



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Grondslagen van de Nederlandse  
noodweerregeling

Nederlandse noodweerregeling: een  
zoektocht naar de facetten van noodweer.

Age Lub, studentnummer: 10489193  
Scriptiebegeleider: mr. dr. D. Abels

Juni 2016

## Inhoud

Inleiding .....	3
Centrale vraagstelling .....	4
Leeswijzer .....	5
Hoofdstuk 1    Huidige regeling noodweer .....	7
1.1    Hoe is het leerstuk over noodweer veranderd in de loop der jaren? .....	7
1.2    Op welke uitgangspunten berust de Nederlandse noodweerregeling? .....	10
1.3    Hoe is de regeling van noodweer geregeld in de huidige Nederlandse wetgeving? .....	11
1.3.1    Verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed .....	12
1.3.2    ‘Ogenblikkelijk’ .....	13
1.3.3    ‘Wederrechtelijk’ .....	14
1.3.4    ‘Geboden door de noodzakelijke verdediging’ .....	15
1.4    Hoe verhoudt noodweer zich tot de overige strafuitsluitingsgronden? .....	16
1.5    Hoe ziet een gegrond beroep op noodweer eruit? .....	18
1.6    Tussenconclusie .....	19
Hoofdstuk 2:    Modellen G.P. Fletcher .....	20
2.1    Hoe laten de drie modellen van G.P. Fletcher zich kenmerken? .....	20
2.1.1    Necessary Defense as an Excuse .....	20
2.1.2    Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils .....	22
2.1.3    Necessary Defense and the Vindication of Autonomy .....	23
2.2    Hoe verhouden de drie modellen van G.P. Fletcher zich tot de Nederlandse rechtspraak en tot de Nederlandse grondslagen van de noodweerregeling? .....	24
2.2.1    Nederlandse rechtspraak noodweerregeling .....	24
2.2.2    Necessary Defense as an excuse .....	27
2.2.3    Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils .....	29
2.2.4    Necessary Defense and the Vindication of Autonomy .....	31
2.2.5    Nederlandse grondslagen noodweerregeling .....	33
2.2.6    Voorkomen eigenrichting .....	34
2.2.7    Natuurlijk verdedigingsrecht van de burger .....	34
2.2.8    Rechtsordehandhaving .....	35
2.2.9    Modellen G.P. Fletcher getoetst aan de Nederlandse grondslagen van de noodweerregeling .....	35
2.3    Zou de Nederlandse rechtspraak zich meer moeten conformeren aan één of meer modellen van G.P. Fletcher? .....	36
Hoofdstuk 3    Eisen van proportionaliteit en subsidiariteit .....	38

3.1	Waar ziet de eis van proportionaliteit op bij noodweer?.....	38
3.2	Hoe is de proportionaliteitseis geformuleerd in de huidige rechtspraak? .....	40
3.3	Hoe verhoudt de proportionaliteitseis uit de huidige rechtspraak zich tot de Nederlandse grondslagen van de noodweerregeling en tot de modellen van G.P. Fletcher?.....	43
3.4	Waar ziet de eis van subsidiariteit op bij noodweer? .....	45
3.5	Hoe is de eis van subsidiariteit geformuleerd in de huidige rechtspraak? ....	46
3.6	Hoe verhoudt de subsidiariteitseis uit de huidige rechtspraak zich tot de Nederlandse grondslagen van noodweer en tot de modellen van G.P. Fletcher? ....	51
Hoofdstuk 4 Culpa in causa en de Garantenstellung .....		54
4.1	Definitie culpa in causa .....	54
4.2	Hoe is culpa in causa in de Nederlandse rechtspraak geformuleerd? .....	56
4.4	Definitie Garantenstellung .....	61
4.5	Hoe is de Garantenstellung in de Nederlandse rechtspraak geformuleerd? ..	61
4.6	Hoe verhouden culpa in causa en de Garantenstellung uit de huidige rechtspraak zich tot de Nederlandse grondslagen van noodweer en tot de modellen van G.P. Fletcher?.....	63
Hoofdstuk 5 Conclusie .....		66
5.1	Inleiding .....	66
5.2	Huidige noodweerregeling .....	67
5.3	Modellen G.P. Fletcher .....	67
5.4	Het proportionaliteitsvereiste .....	68
5.5	Het subsidiariteitsvereiste .....	68
5.6	Culpa in causa .....	69
5.7	De Garantenstellung.....	70
5.8	Publieke discussie .....	70
Literatuurlijst.....		72

## Inleiding

28-3-2014 –In een juwelierszaak in Deurne heeft een overval plaatsgevonden. Later blijkt dat twee overvallers zijn doodgeschoten door Marina Sanders, de vrouw van de juwelier. Zij schoot toen zij zag dat haar man in de winkel werd aangevallen. Door de overvallers werd pepperspray gebruikt en werd een wapen getrokken. De man van Marina werd in elkaar geschopt en geslagen. Marina, die een wapen had aangeschaft na een eerdere overval, schoot op de overvallers waardoor zij kwamen te overlijden.<sup>1</sup> Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft 12 augustus 2015 bepaald dat de juweliersvrouw niet wordt vervolgd omdat zij handelde uit zelfverdediging. Deze uitspraak kwam nadat de nabestaanden van de overvallers de eerdere conclusie van het OM, dat de juweliersvrouw handelde uit zelfverdediging, hadden aangevochten middels een beklagprocedure bij het Hof.<sup>2</sup> Gedurende deze zaak was er in de media veel discussie over de vraag hoe ver het recht op zelfverdediging reikt.

De noodweerregeling in Nederland in de afgelopen decennia aan verandering onderhevig geweest. Eigenrichting is van oudsher niet toegestaan. Toch laat de wet in bepaalde situaties eigenrichting toe.<sup>3</sup> Er moet dan sprake zijn van een noodweersituatie in de zin van art. 41 Sr. Er moet sprake zijn van een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding waardoor een feit wordt begaan, dat is geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of anders lichaam, eerbaarheid of goed. Hierin zitten de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit van de gewelddadige reactie van de verdachte ingebakken.

Verder moet de degene die zich op noodweer beroept zich niet zelf in de betreffende situatie gebracht hebben, wat wordt aangeduid als 'culpa in causa'. Ook de Garantstelling speelt bij noodweer een duidelijke rol; deze moet wel toegesneden worden op de concrete verdachte.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Willems, Juweliersvrouw Deurne niet vervolgd, [online via <http://www.nrc.nl>, geraadpleegd 2 juni 2016].

<sup>2</sup> Hof 's- Hertogenbosch 12 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3199 [online].

<sup>3</sup> Van Weringh, *Over nut en onnut van de eigenrichting*, 1982, p.231 e.v. [online].

<sup>4</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 334.

In een steeds verhardende samenleving wordt het verdedigingsrecht van een burger steeds belangrijker. Waar houden rechters rekening mee als het gaat om zaak waarin een beroep op noodweer wordt gedaan: het verdedigingsrecht als *ulimum remedium*, de belangenafweging of de autonomie?

G.P. Fletcher onderscheidt in zijn *'The theory of Necessary Defense'* drie modellen die zien op de ideeën achter noodweer die als rechtvaardiging kunnen dienen voor de inbreuk op het geweldsmonopolie van de Staat:

- 'Necessary Defense as an excuse'
- 'Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils'
- 'Necessary Defense and the Vindication of autonomy'<sup>5</sup>

De modellen van Fletcher in de bijbehorende theorie betreffen de meest uitgewerkte theorievorming op dit terrein.

Deze modellen kunnen derhalve worden gebruikt om te bezien waar de rechtvaardiging van de verdediging ligt. Met andere woorden: wanneer mag de burger geweld gebruiken?

Kunnen, door toetsing van rechtspraak en grondslagen van noodweer aan de modellen van Fletcher, deze modellen helpen om de publieke discussie omtrent noodweer beter te duiden?

Is de huidige noodweerregeling nog wel toereikend in een steeds verhardende samenleving?

Moet de huidige noodweerregeling ruimer toegepast worden dan nu het geval is in de rechtspraak? Deze vragen worden behandeld in de voor u liggende scriptie.

### Centrale vraagstelling

De huidige rechtspraak omtrent noodweer wordt in deze scriptie getoetst aan de grondslagen van de Nederlandse noodweerregeling en de modellen van G.P. Fletcher, In deze scriptie zal de volgende vraag beantwoord worden:

---

<sup>5</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p. 855-875. [online].

*‘Hoe verhoudt de huidige rechtspraak omtrent noodweer zich tot de grondslagen van de Nederlandse noodweerregeling en de modellen van G.P. Fletcher’?*

## Leeswijzer

Om tot een onderbouwde conclusie op deze centrale vraag te komen zal een aantal deelonderwerpen aan bod komen. Deze deelonderwerpen zijn ingedeeld in vier hoofdstukken.

Hoofdstuk 1 is gewijd aan de huidige noodweerregeling. De verandering van de noodweerregeling in de loop der jaren, de uitgangspunten waarop de noodweerregeling berust, de regeling van noodweer in de huidige Nederlandse wetgeving, de verhouding van noodweer tot de overige strafuitsluitingsgronden en de gevolgen van een gegrond beroep op noodweer worden besproken.

In het tweede hoofdstuk worden de bovengenoemde modellen van G.P. Fletcher uiteengezet.

Ik heb de modellen van G.P. Fletcher gekozen omdat de modellen laten zien waar de rechtvaardiging is gelegen voor het hanteren van geweld door burgers. De theorie van Fletcher is de meest uitgewerkte theorievorming op dit terrein.

Bij elk van de drie modellen wordt de vraag gesteld hoe elk model zich verhoudt tot de Nederlandse rechtspraak en de Nederlandse grondslagen van noodweer. Ten slotte wordt de vraag beantwoord of de Nederlandse rechtspraak zich meer zou moeten conformeren aan één of meer van deze modellen beantwoord. Ook zal de vraag beantwoord worden wat de modellen van Fletcher uiteindelijk kunnen bijdragen aan de noodweerregeling en de discussie daaromtrent.

Het derde hoofdstuk zal de proportionaliteit- en subsidiariteitseis van noodweer in de huidige Nederlandse rechtspraak afzetten tegen de grondslagen van noodweer en de modellen van G.P. Fletcher. Het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste worden in een apart hoofdstuk besproken omdat deze vereisten van groot belang zijn voor de noodweerregeling. Ook hier zal de vraag worden gesteld hoe de proportionaliteits- en subsidiariteitseis zich verhouden tot de

Nederlandse rechtspraak inzake noodweer, de modellen van G.P. Fletcher en de grondslagen van noodweer. Ook wordt de vraag gesteld of de proportionaliteits- en subsidiariteitseis zich zou moeten conformeren aan één of meer van deze modellen.

Het vierde en tevens laatste hoofdstuk bespreekt de culpa en causa en de Garantenstellung. De huidige rechtspraak hieromtrent zal wederom worden getoetst aan de grondslagen van noodweer en de modellen van G.P. Fletcher.

Tot slot wordt in de conclusie de centrale vraag (met behulp van de bespreking van de hierboven genoemde deelvragen) beantwoord.

## Hoofdstuk 1 Huidige regeling noodweer

### 1.1 Hoe is het leerstuk over noodweer veranderd in de loop der jaren?

Om tot een goed begrip te komen van de noodweerregeling is het noodzakelijk om kort de geschiedenis van de codificatie van noodweer uiteen te zetten.

In Nederland is in 1809 centrale strafwet- en regelgeving ontstaan toen Napoleon aan de macht kwam. In dit 'Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland' werd de noodweerregeling gesitueerd onder de titel 'doodslag of manslag'. Alleen deze delicten konden in aanmerking komen voor een geslaagd beroep op noodweer.

In 1813 is Napoleon van zijn troon gestoten. Franse wetboeken als de Code Pénal en de Code d'instruction criminelle bleven in Nederland van kracht en werden in september 1886 vervangen door het Wetboek van Strafrecht (tussen 1811 en 1886 was zodoende de vertaalde Code Pénal van kracht).

In de Code Pénal was noodweer gecodificeerd in de artikelen 328 en 329. Artikel 328 C.P. hield in dat je jezelf of een ander mocht verdedigen wanneer 'de begane nederlaag, of de toegebrachte kwetsuren of slagen of stoten, door werkelijke nooddwang bevolen werd'. In artikel 329 C.P. stond vermeld in welke gevallen er werkelijke nooddwang van verdediging bestond. Dit artikel was derhalve beperkt en het specifieke feit bepaalde of er een beroep op noodweer gedaan kon worden.

De artikelen 328 en 329 waren als volgt omschreven:<sup>6</sup>

Artikel 328:

*Dat er noch misdaad noch wandrijf is, wanneer de begane nederlaag, of de toegebrachte kwetsuren of slagen of stoten, door de werkelijke nooddwang van zelfverdediging of verdediging van een ander bevolen werd.*

Artikel 329:

*Onder de gevallen van werkelijke nooddwang van verdediging zijn de volgende twee gevallen begrepen:*

*1. Indien de nederlaag begaan, de kwetsuren, slagen of stoten toegebracht zijn met, bij de nacht, de beklimming of inbreking van omschuttingen, muren of deuren van een bewoond huis, of bewoond gedeelte van een huis, of van zijn toebehoren, af te weren.*

*2. Indien de zaak voorvalt, in zich te verweren tegen daders van gewelddadige diefstal op plundering.*

<sup>6</sup> Van Deirse, *De algemene beginselen van strafrecht*, 1860, p.201.



Bij de invoering van het Nederlands Wetboek van Strafrecht in 1886 is een noodweerartikel gecodificeerd in Boek I, Titel III (Niet-Strafbaarheid).<sup>7</sup>

Het betrof artikel 41 hetwelk als volgt uiteengezet werd:

1. *'Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen oogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.*

2. *Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van eene hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt'.<sup>8</sup>*

In de Memorie van Toelichting staat vermeld dat door in het artikel ook melding te maken van 'goed', de bepalingen in uit de artikelen 322 en 329 C.P (412 en 517 C.P. Belge) konden vervallen.

In het Verslag van de Tweede Kamer wordt hierover gesproken. Hierin staat vermeld dat de bijvoeging van het bestanddeel 'goed' strekt om de speciale bepalingen van de Code Pénal in de artt. 322 en 329 te vervangen, maar daardoor gaat de straffeloosheid van noodweer veel te ver.<sup>9</sup> In dit verslag wordt het voorbeeld genoemd van 'iemand die de dief van zijn horloge of wandelstok die hij anders niet *kan* verdedigen, neerschiet en vervolgens straffeloos is.<sup>10</sup> In dit verslag wordt derhalve gevraagd om 'goed' weg te laten, of weer terug te keren naar de bepalingen van de C.P.

De commissie heeft de Minister er vervolgens op gewezen dat het juist de vraag is wat in dezen als 'recht' moet worden aangemerkt. Als het goed, bijvoorbeeld appels of peren, niet op een andere manier te verdedigen is, zou de dief straffeloos kunnen worden neergeschoten. Als dit niet zou kunnen, is de dief altijd verzekerd van zijn buit.

De commissie vervolgt: 'het is nooit bedoeld, dat iemand die in de verte een jongen zijn appels of peren gestolen ziet worden, deze dief zou mogen neerschieten'.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, 1891, p. 406.

<sup>8</sup> Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, 1891, p. 406.

<sup>9</sup> Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, 1891, p. 406.

<sup>10</sup> Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, 1891, p. 406.

<sup>11</sup> Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, 1891p. 407.

Hierop heeft de minister het criterium *‘geboden door de noodzakelijke verdediging’* toegevoegd in plaats van het voorgestelde *‘noodzakelijk ter verdediging’*.

De rechter beslist derhalve over de noodzakelijkheid en gebodenheid van de verdediging.

Verder beval de Minister aan dat de limitatieve opsomming van de oorzaken van de overschrijding van de grenzen terzake noodweerexces niet was aan te bevelen. Dit om de rechter meer vrijheid te laten.<sup>12</sup>

Men vroeg zich destijds af of de codificatie van noodweer niet veel algemener kon, zoals: *‘niemand is strafbaar wegens een feit waartoe hij door noodweer gedrongen is’*.<sup>13</sup> *Uiteindelijk kon men echter met de voorgestelde bepaling van art. 41 Sr. goed leven omdat ‘in elk geval de vraag of er noodweer is geheel aan het gezond verstand en het oordeel des rechters moet worden overgelaten’*.<sup>14</sup>

Dat alles geheel aan het gezond verstand en het oordeel des rechters moet worden overgelaten valt in twijfel te trekken door de duidelijke beperkingen die art. 41 Sr. stelt.

De noodweerregeling is sindsdien niet meer gewijzigd. De wettelijke vereisten en uitgangspunten zijn derhalve dezelfde gebleven. De beoordeling van deze wettelijke vereisten en uitgangspunten zijn wel aan verandering onderhevig geweest. Ook in het heden zijn de grenzen van de fundamentele van noodweer in beweging.

Dit is te wijten aan het alsmaar opkomende maatschappelijke debat over de noodweerregeling. Ook is in de rechtspraak omtrent noodweer niet altijd eenstemmig over dit onderwerp.

In de volgende paragrafen zal nader worden ingegaan op de uitgangspunten van de Nederlandse noodweerregeling. Vervolgens wordt de huidige noodweerregeling in de Nederlandse wetgeving besproken. De positie van noodweer ten opzichte van de overige strafuitsluitingsgronden wordt gesitueerd. Aan het einde van dit hoofdstuk wordt besproken welke gevolgen een gegrond beroep op noodweer heeft.

---

<sup>12</sup> Schmidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, 1891, p.408.

<sup>13</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 316.

<sup>14</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 316.

## 1.2 Op welke uitgangspunten berust de Nederlandse noodweerregeling?

De noodweerregeling is terug te voeren op de belangrijkste functie van het strafrecht: de voorkoming van eigenrichting.<sup>15</sup> Door beperkingen te stellen aan een gegrond beroep op noodweer, wordt eigenrichting genormeerd.

De noodweerbevoegdheid berust op een dubbele grondslag:<sup>16</sup>

- een ‘natuurlijk verdedigingsrecht van de burger’;
- rechtsordehandhaving.<sup>17</sup>

De eerste grondslag, ‘een natuurlijk verdedigingsrecht van de burgers’, spreekt voor zich. Wanneer een individu zich bevindt in een conflictsituatie en de belangen die in de wet zijn aangewezen verdedigt, is sprake van noodweer en is er derhalve verwantschap met de noodtoestand.<sup>18</sup> Hieruit blijkt dat er bij noodweer sprake is van een conflict tussen belangen en plichten. Er bestaat vervolgens nog een extra dimensie: het moet gaan om een wederrechtelijke aanranding. Tussen de verdediger en de aanrander bestaat een confrontatie. De verdediger wil het onrecht uit de wereld helpen en poogt het gevaar, dat van het wederrechtelijk handelen uitgaat, te beteugelen.

Bovenstaande impliceert de eerste grondslag: ‘een natuurlijk verdedigingsrecht van de burger’. Dit komt omdat de verdediger het zwaarste belang of de belangrijkste plicht moet kiezen. Omdat de verdediger het onrecht uit de wereld wil helpen en poogt het gevaar, dat van het wederrechtelijk handelen uitgaat, te beteugelen kiest hij dus voor het zwaarste belang of de belangrijkste plicht.

Met betrekking tot de tweede grondslag, ‘de rechtsordehandhaving’, het volgende.

---

<sup>15</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 360.

<sup>16</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 317.

<sup>17</sup> Machielse, *noodweer in het strafrecht*, 1986, p.523-531. [online].

<sup>18</sup> Machielse, *Handboek strafzaken, 36.7 Noodweer en noodweeresces; artikel 41 Sr.*, 2013, p.2. [online].

Er bestaat een extra dimensie van rechtshandhaving in het noodweerbegrip. Deze extra dimensie ziet op het feit dat noodweer zich niet tegen een ‘neutraal’ belang richt, maar tegen een wederrechtelijke aanranding.<sup>19</sup>

Deze dimensie heeft gevolgen voor de eisen die aan noodweer te stellen zijn. In noodtoestand worden rechtsgoederen beschermd, maar in noodweer wordt ook gehandeld ter bescherming van het recht zélf. Het huisrecht is hierbij uitgezonderd.<sup>20</sup> De hiervoor bedoelde dimensie kan van belang zijn om in grensgevallen waarin een strafbaar handelen zou hebben bestaan, dit niet zo wordt gezien.

Het recht tot bescherming van de limitatieve rechtsgoederen uit art. 41 Sr kan slechts bij een onrechtmatige aanranding gelden; dat brengt het karakter van bijzondere rechtsordehandhaving met zich mee.<sup>21</sup>

Het nemen van wraak heeft niets van doen met noodweer. De bestraffende functie blijft bij de overheid gelegen. Een beroep op noodweer is een uitzonderingssituatie. Het voorkomen van eigenrichting kan ook als grondslag worden gezien van de noodweerregeling.

### 1.3 Hoe is de regeling van noodweer geregeld in de huidige Nederlandse wetgeving?

De noodweerregeling is in de huidige Nederlandse wetgeving omschreven in artikel 41 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht:<sup>22</sup>

*1. Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.*

Wat direct opvalt bij de huidige wettekst is dat deze wettekst overeenkomt met de hierboven besproken eerste wettekst van artikel 41 van het Wetboek van Strafrecht uit 1886.

<sup>19</sup> Machielse, *Handboek strafzaken, 36.7 Noodweer en noodweererces; artikel 41 Sr.*, 2013, p.2. [online].

<sup>20</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p.319.

<sup>21</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 319.

<sup>22</sup> Art. 41 lid 1 Sr.

In deze paragraaf zullen de wettelijke vereisten voor noodweer worden besproken.

Dit betreft de vereisten:

- Verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed;
- Ogenblikkelijk;
- Wederrechtelijk;
- Aanranding; en
- Geboden door de noodzakelijke verdediging.

### 1.3.1 Verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed

De rechtsgoederen in art. 41 Sr (lijf, eerbaarheid en goed) impliceren in een noodweersituatie de zelfverdediging met betrekking tot deze rechtsgoederen. Toch is zelfverdediging geen goede woordkeuze. De verdediging van lijf eerbaarheid en goed betekent mede dat de verdediging zich mag uitstrekken tot de verdediging van eens anders lijf, eerbaarheid en goed. Dit volgt uit art. 41 Sr.

Het komt er feitelijk op neer dat men op het moment dat onrecht tegen iemand anders of diens goed plaatsvindt, onder dezelfde voorwaarden mag helpen of afweren als wanneer men zelf in een noodweersituatie zou verkeren.

In ons strafstelsel heeft de aanranding van het lijf groot gewicht.<sup>23</sup> Geweld tegen 'het lijf' behoort in ons systeem tot de zwaarste misdrijven. Hierdoor is zelfverdediging in de zin van noodweer gerechtvaardigd. Beperking van de bewegingsvrijheid valt onder omstandigheden ook onder 'de aanranding van het lijf'. Het vastpakken van de arm en vast blijven houden van die arm in een situatie waarin de verdachte meerdere keren heeft gevraagd haar los te laten, is zo'n situatie.<sup>24</sup> Het begrip 'lijf' omvat derhalve de lichamelijke integriteit in brede zin.

