

roep toekomen op de in art. 41 Sr omschreven strafuitsluitingsgronden noodweer dan wel noodweereces. In de praktijk blijken deze strafuitsluitingsgronden soms aanleiding te geven tot moeilijkheden. De Hoge Raad geeft daarom aan de hand van zijn eerdere rechtspraak een samenvattend overzicht van mogelijke aandachtspunten dat bij de beoordeling van een beroep op noodweer(exces) handvatten biedt.

Het niet onbegrijpelijke oordeel van het Hof dat de verdachte ver buiten de grenzen van de noodzakelijke verdediging is getreden, draagt de afwijzing van het beroep op noodweer zelfstandig. Het Hof heeft feitelijk en niet onbegrijpelijk vastgesteld dat als gevolg van de aanranding bij de verdachte een gemoedsbeweging van beperkte intensiteit is teweeggebracht en dat sprake is geweest van een verregaande mate van overschrijding van de grenzen van de noodzakelijke verdediging. Het daarop gegronde oordeel dat het beroep op noodweereces moet worden verworpen, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is en kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder worden getoetst.

[Sr art. 41]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2016/106 (afl. 6), [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl) (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

## NOOT

### 1. Inleiding

Dit overzichtsarrest over noodweer en noodweereces als bedoeld in artikel 41 Sr verdient een wat langere noot dan doorgaans het geval is. Toch kunnen niet alle facetten van de uitspraak en het leerstuk besproken worden. In deze noot behandel ik noodweer als (zelf)handhavingsbevoegdheid (punten 2. en 3.), de casuïstische aard van dit leerstuk en de taak van de procesdeelnemers (punt 4.), de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (punt 5.), culpa in causa (punt 6.), noodweereces (punten 7. en 8) en putatief noodweer(exces) (punt 9.). Ik sluit af met enkele algemene opmerkingen over de uitwerking bij

## 106

Hoge Raad  
22 maart 2016, nr. 4196.14,  
ECLI:NL:HR:2016:456  
(Mrs. Van Dorst, De Hullu, Buruma, Van de Griend, Van Strien)  
[Cassatie van Gerechtshof Den Haag]  
Noot mr. dr. J.S. Nan

**Aan een verdachte die heeft gehandeld ter verdediging, kan onder omstandigheden een be-**

een beroep op deze strafuitsluitingsgronden (punt 10.).

### 2. Algemeen; de aard van noodweer

Noodweer erkent het recht tot zelfhandhaving. Het gaat erom – zoals door de Hoge Raad in r.o. 3.1.1 aangegeven – dat een verdachte zich onder omstandigheden kan beroepen op handelen ter verdediging als strafuitsluitingsgrond. Naast het (natuurrechtelijke) idee van zelfbehoud, wordt bij noodweer recht gehandhaafd ten opzichte van onrecht. Recht hoeft voor onrecht niet te wijken. Noodweer is een rechtvaardigingsgrond die het handelen van de verdachte rechtvaardigt en de wederrechtelijkheid daarvan ontnemt (over de grondslagen van noodweer, zie A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Stichting Onderzoek recht en beleid 1986, p. 481-483 en 523-524, alsmede zijn commentaar in Noyon, Langemeijer en Remmelink, aant. 1 bij art. 41). Volgens de Hoge Raad kan een beroep op noodweer niet worden aanvaard als het niet gaat om een gedraging die niet zozeer verdedigend moet worden beschouwd, maar meer als aanvallend – bijvoorbeeld in de vorm van een gezochte confrontatie of deelneming aan een gevecht (zie r.o. 3.3, onder verwijzing naar HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4788, *NJ* 2010/339, *NbSr* 2010/255). Als het handelen van de verdachte als aanvallend moet worden getypeerd, wordt hem daarmee (gelijk) de pas naar een geslaagd beroep op noodweer afgesneden (recent nog HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:108, *NJ* 2016/154 en de noot daaronder van N. Rozemond). Er wordt in die zin ook wel gesproken van een ‘verdedigingswil’ die bij de verdachte aanwezig moet zijn (vergelijk M.J. Dubelaar in: C.P.M. Cleiren e.a., *Jurisprudentie Select*, 2006, p. 308). Maar de status van dit vereiste is in de literatuur nog niet geheel duidelijk (vgl. R. Jansen, ‘De verdedigingswil bij noodweer’, *DD* 2015/43 en A. van Verseveld, ‘Noodweer: de Hoge Raad geeft een overzicht’, *DD* 2016/34, par. 2). Machielse meent dat in de wetsgeschiedenis aanknopingspunten zijn te vinden voor de eis van een verdedigingswil (diss., p. 588-591).

