



FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Universiteit Gent – Faculteit van de Rechtsgeleerdheid

Vakgroep Strafrecht en criminologie

Wettige verdediging in België en in de buurlanden

Opdrachtgever:

minister van Justitie

Promotoren:

Prof. dr. Philip Traest

Prof. dr. Tom Vander Beken

Onderzoekers:

Bjorn Ketels

Laurence De Rudder

Inhoudstafel

Deel 1. Inleiding	5
Deel 2. De wettige verdediging in België	6
Hoofdstuk 1. Inleiding.....	6
Hoofdstuk 2. De wettige verdediging of noodweer.....	7
Afdeling 1. Algemeen	7
Afdeling 2. Toepassingsvoorwaarden.....	8
I. Met betrekking tot de aanval.....	8
§1. De aanval moet ernstig zijn	8
§2. De aanval moet effectief zijn begonnen, of minstens dreigend zijn.....	9
§3. De aanval moet onrechtmatig zijn.....	9
§4. De aanval moet gericht zijn tegen personen	10
II. Met betrekking tot de verweerhandeling.....	11
§1 De verdediging moet noodzakelijk zijn	11
§2. De verdediging moet in verhouding staan tot de aanval.....	13
§3. De verdediging moet plaatshebben voor of tijdens de aanval, niet erna	13
Hoofdstuk 3. Noodweerecces	14
Hoofdstuk 4. Putatieve noodweer	17
Hoofdstuk 5. Initiatieven tot wetwijziging.....	18
Afdeling 1. Voorontwerp van Strafwetboek van koninklijk commissaris Legros	18
Afdeling 2. Wetsvoorstel dd. 30 september 1999.....	19

Afdeling 3. Wetsvoorstel dd. 7 juni 2001.....	20
Afdeling 4. Wetsvoorstel dd. 15 oktober 2003	23
Afdeling 5. Wetsvoorstel dd. 6 januari 2004	24
Afdeling 6. Wetsvoorstel dd. 27 januari 2004	25
Afdeling 7. Wetsvoorstel dd. 10 februari 2004	25
Afdeling 8. Wetsvoorstel dd. 12 december 2007	25
Afdeling 9. Wetsvoorstel dd. 5 maart 2008	25
Afdeling 10. Wetsvoorstel dd. 29 april 2010	26
Deel 3. De wettige verdediging in de buurlanden.....	28
Hoofdstuk 1. Nederland.....	28
Afdeling 1. Inleiding.....	28
Afdeling 2. Noodweer	28
Afdeling 3. Noodweerexces	35
Afdeling 4. Putatief noodweer(exces).....	37
Afdeling 5. Tussenbesluit	37
Hoofdstuk 2. Duitsland.....	40
Afdeling 1. Inleiding.....	40
Afdeling 2. Noodweer (<i>Notwehr</i>)	40
Afdeling 3. Noodweerexces (<i>Überschreitung der Notwehr</i>).....	51
Afdeling 4. Putatief noodweer(exces).....	52
Afdeling 5. Tussenbesluit	53

Hoofdstuk 3. Frankrijk	54
Afdeling 1. Inleiding.....	54
Afdeling 2. Noodweer (<i>légitime défense</i>)	54
Afdeling 3. Noodweerexces	59
Afdeling 4. Putatief noodweer(exces).....	59
Afdeling 5. Tussenbesluit	59
Deel 4. Algemeen besluit	61

Deel 1. Inleiding

1. In dit document zal in een eerste luik (deel 2) aan de hand van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer een beperkt overzicht worden gegeven met betrekking tot het thema van de wettige verdediging (ook wel noodweer genoemd) in België.

Het aantal rechterlijke uitspraken waarin de problematiek van de wettige verdediging aan bod komt, is echter eerder schaars. Algemeen wordt aangenomen dat vele zaken de rechter niet halen doordat het parket veelal beslist tot niet-vervolgning wanneer het meent dat de dader uit wettige verdediging handelde.¹

Wat betreft de stand van de wetgeving, zal men zien dat er weinig tot geen concrete wijzigingen aan de vigerende wetgeving zijn aangebracht. Wat wel kan worden vastgesteld, is dat er zich tijdens iedere nieuwe federale legislatuur wel één of andere actueel feit voordoet dat aanleiding geeft tot het indienen van een resem wetsvoorstellen waarmee dan telkens weinig of niets wordt gedaan en die uiteindelijk vervallen worden verklaard wanneer op het einde van de legislatuur de kamers worden ontbonden.

2. In een tweede luik (deel 3) zal tevens aan de hand van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer een beknopte *status questionis* worden geboden met betrekking tot de thematiek van de wettige verdediging in achtereenvolgens Nederland, Duitsland en Frankrijk.²

3. In deel 4 volgt een algemeen besluit waarin de onderzoeksbevindingen werden geïntegreerd.

Dit manuscript werd afgesloten op 27 juni 2010.

¹ T. ONGENA, “Over de noodzakelijkheid van de wettige verdediging”, *R.W.* 2002-03, (1387) 1387.

² Zie recent ook de uitstekende studie van D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 5 *et seq.* Daar worden ook de draagwijdte en de weerslag van artikel 2, §2, a) van het EVRM op de nationale regelingen m.b.t. de noodweer bestudeerd. Daarop wordt in deze bijdrage quasi niet ingegaan.

Deel 2. De wettige verdediging in België

Hoofdstuk 1. Inleiding

4. Er is sprake van wettige verdediging of noodweer wanneer een persoon, ter verdediging van zichzelf of van een ander, een onrechtmatige aanval afweert door middel van slagen, verwondingen of doodslag.³

5. De wettige verdediging moet als een uitzondering worden gezien op het verbod van eigenrichting. In beginsel dient onrecht immers voorkomen en beteugeld te worden door de overheid. Deze kan echter onmogelijk altijd en in alle omstandigheden het recht op leven en op andere rechtsgoederen van de burger beveiligen. Vandaar dat aan het individu het recht wordt toegekend om zelf met geweld de onrechtmatige aantastingen van bepaalde rechtsgoederen af te weren, m.n. wanneer de overheid niet bij machte is bescherming te bieden wanneer daartoe de onmiddellijke en dwingende behoefte bestaat.⁴

³ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, 7^{de} druk, Antwerpen, Maklu, 241.

⁴ T. ONGENA, “Wettige verdediging of noodweer”, in *Strafrecht en Strafprocedure, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 2.

Hoofdstuk 2. De wettige verdediging of noodweer

Afdeling 1. Algemeen

6. De wettige verdediging is één van de vier rechtvaardigingsgronden die in België worden erkend. Rechtvaardigingsgronden zijn omstandigheden waardoor een strafbaar feit zijn wederrechtelijk karakter verliest. In principe zijn deze rechtvaardigingsgronden algemeen. De wettige verdediging is echter een bijzondere rechtvaardigingsgrond. De toepassing ervan is beperkt tot slagen, verwondingen en doodslag.⁵ Er wordt aangenomen dat ook minder zware vormen van verdediging als noodweer kunnen worden beschouwd. Deze uitbreiding van het toepassingsgebied steunt op het algemene beginsel dat een extensieve interpretatie van de strafwet is toegelaten in het voordeel van de verdachte. De noodweer is daarenboven een objectieve rechtvaardigingsgrond, d.w.z. hij vindt zijn basis in omstandigheden die aan de feiten zelf hun strafbaar karakter ontnemen, los van de persoon van de dader.⁶

7. De thematiek van de wettige verdediging wordt thans hoofdzakelijk beheerst door de artikelen 416 en 417 van het Strafwetboek (Sw.), die zich bevinden in titel VIII “*Misdaden en wanbedrijven tegen personen*” van Boek II Sw. (“*De misdrijven en hun bestraffing in het bijzonder*”).

Artikel 416 Sw.:

“Er is noch misdaad, noch wanbedrijf, wanneer de doodslag, de verwondingen en slagen geboden zijn door de ogenblikkelijke noodzaak van de wettige verdediging van zichzelf of van een ander.”

Artikel 417 Sw.:

“Onder de gevallen van ogenblikkelijke noodzaak van de verdediging worden de twee volgende gevallen begrepen:

Wanneer de doodslag gepleegd wordt, wanneer de verwondingen of de slagen toegebracht worden bij het afiveren, bij nacht, van de beklimming of de braak van de afsluitingen, muren of toegangen van een bewoond huis of appartement of de aanhorigheden ervan, behalve wanneer blijkt dat de dader niet kon geloven aan een aanranding van personen, hetzij als rechtstreeks doel van hem die poogt in te klimmen of in te breken, hetzij als gevolg van de weerstand welke diens voornemen mocht ontmoeten;

⁵ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, 7^{de} druk, Antwerpen, Maklu, 241.

⁶ T. ONGENA, “Wettige verdediging of noodweer”, in *Strafrecht en Strafvordering, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 3.

Wanneer het feit plaats heeft bij het zich verdedigen tegen de daders van diefstal of plundering die met geweld tegen personen wordt gepleegd.”

Afdeling 2. Toepassingsvoorwaarden

I. Met betrekking tot de aanval

§1. De aanval moet ernstig zijn

8. De persoon die zich verdedigt moet zijn bedreigd door een ernstig kwaad of een zwaar onrecht. Het is niet noodzakelijk dat er sprake is van levensgevaar. Ook minder ernstige aanvallen komen in aanmerking, zoals daar zijn de aanranding van de eerbaarheid of verkrachting en de aanslagen tegen de persoonlijke vrijheid.

