

R. Jansen<sup>1</sup>

## Rechtspraak

### Een nieuwe kijk op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bij noodweer. Wordt de minst ingrijpende wijze van verdediging verlangd?<sup>2</sup>

DD 2014/70

#### 70.1 Hof Den Haag 14 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT3057

“Naar het oordeel van het hof is, gelet op het bovenstaande, bewezen dat de verdachte (voorwaardelijk) opzettelijk met een mes in de borst en het hart van het slachtoffer heeft gestoken, ten gevolge waarvan het slachtoffer is overleden. Ook is komen vast te staan dat de verdachte zich in een situatie bevond waarin de verdediging tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke gewelddadige aanranding door het slachtoffer geboden was. Hierbij speelt een rol dat zijn pogingen om aan het geweld te ontkomen faalden en hij tegenover het slachtoffer en zijn broer in de minderheid was. Het door de verdachte gekozen verdedigingsmiddel en de wijze waarop hij dit heeft aangewend waren echter disproportioneel in de geschetste situatie, zodat hem een beroep op noodweer ter rechtvaardiging van het feit moet worden ontzegd.”

#### 70.2 Rb. Zwolle-Lelystad 26 maart 2009; ECLI:NL:RBZLY:2009:BI0793

“Met betrekking tot het beroep op noodweer dan wel noodweereces ziet de rechtbank zich allereerst gesteld voor de vraag of sprake was van een wederrechtelijke aanranding. Met de advocaat en de officier van justitie is de rechtbank van oordeel dat de houd- of wurggreep die [slachtoffer] tijdens het gevecht toepaste op [vriend verdachte] een wederrechtelijke aanranding vormt gericht tegen het lijf van [vriend verdachte]. De rechtbank is van oordeel dat verdachte, die [vriend verdachte] heeft willen verdedigen tegen de wederrechtelijke aanranding door te steken met een mes, niet heeft voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Verdachte kon naar het oordeel van de rechtbank eenvoudig een ander, lichter verdedigingsmiddel kiezen. Verdachte had bijvoorbeeld met het mes kunnen dreigen of zij had in een minder vitaal deel van het lichaam dan de rug kunnen steken. Gelet op het vorengaande faalt het beroep op noodweer.”

#### 70.3 Rb. Haarlem 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK0365

“De rechtbank is op grond van het bovenstaande van oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden, dat verdachte zich ten tijde van zijn handelen bevond in een situatie waarin hij zich moest verdedigen tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding.

De rechtbank neemt daarbij in aanmerking de voortdurende provocaties door het slachtoffer, het geweld dat door het slachtoffer op verdachte moet zijn uitgeoefend en het feit dat het slachtoffer kort voor het steekincident opnieuw achter verdachte is aangelopen nadat een eerdere, door het slachtoffer geïnitieerde confrontatie was beëindigd.

Voor een slagend beroep op noodweer is echter vereist dat het handelen van verdachte was geboden door de noodzakelijke (zelf)verdediging, in welke omschrijving besloten ligt dat het handelen dient te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Daaraan voldoet het handelen van verdachte niet. Het volgende is daartoe redengevend.

- <sup>1</sup> *Docent strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteur dankt Klaas Rozemond en Johannes Bijlsma voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.*
- <sup>2</sup> Citeerwijze: 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.

Het pakken van een mes en het daarmee vervolgens met kracht steken in de richting van de hals van het ongewapende slachtoffer staat naar het oordeel van de rechtbank niet in een redelijke verhouding tot de wijze waarop verdachte door het slachtoffer werd aangevallen. Verdachte had voor een minder zwaar verdedigingsmiddel moeten kiezen (zoals bijvoorbeeld zijn vuisten) dan wel anders met het getrokken mes moeten handelen dan daarmee steken ter hoogte van de halsstreek.

Het beroep op noodweer faalt derhalve.”

#### 70.4 **HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:773, NJ 2014/277 m.nt. B.F. Keulen**

“4.3. Indien door of namens de verdachte een beroep is gedaan op noodweer, zal de rechter moeten onderzoeken of de voorwaarden voor de aanvaarding van dat verweer zijn vervuld. Die houden naar luid van art. 41, eerste lid, Sr in dat het begane feit was geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding, waaronder onder omstandigheden mede is begrepen een onmiddellijk dreigend gevaar voor zo een aanranding.

De vraag of een gedraging geboden is door de noodzakelijke verdediging – waarmee onder meer de proportionaliteitseis tot uitdrukking wordt gebracht – van eigen 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. Deze 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 (vgl. HR 8 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3895, NJ 2010/391).

Aan het vereiste dat het begane feit geboden is door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed is ook niet voldaan indien de verdachte zich aan de aanranding had kunnen en moeten onttrekken. Ook bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan deze zogenoemde subsidiariteitseis komt het aan op de omstandigheden van het geval (vgl. HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BM7508, NJ 2010/301).

4.4. Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte achtervolgd werd door een groep van acht à negen Antilliaanse jongens die zich agressief gedroegen jegens hem, dat de verdachte een vuurwapen op hen heeft gericht om hen op een afstand te houden, dat die jongens daarvan kennelijk niet bang werden omdat ze nog steeds op de verdachte afkwamen, dat de verdachte, na nog vier straten te zijn doorgerend een tram is binnengegaan, waarin zich ongeveer vijf passagiers en de bestuurder bevonden, en naar achteren is gerend, dat toen hij in het midden van de tram was de Antilliaanse jongens ook naar binnen kwamen en op de verdachte afstormden, dat de verdachte zich daarop heeft omgedraaid, het vuurwapen uit zijn jaszak heeft gepakt en met zijn arm gestrekt in de richting van de voorste achtervolger heeft geschoten.

4.5. Het Hof heeft het beroep op noodweer verworpen op grond van zijn oordeel dat de verdachte ook een andere uitweg had kunnen vinden, bijvoorbeeld door de tram uit te vluchten of niet gericht op personen te schieten. In aanmerking genomen de hiervoor in 4.4 weergegeven door het Hof vastgestelde feiten en omstandigheden, is dat oordeel niet begrijpelijk. Voor zover het middel daarover klaagt, is het terecht voorgesteld.”