Met 'de aanranding van de eerbaarheid' is de seksuele eerbaarheid bedoeld. In andere woorden: 'de schending van de kuisheid en het fatsoen op seksueel gebied'.<sup>25</sup>

Een mishandeling als reactie op een eenvoudige belediging komt niet in aanmerking voor een geslaagd beroep op noodweer omdat men in de eer zou zijn aangetast.<sup>26</sup> Dit

---

<sup>23</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p.364.

<sup>24</sup> HR, 17 december 1996, NJ 1997, 262. [online].

<sup>25</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p.364.

<sup>26</sup> HR 8 januari 1917, NJ 1917, 175. [online].

omdat dit begrip van eer niet onder het beperkte begrip van ‘eerbaarheid’ valt. Een reactie op een belediging is van oudsher ‘het duel’.

Ook de pleger van eerwraak kan zich niet beroepen op noodweer omdat een wederrechtelijke aanranding ontbreekt.<sup>27</sup>

Wat is de reikwijdte van het begrip ‘goed’ in de zin van art. 41 Sr? In beginsel houdt de aanranding van goederen een daadwerkelijke aantasting van het stoffelijke goed zelf in.<sup>28</sup> Stoffelijke goederen moeten worden gelezen in de zin van ‘voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.’<sup>29</sup> Van het begrip ‘goed’ is een illegaal goed (zoals cocaïne) niet uitgesloten.<sup>30</sup>

Huisvrede is derhalve niet gerubriceerd als rechtsgoed in de zin van art. 41 Sr. De Hullu bespreekt deze ‘leemte’. In HR 7 mei 1974, NJ 1974, 300 is iemand wederrechtelijk (na vernieling van de voordeur) binnengedrongen in een woning. Hij werd mishandeld door de bewoner. Deze situatie was volgens de Hoge Raad niet geboden door aanranding van ‘lijf of goed’. Volgens De Hullu levert deze situatie in de praktijk zelden problemen op omdat dit wederrechtelijk binnendringen doorgaans gepaard gaat met ‘onmiddellijk dreigend gevaar’ van lijf of goed. Dan mag onder voorwaarden wel een noodweershandeling worden verricht.<sup>31</sup>

Kortom: als er in bovenstaand geval geen sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar<sup>32</sup>, is een verdediging daartegen ook niet geboden. Er is in zo’n situatie geen sprake van noodweer. Dit soort casus komt verder in deze scriptie ook nog naar voren omdat dit valt onder het model van G.P. Fletcher ‘Defense as the Vindication of Autonomy’.

### 1.3.2 ‘Ogenblikkelijk’

Voor noodweer is vereist dat de verdediging is gericht tegen een ‘ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding’.

---

<sup>27</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p.318.

<sup>28</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 365.

<sup>29</sup> HR 14 april 1998, *NJ 1998*, 662 m.nt. ‘tH. [online].

<sup>30</sup> HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1786, *NJ 2016*,39. [online].

<sup>31</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 319.

<sup>32</sup> Zie hoofdstuk 1.3.2. voor de duiding van ‘onmiddellijk dreigend gevaar’.

De term ogenblikkelijk wil zeggen dat de aanranding in feite begonnen is. Er moet minstens sprake zijn van onmiddellijk dreigend gevaar voor een wederrechtelijke aanranding.<sup>33</sup>

Het ‘onmiddellijk dreigende gevaar voor een wederrechtelijke aanranding’, is aansluitend bij de Memorie van Toelichting<sup>34</sup> door de Hoge Raad gelijk gesteld aan de ‘ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding’ in de zin van art. 41 lid 1 Sr.<sup>35</sup>

Dit criterium van onmiddellijk dreigend gevaar wordt uitgekristalliseerd in het Vrees-arrest.<sup>36</sup> Een persoon wordt bedreigd door zijn buurman doordat de buurman in de ene hand een moker heeft en in de andere hand een stuk ijzer. De persoon is vervolgens zelf in de aanval gegaan. Het beroep op noodweer is ongegrond verklaard door de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

*‘Voor noodweer moet de ander eerst een slag hebben gegeven, dan wel de betrokkene hebben nagezeten, beetgepakt of fysiek met dreigende vuist zijn genaderd’.* Het enkel vrees aanjagen van de verdachte jegens het slachtoffer is niet afdoende om een beroep op noodweer te laten slagen.

De eis van ogenblikkelijke aanranding houdt ook het einde van de noodweersituatie in. Namelijk, wanneer de aanranding is geëindigd, is een beroep op noodweer niet (meer) mogelijk.<sup>37</sup>

### 1.3.3 ‘Wederrechtelijk’

De ogenblikkelijke (dreigende) aanranding mag niet voortkomen uit een eigen recht of uit de rechtmatige uitoefening van een overheidsbevoegdheid.<sup>38</sup> Er moet derhalve sprake zijn van een wederrechtelijke aanranding. Als een persoon, werkzaam bij de gemeente bijvoorbeeld een boom in jouw straat omzaagt, kan je jezelf daar niet tegen verdedigen met een beroep op noodweer. Als een opsporingsambtenaar optreedt in de rechtmatige uitoefening van zijn beroep is een beroep op noodweer ook niet mogelijk.

---

<sup>33</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 361.

<sup>34</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 407, nr. 3 p.2.

<sup>35</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, 321.

<sup>36</sup> HR 8 februari 1932, *BJ* 1932, 617. [online].

<sup>37</sup> HR 12 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0423. [online].

<sup>38</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 362.

Een klein zijspoor: de aanranding kan ook geschieden op ‘eigen verzoek’. Te denken valt aan de dienstplichtige die een ander vraagt om hem te verminken, zodat hij niet in dienst hoeft. De verzoekende dienstplichtige behoudt zijn recht op zelfverdediging tegen handelingen die tot zwaar lichamelijk letsel of tot de dood zouden leiden. Bij minder ernstige delicten verliest de verzoeker het recht om zich te verdedigen. Te denken valt dan aan kleine mishandelingen tijdens de seks en zaaksbeschadigingen bij sportbeoefening.<sup>39</sup>

Verder behoeft de wederrechtelijke aanranding niet een strafbaar feit op te leveren. Jegens de niet-strafbare poging tot mishandeling, de onrechtmatige daad van culpoze zaaksbeschadiging of culpoze gevaarzetting voor zaken kan evenwel gereageerd worden met een beroep op noodweer.<sup>40</sup>

#### 1.3.4 ‘Geboden door de noodzakelijke verdediging’

Geboden door de noodzakelijke verdediging impliceert de subsidiariteit en de proportionaliteit van de verdediging.

In hoofdstuk 3 van deze scriptie wordt dieper ingegaan op het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste. Hier volgt alvast een korte inleiding.

In HR 8 juni 2010, *NJ* 2010, 339 brengt de Hoge Raad expliciet naar voren dat noodweer verdedigend optreden vereist. De Hoge Raad stelt dat:

*‘Blijkens de wettelijke omschrijving van noodweer gaat het bij deze strafuitsluitingsgrond om de ‘verdediging’ van bepaalde rechtsgoederen tegen een (wederrechtelijke) aanranding. Dit betekent dat een beroep op noodweer niet kan worden aanvaard ingeval de gedraging van degene die zich op deze exceptie beroept, noch op grond van diens bedoeling noch op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging kan worden aangemerkt als verdedigend, maar*

<sup>39</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p.363.

<sup>40</sup> Machielse, *noodweer in het strafrecht*, 1986, p.582-584.



– naar de kern gezien- als aanvallend, bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht.’<sup>41</sup>

De twee vereisten die voortvloeien uit ‘geboden door de noodzakelijke verdediging’ impliceren de proportionaliteit en subsidiariteit.

Proportionaliteit is te definiëren als: ‘de manier van verdedigen moet in redelijke verhouding staan met de ernst van de aanranding.’<sup>42</sup>

De subsidiariteit ligt derhalve meer bij de ‘noodzakelijkheid’. Was er niet een andere uitweg dan verdediging? Had de betrokkene zich redelijkerwijs behoren te onttrekken aan de aanranding?

De subsidiariteitseis en de proportionaliteitseis zijn sterk met elkaar verweven en niet altijd haarfijn van elkaar te onderscheiden.<sup>43</sup>

Voorheen hanteerde de jurisprudentie een streng regime rondom het subsidiariteitsvereiste. Wanneer er gevlucht kon worden, maar dit niet was gedaan was een beroep op noodweer kansloos. Nu is de vaststelling van de subsidiariteit onderworpen aan een normatief oordeel, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn.<sup>44</sup>

Er is heden ten dagen een nieuwe kijk op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bij noodweer.<sup>45</sup> Hier kom ik in hoofdstuk drie op terug. Daar wordt de huidige rechtspraak hieromtrent getoetst aan de uitgangspunten en aan de modellen van G.P. Fletcher.

Verder staat verboden wapenbezit niet in de weg aan een geslaagd beroep op noodweer.<sup>46</sup> Wel kan het meenemen van wapens een beroep op noodweer in de weg staan als het gaat om de culpa in causa. Daarover later meer.

#### 1.4 Hoe verhoudt noodweer zich tot de overige strafuitsluitingsgronden?

---

<sup>41</sup>HR 8 juni 2010, NJ 2010, 339. [online].

<sup>42</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p.323.

<sup>43</sup> Van Kempen, *Drie basisvereisten voor noodweer. Een pleidooi voor subsidiariteit als de centrale voorwaarde*, 2011, p. 303-321.

<sup>44</sup> HR 6 oktober 2009, NJ 2010, 391, m.nt. Borgers. [online].

<sup>45</sup> Jansen, *Een nieuwe kijk op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bij noodweer*, DD2014/70, p.1. [online]

<sup>46</sup> HR 23 oktober 1984, NJ 1986, 56. [online].

Er zijn situaties waarin iemand de delictomschrijving vervult, maar niet strafbaar is. Deze situaties behelzen de strafuitsluitingsgronden. Wanneer de dader niet strafbaar is, maar het gepleegde feit wel een strafbaar feit betreft, wordt hij ontslagen van alle rechtsvervolging vanwege de niet-strafbaarheid van de dader.

Artikel 328 van de Code Pénal, die in paragraaf 1.1 reeds aan de orde kwam, luidde als volgt:

*‘ Daar is noch misdaad noch wanbedrijf, wanneer de begane nederlaag, of de toegebragte kwetsuren, of slagen of stooten, door den werkelijken noodwang der wettige zelfverdediging of verdediging van een ander bevolen werd.’<sup>47</sup>*

Sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886 behoort noodweer tot de algemene strafuitsluitingsgronden: in beginsel kunnen die worden ingeroepen ter uitsluiting van aansprakelijkheid voor elk strafbaar feit, ook al gaat het in de praktijk vooral om geweldsdelicten.<sup>48</sup>

Heden bestaan de volgende vijf wettelijke strafuitsluitingsgronden:

- Ontoerekenbaarheid (art. 39 Wetboek van Strafrecht);
- Overmacht (art. 40 Wetboek van Strafrecht);
- Noodweer en noodweerecnes (art. 41 Wetboek van Strafrecht);
- Wettelijk voorschrift (art. 42 Wetboek van strafrecht);
- Bevoegd en onbevoegd ambtelijk bevel (art. 43 Wetboek van Strafrecht).

Verder bestaan er nog twee ongeschreven strafuitsluitingsgronden:

- Afwezigheid van alle schuld (avas);
- Het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.

Het verschil tussen noodweer en overmacht valt als het volgt te karakteriseren:

‘noodweer is recht tegen onrecht’ en overmacht is ‘recht tegen recht.’<sup>49</sup> Ook verschillen de wettelijke vereisten van noodweer van die van overmacht. Hieruit valt

---

<sup>47</sup> Art. 328 C.P.

<sup>48</sup> Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 317.

<sup>49</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 363.

te concluderen dat noodweer vs. noodweer niet mogelijk is maar noodweer vs. overmacht als noodtoestand niet ondenkbaar is.

Bij beide strafuitsluitingsgronden, noodweer en overmacht als noodtoestand gaat het om een weloverwogen belangenafweging.

### 1.5 Hoe ziet een gegronde beroep op noodweer eruit?

De verdediging zal in strafzaken uitdrukkelijk een beroep op art. 41 lid 1 Sr moeten doen. Voor de behandeling van een beroep op noodweer zijn dezelfde eisen van toepassing als voor een beroep op een andere strafuitsluitingsgrond.

De verdediging moet onderbouwd uiteenzetten dat sprake was van een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding waartegen de verdachte zich heeft verweerd.

De verdediging zal alle elementen die in paragraaf 1.3 uiteengezet zijn uitvoerig moeten omschrijven.

De Hoge Raad beperkt een beroep van de advocaat op noodweer niet tot de letterlijke inhoud daarvan, maar betreft bij zijn overwegingen de strekking van het betoog en ziet eventuele vergissingen die de advocaat maakt bij de feiten die aan het beroep ten grondslag liggen door de vingers.<sup>50</sup>

Wanneer de verdediging een beroep op noodweer op de juiste wijze heeft voorgeschoteld aan de rechter moet deze indien hij het beroep verworpt, aangeven of de feiten niet aannemelijk zijn geworden of dat de feiten een beroep op noodweer niet rechtvaardigen.

Een beroep op noodweer heeft betrekking op de tweede materiële vraag van art. 350 Sv, de strafbaarheid van het feit. De dader is derhalve niet strafbaar en moet worden ontslagen van alle rechtsvervolgning.

Een beroep op noodweer zal zelden neerkomen op een ontkenning van het tenlastegelegde bestanddeel.

---

<sup>50</sup> HR 19 september 2006, *LJN AX9404*. [online].

Toch zijn hierbij twee situaties te bedenken:

→ Als de aanrander een hond heeft opgejut tegen de verdediger en de verdediger verwondt de hond in zijn afweer. Indien de verdediger dan wordt beschuldigd van het misdrijf van art. 350 lid 1 Sr en hij een beroep op noodweer doet, dan richt hij zich op het bestanddeel wederrechtelijk. Indien dit aanvaard wordt zal er vrijspraak volgen.

→ De beschuldiging van een verdediger van een culpoos delict. Verweer: opzettelijk gehandeld in noodweer.<sup>51</sup>

In een normaal geval zal een beroep op noodweer geclassificeerd worden als een beroep op een strafuitsluitingsgrond. Hiervoor geldt art. 358 lid 3 Sv.

## 1.6 Tussenconclusie

De codificatie in art. 41 Sr. van noodweer is weinig veranderd in de loop der jaren. Waar het bij de oorspronkelijke artikelen 328 en 329 van de Code Pénal nog ging om de situaties waarin je je mocht verdedigen na een begane nederlaag, is dit veel breder geworden bij de invoering van art. 41 Sr in het Nederlands Wetboek van Strafrecht van 1886.

Deze regeling is destijds breder geworden omdat een beroep op noodweer aan het gezond verstand en het oordeel van de rechters moet worden overgelaten. Zoals gezegd is de wettelijke regeling door de jaren dezelfde gebleven, maar de invulling van de bestanddelen van de noodweerregeling is in de loop van de jaren veranderd in de jurisprudentie.

De noodweerregeling berust op een dubbele grondslag: een natuurlijk verdedigingsrecht van de burger en de rechtsordehandhaving. Uiteindelijk is de regeling terug te voeren op de belangrijkste functie van het strafrecht: de voorkoming van eigenrichting.

De vereisten van de noodweerregeling uit art. 41 Sr worden ingevuld door rechtspraak.

---

<sup>51</sup> Machielse, *Handboek strafzaken, 36.7 Noodweer en noodweerecnes; artikel 41 Sr.*, 2013, p.29. [online].

De proportionaliteits- en subsidiariteits-eisen die gelezen moeten worden in het vereiste ‘geboden door de noodzakelijke verdediging’ komen in hoofdstuk 3 van deze scriptie uitvoerig aan bod, net als de *Garantenstellung* en de *culpa in causa* in hoofdstuk 4.

## Hoofdstuk 2: Modellen G.P. Fletcher

De tekst van G.P. Fletcher, ‘The Theory of Necessary Defense,’<sup>52</sup> laat zien waarin de rechtvaardiging gelegen is voor het hanteren van een geslaagd beroep op noodweer. De vraag die G.P. Fletcher beantwoordt in zijn tekst luidt als volgt: waarin is de rechtvaardiging gelegen dat de burger, terwijl de overheid een geweldsmonopolie heeft, toch geweld mag gebruiken? Een burger mag daarbij zo ver gaan dat hij door middel van dit geweld iemand mag doden. Er zijn verscheidene theorieën te bedenken om het gebruik van dit geweld te legitimeren. Fletcher zet drie theorieën uiteen die betrekking hebben op de noodweerregeling en op de rechtvaardiging van het gebruik van geweld van burgers.

### 2.1 Hoe laten de drie modellen van G.P. Fletcher zich kenmerken?

G.P. Fletcher onderscheidt drie modellen in zijn tekst *The Theory of Necessary Defense*. In deze paragraaf zullen deze drie modellen kort uiteen gezet worden. In de volgende paragrafen zullen de Nederlandse rechtspraak en de Nederlandse grondslagen van de huidige noodweerregeling getoetst worden aan de drie modellen van Fletcher. Uiteindelijk zal er beredeneerd worden aan welk(e) model(len) de Nederlandse noodweerregeling zich momenteel het meest conformeert. Vervolgens wordt de vraag beantwoord of en zo ja, aan welk model van Fletcher de Nederlandse noodweerregeling zich meer zou moeten conformeren.

#### 2.1.1 Necessary Defense as an Excuse

---

<sup>52</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000.

Het eerste model 'Necessary Defense as an Excuse' gaat, in de kern gezien, om de opvatting dat de verdachte niet anders kon handelen. De verdachte had geen andere keus, dan zijn tegenstander te doden.<sup>53</sup> Fletcher zet dit model als het volgt uiteen: '*If his back is to the wall, if it is his life or his adversary's, the human response is to kill rather than be killed*'.<sup>54</sup> Hieruit blijkt dat het moet gaan om een situatie waarbij de verdachte uiteindelijk met zijn rug tegen de muur moet komen te staan. Dat hij zich derhalve pas mag verdedigen als hij echt geen kant meer op kan. Deze handelwijze is te vergelijken met culpa, de verwijtbaarheid. Verwijtbaarheid in de zin: je kon niet anders handelen dan hoe je op dat moment gehandeld hebt. Onvermijdbaar, je staat met de rug tegen de muur. Alleen in een geval als hierboven uiteengezet is handel je verontschuldigbaar. Het is in dit model niet van belang hoe het gevecht gestart is, het gaat erom dat de verdedigingshandeling is geschied op het moment dat dat de laatste mogelijkheid was.<sup>55</sup> Hieruit blijkt dat hoe de aanranding is aangevangen, of er al dan niet geprovoceerd is door degene die uiteindelijk aangevallen wordt, niet van belang is. De vraag in dit model gaat uiteindelijk om verontschuldigbaarheid, niet om legitimiteit of rechtvaardigheid.

In dit model is het, gezien het bovenstaande, van belang om antwoord te geven op de vraag of de verdachte al dan niet kon vluchten. Wanneer je met de rug tegen de muur staat kun je niet meer vluchten. Derhalve is het vluchtvereiste een harde eis in dit model.<sup>56</sup>

Uit het model Necessary Defense as an Excuse is een ander te hulp schieten, zoals in de Nederlandse noodweerregeling is toegelaten, haast niet mogelijk. Alleen als het gaat om, zoals Fletcher omschrijft, '*close relatives*'.<sup>57</sup> Als je met de rug tegen de muur staat is er haast geen ruimte om een ander te hulp te schieten. Tenzij je uitgaat van een heldhaftig, ideaal individu. Het is echter niet realistisch om van zo'n individu uit te gaan als zogenoemd criteriumfiguur.

---

<sup>53</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p. 856.

<sup>54</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p. 856.

<sup>55</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, 856.

<sup>56</sup> Zie voor de duiding van het vluchtvereiste paragraaf 2.2.2

<sup>57</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, 857.

Ook als het gaat om het opkomen voor rechtsgoederen zoals in art. 41 Sr is omschreven, is dit, in het licht van dit model, een haast onmogelijke exercitie.

### 2.1.2 Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils

In het Angelsaksische systeem wordt dit model gezien als justification. Het gaat in dit model in de kern bezien om een belangenafweging. Het tweede model Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils is gefundeerd op het beginsel dat het in bepaalde situaties juist en gepast is om geweld te gebruiken, zelfs dodelijk geweld.<sup>58</sup> De kern van dit model is gegrondvest in het afwegen van de belangen van de agressor en van de verdediger. Van belang in dit model is dat de belangen van de agressor gewijzigd worden in negatieve zin.<sup>59</sup> Dit betekent dat je de belangenafweging steeds als een weegschaal kan zien.

Fletcher geeft in zijn tekst aan dat het lastig is in een geval waarin het gaat om een strijd om het ene leven tegen het andere. In zo'n geval is het moeilijk een belangenafweging te maken in het voordeel van een der partijen.<sup>60</sup> Begint een partij met de aanranding dan heeft hij minder rechten. Zijn belangen zullen in dat geval minder zwaar wegen. De initiële verwijtbaarheid als gevolg van het beginnen met de aanranding zorgt ervoor dat de belangen van diegene minder zwaarwegend zijn.

Het feit dat wordt geprovoceerd jegens degene die uiteindelijk wordt aangerand zal meewegen. Ook de mate van oorspronkelijke schuld en het al dan niet zelf opzoeken van een confrontatie weegt mee bij de belangenafweging.

Gezien het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat proportionaliteit en subsidiariteit een hoofdrol spelen in dit model.

In Nederland nemen wij de belangenafweging mee in een groot deel van de noodweerregeling. Hierover later meer.

'Third parties' kunnen volgens Fletcher in dit model interveniëren door degene die zich daartoe gedwongen voelen.<sup>61</sup> Fletcher stelt dat dit een soort individueel recht

---

<sup>58</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, 857.

<sup>59</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p. 857.

<sup>60</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p.858.

behelst. Fletcher legt uit dat het gaat om een afweging tussen ‘*two evils*’, waarbij de uiteindelijke afweging is dat je mocht handelen zoals je gehandeld hebt. Er wordt steeds een belangenafweging gemaakt, ook voor de burgers die opkomen ter verdediging van anderen. Dat is volstrekt verdedigbaar. Ook dit uitgangspunt komt sterk overeen met de Nederlandse gang van zaken rondom de noodweerregeling. Met betrekking tot het opkomen ter verdediging van iemand anders rechtsgoederen het volgende: je kunt je bijvoorbeeld verdedigen jegens een persoon die agressief is. Wanneer er een belangenafweging is gemaakt, waarbij ruimte wordt gezien ter verdediging van een goed, mag verdedigd worden. Wel moet dan rekening worden gehouden met de proportionaliteit en subsidiariteit.