In theorie maakt artikel 416 Sw. geen onderscheid tussen lichte en zware aanslagen, zodat ook lichte slagen en verwondingen mogen worden afgeweerd. Hier zal men echter al snel in de problemen komen wat de proportionaliteitsvoorwaarde betreft.⁷

9. De beoordeling van het al dan niet ernstig karakter van de aanval gebeurt in de eerste plaats door de aangevallene zelf. Zijn beoordeling moet redelijk zijn. Hij draagt daarbij zelf het risico. Het zal uiteindelijk immers de feitenrechter zijn die op onaantastbare wijze de vraag naar het ernstig karakter van de aanval beoordeelt, rekening houdende met de concrete omstandigheden.⁸

Het Hof van Cassatie⁹ oordeelde in een arrest dd. 18 april 2007 dat de Kamer van Inbeschuldigingstelling in een arrest dd. 11 december 2006 terecht de wettige verdediging heeft weerhouden. De verweerders verklaarden *“dat zij beiden bewust naar iemand hebben gevuurd waarover zij verklaren dat deze in hun richting opdook met op heuphoogte een voorwerp dat hun een wapen toescheen”*. De verweerders handelden in het kader van een politieopdracht en dienden personen onschadelijk te maken die als zwaar bewapend waren geseind. *“In dergelijke omstandigheden”*, zo oordeelde de Kamer van Inbeschuldigingstelling, *“kon het voorwerp dat door eiser werd gedragen zeker aan een wapen doen denken temeer daar de eiser plots en onverwachts binnenviel”*.

⁷ Cf. *infra*, randnummer 20.

⁸ T. ONGENA, “Wettige verdediging of noodweer”, in *Strafrecht en Strafvordering, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 5-6.

⁹ Cass. 18 april 2007, *Pas.* 2007, afl.4, 709.

De verweerders hadden aldus het gevoel zwaar en rechtstreeks te zijn bedreigd door iemand die op hen kwam toegesnel en die mogelijks gebruik kon maken van wat zij identificeerden als zijnde een wapen.

§2. De aanval moet effectief zijn begonnen, of minstens dreigend zijn

10. Artikel 416 Sw. is van toepassing van zodra de aanval nakend is. De aanval moet zich niet noodzakelijk hebben verwezenlijkt. Preventief optreden is derhalve toegestaan.

Ook bij deze voorwaarde is het in de eerste plaats de aangevallene zelf die moet beoordelen of een gevaar actueel of minstens dreigend is. Hij draagt ook hier het risico van de verkeerde inschatting.

Met deze voorwaarde wil men vermijden dat al te lichtzinnig wordt overgegaan tot het gebruik van geweld om zichzelf of een ander te verdedigen.

11. In een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen dd. 13 september 2001,¹⁰ bestond er onduidelijkheid met betrekking tot deze voorwaarde. De vraag rees of aan deze voorwaarde geen afbreuk werd gedaan door het feit dat men lang op voorhand een mogelijke aanval verwacht en zich daartegen wapent.

Het feitenonderzoek had immers uitgewezen dat de persoon die zich verdedigde de aanval reeds lang op voorhand verwachtte en daarom al een mes had klaargelegd op de keukentafel. Hij stak dit mes vervolgens in zijn broekzak toen de (latere) aanvaller voor de deur van zijn woning stond, om het nadien te gebruiken bij de verdediging tegen de aanval.

Is er in dit geval dan geen sprake van een toekomstig gevaar, wat door de rechtspraak en de rechtsleer als onvoldoende wordt beschouwd?

Het Hof oordeelde *in casu* alsnog dat de wettige verdediging als rechtvaardigingsgrond kon worden aangewend. De cruciale vraag kwam dus neer op een loutere appreciatie van de feiten.¹¹

§3. De aanval moet onrechtmatig zijn

12. Dit betekent in de eerste plaats dan men zich niet wettig kan verdedigen tegen een rechtmatige handeling van een politieagent of andere overheidsagent.

¹⁰ Antwerpen 13 september 2001, R.W. 2002-03, 1387.

¹¹ T. ONGENA, "Over de noodzakelijkheid van de wettige verdediging", R.W. 2002-03, (1387) 1388-1389.

Daarnaast kan men de noodweer ook niet invoeren tegen iemand die zelf handelde ter verdediging van zichzelf of een ander. Wettige verdediging tegen wettige verdediging kan niet. De noodweer van de aangevallene ontnemt immers het wederrechtelijk karakter van zijn slagen en verwondingen. Men kan zich bijgevolg evenmin wettig verdedigen tegen gedragingen die door andere rechtvaardigingsgronden zijn gerechtvaardigd.

13. De vraag rijst of de noodweer kan worden ingeroepen tegen gedragingen waarvoor een schulditsluitingsgrond of een verschoningsgrond geldt. Algemeen wordt aangenomen dat de verschoningsgronden (bv. uitlokking) en de schulditsluitingsgronden (bv. dwang) de noodweer niet uitsluiten. Verschoningsgronden zullen immers enkel en alleen de strafmaat beïnvloeden, terwijl schulditsluitingsgronden ervoor zorgen dat het misdrijf niet aan de dader kan worden verweten. Beiden laten het wederrechtelijk karakter van de aanval echter onaangetaast. Wanneer iemand zelf een persoon tot een aanval provoceert, zal die daarom zijn recht op noodweer niet automatisch verliezen.¹²

§4. De aanval moet gericht zijn tegen personen

14. Het afweren van aanslagen tegen goederen (ook dieren) kan niet op grond van de noodweer worden gerechtvaardigd. In 1935 nam het Hof van Cassatie deze visie tot de haren en deze rechtspraak werd tot op heden steeds bevestigd. De meerderheid van de Belgische rechtsleer stemt in met deze houding. Het belangrijkste argument hiervoor is dat goederen een onvoldoende waarde hebben om er een mensenleven voor op te offeren.

Nochtans werden er de laatste tien jaar naar aanleiding van de opkomende vermogenscriminaliteit verschillende wetsvoorstellen ingediend met als doel de verruiming van de wettige verdediging tot de bescherming van de goederen. Er wordt in de voorstellen wel een uitzondering voorzien voor wat de vrijwillige doodslag betreft.¹³

Zoals in het tweede luik (deel 3) van deze uiteenzetting zal worden verduidelijkt, werd de wettige verdediging van goederen in de ons omringende landen wel aangenomen.

15. Sommigen zien in artikel 417, lid 2 Sw. een uitzondering op het principe dat noodweer bij verdediging van goederen niet kan. Volgens het Hof van Cassatie is dit vermoeden echter

¹² T. ONGENA, "Wettige verdediging of noodweer", in *Strafrecht en Strafvordering, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 7-9.

¹³ Cf. *infra*, randnummer 36.

gegrond op de overweging dat de betrokken bewoner kan geloven dat de inbreker zijn persoon wil aanranden.

Een soepele toepassing van artikel 417, lid 2 Sw. kan echter wel een oplossing vormen voor het gevoel van onrechtvaardigheid dat bij dergelijke gevallen vaak de kop op steekt. Zo oordeelde ook de Correctionele Rechtbank van Dendermonde:

*“ Het ter zake gecreëerde wettelijke kader dient echter getoetst aan elk concreet geval, waarbij niet enkel de materialiteit van de feiten belangrijk is, doch ook de maatschappelijke realiteit en de psychische gemoedstoestand van de betrokkenen.”*¹⁴

In casu openden vader en zoon 's nachts van op hun slaapkamers op de eerste verdieping het vuur op een bende inbrekers in hun juwelierszaak. De criminelen in kwestie verklaarden later ongewapend te zijn geweest op het moment van de overval en geen enkele dreiging richting vader en zoon te hebben geuit. Vader en zoon verklaarden op hun beurt dat een overvaller met een wapen op hun slaapkamer stond gericht. Tevens waren zij in het verleden reeds dertien maal het slachtoffer geworden van inbraak of poging tot inbraak, waarvan tweemaal onder bedreiging met vuurwapens. Zij voelden zich aldus bedreigd ten aanzien van hun persoon.

“Gelet op de gemoedstoestand van elfde en twaalfde beklaagde (vader en zoon), hun traumatische ervaringen uit het verleden, is hun verklaring ter zake meer dan geloofwaardig. Zij leven in voortdurende angst dat bendes de technische beveiliging of het alarm zullen trachten te omzeilen via gijzeling met al of niet gebruik van geweld.

...

Dit maakt het aannemelijk dat elfde en twaalfde beklaagde konden geloven aan een aanranding van personen als gevolg van de weerstand die de daders bij hun inbraak ondervonden. Het is in deze gemoedstoestand dat hun hevige reactie dient verklaard en aanvaard”, aldus nog de Correctionele Rechtbank van Dendermonde.

Vader en zoon werden beiden vrijgesproken.

II. Met betrekking tot de verweerhandeling

§1. De verdediging moet noodzakelijk zijn

16. Deze voorwaarde houdt de zgn. subsidiariteitsvereiste in, ook wel het zorgvuldigheidsbeginsel genoemd.

¹⁴ Rb. Dendermonde 17 september 2001, *A.J.T.* 2001-02, 338-350.

Het betekent concreet dat iemand die (zich) verdedigt niet anders kon dan zichzelf (of een ander) te verdedigen door middel van slagen of verwondingen of doodslag.

Dit veronderstelt in de eerste plaats dat de aangevallene niet de tijd heeft gehad om de hulp van de overheid in te roepen.¹⁵ Daarnaast mag hij zelf niet de oorzaak zijn van de aanval.