3.

De Hoge Raad heeft het niet met zoveel woorden over een verdedigingswil, enkel over ‘verdediging’ (r.o. 3.3). Rozemond schrijft dat ‘het wellicht

beter [is] om niet van het vereiste van een verdedigingswil te spreken, maar van een aanvallende gedraging als grond om een beroep op noodweer, noodweerexcès en putatieve noodweer te verwerpen. Niet de verdedigingswil, maar de aanvallende gedraging staat centraal in de overwegingen van de Hoge Raad.’ Maar wat volgens mij ook kan, is dat volgens de Hoge Raad de ‘verdedigingswil’ wel moet bestaan, maar deze in beginsel aanwezig moet worden verondersteld bij degene die zich op noodweer beroept en dat dat alleen anders is als hij als aanvaller/agressor moet worden gezien. De Hoge Raad verlangt immers dat het gedrag van de verdachte niet kan worden gekwalificeerd als aanvallend, omdat dan van verdediging (en dus van noodweer) geen sprake kan zijn. Moet het handelen van de verdachte niet als aanvallend worden beschouwd, dan is er op dat punt geen belemmering om diens beroep op noodweer te honoreren. Het kan dus zo zijn dat volgens de Hoge Raad in dat geval, op basis van de bedoeling of de uiterlijke verschijningsvormen, ervan kan (moet?) worden uitgegaan dat de gedraging van de verdachte als verdedigend kan worden aangemerkt. Zo bezien krijgt hij het voordeel van de twijfel: niet-aanvallend gedrag is (dus) verdedigend. Is wel van een aanval sprake, dan staat dat zelfstandig aan een geslaagd beroep op noodweer in de weg (zie bijvoorbeeld al HR 1 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB7687, *NJ* 1989/950, m.nt. Melai). Een beroep op noodweerexcès en putatief noodweer(excès) faalt dan volgens vaste rechtspraak eveneens (zie *NJ* 2010/339 en *NJ* 2016/154, alsmede R. Jansen, *DD* 2015/43, par. 2 en Van Verseveld, *DD* 2016/34, par. 2). In het overzichtsarrest wordt dit aspect volgens mij daarom ook niet voor niets behandeld direct na de inleiding en de wettelijke omschrijving, onder het kopje ‘Verdediging van specifieke rechtsgoederen’, maar nog vóór de overige eisen die aan een beroep op noodweer (en noodweerexcès) worden gesteld (zo ook Van Verseveld, *DD* 2016/34, par. 2).

### 4. Casuïstiek als leidraad

Duidelijk is dat het beoordelen van een beroep op noodweer(excès) afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Een aantal inleidende opmerkingen van algemene aard van de Hoge Raad maken dat nog eens duidelijk (r.o.

3.1.2). Daarbij geldt dat van belang is hoe de verdediging het verweer heeft ingestoken. Het verweer moet goed en met feiten worden onderbouwd en krachtig worden gevoerd, zeker als de verdachte door een advocaat wordt bijgestaan. Voorkomen moet worden dat er discussie kan ontstaan of nu wel of niet een beroep op noodweer wordt gedaan (zie bijvoorbeeld HR 6 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7553, *NJ* 2006/85, *NbSr* 2005/319 en HR 13 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1125). Maar van de Hoge Raad mag de feitenrechter de last tot het aannemelijk maken van de feitelijke grondslag niet uitsluitend op de verdachte leggen. Bij de beoordeling van het beroep op noodweer zal de rechter nauwkeurig en consistent de feiten moeten vaststellen en duidelijk moeten maken of de feitelijke toedracht van het verweer niet aannemelijk wordt geacht, of dat die toedracht het beroep niet kan dragen. Zeker ook voor de controle in cassatie is dat van belang (zie bijvoorbeeld HR 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7977, *NJ* 2011/103). De omstandigheid dat de verdachte het ten laste gelegde ontkent, maakt volgens de Hoge Raad niet zonder meer een subsidiair gedaan beroep op noodweer(exces) kansloos. Wel is het natuurlijk zo dat het verweer er in het algemeen niet krachtiger op wordt. In het bijzonder kan de feitenrechter de feitelijke grondslag minder aannemelijk achten als de verdachte geen openheid van zaken geeft (vergelijk HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:517).

