

R. Jansen¹

Artikel

Verdedigingswil bij noodweer²

DD 2015/43

In de rechtspraak en literatuur over noodweer wordt soms gewezen op de verdedigingswil die bij de verdachte zou hebben ontbroken. Of verdedigingswil wordt verlangd en zo ja, wat die voorwaarde dan inhoudt, is onzeker. In deze bijdrage volgt een overzicht van de betekenis die de eis van verdedigingswil wordt en kan worden toegekend.

1 Inleiding

Het schema aan de hand waarvan een beroep op noodweer dient te worden beoordeeld, kan naar vaste rechtspraak als volgt worden omschreven. Noodweer is de proportionele en ogenblikkelijke verdediging tegen een wederrechtelijke (dreigende) aanranding van eigen of iemand anders zijn lijf, eerbaarheid of goed,³ waaraan de verdachte zich niet hoeft te onttrekken en waaraan hij geen eigen schuld heeft.⁴ Noodweereces is aan de orde indien de verdachte deze grenzen heeft overschreden, terwijl die overschrijding het gevolg is geweest van een door de aanranding veroorzaakte hevige gemoedsbeweging.⁵ Putatieve noodweer houdt in dat de (dreigende) aanranding waartegen de verdachte zich heeft verdedigd in werkelijkheid niet bestond, maar wel – verontschuldikbaar – in het hoofd van de verdachte.⁶ Dit (wat ik noem) *klassieke* noodweerschema volgt uit artikel 41 Sr en is door ontwikkelingen in de literatuur en rechtspraak nader genuanceerd.⁷ Hoewel vrijwel alle noodweereisen in de loop der jaren afzonderlijk onderwerp van discussie zijn geweest, geldt dat nauwelijks voor de voorwaarde van ‘verdediging’. Machielse geeft een voorbeeld van een derde die een vechtpartij tussen twee personen opmerkt en ervoor kiest heimelijk de auto van de aanrander te bekrassen. Een dergelijke gedraging is niet gericht tegen de aanranding en is daarom zijns inziens geen verdediging in de zin van artikel 41 Sr.⁸ Verdediging impliceert dus dat de gedraging van de verdachte moet zijn gericht tegen en zodoende verband moet houden met de aanranding; vanzelfsprekend komt de noodweerbevoegdheid eerst dan in beeld.

Ondanks deze vanzelfsprekendheid vestigt de Hoge Raad in enkele recente arresten de aandacht op de wettelijke term ‘verdediging’. Hij lijkt van oordeel dat van ‘verdediging’ – en dus van noodweer(exces) – geen sprake is indien de *wil* tot verdediging bij de verdachte heeft ontbroken. Ook in sommige wetenschappelijke bijdragen en uitspraken van feitenrechters wordt bij tijd en wijle gewezen op een eis van verdedigingswil, hetgeen suggereert

1 Docent strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 Citeerwijze: R. Jansen, ‘Verdedigingswil bij noodweer’, *DD* 2015/43.

3 In het vervolg zal het steeds gaan om een aanranding van het lijf.

4 De Hoge Raad zet dit beoordelingsschema uiteen in onder meer HR 28 maart 2006, *NJ* 2006/509 m.nt. Buruma.

5 Alleen de grenzen van proportionaliteit (HR 23 oktober 1984, *NJ* 1986/56 m.nt. Keijzer) of ogenblikkelijkheid (HR 18 mei 1993, *NJ* 1993/691 m.nt. ’t Hart) mogen zijn overschreden. Zie ook HR 27 mei 2008, *NJ* 2008/510 m.nt. Borgers.

6 Hoewel de meeste auteurs putatieve noodweer beschouwen als een vorm van avas, komt de inhoudelijke beoordeling overeen met het schema van artikel 41 Sr, zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 321.

7 Y. Buruma, ‘Noodweer’, *DD* 2005, p. 436-448; J.H. Blomsma en A.H. Klip, ‘Noodweer en noodweereces’, *DD* 2009, p. 156-175.

8 A.J.M. Machielse, aant. 7 bij artikel 41 Sr, verdediging, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

dat de verdachte met zuivere motieven moet hebben gehandeld.⁹ Deze herhaalde aandacht voor de wil tot verdedigen is interessant, met name omdat geen overeenstemming lijkt te bestaan over de precieze betekenis ervan. Die betekenis staat in deze bijdrage dan ook centraal, waarbij ik mij richt op twee kwesties. Allereerst verken ik de betekenis die in de rechtspraak aan het begrip verdedigingswil wordt toegekend. Daartoe analyseer ik recente arresten van de Hoge Raad (paragraaf 2) en feitenrechtspraak waarin verdedigend willen handelen centraal staat (paragraaf 3). Vervolgens richt ik mij op de vraag of een voorwaarde van verdedigingswil onderdeel uitmaakt of moet uitmaken van het beoordelingsschema van noodweer en wat de implicaties daarvan zouden zijn (paragraaf 4). De conclusie zal zijn dat verdedigingswil in mijn optiek geen plaats heeft binnen de noodweer, maar dat, mocht een dergelijke noodweervoorwaarde wel wenselijk worden geacht, bovenal moet worden getracht het begrip nader te definiëren en af te bakenen ten opzichte van de andere noodweervoorwaarden (paragraaf 5). In het navolgende zal ik met regelmaat het onderscheid hanteren tussen het hiervoor geschetste klassieke noodweerschema enerzijds en de voorwaarde van verdedigingswil anderzijds. Dat heeft er niet alleen mee te maken dat het in mijn optiek (nog) niet vaststaat dat de verdedigingswil onderdeel uitmaakt van het klassieke noodweerschema, maar tevens kan dat onderscheid behulpzaam zijn bij de begripsbepaling van de ‘verdedigingswil’.