17. Een in de rechtsleer vaak gestelde vraag is of er sprake is van een vluchtplicht. Vandaag wordt algemeen aangenomen dat er geen dergelijke vluchtplicht bestaat.¹⁶

18. Deze vereiste van ogenblikkelijke noodzakelijkheid betekent niet dat men – alvorens tot de verdediging over te gaan – eerst alle mogelijke alternatieven moet nagaan. Slechts wanneer onbetwistbaar vaststaat dat de andere mogelijkheid zeker en doeltreffend is en bovendien als het ware voor de hand ligt, zou men het recht op noodweer eventueel kunnen verliezen.¹⁷

In een arrest van het Hof van Cassatie dd. 19 april 2006¹⁸, oordeelde het Hof van Cassatie dat het Hof van Beroep te Bergen in een arrest dd. 9 november 2005 terecht heeft geoordeeld dat wettige verdediging als rechtvaardigingsgrond niet kon worden weerhouden, gezien de persoon in kwestie *over een andere mogelijkheid beschikte om zichzelf en zijn medepassagiers te beschermen dan door de aantasting van de fysieke integriteit [van verweerder]*, meer bepaald had de persoon in kwestie de mogelijkheid om te vluchten.

19. De wet voorziet in artikel 417 Sw. twee vermoedens van ogenblikkelijke noodzakelijkheid.

Het vermoeden uit het tweede lid van art. 417 Sw. is een weerlegbaar vermoeden. De bewijslast rust op de schouders van het openbaar ministerie. Er wordt hier uitdrukkelijk gesproken over de inbraak “*bij nacht*”, waarbij de interpretatie van het begrip nacht wordt overgelaten aan de feitenrechter.

Het vermoeden uit het derde lid van art. 417 Sw. voorziet niet in een mogelijkheid tot het leveren van een tegenbewijs. Men nam derhalve steeds aan dat dit een onweerlegbaar vermoeden betrof. Deze interpretatie wordt in recente rechtsleer echter als achterhaald en overdreven beschouwd.¹⁹

¹⁵ Het Antwerpse Hof van Beroep besloot in een arrest dd. 13 september 2001 nochtans dat de subsidiariteitsvereiste was vervuld, niettegenstaande de latere aangevallene de aanval duidelijk had verwacht. Het blijft dus een loutere feitenkwestie.

¹⁶ T. ONGENA, “Over de noodzakelijkheid van de wettige verdediging”, *R.W.* 2002-03, (1387) 1388.

¹⁷ T. ONGENA, “Wettige verdediging of noodweer”, in *Strafrecht en Strafvordering, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 13-14.

¹⁸ Cass. 19 april 2006, *Nullum Crimen* 2008, afl. 5, 343.

¹⁹ T. ONGENA, “Wettige verdediging of noodweer”, in *Strafrecht en Strafvordering, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 18-21.

§2. De verdediging moet in verhouding staan tot de aanval

20. Men vereist ook een proportionaliteit of evenredigheid. Dit betekent niet dat aanvalsmiddel en verdedigingsmiddel van dezelfde zwaarte moeten zijn. Er mag alleen geen wanverhouding bestaan.

Ook deze appreciatie zal gebeuren door de feitenrechter die daarbij rekening zal houden met de redelijke verwachtingen in hoofde van de aangevallene.²⁰

21. Indien aan de proportionaliteitsvereiste niet is voldaan, is er sprake van zgn. noodweereces of noodweeroverschrijding.²¹

§3. De verdediging moet plaatshebben voor of tijdens de aanval, niet erna

22. Handelingen die na de aanvalsdad worden gesteld, kunnen geen noodweer uitmaken. Dergelijke handelingen zijn immers niet meer ingegeven door de nood aan verweer maar door wraak. Het neerschieten in de rug van een vluchtende inbreker of dief is en blijft dus strafbaar, en kan nooit gerechtvaardigd worden door noodweer.²²

²⁰ T. ONGENA, "Wettige verdediging of noodweer", in *Strafrecht en Strafvoeding, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 15-16.

²¹ Cf. *infra*, randnummer 23.

²² T. ONGENA, "Wettige verdediging of noodweer", in *Strafrecht en Strafvoeding, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 16-17.

Hoofdstuk 3. Noodweerexces

23. België kent de schulduitsluitingsgrond noodweerverschrijding niet. Er werden de jongste jaren nochtans tal van wetsvoorstellen tot invoering van een dergelijke schulduitsluitingsgrond naar Nederlands voorbeeld ingediend in het federaal parlement.

24. Afhankelijk van de concrete omstandigheden zal men een beroep moeten doen op de morele dwang (art. 71 Sw.) als schulduitsluitingsgrond, of op de uitlokking (art. 411 Sw.) als strafverminderende verschoningsgrond. Uiteraard kunnen ook steeds verzachtende omstandigheden worden aangenomen. Deze laatste zijn echter facultatief, waardoor de rechter niet verplicht is om ze in aanmerking te nemen.

Men kan aldus pogen aan te tonen dat een aanval, hoewel niet ernstig genoeg om er zich wettig te kunnen tegen verdedigen, toch bij de verweerder een onweersstaanbare drang opwekt. D.i. een zekere, onvermijdbare en onvoorzienbare dwang die de wil van de betrokkene volledig uitschakelt, met slagen en verwondingen of doodslag tot gevolg. De vereisten voor de morele dwang zijn echter vrij streng.²³

Een andere mogelijkheid bestaat erin een beroep te doen op de figuur van de uitlokking. Krachtens art. 411 Sw. zijn doodslag, verwondingen en slagen, verschoonbaar indien zij onmiddellijk worden uitgelokt door zware gewelddaden tegen personen. De vereiste van de zware gewelddaden tegen personen wordt door de rechtspraak soepel geïnterpreteerd. Ook moreel geweld komt in aanmerking. Zo oordeelde ook het Gentse Hof van Beroep in een arrest dd. 16 juni 1998.²⁴

De feiten zijn te situeren in een familiaal kader en deden zich voor naar aanleiding van het verlaten van de echtelijke woonst door de echtgenote van één van de slachtoffers. De echtgenoot begaf zich met zijn schoonzus en schoonmoeder naar de woning van de beklagde, waar zijn echtgenote met hun zoontje haar intrek had genomen. Het kwam tot een schermutseling tussen beide mannen met wederzijdse slagen tot gevolg, waarbij door de beklagde tevens een vuistslag werd uitgedeeld aan de zich in het gevecht mengende schoonzus.

²³ T. ONGENA, "Wettige verdediging of noodweer", in *Strafrecht en Strafvordering, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 22-23.

²⁴ Gent 16 juni 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 174-176, noot K. VANDENBERGHE.

Het Hof oordeelde dat de voorafgaande bedreigende gedragingen van de slachtoffers voldoende zwaarwichtig waren om een morele dreiging te veroorzaken die bij de beklaagde een hevige emotie heeft uitgelokt.

Moreel geweld, zoals bedreigingen, worden immers geassimileerd met fysisch geweld, in de mate dat dergelijke gewelddaden voldoende zwaarwichtig zijn. De voorafgaande bedreigende gedragingen bestonden hierin dat er zich drie personen aan de woning van de beklaagde aanboden, dat één van hen zijn voet tussen de deur plaatste en dat de deur kon worden geopend door het duwwerk van beide slachtoffers.

De uitlokking is dus “*une notion voisine*” van de wettige verdediging en staat hier heel dicht bij.

Vereist wordt wel dat de betrokkene in eerste instantie heeft gehandeld ingevolge ergernis veroorzaakt door de aanval, uit woede of onder de onmiddellijke dwang van verbijstering of wraak.

Het verschil situeert zich in essentie in de graad van noodzakelijkheid die gebod een inbreuk te begaan om de aanval af te weren en in het gevoel dat bij de aangevallen persoon wordt opgewekt.²⁵

25. Ook in de zaak van de Harelbeekse juwelier Tyberghien, werd de uitlokking als strafverminderende verschoningsgrond in aanmerking genomen. De wettige verdediging werd er niet aanvaard, gezien de daders reeds op de vlucht waren geslagen op het moment dat de juwelier het schot loste.²⁶

26. In tegenstelling tot de schulduitsluitingsgronden en de verschoningsgronden, heffen de rechtvaardigingsgronden de wederrechtelijkheid van het misdrijf op. Een gerechtvaardigd misdrijf kan uit zichzelf geen burgerrechtelijke gevolgen hebben. De strafrechter die de beklaagde vrijspreekt, zal zich onbevoegd verklaren om over de civiele rechtsvordering uitspraak te doen. Daarenboven is de burgerlijke rechter gebonden door de uitspraak van de strafrechter, zodat ook een burgerlijke vordering die voor een burgerlijke rechter naderhand wordt ingesteld, weinig kans

²⁵ K. VANDENBERGHE, “Wettige verdediging en uitlokking: interferentie en verfijningen”, *A.J.T.* 1999-2000, (176) 176-178.

²⁶ Een gelijkaardig geval deed zich voor in een zaak voor het Vrederecht te Lier, *R.W.* 2003-04, 73: “*degene die met een geneer schiet op een door inbrekers gebruikt voertuig op het ogenblik dat deze ermee wegluchten, kan niet aanvoeren dat hij vuurde om een aanval of een dreigende aanval af te weren, zodat een essentiële voorwaarde om van noodweer te kunnen spreken, niet is vervuld. Daar de betrokkene te dezen bewust heeft gehandeld, kan hij zich ook niet op morele overmacht beroepen.*”

op succes maakt.²⁷ De Harelbeekse juwelier Tyberghien werd schuldig bevonden aan doodslag, maar kreeg opschorting van straf wegens de uitlokking. Hij werd echter wel veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding aan de nabestaanden van de overleden overvaller. Ook op dit vlak wordt het gevoel van rechtvaardigheid aldus beïnvloed.

²⁷ T. ONGENA, “Wettige verdediging of noodweer”, in *Strafrecht en Strafvordering, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 27.