### 2.1.3 Necessary Defense and the Vindication of Autonomy

Ten slotte zet Fletcher een derde en laatste model uiteen in zijn tekst. Dit model is genaamd: ‘Necessary Defense and the Vindication of Autonomy. In dit model is het niet de belangenafweging die centraal staat, maar de autonomie van de verdediging.<sup>62</sup> Fletcher stelt dat op het moment dat de autonomie van een persoon wordt aangetast door bijvoorbeeld een inbraak, de verdediger het recht heeft om de indringer te verdrijven en de integriteit van zijn domein te herstellen.<sup>63</sup>

Het onderliggende beeld is dat van een oorlogsstaat. Jij bent volstrekt autonoom in jouw persoonlijke levenssfeer. Elke agressor die de persoonlijke autonomie van een ander doorbreekt mag uitgeschakeld worden door de verdediger, op elke manier.

Het recht om dieven te vermoorden bevestigt de waardering die vroeger reeds gegeven werd aan de persoonlijke autonomie.<sup>64</sup> Al in 1532 was dit gerechtvaardigd. In de eeuw daaropvolgend schreef Sir Edward Coke: ‘Niemand zal (ooit) plaats maken voor een dief, noch zal hij iets verliezen’. John Locke was in die tijd ook voorstander van deze theorie.

In deze theorie is niet van belang of er geprovoceerd is door degene die uiteindelijk wordt aangerand. Ook is het beginsel van eigen schuld niet van toepassing. Het gaat

---

<sup>61</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p.859.

<sup>62</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p.860.

<sup>63</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p.860.

<sup>64</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p.860.



puur om het gegeven dat de persoonlijke autonomie op een aangewezen moment is belaagd.

Ook is het vluchtvereiste, dat bij het tweede model een harde eis is, in dit model niet van toepassing. Dit omdat je reeds in jouw omgeving bent en daarop inbreuk wordt gemaakt.

Opmerkelijk in de tekst van Fletcher is dat hij abortus stoelt op dit model. Het recht om abortus te plegen. Fletcher stelt dat de foetus gezien kan worden als een agressor in de buik van de vrouw.<sup>65</sup> De vrouw is autonoom over haar eigen lichaam, ook over haar buik. De foetus wordt gezien als indringer en wordt op deze gronden uitgeschakeld.<sup>66</sup>

## 2.2 Hoe verhouden de drie modellen van G.P. Fletcher zich tot de Nederlandse rechtspraak en tot de Nederlandse grondslagen van de noodweerregeling?

### 2.2.1 Nederlandse rechtspraak noodweerregeling

Het model 'Necessary Defense as an Excuse' van G.P. Fletcher houdt in de kern in dat iemand zich mag pas verdedigen indien hij met zijn rug tegen de muur komt te staan. Op het moment dat de verdachte echt niet anders meer kan dan zich verdedigen middels geweld is dat gerechtvaardigd.

Om de Nederlandse rechtspraak te toetsen aan dit model wordt gebruik gemaakt van het overzichtsarrest van de Hoge Raad, dat is gewezen op 22 maart 2016.<sup>67</sup>

Er zal ook uitgeweken worden naar andere rechtspraak, maar het bovengenoemde overzichtsarrest is de rode draad voor de toetsing van de Nederlandse rechtspraak aan de modellen van G.P. Fletcher.

---

<sup>65</sup> Fletcher, *The theory of necessary defense*, 2000, p. 863.

<sup>66</sup> Dit uitgangspunt valt als Nederlander wellicht lastig te begrijpen, maar als volgt uit te leggen: deze denkwijze is gebaseerd op het feit dat een foetus in de VS rechten heeft als rechtssubject. In Nederland is dit niet het geval. Daarom is er in Nederland geen noodzaak tot het hanteren van de noodweerregeling in zo'n geval.

<sup>67</sup> HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456. [online].

De feiten in het arrest van de Hoge Raad van 22 maart 2016 worden eerst kort uiteengezet.

De verdachte handelde in 2013 in verdovende middelen. Het slachtoffer in deze zaak kreeg nog €10,- van de verdachte. Op een dag heeft de verdachte zich naar het huis van het slachtoffer begeven. Het slachtoffer had samen met een ook in de woning aanwezige betrokkene bedacht om de verdachte een lesje te leren. Het slachtoffer liet de verdachte binnen met een verzwaarde sok in zijn handen. Er ontstond een gevecht tussen de verdachte, het slachtoffer en de betrokkene. De voordeur van het huis was inmiddels op slot en de verdachte lukte het niet om de deur te openen. De verdachte is geslagen met een fles en bedreigd met een mes. De verdachte moest zich van zijn kleding ontdoen en zijn spullen afgeven, waaronder zijn voorraad verdovende middelen. Betrokkene heeft op enig moment de woning verlaten en heeft tegen de verdachte gezegd dat hij over vijf minuten terug zou komen en de verdachte zou vermoorden. Het slachtoffer heeft het mes op tafel gelegd en liep naar de bank in de woonkamer. De verdachte heeft vervolgens het mes gepakt en is naar het slachtoffer toegelopen. Het slachtoffer draaide zich om en maakte een beweging alsof hij de verdachte wilde aanvallen. De verdachte heeft als reactie hierop het slachtoffer zestien maal met het mes gestoken en/of gesneden<sup>68</sup>. Het slachtoffer is hierdoor komen te overlijden.

Het Gerechtshof Den Haag heeft op 18 juli 2014 het primaire beroep van de verdediging dat de verdachte uit noodweer heeft gehandeld, reden waarom hij van alle rechtsvervolgning dient te worden ontslagen, verworpen.<sup>69</sup>

De eventuele gedragingen van de verdachte voorafgaand aan de wederrechtelijke aanranding door het latere slachtoffer kunnen onder omstandigheden in de weg staan aan het slagen van een beroep op noodweer(exces).<sup>70</sup> Hier wordt de culpa in causa mee bedoeld. Deze wordt in hoofdstuk 4 besproken en getoetst.

<sup>68</sup> HR 22maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456. [online].

<sup>69</sup> Hof Den Haag, 18 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2422.

<sup>70</sup> HR 17april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9062 & HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8087. [online].

Het gerechtshof in Den Haag verwerpt het beroep op noodweer in dit geval. Kort gezegd omdat het door de verdachte gekozen verdedigingsmiddel niet in redelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding. Van de verdachte had verwacht mogen worden dat hij zich tegen de aanranding op een minder ingrijpende wijze verdedigd zou hebben. Verdachte had kunnen dreigen met het mes en het slachtoffer kunnen dwingen de voordeur te openen of via een andere wijze het huis te verlaten.

In cassatie laat de Hoge Raad zich uit over deze zaak. In dit arrest geeft de Hoge Raad een overzicht van aandachtspunten die een beoordeling van een beroep op noodweer handvatten biedt.

De volgende aandachtspunten worden hierbij opgesomd:

- Er komt betekenis toe aan de inhoud en de indringendheid van de door de verdachte aangevoerde argumenten. Dat de verdachte het ten laste gelegde feit ontkent hoeft niet in de weg te staan aan een beroep op noodweer.<sup>71</sup>
- De rechter mag de last tot het aannemelijk maken van nauwkeurige en consistente feitelijke vaststellingen niet uitsluitend op de verdachte leggen.<sup>72</sup>
- Als de rechter het beroep op noodweer verwerpt moet hij duidelijk motiveren waarom de toedracht niet aannemelijk is geworden.
- Een beroep op noodweer kan niet worden aanvaard als de gedraging waar de verdachte zich op beroept, noch op grond van diens bedoeling, noch op grond van de uiterlijke verschijningsvorm aangemerkt kan worden als verdediging, maar als aanvallend moet worden gezien, zoals het gericht zijn op een confrontatie of deelneming aan een gevecht.<sup>73</sup>
- Onder de rechtsgoederen die limitatief opgesomd staan in art. 41 Sr. is het enkele huisrecht niet begrepen.<sup>74</sup> Uit art. 41 Sr volgt dat het beschermde rechtsgoed bij de verdachte zelf of bij een ander kan worden aangerand. Noodweer gaat derhalve verder dan zelfverdediging. Van sprake van aanranding van een lijf kan onder omstandigheden ook sprake zijn indien de bewegingsvrijheid wederrechtelijk wordt beperkt.<sup>75</sup>
- Vrees voor een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding is onvoldoende.<sup>76</sup> Wanneer de aanranding is geëindigd is een beroep op noodweer niet meer mogelijk.<sup>77</sup>
- Indien de verdachte zich niet behoefde te verdedigen en er dus geen noodzaak tot verdediging bestond is niet aan de subsidiariteitseis voldaan. De verdachte moest zich aan de aanranding kunnen, maar ook moeten onttrekken. Dat de verdachte zich zou kunnen onttrekken aan de aanranding houdt in dat er een reële redelijke

<sup>71</sup> HR 10 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9913, *NJ* 2004,286. [online].

<sup>72</sup> HR 3 juni 1977, ECLI:NL:HR:1997:ZD0737, *NJ* 1997,657. [online].

<sup>73</sup> HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4788, *NJ* 2010,339. [online].

<sup>74</sup> HR 14 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1015, *NJ* 1998,662 [online].

<sup>75</sup> HR 17 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0604, *NJ* 1997,262 [online].

<sup>76</sup> HR 8 februari 1932, *NJ* 1932, p. 617 e.v. [online].

<sup>77</sup> HR 12 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0423 [online].

mogelijkheid moet hebben bestaan. Dit is niet het geval als de verdachte zich in een ruimte bevindt die geen mogelijkheden biedt tot onttrekking aan de aanranding.<sup>78</sup> Indien de situatie zo bedreigend is dat onttrekken aan de aanranding geen alternatief is behoeft de verdachte zich ook niet te onttrekken.<sup>79</sup>

(De proportionaliteitseis en de subsidiariteitseis alsmede culpa in causa en de Garantenstellung zullen in respectievelijk hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4 uitgebreid besproken worden).

De Hoge Raad is het voorts met het gerechtshof Den Haag eens dat in de onderhavige zaak de verdachte ver buiten de grenzen van de noodzakelijke verdediging is getreden door het slachtoffer zestien maal te steken met een mes.

### 2.2.2 Necessary Defense as an excuse

Nu hierboven uiteengezet is wat de uitgangspunten zijn van de noodweerregeling in de Nederlandse rechtspraak kunnen we deze gaan toetsen aan het eerste model van Fletcher, 'Necessary Defense as an Excuse'. Zoals te zien is aan de aandachtspunten die hierboven uiteengezet zijn hoef je in Nederland niet met de rug tegen de muur te staan alvorens je jezelf mag verdedigen.

Dit komt expliciet naar voren in het gegeven dat uit de Nederlandse rechtspraak blijkt, dat van 'ogenblikkelijke aanranding' ook sprake is bij 'een onmiddellijk dreigend gevaar' voor een aanranding.<sup>80</sup> In het arrest HR 30 maart 1976 hoorde de verdachte om 04:30 in de nacht glasgerinkel in zijn huis. Hij pakte zijn flobertgeweer en zag in de hal bij de toegangsdeur drie personen verschijnen. Na eerst te hebben geroepen dat de personen moesten wegwezen loste de verdachte twee waarschuwingsschoten. De drie personen liepen echter door. Hierop is door de verdachte in de richting van de drie personen geschoten. Hierbij is één van die drie personen geraakt. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat er sprake is van een ogenblikkelijke aanranding als er sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar. Hier is te zien dat je niet met de rug tegen de muur hoeft te staan alvorens je verdedigend op mag treden.

Ook in het overzichtsarrest van de Hoge Raad uit 2016 komt impliciet naar voren dat je niet met de rug tegen de muur hoeft te staan. De handelingen van het slachtoffer en de betrokkenen zijn aan te merken als ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding

---

<sup>78</sup> HR 13 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009BK0035. [online].

<sup>79</sup> HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3874, NJ 2010,391. [online].

<sup>80</sup> HR 30 maart 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6419, NJ 1976/322. [online].

van het lijf van de verdachte. Het dreigen met een fles en met een mes valt hier derhalve onder.

Vervolgens hebben we in Nederland een onttrekkingsvereiste. Zoals hierboven te lezen valt bestaat dat vereiste uit het kunnen en moeten onttrekken aan de aanranding. In HR 13 oktober 2009 is dit onttrekkingsvereiste duidelijk uiteengezet. In deze zaak gaat het om een verdachte die ruzie heeft met zijn huisgenote. De huisgenote heeft in de keuken met een vergiet in de richting van de verdachte gezwaaid. Verdachte heeft de huisgenote vervolgens in het gezicht gestompt. In dit arrest wordt bepaald dat de verdachte ook uit de keuken had kunnen lopen. Daardoor is een beroep op noodweer niet gegrond verklaard.

De onttrekking moet echter wel kunnen worden gevegd van de verdachte. In HR 6 oktober 2009 wordt dat gegeven gespecificeerd. In deze zaak was sprake van een ruzie in een bushokje. Het slachtoffer gaf de verdachte zonder aanleiding een klap in het gezicht. Hierop maakten meer vrienden van het slachtoffer aanstalten om naar het bushokje te geraken. Verdachte stak slachtoffer net een mes waarbij het slachtoffer dodelijk is getroffen.

De Hoge Raad stelt in dit arrest dat de situatie voor de verdachte dermate bedreigend was, dat weglopen onder de gegeven omstandigheid niet als een reëel alternatief kon worden beschouwd. Onttrekking kon derhalve niet worden gevegd van de verdachte. Hierin bestaat het verschil met het model van Fletcher. Het onttrekkingsvereiste is wel degelijk aanwezig in de Nederlandse rechtspraak, maar is ruimer doordat je je in Nederland wel mag verdedigen, ook al sta je niet met de rug tegen de muur, als vluchten niet van je gevegd kan worden. In het model van Fletcher is het onttrekkingsvereiste een harde eis.

In het model van Fletcher is het niet van belang hoe het gevecht gestart is; het gaat erom dat de verdedigingshandeling is geschiedt op het moment dat dat de laatste mogelijkheid was.

In de Nederlandse rechtspraak kan een beroep op noodweer niet worden aanvaard als de gedraging van de verdachte aanvallend gezien moet worden in plaats van verdedigend. Dit is in HR 8 juni 2010 bepaald. Ook is culpa in causa van toepassing

in de Nederlandse rechtspraak. De Nederlandse rechtspraak ziet derhalve wel degelijk op het belang hoe het gevecht gestart is.

In het eerste model van Fletcher is haast geen ruimte om een ander te hulp te schieten. Alleen als het gaat om, zoals Fletcher omschrijft, '*close relatives*'. In Nederland staat in art. 41 Sr. omschreven 'eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed'. Dit is ook een groot verschil van het eerste model van Fletcher in vergelijking met de Nederlandse noodweerregeling.

### 2.2.3 Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils

Het tweede model, Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils draait om een belangenafweging. In bepaalde situaties is het juist en gepast om geweld te gebruiken, zelfs dodelijk geweld. Voorts is een belangrijk element van dit model dat de belangen van de partij die gezien kan worden als 'agressor' minder zwaarwegend worden. De beginnende, aanvallende partij heeft minder rechten. Het provoceren en het opzoeken van de confrontatie door het degene die aangerand wordt, wordt in dit model ook meegenomen bij de belangenafweging. Proportionaliteit en subsidiariteit spelen een belangrijke rol in dit model. In dit model is het toegestaan om op te komen voor anderen.

Wanneer we bovenstaande uitgangspunten naast het overzichtsarrest van de Hoge Raad van 22 maart 2016 leggen zien we dat de Nederlandse noodweerregeling eveneens gefundeerd is op een uitvoerige belangenafweging. De handelingen van het slachtoffer en de betrokkene (het dreigen met een mes en een fles) zijn aan te merken als een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding van het lijf van de verdachte. Het feit dat de verdachte zich bevond in een woning waarvan de deur op slot zat en dat de verdachte in de veronderstelling was dat de betrokkene terug zou keren om zijn geuite doodsb bedreiging waar te maken zijn hierbij de belangrijkste overwegingen bij de vraag of je jezelf mag verdedigen. In deze zaak is dat geoorloofd. Verdachte mocht zich verdedigen. Toch wordt in dit arrest niet gesproken over het feit dat verdachte zelf naar het huis van het slachtoffer is gegaan.

Verdachte heeft derhalve zelf de confrontatie opgezocht. Het hof oordeelt in deze zaak echter dat niet is voldaan aan de proportionaliteitseis omdat verdachte zestien maal gestoken heeft met een mes en dat deze handelingen niet in verhouding staan tot de ernst van het feit. Volgens het Hof had de verdachte moeten dreigen met het mes en het slachtoffer moeten dwingen de deur te openen. De Hoge Raad vindt dit echter geen reëel alternatief in de gegeven omstandigheden. Het Hof heeft verdachtes handelswijze niet afgewogen tot de ernst van de aanranding maar zich laten leiden door de vraag of de gekozen wijze van verdediging noodzakelijk was. Aan dit oordeel is reeds te zien dat er een belangenafweging dient plaats te vinden van de verdachte. De proportionaliteitseis en subsidiariteitseis zijn hierbij van groot belang. In hoofdstuk 3 worden deze eisen uitvoerig besproken.

Ook culpa in causa is van toepassing op dit model.

Als voorbeeld dient HR Gezochte confrontatie,<sup>81</sup> waarbij er sprake is van een caféruzie. Verdachte is met een vriend in het café en raakt slaags met een groep anderen. Verdachte gaat naar huis, trekt een joggingsbroek aan, steekt een mes bij zich en gaat terug naar het café. De groep anderen waarmee verdachte ruzie had, was weg. Verdachte weet echter waar ze wonen en gaat daarnaartoe. De groep personen komt naar buiten en zij roepen de verdachte na. Dan gaat de verdachte eropaf en steekt iemand neer. De Hoge Raad bepaalt dan dat dit zozeer een gezochte confrontatie is dat er geen sprake van noodweer kan zijn. Een beroep op noodweer wordt in de Nederlandse rechtspraak beoordeeld naar het moment waarop het delict plaatsvindt. Over culpa in causa in hoofdstuk 4 meer.

In HR 8 september 2009 ging het om een stratenmaker die zijn collega een verhit gesprek ziet houden met een automobilist die door een wegversperring is gereden. De automobilist is agressief. De stratenmaker komt erbij staan en krijgt een klap op zijn borst van de automobilist. De automobilist neemt een bokshouding aan. De stratenmaker slaat de automobilist vervolgens op zijn gezicht. Het Hof oordeelt dan dat de verdachte een te zwaar middel heeft gekozen. De Hoge Raad beslist uiteindelijk dat het Hof hiermee een te strenge toets heeft aangelegd. Het stompen in het gezicht als reactie op een stomp in de buik staat niet in onredelijke verhouding met elkaar. Buruma zet vervolgens in zijn noot bij dit arrest uiteen dat de gevolgde

---

<sup>81</sup> HR 24 oktober 1989, nr. 85884. [online].

redenering impliceert dat voor een succesvol beroep op noodweer niet vereist is dat de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging vast te staan. Keulen zet in dit verband uiteen, in een noot bij HR 24 september 2013, dat de formulering van de proportionaliteitstoets door de Hoge Raad ruimte biedt om ook een wijze van verdediging die ingrijpender consequenties voor de aanrander heeft gehad of had kunnen hebben dan de aangerande zelf had te vrezen, straffeloos te laten. Hierbij zie je dus steeds de belangenafweging die de verdachte moet maken.

In dit model van Fletcher speelt het vluchtvereiste een rol. Als je kunt vluchten, moet je dat doen. Als dit niet van je gevergd kan worden mag je jezelf verdedigen. Precies zoals in de Nederlandse rechtspraak uiteengezet is.<sup>82</sup>

Opkomen ter verdediging van anderen is in dit model, maar ook in de Nederlandse rechtspraak geoorloofd. Dit volgt expliciet uit de wettekst van art. 41 Sr.

#### 2.2.4 Necessary Defense and the Vindication of Autonomy

Het derde model van Fletcher ‘Necessary Defense and the Vindication of Autonomy’ laat zich kenmerken door de autonomie van de kant van de verdediging. Op het moment dat de autonomie van een persoon wordt aangetast door een inbraak, heeft de verdediger het recht om de indringer te verdrijven, op elke manier.

Dit derde model wijkt het meest af van de Nederlandse rechtspraak. Zoals hierboven uiteengezet is, is in de Nederlandse rechtspraak belangenafweging belangrijk. De proportionaliteitseis en de subsidiariteitseis zijn in de Nederlandse rechtspraak harde eisen waaraan voldaan moet worden. In dit model is echter niet van belang of er geprovoceerd is, eigen schuld, of het zelf opzoeken van een confrontatie. Het gaat puur om een schending van persoonlijke autonomie. Het vluchtvereiste is ook niet van toepassing. Je bevindt je namelijk reeds in jouw omgeving en daarop wordt inbreuk gemaakt.

In de Nederlandse rechtspraak is een belangrijke voorwaarde voor een succesvol beroep op noodweer, dat de ‘aanranding’ waartegen men zich verdedigt, ‘fysiek’ van

---

<sup>82</sup> HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3874, NJ 2010,391. [online].



aard is.<sup>83</sup> Immateriële rechten, zoals het huisrecht, vallen niet onder de rechtsbelangen die door art. 41 Sr. worden beschermd. Op het moment dat dat een bewoner op heterdaad een inbreker betrapt op huisvredebreuk, komt hem geen beroep op noodweer toe als hij de inbreker ‘zijn huis uit mept’ (in woorden van minister president Rutte).<sup>84</sup> Zoals eerder uiteengezet is, mag het ‘onmiddellijk dreigend gevaar’, tot ‘ogenblikkelijke aanranding’ worden gerekend. Teeven had in zijn wetsvoorstel ter versterking van de positie van een burger die zich beroept op noodweer, voor ogen dat huisvredebreuk een sterke objectieve indicatie voor ‘onmiddellijk dreigend gevaar’ vormde.<sup>85</sup> Dat het voorstel nooit is behandeld is volgens Kwakman en Machielse ook niet meer nodig. Volgens Kwakman moet je huisvredebreuk oplossen via de mogelijkheden die ons recht nu biedt. Allereerst noemt hij art. 53 Sv: de bevoegdheid voor een burger om een verdachte bij betrapting op heterdaad aan te houden en de bevoegdheid daarbij gepast geweld te gebruiken.

Ook de strafuitsluitingsgronden overmacht-noodtoestand en psychische overmacht kunnen volgens Kwakman in dergelijke gevallen als vangnet dienen.

Hier zie je hoe verschillend de denkwijze van Fletcher in zijn derde model is, vergeleken met de denkwijze over de inbreuk op de autonomie van een persoon in de Nederlandse rechtspraak.