## 1 **Inleiding**

In veel zaken waarin een beroep op noodweer(exces) wordt gedaan, draait het om de vraag of de vaak gewelddadige reactie van de verdachte op de aanval aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit heeft voldaan. Dit begrippenpaar wordt geacht voort te vloeien

uit de wettelijke omschrijving 'geboden door de noodzakelijke verdediging' (artikel 41 Sr) en suggereert in beginsel een tweetal voorwaarden. Doorgaans wordt onder proportionaliteitseis (geboden) verstaan dat geen wanverhouding mag hebben bestaan tussen de gekozen verdedigingswijze en de ernst van de aanranding.<sup>3</sup> Met het subsidiariteitsvereiste (noodzakelijk) wordt vaak bedoeld op de verdediging als zodanig: verdedigen – met geweld reageren op de aanranding – is noodzakelijk als de verdachte redelijkerwijs geen gebruik van alternatieven had kunnen of hoeven maken, zoals vluchten of het bellen van de politie.<sup>4</sup> Aangenomen wordt dat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit sterk met elkaar samenhangen en niet altijd van elkaar kunnen worden onderscheiden.<sup>5</sup> Bovendien worden in de literatuur en rechtspraak geregeld andere betekenissen gegeven aan met name het subsidiariteitsvereiste. Zolang evenwel beide genoemde voorwaarden volgens iedereen uit het begrippenpaar zouden voortvloeien, maakt het voor de inhoudelijke beoordeling van het beroep op noodweer(exces) niet uit welke voorwaarde precies uit welk begrip volgt. De Hullu noemt deze interpretatiekwestie dan ook van betrekkelijk belang omdat iedereen zowel proportionaliteit als subsidiariteit verlangt.<sup>6</sup> Bij nadere beschouwing van literatuur en rechtspraak is het evenwel twijfelachtig of deze veronderstelde overeenstemming inderdaad bestaat. Met name lijken de meningen verdeeld over het bestaan van een aanvullende voorwaarde: is voor een geslaagd beroep op noodweer(exces) vereist dat de verdachte voor de minst ingrijpende, doch geschikte en voorhanden zijnde verdedigingswijze heeft gekozen?<sup>7</sup>

In deze rubriek wordt aan de hand van een literatuur- en rechtspraakanalyse antwoord gezocht op deze vraag. Ik vang aan met een illustratie van twee uitersten die in dit kader kunnen worden onderscheiden op grond van verschillende definities van 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit'. Dan volgt een kort overzicht van rechtspraak van de Hoge Raad waarin het begrippenpaar aan de orde was. Recente overwegingen waarin het rechtscollege duidelijkheid heeft willen verschaffen worden vervolgens geanalyseerd, waarna ik met een voorstel zal komen onbenut gelaten alternatieven slechts in uitzonderlijke gevallen mee te laten spelen in de beoordeling van het beroep op noodweer. Ik sluit af met een afrondende opmerking.

## 2 Twee uitersten

Of het gebruikmaken van het minst ingrijpende verdedigingsmiddel<sup>8</sup> voor een geslaagd beroep op noodweer is vereist, hangt mede af van de betekenis die aan de begrippen 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit' wordt toegekend. Door de uiteenlopende betekenissen in de literatuur en rechtspraak is een verscheidenheid aan standpunten ontstaan ten aanzien

3 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 314.

4 De Hullu 2012, p. 313; R. ter Haar & G.H. Meijer, *Noodweer*, Deventer: Kluwer 2009, p. 43. Vgl. HR 21 november 2006, *NJ* 2006/605.

5 De Hullu 2012, p. 312; Ter Haar & Meijer 2009, p. 57; L.T. Wemes & J.M. Ten Voorde, aant. 4g bij artikel 41 Sr in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013. Een uitgebreide analyse van de voorwaarden die uit het begrippenpaar voortvloeien, wordt gegeven door P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Drie basisvereisten voor noodweer. Een pleidooi voor subsidiariteit als de centrale voorwaarde', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend Strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 303-321.

6 De Hullu 2012, p. 312, voetnoot 210.

7 Zie ook Van Kempen 2011.

8 In het navolgende gebruik ik 'verdedigingswijze' en 'verdedigingsmiddel' als synoniemen nu het onderscheid verder niet van belang is voor de hier besproken problematiek. Ook de Hoge Raad lijkt dit onderscheid niet te hanteren in onder meer HR 8 september 2009, *NJ* 2010/391, m.nt. Buruma.

van de vraag of het lichtste verdedigingsmiddel moet worden gehanteerd. Twee uitersten kunnen worden onderscheiden.

Het ene uiterste is dat het hanteren van het minst ingrijpende verdedigingsmiddel niet wordt verlangd. Uit het begrip 'subsidiariteitseis' volgt dan slechts dat de verdediging als zodanig noodzakelijk moet zijn geweest. Voorts is aan de proportionaliteitseis voldaan indien geen wanverhouding heeft bestaan tussen de gekozen verdediging en de ernst van de aanranding. Bij het beoordelen van deze proportionaliteitseis wordt geabstraheerd van alle omstandigheden van het geval: het slaan met een vuist om een aanval met een klap af te weren is onder alle omstandigheden proportioneel. Niet relevant daarbij is of de verdachte gebruik had kunnen maken van een lichter alternatief.<sup>9</sup>

Het andere uiterste is dat de minst ingrijpende verdedigingswijze wel wordt verlangd, zodat het beroep op noodweer indringender wordt getoetst. De *gekozen verdediging* wordt niet alleen beoordeeld in het licht van de verhouding met de aanranding (proportionaliteit), maar tevens door te kijken naar de alternatieve wijzen waarop de verdachte zich had kunnen verdedigen. Bij die laatste voorwaarde ligt de nadruk dus op het onbenut laten van verdedigingsmiddelen die de verdachte – enigszins toevallig – bij zich droeg op het moment dat hij werd aangevallen (denk aan pepperspray, een mes of een vuurwapen). Het gekozen middel moet in het licht van de voorhanden alternatieven het juiste (in termen van sommige auteurs: noodzakelijk<sup>10</sup>) zijn geweest. In dit perspectief bestaat dus de mogelijkheid dat het verdedigingsmiddel op zich proportioneel wordt geacht, maar in het licht van het feit dat de verdachte ook een busje pepperspray bij zich had, toch als onaanvaardbaar moet worden aangemerkt (want niet het minst ingrijpend). Naast de besproken voorwaarden dient ook de verdediging als zodanig noodzakelijk te zijn; daarvan is geen sprake indien de verdachte zich aan de aanranding kon en moest onttrekken. Dit uiterste schrijft aldus drie voorwaarden voor: proportionaliteit, noodzaak van de gekozen verdedigingswijze en noodzaak van de verdediging als zodanig.<sup>11</sup>