Het gezag van gewijsde zal strikt genomen slechts gelden indien het slachtoffer ook partij was in de strafzaak (Cass. 15 februari 1991, *Rev. Trim. D. H.* 1992, 227.).

Hoofdstuk 4. Putatieve noodweer

27. Een bijzonder geval van noodweeroverschrijding is dit waarbij de verweerder zich – onterecht – meende geconfronteerd te zien met een onrechtmatige aanval waartegen hij zich mocht verdedigen. Hij zal hierbij wel een beroep kunnen doen op de rechtsfiguur van dwaling als schulditsluitingsgrond. Daarvoor moet evenwel worden aangetoond dat deze dwaling onoverwinnelijk was, d.i. de verweerder mag geen fout hebben begaan bij zijn vergissing.²⁸

²⁸ T. ONGENA, “Wettige verdediging of noodweer”, in *Strafrecht en Strafprocedure, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 23.

Hoofdstuk 5. Initiatieven tot wetswijziging

Afdeling 1. Voorontwerp van Strafwetboek van koninklijk commissaris Legros²⁹

28. Legros wenste op de eerste plaats de bepaling omtrent de wettige verdediging te verplaatsen. Hij stelde voor om deze bepaling onder de benaming wettige verdediging onder te brengen in het algemeen deel van het Sw., meer bepaald in het Hoofdstuk IV, De begrenzing van het strafbaar feit, Afdeling 1, Gronden van rechtvaardiging.

Deze verplaatsing werd gemotiveerd op basis van methodische redenen: *“De wettelijke gronden van rechtvaardiging werden overgenomen, maar de wettige zelfverdediging werd in Boek I ondergebracht, wat meer methodisch lijkt.”*

In het concept van Sw. van Koninklijk Commissaris Legros wordt er een duidelijk onderscheid gemaakt tussen rechtvaardigingsgronden enerzijds en niet-toerekenbaarheidsgronden anderzijds. Dit onderscheid wordt als volgt gemotiveerd:

“Une distinction sera faite entre les causes de justification et causes de non-imputabilité. Les causes de justification suppriment la criminalité de l’acte et profitent à tous les participants... Les causes de non-imputabilité sont au contraire personnelles et n’exonèrent que le participant dans le chef duquel elles sont réalisées.”

Compte tenu du rôle éducateur dévolu au droit pénal, il a paru essentiel de pouvoir distinguer la décision d’acquiescement qui suppose qu’un acte n’est objectivement pas criminel de celle qui signifie qu’un acte n’est subjectivement pas imputable à son auteur.”

29. In de tweede plaats wenste Koninklijk Commissaris Legros de artikelen met betrekking tot de wettige verdediging te herformuleren en zodoende uit te breiden naar de verdediging van goederen:

Artikel 68:

“Niet strafbaar is de beschuldigde of de beklagde die een feit heeft gepleegd dat gevegd werd door de ogenblikkelijke noodzaak zichzelf, een ander of een goed te verdedigen, op voorwaarde dat die verdediging wettig is, overeenstemt met de aard van de aanranding en in verhouding staat tot de ernst ervan, zelfs wanneer het feit

²⁹ R. LEGROS, *Voorontwerp van strafwetboek*, Brussel, Ministerie van Justitie, 1985, 231 p.

gepleegd werd voordat de aanranding geschiedt, vanaf het ogenblik dat de dader kan aannemen dat ze dreigt te geschieden.”

Artikel 69:

“ Vermoed wordt in staat van wettige verdediging te handelen, bij die de daad verricht bij het afwerpen, bij nacht, van het indringen in een bewoond eigendom door middel van beklimming, braak of list, waardoor vrees kan worden gewekt.”

De verantwoording die de Koninklijk Commissaris voor deze voorgestelde wijziging heeft gegeven, is echter zeer summier:

“...; wettige zelfverdediging werd uitgebreid tot de goederen, wat in lijn van recente strekkingen ligt, onder meer in het Franse voorontwerp van strafwetboek, en, door een bepaling betreffende de interpretatie, waarvan hiervoren sprake was, werd aan de rechter de mogelijkheid gegeven om de afwezigheid van schuld in aanmerking te nemen.”

Afdeling 2. Wetsvoorstel dd. 30 september 1999³⁰

30. Op 30 september 1999 dienden een aantal parlementsleden van het toenmalige Vlaams Blok in de Senaat een Wetsvoorstel in tot wijziging van de artikelen 416 en 417 van het Sw. betreffende het begrip noodweer.

Directe aanleiding tot indiening van dit voorstel was de aanhouding van een jonge juwelier uit Harelbeke en een 59-jarige café-uitbater uit Mechelen, die beiden in verschillende omstandigheden gangsters hadden neergeschoten.

De indieners wensten het begrip noodweer uit te breiden naar het Nederlandse en Duitse voorbeeld, daar men in dergelijke gevallen te afhankelijk zou zijn van de goodwill van de magistraten om het begrip verdediging van de persoon wat ruimer te interpreteren.

Daarnaast wensten de indieners tevens dat naar Nederlands voorbeeld het begrip noodweeroverschrijding zou worden ingevoerd, daar in ons strafrecht enkel de morele dwang als algemene schulduitsluitingsgrond of de uitlokking als strafverminderende verschoningsgrond bestaat.

³⁰ Wetsvoorstel (G. STAVEAUX-VAN STEENBERGE et al.) tot wijziging van de artikelen 416 en 417 van het Strafwetboek betreffende het begrip noodweer, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-90/1.

Door het invoeren van een dergelijke schulditsluitingsgrond, zou de overschrijding van de grenzen van de noodzakelijke verdediging niet strafbaar zijn indien zij het onmiddellijke gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt.

In dit voorstel wordt dus niet gesproken over een verplaatsing van de artikelen met betrekking tot de wettige verdediging onder de categorie van de algemene rechtvaardigingsgronden.

31. Het wetsvoorstel zag eruit als volgt:

Artikel 416:

“Er is noch misdaad, noch wanbedrijf wanneer de doodslag, de verwondingen en slagen geboden zijn door de noodzakelijke verdediging van zichzelf of van een ander, of van de eerbaarheid of een goed van zichzelf of van een ander tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.

Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van de noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijke gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt.”

In artikel 417 Sw. worden de woorden “ogenblikkelijke noodzaak van de verdediging” vervangen door de woorden “noodzakelijke verdediging zoals bedoeld in artikel 416”.

32. Op 24 november 1999 werd het voorstel ingeschreven op de agenda van de Commissie Justitie en werd een rapporteur aangewezen. Sindsdien werd het niet meer besproken, maar werd het wel gevolgd door tal van gelijkaardige voorstellen.

Afdeling 3. Wetsvoorstel dd. 7 juni 2001³¹

33. Op 7 juni 2001 werd door een aantal parlementsleden van de toenmalige CVP in de Kamer een wetsvoorstel ingediend.

De indieners wezen in hun toelichting bij het wetsvoorstel op het feit dat de wettige verdediging in de meeste moderne wetgevingen wordt erkend als algemene rechtvaardigingsgrond, maar dat zulks niet het geval is in het Belgisch Sw.

De Belgische wetgever maakte deze keuze destijds in navolging van de Franse Code Pénal van 1791.

³¹ Wetsvoorstel (S. VERHERSTRAETEN et al.) tot wijziging van sommige bepalingen van het Strafwetboek inzake noodweer, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 50K1288/001.

De Belgische rechtsleer aanvaardt echter dat eveneens minder zware vormen van verdediging dan doodslag, slagen en verwondingen als noodweer kunnen worden beschouwd. Zwaardere misdrijven of andere vormen van misdrijven vallen op dit ogenblik principieel niet onder noodweer of wettige verdediging.

De indieners wensten aldus op de eerste plaats een aanpassing van de wetgeving in die zin dat de wettige verdediging ook zou kunnen worden ingeroepen voor andere strafbare reacties dan de doodslag en de slagen en verwondingen.

34. Daarnaast wezen de indieners erop dat de Belgische wetgever in een tweede beperking heeft voorzien waarin hij afwijkt van andere buitenlandse regelingen: wettige verdediging kan enkel worden aangevoerd om onrechtmatige aanrandingen van personen af te weren.

Deze beperking zou indruisen tegen het rechtsgevoel van velen. Dit zou vooral zo zijn gelet op de stijgende vermogenscriminaliteit gekoppeld aan de lage ophelderingsgraad.

Hij die op dit moment verwondingen toebrengt aan een dief kan zich enkel beroepen op de verschoningsgronden (bv. de uitlokking). Ook hier botst men echter op het vereiste van de gewelddaden op de persoon, zodat bij een ramkraak of inbraak die louter gericht is op het stelen van goederen deze verschoning ook niet kan worden ingeroepen.

Eventueel kan men zich beroepen op verzachtende omstandigheden.

Dergelijke verschoningsgronden en verzachtende omstandigheden ontnemen aan de feiten echter het wederrechtelijk karakter niet.

De indieners wensten aldus een tweede aanpassing van de wetgeving zodat noodweer ook zou kunnen worden ingeroepen indien de onrechtmatige aantasting (alleen) gericht was tegen eigendommen, tenzij de strafbare reactie vrijwillige doodslag betreft.

Artikel 2.2. van het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens (EVRM) bepaalt dat de beroving van het leven niet in strijd is met het principe van de wettelijke bescherming van het leven van artikel 2.1. indien de levensberoving het gevolg is van geweld, dat absoluut noodzakelijk is ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld. Het EVRM laat de volledige straffeloosheid voor de zwaarste vorm van verdediging (levensberoving of doodslag) bijgevolg enkel toe wanneer de aanval gericht is tegen personen, maar sluit deze straffeloosheid bij levensberoving daardoor ook uit wanneer het enkel gaat om de verdediging van een eigendom.