2 De Hoge Raad over verdediging en verdedigingswil

In enkele oudere arresten van de Hoge Raad kan tussen de regels door worden gelezen dat de verdachte verdedigend moet hebben willen optreden. Van ‘handelen ter noodzakelijke verdediging’ is bijvoorbeeld geen sprake als de intentie van de verdachte gericht is geweest op het aangaan van een confrontatie met het latere slachtoffer.¹⁰ Expliciet is de vooropgestelde beschouwing in HR 8 juni 2010, NJ 2010/339:

“2.5. Bij de beoordeling van de middelen moet het volgende worden vooropgesteld. 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 – naar de kern bezien – als aanvallend, bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht (vgl. HR 10 februari 1987, NJ 1987, 950 en HR 16 november 2004, LJV AR2443, NJ 2007, 467). In zo een geval kan ook een beroep op noodweerexces of op putatief noodweer niet slagen.”

De Hoge Raad past dit toetsingskader vervolgens toe op de bestreden beslissing van het hof en oordeelt dat het beroep op noodweer, noodweerexces en putatieve noodweer terecht is verworpen. Daarbij wijst hij erop dat de wil van de verdachte volgens het hof niet getuigde van ‘verdedigen doch van het inzetten van een (tegen)aanval’.

9 A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht*, Amsterdam 1986, p. 588; Machielse, aant. 7 bij artikel 41 Sr, verdediging, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.); R. Ter Haar en G.H. Meijer, *Noodweer*, Deventer: Kluwer 2009, p. 77 e.v.; M.J.M. Krabbe, ‘Geen smoesjes! Over de consequente verwerping van strafuitsluitingsgronden door internationale rechtbanken’, *Ars Aequi* 2014/11, p. 875; De Hullu 2012, p. 311-312. Zie voorts Hof Arnhem 2 juni 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD2939; Rb. Zwolle-Lelystad 9 september 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BF0116; Bleichrodt in zijn conclusie, ECLI:NL:PHR:2014:2793.

10 HR 16 november 2004, NJ 2007/467. Zie voorts HR 27 mei 1935, NJ 1935/1197; HR 10 februari 1987, NJ 1987/950.

In november 2011¹¹ herhaalt de Hoge Raad het hiervoor weergegeven toetsingskader en in een uitspraak van enkele maanden later stemt hij in met de verwerping van het noodweerberoep door erop te wijzen dat de verdachte intimiderend was opgetreden en het slachtoffer in het gezicht had geslagen 'op een wijze die lijkt op het zoeken van de (tegen)aanval of het halen van verhaal.'¹² Naast deze drie zaken waarin door de Hoge Raad expliciet wordt gewezen op een plicht tot verdedigend (willen) handelen, worden voorts enkele zaken afgedaan met de in artikel 81 RO bedoelde motivering, nadat door de advocaat-generaal is geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep omdat niet zou zijn voldaan aan de in NJ 2010/339 neergelegde maatstaf.¹³ Deze herhaalde aandacht impliceert dat het verdedigend (willen) handelen volgens de cassatierechter relevantie toekomt. Ook de principiële toonzetting van de weergegeven beschouwing wijst daarop.

Tegelijkertijd roept de overweging ook vragen op. Enerzijds ligt de klemtoon op de wettelijke eis van 'verdediging', hetgeen vooral betrekking heeft op de – objectieve – gedraging van de verdachte. Anderzijds kan de beoordeling daarvan mede plaatsvinden op grond van verdachtes bedoeling. Bovendien stemt de Hoge Raad in met de verwerping van het beroep op noodweer door erop te wijzen dat de verdachte niet de wil had om zich te verdedigen. Dat suggereert dat volgens de Hoge Raad uit de wettelijke term 'verdediging' tevens een subjectieve voorwaarde voortvloeit, namelijk dat de verdachte moet hebben gehandeld met een wil tot verdedigen. Maar niet duidelijk wordt hoe verdediging en de wil daartoe zich tot elkaar verhouden, zodat verdediging een tamelijk open norm blijft. De enige houvast die de Hoge Raad geeft, is dat van verdediging geen sprake is bij een gedraging die is gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht. Maar onder welke omstandigheden een dergelijke gerichtheid moet worden aangenomen, blijft onbesproken. En ook het antwoord op de vraag hoe deze eis zich verhoudt tot de andere voorwaarden uit het noodweerschema, wordt door de Hoge Raad niet gegeven. Kan bijvoorbeeld van de verdachte die een aanval uitlokt – *culpa in causa* – worden gezegd dat hij verdedigingswil had?¹⁴ Wie het antwoord zoekt in de feiten die ten grondslag lagen aan de betreffende arresten verkrijgt daarover evenmin uitsluitsel, nu de noodweerverweren in die zaken vermoedelijk op meerdere gronden moesten worden verworpen.¹⁵ Waarom de Hoge Raad meende te moeten wijzen op de wettelijke term 'verdediging' en de daarop gerichte wil, is niet met zekerheid te zeggen.

Ook Borgers wijst erop dat de Hoge Raad in het midden laat of het beroep op noodweer bij op een confrontatie gericht – aanvallend – gedrag strandt wegens eigen schuld van de verdachte, of wegens het niet verdedigend (willen) handelen.¹⁶ Hij houdt voor mogelijk dat de Hoge Raad bewust beide opties openhoudt. Ook verkent hij een andere mogelijkheid, namelijk dat het al dan niet bestaan van verdedigingswil kan worden benaderd als een soort

11 HR 15 november 2011, NJ 2012/474 m.nt. Borgers.

12 HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9085. De formulering is klaarblijkelijk ontleend aan die uit NJ 2010/339.

