen gewenste situatie.

Conclusie en aanbevelingen

Duidelijk is dat alleen een dienstvoorschrift vastgesteld door een functionaris genoemd in art. 135 WMS een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin is. Gelet op de huidige stand van zaken met betrekking tot het vaststellen van dienstvoorschriften blijven twee vragen over:

(1) Is het wenselijk dat naast dienstvoorschriften in strafrechtelijke zin er ook regelgeving is onder de aanduiding 'voorschrift' die niet langs de lijn van art. 135 WMS is vastgesteld?

(2) Welke functionaris kan een dienstvoorschrift in strafrechtelijke zin vaststellen voor een JOD?

Met betrekking tot de eerste vraag heeft de Tweede Kamer er bewust voor gekozen om de bevoegdheid tot het geven van een dienstvoorschrift een wettelijke basis te verschaffen, zo is af te leiden uit de Kamerstukken met betrekking tot art. 135 WMS. Ook kan worden afgeleid dat duidelijk moet zijn vastgelegd aan wie die bevoegdheid is toegekend. Dit in het kader van de rechtszekerheid en transparantie. Het gaat immers om een in het dienstvoorschrift vervat gebod of verbod, op de militair gericht, dat verregaande consequenties kan hebben. Het laten voortbestaan van dienstvoorschriften die niet via de weg van art. 135 WMS tot stand zijn gekomen staat op gespannen voet met de door de wetgever beoogde rechtszekerheid.

Om ieder misverstand te voorkomen is het daarom te overwegen om dienstvoorschriften alleen nog vast te laten stellen door functionarissen die de bevoegdheid daartoe via art. 135 WMS hebben gekregen. Alleen deze voorschriften zouden vervolgens moeten worden aangeduid als 'voorschrift', waarbij het verstandig is om het vóór vaststelling en publicatie juridisch te laten toetsen.¹¹ Voor de volledigheid zouden ook alle huidige van kracht zijnde verordeningen moeten worden getoetst op hun wijze van vaststelling.

Mandaatverlening biedt een uitweg uit de *catch-22* binnen het JOD dat is toegewezen aan een C-OPCO optredend als een SSM en is daarmee een antwoord op de tweede vraag. Beschreven is al dat een C-OPCO alléén dienstvoorschriften kan vaststellen voor de militairen van zijn eigen OPCO. De commandanten van de OPCO's die militairen 'uitlenen', zouden mandaat moeten verlenen tot het vaststellen van dienstvoorschriften met betrekking tot het volledige personeelsbestand van het JOD dat bij het

betreffende OPCO is ondergebracht. Een nog eenvoudiger en duidelijker uitweg is om de SSM in de Uitvoeringsregeling de bevoegdheid toe te kennen tot het vaststellen van dienstvoorschriften voor het gehele personeelsbestand van het JOD dat bij zijn commando is ondergebracht.¹²

CDR (LD) tit. b.d. Gert Souer diende tot 1 november 2020 bij de Koninklijke Marine. Hij schreef dit artikel op persoonlijke titel. Met dank aan LTZ20C J.J. Schut, LL.M van de afdeling juridische zaken CZSK, voor zijn waardevolle opmerkingen.

Noten

- 1 In Aanwijzing A/SG-001 staat wel beschreven dat interne regelgeving zoveel mogelijk in aanwijzingen, voorschriften en instructies wordt neergelegd. Over het voorschrift wordt dan opgemerkt dat het 'inrichtend van aard is' en aangeeft 'hoe te handelen'.
- 2 Prof. mr. G.L. Coolen, *Studiepocket Strafrecht, militair straf- en tuchtrecht*, zevende druk, bewerkt door D. Ammeraal en J.J.M. van Hoek (2019) §9.2 en §9.2.
- 3 De Aanwijzingsregeling wordt na iedere wijziging gepubliceerd in de Staatscourant.
- 4 In het Caraïbisch bevelsgebied is dat de Commandant der Zeemacht in het Caraïbisch gebied.
- 5 Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000, art. 4, 1^o lid, aanhef en onder a: De bevoegdheid tot het geven van dienstvoorschriften als bedoeld in artikel 9, tweede lid, van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht komt toe aan: Bij de bestuursstaf:
1^o de secretaris-generaal;
2^o de Commandant der Strijdkrachten;
3^o de directeur-generaal Financiën en Control;
4^o de hoofddirecteuren en directeuren.
Verder heeft de CDS geen bevoegdheid tot het geven van dienstvoorschriften.
- 6 ECLI:NL:RBGEL:2020:7082.
- 7 Algemene wet bestuursrecht art. 10:1.
- 8 Ibidem.
- 9 Aanwijzing CDS-811 Joint Organisatiedelen, versie van 11 juni 2015, punt 3.1.
- 10 ECLI:NL:RBARN:2009:BH3681.
- 11 Nu de afdeling marineverordeningen, die tot taak had 'het beoordelen zowel van de materiële inhoud als van de redactie van uit te geven of te wijzigen voorschriften voor de zeemacht' reeds jaren geleden is opgeheven, lijkt de afdeling juridische zaken, bureau bestuursrecht, regelgeving en overeenkomsten, de daartoe aangewezen instantie.
- 12 Defensie is uitstekend in staat om de regelgevende bevoegdheden in de verticale kolom vast te stellen. Echter bij een JOD loopt dat proces spaak, omdat die regelgevende bevoegdheden ook in de horizontale kolom moeten worden vastgesteld. De A/CDS 811 volgt wel de horizontale indeling op het organisatorische en bestuurlijke vlak, maar laat de horizontale regelgevende bevoegdheden achterwege. Kennelijk is verondersteld dat hetgeen wordt bepaald in de A/CDS 811 één op één een aansluiting vindt in het juridisch werkveld. Een verkeerde veronderstelling.