Indien het overzichtsarrest van 22 maart 2016 wordt vertaald naar dit model kan geconcludeerd worden dat het slachtoffer direct de verdachte mocht verdrijven. De verdachte bevond zich namelijk in de autonomie van het slachtoffer. Als het slachtoffer in deze zaak direct begon met het steken van het slachtoffer omdat de verdachte zich in zijn autonomie zou bevinden, zou een beroep op noodweer niet openstaan voor hem volgens de Nederlandse rechtspraak. Er is namelijk nog geen sprake van een ogenblikkelijke aanranding conform art. 41 Sr.

Als voorbeeld in de rechtspraak kan ‘HR niet betaalde taxirit’ dienen om de discrepantie te illustreren tussen de Nederlandse rechtspraak en het derde model van Fletcher.

---

<sup>83</sup> Kwakman, *Noodweer(exces) oprekken tot immateriële rechten?*, NJB 2014/923, p.1. [online].

<sup>84</sup> Kwakman, *Noodweer(exces) en burgerarrest: complementaire voorzieningen*, NJB 2012/88, afl. 2, p. 116-119.

<sup>85</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 407, nr. 2, p.1.

In HR 28 maart 2006 was sprake van een taxichauffeuse die een niet betalende klant heeft gehad. Collega's van het taxibedrijf hadden afgesproken dat als iemand niet betaalt, de rest daaropaf komt. De andere taxichauffeurs spoeden zich naar het adres van de niet-betalende klant om de vrouwelijke taxichauffeuse te hulp te schieten. Onderweg bellen ze met de vrouw van de niet-betalende klant. De vrouw zegt: 'blijf weg hier, mijn man gaat volstrekt door het lint, die vent is knettergek.' De taxichauffeurs gaan evengoed naar het huis van de niet-betalende klant. Ze bellen aan en de niet-betalende klant komt naar buiten. Hij heeft een koevoet in zijn hand waarmee hij een paar keer mee in het rond zwaait. Een van de taxichauffeurs pakt de koevoet af en slaat met de koevoet op het hoofd van de niet-betalende klant. De Hoge Raad neemt hier een beroep op noodweer aan. De taxichauffeurs staan in hun recht. Ze wilden hooguit dat de niet-betalende klant alsnog zou betalen.

Hierin zie je derhalve de discrepantie tussen de Nederlandse rechtspraak en het derde model van Fletcher. In beginsel schenden de taxichauffeurs de autonomie van de niet-betalende klant. De klant zou volgens dit model direct de indringers mogen verjagen, op welke manier ook. De klant dreigt echter alleen en wordt daarna zelf met zijn eigen wapen geslagen. Je zou wel kunnen betogen dat je je mag verdedigen terwijl je weet dat een escalatie dreigt en die situatie zelf opzoekt, als je in je recht staat. Op het moment dat je niet provokeert mag je jezelf dan verdedigen. Hier zit ook een stukje autonomie uit dit model in.

In HR 23 oktober 1984, NJ 1986, 56 m.nt. Keijzer wordt wel een situatie geschetst wanneer je conform de Nederlandse rechtspraak autonoom bent in je eigen (trappen)huis.. Een vrouw wordt benaderd in een trappenhuis door gemaskerde mannen. Zij mocht zich aangerand voelen in dit geval. Daar doet het feit dat de mannen het voorzien hadden op haar tas niet aan af. De vrouw schoot de gemaskerde mannen neer. Zij verkeerde in een noodweersituatie volgens de Hoge Raad.

#### 2.2.5 Nederlandse grondslagen noodweerregeling

Om de modellen van G.P. Fletcher te toetsen aan de Nederlandse noodweerregeling, moet ook getoetst worden aan de grondslagen van de Nederlandse noodweerregeling.

Eerst zal de grondslag ‘voorkomen van eigenrichting’ worden getoetst aan de modellen van Fletcher. Vervolgens worden het ‘natuurlijk verdedigingsrecht van de burger’ en uiteindelijk de ‘rechtsordehandhaving’ getoetst.

#### 2.2.6 Voorkomen eigenrichting

Het voorkomen van eigenrichting is een van de belangrijkste fundamenteën van het strafrecht. Het geweldsmonopolie ligt in Nederland bij de overheid. De orde wordt gehandhaafd door politie en justitie. Er zijn gevallen waarin de burger dit recht in eigen hand neemt. Dan wordt gesproken over eigenrichting. Een strafbaarstelling ontbreekt op het gebied van eigenrichting. Eigenrichting is geen strafbaar feit omdat je het niet kunt onderbrengen in één definitie. Hierbij valt te denken aan mishandeling en diefstal. Eigenrichting is verboden omdat de strafwetgever vreest voor het verbreken van de orde.<sup>86</sup>

Eigenrichting is eigenmachtig ingrijpen en levert niet hetzelfde resultaat op als wanneer de weg naar de rechter gevolgd zou worden.

Van Leer geeft een voorbeeld van het doden van een dolle stier die een persoon aanvalt. Van eigenrichting kan dan geen sprake zijn.<sup>87</sup>

Naar mijn mening impliceert eigenrichting retributie (in de zin van: iemand iets betaald zetten), terwijl noodweer meer een noodsituatie veronderstelt.

#### 2.2.7 Natuurlijk verdedigingsrecht van de burger

Wanneer een individu zich bevindt in een conflictsituatie en zijn belangen verdedigt, die in de wet zijn aangewezen, is sprake van noodweer en is er derhalve verwantschap met de noodtoestand.<sup>88</sup> Het gaat bij het natuurlijk verdedigingsrecht om de bescherming van jezelf waarbij het is toegestaan om een ander letsel toe te brengen, of zelfs te doden.<sup>89</sup> Van Deirse heeft het natuurlijk verdedigingsrecht van de burger omschreven als ‘natuurrechten, waaronder begrepen het recht om op eigen kracht lichaam en goederen te verdedigen, aangeboren en onvervreemdbaar zijn en geen inbreuk door de wetgever dulden als de overheid niet bij machte is deze rechten te

---

<sup>86</sup> Klijn, *Doe het zelf rechtspraak*, 2011, p.3.

<sup>87</sup> Van Leer, *Het verbod van eigenrichting*, 1909, p. 82.

<sup>88</sup> Machielse, *Handboek strafzaken*, 36.7 *Noodweer en noodweerecscs; artikel 41 Sr.*, 2013, p.2. [online].

<sup>89</sup> Machielse, *noodweer in het strafrecht*, 1986, p.523.

handhaven'. De taak van de wetgever is deze grenzen van eigen bevoegdheid te trekken.<sup>90</sup>

Toen de minister bij de behandeling van het nieuwe Wetboek van Strafrecht aangaf dat recht niet voor onrecht hoeft te wijken heeft er een verschuiving van het natuurrechtelijke naar het rechtshandhavende aspect van noodweer plaatsgevonden, aldus Machielse. Het natuurrechtelijke aspect van noodweer blijft echter wel bestaan.

### 2.2.8 Rechtsordehandhaving

Noodweer richt zich niet tegen een neutraal belang, maar tegen een wederrechtelijke aanranding.<sup>91</sup>

Het recht tot bescherming van de limitatieve rechtsgoederen conform art. 41 Sr kan slechts bij een onrechtmatige aanranding gelden, dat brengt het karakter van bijzondere rechtsordehandhaving met zich mee.<sup>92</sup>

Het nemen van wraak heeft niet van doen met noodweer. De bestraffende functie blijft bij de overheid gelegen. Een beroep op noodweer is een uitzonderingssituatie.

### 2.2.9 Modellen G.P. Fletcher getoetst aan de Nederlandse grondslagen van de noodweerregeling

De eerste twee modellen van Fletcher, Necessary Defense as an Excuse en Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils verhouden zich het beste tot de Nederlandse grondslagen van de noodweerregeling. Met name het eerste model handhaaft het verbod op eigenrichting en de rechtsordehandhaving. Wanneer je als verdediger pas, indien je met de rug tegen de muur staat en derhalve geen kant meer op kan, mag verdedigen, kan van eigenrichting geen sprake zijn. Hieruit volgt ook de kern van rechtsordehandhaving: 'een beroep op noodweer is een uitzondering'. Pas als je echt niet anders kan, verdedig je jezelf. De enige discrepantie die er bestaat tussen het eerste model en de grondslagen is dat er conform art. 41 Sr ook voor een ander opgekomen mag worden. Dat kan volgens het eerste model praktisch niet.

---

<sup>90</sup> Machielse, *noodweer in het strafrecht*, 1986, p.523.

<sup>91</sup> Machielse, *noodweer in het strafrecht*, 1986, p.523.

<sup>92</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 319.

Het tweede model behelst eigenlijk de Nederlandse noodweerregeling. Alles is gebaseerd op een belangenafweging van de verdediger. Bij het voorkomen van eigenrichting is daar ook sprake van.

Als voorbeeld het vluchtvereiste: als je redelijkerwijs kan vluchten, moet je vluchten. Alles is er op toegespitst om de bestraffende functie bij de overheid te laten liggen. Pas als dat echt geen alternatief is in een bepaalde situatie, dan kun je jezelf verdedigen.

Het derde model Necessary Defense and the Vindication of Autonomy sluit niet aan bij de Nederlandse grondslagen. Met uitzondering van het uitgangspunt dat het bij het natuurlijk verdedigingsrecht om bescherming van jezelf gaat en dat het is toegestaan een ander letsel toe te brengen, of zelfs te doden. Het verbod op eigenrichting wordt geenszins in acht genomen bij het derde model. Indien een indringer jouw autonomie schendt mag die indringer direct, op welke manier ook, worden verjaagd. Dit druist tegen het verbod op eigenrichting en de rechtsordehandhaving in.

De Nederlandse grondslagen conformeren zich het meest aan het tweede model van Fletcher. De grootste discrepantie tussen de modellen van Fletcher en de Nederlandse grondslagen van de noodweerregeling bevindt zich bij het derde model.

### 2.3 Zou de Nederlandse rechtspraak zich meer moeten conformeren aan één of meer modellen van G.P. Fletcher?

Zoals hierboven uiteengezet is conformeert de Nederlandse rechtspraak zich het meest aan het tweede model van G.P. Fletcher, Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils.

In mijn opinie is het maken van een belangenafweging onontbeerlijk in een noodweer situatie.

Het eerste model Necessary Defense as an Excuse slaat te ver door. Indien je jezelf pas indien je met de rug tegen de muur staat mag verdedigen zou in bijna alle arresten in Nederland een beroep op noodweer bij voorbaat al kansloos zijn.

Dat je jezelf in Nederland mag verdedigen indien er een 'onmiddellijk dreigend gevaar' bestaat op wederrechtelijke aanranding, betekent een aanzienlijke uitbreiding van de beperking van het eerste model van Fletcher.

Hierbij zou je namelijk de 'fysieke' aanranding voortijdig kunnen stoppen. Ook het in de bres springen voor een eventuele derde persoon is erg belangrijk in de noodweerregeling. Dit is haast onmogelijk conform het eerste model.

In dit model is het vluchtvereiste een harde eis. Dat 'onttrekkingsvereiste' speelt in de Nederlandse rechtspraak ook een belangrijke rol. In het eerste model is echter in een situatie waarin je wel kon vluchten, maar dit redelijkerwijs niet van je gevergd kon worden een gegrond beroep op noodweer uitgesloten. Dit komt er namelijk op neer dat je niet volledig met de rug tegen de muur stond. In mijn opinie zou het niet wenselijk zijn om de Nederlandse rechtspraak meer te laten conformeren aan dit eerste model.

Zoals eerder gezegd conformeert de Nederlandse rechtspraak zich naar het tweede model van Fletcher. Het gaat dan om een belangenafweging. Proportionaliteit, subsidiariteit, culpa in causa, Garantenstellung spelen allemaal een rol. Ook mag een derde persoon ingrijpen in dit model. Als deze uitgangspunten vergeleken worden met de Nederlandse rechtspraak hieromtrent kan geconcludeerd worden dat dit het model is waar nu aan geconformeerd wordt.

Op de vraag of de Nederlandse rechtspraak zich meer zou moeten conformeren aan het derde model van Fletcher, Necessary Defense and the Vindication of Autonomy, volstaat een kort antwoord.

De Nederlandse rechtspraak is mijns inziens soms iets te star omtrent de noodweerregeling. Als bijvoorbeeld HR 21 november 2006 wordt bekeken, waarbij het Hof een klap in het gezicht als disproportionele reactie ziet als reactie op een klap op de borst, kan geconcludeerd worden dat de belangenafweging soms te ver doorschiet in de rechtspraak.

Wanneer iemand jouw autonomie schendt, zou je toch wel meer bevoegdheden mogen hebben dan nu het geval is. Zoals Kwakman aangeeft, dat je de indringer met gepast geweld uit je huis mag sleuren conform art.53 Sv, is een te beperkte oplossing. Gepleit zal moeten worden voor een meer opgerekt proportionaliteits-en subsidiariteitscriterium in het geval dat iemand in zijn autonomie geschonden wordt. Het derde model van Fletcher gaat veel te ver. De verdediger hoeft de indringer niet gelijk dood te schieten.

Een middenweg hierin zou de beste oplossing zijn. In het volgende hoofdstuk komen de proportionaliteit en subsidiariteitseis uitvoerig aan bod en zal het bovenstaande verder worden gespecificeerd.

## Hoofdstuk 3 Eisen van proportionaliteit en subsidiariteit

### 3.1 Waar ziet de eis van proportionaliteit op bij noodweer?

Indien een beroep op noodweer wordt gedaan, gaat het bijna altijd om de vraag of de verdedigingshandeling als reactie op de aanval heeft voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De minister heeft bij de kamerbehandeling van het nieuwe wetboek destijds gezegd: ‘Nooit is bedoeld, dat iemand die in de verte een jongen zijn appels en peren ziet stelen, deze zou mogen doodschieten’.<sup>93</sup> Van proportioneel handelen is in elk geval sprake als je een vuistslag probeert af te weren door een vuistslag terug te geven. Eerst zal een omschrijving worden gegeven van de eis van proportionaliteit bij noodweer.

Uit de zinsnede van art. 41 Sr. ‘geboden door de noodzakelijke verdediging’ vloeien de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voort. De Hoge Raad leest in het gebruik van de term ‘verdediging’ dat de reactie van de verdachte een verdedigend karakter moet hebben.<sup>94</sup> Doorgaans wordt onder de proportionaliteitseis (geboden) verstaan dat geen wanverhouding mag hebben bestaan tussen de gekozen verdedigingswijze en de ernst van de aanranding.<sup>95</sup> De Hullu zet uiteen dat als we over proportionaliteit spreken wanneer de manier van verdedigen in een redelijke verhouding staan tot de ernst van de aanranding staat.<sup>96</sup> De Hullu vervolgt dat subsidiariteit en proportionaliteit sterk met elkaar samenhangen en niet altijd haarscherp van elkaar te onderscheiden zijn.

De wetgever heeft met de proportionaliteitseis beoogd om ‘wanverhoudingen’ tussen doel en middel buiten de noodweerbevoegdheid te houden. Het proportionaliteitsvereiste zou dan in ieder geval excessen eruit moeten zeven en voor

---

<sup>93</sup> Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, 1892, p.407.

<sup>94</sup> HR 8 juni 2010, E:BK4788, NJ 2010, 339. [online].

<sup>95</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p.323.

<sup>96</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p.323.

een redelijkheidstoetsing moeten zorgen.<sup>97</sup> De verdediging hoeft niet optimaal zijn geweest. De toetsing van proportionaliteit is een stuk ruimhartiger.

Wat men niet mag doen is de aanvallende houding die een ander aanneemt 'benutten' teneinde eens naar hartenlust naar deze persoon uit te halen: dit zou neerkomen op rechtsmisbruik.<sup>98</sup> De proportionaliteitseis speelt in veel gevallen een belangrijke zelfstandige rol in de beoordeling van beroepen op noodweer, zeker ook in gevallen waarin subsidiair een beroep wordt gedaan op noodweereces.<sup>99</sup>

De proportionaliteitseis bij noodweer is minder zwaarwegend dan bij overmachtenoodtoestand. In zo'n geval dient gekozen te worden voor het zwaarstwegende belang<sup>100</sup>. De context van noodweer is een geheel andere omdat de dader zich met recht tegen onrecht verdedigt.<sup>101</sup>

Als de Duitse literatuur betreffende de proportionaliteitseis erop wordt nageslagen valt te bezien dat er meermalen bezwaar gemaakt is tegen dit proportionaliteitsbeginsel.<sup>102</sup> De Duitse schrijvers maken bezwaar tegen het feit dat het door het proportionaliteitsvereiste onmogelijk gemaakt is kleine belangen tegen onrechtmatige aanrandingen te beschermen.<sup>103</sup>

Een belangrijke vraag die beantwoord dient te worden is: moet de dader kiezen voor een lichter verdedigingsmiddel als dat nodig is? In de volgende paragraaf valt te bezien dat in de rechtspraak het proportionaliteitsvereiste enigszins verruimd is in de laatste jaren.

Dit kan dan worden gezien als een aanvullende voorwaarde, namelijk dat de verdachte voor het minst ingrijpende, doch geschikte en voorhanden zijnde middel heeft gekozen.<sup>104</sup>

De betekenis aan een gegrond beroep op noodweer conform art. 41 Sr. zal sterk verminderen als telkens verlangd wordt dat het minst ingrijpende middel moet worden gekozen.

---

<sup>97</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p.325.

<sup>98</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p.367.

<sup>99</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 368.

<sup>100</sup> HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, 1329. [online].

<sup>101</sup> Knigge, *Het materiële strafrecht*, 2015, p. 194.

<sup>102</sup> K.Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, Bd I, p. 752.

<sup>103</sup> Knigge, *Het materiële strafrecht*, 2015, p. 193.

<sup>104</sup> Jansen, *Een nieuwe kijk op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bij noodweer*, DD2014/70., p 3.



### 3.2 Hoe is de proportionaliteitseis geformuleerd in de huidige rechtspraak?

In deze paragraaf zal kort besproken worden hoe de proportionaliteitseis uiteen is gezet in de huidige Nederlandse rechtspraak omtrent noodweer.

Allereerst wordt een aantal arresten kort omschreven om de proportionaliteit in de rechtspraak te illustreren. Vervolgens wordt het standaardarrest van 8 september 2009 beschreven.

**HR 8 april 2008, NJ 2008, 233**

Na een tumultueuze avond in een feestzaal krijgt de verdachte ruzie met zijn vriendin. De verdachte loopt naar buiten en wordt aangevallen door het slachtoffer. Bij de vechtpartij lag het slachtoffer boven op de verdachte en sloeg de verdachte in het gezicht. Hierop heeft de verdachte zijn belager met een mes in zijn rug gestoken. Het slachtoffer overleefde het incident wel. Dit kwam door de snelle medische hulp waarbij een deel van een long werd verwijderd. De verdediging beroept zich in deze zaak op een handelen uit noodweer.

Het hof heeft het beroep op noodweer verworpen omdat er disproportioneel gehandeld zou zijn door als reactie op het geslagen worden in het gezicht met een mes te steken.

De Hoge Raad redeneert dan als volgt:

**5.3** (...) de verdachte heeft de grenzen van noodzakelijke verdediging overschreden door zich tegen de aanval verdedigd te hebbe door met kracht een diepe steekwond in de rug van het slachtoffer toe te brengen als gevolg waarvan het slachtoffer verwondingen heeft opgelopen die fataal zouden zijn geweest als het slachtoffer niet tijdig medisch was behandeld, terwijl de aanval op de verdachte bestond uit het slaan met de blote hand dan wel vuist.

Uit dit arrest blijkt dat het steken met een mes in de rug van een belager, die aanvalt met de hand dan wel met de vuist, disproportioneel is.

Dan een zaak waarin het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste door elkaar heen lopen.

**HR 13 juni 1989, NJ 1990, 193.**

In deze zaak ging het over een verdachte die in de bar zit. Het slachtoffer beroofde de verdachte, bewapend met een mes, van drugs en geld. De verdachte verdedigde zich tegen die beroving en gebruikte een mes. Het slachtoffer had ook een mes en stak op de verdachte in, die licht gewond raakte. De verdachte stak het slachtoffer vervolgens met dodelijke afloop.

Het hof heeft in deze zaak vastgesteld dat er sprake was van een onmiddellijke wederrechtelijke aanranding, die daarin bestond dat slachtoffer, gewapend met een mes, een hoeveelheid cocaïne (1 gram) en een bankbiljet (10 Gulden) aan verdachte ontnam. Dit nadat de rechtbank had geoordeeld dat het handelen van verdachte

volstrekt los gezien moest worden van een eventueel door slachtoffer gepleegde diefstal.

Voorts zet het hof uiteen dat het voor verdachte duidelijk moest zijn dat in zo'n situatie waarin de aanranding dermate gering is en de risico's van de verdediging ervan dermate groot zijn dat tussen het een en het ander een extreme wanverhouding bestaat en dat daarom een beroep op noodweer verworpen wordt omdat in die omstandigheden in redelijkheid geen noodzaak tot verdediging in de zin van art. 41 Sr. aanwezig kan worden geacht.

De Hoge Raad beslist, na cassatieberoep van de verdachte, als volgt:

5.3 (...) Aldus heeft het hof het beroep op noodweer en noodweereces verworpen op gronden welke die beslissing niet kunnen dragen. 's Hof's vaststelling dat er tussen de aanranding en de aan de verdediging verbonden risico's (waarmee het hof blijkbaar doelt op het aan de verdediging verbonden gevaar voor eigen leven van de verdachte) een extreme wanverhouding bestond kan immers weliswaar van belang zijn bij de beoordeling of tot verdediging tegen die aanranding het begane feit geboden kon worden geacht, doch levert op zichzelf onvoldoende grond voor zijn oordeel dat in redelijkheid geen noodzaak tot verdediging in de zin van art. 41 Sr aanwezig kon worden geacht. (...) Het standaardarrest dat door de Hoge Raad gebruikt wordt is HR 8 september 2009.

De casus is eerder al kort uiteengezet:

**HR 8 september 2009, NJ 2010/391.**

Een stratenmaker ziet zijn collega in een verhit gesprek met een automobilist die door een wegversperring is gereden. De automobilist is agressief. De stratenmaker komt tussenbeide en krijgt een klap op zijn borst van de automobilist die vervolgens een bokshouding aannam. De stratenmaker stompt de automobilist vervolgens in zijn gezicht.

Het hof heeft in deze zaak geoordeeld dat niet voldaan is aan de proportionaliteitseis.

Het hof is mijns inziens het besef van de realiteit enigszins kwijt door te oordelen dat een stomp in het gezicht als reactie op een stomp in de buik disproportioneel is.