13 HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN4347; HR 18 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4734; HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:768; HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:119. Vgl. HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:978 (afgedaan met artikel 80a RO).

14 Vgl. HR 16 november 2004, NJ 2007/467. Onduidelijk is of het noodweerberoep daarin stukloopt op de niet verdedigende intentie of op *culpa in causa*.

15 Dat wil zeggen: niet alleen wegens het ontbreken van verdediging(swil), maar tevens om andere redenen ging het beroep op noodweer niet op. Zie bijvoorbeeld de conclusie van Machielse voor HR 8 juni 2010, NJ 2010/339. Hij verkent meerdere verwerpingsgronden die in de overwegingen van het hof besloten lijken te liggen, zoals het niet voldoen aan het subsidiariteitsvereiste. Uiteindelijk concludeert hij tot cassatie omdat de overwegingen van het hof in zijn optiek onbegrijpelijk zijn.

16 Annotatie onder HR 15 november 2011, NJ 2012/474. Zie ook Ter Haar & Meijer 2009, p. 84-85. Vgl. T. Bertens, 'Eigen schuld en noodweer', in: M.J.A. Duker e.a. (red.), *Welberaden. Beschouwingen over de rechtsontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 1-13.

(negatief) vermoeden. Indien de verdachte zich mengt in een vechtpartij en daarbij geweld gebruikt, zou het vermoeden kunnen bestaan dat hij niet heeft willen verdedigen en aldus niet uit noodweer heeft gehandeld. Met name als het feitencomplex op basis van het dossier moeilijk te reconstrueren is, zou dat vermoeden van ontbrekende verdedigingswil volgens Borgers een onderzoek naar de feiten kunnen structureren. De situatie die hij voor ogen lijkt te hebben, betreft de verdediging door een derde tegen de (dreigende) aanval op iemand anders: noodweerbulp.¹⁷ In een dergelijk geval kan onzeker zijn wie de aanrander is geweest en of de aangevallen persoon de hulp van een derde wel nodig had. Men kan zich voorstellen dat een ongerechtvaardigde interventie door de derde kan worden aangemerkt als een gedraging 'gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht', zodat op grond van voornoemde overweging van de Hoge Raad van *verdediging* geen sprake is. Door vooraf vast te stellen dat de verdachte handelde zonder verdedigingswil kan de rechter het beroep op noodweerbulp aldus verwerpen zonder alle voorwaarden uit het klassieke schema afzonderlijk langs te gaan, zo begrijp ik Borgers.

Op basis van slechts enkele arresten is niet zeggen of de Hoge Raad deze benadering onderschrijft. Wel valt op dat hij enerzijds herhaaldelijk aandacht vestigt op de plicht tot verdedigend (willen) handelen, maar anderzijds weinig handvatten biedt voor de omlijning van deze eis. Het is daarom interessant om te zien op welke wijze in de feitenrechtspraak gestalte wordt gegeven aan (de recente cassatierechtspraak over) de verdedigingswil.

3 Verdedigingswil in de feitenrechtspraak

In enkele wetenschappelijke bijdragen over de verdedigingswil, alsmede in de hiervoor weergegeven overweging van de Hoge Raad, gaat veel aandacht uit naar de tegenstelling tussen een aanvallende en een verdedigende gedraging en naar de wil om te verdedigen.¹⁸ De termen 'aanval', 'verdediging' en 'verdedigingswil' zijn dan ook leidend geweest bij de zoektocht naar feitenrechtspraak waarin de verdedigingswil en het hiervoor besproken toetsingskader van de Hoge Raad mogelijk relevant zijn geweest. Ook heb ik uitspraken bestudeerd waarin uitdrukkelijk werd verwezen naar de hiervoor besproken arresten van de Hoge Raad over de verplichting verdedigend te (willen) handelen. In alle zaken die aan de hand van deze zoekcriteria relevant bleken, is het beroep op artikel 41 Sr verworpen, op één na.¹⁹ Bij de bestudering van de rechtspraak heb ik mij telkens de vraag gesteld welke invloed de verwijzing naar de verdedigingswil dan wel naar *NJ* 2010/339 heeft gehad op (de motivering van) de beslissing tot verwerping van het beroep op noodweer(exces). De zaken kunnen in grofweg twee categorieën worden onderverdeeld.

In de eerste categorie zaken wordt naast het niet voldoen aan een of meer vereisten uit het klassieke noodweerschema, steeds gewezen op de niet-verdedigende gedraging van de verdachte. Zo is van een *ogenblikkelijke aanranding* geen sprake (meer) op het moment dat de verdachte geweld gebruikt. Hoewel deze omstandigheid op zichzelf reeds aan het slagen van het noodweerberoep in de weg staat, voegt het Hof Den Bosch daaraan toe dat de gedraging van de verdachte niet als verdediging in de zin van *NJ* 2010/339 kan worden aangemerkt.²⁰ Ook in een zaak waarin de verdachte niet aan het *subsidiariteitsvereiste* heeft

17 De term 'noodweerbulp' wordt gebruikt door A.J.M. Machielse, aant. 36.7.2.3.2.6 in: *Handboek strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbl.).