Beide uitersten kennen problematische aspecten. Het oordeel dat de gekozen verdediging niet proportioneel is zal er in de regel op neerkomen dat de verdachte voor een lichter alternatief had moeten kiezen, zoals slaan of het gebruiken van pepperspray in plaats van een steekwapen.<sup>12</sup> Het zal bij de beoordeling van een concreet geval doorgaans dus wel degelijk uitmaken welke verdedigingsmiddelen de verdachte concreet tot zijn beschikking had. Een proportionaliteitstoets waarbij van alle omstandigheden (waaronder voorhanden alternatieven) moet worden geabstraheerd, doet dan ook tamelijk geforceerd aan. Maar het anderzijds *telkens* verlangen dat het minst ingrijpende verdedigingsmiddel wordt gekozen, kan de ruimte voor een geslaagd beroep op noodweer dusdanig inperken dat artikel 41 Sr aan betekenis zou verliezen. De (enigszins toevallige) omstandigheid dat de verdachte meerdere verdedigingsmiddelen tot zijn beschikking heeft, krijgt in dat perspectief wel erg veel waarde toegekend.

Met betrekking tot de uit artikel 41 Sr voortvloeiende voorwaarden worden in de literatuur verschillende definities gehanteerd, met name van het begrip 'subsidiariteit'.<sup>13</sup> Soms wordt met de subsidiariteitseis enkel bedoeld op de voorwaarde dat het minst ingrijpende ver-

9 Vgl. A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht*, Amsterdam: Stichting Onderzoek Recht en Beleid 1986, p. 651.

10 Machielse, aant. 11 bij artikel 41 Sr, subsidiariteit, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.); advocaat-generaal Aben in zijn conclusie, vindplaats ECLI:NL:PHR:2013:646 onder 6.9.8.

11 Zie ook Van Kempen 2011.

12 Vgl. Rb. Zwolle-Lelystad 26 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI0793 (70.2); Hof Den Haag 14 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT3057 (70.1).

13 Zie voor een kort overzicht de noot van Keulen onder HR 24 september 2013, NJ 2014/277.

dedigingsmiddel moet zijn gehanteerd.<sup>14</sup> Anderen verstaan daaronder de noodzaak van de verdediging als zodanig.<sup>15</sup> Weer anderen lijken van mening dat de subsidiariteitseis beide voorwaarden impliceert: de noodzaak van het gekozen verdedigingsmiddel en de noodzaak van de verdediging als zodanig.<sup>16</sup> Er kan aldus niet worden gesproken van consensus met betrekking tot de betekenis van de begrippen 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit'. Datzelfde geldt daarom voor de vraag of het minst ingrijpende verdedigingsmiddel door de verdachte dient te worden gehanteerd.

Ook in de feitenrechtspraak is verdeeldheid te zien. In sommige uitspraken wordt met de 'subsidiariteitseis' bedoeld op de noodzaak van het gekozen verdedigingsmiddel en de wijze waarop het is gebruikt.<sup>17</sup> In andere zaken lijkt dat begrip te worden gereserveerd voor de eis dat de verdediging als zodanig noodzakelijk moet zijn geweest.<sup>18</sup> Ook de uit artikel 41 Sr afkomstige term 'noodzakelijk' wordt in verschillende betekenissen gebruikt.<sup>19</sup> Daarnaast wordt zo nu en dan aandacht besteed aan het onbenut laten van een alternatieve wijze van verdediging<sup>20</sup> hoewel dat soms ook geen rol lijkt te spelen.<sup>21</sup> Voorts zijn er uitspraken waarin naast de noodzaak van de verdediging als zodanig wordt verlangd dat de verdachte heeft gehandeld naar de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, waardoor het vermoeden ontstaat dat er drie voorwaarden aan het handelen van de verdachte worden gesteld, zoals een van de hierboven besproken uitersten voorschrijft.<sup>22</sup> Ten slotte zijn er tal van uitspraken waarin aan het onderscheid tussen proportionaliteit en subsidiariteit in het geheel geen aandacht wordt besteed.<sup>23</sup> Ook uit de feitenrechtspraak volgt dus allerminst een eenduidig antwoord op de vraag of van de verdachte wordt verlangd dat hij van het minst ingrijpende verdedigingsmiddel gebruik heeft gemaakt. Het is daarom interessant om te bezien in hoeverre de rechtspraak van de Hoge Raad houvast biedt.

### 3 Proportionaliteit en subsidiariteit volgens de Hoge Raad

Tot voor kort heeft de Hoge Raad zich nauwelijks in algemene bewoordingen uitgelaten over de verhouding tussen de proportionaliteitseis en de subsidiariteitseis en de daaruit voort-

14 Advocaat-generaal Aben in zijn conclusie voor HR 24 september 2013, NJ 2014/277; advocaat-generaal Bleichrodt in zijn conclusie, vindplaats ECLI:NL:PHR:2013:2081. In deze zin ook Van Kempen 2011, p. 305 en 't Hart in zijn noot onder HR 18 mei 1993, NJ 1993/691.

15 De Hullu 2012, p. 312; Buruma in zijn noot onder HR 8 september 2009, NJ 2010/391; Jörg in zijn conclusie, vindplaats ECLI:NL:PHR:2010:BK4155; Ter Haar & Meijer 2009, p. 57; K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: *Ars Aequi* 2011, p. 111 en 116; Borgers in zijn noot onder HR 6 oktober 2009, NJ 2010/301.

16 Wemes & Ten Voorde, aant. 4h bij artikel 41 Sr in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013. Machielse gebruikt de termen 'subsidiariteit' (beide voorwaarden) onderscheidenlijk 'subsidiariteit in enge zin' (noodzakelijkheid van het verdedigingsmiddel) in aant. 36.7.2.3.2.8 bij artikel 41 Sr in: *Handboek strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbl.). In een ander verband gebruikt hij de begrippen 'subsidiariteit' (noodzakelijkheid van het verdedigingsmiddel) en 'vluchtmogelijkheid' (noodzakelijkheid van de verdediging): aant. 11 en 13 bij artikel 41 Sr, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

17 Rb. Roermond 12 maart 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL7445. Zie ook Rb. Alkmaar 4 september 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BE9893.