Gelukkig repareert de Hoge Raad dit met de volgende standaardoverwegingen uit het bovenstaande arrest:

2.5.1 (...) De vraag of een gedraging geboden is door de noodzakelijke verdediging – waarmee onder meer de proportionaliteitseis tot uitdrukking wordt gebracht – van eigens of eens anders lijf, eerbaarheid of goed leent zich niet voor beantwoording in algemene zin. Bij de beslissing daaromtrent komt mede betekenis toe aan de waardering van de feitelijke omstandigheden van het geval (...).

2.5.2 (...) De hiervoor onder 2.5.1 genoemde proportionaliteitseis strekt ertoe om niet ook dan een gedraging straffeloos te doen zijn indien zij – als verdedigingsmiddel – niet in redelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding'.

De Hoge Raad zet hier uiteen dat het met name gaat om de waardering van de feitelijke omstandigheden van het geval. Het casuïstische karakter van de proportionaliteitseis komt hierbij derhalve tot uitdrukking. De definitie van de

proportionaliteitseis is conform 2.5.2 de redelijke verhouding van de gedraging als verdedigingsmiddel tot de ernst van de aanranding. Dit proportionaliteitsvereiste wordt herhaald in HR 24 september 2013, NJ 2014, 277 m.nt. Keulen.

De proportionaliteitseis impliceert niet dat naast de noodzaak van de verdediging als zodanig ook de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging komt vast te staan.<sup>105</sup>

Voorts stelt de Hoge Raad dat het Hof met zijn beslissing dat in deze zaak aan het proportionaliteitsvereiste niet is voldaan onvoldoende inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang. Het hof heeft een te strenge toets aangelegd. Het stompen in het gezicht als reactie op een stomp in de buik staat niet in onredelijke verhouding tot elkaar. Indien het hof deze toets wel had aangelegd had zij nader moeten motiveren waarom dit een te zwaar middel betrof.

De Hoge Raad is door middel van dit arrest een mildere koers gaan varen met betrekking tot het proportionaliteitsvereiste. Er is in dit arrest vast komen te staan dat de verdediging onder de gegeven omstandigheden redelijk moet kunnen worden genoemd in het licht van de ernst van de aanranding.<sup>106</sup> In het arrest HR 5 maart 2013 wordt de voorgaande uitspraak enigszins gespecificeerd:

**HR 5 maart 2013, NJB 2013, 673.**

In deze zaak is de verdachte veroordeeld omdat hij het slachtoffer in het gezicht heeft geslagen/gestompt. Het slachtoffer heeft door deze handelingen van de verdachte een gebroken kaak, neus en oogkas bekomen. Deze handelingen verrichtte de verdachte nadat hij door het slachtoffer tegen zijn been was geschopt. De verdachte heeft vervolgens het been van het slachtoffer vastgepakt. Het slachtoffer maakte toen slaande bewegingen in de richting van het gezicht van de verdachte.

Het Hof heeft geoordeeld dat de handelingen van verdachte in deze zaak als disproportioneel gezien kunnen worden. Verdachte stond minder ingrijpende mogelijkheden open om een einde te maken aan de aanranding.

De Hoge Raad kan zich niet in dit oordeel vinden en stelt het volgende met betrekking tot de proportionaliteitseis: de proportionaliteitseis impliceert dat naast de noodzaak van de verdediging als zodanig ook de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging komt vast te staan. Wat dat laatste betreft is immers beslissend of de desbetreffende gedraging als verdedigingsmiddel niet in onredelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding. Dat was in deze zaak niet het geval volgens de Hoge Raad.

Bij de proportionaliteitseis is belangrijk welke rechtsgoederen bedreigd worden en met welke intensiteit. Dit volgt uit de bovenstaande arresten. Deze afweging is

<sup>105</sup> HR 5 maart 2013, NJB 2013/673. [online].

<sup>106</sup> Jansen, *Een nieuwe kijk op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bij noodweer*, DD2014/70, p. 5. [online].

moeilijk. Het gaat om een afweging van risico's, waarbij menselijke ervaring en een redelijke voorzienbaarheid elkaar ontmoeten.<sup>107</sup>

De afweging van de rechtsgoederen is erg gecompliceerd. Weegt het blijven slaan met een knuppel zwaarder dan bijvoorbeeld het door blijven trappen in de buik?

Als een stoffelijk goed in het geding is zal de verdediger wel terughoudend moeten zijn als de wederrechtelijke aanranding van dit stoffelijke goed alleen gekeerd kan worden door een levensbedreigende verdedigingswijze.

In het overzichtsarrest HR 22 maart 2016 wordt met betrekking tot de proportionaliteitseis het volgende gesteld:

**4.3.** (...) De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. 's Hof's niet onbegrijpelijke oordeel dat de verdachte ver buiten de grenzen van de noodzakelijke verdediging is getreden doordat hij met dodelijk gevolg [slachtoffer] zestien maal met een mes heeft gestoken en/of gesneden nadat [slachtoffer] – die op dat moment kennelijk ongewapend was – een beweging maakte alsof hij de naar hem toelopende verdachte wilde aanvallen, in welk oordeel besloten ligt dat gelet op de specifieke omstandigheden van het geval die wijze van verdedigen in een onredelijke verhouding tot de ernst van de aanranding staat, draagt de afwijzing van het beroep op noodweer zelfstandig.

Het zestien maal insteken met een mes op het slachtoffer staat niet in een redelijke verhouding tot de beweging die het slachtoffer maakte en de bedreigingen met een mes en een fles.

### 3.3 Hoe verhoudt de proportionaliteitseis uit de huidige rechtspraak zich tot de Nederlandse grondslagen van de noodweerregeling en tot de modellen van G.P. Fletcher?

Het proportionaliteitsvereiste is de laatste jaren weer iets ruimhartiger ingevuld door de Hoge Raad.

In het arrest HR 8 september 2009 heeft de Hoge Raad een definitie van het proportionaliteitsvereiste gegeven. De proportionaliteitseis strekt ertoe om niet ook dan een gedraging straffeloos te doen zijn indien zij – als verdedigingsmiddel – niet in redelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding. De feitelijke omstandigheden van een geval spelen in elke zaak een belangrijke rol.

<sup>107</sup> Noyon, Langemeijer & R Emmelink, *Strafrecht, Artikel 41 Sr, aantekening 14*, 2016. [online].

De hierboven geschetste uitleg van de Hoge Raad rondom het proportionaliteitsvereiste past puur binnen het tweede model van Fletcher: Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils. Het middel waarvoor je kiest moet in redelijke verhouding staan tot de ernst van de aanranding. Dat is dus een pure belangenafweging die past binnen het tweede model van Fletcher.

Een wat ruimhartiger toetsing van de proportionaliteit past ook bij het rechtsordehandavingsaspect van noodweer.<sup>108</sup>

Ook het natuurlijk verdedigingsrecht van de burger past bij de ruimhartigere toetsing van de proportionaliteit. Je hebt niet altijd de tijd en ruimte om een geschikt middel te kiezen dat in redelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding.

Verder wordt de grondslag ‘het voorkomen van eigenrichting’ door het proportionaliteitsvereiste, zoals het in de rechtspraak naar voren komt, gehandhaafd. Het proportionaliteitsvereiste houdt namelijk ook een soort van beperkende werking in. Je kunt niet met een mes gaan steken als je een stomp in je buik krijgt. Dit vereiste komt terug in alle drie de grondslagen van de Nederlandse noodweerregeling.

De proportionaliteitsafweging bij noodweer is anders dan de afweging bij de noodtoestand. Bij overmacht als noodtoestand staat het ene belang tegenover het andere belang. Bij noodweer is het aspect van rechtsordehandhaving van voldoende gewicht ten opzichte van overmacht als noodtoestand.

Aldus wordt ook recht gedaan aan een breed in de samenleving gedragen gevoel dat degene die onverwacht en buiten zijn schuld wordt aangevallen door een ander die het bijvoorbeeld op zijn eigendommen heeft voorzien, het recht heeft deze te beschermen en deze slechts dan zal moeten prijsgeven wanneer de verdediging tot onaanvaardbaar onevenredige gevolgen zou leiden.<sup>109</sup> Wat bij noodtoestand onevenredig zou zijn kan dus bij noodweer wél proportioneel genoemd worden.

---

<sup>108</sup> Machielse, *noodweer in het strafrecht*, 1986, , p.663- 664.[online].

<sup>109</sup> Noyon, Langemeijer & Rummelink, *Strafrecht, Artikel 41 Sr, aantekening 14*, 2016. [online].

In die gevallen waarin de grens van de evenredigheid, hoe ruim ook getrokken bij noodweer, toch overschreden wordt geacht, heeft de wetgever tenslotte onder bepaalde omstandigheden een ontsnappingsmogelijkheid geboden via het noodweerecnes.<sup>110</sup>

### 3.4 Waar ziet de eis van subsidiariteit op bij noodweer?

De eis van subsidiariteit (en die van proportionaliteit) bij noodweer ligt besloten in de zinsnede ‘*geboden door de noodzakelijke verdediging*’. De eis van subsidiariteit ziet op de ‘noodzakelijke verdediging’. De vraag die bij de subsidiariteitseis steeds beantwoord moet worden is: had niet in plaats van verdediging een andere uitweg kunnen worden gevonden?<sup>111</sup> Er is geen andere weg dan zelfverdediging, waarbij moet worden aangetekend dat er menselijkerwijze van noodzaak sprake moet zijn, hetgeen de strikte vorm van noodzakelijkheid enigszins relativeert.<sup>112</sup>

Volledigheidshalve vermeld ik hier nogmaals dat de eis van proportionaliteit en de eis van subsidiariteit sterk met elkaar verweven zijn.

In de maatstaf van een ‘redelijk middel tot een redelijk doel’ ligt niet alleen de eis van proportionaliteit besloten maar ook die van subsidiariteit. ‘*Noodweer is niet redelijk als men gemakkelijk aan de aanvaller- in spe zou kunnen ontvluchten.*’<sup>113</sup>

Of aan de eis van subsidiariteit is voldaan kan worden beantwoord aan de hand van de vraag of de verdachte zich aan de aanranding had moeten en kunnen onttrekken en dus geen strafbaar feit had hoeven plegen. Het vluchten moet wel van de dader kunnen worden gevergd.<sup>114</sup> De noodzakelijkheid van de verdediging betekent dat de aangerande zich mag verdedigen.<sup>115</sup>

De meest duidelijke omschrijving van het subsidiariteitsvereiste wordt in mijn ogen gegeven door De Hullu: *met het subsidiariteitsvereiste wordt vaak bedoeld op de verdediging als zodanig: verdedigen – met geweld reageren op de aanranding – is*

---

<sup>110</sup> Noyon, Langemeijer & Rummelink, *Strafrecht, Artikel 41 Sr, aantekening 14*, 2016. [online].

<sup>111</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 323.

<sup>112</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 366.

<sup>113</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 377.

<sup>114</sup> Knigge, *Het materiële strafrecht*, 2015, p.193.

<sup>115</sup> Knigge, *Het materiële strafrecht*, 2015, p. 193

*noodzakelijk als de verdachte redelijkerwijs een gebruik van alternatieven had kunnen of hoeven maken, zoals vluchten of het bellen van de politie.*<sup>116</sup>

Zoals hierboven uiteengezet bestaan er in de literatuur verschillende definities van het subsidiariteitsvereiste.

Zoals in de volgende paragraaf te lezen valt oordeelde de Hoge Raad tot het jaar 2000 zeer streng wanneer het ging om het subsidiariteitsvereiste. Indien de verdachte had kunnen vluchten, maar dit niet gedaan had, was een beroep op noodweer uitgesloten. Dit strenge vluchtvereiste is in de afgelopen jaren wat versoepeld in de rechtspraak: het gaat nu om situaties waarin de verdachte zich had *kunnen* onttrekken, maar ook *behoorde te* onttrekken. Zoals in de volgende paragraaf uiteengezet is vergt de vaststelling van de subsidiariteit een normatief oordeel, waarvoor alle omstandigheden van het geval relevant kunnen zijn.<sup>117</sup>

In de oudere rechtspraak valt niet duidelijk te bezien welke definities de Hoge Raad bij de begrippen proportionaliteit en subsidiariteit voor ogen had.

### 3.5 Hoe is de eis van subsidiariteit geformuleerd in de huidige rechtspraak?

De oude koers die de Hoge Raad vaarde waarbij de noodzaak van verdediging afwezig geacht moest worden indien er een feitelijke mogelijkheid tot vluchten bestond, valt te illustreren aan de hand van de volgende arresten:

**HR 15 januari 1957, NJ 1957, 187**

In 1957 sprak de Hoge Raad uit dat verdediging tegen een ogenblikkelijke wederechtelijke aanranding niet noodzakelijk is, indien de verdachte kon vluchten. Andere feiten en omstandigheden werden niet bekeken. Enkel het feit dat de verdachte kon vluchten was voldoende om een beroep op noodweer af te wijzen.

**HR 2 februari 1982, NJ 1982, 384**

In deze zaak ging het om een vechtpartij tussen een politieagent (de verdachte) en het slachtoffer. Tijdens het gevecht heeft het slachtoffer een groot knipmes getrokken. Vervolgens liep hij weg van de vechtpartij. De verdachte heeft het slachtoffer toen achtervolgd. Op een gegeven moment stopte het slachtoffer met lopen. Hij trok zijn het mes en de verdachte schoot de verdachte door de romp. Ook in deze zaak wordt een beroep op noodweer verworpen op de grond dat verdachte zich had kunnen onttrekken uit deze situatie.

**HR 25 juni 1985, NJ 1986, 75**

In deze zaak ging het om een verdachte die door het slachtoffer aangevallen dreigde te worden. Het broertje van het slachtoffer was bewapend met een kapmes. Verdachte was in zijn huis en werd belaagd door het slachtoffer en zijn broertje, die met de auto arriveerden bij het huis van de verdachte. Verdachte heeft zich op een gegeven moment, nadat hij gewaarschuwd is, voorzien van een met scherpe patronen geladen pistool en heeft het pistool schietklaar gemaakt, is in een stoel gaan zitten om te wachten op de dingen die zouden komen. Vervolgens heeft hij het slachtoffer door zijn hoofd geschoten. Het beroep op noodweer wordt verworpen. Verdachte had kunnen vluchten.

<sup>116</sup> De Hoge Raad, *Materieel strafrecht* 2013, p. 368. Zie ook: R. ten Have en G. H. Meijer, *Nederlandsche Rechtspraak* 2009, p. 43. Vgl. HR 21 november 2006, NJ 2006/497, zie ook de geringe en kwetsbare afstand van het slachtoffer bevond.

<sup>117</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 368.

Uit het volgende arrest komt niet helemaal duidelijk naar voren of het nu ging om een gebrek in de verdediging als zodanig of in de gekozen wijze van verdediging.

**HR 9 maart 1999, NJ 1999, 434.**

In deze zaak ging het om een portier (verdachte) van een discotheek welke een klap had gegeven aan een vervelende klant. Normaliter nam de verdachte vervelende klanten in de houdgreep, zodat hij ze makkelijk kon verwijderen uit de discotheek. Het hof heeft vervolgens het beroep op noodweer verworpen. De Hoge Raad ook met als redenering dat niet aan het subsidiariteitsvereiste was voldaan.

Uiteindelijk wordt in de rechtspraak wel duidelijk dat dat indien de noodzaak van de verdediging ontbreekt, zowel een beroep op noodweer als een beroep op noodweerecces uitgesloten is.

In de meer recente arresten van de Hoge Raad wordt duidelijk dat er minder strikte eisen gesteld worden aan de proportionaliteit en de subsidiariteit.

Met betrekking tot de subsidiariteit zien die minder strenge eisen op het feit dat de noodzaak van de verdediging als zodanig aan een normatief kader wordt getoetst. Ook de vraag of van de verdachte in de gegeven omstandigheden gevergd kan worden dat hij zich onttrekt aan de aanranding is derhalve milder dan vroegere rechtspraak.

Deze minder strenge eisen worden geïllustreerd aan de hand van een aantal recente uitspraken. Allereerst de uitspraak HR 21 november 2000 waarin dit onttrekkingsvereiste enigszins wordt gerelativeerd.

**HR 21 november 2000, NJ 2001, 160.**

In deze zaak ging het om een verdachte en het slachtoffer die zich in een overvolle discotheek bevonden. Op een gegeven moment raakten de verdachte en het slachtoffer elkaar aan en werd er over en weer geduwd. Vervolgens pakt het slachtoffer (een fors persoon) de verdachte vast met een arm om de nek. Het hoofd van de verdachte wordt door het slachtoffer naar beneden geduwd en de verdachte krijgt het benauwd en raakt in paniek. De linkerarm van de verdachte werd vastgegrepen. Hij slaat dan met zijn rechterarm met een bierglas van zich af richting het slachtoffer waarbij het slachtoffer en de verdachte zelf gewond raken.

Het Hof is van oordeel dat de verdachte een beroep op noodweer niet toekomt omdat de verdachte had moeten vluchten na het geduw over en weer.

De Hoge Raad is een heel ander oordeel toegedaan. De discotheek was overvol. Vluchten was niet gemakkelijk. Vluchten kon in de gegeven omstandigheden niet van de verdachte gevergd worden.

De Hullu zet treffend in zijn noot bij dit arrest uiteen:

*‘Dat ‘niet aannemelijk’ was dat verdachte ‘niet in de gelegenheid is geweest’ zich na de eerste duw ‘onmiddellijk’ uit de voeten te maken, werpt immers wel erg hoge drempels op voor een noodzakelijke verdediging, zeker als men zich realiseert dat het delict zich heeft afgespeeld in een discotheek om half twee zaterdagavond.’*



In dit arrest valt te bezien dat, ook al had de verdachte wel kunnen vluchten, maar dit gegeven de omstandigheden niet van hem gevergd kon worden, het subsidiariteitsvereiste niet in de weg staat aan een beroep op noodweer.

Dan een arrest waaruit blijkt dat het, na het tot kalmte manen van het slachtoffer, geoorloofd is om jezelf te verdedigen, ondanks de bestaande mogelijkheid om jezelf te onttrekken aan de aanranding. De volgende omstandigheden zijn van belang in deze zaak:

**HR 21 november 2006, NJB 2007, 27.**

In deze zaak gaat het om een verdachte die met twee vrienden staat te praten voor het huis van één van zijn vrienden. Op een gegeven moment komt de buurman naar buiten. De buurman weegt rond de 105 kilogram. In het begin is de buurman nog wel vriendelijk, maar al snel wordt hij kwaad. Onze verdachte zegt op een gegeven moment 'hals', en dat triggert iets in de buurman. De buurman zegt eerst nog: 'oprotten sukkel'. Daarna komt hij op de verdachte afgelopen. Hij duwt een aantal keer met zijn borst tegen de verdachte aan. De verdachte doet zijn armen omhoog en zegt een paar keer 'sorry, sorry, ik weet ook niet wat er aan de hand is. Ik heb niets gekst bedoeld'. De buurman blijft maar op de verdachte afkomen. De verdachte stond op een gegeven moment klem tussen een lantaarnpaal en geparkeerde auto's. Op een gegeven moment geeft de verdachte een klap tegen het hoofd van het slachtoffer. Deze klap heeft geleid tot blindheid bij het slachtoffer en een gebroken oogkas. Het Hof oordeelt dat de verdachte wellicht had weg gekund en dat derhalve niet aannemelijk is geworden dat de verdediging noodzakelijk was..

De Hoge Raad vindt het niet van belang dat hij kon vluchten. Verdachte had geprobeerd de boel te sussen en het slachtoffer bleef maar op agressieve wijze op hem afkomen. Dan is in de ogen van de Hoge Raad voldaan aan de subsidiariteitseis.

Kennelijk bestaat het subsidiariteitsvereiste volgens de Hoge Raad niet alleen uit de vraag of de verdachte kon vluchten of niet. Indien de verdachte de boel probeert te sussen of het conflict op andere wijze probeert op te lossen is voldaan aan de subsidiariteitseis, als je wordt aangevallen door een agressor.

Uit het volgende arrest volgt dat als het Hof de mening is toegedaan dat de verdachte had kunnen vluchten, het Hof dit wel nader moet motiveren.

**HR 6 oktober 2009, NJ 2010, 301.**

In deze zaak gaat het om een incident tussen de verdachte en het slachtoffer bij een bushalte te Dinteloord. Verdachte stond te wachten op de bus die hem naar Steenbergem zou brengen. T. en het latere slachtoffer stonden met een groep jongens op enige afstand van die halte. T. en het slachtoffer liepen naar het bushokje en namen daarin plaats. De verdachte stond daarnaast. Vervolgens maakten de overige jongens van de groep aanstalten om richting het bushokje te lopen. Op dat moment ontstond er een confrontatie tussen de verdachte en T. en het slachtoffer. T. maakte een opmerking richting verdachte waarop verdachte als reactie het petje van T. afpakte en deze met kracht terug op het hoofd van T. zette. T. gaf verdachte een duw. Het slachtoffer gaf vervolgens een klap in het gezicht van de verdachte. Verdacht deinsde achteruit, pakte zijn mes, en stak het slachtoffer daarmee dodelijk in zijn lichaam.

Het Hof oordeelt dat niet aannemelijk is geworden dat de overige leden van de groep dermate dicht waren genaderd dat een mogelijkheid om te vluchten heeft ontbroken.

De Hoge Raad oordeelt dat als het Hof die mening is toegedaan, zij dit wel moet motiveren. In het arrest staat geen nadere precisering van de afstand tussen de overige leden van de groep en van de verdachte. De mogelijkheid is opengebleven dat de situatie voor de verdachte dermate bedreigend was, dat weglopen onder de gegeven omstandigheden niet als een reëel alternatief kon worden beschouwd.

In het volgende arrest valt te bezien dat in een geval waarin zich geen realistische mogelijkheid bevindt om zich aan de aanranding te kunnen onttrekken, voldaan is aan de subsidiariteitseis. De positie van de verdachte en de ruimte waarin de verdachte zich bevindt dienen hier meegenomen te moeten worden in de beoordeling van het geval.

**HR 13 oktober 2009, RvdW, 2009, 1244.**

In deze zaak gaat het om een huisgenote die dreigend op de verdachte afliep in een kleine keuken. De verdachte stompt de huisgenote vervolgens, omdat hij werd aangevallen.

Het Hof is van oordeel dat tussen het moment dat de ruzie is ontstaan en het moment dat de huisgenote dreigend met een vergiet in de richting van de verdachte zwaaide, de verdachte zich aan deze situatie had kunnen onttrekken. Het Hof verwerpt een beroep op noodweer dan ook.

De Hoge Raad is van oordeel dat vluchten geen realistische optie was omdat de keuken waar het incident plaatsvond twee à drie vierkante meter is en dat de verdachte met zijn rug tegen de muur stond en niets kon. Het Hof heeft het beroep op noodweer op ontoereikende gronden verworpen, aldus de Hoge Raad.