35. Het derde vlak waarop de indieners een aanpassing van de wet wensten, is op het vlak van het invoeren van de noodweeroverschrijding als schulduitsluitingsgrond.

Zij waren immers van mening dat de wetgever in uitzonderlijke omstandigheden ook rekening dient te houden met de emotionele gemoedstoestand van de aangevallene. Deze zou immers niet de tijd hebben om overwegingen te maken en zou daarbij soms eerder instinctief en reflexmatig handelen in plaats van uit rationele overwegingen. Zo kan een reactie dermate emotioneel zijn dat het verweer buiten alle verhouding staat tot de aanval of zelfs omslaat in een aanvaldaad. Het proportionaliteitsbeginsel wordt dan niet geëerbiedigd. Dit is in principe strafbaar.

In België kan men zich volgens de indieners in dit geval enkel in zeer uitzonderlijke gevallen beroepen op de morele dwang als schulduitsluitingsgrond (art. 71 Sw.). De verweerder moet dan evenwel een overmacht bewijzen. In de praktijk zal men zich dan beroepen op de uitlokking als verschoningsgrond, hetwelk het wederrechtelijk karakter aan de feiten weliswaar niet ontnemt.

Dergelijke noodweeroverschrijding moet dan het gevolg zijn van een hevige gemoedstoestand én bovendien moet het verweer volstrekt en ogenblikkelijk noodzakelijk zijn voor het vrijdelen van de verdere uitvoering van de aanslag op de eigendommen. Is deze laatste toepassingsvoorwaarde niet vervuld, dan voorziet het voorstel in een strafverminderende verschoningsgrond.

36. Het wetsvoorstel doet zich *in concreto* voor als volgt:

Artikel 72 Sw., opgeheven bij de wet van 15 mei 1921, wordt hersteld in de volgende lezing:

“Art. 72. Er is geen misdrijf wanneer de feiten geboden zijn door de ogenblikkelijke noodzaak van de wettige verdediging van personen.

Er is geen misdrijf wanneer de feiten, vrijwillige doodslag uitgezonderd, gepleegd worden bij het verweer dat volstrekt en ogenblikkelijk noodzakelijk is voor het vrijdelen van de verdere uitvoering van een op heterdaad ontdekte misdaad of wanbedrijf tegen eigendommen en, in verhouding tot dit doel en tot deze misdaad of dit wanbedrijf redelijk en evenredig is.”

Artikel 73 Sw., opgeheven bij de wet van 15 mei 1921, wordt hersteld in de volgende lezing:

“Art. 73. Er is geen misdrijf wanneer de feiten gepleegd worden bij overschrijding van de grenzen van de ogenblikkelijke noodzakelijke verdediging als bedoeld in artikel 72, eerste lid, indien zij het onmiddellijke gevolg zijn geweest van een hevige gemoedstoestand, veroorzaakt door de aanval.

Er is geen misdrijf wanneer de feiten, met inbegrip van vrijwillige doodslag, gepleegd worden met overschrijding van de grenzen van de evenredigheid, indien zij het onmiddellijk gevolg zijn geweest van een hevige gemoedstoestand, veroorzaakt door de ontdekking op heterdaad van de misdaad of het wanbedrijf tegen eigendom.”

In hetzelfde wetboek wordt een artikel 78bis ingevoerd, luidende:

“Art. 78bis. De feiten, bedoeld in artikel 72, tweede lid, alsook de vrijwillige doodslag, zijn verschoonbaar indien zij gepleegd worden met overschrijding van de grenzen van de ogenblikkelijke noodzakelijkheid ingevolge een hevige gemoedstoestand, veroorzaakt door de ontdekking op heterdaad van de misdaad of het wanbedrijf tegen eigendommen.”

Het wetsvoorstel werd vervallen verklaard op 10 april 2003.

Afdeling 4. Wetsvoorstel dd. 15 oktober 2003³²

37. Op 15 oktober 2003 werd door enkele parlementsleden (Frank Vanhecke, Yves Buysse, Joris Van Hauthem) van het toenmalige Vlaams Blok opnieuw een voorstel tot wetwijziging in de Senaat ingediend.

Net zoals in het wetsvoorstel dd. 30 september 1999 laken de indieners het feit dat de daders in een verdedigingssituatie tegen wederrechtelijke aanranding, afhankelijk zijn van de goodwill van de rechter met betrekking tot de ruime interpretatie van het begrip “de bescherming van de persoon”.

Dit zou de rechtszekerheid van de burgers niet ten goede komen.

38. De indieners illustreren tevens een ander gevolg van de toepassing van de huidige technieken in dergelijke situaties.

De Harelbeekse juwelier kreeg van de Kortrijkse correctionele rechter geen strafrechtelijke sanctie opgelegd (hij kreeg opschorting van straf omwille van uitlokking als verschoningsgrond), maar het werd wel bewezen geacht dat hij zich had schuldig gemaakt aan doodslag, met als gevolg dat hij diende in te staan voor de proceskosten en zelfs een schadevergoeding diende te betalen aan de nabestaanden van de neergeschoten gangster.

³² Wetsvoorstel (F. VANHECKE et al.) tot wijziging van het Strafwetboek met betrekking tot de regeling inzake noodweer en tot invoering van de algemene schulduitsluitingsgrond « noodweerexcès », *Parl. St.* Senaat 2003-04, nr. 3-243/1.

39. Het wetsvoorstel werd als volgt geformuleerd:

Artikel 72 Sw., opgeheven bij de wet van 15 mei 1921, wordt hersteld in de volgende lezing:

“Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van zichzelf of van een ander, van zijn handelszaak, eigendom of ieder ander rechtsgoed of die van een ander, tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.

Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van de noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijke gevolg is geweest van een hevige gemoedstoestand, door de aanranding veroorzaakt.”

Boek II, titel VIII, hoofdstuk I, afdeling IV, van hetzelfde Wetboek, die de artikelen 416 en 417 omvat, wordt opgeheven.

40. In tegenstelling tot in 1999, wensten de indieners in dit voorstel de wettige verdediging wel onder te brengen bij de algemene rechtvaardigingsgronden.

Voor het overige is het voorstel gelijklopend.

Het voorstel werd verschillende malen op de agenda van de Commissie Justitie geplaatst maar nooit behandeld. Uiteindelijk werd het voorstel vervallen verklaard door de ontbinding van de Kamers op 2 mei 2007.

Afdeling 5. Wetsvoorstel dd. 6 januari 2004³³

41. Op 6 januari 2004 dienden een aantal parlementsleden van het toenmalige Vlaams Blok in de Kamer een wetsvoorstel in.

Gezien dit voorstel quasi identiek is aan het voorstel door hun partijgenoten op 15 oktober 2003 ingediend in de Senaat, wordt dit voorstel hier niet uitgebreid besproken.

Het voorstel werd tevens vervallen verklaard op 2 mei 2007.

³³ Wetsvoorstel (B. LAEREMANS, K. BULTINCK et al.) tot wijziging van de wettelijke regeling inzake noodweer en tot invoering van de algemene schulduitsluitingsgrond “noodweerecces”, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 51K0651/001.

Afdeling 6. Wetsvoorstel dd. 27 januari 2004³⁴

42. Dit wetsvoorstel ingediend in de Kamer door enkele parlementsleden van CD&V herneemt de tekst van het wetsvoorstel dd. 7 juni 2001, met enkele kleine wijzigingen.

Er wordt voor de behandeling ervan dan ook verwezen naar Afdeling 3.

Het voorstel werd tevens vervallen verklaard op 2 mei 2007.

Afdeling 7. Wetsvoorstel dd. 10 februari 2004³⁵

43. Dit wetsvoorstel ingediend in de Senaat door Stefaan De Clerck, Etienne Schoupe en Marc Van Peel van CD&V is een herindiening van het voorstel dd. 7 juni 2001 ingediend in de Kamer.

Ook dit voorstel werd vervallen verklaard op 2 mei 2007.

Afdeling 8. Wetsvoorstel dd. 12 december 2007³⁶

44. Dit betreft een wetsvoorstel ingediend in de Kamer door enkele parlementsleden van het Vlaams Belang waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar het voorstel ingediend in de Kamer op 6 januari 2004.

Afdeling 9. Wetsvoorstel dd. 5 maart 2008³⁷

45. Dit wetsvoorstel werd op 5 maart 2008 in de Senaat ingediend door Yves Buysse, Hugo Coveliers en Anke Van dermeersch van het Vlaams Belang.

Ook in dit wetsvoorstel wensten de indieners de wettige verdediging te categoriseren als een algemene rechtvaardigingsgrond door invoering van een artikel 72 in hoofdstuk VIII van het eerste boek van het Sw.

³⁴ Wetsvoorstel (S. VERHERSTRAETEN et al.) tot wijziging van sommige bepalingen van het Strafwetboek inzake noodweer, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51K0741/001.

³⁵ Wetsvoorstel (S. DE CLERCK et al.) tot wijziging van sommige bepalingen van het Strafwetboek inzake noodweer, *Parl. St. Senaat* 2003-04, nr. 3-511/1.

³⁶ Wetsvoorstel (B. LAEREMANS, K. BULTINCK et al.) tot wijziging van de wettelijke regeling inzake noodweer en tot invoering van de algemene schulduitsluitingsgrond “noodweerecces”, *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 52K0538/001.

³⁷ Wetsvoorstel (Y. BUYSSE et al.) tot wijziging van het Strafwetboek, met betrekking tot de regeling inzake noodweer en tot invoering van de algemene schulduitsluitingsgrond « noodweerecces », *Parl. St. Senaat* 2007-08, nr. 4-615/1.