18 HofDenBosch 9 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7001; HofAmsterdam 9 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2123.

19 Rb. Alkmaar 11 mei 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BR5262 (noodzaak van de gekozen verdedigingswijze); Rb. Rotterdam 10 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI5885 (noodzaak van de verdediging als zodanig).

20 Rb. Zwolle-Lelystad 26 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI0793 (70.2); Rb. Haarlem 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK0365 (70.3).

21 Hof Leeuwarden 17 november 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO4923.

22 Rb. Haarlem 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK0365 (70.3); Rb. Assen 13 november 2007, ECLI:NL:RBASS:2007:BB8181.

23 Rb. Leeuwarden 26 november 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK4564; Rb. Zwolle-Lelystad 20 augustus 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ5681.



vloeiende voorwaarden. Aangenomen wordt evenwel dat hij de feitenrechter in oudere zaken veel ruimte gaf het beroep op noodweer(exces) te verwerpen, waarmee een tamelijk strenge koers werd gevaren ten aanzien van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis.<sup>24</sup> Zo oordeelde hij ten aanzien van de noodzaak van de verdediging als zodanig herhaaldelijk dat die afwezig moest worden geacht indien de verdachte de feitelijke mogelijkheid om weg te lopen onbenut had gelaten; dat werd dan in wezen altijd van de verdachte gevegd.<sup>25</sup> Indien de verdedigingsnoodzaak aanwezig werd geacht, werd vervolgens de wijze waarop de verdachte zich had verdedigd, beoordeeld. Soms werd daarbij ook gewezen op onbenut gelaten verdedigingsmiddelen.<sup>26</sup> Het kwam daarbij wel eens voor dat alternatieven voor de verdediging als zodanig en onbenut gelaten alternatieve wijzen van verdediging in één overweging werden genoemd.<sup>27</sup> Uit dergelijke overwegingen is niet goed af te leiden welke definities van de begrippen proportionaliteit en subsidiariteit de Hoge Raad voor ogen had. Evenmin gaf de door hem gehanteerde terminologie de doorslag: in een oudere zaak waarin niet helemaal duidelijk naar voren komt of het nu ging om een gebrek in de verdediging als zodanig of in de gekozen wijze van verdediging, overwoog de Hoge Raad dat niet aan het 'subsidiariteitsvereiste' was voldaan.<sup>28</sup> Wel werd in zijn rechtspraak een duidelijk procedureel onderscheid gemaakt: indien verdediging als zodanig niet noodzakelijk was geweest, was zowel een beroep op noodweer als noodweerexcès uitgesloten,<sup>29</sup> anders dan bij een overschrijding van grenzen die bestond uit het hanteren van het onjuiste verdedigingsmiddel.<sup>30</sup> Of dat laatste volgens het rechtscollege nu als proportionaliteits- of subsidiariteitskwestie werd beschouwd, volgt niet ondubbelzinnig uit de oudere rechtspraak. In arresten van meer recente datum valt op dat de Hoge Raad minder strikte eisen lijkt te stellen in het kader van proportionaliteit en subsidiariteit. 'Noodzaak' van de verdediging als zodanig wordt langs een normatief kader beoordeeld en moet niet al te letterlijk worden genomen: wordt van de verdachte onder de gegeven omstandigheden *gevegd* dat hij zich onttrekt aan de aanranding?<sup>31</sup> Recent heeft de Hoge Raad deze vraag (verdedigingsnoodzaak<sup>32</sup>) uitdrukkelijk in verband gebracht met de term 'subsidiariteitseis'.<sup>33</sup> Ook met betrekking tot de wijze waarop de verdachte zich heeft verdedigd lijkt de Hoge Raad een mildere koers te zijn gaan varen. Volgens enkele auteurs is centraal komen te staan dat de

24 De Hullu 2012, p. 326; Ter Haar & Meijer 2009, p. 168-169; Borgers in zijn noot onder HR 6 oktober 2009, *NJ* 2010/301 met nadere verwijzingen.

25 HR 15 januari 1957, *NJ* 1957/187; HR 2 februari 1982, *NJ* 1982/384; HR 25 juni 1985, *NJ* 1986/75. Vgl. Hof Leeuwarden 3 mei 1934, *NJ* 1935/1351; Hof Den Haag 3 februari 1941, *NJ* 1941/253.

26 HR 1 maart 1983, *NJ* 1983/468, m.nt. Van Veen (*Meta Hofman*); HR 26 januari 1988, *NJ* 1988/819; HR 23 oktober 1984, *NJ* 1986/56, m.nt. Keijzer (*Bijlmer noodweer*); HR 25 juni 1985, *NJ* 1986/75.

27 HR 26 januari 1988, *NJ* 1988/819. Vgl. HR 2 februari 1982, *NJ* 1982/384.

28 HR 9 maart 1999, *NJ* 1999/434. De verdachte werkte als portier van een discotheek en had een klap uitgedeeld aan een 'lastige' klant, waarmee hij anders had gereageerd dan gebruikelijk: doorgaans nam hij dergelijke klanten in een houdgreep, waardoor hij ze gemakkelijk kon verwijderen. Het hof verwierp het noodweerverweer en de Hoge Raad het daartegen gerichte cassatieberoep met de overweging dat niet aan het 'subsidiariteitsvereiste' was voldaan. Het is de vraag of daaruit een eenduidige definitie van dat vereiste is af te leiden, nu de onbenut gelaten mogelijkheid de ander in de houdgreep te nemen als alternatief kan worden gezien voor verdediging als zodanig, maar ook voor de gekozen wijze van verdediging. Machielse gaat kennelijk uit van dat laatste, aant. 36.7.2.3.2.8 bij artikel 41 Sr in: *Handboek strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbl.).

29 De noodzaak van de verdediging als zodanig werd (en wordt) dan ook geacht onderdeel te vormen van de voor beide leden van artikel 41 Sr verlangde noodweersituatie. Zie HR 26 februari 1985, *NJ* 1985/651; HR 18 mei 1993, *NJ* 1993/691, m.nt. 't Hart; HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001/11, m.nt. De Hullu; HR 13 juni 2006, *NJ* 2006/343; HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/148.