18 Machielse 1986, p. 590; Bertens 2009, p. 7-8; HR 8 juni 2010, *NJ* 2010/339.

19 Rb. Roermond 22 april 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BQ1998: de verdachte beschikte over verdedigingswil; het beroep op noodweer slaagt.

20 Hof Den Bosch 22 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9688.

voldaan, wordt het verweer verworpen met een aan *NJ 2010/339* ontleende motivering.²¹ En ten aanzien van de verdachte die de gewelddadige confrontatie zelf heeft opgezocht, overweegt Rb. Zwolle-Lelystad dat niet is gehandeld met 'verdedigingswil' en dat sprake is van 'anterieure verwijtbaarheid in de zin van *dolus in causa*'.²² En ook de geweldsuiting van de verdachte die niet voldeed aan meerdere in artikel 41 Sr besloten liggende eisen, kan 'noch op grond van zijn bedoeling, noch naar zijn uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als verdedigend, maar vormt naar de kern bezien een (tegen)aanval'.²³

De verwijzing naar (de cassatierechtspraak over) de verdedigingswil lijkt in deze zaken steeds als *aanvullend* argument te fungeren: het beroep op noodweer gaat niet op omdat aan een of meer vereisten uit het klassieke noodweerschema niet is voldaan, én de gedraging van de verdachte getuigt (zodoende) niet van verdediging(swil) in de zin van *NJ 2010/339*.²⁴ Daarbij valt op dat in geen van de zaken een duidelijke definitie wordt gegeven van 'verdedigend' gedrag of van 'verdedigingswil' en dat evenmin wordt uitgelegd hoe deze begrippen zich verhouden tot de voorwaarden die reeds uit het klassieke noodweerschema voortvloeien. Is van een ogenblikkelijke aanranding geen sprake *omdat* de verdachte zich aanvallend gedroeg, of gaat het om twee verschillende beoordelingsfactoren? Hoewel ik op basis van de gepubliceerde uitspraken slechts kan speculeren, heb ik geen aanknopingspunten kunnen vinden voor de opvatting dat op de noodweerverweren anders zou zijn beslist indien de feitenrechter zijn redenering enkel zou hebben opgebouwd aan de hand van de vereisten uit het klassieke noodweerschema, dus zonder daarbij het toetsingskader uit *NJ 2010/339* te betrekken. Immers, aan minstens één van de vereisten uit dat schema is in de zaken telkens niet voldaan, zodat kan worden aangenomen dat het verweer enkel had kunnen worden verworpen. Strikt genomen had het artikel-41-verweer in al deze zaken kunnen worden afgedaan zonder te wijzen op de ontbrekende verdedigingswil.

De tweede categorie uitspraken wordt gekenmerkt doordat de feitenrechter oordeelt dat niet is voldaan aan de door de Hoge Raad uiteengezette maatstaf over verdediging(swil), *zonder* daarnaast aansluiting te zoeken bij een van de vereisten uit het klassieke noodweerschema. Het centrale argument waarop de verwerping van het beroep leunt, lijkt dus steeds te zijn dat de verdachte niet heeft voldaan aan een eis van verdediging(swil). Het valt op dat de redeneringen in deze categorie zaken steeds op ongeveer dezelfde wijze worden opgebouwd: (a) er wordt een schets gegeven van de feitelijke situatie waarin de verdachte verkeerde; (b) volgens de rechter is geen sprake geweest van (een wil tot) 'verdediging' maar een '(tegen)aanval'; (c) de conclusie is dat het verweer niet slaagt.²⁵ In sommige gevallen wordt daarnaast tevens gewezen op het (aldus) ontbreken van een noodweersituatie,²⁶ maar in geen van die zaken wordt nader gespecificeerd op welke noodweereis het verweer precies afketst.²⁷ Niettemin kan aan de hand van de vastgestelde feiten die wel in de uitspraak worden vermeld, veelal worden opgemaakt dat het verweer ook op grond van de

21 Hof Den Haag 4 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1977; Hof Den Haag 5 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ6517.

22 Rb. Zwolle-Lelystad 8 september 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ9638.

23 Hof Den Haag 12 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1024.

24 Ook bij beroepen op noodweerexces en putatieve noodweer volgen dergelijke redeneringen: Rb. Den Bosch 10 juli 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX0830; Hof Den Haag 5 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ6517.

25 Hof Den Haag 15 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6946; Rb. Zwolle-Lelystad 12 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR2451; Rb. Zutphen 15 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5840; Rb. Maastricht 3 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW0668; Rb. Overijssel 24 december 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3449.

26 Rb. Zutphen 15 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5840; Rb. Maastricht 3 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW0668; Rb. Overijssel 24 december 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3449.

27 Onder 'noodweersituatie' wordt volgens de doctrine verstaan de ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding waartegen verdediging noodzakelijk is (zie bijv. HR 4 januari 2011, *NJ 2011/35*). Het oordeel dat een noodweersituatie heeft ontbroken, verschaft dus nog geen inzicht in de specifieke grond waarop het verweer afketst.

eisen uit het klassieke noodweerschema kon worden verworpen. Zo is in een zaak voor de Rechtbank Almelo overduidelijk niet voldaan aan de eis dat de verdachte moet zijn geconfronteerd met een *aanranding*. In plaats van dat de rechtbank daar echter op wijst, herhaalt zij de volledige rechtsoverweging van de Hoge Raad uit *NJ 2010/339* en verwerpt zij het verweer.²⁸ Een soortgelijke werkwijze hanteert de Rechtbank Zwolle in een zaak waarin de agressieve verdachte het huis inliep om een mes te pakken, daarmee naar buiten kwam en na eerst tegengehouden te zijn, het slachtoffer wist neer te steken. De rechtbank verwerpt het beroep op noodweer(exces) omdat de verdedigingswil zou hebben ontbroken op het moment dat de verdachte geweld gebruikte.²⁹ Welke betekenis de rechtbank precies aan het begrip ‘verdedigingswil’ heeft toegekend, is uit het vonnis niet op te maken. Problematisch is dat overigens niet, nu de rechtbank vermoedelijk tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen indien zij de redenering had opgebouwd aan de hand van de eisen uit het klassieke noodweerschema. Zo zou ook in deze zaak kunnen worden betoogd dat de verdachte geen beroep op noodweer(exces) toekwam omdat hij op het moment van handelen niet (meer) werd geconfronteerd met een *aanranding*.