Daarnaast wenste men de wettige verdediging uit te breiden tot bescherming van de goederen. Daarbovenop wilde men in een tweede lid de schulduitsluitingsgrond “noodweerschrijding” invoeren.

Het voorstel is op 13 maart 2008 verzonden naar de Commissie Justitie. Sindsdien is er niets meer ondernomen.

Afdeling 10. Wetsvoorstel dd. 29 april 2010³⁸

46. Op 12 april 2010 deden zich in Brussel opnieuw twee gevallen voor die het debat over de wettige verdediging deden oplaaien.

Enkele uren nadat in Elsene een juwelier werd doodgeschoten door criminelen, werd ook in Schaarbeek een juwelierszaak overvallen. Een van de gangsters werd daarbij door het slachtoffer van de overval dodelijk getroffen.

Op 14 april 2010 deelde het parket van Brussel mee, dat de wettige verdediging – in de huidige stand van de wetgeving – niet kon worden toegepast op de feiten.

47. Aldus werd in de Kamer opnieuw een wetsvoorstel ingediend op 29 april 2010 door Patrick Cocriamont van het Front National.

Dit wetsvoorstel strekt ertoe de wettige verdediging op te nemen onder de algemene rechtvaardigingsgronden.

Tevens wenst de indiener de wettige verdediging uit te breiden tot de bescherming van goederen.

In dit voorstel spreekt de indiener niet over de invoering van een schulduitsluitingsgrond voor noodweerschrijding.

48. Het wetsvoorstel werd als volgt geformuleerd:

Artikel 72 Sw., opgeheven bij de wet van 15 mei 1921, wordt hersteld in de volgende lezing:

“Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van zichzelf of van een ander, van zijn handelszaak, eigendom of ieder ander rechtsgoed of die van een ander, tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.”

³⁸ Wetsvoorstel (P. COCRIAMONT) tot wijziging van het Strafwetboek met betrekking tot de regels inzake wettige verdediging, *Parl. St.* Kamer 2009-10, nr. 52K2578/001.

Het voorstel werd vervallen verklaard bij de ontbinding van de Kamers op 7 mei 2010.

Deel 3. De wettige verdediging in de buurlanden

“Force est de constater que la légitime défense est conçue de la même façon en son principe dans les différents pays étudiés. «Est justifié l’individu qui pour assurer sa défense riposte à l’agresseur à condition qu’il agisse immédiatement et de façon proportionnée»”.³⁹

Hoofdstuk 1. Nederland

Afdeling 1. Inleiding

49. In Nederland worden zowel de noodweer als het noodweereces beheerst door artikel 41 van het Wetboek van Strafrecht (hierna verkort Sr.).

50. Artikel 41 Sr. luidt als volgt:

“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.

2. Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt.”

51. De tekst van dit wetsartikel is, sinds de invoering van het Sr., onaangeroerd gebleven.⁴⁰

Afdeling 2. Noodweer

52. De noodweer uit artikel 41, eerste lid Sr. is een rechtvaardigingsgrond. De noodweer ontnemt aan een gedraging die een delictsinhoud vervult haar wederrechtelijkheid, zodat geen strafbaar feit voorligt.

53. Het gaat meer bepaald om een algemene rechtvaardigingsgrond. Dit betekent dat de noodweer geldt voor alle strafbare feiten in en buiten het Sr. (en dus bv. ook voor culpoze gedragingen en met voorbedachten rade gestelde gedragingen). De noodweer is immers opgenomen in het eerste boek van het Sr., getiteld *Algemene bepalingen*.

³⁹ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 13, met verwijzing naar Jean PRADEL.

⁴⁰ Omtrent de moeizame parlementaire discussie betreffende deze bepaling, en vooral omtrent de controverse m.b.t. de insluiting van het concept “goed” in de tekst, zie *in extenso* het rechtsvergelijkend overzicht “wettige verdediging”, p. 19 *et seq.* Zie eveneens J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2003, 312-314.

54. Uit de formulering van artikel 41, eerste lid Sr. kunnen de voorwaarden voor de noodweer als rechtvaardigingsgrond worden gedistilleerd: “*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*”.⁴¹

55. De drie rechtsgoederen die door noodweer mogen worden beschermd, zijn limitatief in artikel 41, eerste lid Sr. opgenomen.⁴² Het betreft “*eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed*”.

Met *lijf* wordt met name bedoeld de lichamelijke integriteit *sensu lato*. Daaronder valt tevens de bewegingsvrijheid.⁴³

Het begrip *eerbaarheid* moet worden begrepen in de zin van seksuele eerbaarheid. Beledigingen of discriminerend optreden daarentegen tasten wel de *eer* aan maar niet de *eerbaarheid*.

“Het tenslotte in art. 41 Sr opgenomen ‘goed’ is historisch en rechtsvergelijkend bezien geen vanzelfsprekend relevant rechtsbelang voor noodweer”, aldus Jaap DE HULLU.⁴⁴ De interpretatie van de term “goed” blijkt in de praktijk voor enige discussie te hebben gezorgd. De vraag was immers gerezen of deze term enkel betrekking had op stoffelijke goederen en vermogensbestanddelen of ook op immateriële goederen, zoals de eer en de huisvrede. Een aantal auteurs stond een ruime uitlegging van het begrip voor en meende dat ook de huisvrede een door noodweer beschermd goed was. Anderen daarentegen stelden dat het duidelijk was dat de wetgever met de term goed een stoffelijk goed heeft bedoeld en dat de aantasting van een recht geen noodweer toelaat. Had de wetgever met de term goed meer algemeen rechtsgoed bedoeld dan zou het noemen van het lijf en de eerbaarheid immers overbodig zijn geweest. Daarbij komt nog dat de aantasting van een recht doorgaans geen situatie in het leven roept waarin het onmiddellijk onschadelijk maken van de aanrander de enige mogelijkheid tot behoud van dat recht is. Momenteel lijkt te worden aangenomen dat de term goed eng moet worden gedefinieerd, in de zin van gelijkgesteld met wat civielrechtelijk gezien met het begrip zaak wordt aangeduid, i.e. het voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke object. Hij zou dan ook niet mogen worden uitgebreid tot (subjectieve)

⁴¹ Zie omtrent deze voorwaarden o.m. L.T. WEMES, “Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid” in C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (eds.), *Strafrecht: tekst & commentaar. De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, (321) 359 *et seq.* en de vele verwijzingen aldaar.

⁴² D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 16.

⁴³ Zie bijvoorbeeld HR 17 december 1996, *NJ* 1997, 262 (een beperking van de bewegingsvrijheid kan een aanranding opleveren).

⁴⁴ Zie J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2003, 315 en de verwijzingen aldaar.

rechten, zoals bv. de huisvrede. De rechtspraak van de Hoge Raad ligt in dezelfde lijn.⁴⁵ Zo oordeelde hij op 14 april 1998 dat zolang er aan huisvredebreuk geen vernieling of beschadiging is verbonden, bv. bij het zich toegang verschaffen, noch een wederrechtelijke aanranding van lijf of eerbaarheid dan wel dreigend gevaar daarvoor, noodweer niet mogelijk is. Dezelfde redenering lijkt te moeten opgaan voor andere onstoffelijke goederen, zoals bv. het recht op privacy. Volgens sommigen is dit van belang ten aanzien van de diefstal, die zou kunnen worden beschouwd, niet zozeer als een aanslag op een stoffelijk goed maar als een aanslag op een recht, m.n. het eigendomsrecht, daar de dader van de diefstal niet direct tot doel zal hebben om wat gestolen werd te beschadigen. Het door bepaalde rechtsleer verdedigde standpunt dat het stoffelijk goed zelf moet worden aangerand door beschadiging of vernieling lijkt de Jaap DE HULLU alvast zowel wetshistorisch als rationeel te beperkt.⁴⁶

56. Het vereiste van de ogenblikkelijke aanranding houdt in dat de aanranding op het moment van de afweer acuut moet zijn. Daaronder valt niet alleen de reeds begonnen feitelijke aantasting van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed (i.e. de zich voltrekkende aanranding)⁴⁷ maar evenzeer de gedraging die daarvoor een onmiddellijk dreigend gevaar betekent⁴⁸.

Vallen wat dit vereiste betreft dus uit de boot: temporeel te ver verwijderde dreigingen alsook aanrandingen die reeds een einde hebben genomen en dus in het verleden liggen. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat als de aanranding bestaat in een strafbaar feit, zij (i.e. de aanranding) niet per se eindigt met het voltooid zijn van dat strafbaar feit. Bij wijze van voorbeeld: hoewel de diefstal juridisch als misdrijf is voltooid met de wegneming, duurt de daad van aanranding voort zolang wat werd gestolen zich nog binnen het bereik van het slachtoffer bevindt. De aanranding duurt met andere woorden zolang de dief het gestolene niet geheel in veiligheid heeft gebracht maar ermee weglappend nog kan worden achterhaald.⁴⁹ Meer algemeen kan als principe worden vooropgesteld dat de aanranding voortduurt zolang nog iets kan worden voorkomen of ongedaan gemaakt.

Hoewel een onmiddellijk dreigend gevaar voor een aanranding volstaat (en een feitelijke aantasting van de genoemde rechtsgoederen dus niet is vereist), moet er hoe dan ook meer zijn

⁴⁵ Zie o.m. HR 7 mei 1974, NJ 1974, 300; HR 14 april 1998, NJ 1998, 662.

⁴⁶ Zie J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2003, 315.

⁴⁷ Bv. een dief is aan het stelen of loopt weg met de buit maar is nog te achterhalen.

⁴⁸ Bv. een inbreker bereidt zich voor om een raam te forceren, een moordenaar stapt met een mes op iemand af. Zie ook HR 12 januari 2010, LJV BK4155.