30 HR 23 oktober 1984, *NJ* 1986/56, m.nt. Keijzer (*Bijlmer noodweer*).

31 HR 21 november 2006, *NJ* 2006/650; HR 6 oktober 2009, *NJ* 2010/301, m.nt. Borgers; De Hullu 2012, p. 313.

32 Deze term is geïntroduceerd door Van Kempen 2011, p. 303.

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

verdediging onder de gegeven omstandigheden *redelijk* moet kunnen worden genoemd in het licht van de ernst van de aanranding.<sup>34</sup>

Ongebruikte alternatieve verdedigingsmiddelen lijken als zodanig in de cassatieprocedure minder aandacht te krijgen dan voorheen. Exemplarisch is een zaak waarin het hof de verwerping van het noodweerverweer voornamelijk had gebaseerd op de door de verdachte onbenut gelaten alternatieven. De Hoge Raad liet dat arrest in stand met een overweging waarin opvallend genoeg niet de alternatieven maar de wanverhouding tussen de aanval en de verdediging centraal stond (volgens de Hoge Raad een proportionaliteitskwestie<sup>35</sup>). De wijze waarop de verdachte zich had verdedigd werd door het rechtscollege dus in de sleutel van het proportionaliteitsvereiste gezet.<sup>36</sup> Ook in andere zaken lijkt de Hoge Raad een onderzoek naar een onbenut gelaten alternatieve wijze van verdediging te willen plaatsen binnen de beoordeling van het proportionaliteitsvereiste.<sup>37</sup> Dat roept de vraag op welke (zelfstandige) betekenis toekomt aan de door de verdachte onbenut gelaten alternatieve wijzen van verdediging.

#### 4 Noodzaak van de gekozen wijze van verdediging wordt niet verlangd

In HR 8 september 2009, *NJ* 2010/391 m.nt. Buruma heeft de Hoge Raad enkele overwegingen vooropgesteld met betrekking tot de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit bij noodweer, die in latere arresten zijn herhaald.<sup>38</sup> Het rechtscollege lijkt daarin nadere invulling te hebben willen geven aan de genoemde eisen, de daarin besloten liggende voorwaarden en hun onderlinge verhoudingen. In het belang van het in deze bijdrage centraal staande onderzoek naar de indringendheid waarmee de gekozen verdedigingswijze moet worden beoordeeld, neem ik een groot deel van de overwegingen hier op:

“2.5.1. (...) De vraag of een gedraging geboden is door de noodzakelijke verdediging – waarmee onder meer de proportionaliteitseis tot uitdrukking wordt gebracht – van eigen 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.”

In 2.5.1. benadrukt de Hoge Raad het casuïstische karakter van de beoordeling van een noodweerverweer en in 2.5.2. volgt een definitie van de proportionaliteitseis waarin de redelijke verhouding tussen de aanranding en de verdediging centraal staat. Dan vervolgt hij:

34 Vgl. HR 8 september 2009, *NJ* 2010/391, m.nt. Buruma; HR 4 oktober 2011, *NJ* 2011/468. Zie ook De Hullu 2012, p. 314.

35 Zie de bespreking van HR 8 september 2009, *NJ* 2010/391, m.nt. Buruma in de volgende paragraaf.

36 HR 8 april 2008, *NJ* 2008/233. Het hof had kort gezegd overwogen dat de verdachte voor het verkeerde verdedigingsmiddel had gekozen. De Hoge Raad liet het arrest in stand, zij het door de nadruk te leggen op de wanverhouding tussen de aanval met een vuist en de ‘verdediging’ door de verdachte met een mes. Anders: Van Kempen, die uit het arrest afleidt dat de Hoge Raad nog steeds de *noodzakelijkheid* van de gekozen verdedigingswijze verlangt: Van Kempen 2011, p. 316.

37 Zie J.H. Blomsma & A.H. Klip, ‘Noodweer en noodweerecnes’, *DD* 2009/13, p. 173.

38 Zie HR 12 januari 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BK4155*; HR 4 oktober 2011, *NJ* 2011/468; HR 24 september 2013, *NJ* 2014/277, m.nt. Keulen; HR 5 maart 2013, *NJ* 2013/165.

“2.6. Het Hof heeft geoordeeld dat niet is voldaan aan die eis van proportionaliteit, omdat het niet overtuigd is van de noodzaak dat de verdachte de aangever T. met kracht met gebalde vuist op het gezicht moest slaan om zichzelf te ontzetten. Daarmee heeft het Hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang.

*[1] Indien het heeft geoordeeld dat eerst dan aan de hier te stellen proportionaliteits eis is voldaan indien, naast de noodzaak van de verdediging als zodanig, ook de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging komt vast te staan, heeft het een te strenge toets aangelegd. [2] Wat dat laatste betreft is immers beslissend of de desbetreffende gedraging – als verdedigingsmiddel – niet in onredelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding.*

Indien het echter die – juiste – maatstaf wel voor ogen heeft gehad, had het gelet op de door hem vastgestelde ernst van de aanranding, zijn oordeel dat de verdachte voor een te zwaar middel heeft gekozen, nader dienen te motiveren.”<sup>39</sup>

De kern van de overwegingen is dat de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging niet hoeft komen vast te staan. Daaraan worden verschillende interpretaties gegeven. Advocaat-generaal Aben vat dat aldus op dat de noodzaak van de gekozen verdedigingswijze geen rol speelt binnen de proportionaliteits eis maar wel daarbuiten, in een (wat hij noemt) subsidiariteitsvereiste.<sup>40</sup> De noodzakelijkheid van het gekozen verdedigingsmiddel is volgens hem voorgeschreven voor een geslaagd beroep op noodweer, wat zijns inziens impliceert dat de verdachte voor het minst ingrijpende middel moet kiezen.<sup>41</sup> Een andere lezing wordt aangehangen door annotator Buruma en advocaat-generaal Jörg.<sup>42</sup> Zij gaan er op grond van de weergegeven overwegingen van uit dat de noodzaak van de gekozen verdedigingswijze voor het beroep op noodweer in het geheel niet relevant is. De subsidiariteits eis houdt volgens hen slechts in dat de verdediging als zodanig noodzakelijk moet zijn geweest. Zij lijken in het kader van de proportionaliteits eis alleen de vraag te willen stellen of een redelijke verhouding tussen de ernst van de aanranding en de gekozen verdediging heeft bestaan. Daarmee tonen zij zich geen voorstander van een aanvullende beoordeling van de gekozen verdediging. Deze verschillende interpretaties van dezelfde overwegingen vragen om nadere analyse.