Net als in de eerste categorie, kunnen ook de uitkomsten in de tot nu toe besproken zaken uit de tweede categorie worden verdedigd op basis van de eisen uit het klassieke noodweerschema. Dat wil zeggen: de beslissingen ten aanzien van het noodweerverweer waren vermoedelijk gelijklopend indien de rechter erop had gewezen dat de gedragingen van de verdachte in strijd waren met de voorwaarden uit het klassieke schema. Wel moet daarbij de kanttekening worden geplaatst dat de begrijpelijkheid van de rechterlijke beoordeling veelal niet is gebaat bij een redenering die voornamelijk steunt op een begrip als ‘verdedigingswil’. Niet alleen is het kwestieus of artikel 41 Sr deze eis stelt en zo ja, wat de betekenis daarvan moet zijn.³⁰ Ook komt het mij onwenselijk voor dat een vonnis eerst nadere bestudering behoeft voordat het volledig kan worden begrepen.

Er is één zaak uit de tweede categorie die doet denken aan de in de vorige paragraaf besproken benadering van Borgers. Het slachtoffer en een kameraad van de verdachte zijn in een vechtpartij verwickeld, waarna de verdachte – een derde ten opzichte van de vechtpartij – intervenueert door met een mes een snijbeweging over de rug van het slachtoffer te maken. De rechtbank stelt de rechtsoverweging van de Hoge Raad uit *NJ 2010/339* voorop en overweegt vervolgens dat de verdachte intervenueerde in een ‘evenwichtige vechtpartij’. Mede gelet daarop kan het snijden met het mes niet als verdedigend worden aangemerkt, zodat het beroep op noodweer(exces) wordt verworpen.³¹ Naar de letter houdt het oordeel van de rechtbank in dat voor noodweer moet zijn ‘verdedigd’ en dat daaruit voortvloeit dat men niet mag intervenueeren in een evenwichtige vechtpartij, althans niet op de vastgestelde wijze. Mogelijk heeft de rechtbank de door Borgers voorgestelde benadering gevolgd en aldus onder woorden willen brengen dat niet kon worden vastgesteld wie de aanranding had geïnitieerd. In dat geval was op grond van het dossier discutabel of de verdachte zich mocht mengen in de vechtpartij en stond de rechtbank voor het probleem dat de feitelijke situatie niet kon worden gereconstrueerd. Als bij de rechtbank evenwel het vermoeden bestond dat de verdachte handelde zonder verdedigingswil, dan kon zijn interventie – in lijn met *NJ 2010/339* – worden beschouwd als ‘gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht’. Het gevolg van deze benadering is dat het beroep op noodweer kon worden verworpen zonder dat de rechter aan de andere noodweervoorwaarden hoefde te toetsen. Indien het vonnis inderdaad op deze manier moet worden verstaan, dan is de rechtbank er

28 Rb. Almelo 20 april 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW3531.

29 Rb. Zwolle-Lelystad 11 januari 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BP2140.

30 Zie daarover de volgende paragraaf.

31 Rb. Utrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV7353.

kennelijk van uitgegaan dat de enkele vaststelling dat het aan verdediging(swil) heeft ontbroken, de verwerping van het noodweerverweer kan dragen. Meer hierover in paragraaf 4. Resumerend kan worden gesteld dat in de feitenrechtspraak incidenteel wordt gewezen op ontbrekende verdedigingswil en op de maatstaf uit *NJ 2010/339*. Hoewel bij het stellen van de voorwaarde van verdedigingswil vraagtekens kunnen worden geplaatst, lijkt het erop dat feitenrechters geen onderscheid maken tussen de verdedigingswil en de vereisten uit het klassieke noodweerschema: als de verdachte niet voldoet aan de voorwaarden uit artikel 41 Sr, heeft hij kennelijk niet voldaan aan de in *NJ 2010/339* gestelde maatstaf. En *a contrario* zou dat betekenen: heeft de verdachte conform het noodweerschema gehandeld, dan heten zijn gedragingen verdedigend te zijn en dan heeft hij kennelijk met verdedigingswil gehandeld. Inhoudelijk vervult de maatstaf uit *NJ 2010/339* dan geen functie; de beslissing naar aanleiding van het noodweerverweer was vermoedelijk dezelfde geweest bij weglating van de term verdedigingswil. Opmerking verdient evenwel dat redeneringen waarin deze term wordt gebezigd, soms niet direct een goed inzicht geven in de gedachtegang achter de verwerping van het beroep op noodweer(exces). Dat pleit ervoor de beslissing tot verwerping te motiveren aan de hand van de begrippen uit het klassieke noodweerschema, zonder daarbij termen als verdedigingswil te gebruiken. Maar mogelijk kan verdedigingswil ook anders worden gedefinieerd, zodat zij inhoudelijk meer betekenis krijgt en zodoende een aanvulling kan vormen op het klassieke noodweerschema.