⁴⁹ Zie ook het voorbeeld vermeld in voetnoot 45.

dan de loutere vrees of angst voor een aanranding.⁵⁰ Volgens de Hoge Raad moet de dreiging min of meer objectiveerbaar zijn.⁵¹ Anders gesteld lijkt het zo te zijn dat de realiteit van (de dreiging van) een aanranding mede haar uitdrukking moet vinden in feitelijkheden. De rechtsleer oordeelt niet anders: “*het geval moet wel een zekere objectieve toetsing kunnen doorstaan, er moet in de ogen van een derde of naar uiterlijke verschijningsvorm beschouwd een onmiddellijke dreiging zijn*”.⁵² De manier waarop de verdediger alles heeft beleefd, is dus niet beslissend.⁵³ Bij deze beoordeling (i.e. het trekken van de grens tussen de ontoereikende enkele vrees en het afdoende onmiddellijk dreigend gevaar) zullen de bijzondere feitelijke omstandigheden van de casus dan ook de doorslag moeten geven.

In de context van de ogenblikkelijkheid dient ook te worden ingezoomd op de problematiek van de geautomatiseerde verdediging (ook wel *geanticiperde noodweer* genoemd). Het betreft m.n. het nemen van preventieve maatregelen ter voorbereiding op potentiële toekomstige aanrandingen, zoals daar zijn kraaienpoten neergooien, klemmen plaatsen, schrikdraad, waakhonden, etc. Hoewel het nemen van dergelijke maatregelen een geslaagd beroep op de noodweer volgens de dominante rechtspraak en doctrine niet zonder meer uitsluit (zelfs al heeft de betrokkene het gebruikte wapen illegaal in handen),⁵⁴ wordt de noodweer in dergelijke gevallen niet makkelijk aanvaard. Het lijkt erop dat de slaagkansen dalen naarmate de ingezette verdedigingswijzen ingrijpender worden. De redenering daarachter is duidelijk. Het feit dat de verdediging net op geautomatiseerde wijze werd geregeld, staat in heel wat gevallen immers in de weg aan de mogelijkheid om te komen tot de noodzakelijke casuïstische beoordeling van de verschillende toepassingsvoorwaarden van de noodweer.

57. De aanranding moet niet alleen ogenblikkelijk zijn maar ook wederrechtelijk. Bedoeld wordt dat de aanranding in strijd dient te zijn met het recht.⁵⁵

Deze voorwaarde heeft tot gevolg dat noodweer tegen noodweer niet toegelaten is. Iemand die in noodweer handelt, handelt inderdaad niet wederrechtelijk. Derhalve mag daarop als reactie geen

⁵⁰ L.T. WEMES, “Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid” in C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (eds.), *Strafrecht: tekst & commentaar. De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, (321) 360.

⁵¹ HR 21 december 2004, LJN AR3687.

⁵² Aldus J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2003, 318.

⁵³ Zie eveneens D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 13, voetnoot 34 en de verwijzing aldaar: “*N’est pas déterminant en l’espèce le fait que l’intéressé se soit cru en situation de légitime défense, que cette idée repose ou non sur des fondements raisonnables*”.

⁵⁴ Zie de verwijzingen in L.T. WEMES, “Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid” in C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (eds.), *Strafrecht: tekst & commentaar. De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, (321) 360. Zie ook HR 23 oktober 1984, NJ 1986, 56.

⁵⁵ Zie ook D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 15-16 en de verwijzing aldaar: “*Aux Pays-Bas (...) il est admis, en vertu de l’article 41 du Code pénal, que soit exercé le droit de légitime défense dans le cas d’une arrestation illégale*”.

noodweer volgen. Daarentegen mag noodweer wel volgen op noodweerexces. Zoals hierna nog zal blijken, laat noodweerexces de wederrechtelijkheid van het gestelde gedrag immers onverlet en verhindert het alleen de verwijtbaarheid aan de dader. In dezelfde lijn wordt ook noodweer tegen bv. krankzinnigen toelaatbaar geacht.⁵⁶

Het vereiste dat de aanranding wederrechtelijk moet zijn, betekent evenwel niet dat de gedraging – om als aanranding te kunnen worden gekwalificeerd – ook op zichzelf een strafbaar feit of een poging tot een strafbaar feit zou dienen op te leveren.⁵⁷ Het volstaat dat de aanranding in strijd is met *het recht*.

58. Het feit dat wordt begaan, moet ten slotte *geboden* zijn door de *noodzakelijke* verdediging van de voornoemde rechtsgoederen tegen de genoemde aanranding. Daarin liggen én de subsidiariteits- én de proportionaliteits-eisen besloten.

Eerst dient te worden nagegaan of de verdediging noodzakelijk was. Een *absolute* noodzaak tot verdediging wordt niet vereist. Het begrip noodzakelijk kan dan ook worden vertaald naar het vereiste van subsidiariteit. De vraag die hier moet worden gesteld is of de verdediging gepast was, of m.a.w.: of in plaats van de verdediging geen ander zinvol alternatief voorhanden was waarvoor moest worden geopteerd. Men neemt aan dat de verdediging niet noodzakelijk is als bv. de politie kon worden gewaarschuwd, de betrokkene kon zijn gevlucht of weggegaan, etc.⁵⁸

Pas als is vastgesteld dat de verdediging noodzakelijk was, dient te worden nagegaan of deze ook geboden was. Op dit punt wordt de daadwerkelijk gevoerde verdediging met andere woorden getoetst aan het proportionaliteitsvereiste. Dit vereiste houdt in dat er geen wanverhouding mag bestaan tussen aanranding en verdediging. De ernst van de aanranding en de verdedigingswijze moeten m.a.w. in redelijke verhouding staan.⁵⁹ Bij deze afweging zal voor wat de verdedigingswijze betreft zowel de keuze van het middel (bv. de betrokkene neerschieten, slaan, steken, etc.) als de intensiteit van de verdediging (bv. het aantal slagen, het al dan niet vitale

⁵⁶ L.T. WEMES, “Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid” in C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (eds.), *Strafrecht: tekst & commentaar. De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, (321) 360-361.

⁵⁷ L.T. WEMES, “Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid” in C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (eds.), *Strafrecht: tekst & commentaar. De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, (321) 360.

⁵⁸ Zie meer in detail bv. HR 21 november 2006, NJ 2006, 650. Zie ook D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 20 en de verwijzingen aldaar: “*dans la pratique a-t-il tendance à estimer que lorsque la personne agressée a le choix de se défendre et qu’elle a encore la possibilité de fuir, elle devrait opter pour la fuite*”.

⁵⁹ Zie HR 12 januari 2010, LJN BK4155: “*Deze proportionaliteits-eisen 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, LJN BI3895)*”.

lichaamsdeel waarop werd geschoten, etc.) van cruciaal belang zijn. Het komt erop aan de minst ingrijpende methode van verweer aan te wenden. Voor wat de aanranding betreft, wordt vnl. de aard en het risico van de aanranding, in acht genomen de achtergrond van de aanrander alsook de capaciteiten van de aangerande, in de weegschaal geplaatst. De motivering van de feitenrechter is bij dit alles van het grootste belang.⁶⁰

59. Wat is het gevolg van het feit dat een vorm van eigen schuld van de aangerande (de zgn. *culpa in causa*) bijgedragen heeft tot het ontstaan van de situatie van noodweer?

De diverse opvattingen die in de rechtsleer m.b.t. deze problematiek worden gehuldigd, kunnen worden opgesplitst in drie categorieën. Volgens de eerste categorie doet de eigen schuld van de aangerande bij het ontstaan van de noodweersituatie er nooit toe. Volgens de tweede categorie moet de aangerande in een dergelijk geval altijd genoeg nemen met de consequenties. Een derde categorie verdedigt dan een tussenpositie, afhankelijk van de aard van de eigen schuld. Het is deze tussenpositie die momenteel de scepter voert. Volgens de heersende rechtsleer moet dus worden aangenomen dat de omstandigheid dat de aanranding aan de aangerande persoon zelf is te wijten de wederrechtelijkheid van die aanranding niet *ipso facto* uitsluit. Zulks zou wel het geval kunnen zijn als de aangerande heeft kunnen voorspellen dat zijn eigen gedraging geweld zou oproepen en *a fortiori* als hij de aanranding voorbedacht heeft uitgelokt.⁶¹

De stromingen in de jurisprudentie lijken op dezelfde manier te kunnen worden opgedeeld. De Hoge Raad is van oordeel dat hoewel de beslissing waarbij een feitenrechter een beroep op de noodweer niet inwilligt van feitelijke aard is, de begrijpelijkheid van een dergelijke beslissing in cassatie kan worden getoetst. Aangenomen wordt dat aangezien de genoemde begrijpelijkheid in grote mate afhankelijk is van de specifieke voorliggende casus, de zittingsrechter die de *culpa in causa*-redenering toepast zijn beslissing grondig moet motiveren wil zij standhouden in cassatie. Ondanks het feit dat het totaalbeeld van het concrete dossier beslissend is, kan in het algemeen worden opgemerkt dat een beroep op de noodweer principieel enkel faalt als de doloze variant van de *culpa in causa* voorligt. Daarentegen lijkt de noodweer in de regel te worden aanvaard als de

⁶⁰ Vgl. ook HR 12 januari 2010, LJN BK4155: “Gelet evenwel op de door het Hof vastgestelde ernst van de (door de verdachte veronderstelde) aanranding van [betrokkene 1] door [verbalisant 1], had het Hof zijn oordeel dat de verdachte op een minder ingrijpende wijze had dienen te reageren, nader dienen te motiveren. Wat betreft die aanranding heeft het Hof immers blijkens de gebezigde bewijsmiddelen vastgesteld dat (i) [verbalisant 1] [betrokkene 1] krachtig vasthield, (ii) [verbalisant 1] hem niet losliet ondanks de omstandigheid dat naar [verbalisant 1] werd geroepen “laat onze vriend los” en ondanks de omstandigheid dat [verbalisant 1] zo krachtig aan zijn kleding werd getrokken dat zijn jas scheurde en (iii) [verbalisant 1] in reactie hierop [betrokkene 1] nog steviger vastpakte. Het bestreden arrest lijdt daarom aan een motiveringsgebrek”.