In de bovenstaande zaak komt naar voren dat alle omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen bij de beoordeling of voldaan is aan het subsidiariteitsvereiste.

Dan één van de standaardarresten op het gebied van het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste:

**HR 24 september 2013, NJ 2014/277 m.nt. B.F. Keulen**

Deze zaak begon met een feestje in Rotterdam. Daar is een woordenwisseling ontstaan. De verdachte, een Marokkaanse jongen, ziet iemand staan met een pistool. De verdachte pakt het pistool af. De verdachte werd vervolgens achtervolgd door een groep van acht à negen jongens van Antilliaanse afkomst. De verdachte richtte het pistool op de groep om hen op een afstand te houden. De groep jongens werden daar niet bang van, want ze bleven op de verdachte afkomen. De verdachte is vervolgens nog vier straten doorgerend en een tram binnengegaan. In de tram bevonden zich vijf passagiers en de bestuurder. De verdachte wilde naar de achterkant van de tram rennen. Plotseling stond de groep Antilliaanse jongens ook in de tram en stormt op de verdachte af. De verdachte heeft zich toen omgedraaid, het vuurwapen uit zijn zak gepakt en met zijn arm gestrekt in de richting van de voorste achtervolger geschoten.

Het Hof heeft een beroep op noodweer in deze zaak verworpen omdat de verdachte een andere uitweg had kunnen vinden, bijvoorbeeld door te vluchten of niet gericht op personen te schieten. Er is volgens het hof dus niet voldaan aan het subsidiariteitsvereiste.

De Hoge Raad vindt dit oordeel niet begrijpelijk. De verdachte heeft al getracht te vluchten en heeft gedreigd met het vuurwapen. In deze zaak is wel degelijk voldaan aan het subsidiariteitsvereiste.

Volgens dit arrest gaat het vluchten niet oneindig door. Op een gegeven moment mag je je dus verdedigen. Dus dat vluchten wordt niet tot in het extreme doorgedacht. Er zit een grens aan.

Je ziet in de rechtspraak een verschuiving plaatsvinden van het vroege strenge regime, naar een milder regime van het subsidiariteitsvereiste. Indien je de boel gesust hebt, maar evengoed kon vluchten, is voldaan aan het subsidiariteitsvereiste en als je al een tijd gevlucht hebt en gedreigd hebt met een vuurwapen, zoals in dit arrest het geval was, dan hoeft je ook niet verder te vluchten.

In een zeer recent arrest van de Hoge Raad, werd met betrekking tot het al dan niet bestaan van een noodweersituatie als volgt geredeneerd:

**HR 26 januari 2016, NJ 2016, 154.**

In deze zaak gaat het om een verdachte die zich op het trottoir voor een coffeeshop in Heerlen bevindt. Vervolgens arriveren er twee auto's met in totaal negen personen, waaronder het latere slachtoffer, bij de coffeeshop. De verdachte werd in een portiek door vier van de negen mannen, waaronder het slachtoffer, mishandeld met een ploertendoder. De verdachte heeft zich verdedigd met een sneeuwschep en wist de mannen daarmee uit de portiek te werken. De groep mannen bleven echter aanwezig voor de coffeeshop. De verdachte steekt vervolgens de parkeerplaats over en loopt richting een glazen deur van de opslagruimte die bij de coffeeshop hoort. De verdachte heeft een vuurwapen gepakt en eerst in de lucht geschoten. Vervolgens schiet de verdachte het slachtoffer dood. Het Hof verwerpt het beroep op (putatief) noodweer (exces), omdat de gedraging van de verdachte: het schieten op het slachtoffer terwijl het slachtoffer niet de confrontatie zocht met de verdachte, maar juist van hem wegliep, er integendeel één is die naar haar uiterlijke verschijningsvorm kan worden aangemerkt als aanvallend. Het Hof is er vanuit gegaan dat van een noodweersituatie in de portiek sprake was. Deze situatie was geëindigd toen de verdachte de mannen uit de portiek wist te werken. Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat zich niet een nieuwe noodweersituatie heeft voorgedaan 'vanaf het moment dat de verdachte schietend vanuit de opslagruimte komt tot aan het moment dat verdachte het slachtoffer doodschiet'.

De Hoge Raad deelt de mening van het Hof dat de gedraging van de verdachte 'naar de uiterlijke verschijningsvorm kan worden aangemerkt als aanvallend'.

In dit arrest zie je toch wel enige terughoudendheid bij de Hoge Raad. Terwijl in HR 24 september 2013 een waarschuwingsschot waar niet op gereageerd wordt, wel wordt meegenomen in de beslissing of er sprake is van noodweer wordt daar in deze zaak geen aandacht aan besteed. De verklaring daarvoor in dit arrest ligt in het feit dat er sterk getwijfeld wordt aan het feit of er nog sprake was van een aanranding. De groep mannen wilden de verdachte ontvoeren (wat niet duidelijk omschreven staat in dit arrest). Als de verdachte zich hiertegen zou willen verdedigen en eerst een waarschuwingsschot lost, waar niemand bang van wordt, en vervolgens gericht schiet, zou dit wel degelijk een noodweersituatie kunnen zijn in mijn ogen. Het argument dat de gedraging op grond van de uiterlijke verschijningsvorm niet kan worden aangemerkt als verdedigend, maar – naar de kern bezien- als aanvallend, is echter een heel sterk argument van het hof. Dit argument houdt ook de kern van het arrest in.

Iets wat in mijn ogen niet helemaal te begrijpen is, is het feit dat het Hof het steeds heeft over het feit dat vanuit het slachtoffer op het moment van de aanranding geen dreiging uitging. Dit terwijl eerder door de Hoge Raad beslist is dat in gevallen waarin de aanranding niet direct van het (latere) slachtoffer uitging, de mogelijkheid tot een beroep op noodweer niet is uitgesloten. Daarbij kan gedacht worden aan situaties waarin het slachtoffer wel een aandeel had in de aanranding of anderszins

gedragingen heeft verricht die ertoe hebben geleid dat de aangevallene zich op het slachtoffer richtte.<sup>118</sup>

In het overzichtsarrest HR 22 maart 2016, waarin het feitenrelaas en de beslissing van de Hoge Raad in de vorige hoofdstukken reeds uiteengezet is, wordt het volgende met betrekking tot het subsidiariteitsvereiste gesteld:

De noodzaak tot verdediging is in deze zaak wel vastgesteld. De verdachte kon niet vluchten omdat de deur op slot gedaan is. Het beroep op noodweer in deze zaak is stukgelopen op het proportionaliteitsvereiste en niet op het subsidiariteitsvereiste.

### 3.6 Hoe verhoudt de subsidiariteitseis uit de huidige rechtspraak zich tot de Nederlandse grondslagen van noodweer en tot de modellen van G.P. Fletcher?

In de vorige paragraaf heb ik geïllustreerd hoe de subsidiariteitseis in de rechtspraak tot uiting komt. De conclusie die daar getrokken wordt is dat het subsidiariteitsvereiste wel aan een verandering onderhevig is geweest in de afgelopen jaren.

De eerste drie arresten die ik in de vorige paragraaf heb besproken<sup>119</sup> komen in de kern gezien neer op het ontbreken van de noodzaak van verdediging indien er een feitelijke mogelijkheid tot vluchten bestond.

Deze drie arresten zullen worden getoetst aan de modellen van G.P. Fletcher en aan de Nederlandse grondslagen van de noodweer.

Deze arresten vertonen veruit het meest samenhang met het eerste model van G.P. Fletcher: Necessary Defense as an Excuse. Indien er geen feitelijke mogelijkheid bestond om te vluchten staat een beroep op noodweer open.

---

<sup>118</sup> HR 11 januari 2011, E:BP0265, *NJ* 2011, 339, m. nt. Buruma. [online].

<sup>119</sup> HR 15 januari 1957, HR 2 februari 1982 & HR 25 juni 1985.

In dit model dien je met de rug tegen de muur te staan alvorens je jezelf mag verdedigen. Dit komt erop neer dat als je echt niet meer kunt vluchten, in andere worden: als er geen feitelijke mogelijkheid meer bestaat om te vluchten, dat je jezelf dan kunt verdedigen. In al deze zaken gaat het om situaties waarin de verdachte zich had kunnen onttrekken aan en dat dus volgens de Hoge Raad ook had moeten doen.

Alleen het derde arrest<sup>120</sup> kunnen we ook nog deels toetsen aan het derde model. In deze zaak ging het om een verdachte die thuis belaagd werd. Het beroep op noodweer wordt hier verworpen. Het is moeilijk te begrijpen dat iemand moet vluchten uit zijn eigen huis. Waarheen? Als de Hoge Raad hier iets meer conform de autonomie, en dus het derde model van Fletcher: Necessary Defense and the Vindication of Autonomy, had getoetst was de uitspraak in mijn opinie een stuk draaglijker geweest. De verdachte wordt namelijk wel in zijn eigen huis belaagd.

De hierboven genoemde arresten, en dus het vroegere strenge regime rondom het subsidiariteitsvereiste, passen goed bij de grondslag 'het voorkomen van eigenrichting'. Ook de grondslag 'rechtsordehandhaving' wordt volgens het vroegere regime van de Hoge Raad uitstekend in stand gehouden. Doordat je jezelf alleen mag verdedigen als er geen feitelijke mogelijkheid meer bestaat om te vluchten, voorkom je eigenrichting. Ook de rechtsordehandhaving blijft in stand omdat een handeling conform noodweer een uitzonderingssituatie dient te zijn.

Het natuurlijk verdedigingsrecht komt in deze uitspraken minder goed uit de verf.

In de koers die de Hoge Raad daarna vaart, vindt een kanteling plaats van het eerste model van Fletcher, naar het tweede model met een vleugje van het derde model.

In HR 21 november 2006, ging het om het (blind) slaan van een (dikke) buurman. De Hoge Raad heeft toen geoordeeld dat de verdachte wellicht weg had gekund, maar dat niet aannemelijk was dat de noodzaak tot vluchten aanwezig was. Het ging er met name om dat de verdachte de boel probeerde te sussen. Ook stond de verdachte klem tussen een lantaarnpaal en geparkeerde auto's. Je ziet hier de omslag van het eerste model van Fletcher waarbij je met de rug tegen de muur moet staan alvorens je jezelf

---

<sup>120</sup> HR 25 juni 1985.

mag verdedigen naar het tweede model van Fletcher, waar belangenafweging het kernwoord is.

De verdachte heeft een belangenafweging moeten maken, en heeft gedacht: ik heb geprobeerd de boel te sussen. Het slachtoffer bleef maar op hem afkomen, waarop hij uithaalde. Hier zie je dus exact die belangenafweging. De buurman initieerde het incident. Vluchten was feitelijk mogelijk, maar kon gegeven de omstandigheden niet van de verdachte geveerd worden. De noodzaak tot verdediging is ook gegeven op het moment dat je de boel hebt proberen te sussen, als je aangevallen wordt door een agressor. Er kan in deze zaak ook iets van autonomie in zitten (het derde model van Fletcher). De autonomie zit hem in deze zaak in het feit dat hij niet heeft hoeven vluchten. Daar spreekt ook iets van autonomie uit.

Ook in het arrest HR 24 september 2013 staat de belangenafweging centraal. Uit deze zaak blijkt dat er wel een grens zit aan het vluchten. Je hoeft niet tot in het oneindige te vluchten. In dit arrest is duidelijk uiteengezet dat van het eerste model Defense as an Excuse wordt afgestapt. Je hoeft niet meer met de rug tegen de muur te staan. Op het moment dat je al gevlucht bent, bedreigd hebt met een wapen, mag je jezelf op een gegeven moment verdedigen. In deze zaak was dat in een tram. Het feit dat het om negen jongens tegen één verdachte ging is zeker van belang in deze zaak. Dat getalsmatige. Deze zaak ziet ook weer heel erg op de belangenafweging en daarom op het tweede model van Fletcher. De Antilliaanse jongens initieerden het incident namelijk. Toch kun je in deze zaak ook een klein beetje autonomie onderscheiden. De belangenafweging uit het tweede model van Fletcher wordt namelijk ook niet tot het oneindige doorgetrokken. Er wordt geen rekening gehouden met de mensen die zich in de tram bevinden. Je mag in dit geval voor jezelf opkomen. Daar zit het kleine beetje autonomie in, waar Fletcher het over heeft in zijn derde model Defense and the Vindication of Autonomy.

Door de hierboven geschetste verandering van inzicht van de Hoge Raad betreffende de subsidiariteit wordt de grondslag 'het natuurlijk verdedigingsrecht van de burger' weer meer relevant. Het voorkomen van eigenrichting en de rechtsordehandhaving blijven gewaarborgd, maar wel minder prominent dan in de eerdere rechtspraak rondom subsidiariteit.

## Hoofdstuk 4 Culpa in causa en de Garantenstellung

### 4.1 Definitie culpa in causa

In sommige gevallen hebben zich, voorafgaand aan de noodzakelijke verdediging, gedragingen van de verdachte voorgedaan die een beroep op noodweer in de weg staan. In het geval dat je echt de confrontatie opzoekt komt jou geen verweer toe in de zin van noodweer of noodweerexces. Uitlokken, provoceren, eigen schuld zijn termen die verband houden met culpa in causa. De wetgever heeft culpa in causa niet in het wetboek verdisconteerd.

Bij culpa in causa komen twee gezichtspunten naar voren.

*'Enerzijds verandert het feit dat de toorn waardoor men zich laat meeslepen, door de ander is opgewekt, niets aan de noodweersituatie (...). Anderzijds stuit het tegen de borst, degeen die een ander uitlokt en uitdaagt een onbeperkt noodweerrecht toe te kennen.'*<sup>121</sup>

Volgens De Hullu geven auteurs geen absolute voorrang aan een van deze gezichtspunten. Zij menen dat beide gezichtspunten van belang kunnen zijn voor een beoordeling van een noodweersituatie.<sup>122</sup>

Culpa in causa is een beoordelingsfactor bij de vraag of een beroep op noodweer al dan niet aanvaard moet worden.

Er bestaan twee veel voorkomende varianten van eigen schuld in noodweersituaties:

→ 1. Zelf de confrontatie zoeken (regelmatig een beletsel voor een gegrond beroep op noodweer);

→ 2. Het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen tegen dreigende aanrandingen waardoor een zekere escalatie kan zijn bevorderd. Dit wordt doorgaans als een zeer matige vorm van eigen schuld gezien.<sup>123</sup> Dit komt mede voort uit het Bijlmer noodweer-arrest, waarin werd geoordeeld dat het onwettig wapenbezit geen onoverkomelijk beletsel vormt voor het aanvaarden van noodweerexces.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Machielse, *noodweer in het strafrecht*, 1986, p. 609. [online].

<sup>122</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 329.

<sup>123</sup> Machielse, *noodweer in het strafrecht*, 1986p. 614. [online].

<sup>124</sup> HR 23 oktober 1984, NJ 1986, 56 m.nt. Keijzer. [online].

Een vraag die beantwoord dient te worden is waar culpa in causa in het door de rechter te hanteren beslissingsschema een plaats heeft.<sup>125</sup>

Er bestaat bij noodweer discussie over de wijze waarop eigen schuld dient te worden beoordeeld. Vroeger werd culpa in causa verdisconteerd in de toetsing van de subsidiariteit. Tegenwoordig heeft culpa in causa een zelfstandiger plaats als beoordelingsfactor in de toetsing van een beroep op noodweer.<sup>126</sup>

Volgens De Hullu moet de rechter eerst alle wettelijke vereisten nalopen en vervolgens, als een beroep op noodweer(exces) zou kunnen slagen, na moet gaan of de eigen schuld van de verdachte geen beletsel oplevert voor een gegrond beroep op noodweer. De Hullu meent dat dit tegenwoordig de opvatting is van de Hoge Raad.<sup>127</sup>

Een andere in de literatuur bestaande opvatting is dat de eigen schuld van de verdachte betrokken moet worden bij de vraag of er sprake is van een noodweersituatie.

De opvatting van de Hullu is de meest logische. De rechter zal eerst moeten beoordelen of er een geslaagd beroep op noodweer mogelijk is en vervolgens pas kijken of de eigen schuld daar nog roet in het eten gooit. Dit ook omdat niet alle gradaties van culpa in causa leiden tot een verwerping van een beroep op noodweer. Uiteindelijk zal het niet ontzettend veel schelen hoe hier tegenaan gekeken wordt.

Indien er allereerst bekeken wordt of er sprake is van een noodweersituatie, inclusief eigen schuld, wordt de eigen schuld derhalve reeds beoordeeld. Alleen wordt de eigen schuld in een eerder stadium beoordeeld. Mijns inziens is de opvatting van De Hullu de meest logische. Als eerst bekeken wordt of er sprake is van een noodweersituatie en daarna pas de culpa in causa zelfstandig getoetst wordt, is het hele plaatje completer.

In het overzicht van de jurisprudentie in de volgende paragraaf omtrent culpa in causa bij noodweer, valt te zien dat een voorafgaande gedraging betrokken moet worden bij hetgeen daarna is gebeurd.

---

<sup>125</sup> Knigge, *Het materiële strafrecht*, 2015, p. 197.

<sup>126</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2013, p. 379.

<sup>127</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 319.



Bij culpa in causa zijn drie hoofdrichtingen onderscheiden:

1. → auteurs die menen dat de eigen schuld aan het in het leven roepen van de noodweersituatie er nimmer toe doet;<sup>128</sup>
2. → auteurs die het tegenovergestelde van mening zijn. Namelijk dat de aangerande de gevolgen in zo'n geval altijd voor lief heeft te nemen;<sup>129</sup>
3. → auteurs die een standpunt innemen tussen de twee hierboven genoemde richtingen. Zij gaan uit van de afhankelijkheid van de aard van de eigen schuld.

Van de laatste (meest omvangrijkste) groep kan worden gezegd dat zij de opvatting heeft dat de omstandigheid dat de aanranding aan de aangerande persoon zelf te wijten is de wederrechtelijkheid niet zonder meer uitsluit. Anders wordt dit als de aangerande het geweld opriep en zelf de aanranding 'voorbedachtelijk' heeft geprovoceerd.<sup>130</sup>

Culpa in causa zal geheel duidelijk worden door de arresten die ik in de volgende paragraaf uiteen zal zetten.

#### 4.2 Hoe is culpa in causa in de Nederlandse rechtspraak geformuleerd?

Allereerst zal ik door middel van een oud arrest illustreren hoe culpa in causa in de rechtspraak wordt geformuleerd:

**Rb. Den Haag 23 december 1969, NJ 1970, 402.**

In deze zaak ging het om een diepgaande vete tussen de verdachte en het slachtoffer. Gedurende de gevangenschap van het slachtoffer heeft verdachte de vrouw van het slachtoffer voor prostitutie-doeleinden naar Utrecht overgebracht. De vrouw dient een klacht in wegens souteurschap. Na de vrijlating van het slachtoffer gaat de vrouw weer als prostituee voor hem werken in zijn huis in de Katerstraat in Den Haag. Dit kan de verdachte niet verkroppen. Twee weken voor het incident ging de verdachte met een man of zeven naar Den Haag om te knokken met de broer van het slachtoffer. Dit gaat niet door omdat de politie gebeld wordt. Daarna heeft er wel een vechtpartij plaatsgevonden waarbij de broer van het slachtoffer enige leden van de partij van de verdachte mishandelt. Toen zijn de verdachte en zijn broer vanuit Utrecht naar Den Haag gegaan nadat ze geladen vuurwapens meenamen. Zij rijden langs de Katerstraat waar de vrouw van het slachtoffer voor het raam zit. De vrouw belde het slachtoffer. Toen gingen ze naar het café waar zij konden verwachten dat het slachtoffer daar ook zou komen. De verdachte schoot pas nadat het slachtoffer schoot. Het slachtoffer wordt dodelijk geraakt door het schot.

<sup>128</sup> T.J. Noyon, Het Wetboek van Strafrecht 1904, art. 41, aant. 8; Zevenbergen 1927, p.105 & Van Hamel 1927, p. 230.

<sup>129</sup> Strijards, *Strafuitsluitingsgronden*, DJ 1987/8435, p. 45 e.v. [online].

<sup>130</sup> Ten Voorde, T&C Strafrecht commentaar op art. 41 Sr, 2015, p.9. [online].

In bovenstaande zaak verwerpt de rechtbank een beroep op noodweer omdat zij voornemens moesten zijn geweest het geschil niet slechts op de vuist te beslissen. Dit ook omdat zij ‘de figuren daar niet naar waren’. De rechtbank wijst een beroep op noodweer af omdat het aan de verdachte zelf te verwijten valt dat hij zich in deze situatie heeft gebracht. De verdachte was uit op een confrontatie.

In de volgende ‘wat oudere’ zaak valt te bezien dat culpa in causa ook dicht tegen de subsidiariteit aan kan zitten.

**HR 1 juli 1987, NJ 1989, 389.**

In deze zaak ging het om een verdachte, samen met andere inzittenden, die in de auto op Aruba naar een bolwerk van rivaliserende partijen reed. Dit deden zij op de verkiezingsdag. De auto was voorzien met aanduidingen van een politieke partij. Toen zij aankwamen bij de rivaliserende partij zetten zij de auto stil. Zij deden de ramen open. De aanhangers van de andere politieke partij begonnen te schoppen en te slaan tegen de auto. Vervolgens schiet de verdachte één van de aanhangers dood.

Het Hof oordeelt dan dat de verdachte de agressie van de aanhangers van de andere politieke partij willens en wetens hebben opgewekt. Voorts oordeelt het Hof dat onder deze omstandigheden doodslag niet kan worden aangemerkt als een feit geboden door noodzakelijke verdediging tegen de hiervoor gestelde aanranding.

De Hoge Raad geeft aan dat het Hof zonder blijkt te geven van een onjuist rechtsopvatting het beroep op noodweer(exces) toereikend weerlegd.

Ook in bovenstaande zaak zie je dat het feit dat de verdachte de situatie zelf opzoekt funest is voor een beroep op noodweer. Wat ook opvalt aan dit arrest is dat de Hoge Raad met behulp van een voorwaardelijk opzet-achtige redenering een beroep op noodweer verwerpt. Dit ziet op het ‘willens en wetens’ op de hierboven beschreven situatie aan laten komen.

In het volgende arrest is te zien dat de Hoge Raad in het verleden culpa in causa koppelde aan het al dan niet bestaan van een noodweersituatie. In deze zaak gaat het er met name om de vraag of de verdediging wel noodzakelijk was.

**HR 31 oktober 2000, NJ 2001,11**

In deze zaak gaat het om een verdachte die slachtoffer Hol voor zijn fietsenwinkel in Amsterdam steekt met een mes. Verdachte was geïrriteerd geraakt van het gedrag van Hol omdat hij vond dat hij niet goed geholpen was. Nadat de verdachte Hol had gestoken, bleef hij staan met het mes in zijn hand en met zijn gezicht naar de toegangsdeur van de werkplaats. Vervolgens komen drie personeelsleden van Hol vanuit de werkplaats op de verdachte toestormden. Een personeelslid maakte met een driepoot een dreigend gebaar. Verdachte heeft dat personeelslid, nadat de personeelsleden hem wilde pakken, in de borst gestoken. Het personeelslid is daardoor overleden.