4 Moet de eis van verdedigingswil worden gesteld?

Het gebruik van het begrip 'verdedigingswil' in de tot nu toe besproken rechtspraak is van weinig inhoudelijke betekenis: het beroep op noodweer slaagt niet wegens strijd met een of meer vereisten uit het klassieke noodweerschema en zodoende kan niet worden gezegd dat de verdachte met 'verdedigingswil' handelde. In de literatuur zijn evenwel situaties beschreven waarin verdedigingswil wel een zelfstandige, los van het klassieke noodweerschema staande functie kan vervullen. Een voorbeeld: rivalen A en B treffen elkaar, waarbij A plotseling een mes pakt en B in de buikstreek steekt, ten gevolge waarvan B letsel oploopt. Achteraf komt vast te staan dat B van plan was geweest op datzelfde moment A van het leven te beroven met een vuurwapen. Hoewel gezegd kan worden dat A – objectief gezien – een proportionele reactie heeft gegeven naar aanleiding van een dreigende aanranding van zijn lijf, was A zich daar ten tijde van zijn gedraging niet van bewust. Komt A een geslaagd beroep op noodweer toe?³²

In de literatuur wordt deze vraag hoofdzakelijk ontkennend beantwoord, nu er geen goede grond lijkt te bestaan de uit onzuivere motieven handelende verdachte bescherming te bieden wegens de enkele omstandigheid dat hij zich – naar achteraf blijkt – in een noodweersituatie bevond.³³ Je zou kunnen zeggen dat zijn gedraging weliswaar objectief gezien verdedigend was, maar dat de verdachte geen moment verdediging heeft beoogd (subjectief). Kennelijk wordt door de meeste auteurs van de verdachte verlangd dat hij met zuivere motieven handelt. Deze voorwaarde wordt vaak aangeduid als 'subjectief (rechtvaardigings)

32 Het voorbeeld is ontleend aan B. Sangero, *Self-defence in Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 97.

33 Machielse, aant. 8 bij artikel 41 Sr, verdedigingswil, in: Noyon/Langemeijer/Remmeling, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.); Machielse, aant. 36.7.2.3.2.1 in: *Handboek strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbl.); Krabbe 2014, p. 875; Ter Haar & Meijer 2009, p. 77; Sangero 2006, p. 218. In zijn proefschrift heeft Machielse zich overigens geen voorstander getoond van de voorwaarde dat de verdachte zich bewust moet zijn geweest van de noodweersituatie: Machielse 1986, p. 589.

element' of 'verdedigingswil'.³⁴ Strikt genomen kunnen twee situaties worden onderscheiden.³⁵ Het gegeven voorbeeld van de verdachte die zich niet bewust is van het bestaan van de (dreigende) aanranding betreft de eerste situatie.³⁶ In de tweede situatie is de verdachte zich wel bewust van de aanranding, maar 'misbruikt' hij als het ware de noodweersituatie om de aanvaller te grazen te nemen.³⁷ Het is de verdachte er dan slechts om te doen de ander een lesje te leren of pijn te doen. Omdat in beide gevallen de onzuivere motieven van de verdachte op de voorgrond staan, zal ik het onderscheid hierna laten rusten. De eis van verdedigingswil kan aldus worden gedefinieerd dat de verdachte voor een geslaagd beroep op noodweer met zuivere motieven moet handelen.

Om te beoordelen of een dergelijke voorwaarde van toegevoegde waarde zou kunnen zijn, moet allereerst worden beoordeeld of handelen zonder verdedigingswil inderdaad als onwenselijk moet worden beschouwd. Daarbij is de zogenoemde 'dubbele grondslag' waarop de noodweerbevoegdheid volgens de heersende doctrine berust, van belang: (1) ieder mens beschikt over een natuurlijk (zelf)verdedigingsrecht en (2) door een aanval af te wenden handhaaft de verdediger de rechtsorde.³⁸ De eerste grondslag – het natuurlijke verdedigingsrecht – lijkt onafhankelijk van het motief van de verdachte te bestaan: men mag zichzelf of een ander verdedigen tegen een aanval. De beweegredenen van de verdachte spelen daarbij geen rol. Minder duidelijk is of het aspect van rechtsordehandhaving (tweede grondslag) zich verzet tegen geweld dat wordt gebruikt, enkel om de ander een lesje te leren. Dat hangt ervan af met welk perspectief men de rechtsordebeschermingsgedachte benadert. Wordt een objectief gezichtspunt ingenomen, dan telt het resultaat van verdachtes gedragingen. Niet relevant is dan wat zich in het hoofd van de verdachte afspeelde. Als het resultaat gelijk is aan dat van het handelen van iemand die wel met zuivere motieven handelde, dan heeft de verdachte de rechtsorde beschermd.³⁹ Daarentegen kan vanuit een meer normatieve benadering worden beredeneerd dat 'bescherming van de rechtsorde' tevens een morele component behelst. Rechtsordehandhaving impliceert dan dat van iemand wordt verlangd op een wenselijke manier te *handelen*, niet om een wenselijk resultaat te bewerkstelligen.⁴⁰ Ik ben geneigd mij aan te sluiten bij dit laatste, normatieve perspectief. Daarbij speelt mee dat normatieve elementen ook bij de beoordeling van andere noodweer-voorwaarden worden betrokken. Zo worden de eisen van proportionaliteit (is de gekozen verdediging *redelijk* ten opzichte van de aanranding?) en subsidiariteit (wordt van de verdachte gevergd dat hij zich onttrekt aan de aanranding?) eveneens normatief ingevuld.⁴¹ Handelen zonder verdedigingswil kan zodoende als onwenselijk worden beschouwd in het licht van de ratio van artikel 41 Sr.