##### 5. Proportionaliteit en subsidiariteit

De Hoge Raad benadrukt dat de eisen van proportionaliteit (was de verdediging geboden?) en subsidiariteit (was de verdediging noodzakelijk?) niet altijd scherp van elkaar te onderscheiden zijn (r.o. 3.5.1, hierover ook R. Jansen, 'Een nieuwe kijk op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bij noodweer. Wordt de minst ingrijpende wijze van verdedigen verlangd?', *DD* 2014/70). Bij de subsidiariteitseis is het de vraag of de verdachte zich wel moest verdedigen. In veel gevallen is het meer specifiek de vraag of hij zich aan de aanranding kon onttrekken en of dat van hem ook kon worden gevergd (r.o. 3.5.2). Het gaat erom of weggaan een reëel alternatief is. Vooral de feitenrechter verlangt van de verdachte nog wel eens te veel conflictontwijkend gedrag (zie voor een mooi voorbeeld HR 24 september 2013,

ECLI:NL:HR:2013:773, *NJ* 2014/277, m.nt. Keulen). De proportionaliteitseis ziet op de (on)redelijke verhouding tussen aanval en verdediging. De gedraging mag als verdedigingsmiddel uiteindelijk niet in onredelijke verhouding staan tot de ernst van de aanranding (r.o. 3.5.3). Wie bijvoorbeeld één goede klap krijgt, mag in principe best twee of drie keer terugslaan. De verdediging wordt niet op een goudschaaltje afgewogen tegen de aanval. Pas bij een disbalans loopt het beroep op noodweer op de proportionaliteit spaak en dat kan ook voor noodweerexces gevolgen hebben (r.o. 3.6.3, zie daarover bijvoorbeeld HR 8 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4459, *NJ* 2008/312, m.nt. Keijzer, *NbSr* 2008/979, J.H. Blomsma en A.H. Klip, 'Noodweer en noodweerexces', *DD* 2009/13 en R. Ter Haar en G.H. Meijer, *Noodweer*, Deventer: Kluwer 2009, hoofdstuk 6c en 10e). Het is voor een beoordeling van de proportionaliteitseis van belang dat de feitenrechter vaststelt waaruit de aanranding heeft bestaan waartegen de verdachte zich heeft verdedigd (HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9817, *NbSr* 2011/90). Anders wordt het moeilijk de belangen af te wegen. En bij de beoordeling spelen ook de in het geding zijnde rechtsgoederen een rol (welk rechtsgoed wordt door de aanranding bedreigd en welk rechtsgoed door de verdediging?). Wie het vege lijf van zichzelf of een ander moet redden mag veel verder gaan dan wanneer men een onverlaat wil beletten een fiets in elkaar te trappen. In dat laatste geval mag men de baldadige bijvoorbeeld niet toetakelen (dan is sprake van eigenrichting). Meer dan een enkele duw of klap lijkt mij dan niet toegestaan. Daarbij moet in het achterhoofd worden gehouden dat soms geen enkele verdediging gerechtvaardigd is, omdat het in het geding zijnde belang te gering is (vgl. N. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 117).