Het Hof verwerpt een beroep op noodweer. Dit omdat de verdachte volgens het Hof zich door Hol te steken willens en wetens in een situatie gebracht waarin een reactie te verwachten was. De verdachte heeft door zijn verdere handelwijze vervolgens nog een aanzienlijke bijdrage geleverd aan het ontstaan van een voor hem dreigende situatie. De noodzaak van verdediging was er ook niet. Verdachte had ook zijn mes kunnen weggoaien.

De Hoge Raad geeft aan dat het Hof zonder blijkt te geven van een onjuist rechtsopvatting het beroep op noodweer(exces) toereikend weerlegd.

De Hullu zet in zijn noot bij dit arrest uiteen dat door de eenduidige koppeling uit dit arrest van eigen schuld aan het ontbreken van een noodweersituatie culpa in causa sterk en te gemakkelijk als drempel dreigt te fungeren. De Hullu pleit vervolgens ook voor een eigen plaats van culpa in causa in de uiteindelijke afweging van alle relevante gegevens ter beantwoording van de vraag of een beroep op noodweer al dan niet kan worden aanvaard.

Het volgende arrest is één van de standaardarresten omtrent culpa in causa.

**HR 24 oktober 1989, NJ 1990, 353 (Gezochte confrontatie).**

Deze zaak gaat over een caféruzie. Verdachte bevindt zich met een vriend bij een café. Op een gegeven moment raken ze slaags met een groep anderen. Vervolgens gaat de verdachte naar huis, trekt een joggingsbroek aan en steekt een mes bij zich. Dan keert hij weer terug naar het café. De mensen waar de verdachte ruzie mee heeft zijn al weg. De verdachte weet waar de mensen wonen en gaat daarheen. Verdachte wordt daar aangekomen nageroepen. Op dat moment gaat de verdachte op een van de mensen af en steekt hem neer.

Het Hof verwierpt een beroep op noodweer. Er zou zich geen noodsituatie hebben voorgedaan. Ook geeft het Hof aan dat niet voldaan is aan de proportionaliteitseis en de subsidiariteitseis. Dit omdat de verdachte zelf de confrontatie met het slachtoffer heeft gezocht door, na een eerdere ruzie, nadat hij naar huis is gegaan om zich om te kleden en een mes te pakken, terug te keren naar het café en vervolgens langs het huis van zijn ex-tegenstander gelopen is. Dit terwijl hij wist dat de ex-tegenstanders in de meerderheid waren. Er is sprake van culpa in causa.

De Hoge Raad bevestigt dit oordeel van het Hof. Omdat de verdachte zelf de confrontatie heeft gezocht heeft de verdachte niet gehandeld tot noodzakelijke verdediging tegen een ogenblikkelijke aanranding.

In het bovenstaande arrest valt te zien dat de Hoge Raad destijds culpa in causa onder de noodzaak bracht. Dit moet eerst vastgesteld worden om tot een uitspraak te komen over noodweer. In de latere arresten valt te zien dat we culpa in causa achteraf toepassen.

Het is van cruciaal belang op wat voor confrontatie de verdachte uit was. Het is niet in alle gevallen voldoende dat de verdachte mocht verwachten dat tegen hem geweld zou worden gebruikt is te zien in het volgende arrest.

**HR 29 april 1997, NJ 1997, 627.**

Deze zaak gaat over een verdachte die in onmin leefde met zijn broers. Het gezamenlijke tuindersbedrijf is daardoor gesplitst. Dat de verdachte recht op overpad kreeg heeft geleid tot nieuwe strubbelingen. De verdachte wilde fresia's afvoeren maar het pad was geblokkeerd door de aanhanger van zijn broers, die zelf niet aanwezig waren. De verdachte durfde de wagen zelf niet weg te halen (omdat dat 'slaan' zou worden). De verdachte liep de kas van zijn broers in en trof de zoon van de broers. De zoon sommeerde verdachte om de kas te verlaten. De verdachte bleef staan. De zoon nam de verdachte in een houdgreep waardoor de verdachte geen adem meer kreeg. De verdachte haalde met zijn vrije arm een schaar uit zijn broekzak en stak de zoon in zijn borst en buik.

Het Hof verwierpt een beroep op noodweer. De verdachte wist dat hij met een 'heetgebakerd' persoon te maken had en desondanks de confrontatie heeft opgezocht.

De Hoge Raad is het hier niet mee eens en casseert. *'Dat de verdachte 'het risico heeft aanvaard' dat zijn neef hem daadwerkelijk met enig geweld zou trachten te verwijderen, bracht nog niet mee dat geen sprake was van een wederrechtelijke aanranding die noopte tot verdediging. Vrijwel direct nadat de verdachte weigerde te vertrekken werd hij geconfronteerd met ernstige mate van geweld, waaraan hij zich niet kon onttrekken.*

Bovenstaand arrest is in mijn ogen van groot belang. Hieruit blijkt nogmaals dat niet iedere confrontatie die opgezocht wordt en de verwachting dat geweld gebruikt zou worden genoeg is voor een verwerping van een beroep op noodweer.

Dit blijkt ook uit HR niet betaalde taxirit.<sup>131</sup> In deze zaak, die in paragraaf 2.2.4. reeds besproken is, wordt nogmaals uiteengezet dat het je willens en wetens in een situatie brengen waarin een agressieve reactie van het slachtoffer te verwachten is, op zichzelf niet uitsluit dat ten aanzien van de bewezen verklaarde gedragingen sprake is van noodzakelijke verdediging.

In het volgende arrest komt het wederrechtelijke gedrag aan de kant van degene die probeert expliciet naar voren.

**HR 22 november 2005, NJ 2006, 213.**

Deze zaak gaat over een verdachte die met zijn mededaders naar het Dienstencentrum in Tilburg is gegaan. Zij hadden een dag daarvoor afgesproken om slachtoffer 1 en slachtoffer 2 ernstig te gaan onderhouden over hun gedrag jegens één van hen, medeverdachte. Ze wisten dat de slachtoffers elke dag in het Dienstencentrum waren. De verdachte had het idee dat het wel eens fout zou kunnen gaan en dat slachtoffers ook wel eens zwaar geweld zouden kunnen gaan gebruiken. De verdachte heeft voor zijn vertrek naar het Dienstencentrum een pistool bij zich gestoken. Bij het Dienstencentrum hebben zij geïnformeerd of de slachtoffer die dag al waren geweest. Ze hebben daarna bij het centrum gewacht totdat de slachtoffers arriveerden. Slachtoffer 1 is op de verdachte afgegaan om met hem een handgemeen aan te gaan. De verdachte heeft toen zijn pistool getrokken.

Het Hof en de Hoge Raad zijn van oordeel dat er sprake is van culpa in causa. De verdachte wist dat het slachtoffer zwaar geweld zou kunnen gaan gebruiken en heeft een gewelddadige reactie van het slachtoffer uitgelokt door het pistool te trekken.

In bovenstaand arrest staat het wederrechtelijke gedrag van de verdachte buiten kijf. In dit licht is het arrest van de broers met het tuindersbedrijf ook duidelijker. Daar is het gedrag van de verdachte niet wederrechtelijk.

Dan een arrest die enige nuance aanbrengt op de bovenstaande arresten waarbij steeds uiteengezet wordt dat de confrontatie opzoeken waarbij de verwachting dat geweld gebruikt zou kunnen worden gebruikt in sommige gevallen voldoende is voor een verwerping van een beroep op noodweer. In het volgende geval is er wel degelijk sprake van een gegrond beroep op noodweer.

**HR 1 juli 1996, NJ 1996, 753 (Blijf daar weg).**

In dit arrest gaat het om een verdachte die ruzie heeft met het slachtoffer. De verdachte was in het huis van een vriend van hem. Het slachtoffer belde hier aan en er ontstond een woordenwisseling. De verdachte werd bedreigd met een vuurwapen door het slachtoffer. Uiteindelijk is deze ruzie gesust. De verdachte gaat naar huis. In de avond gaat hij weer naar het huis van de vriend. Voor de zekerheid neemt de verdachte een vuurwapen mee. Het slachtoffer is weer in datzelfde huis in de avond. Er ontstaat weer een woordenwisseling. Het slachtoffer trekt weer zijn vuurwapen en schiet. De verdachte schiet ook en schiet raak.

Het Hof oordeelt dat de verdachte geen beroep op noodweer toekomt en verwijst hierbij naar 'HR Gezochte confrontatie'. Het hof stelt dat als je met een vuurwapen naar een huis gaat waar je eerder bent bedreigd, erop kan rekenen dat daar een escalatie ontstaat.

<sup>131</sup> De Hoge Raad oordeelt dat er geen sprake van culpa in causa is. De Hoge Raad stelt dat dit niet het opzoeken van een confrontatie is. Het feit dat je eerder bent bedreigd op een bepaalde plaats, betekent niet dat je daar niet mag terugkeren. Het feit dat je een wapen meeneemt sluit geen beroep op noodweer uit (HR Bijlmer noodweer).

De Hoge Raad wil de burger door het bovenstaande arrest niet te zeer in bewegingsvrijheid beperken. Het verschil met 'HR Gezochte confrontatie' bestaat eruit dat de verdachte in die zaak verder zoekt. Eerst ging hij naar het café en vervolgens naar het huis toe van het slachtoffer. Verdachte in HR 'Blijf daar weg' gaat naar het huis van een vriend toe. Een hele neutrale plek.

In de loop van de jaren heeft culpa in causa een eigen plek in het beslissingsschema gekregen.

In het volgende arrest wordt duidelijk dat de eigen schuld niet op voorhand elke beroep op noodweer uitsluit. De 'voorafgaande' gedraging moet betrokken worden bij hetgeen daarna is gebeurd.

**HR 2 februari 2010, LJV BJ9243.**

In deze zaak gaat het om een verdachte die een vergadering in het wijkcentrum verstoord. De verdachte kwam op krukken binnen en begon tegen de voorzitter te schelden ('Kankervoorzitter, houd je kop'). De voorzitter sommeerde de verdachte te vertrekken. De verdachte bleef staan, De voorzitter duwde en trok de verdachte vervolgens de zaal uit. De verdachte bedreigde de voorzitter met de dood ('Als ik van de krukken af ben, zoek ik je op en maak ik je dood'). De verdachte stelt dat hij bij die bedreiging in noodweer verkeerde omdat hij zijn knie moest beschermen omdat de voorzitter daartegenaan zou hebben geschopt.

Het Hof heeft het beroep op noodweer verworpen. De verdachte had 'een confrontatie' kunnen verwachten.

De Hoge Raad zet het oordeel van het hof als volgt uiteen: ' dat de verdachte in zodanige mate aanleiding had gegeven tot de door de voorzitter gepleegde handelingen dat dit aan een beroep op noodweer in de weg stond.

Dan ten slotte een arrest dat duidelijkheid schept over het onderscheid van dolus in causa en culpa in causa.

**HR 22 februari 2011, NJ 2011, 107.**

In deze zaak ging het om een schietpartij in een café. X komt het café binnen en begint vrijwel direct op de verdachte en de medeverdachte te schieten. De verdachte en de medeverdachte hebben daarop teruggeschoten waarbij niet X maar wel een aantal bezoekers van het café gewond zijn geraakt.

Het Hof stelt dat de gedragingen van de verdachte en de medeverdachte voorafgaand aan het moment dat er geschoten is door X een gegrond beroep op noodweer blokkeren. X was door de verdachte en de medeverdachte anderhalve week voor dit incident ernstig mishandeld en daardoor rekenden de verdachte en de medeverdachte op een verdere escalatie van het conflict in de toekomst. Verdachte en medeverdachte hebben door dit conflict een pistool gekocht en zijn naar het café gegaan, waar X ook wel eens aanwezig was. Het Hof stelt dat omdat zij wisten dat X ook wel eens naar dat café kwam, zij een confrontatie konden voorkomen.

De Hoge Raad casseert en vindt deze gedragingen onvoldoende om te kunnen aannemen dat hier sprake is van eigen schuld.

Hierin liet het hof in het midden of verdachtes gedragingen als dolus in causa of als de enkele onvoorzichtigheid aanmerkte. Wel wordt duidelijk dat alleen bij de doleuse variant van culpa in causa een beroep op noodweer kan stranden. Bestaat de culpa in causa uit de culpoze variant (nonchalance, onoplettendheid, onnadenkendheid of

onvoorzichtigheid) dan verijdt deze ‘eigen bijdrage’ aan de noodweersituatie doorgaans niet een beroep op noodweer.<sup>132</sup>

#### 4.4 Definitie Garantenstellung

Evenals de hiervoor besproken culpa in causa speelt ook de Garantenstellung een rol bij de beoordeling van beroepen op noodweer. Politieagenten worden bijvoorbeeld gebonden aan strengere eisen van proportionaliteit en subsidiariteit dan burgers in noodweersituaties. Ook voor beveiligingsmedewerkers, uitsmijters bij nachtclubs en andere uitgaansgelegenheden, en dergelijke functionarissen geldt de Garantenstellung.<sup>133</sup> De hiervoor genoemde personen zijn allen in dienstbetrekking. Dit hoeft niet altijd het geval te zijn. Ook voor verkeersdeelnemers of voor een ouder ten opzichte van zijn kinderen kan de Garantenstellung gelden.

De Garantenstellung is te omschrijven als ‘de bijzondere eisen die aan bepaalde functionarissen gesteld mogen worden’.

Het gaat vaak om de vraag of een vuurwapen mocht worden gebruikt en welke eisen aan bekwaamheid bij gebruik van een dergelijk wapen mogen worden gesteld.<sup>134</sup>

De Garantenstellung is een extra hobbel die moet worden genomen wil een beroep op afwezigheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de verdachte succesvol eindigen.<sup>135</sup>

Uit de jurisprudentie die in de volgende paragraaf besproken wordt, is te zien dat in de afgelopen jaren ook de Garantenstellung soepeler wordt getoetst dan vroeger.

#### 4.5 Hoe is de Garantenstellung in de Nederlandse rechtspraak geformuleerd?

Allereerst wordt het Meta Hofman-arrest besproken. De uitkomst in deze zaak is omstreden geweest. Dit arrest laat de moeilijkheden zien die aan een beroep op noodweer ten grondslag liggen.

---

<sup>132</sup> Ten Voorde, T&C Strafrecht commentaar op art. 41 Sr, 2015, p. 10. [online].

<sup>133</sup> Kelk, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 369.

<sup>134</sup> Knigge, *Het materiële strafrecht*, p. 194.

<sup>135</sup> Ten Voorde, T&C Strafrecht commentaar op art. 41 Sr, 2015, p. 8. [online].

**HR 1 maart 1983, NJ 1983, 468 (Meta Hofman).**

In deze zaak ging het om een politieagent die een vrouw heeft doodgeschoten tijdens zijn werk. De politieagent was met zijn collega naar een pand gegaan waar een melding over was geweest dat er glazen voorwerpen waren gegooid. Toen de agenten binnenkwamen troffen zij een versufte vrouw aan die niet wilde antwoorden. Ze vroeg of ze wat mocht drinken in de keuken. De politieagent liep achter haar aan. In de keuken draaide de vrouw zich om en hield een mes vast (een aardappelschilmesje) en zei: 'ik steek je kapot'. De politieagent trok zijn wapen en sommeerde de vrouw het mes neer te leggen. De vrouw maakte draaiende bewegingen met het mes en zei: 'schiet maar, ik ben toch sneller, ik steek je kapot'. De politieagent sommeerde de vrouw nogmaals het mes neer te leggen. Toen de vrouw hier wederom geen gehoor aan gaf, loste de agent een waarschuwingsschot in het plafond. De vrouw stapte toen in zijn richting. De agent wilde achteruit lopen, maar werd geblokkeerd door zijn collega. De agent richtte toen op de linkerschouder van de vrouw, op 1.5 meter afstand, maar schoot in de hartstreek van de vrouw, waarop zij overleed.

Het Hof honoreerde het beroep op noodweer. Het Hof had veel gewicht toegekend aan de slechte opleiding en training van de agent.

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep. De Hoge Raad ging mee in het toekennen van gewicht aan de slechte opleiding en training van de agent: 'verdacht capaciteiten gezien in het licht van hetgeen in een situatie als de onderhavige mag worden verwacht van een politieman in een functie en rang en van leeftijd, opleiding en ervaring als die van verdachte'.

Deze uitspraak is omstreden. In het licht van de proportionaliteitstoets is het handelen van de verdachte toch ook niet gerechtvaardigd? Daar doet het afwezig zijn van een schending van de Garantienstellung niets aan af.

Dan het Bijlmer noodweer-arrest. Het gaat in dit arrest om de moeilijke positie van de van de burger die in confrontatie komt met criminaliteit.

**HR 23 oktober 1984, NJ 1986, 56. (Bijlmer noodweer)**

In deze zaak ging het om een vrouw die midden in de nacht naar huis liep in de Bijlmermeer. Deze buurt staat bekend als gevaarlijk. De vrouw was al eens eerder beroofd en had daardoor een geladen pistool binnen bereik. In de hal van de lift werd de vrouw besprongen door twee gemaskerde mannen. De ene man hield de vrouw vast en de andere man probeerde het tasje van de vrouw te stelen. De vrouw zag dat de man die het tasje probeerde te stelen een mes had. De vrouw loste een waarschuwingsschot. De man met het mes reageerde hierop door met opgeheven mes naar de vrouw toe te lopen terwijl de vrouw nog vastgehouden werd door de andere man. Hierop heeft de vrouw de man die op haar af kwam in zijn borst geschoten. Allebei de mannen vluchtten vervolgens weg. Op een gegeven moment komt de man die de vrouw eerder vasthield weer op de vrouw af, die nog steeds half op de grond lag, en greep de vrouw beet. Deze man heeft de vrouw vervolgens in de rechterschouder geschoten. De man heeft getracht te vluchten met de tas, maar overleed kort na het incident.

Het Hof oordeelde in deze zaak dat er sprake was van geweest van een noodweersituatie, maar wel dat er bij beide feiten disproportioneel gehandeld is door de vrouw omdat zij op de belangrijkste lichaamsdelen schoot. Ook gaf het Hof aan dat de vrouw ervaring had met vuurwapens omdat zij al enige tijd lid was van een schietvereniging. Het beroep op noodweer werd wegens disproportionaliteit afgewezen. Noodweereces werd aanvaard.

De Hoge Raad moest alleen antwoord geven op de vraag of het wapenbezit van de vrouw niet in de weg stond aan een gegrond beroep op noodweer(exces). De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat wapenbezit een beroep op noodweer(exces) niet belette. De vrouw is wel in de procedure apart veroordeeld voor (onwettig) wapenbezit.

Over de moeilijke vraag over de disproportionaliteit in deze zaak hoefde de Hoge Raad niet te beslissen. De vrouw stelde geen cassatieberoep in. Gepleit kan worden dat de vrouw op minder vitale lichaamsdelen had moeten schieten. Zeker met haar

kennis van wapens. Uit het feit dat deze zaak evengoed eindigt in noodweerexces blijkt toch wel een versoepeling in de rechtspraak.

Uit de recentere rechtspraak blijkt dat de criteria uit Meta Hofman niet meer gevolgd worden. De verwijzing naar rang, leeftijd, opleiding en ervaring zijn alleen te vinden in oude uitspraken. In de recentere jurisprudentie is dit niet terug te vinden.

De Garantenstelling wordt in de recente rechtspraak wel nog steeds toegepast. Dit illustreer ik aan de hand van het volgende arrest.

**HR 26 mei 2015, NJB 2015, 1100.**

In deze zaak ging het om twee betrokkenen die een inbraak hadden gepleegd bij de Kijkshop. Ze voldeden niet aan de sommaties van de politieagent (verdachte). Hierop heeft de verdachte beide betrokken neergeschoten. De verdediging doet een beroep op noodweer. Van enige concrete dreigende agressie gericht tegen de verdachte is niet gebleken op het moment dat de verdachte in hun richting schoot. Dat was op het moment dat betrokkenen gebukt onder de toegangspoort vandaan kwamen. Er kan geen sprake geweest zijn dat de mannen in de verdachte richting bleven doorlopen want de beide betrokkenen zijn heel kort na het gebukt passeren van het gat in de winkeldeur neergeschoten.

De rechtbank verwerpt derhalve een beroep op noodweer. De verdachte doet subsidiair een beroep op putatief noodweer. Daarvan is sprake als de verdachte verschoonbaar dwaalt over het bestaan van een noodweersituatie. De rechtbank verwierp dit beroep omdat door de Garantenstelling meer van de verdachte geëist mocht worden betreffende zijn handelwijze. De verdachte had de betrokkenen kunnen aanhouden door middel van het gebruik van zijn pepperspray of wapenstok.

Het Hof verwerpt, met verwijzing naar de overwegingen van de rechtbank, het in hoger beroep gedane beroep op noodweerexces omdat niet aannemelijk is geworden dat verdachte geconfronteerd werd met een ogenblikkelijke (dreigende) wederrechtelijke aanranding door de betrokkenen. Ook bevestigen zij dat van putatief noodweer geen sprake kan zijn vanwege de Garantenstelling die op de verdachte rust.

De Hoge Raad bevestigt de hiervoor genoemde overwegingen van het Hof. Daarbij verdient opmerking dat het Hof bij de beoordeling van het beroep op putatief noodweer betekenis mocht toekennen aan verdachtes capaciteiten gezien in het licht van hetgeen in een situatie als onderhavige – gelet op zijn beroep, opleiding en training- mag worden verwacht van een politieambtenaar (Garantenstelling)

Zoals hierboven te zien is wordt de Garantenstelling nu bepaald aan de hand van het beroep, de opleiding en de training. Hierin is dus het verschil met het Meta Hofman-arrest gegeven.

#### 4.6 Hoe verhouden culpa in causa en de Garantenstelling uit de huidige rechtspraak zich tot de Nederlandse grondslagen van noodweer en tot de modellen van G.P. Fletcher?

Ten slotte een toetsing van culpa in causa en de Garantenstelling uit de huidige rechtspraak aan de Nederlandse grondslagen van noodweer en de modellen van G.P. Fletcher.

Culpa in causa laat zich in de huidige rechtspraak formuleren als:

**HR 28 maart 2006, LJN AU8087. (Niet-betaalde taxirit)**

Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Gedragingen van de verdachte voorafgaande aan de wederrechtelijke aanranding door het latere slachtoffer kunnen onder omstandigheden in de weg staan aan het slagen van een beroep op noodweer(exces) door de verdachte. Dat is bijvoorbeeld het geval indien de verdachte de aanval heeft uitgelokt door provocatie van het latere slachtoffer en hij aldus uit was op een confrontatie.