De volgende stap is om te beoordelen of het handelen zonder verdedigingswil niet reeds buiten het bereik van artikel 41 Sr valt op grond van de eisen uit het klassieke noodweerschema zoals dat naar geldend recht wordt uitgelegd. Alsdan zou dat schema immers niet aangevuld hoeven te worden met de voorwaarde van verdedigingswil. Levert het handelen

34 Machielse 1986, p. 588; Machielse, aant. 16 bij artikel 41 Sr, eigen schuld, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.); Krabbe 2014, p. 875, Ter Haar & Meijer 2009, p. 77.

35 Zie ook Sangero 2006, p. 218.

36 Machielse 1986, p. 588.

37 Sangero 2006, p. 235.

38 De Hullu 2012, p. 306

39 G.A.M. Strijards, *Facetten van dwaling in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 189, meent dat een bepaalde subjectieve toestand niet relevant is voor de vraag naar de wederrechtelijkheid van diens gedragingen. Zie voorts Machielse 1986, p. 589.

40 J.H. Beale, 'Justification for Injury', *Harvard Law Review* 1928, p. 553. Vgl. Sangero 2006, p. 219.

41 Zie 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.

zonder verdedigingswil – dus: wegens onzuivere motieven – strijd op met een van de in het schema besloten liggende eisen? Allereerst moet in dat kader worden opgemerkt dat het eerste lid van artikel 41 Sr geen subjectief criterium bevat: alle daarin genoemde voorwaarden zijn objectief te beoordelen – los van de psyche van de verdachte.⁴² Ook in de wetsgeschiedenis wordt niet gerept van een plicht tot handelen volgens zuivere motieven.⁴³ Niettemin zou kunnen worden betoogd dat verdedigingswil min of meer besloten ligt in artikel 41 Sr: de verdachte die aan alle voorwaarden voldoet, handelt doorgaans met aanvaardbare motieven. En andersom: de verdachte die de ander een lesje wil leren, verliest de grenzen (van bijvoorbeeld proportionaliteit) al gauw uit het oog. Er bestaat dus een zekere verwantschap tussen de (objectieve) noodweereisen en de (subjectieve) motieven van de verdachte. Maar dat betekent nog niet dat verdedigingswil een – van andere noodweervoorwaarden onderscheiden – vereiste is op grond van artikel 41 Sr. Dat zou immers betekenen dat het verweer dient te worden verworpen, uitsluitend omdat de verdachte handelde zonder verdedigingswil terwijl hij voorts binnen de grenzen van het noodweerschema bleef, zoals in het voorbeeld waarin de verdachte zich niet bewust was van de aanranding. Als gezegd heeft de wetgever zich niet uitgelaten over deze situatie. Ook in de rechtspraak heeft een dergelijk geval zich voor zover mij bekend niet voorgedaan.⁴⁴

De Hoge Raad is enigszins dubbelzinnig over de verdedigingswil. Hij benadrukt in zijn recente rechtspraak met name de plicht tot ‘verdediging’, maar daarop lijkt het beroep op noodweer niet af te ketsen als de verdachte zich niet bewust was van de aanranding. Anderzijds is de vaststelling van het hof dat de intentie van de verdachte gericht was op het aangaan van een confrontatie volgens de Hoge Raad toereikend voor de verwerping van het noodweerverweer.⁴⁵ Hetzelfde geldt voor de vaststelling dat de verdachte niet de wil had gehad om te verdedigen.⁴⁶ De motieven van de verdachte spelen dus wel degelijk mee, maar als gezegd is niet duidelijk hoe zij zich verhouden tot de andere noodweereisen. In Borgers’ woorden: ‘wordt dan niet voldaan aan het wettelijke vereiste dat het feit is “geboden door de noodzakelijke *verdediging*”, of loopt dat beroep stuk op eigen schuld?’⁴⁷ Of, zo vraagt hij zich af, betreft het een soort instapeis zodat een rechter die vaststelt dat verdedigingswil heeft ontbroken, het bij die constatering kan laten en zich zodoende de moeite kan getroosten alle noodweervoorwaarden bij langs te gaan? De precieze betekenis van de eis van verdedigingswil is niet op te maken uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Wel blijkt uit de zaken waarin de Hoge Raad gewicht toekende aan de intentie van de verdachte, dat het verweer ook op andere gronden had kunnen worden afgedaan (bijvoorbeeld *culpa in causa*⁴⁸ of het ontbreken van een wederrechtelijke aanranding⁴⁹). Daarmee is onzeker in hoeverre het handelen met verdedigingswil naar geldend recht als een zelfstandige, van andere noodweereisen geïsoleerde voorwaarde moet worden beschouwd. Deze onduide-

42 In het tweede lid (noodweereces) wordt een hevige gemoedsbeweging verlangd, hetgeen wel duidt op een subjectieve toestand.

43 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 406-408.

44 Één zaak uit 1934 zou op die manier kunnen worden opgevat, aldus Machielse in zijn proefschrift. Na enig onderzoek concludeert hij echter dat uit het arrest ook kan worden opgemaakt dat van een noodweersituatie geen sprake was, zodat het verweer eveneens op objectieve gronden kon worden verworpen. Machielse 1986, p. 591.