De eerste gecursiveerde zin lijkt strikt gelezen te suggereren dat de verdedigingsnoodzaak wel, maar de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging niet tot de proportionaliteits eis behoort. Dat kan echter niet de bedoeling van de Hoge Raad zijn geweest omdat de verdedigingsnoodzaak alleen buiten de proportionaliteits eis een rol speelt, namelijk in het kader van de (in recente woorden van de Hoge Raad) ‘subsidiariteits eis’.<sup>43</sup> Aannemelijker is dat de Hoge Raad niet enkel doelt op de proportionaliteits eis, maar op de bredere ‘vraag of een gedraging geboden is door de noodzakelijke verdediging – waarmee onder meer de proportionaliteits eis tot uitdrukking wordt gebracht’ (2.5.1.). Voor *die* vraag is, naast verdedigingsnoodzaak en proportionaliteit, niet nodig dat de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging komt vast te staan.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> HR 8 september 2009, *NJ* 2010/391, m.nt. Buruma. De cursivering en de nummering zijn door mij aangebracht.

<sup>40</sup> Advocaat-generaal Aben in zijn conclusie voor HR 24 september 2013, *NJ* 2014/277, m.nt. Keulen. Ook advocaat-generaal Bleichrodt lijkt – minder expliciet – van deze lezing uit te gaan in zijn conclusie, vindplaats ECLI:NL:PHR:2013:2081.

<sup>41</sup> Zie het voorbeeld dat hij geeft onder 6.9.6 en 6.9.7 van zijn conclusie.

<sup>42</sup> Buruma in zijn noot onder HR 8 september 2009, *NJ* 2010/391; advocaat-generaal Jörg in zijn conclusie, vindplaats ECLI:NL:PHR:2010:BK4155.

<sup>43</sup> HR 24 september 2013, *NJ* 2014/277, m.nt. Keulen, onder 4.3, laatste zin.

<sup>44</sup> In deze zin ook Jörg, die de overweging ‘waarmee onder meer de proportionaliteits eis tot uitdrukking wordt gebracht’ in zijn conclusie herformuleerde naar ‘waarmee naast de proportionaliteits eis ook de subsidiariteits eis tot uitdrukking wordt gebracht’. Zie overweging 8 in zijn conclusie, vindplaats ECLI:NL:PHR:2010:BK4155.



Vervolgens rijst ten aanzien van de tweede gecursiveerde zin – wat dat laatste betreft is de verhouding tussen de gedraging en de ernst van de aanranding beslissend – de vraag waarnaar ‘dat laatste’ verwijst. Taalkundig kan daarmee ofwel ‘de gekozen wijze van verdediging’ zijn bedoeld, ofwel ‘de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging’. Laatstgenoemde optie ligt niet voor de hand. Dat voor de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging beslissend is of de betreffende gedraging niet in onredelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding, zou immers een breuk opleveren met de daaraan voorafgaande zin, waaruit volgt dat nu juist niet is vereist dat de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging komt vast te staan. Het is dan ook aannemelijker dat de Hoge Raad met ‘dat laatste’ het oog heeft gehad op de gekozen wijze van verdediging. Wat deze verdedigingswijze betreft, is beslissend of zij – als verdedigingsmiddel<sup>45</sup> – niet in onredelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding, waarmee de proportionaliteitseis tot uitdrukking wordt gebracht.

Ik onderschrijf aldus de lezing van Buruma en Jörg en meen dat de Hoge Raad de volgende definities voor ogen heeft. De subsidiariteitseis houdt enkel de vraag in of verdedigen als zodanig noodzakelijk was – andersom benaderd: kon en moest de verdachte zich onttrekken? – en daarbij vindt geen beoordeling plaats van de wijze waarop de verdachte zich heeft verdedigd. Die verdedigingswijze wordt alleen beoordeeld in het kader van de proportionaliteitseis: stond de gedraging waarmee de verdachte zich heeft verdedigd in (on)redelijke verhouding tot de ernst van de aanranding? Aan indringender eisen – zoals noodzakelijkheid – hoeft de gekozen wijze van verdediging niet te worden getoetst.

Wat niet volgt uit de overwegingen van de Hoge Raad is een antwoord op de vraag in hoeverre bij de beoordeling van de proportionaliteitstoets belang dient te worden gehecht aan de onbenut gelaten alternatieven. Staat het rechtscollege toe dat een op het eerste gezicht proportionele verdediging toch als disproportioneel moet worden aangemerkt als blijkt dat de verdachte geen gebruik heeft gemaakt van een minder ingrijpend (doch adequaat) alternatief?<sup>46</sup> Toont de Hoge Raad zich, met andere woorden, voorstander van het eerst besproken uiterste, op grond waarvan bij de beoordeling van de proportionaliteitstoets van alle omstandigheden van het geval dient te worden geabstraheerd?

## 5 De redelijkheid van de gekozen verdedigingswijze

In zijn conclusie waarin hij betoogt dat gebruik van het lichtste verdedigingsmiddel wel degelijk door artikel 41 Sr wordt verlangd, besteedt advocaat-generaal Aben aandacht aan de inhoud van de proportionaliteitseis.<sup>47</sup> Hij zou verdediging met een mes van een op de grond liggende verdachte tegen een drietal aanvallers die hem met slaande en schoppende bewegingen naderen, niet onmiddellijk disproportioneel willen noemen. Blijkt echter dat de verdachte een getraind kickbokser is, dan zou van hem kunnen worden verlangd dat hij zich verdedigt op de door hem beoefende wijze, zodat de aanvallers minder schade wordt

45 Hier lijkt een koppeling te worden gemaakt met de vereiste verdediging of verdedigingswil, waarvan de betekenis naar geldend recht niet helemaal duidelijk is. Zie HR 8 juni 2010, *NJ* 2010/339; HR 15 november 2011, *NJ* 2012/474 m.nt. Borgers; Ter Haar & Meijer 2009, p. 77-85; Machielse, aant. 8 bij artikel 41 Sr, verdedigingswil, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

46 Bedacht moet worden dat dit probleem zich alleen voordoet indien meerdere verdedigingsmiddelen voorhanden zijn die alle adequaat zijn om de aanranding te beletten en *in abstracto* niet disproportioneel zijn.