Culpa in causa, de eigen schuld van de verdachte, conformeert zich het meest aan het tweede model van Fletcher, *Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils*. Er moet constant een belangenafweging gemaakt worden. Als de verdachte de aanval heeft uitgelokt door provocatie van het latere slachtoffer en hij aldus uit was op een confrontatie moet de verdachte dit in ogenschouw nemen.

*Necessary Defense as an Excuse* gaat bij culpa in causa niet op. Dit omdat zelfverdediging in dit model gezien wordt als *ultimum remedium*. De mate van eigen schuld of provocatie heeft niets van doen met dit model. Ook het derde model *Necessary Defense and the Vindication of Autonomy* past niet bij culpa in causa. In dit model wordt geen rekening gehouden met de omstandigheden waarop de verdediging van de verdachte berust. Of de verdachte het latere slachtoffer heeft uitgelokt of geprovoceerd doet in het derde model van Fletcher niet af aan een gegrond beroep op noodweer. Alleen in het arrest HR 1 juli 1996, *NJ* 1996, 753 speelt de autonomie wel degelijk een rol. De verdachte gaat terug naar het huis van een vriend van hem terwijl zich eerder die dag al een incident heeft voorgedaan. Door hier een beroep op noodweer toe te wijzen respecteert de Hoge Raad meer bewegingsvrijheid van de burger. Dit is bevorderlijk voor de autonomie. Wel is in de rechtspraak te zien dat culpa in causa minder streng wordt gehanteerd dan vroeger. Uit de rechtspraak blijkt namelijk dat niet iedere confrontatie die wordt opgezocht en de verwachting dat geweld gebruikt zou worden genoeg is voor een verwerping van een beroep op noodweer.<sup>136</sup> Deze nuance brengt het leerstuk culpa in causa nog dichter bij het tweede model van Fletcher waar de belangenafweging centraal staat. Dit is in mijn opinie ook hoe de rechtspraak moet omgaan met culpa in causa. Het eerste en derde model gaan hierin te ver.

Het leerstuk culpa in causa past bij alle Nederlandse grondslagen omtrent noodweer. Het natuurlijke verdedigingsrecht van de burger wordt niet geschaad als het je eigen schuld is dat je in een bepaalde situatie terecht bent gekomen waarin je jezelf moet verdedigen tegen een wederrechtelijke aanranding. Ook past de grondslag het voorkomen van eigenrichting goed bij culpa in causa. Als een verdachte weet dat, indien hij provoceert en uitlokt en daardoor in een hachelijke situatie terecht komt,

---

<sup>136</sup> HR 29 april 1997, *NJ* 1997, 627. [online].

hem geen beroep op noodweer toekomt. Ditzelfde geldt voor de rechtsordehandhaving.

Ten slotte de Garantstelling.

De Garantstelling is te omschrijven als ‘het in ogenschouw nemen van de bijzondere eisen die aan bepaalde functionarissen gesteld mogen worden’.

Het gaat vaak om de vraag of een vuurwapen mocht worden gebruikt en welke eisen aan bekwaamheid bij gebruik van een dergelijk wapen mogen worden gesteld.<sup>137</sup>

De Garantstelling wordt momenteel voor een opsporingsambtenaar geformuleerd in de rechtspraak als:

*‘Het rechtscollege mag betekenis toekennen aan verdachtes capaciteiten gezien in het licht van hetgeen in een situatie – gelet op zijn beroep, opleiding en training – mag worden verwacht van een politieambtenaar.’<sup>138</sup>*

Het leerstuk van de Garantstelling aan verduidelijking toe. In het arrest Meta Hofman kwam de betreffende opsporingsambtenaar een beroep op noodweer toe terwijl hij een vrouw doodschoot die dreigde met een aardappelschilmesje. De Garantstelling werkt ook verontschuldiging als je onvoldoende training hebt gehad als agent. In HR 26 mei 2015 komt de opsporingsambtenaar geen beroep op (putatief) noodweer(exces) toe vanwege de Garantstelling. De manier waarop dit arrest is beoordeeld, moet, mijns inziens, voortaan worden geoordeeld.

In het overzichtsarrest van de Hoge Raad van 22 maart 2016 is geen aandacht besteed aan de Garantstelling. Dit terwijl de Garantstelling in de rechtspraak bekend staat als een penibel leerstuk.

Als de Garantstelling getoetst wordt aan de modellen van Fletcher conformeert deze zich voor 100 % aan het tweede model van belangenafweging. Indien van een burger meer mag worden verwacht dan van een andere burger moet de burger ook met die wetenschap de belangen afwegen. Met de wetenschap dat er meer van hem verwacht wordt.

Bij opsporingsambtenaren als betrokkenen kunnen bovenstaande situaties leiden tot een complexe afweging van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

---

<sup>137</sup> Knigge, *Het materiële strafrecht*, p. 194.

<sup>138</sup> HR 26 mei 2015, *NJB* 2015/1100. [online].

De Garantenstellung zoals deze in de rechtspraak geformuleerd is past bij de grondslagen van de Nederlandse noodweerregeling.

Bij opsporingsambtenaren kunnen, behalve de complexe afweging van de gerechtvaardigde eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, ook aspecten van rechtsordehandhaving en begrip (gezien het risico dat zij in hun beroep lopen ten behoeve van het algemene belang) een rol spelen.<sup>139</sup>

Dit geldt ook bij een burger waarvan meer mag worden verwacht dan van een andere burger. Dit valt te zien in HR Bijlmer noodweer.

Ook het natuurlijke verdedigingsrecht kan door de Garantenstellung worden ingeperkt. Wel doet de Garantenstellung goed aan het voorkomen van eigenrichting. Al is van eigenrichting bij opsporingsambtenaren haast geen sprake. Van eigenrichting bij burgers met een Garantenstellung zal eerder sprake kunnen zijn. De Garantenstellung versterkt hierdoor het verbod op eigenrichting.

## Hoofdstuk 5 Conclusie

### 5.1 Inleiding

Het bovenstaande onderzoek is verricht om een antwoord te krijgen op de onderzoeksvraag die luid: *‘Hoe verhoudt de huidige rechtspraak omtrent noodweer zich tot de grondslagen van de Nederlandse noodweerregeling en de modellen van G.P. Fletcher’?*

Middels het beantwoorden van de deelvragen in de verschillende hoofdstukken is er antwoord gegeven op de onderzoeksvraag. Het eerste hoofdstuk heeft een descriptieve invulling gekregen. De huidige noodweerregeling is uitgebreid uiteengezet. In het tweede hoofdstuk zijn de modellen van Fletcher uiteengezet. De huidige rechtspraak en de Nederlandse grondslagen zijn getoetst aan de modellen. In het derde hoofdstuk zijn de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in de Nederlandse rechtspraak

---

<sup>139</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 2015, p. 334.

getoetst aan de modellen en grondslagen. Het laatste hoofdstuk heeft ditzelfde getoetst alleen dan met betrekking tot culpa in causa en de Garantienstellung. Al met al is duidelijk geworden dat de Nederlandse noodweerregeling in de rechtspraak aan verandering onderhevig is. Hierdoor wordt duidelijk dat er niet specifiek één model van Fletcher is, dat naadloos op de Nederlandse noodweerregeling aansluit.

## 5.2 Huidige noodweerregeling

De codificatie in art.41 Sr. van noodweer is weinig veranderd in de loop der jaren. Wel is de regeling bij de invoering van het Nederlands Wetboek van Strafrecht in 1886 breder geworden dan daarvoor het geval was. Duidelijk is geworden dat de noodweerregeling berust op een dubbele grondslag: een natuurlijk verdedigingsrecht van de burger en de rechtsordehandhaving. De regeling is uiteindelijk terug te voeren op de belangrijkste functie van het strafrecht: de voorkoming van eigenrichting. De invulling van art. 41 Sr wordt mede bepaald door de rechtspraak. Gebleken is dat de Hoge Raad in de loop der jaren ruimer is gaan toetsen aan de bestanddelen van art. 41 Sr en dan met name aan het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste.

## 5.3 Modellen G.P. Fletcher

De drie modellen van Fletcher laten zich in het kort kenmerken als:

1. Necessary Defense as an Excuse: de burger moet met zijn rug tegen de muur komen te staan voordat hij zichzelf mag verdedigen. De burger mag zich pas verdedigen als hij echt geen kant meer op kan. Het vluchtvereiste is in dit model een harde eis. Een ander te hulp schieten, zoals in de Nederlandse noodweerregeling is toegelaten, is haast niet mogelijk in dit model;
2. Necessary Defense as a Variation of Lesser Evils: in de kern gezien gaat dit model om een belangenafweging tussen de belangen van de agressor en de belangen van de verdediger. Proportionaliteit, subsidiariteit, culpa in causa en de Garantienstellung passen bij dit model van belangenafweging;
3. Necessary Defense and the Vindication of Autonomy: de burger is autonoom in diens persoonlijke levenssfeer. Op het moment dat de autonomie van de

burger wordt aangetast door bijvoorbeeld een inbraak, heeft de burger het recht de indringer te verdrijven en de integriteit van zijn domein te herstellen. De agressor mag op elke manier worden uitgeschakeld.

#### 5.4 Het proportionaliteitsvereiste

In rechtspraak betreffende de proportionaliteitseis bij noodweer gaat het erom dat geen wanverhouding mag hebben bestaan tussen de gekozen verdedigingswijze en de ernst van de aanranding.

Het proportionaliteitsvereiste is de laatste jaren iets ruimhartiger ingevuld door de Hoge Raad. In HR 8 september 2009 heeft de Hoge Raad een definitie van het proportionaliteitsvereiste gegeven: *‘het proportionaliteitsvereiste strekt ertoe om ook dan een gedraging straffeloos te doen zijn indien zij – als verdedigingsmiddel – niet in een redelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding’*. Hier blijkt een belangenafweging als in het tweede model van Fletcher uit. Het rechtsordehandavingsaspect blijkt ook bij deze invulling te passen, evenals het voorkomen van eigenrichting en het natuurlijke verdedigingsrecht van de burger.

#### 5.5 Het subsidiariteitsvereiste

Bij de subsidiariteitseis gaat het om de vraag: had niet in plaats van verdediging een andere uitweg kunnen worden gevonden? In oudere rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad een strenge koers vaarde met betrekking tot het subsidiariteitsvereiste. De noodzaak van verdediging werd afwezig geacht indien er een feitelijke mogelijkheid tot vluchten bestond. Dit zou aansluiten bij het eerste model van Fletcher.

In de recente arresten van de Hoge Raad is het subsidiariteitsvereiste ruimer toegepast. Zo blijkt uit de rechtspraak dat ook al had de verdachte wel kunnen vluchten, maar dit gegeven de omstandigheden niet van hem gevergd kan worden, het subsidiariteitsvereiste niet in de weg staat aan een beroep op noodweer. Ook wordt uit de rechtspraak duidelijk dat indien de verdachte de boel probeert te sussen of het conflict op een andere wijze op probeert te lossen is voldaan aan het

proportionaliteitsvereiste. In de rechtspraak is voorts bepaald dat vluchten niet tot in het oneindige doorgaat. Op een gegeven moment mag je jezelf verdedigen. Deze gedachtegang past het beste bij het tweede model van Fletcher waar de belangenafweging centraal staat. Uit het arrest 24 september 2013, waarin blijkt dat vluchten niet tot het oneindige wordt doorgetrokken, mag de verdachte zichzelf verdedigen in de tram. Er wordt geen rekening gehouden met de mensen die zich in de tram bevonden. Je mag in dat geval voor jezelf opkomen. Daar zit weer een klein beetje autonomie in, wat past bij het derde model van Fletcher. Dit omdat de belangenafweging met betrekking tot die andere burgers die zich in de tram bevonden niet op die wijze gemaakt kon worden. Daarom moet deze handelwijze op autonomie gegrond zijn.

De grondslag ‘het natuurlijke verdedigingsrecht van de burger’ wordt door deze uitleg van de Hoge Raad van de subsidiariteit weer meer relevant. De grondslagen ‘het voorkomen van eigenrichting’ en de rechtsordehandhaving blijven wel overeind, maar zijn minder prominent aanwezig dan in de vroegere rechtspraak. Hierdoor is sprake van een iets ‘individualistischere koers’.

## 5.6 Culpa in causa

Bij culpa in causa gaat het om gedragingen van de verdachte voorafgaand aan de verdediging, die aan een beroep op noodweer in de weg staan. Het gaat hierbij om het uitlokken, provoceren en de eigen schuld. In de rechtspraak valt te zien dat de Hoge Raad in het verleden culpa in causa koppelde aan het al dan niet bestaan van een noodweersituatie. In de recente rechtspraak heeft culpa in causa een eigen plaats verworven. Er wordt derhalve apart getoetst aan culpa in causa. Het is van cruciaal belang of de verdachte zelf de confrontatie heeft opgezocht. In HR Niet-betaalde taxirit is culpa in causa door de Hoge Raad als volgt geformuleerd: *‘Gedragingen van de verdachte voorafgaande aan de wederrechtelijke aanranding door het latere slachtoffer kunnen onder omstandigheden in de weg staan aan het slagen van een beroep op noodweer(exces) door de verdachte. Dat is bijvoorbeeld het geval indien de verdachte de aanval heeft uitgelokt door provocatie van het latere slachtoffer en hij aldus uit was op een confrontatie’*. Het tweede model van Fletcher past bij culpa in

causa. De belangenafweging is cruciaal bij culpa in causa. Het eerste model van Fletcher gaat hierbij niet op. De verdachte hoeft niet eerst met de rug tegen de muur te staan, voordat hij zich mag verdedigen. Het derde model gaat ook niet op. In dit model wordt geen rekening gehouden met de omstandigheden waarop de verdediging van de verdachte berust. Uitlokking of provoceren doet er in dit model niet toe. In HR 1 juli 1996 speelt autonomie echter wel degelijk een rol. De verdachte gaat hierbij terug naar het huis van een vriend van hem terwijl zich eerder die dag al een incident heeft voorgedaan. Noodweer is hier geaccepteerd door de Hoge Raad. Hiermee wordt meer bewegingsvrijheid van de burger gerespecteerd. Ook de culpa in causa wordt in de recente rechtspraak minder streng getoetst dan in de oude rechtspraak. Alle Nederlandse grondslagen passen bij het leerstuk culpa in causa. Aan de grondslag van het natuurlijke verdedigingsrecht wordt niets afgedaan bij de eigen schuld van de verdachte. Juist het voorkomen van eigenrichting komt hier mooi uit de verf. Ditzelfde geldt voor de rechtsordehandhaving.

## 5.7 De Garantenstelling

De Garantenstelling is te omschrijven als ‘het in ogenschouw nemen van de bijzondere eisen die aan bepaalde functionarissen gesteld mogen worden’. De Garantenstelling is een extra hobbel die genomen moet worden wil een beroep op noodweer slagen. Ook de Garantenstelling wordt de afgelopen jaren in de rechtspraak soepeler toegepast dan vroeger. Het Meta Hofman-arrest en het Bijlmer noodweer-arrest zijn van belang voor de Garantenstelling.

De toetsing van de rechtspraak omtrent de Garantenstelling aan de modellen is betrekking eenvoudig. De Garantenstelling conformeert zich 100% aan het tweede model van belangenafweging. De burger, van wie meer mag worden verwacht dan van een andere burger, moet een nauwkeurigere belangenafweging maken alvorens hij zichzelf verdedigt.

## 5.8 Publieke discussie

Zoals eerder beschreven is de publieke discussie altijd prominent aanwezig bij een zaak omtrent noodweer. Deze publieke discussie is te duiden door de rechtspraak te toetsen aan zowel de modellen van G.P. Fletcher als aan de rationales van noodweer.

Te zien valt dat meerdere modellen van toepassing zijn op meerdere aspecten van de noodweerregeling. Daardoor is er zoveel moeite om tot een aanvaardbare oplossing te komen en bestaat de publieke discussie omtrent noodweer. Juist omdat de modellen zo verschillen van elkaar.

De modellen van G.P. Fletcher botsen met elkaar. Toch zijn ze allemaal van toepassing op de noodweerregeling en de acceptatie ervan door het publiek. De rechtspraak laat de verschillende modellen van toepassing zijn. Hierin is ook de verklaring te vinden dat noodweer zo'n lastig onderwerp is voor rechters. Dit omdat alle modellen van toepassing zijn op de rechtspraak. Rechters zouden de modellen in hun beslissing mee kunnen nemen. Zo zal de discussie omtrent noodweer verduidelijkt worden. Ook zouden zij kunnen uitdragen waarin zij de rechtvaardiging gelegen zien dat de burger, terwijl de overheid een geweldsmonopolie heeft, geweld mag gebruiken. Dit zouden rechters kunnen doen aan de hand van de modellen van G.P. Fletcher. Ook zouden zij de grondslagen van noodweer kunnen duiden bij hun beslissing. Dit alles zou helpen om de discussie over noodweer te structureren. Dit zal onontbeerlijk worden in een steeds verhardende samenleving.

Er valt wel te zien dat de Nederlandse rechtspraak zich steeds meer conformeert aan het tweede model van Fletcher, de belangenafweging. Waar van oudsher het eerste model nog vaak voorkomt, lijkt er wel een verschuiving naar het tweede model plaats te vinden. Als deze verschuiving naar het tweede model blijft plaatsvinden moeten rechters dit model motiveren. Zij moeten dan naar buiten brengen dat de rechtvaardiging dat burgers geweld mogen gebruiken, terwijl de overheid het geweldsmonopolie bezit, gelegen is in de belangenafweging. Zo zal de noodweerregeling beter begrepen worden door een ieder.



## Literatuurlijst

### Website<sup>140</sup>

- [www.nrc.nl](http://www.nrc.nl) > zoekterm: Deurne

### Jurisprudentie<sup>141</sup>

- Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3199.
- HR 17 december 1996, *NJ* 1997, 262.

---

<sup>140</sup> Internetbron is voor het laatst geraadpleegd op 2 juni 2016.

<sup>141</sup> Jurisprudentie is op volgorde van voorkomen.

- HR 8 januari 1917, *NJ* 1917, 175.
- HR 14 april 1998, *NJ* 1998, 662.
- HR 7 juli 2015, *NJ* 2016, 39.
- HR 7 mei 1974, *NJ* 1974, 300.
- HR 8 februari 1932, *BJ* 1932, 617.
- HR 12 juni 2007, *RvdW* 2007, 622.
- HR 8 juni 2010, *NJ* 2010, 339.
- HR 6 oktober 2009, *NJ* 2010, 301.
- HR 23 oktober 1984, *NJ* 1986, 56.
- HR 19 september 2006, *LJN*, AX9404.
- HR 22 maart 2016, *RvdW* 2016, 452.
- Hof Den Haag 18 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2422.
- HR 17 april 2012, *NJB* 2012,1119.
- HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 509.
- HR 10 februari 2004, *NJ* 2004, 286.
- HR 3 juni 1977, *NJ* 1997, 657.
- HR 13 oktober 2009, *RvdW* 2009, 1244.
- HR 30 maart 1976, *NJ* 1976, 322.
- HR 24 oktober 1989, *NJ* 1990, 353.
- HR 21 november 2006, *NJB* 2007, 27.
- HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, 1329.
- HR 8 april 2008, *NJ* 2008, 233.
- HR 13 juni 1989, *NJ* 1990, 193.
- HR 8 september 2009, *NJ* 2010, 391.
- HR 24 september 2013, *NJ* 2014, 277.
- HR 5 maart 2013, *NJB* 2013, 673.
- HR 15 januari 1957, *NJ* 1957, 187.
- HR 2 februari 1982, *NJ* 1982, 384.
- HR 25 juni 1985, *NJ* 1986, 75.
- HR 9 maart 1999, *NJ* 1999, 434.
- HR 21 november 2000, *NJ* 2001, 160.
- HR 26 januari 2016, *NJ* 2016, 154.

- HR 11 januari 2011, *NJ* 2011, 339.
- HR 23 oktober 1984, *NJ* 1986, 56.
- Rb Den Haag 23 december 1969, *NJ* 1970, 402.
- HR 1 juli 1987, *NJ* 1989, 389.
- HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 11.
- HR 29 april 1997, *NJ* 1997, 627.
- HR 22 november 2005, *NJ* 2006, 213.
- HR 1 juli 1996, *NJ* 1996, 753.
- HR 2 februari 2010, *LJN* BJ9243.
- HR 22 februari 2001, *NJ* 2011, 107.
- HR 1 maart 1983, *NJ* 1983, 468.
- HR 26 mei 2015, *NJB* 2015, 1100.

#### Kamerstukken

- Kamerstukken II 2007/2008, 31 407, nr. 2.
- Kamerstukken II 2007/2008, 31 407, nr. 3.

#### Literatuur

##### **Binding 1885**

K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, Bd1.

##### **Van Deinse 1860**

A.J. van Deinse, *De algemene beginselen van strafregt, ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemene bepalingen der Nederlandse Strafwetgeving*, Middelburg: J.C.& W. Altorffer 1860.

##### **Fletcher 2000**

G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, OUP 2000.

### **De Hullu 2015**

J. De Hullu, *Materieel strafrecht, over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2015.

### **Kelk 2013**

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Van Kempfen 2011**

P.H.P.H.M.C. van Kempfen, 'Drie basisvereisten voor noodweer. Een pleidooi voor subsidiariteit als de centrale voorwaarde', in: P.H.P.H.M.C. van Kempfen, A.J. Machielse, H.J.B. Sackers & P.C. Vegter (red.), *Levend Strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011.

### **Klijn 2011**

A. Klijn, *Doe het zelf rechtspraak: steun voor eigenrichting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Knigge & Wolswijk 2015**G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Van Leer 1909**

F. van Leer, *Het verbod van eigenrichting*, Amsterdam: Gebroeders Binger 1909.

### **Machielse 1986**

A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht, een rechtsvergelijkende en dogmatische studie*, Amsterdam: Em. De Jong 1986.

### **Machielse 2013**

A.J.M. Machielse, *Handboek strafzaken, 36.7. Noodweer en noodweerecces; artikel 41 Sr.*, 2013.

### **Smidt 1891**

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.*, eerste deel  
Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

### **Strijards 1987**

G.A.M. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden. Studiepockets strafrecht, nr. 14.*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1987, 133 DJ 1987/8435.

### **Artikelen**

R. Jansen, 'Een nieuwe kijk op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bij noodweer. Wordt de minst ingrijpende wijze van verdediging verlangd?', *DD* 2014/70.

N.J.M. Kwakman, 'Noodweer(exces) en burgerarrest: complementaire voorzieningen', *NJB* 2012, 2, p. 116-119.

N.J.M. Kwakman, 'Noodweer(exces) oprekken tot immateriële rechten?', *NJB* 2014/923.

L.T. Wemes & J.M. Ten Voorde 2012 (T&C Sr), aantekeningen op art. 41.