##### 6. Culpa in causa

De voorgaande kwestie over de aard van noodweer en de verdedigingswil uit de punten 2. en 3. moet worden onderscheiden van het vraagstuk van culpa in causa. Culpa in causa is de sluitpost van de beoordeling van een beroep op noodweer. Dan gaat het om gedragingen van de verdachte die aan de wederrechtelijke aanranding door het latere slachtoffer zijn voorafgegaan en



die in de weg staan aan het slagen van een beroep op noodweer. Dit is alleen onder bijzondere omstandigheden het geval, zo merkt de Hoge Raad op. Vaak betreft het het opzoeken van de confrontatie en het (fysieke) conflict (zie r.o. 3.7.1 en uitgebreid Machielse, diss., p. 609-617). Anders dan bij aanvallende gedragingen van de verdachte als hiervoor onder 2. en 3. besproken, is er bij culpa in causa wel sprake van (verdediging in) een noodweersituatie, dus van een (onmiddellijk dreigende) ogenblikkelijke en wederrechtelijke aanranding door de ander. Toch slaagt het beroep op noodweer uiteindelijk niet, omdat de verdachte zichzelf bewust in de benarde situatie heeft gebracht en uit was op een (gewelddadig) treffen. De Hoge Raad merkt op dat '[d]e enkele omstandigheid dat een verdachte zich willens en wetens in een situatie heeft begeven waarin een agressieve reactie van het latere slachtoffer te verwachten viel of dat een verdachte zich in verband met een mogelijke aanval van het slachtoffer als voorzorgsmaatregel van een illegaal vuurwapen had voorzien, daartoe evenwel onvoldoende [is].' De Hoge Raad verwijst naar HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087, NJ 2006/509, m.nt. Buruma, NbSr 2006/172 en HR 27 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6311, NJ 2003/152. In het eerste arrest gingen taxichauffeurs betaling van een rit halen ondanks waarschuwingen van de echtgenoot van het latere slachtoffer dat deze agressief zou reageren. In het tweede arrest ging de verdachte toch met de vriendin van het latere slachtoffer naar huis, terwijl het slachtoffer de verdachte had gewaarschuwd zich niet met haar in te laten. Daarmee was van eigen schuld aan het conflict dat was ontstaan steeds nog geen sprake. In dergelijke gevallen hoeft recht nog niet voor onrecht te wijken. Ook weglopen in geval van ruzie wordt niet verlangd, althans niet zonder meer (vergelijk HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1267, NJ 2010/677, NbSr 2011/37). Maar als duidelijk is dat het de verdachte eigenlijk te doen was in een conflict terecht te komen en geweld daarin voor lief te nemen, dan strandt het beroep op noodweer alsnog op culpa in causa (vergelijk HR 16 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR2443, NJ 2007/467, m.nt. De Jong, NbSr 2004/464).

#### 7. De aard van noodweerexces

In geval van noodweerexces handelt de ver-

dachte wel wederrechtelijk (hij gaat immers te ver), maar nemen we hem dat in de gegeven situatie niet kwalijk. De verdachte wordt onrecht aangedaan en hij mocht zich daartegen wel verdedigen (de eis van de Hoge Raad is dat aan alle vereisten voor noodweer verder is voldaan, behalve de proportionaliteitseis, zie r.o. 3.6.1). Dat de verdachte zich in een moeilijke situatie bevond, vermindert het onrechtsgehalte van zijn actie en hij handelt in een zeer emotionele staat. In algemene zin hoeft de verdediger zich naar aanleiding van een noodweersituatie niet te druk te maken om de proportionaliteit van zijn handelen. Dit zou anders de reikwijdte van noodweer te zeer beperken. Als de verdachte doorschiet, is zijn straffeloosheid nog steeds wel te billijken. Noodweerexces is een schulditsluitingsgrond die de verwijtbaarheid van het handelen van de verdachte wegneemt (vergelijk Machielse, diss., p. 673-676, maar vooral zijn commentaar in Noyon, Langemeijer en R Emmelink, aant. 18.1 bij art. 41 en zie ook G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Ons strafrecht*, deel 1, Deventer: Kluwer 2015, p. 198). Dat de verdachte tegemoet wordt gekomen kan volgens de Hoge Raad zelfs zo ver gaan dat een ander dan de directe agressor het slachtoffer wordt van het handelen van de verdachte. Die 'derde' moet dan wel op enigerlei wijze betrokken zijn bij de aanranding (r.o. 3.6.4).