45 HR 16 november 2004, NJ 2007/467.

46 HR 8 juni 2010, NJ 2010/339.

47 Annotatie onder HR 15 november 2011, NJ 2012/474.

48 HR 16 november 2004, NJ 2007/467.

49 HR 8 juni 2010, NJ 2010/339.

lijkheid is onwenselijk, want zij opent de deur voor ongelijke toepassing van artikel 41 Sr in de feitenrechtspraak.

Bedacht moet evenwel worden dat het stellen van een eis van verdedigingswil alleen verschil zal maken in de tamelijk uitzonderlijke situatie waarin de verdachte geweld gebruikt tegen de aanvaller en daarbij binnen alle noodweergrenzen blijft, terwijl het geweldgebruik louter of voornamelijk is ingegeven door motieven als wraak of agressie. Dat dit geval zich – in de gepubliceerde rechtspraak – nauwelijks voordoet, kan ermee te maken hebben dat het vaststellen van motieven geen sinecure is. Het zal in de regel enigszins toevallig zijn of het dossier informatie verschaft over de motieven van de verdachte ten tijde van zijn gedragingen, bijvoorbeeld omdat hij een aanvalskreet heeft geuit tijdens zijn verdediging ('nu ga ik je enorm veel pijn doen') of omdat hij zich heeft versproken gedurende een politieverhoor ('ik hoopte al dat ik zou worden aangevallen'). Enkel daarop het verweer laten afketsen, komt mij enigszins willekeurig voor. Alles overziend ben ik er dan ook geen voorstander van een eis van verdedigingswil in te lezen in artikel 41 Sr. Evenmin zie ik er heil in de verdedigingswil als een soort instapeis te benaderen, waardoor de rechter het verweer zou kunnen verwerpen op grond van de enkele vaststelling dat de verdachte onzuivere motieven had, zonder daarbij zijn gedraging aan de andere noodweervoorwaarden te toetsen. De gewenste inzichtelijkheid van een rechterlijke beslissing verzet zich daar in mijn optiek tegen; uit het vonnis moet zonder veel moeite kunnen worden opgemaakt op welk vereiste het verweer inhoudelijk afketst. Was van een aanranding geen sprake toen de verdachte geweld begon te gebruiken, dan moet het noodweerverweer op die grond worden verworpen. Het (enkel) wijzen op de ontbrekende verdedigingswil komt mij onwenselijk voor, nu thans onzeker is of zij wordt verlangd en hoe zij moet worden gedefinieerd. Bevat het dossier weinig houvast voor de reconstructie van de feiten, dan zou het slagen van het verweer niet moeten afhangen van de moeilijk vast te stellen motieven van de verdachte, maar van de mate waarin de rechter aannemelijk acht dat de door de verdediging geschetste gang van zaken heeft plaatsgehad.

Indien de Hoge Raad het beroep op noodweer wel afhankelijk wil maken van de motieven van de verdachte, dan zou evenwel aansluiting kunnen worden gezocht bij zijn recente rechtspraak waarin de wettelijke term 'verdediging' wordt benadrukt. Het verdient in mijn optiek dan de voorkeur dat de eis van verdedigingswil nader wordt gedefinieerd en duidelijk wordt afgezet tegen de overige noodweervoorwaarden, zodat de feitenrechter meer houvast wordt geboden dan nu het geval is.

5 Besluit

Artikel 41 Sr verlangt 'verdediging', waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de gedraging van de verdachte moet zijn gericht tegen de aanranding. In enkele recente uitspraken lijkt de Hoge Raad een verwantschap te suggereren tussen 'verdediging' en de wil om te verdedigen. De cassatierechter laat daarbij echter in het midden hoe deze verwantschap precies moet worden geduid en welke betekenis aan de verdedigingswil moet worden toegekend. Sinds het arrest *NJ 2010/339* – waarin de Hoge Raad voor het eerst uitdrukkelijk aandacht vestigde op de wettelijke term 'verdediging' en de daarop gerichte wil – lijkt de feitenrechtspraak waarin 'verdedigingswil' of een aan dat arrest ontleende formulering een rol speelde, een behoorlijke vlucht te hebben genomen.⁵⁰ Daarbij valt op dat voor de invulling van het begrip 'verdedigingswil' veelal wordt aangesloten bij de andere voorwaarden

⁵⁰ In grofweg vijf gepubliceerde zaken van rechtbanken en gerechtshoven van vóór HR 8 juni 2010, *NJ 2010/339* is een verwijzing naar het ontbreken van de verdedigingswil te ontwaren. Na die datum zijn dat er ruim vijftien.

voor een geslaagd beroep op noodweer: wordt aan die voorwaarden niet voldaan, dan heeft de verdachte niet de wil gehad om zich te verdedigen. Bovendien rijst de vraag of in de verschillende uitspraken steeds van dezelfde definitie van verdedigingswil is uitgegaan en of de uitspraken in voldoende mate de rechterlijke beraadslaging achter de beslissing weergeven.

In de literatuur is betoogd dat de voorwaarde van verdedigingswil wel degelijk een zelfstandige rol zou kunnen spelen, met name als de verdachte met onzuivere motieven heeft gehandeld maar voorts binnen de overige grenzen van artikel 41 Sr is gebleven. Zelf zie ik geen toegevoegde waarde in het stellen van een dergelijke voorwaarde. Maar bovenal acht ik wenselijk dat het begrip 'verdedigingswil', dat in de (cassatie)rechtspraak inmiddels zijn weg in het noodweerschema lijkt te hebben gevonden, nader wordt uitgelegd door de Hoge Raad. Daarbij verdient het eveneens de voorkeur uit te leggen hoe de eis van verdedigingswil zich verhoudt tot de overige noodweereisen.