47 Zie zijn conclusie voor HR 24 september 2013, *NJ* 2014/277, m.nt. Keulen, overwegingen 6.9.6-6.9.8.

toegebracht.<sup>48</sup> Dit zou volgen uit een van toepassing zijnde (in zijn woorden) 'subsidiariteits-eis'. De advocaat-generaal lijkt met het voorbeeld te willen aantonen dat naast de proportionaliteitseis wel degelijk ruimte is voor de eis dat het lichtste verdedigingsmiddel dient te zijn gehanteerd. Het betoog van Aben berust op een tweetal opvattingen, waarbij ik enkele opmerkingen zal plaatsen.

De eerste opvatting houdt verband met de kwaliteiten van de verdachte. De advocaat-generaal lijkt met het voorbeeld het oog te hebben gehad op het leerstuk van de Garantstelling, op grond waarvan aan iemand die beschikt over bovengemiddelde vaardigheden hogere eisen mogen worden gesteld.<sup>49</sup> Dankzij die vaardigheden kan de verdachte zich verdedigen op een wijze die minder schade berokkent. Door te betogen dat de verdediging met een mes op zich niet disproportioneel is om een gewelddadige aanval door drie personen af te wenden, geeft Aben er blijk van geen ruimte te zien voor aanpassing van de proportionaliteitsbeoordeling wegens de kwaliteiten waarover de verdachte beschikt. Die ruimte ziet hij wel binnen een (in zijn woorden) 'subsidiariteitseis', door op grond daarvan te verlangen dat de verdachte een minder zwaar verdedigingsmiddel inzet. Waarom de proportionaliteitseis alleen zou mogen worden toegepast zonder de kwaliteiten van de verdachte in acht te nemen, volgt echter niet uit de conclusie van de advocaat-generaal. Ook laat hij in het midden waarom de beoordeling van de 'subsidiariteitseis' die hij voor ogen heeft, niet aan dergelijke beperkingen is gebonden. Ik deel zijn standpunt dan ook niet: in mijn optiek kan bij de beoordeling van de proportionaliteit van verdachtes gedragingen wel degelijk rekening worden gehouden met de kwaliteiten van de verdachte.<sup>50</sup>

De tweede opvatting die in het voorbeeld besloten ligt, heeft te maken met de mate van abstractie die volgens Aben dient te worden betracht bij de beoordeling van de proportionaliteitseis. Door aan de hand van het voorbeeld te overwegen dat de ernst van de aanranding (slaan en schoppen tegen het lichaam) zijns inziens niet onmiddellijk disproportioneel is ten opzichte van de verdediging (steken met een mes in het lichaam) lijkt Aben ervan uit te gaan dat bij de beoordeling van de proportionaliteitseis van alle omstandigheden dient te worden geabstraheerd. Begrijp ik hem goed, dan heeft hij een proportionaliteitseis voor ogen waarin de onbenut gelaten alternatieven geen rol spelen. Vanuit dat uitgangspunt is het dan ook niet vreemd dat de advocaat-generaal opteert voor een aanvullende voorwaarde waarin het onbenut laten van alternatieven wél kan worden beoordeeld. Die voorwaarde geeft hij gestalte in een 'subsidiariteitseis' op grond waarvan de *noodzakelijkheid* van de gekozen wijze van verdediging zou worden verlangd. Door het onbenut laten van alternatieven aan een noodzakelijkheidseis te koppelen, toont Aben zich voorstander van een vrij strenge beoordeling.

In het arrest dat is gevolgd op Abens conclusie is de Hoge Raad niet meegegaan met het betoog van de advocaat-generaal.<sup>51</sup> Dat hoeft evenwel niet te betekenen dat de Hoge Raad naar

48 Vgl. Van Kempen, p. 310, waarin hij melding maakt van het in de Nederlandse literatuur vrij onbelicht gebleven 'beginsel van het minste kwaad', op grond waarvan de verdachte zou kunnen worden verplicht in zijn verdediging de (fysieke) schade aan de aanvallers zo veel mogelijk te beperken. Schade vormt in die zin het 'kwaad' en het beginsel zou voorschrijven de som van het totale kwaad – schade veroorzaakt door de aanranding én door de verdediging – te minimaliseren. Zie voor een uiteenzetting hierover B. Sangero, *Self-Defence in Criminal Law*, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p. 73-77.

49 Ter Haar & Meijer 2009, p. 65 e.v.; De Hullu 2012, p. 315.

50 Ook in de literatuur lijkt de opvatting te zijn dat een Garantstelling van invloed kan zijn op zowel de verdedigingsnoodzaak als de redelijkheid (proportionaliteit) van verdachtes verdediging. Zie Ter Haar & Meijer 2009, p. 65; Wemes & Ten Voorde, aant. 5a bij artikel 41 Sr in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013. Vgl. Keulen in zijn noot onder HR 24 september 2013, NJ 2014/277.

51 In die uitspraak reserveert de Hoge Raad de term 'subsidiariteitseis' voor de noodzaak van de verdediging als zodanig: HR 24 september 2013, NJ 2014/277, m.nt. Keulen.

een proportionaliteitseis streeft waarin onbenut gelaten alternatieven en andere omstandigheden *nooit* een rol spelen. Uit zijn recente rechtspraak waarin veel aandacht lijkt uit te gaan naar de omstandigheden van het geval, blijkt veeleer het tegenovergestelde.<sup>52</sup> Bovendien benadrukt de Hoge Raad bij de proportionaliteitseis de *redelijkheid* van de gedragingen van de verdachte.<sup>53</sup> Niets lijkt eraan in de weg te staan binnen die redelijkheidsbeoordeling aandacht te schenken aan de alternatieven waarvan de verdachte geen gebruikmaakte. Ik houd dan ook voor mogelijk dat de proportionaliteit van verdachtes gedragingen problematisch wordt als de verdachte in het licht van de voorhanden alternatieven een *onredelijk* verdedigingsmiddel hanteert. Daarbij denk ik aan een verdedigingsmiddel dat een onbenut gelaten en voorhanden alternatief dat tevens adequaat is, in ernstige mate overtreft zodat van een *redelijke* verdediging niet meer kan worden gesproken. Met een dergelijke invulling van de proportionaliteitseis kan rekening worden gehouden met de kwaliteiten van de verdachte en het onbenut laten van alternatieve middelen, maar niet in zodanige mate dat de toevalligheid dat hij meerdere adequate wapens bij zich draagt, zonder meer fataal is voor zijn verweer. Het onbenut laten van alternatieven wordt aldus aan een redelijkheids-toets onderworpen, en gaat aanzienlijk minder ver dan de strikte noodzakelijkheidstoets zoals Aben die voor ogen lijkt te hebben.