#### 8. De noodweersituatie en dubbele causaliteit als vereisten

De Hoge Raad legt de eisen voor noodweerexces nog eens uit (r.o. 3.6.2 en 3.6.3). Bekend is de vereiste dubbele causaliteit bij noodweerexces. De aanranding moet de hevige gemoedsbeweging (hoofdzakelijk) hebben veroorzaakt en die hevige gemoedsbeweging moet doorslaggevend zijn geweest voor het excessieve gedrag. Noodweerexces kan dan in twee gevallen uitkomst bieden. De eerste is de situatie dat de verdachte ten tijde van de noodweersituatie te ver doorschiet. Dit sluit aan bij de situatie die doorgaans ook wel als intensief noodweerexces aangeduid wordt omschreven. De tweede situatie houdt in dat de noodweersituatie niet meer bestond, maar de gedraging van de verdachte 'niettemin het onmiddellijk gevolg was van een hevige gemoedsbeweging die was veroorzaakt door de daaraan voorafgaande wederrechtelijke aanranding.' Dit wordt ook wel extensief noodweerexces ge-

noemd. De excessieve reactie vindt pas plaats als de aanranding is afgewend of als deze zich niet meer voordoet. Deze laatste vorm van extensief noodweerexcès wordt ook wel getypeerd als tardief noodweerexcès (zie over de typeringen Machielse, diss., p. 681-682 en C. Kelk en F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 372).

#### 9. Putatief noodweer

De Hoge Raad behandelt ook het putatief noodweer. Als daarop een beroep wordt gedaan moet worden bekeken of sprake was van verontschuldgbare dwaling aan de kant van de verdachte. De Hoge Raad geeft als voorbeelden dat de verdachte kon en redelijkerwijs mocht menen 'dat hij zich moest verdedigen op de wijze als hij heeft gedaan omdat hij verontschuldigbaar zich het dreigende gevaar heeft ingebeeld dan wel de aard van de dreiging verkeerd heeft beoordeeld' (r.o. 3.7.2). Deze variant wordt afgedaan via de band van afwezigheid van alle schuld. De verdachte dwaalde ten aanzien van de situatie. Vaak gaat het om het geval dat de verdachte meende en ook mocht menen dat hij (of een ander) werd aangevallen. In deze variant wordt ook putatief noodweerexcès erkend. Putatief noodweer(excès) betreft aldus een schulditsluitingsgrond.

#### 10. Slot

De Hoge Raad geeft met dit arrest de handvatten om het belangrijke leerstuk van noodweer en noodweerexcès af te handelen in de praktijk. Veel nieuws onder de zon kent de uitspraak niet. De Hoge Raad zet vooral zijn jurisprudentie nog eens op een rij. Dat is ook wel eens nuttig, omdat voor een ieder nu echt kenbaar en toepasbaar moet zijn wat zijn taak ten aanzien van dit leerstuk is (zie eerder over enige (on)duidelijkheid al R. ter Haar en S.E. van den Brink, 'Het 'overvalersrisico': de (on)duidelijkheid over de grenzen van de noodweerhandeling', *TPWS* 2014/24). De uitwerking is als volgt. Voor de verdediging geldt dat een beroep op artikel 41 Sr stellig en krachtig moet worden gevoerd, waarbij de feitelijke toedracht niet of nauwelijks in het midden mag worden gelaten. Duidelijk moet worden gemaakt dat de verdachte niet-onredelijk heeft gehandeld. De officier van justitie zal ermee rekening moeten houden dat hij, voorafgaand aan de beoordeling door de strafrechter, de last tot het aannemelijk

maken van de benodigde feiten en omstandigheden niet bij de verdachte mag laten. Justitie zal zich in eerste instantie terughoudend en welwillend moeten opstellen (zie ook de Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer, 2010A030). Het is uiteindelijk de feitenrechter die helder moet vaststellen wat er nu precies gebeurd is (en daarbij mag ook hij niet alle verantwoordelijkheid bij de verdachte neerleggen). Was sprake van verdedigend handelen van de verdachte in een noodweersituatie (en waaruit bestond dan de aanranding van het latere slachtoffer)? En, zo ja, kan gelet op die toedracht een beroep op noodweer of noodweerexcès aan de hand van de juridische eisen worden gehonoreerd? Daarbij kan de rechter zich op het einde afvragen of de verdachte niet uit was op een escalatie, zodat hem straffeloosheid alsnog moet worden ontzegd.

J.S. Nan