In het door Aben gegeven voorbeeld zou ik onredelijkheid niet zonder meer willen aannemen, nu het de vraag is of de gekozen verdediging het onbenutte alternatief *in ernstige mate overtreft*. Dat is mijns inziens slechts in extreme gevallen aan de orde; ik kom dan ook met een tamelijk uitzonderlijk voorbeeld. Stel: aanvaller A wil B om het leven brengen en heeft B vastgebonden op een stoel op een pleintje tussen de verlaten barakken bij een legerkas-zerne. C is een goed getrainde militair en aanschouwt het tafereel onopgemerkt vanaf het dak van een van de barakken. Hij heeft de beschikking over twee verdedigingsmiddelen: een geladen scherpschuttersgeweer en een verdovingspistool waarmee hij vanaf afstand accuraat iemand binnen enkele seconden kan uitschakelen. Hij ziet dat A een mes van een tafel pakt en rustig in de richting van B loopt met de kennelijke bedoeling hem daarmee van het leven te beroven. Zou C ervoor kiezen A met een dodelijk schot te treffen, dan zou dat proportioneel kunnen worden genoemd in een van alle omstandigheden geabstraheerde beoordeling: zowel de acuut dreigende aanranding als de verdediging heeft betrekking op het nemen van iemands leven. Maar omdat het dodelijke schot zo veel ernstiger is dan het gebruik van het verdovingspistool waarmee zonder blijvende schade en met evenveel kans op succes een einde aan de aanranding kon worden gemaakt, kan de gekozen verdediging in dit geval toch niet als redelijk worden aangemerkt, zodat van proportionaliteit geen sprake is.

Met een dergelijke invulling van het proportionaliteitsvereiste wordt aansluiting gezocht bij het doel van de wetgever: de proportionaliteitseis is in het leven is geroepen om *exces- sen* niet onbestraft te laten.<sup>54</sup> Ook is deze benadering in lijn met de wijze waarop de Hoge Raad in recente arresten invulling geeft aan het proportionaliteitsvereiste. Ik volsta met het noemen van een zaak waarin de Hoge Raad niet overtuigd was van de verwerping van een beroep op noodweer. Het hof had in zijn overweging dat de verdachte niet proportioneel was opgetreden enkele ongebruikte alternatieven genoemd. De cassatierechter herformuleerde die overweging en oordeelde dat het hof een te strenge maatstaf had aangelegd, onder meer doordat het de *noodzaak* van de gekozen verdedigingswijze had verlangd – het hof had dat woord niet gebruikt. Kennelijk was de Hoge Raad van oordeel dat de door

52 Zie ook 2.5.1. uit de hiervoor weergegeven overwegingen.

53 Vgl. De Hullu 2012, p. 314.

54 Zie De Hullu 2012, p. 305.

het hof gebruikte maatstaf overeenkwam met een noodzakelijkheidstoets, waarmee de gedragingen van de verdachte aan nodeloos strenge eisen werden onderworpen.<sup>55</sup> Deze uitspraak lijkt erop te wijzen dat het noodweerberoep volgens de Hoge Raad slechts kan worden verworpen met een verwijzing naar onbenut gelaten alternatieven indien geen sprake meer is van een redelijke verhouding tussen de gekozen verdediging en de ernst van de aanranding. In deze zaak was die lat kennelijk nog niet bereikt.

## 6 Afronding

Hoewel de hiervoor besproken redelijkheidseis met enige welwillendheid uit zijn rechtspraak kan worden afgeleid, heeft de Hoge Raad de kans niet gegrepen zich duidelijker uit te laten over de in deze bijdrage besproken materie, ondanks dat de conclusies van verschillende advocaten-generaal illustreren dat daaraan wel degelijk behoefte bestaat.<sup>56</sup> Desalniettemin sluit ik mij aan bij degenen die de recente jurisprudentiële ontwikkelingen met betrekking tot noodweer(exces) positief hebben ontvangen.<sup>57</sup> Niet alleen getuigt de toepassing van artikel 41 Sr van veel realiteitszin met betrekking tot de veelal penibele situatie van de verdachte. Ook juich ik toe dat aan de verwerping van een beroep op noodweer(exces) behoorlijke motiveringseisen worden gesteld. Met Machielse meen ik dat het oordeel van de feitenrechter dat de verdachte alternatieven heeft laten liggen, slechts overtuigend kan worden overgebracht indien die alternatieven daarbij worden geëxpliciteerd.<sup>58</sup> Daarmee zou tevens aansluiting kunnen worden gevonden bij recente ontwikkelingen waarin de Hoge Raad de nadruk legt op motiveringseisen bij de verwerping van materieelrechtelijke verweren.<sup>59</sup>

55 HR 5 maart 2013, *NJ* 2013/165. Vgl. HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9085.

56 Alleen al Abens uitvoerige analyse van de weergegeven overweging van de Hoge Raad (ECLI:NL:PHR:2013:646) en de opmerking van Jörg over de dubbelzinnigheid ervan (ECLI:NL:PHR:2010:BK4155) tekenen die behoefte. Zie ook de conclusies van Bleichrodt (ECLI:NL:PHR:2013:2081), Machielse (ECLI:NL:PHR:2013:BZ2950) en Vellinga (ECLI:NL:PHR:2011:BR2329).

57 Y. Buruma, 'Noodweer', *DD* 2005/30, p. 447; Borgers in zijn noot onder HR 6 oktober 2009, *NJ* 2010/301; Ter Haar & Meijer 2009, p. 168-169; De Hullu 2012, p. 326.

58 Machielse 1986, p. 655. Vgl. De Hullu 2012, p. 313 en Borgers in zijn noot onder HR 6 oktober 2009, *NJ* 2010/301.

59 Zie recente ontwikkelingen met betrekking tot voorbedachten rade (o.a. HR 19 juni 2012, *NJ* 2012/519, m.nt. B.F. Keulen) en roekeloosheid (o.a. HR 3 juli 2012, *NJ* 2012/489, m.nt. Bleichrodt).