⁶¹ Zie L.T. WEMES, “Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid” in C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (eds.), *Strafrecht: tekst & commentaar. De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, (321) 362 *et seq.*

culpa in causa bestaat in een eigen onvoorzichtigheid, onnadenkendheid, onoplettendheid of nog nonchalance (en m.a.w. in haar culpoze variant). Ter illustratie van deze kwestie kan recent bv. ook worden verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 2010: “*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 (vgl. HR 28 maart 2006, LJN AU8087, NJ 2006, 509). (...) Uit de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen blijkt dat de verdachte na binnenkomst in het wijkcentrum aanstonds tegen [slachtoffer] begon te schelden en dat hij, nadat [slachtoffer] hem daartoe had gesommeerd, heeft geweigerd om het wijkcentrum te verlaten. Voorts blijkt daaruit dat [slachtoffer] vervolgens de verdachte heeft vastgepakt en met dwang uit het wijkcentrum heeft verwijderd, waarbij de verdachte de bewezenverklaarde bewoordingen aan [slachtoffer] heeft toegevoegd. In het licht van deze vaststellingen en gelet op hetgeen hiervoor onder 2.5 is vooropgesteld, getuigt 's Hofs kennelijke oordeel dat de verdachte in zodanige mate aanleiding heeft gegeven tot de door [slachtoffer] gepleegde handelingen dat dat in de weg staat aan het slagen van het beroep op noodweer(exces) van de verdachte, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is, mede gelet op de aard van de gedragingen van [slachtoffer] jegens de verdachte, evenmin onbegrijpelijk”.*⁶²

60. Iets wat vaak samenhangt met de *culpa in causa* maar zich ook zonder een *culpa in causa* kan voordoen, is de problematiek van het ontbreken van een verdedigingswil. Men neemt aan dat een beroep op noodweer, in gevallen waarin die noodweer niet was gesteund op een verdedigingswil, dient te worden verworpen omwille van het feit dat er zonder verdedigingswil geen sprake kan zijn van een verdedigingshandeling.⁶³

61. Een laatste punt dat ter zake van noodweer kan worden vermeld, is de vraag op welke manier (i.e. vanuit welk gezichtspunt) de voorwaarden voor de noodweer moeten worden beoordeeld. Een volstrekt subjectieve beoordeling door de aangerande wordt niet aanvaard. Vrij algemeen is de jurisprudentie en rechtsleer van mening dat de waarneming van de aangerande op het ogenblik van de gebeurtenissen enigszins moet worden geobjectiveerd aan de hand van de criteriumfiguur van de denkbeeldige goede en verstandige tweelingbroer van wie de noodweer sustineert.

⁶² Zie HR 2 februari 2010, LJN BJ9243.

⁶³ Zie ook HR 8 juni 2010, LJN BK4788 en de verwijzingen aldaar: “*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*”. De Hoge Raad vervolgt: “*In zo een geval kan ook een beroep op noodweere(xces) of op putatief noodweer niet slagen*”.

Afdeling 3. Noodweerecces

62. In tegenstelling tot wat de bewoordingen van artikel 41, tweede lid Sr. doen vermoeden, is het noodweerecces geen rechtvaardigingsgrond maar wel een schulduitsluitingsgrond. Daaruit volgt dat de grensoverschrijding op zich wederrechtelijk blijft.⁶⁴ Noodweerecces kan samen voorkomen met de rechtvaardigingsgrond noodweer.⁶⁵

63. Het gaat om een algemene schulduitsluitingsgrond. Dit betekent dat het noodweerecces geldt voor alle strafbare feiten in en buiten het Sr., en dus bv. ook voor culpoze gedragingen. Anders dan de noodweer, wordt aangenomen dat het noodweerecces moeilijk denkbaar is ter zake van met voorbedachten rade gestelde gedragingen.

64. Luidens artikel 41, tweede lid Sr. is niet strafbaar “*de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt*”. Op grond van deze bewoordingen kunnen de voorwaarden voor het noodweerecces als schulduitsluitingsgrond worden geformuleerd.

65. Noodweerecces veronderstelt in de eerste plaats een noodweersituatie.⁶⁶

66. Daarenboven vereist de wettekst een dubbele causaliteit.

Vooreerst moet de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging het onmiddellijk gevolg zijn geweest van een hevige gemoedsbeweging. Of daarvan *in concreto* sprake is, zal vooral afhangen van de mate waarin de grenzen van de noodzakelijke verdediging werden overschreden en van de aard en intensiteit van de hevige gemoedsbeweging.⁶⁷

Primo: niet elke overschrijding is aanvaardbaar. Omdat ook noodweerecces gegrond is op de fundamentele voorwaarde dat er een noodzaak tot verdediging is of is geweest, lijken kwesties die de subsidiariteit raken *de lege lata* niet te kunnen worden verontschuldigd o.b.v. noodweerecces. Bijgevolg kan enkel de strafbaarheid van diegene die de grenzen van de op zich noodzakelijke noodweer overschrijdt, worden opgeheven. De overschrijding kan zich op twee manieren

⁶⁴ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 26.

⁶⁵ Zie bv. J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2003, 325 en de verwijzingen aldaar: “*een verdediging (kan) ten dele in noodweer en ten dele in noodweerecces (...) zijn begaan. Dat leidt er soms toe dat een verdedigingsactie in meerdere onderdelen (bijvoorbeeld de verschillende klappen of schoten) wordt gesplitst, waarbij elk onderdeel apart wordt beoordeeld op de strafbaarheid*”.

⁶⁶ Cf. *supra*, randnummer 54 *et seq.*

⁶⁷ L.T. WEMES, “Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid” in C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (eds.), *Strafrecht: tekst & commentaar. De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, (321) 365.

manifesteren. Enerzijds kan zij middel en intensiteit van de verdediging betreffen (*cf.* als het ingezette middel te rigoureuus is). Anderzijds kan zij de verdediging zelf betreffen (i.e. het verder zetten van de afweerhandelingen nadat de aanranding is afgewend). Vindt de afweerhandeling pas plaats als de aanranding reeds is afgelopen, dan is er eigenlijk geen sprake meer van noodweer en bijgevolg ook niet van noodweerecces. Evenwel lijkt de Hoge Raad een beroep op noodweerecces in dergelijke omstandigheden niet uit te sluiten, op voorwaarde dat de afweerreactie het onmiddellijke gevolg is van een hevige gemoedsbeweging veroorzaakt door de daaraan voorafgaande wederrechtelijke aanranding.⁶⁸

Secundo: de hevige gemoedsbeweging kan niet alleen bestaan uit angst, vrees of radeloosheid maar ook uit woede, drift, verontwaardiging.⁶⁹ Daarentegen komen vijandschap en wraakzucht niet in aanmerking.

Vervolgens moet de genoemde hevige gemoedsbeweging op haar beurt door de aanranding zijn veroorzaakt.

De Nederlandse wetgever is dus uitgegaan van de idee dat een aanranding hevige emotionele reacties kan oproepen en dat deze emotionaliteit het moeilijk of zelfs onmogelijk kan maken om op het ogenblik van de aanranding op een objectieve wijze te beoordelen op welke wijze de aanranding het beste kan worden afgewend.⁷⁰

67. Zie omtrent de *culpa in causa* en de verdedigingswil de opmerkingen onder afdeling 2 m.b.t. de noodweer.

68. Aangaande de vraag op welke manier (i.e. vanuit welk gezichtspunt) de voorwaarden voor het noodweerecces als schulditsluitingsgrond moeten worden beoordeeld, dient nog te worden vermeld dat de psychologische beoordeling van het verweer hier belangrijker lijkt te zijn dan bij de noodweer. Niettemin wordt – onder meer op basis van het vereiste van dubbele causaliteit – aangenomen dat ook het noodweerecces niet ontsnapt aan een zekere redelijkheidstoetsing.⁷¹

⁶⁸ Zie bv. HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 511; HR 18 mei 1993, *NJ* 1993, 691.

⁶⁹ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 26.

⁷⁰ Zie voor een voorbeeld D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 26, voetnoot 95.

⁷¹ Zie bv. J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2003, 329 en de verwijzing aldaar.

Afdeling 4. Putatief noodweer(exces)

69. Het putatief noodweer(exces) hangt nauw samen met het gezichtspunt waaruit de condities voor de noodweer en het noodweerexces moeten worden beoordeeld.

70. Putatief noodweer(exces) houdt in dat een persoon abusievelijk in de veronderstelling verkeert zich te mogen of moeten verdedigen. Zulks doet zich voor als het (dreigend) gevaar bv. is ingebeeld (bv. als er in werkelijkheid geen ogenblikkelijke aanranding is), als er in realiteit geen wederrechtelijke aanranding is, als er een verkeerde opvatting bestaat over de noodweerregeling, etc.⁷²

71. Ter zake zijn de regels van (naargelang het geval de) feitelijke of rechtsdwaling toepasbaar. Is de dwaling verschoonbaar, dan zal de verdachte m.a.w. vrijuit gaan.⁷³ De toepassing van de regels van de dwaling heeft tot gevolg dat de niet in dwaling verkerende medeplichtige strafbaar blijft en dat verweer tegen de dwalende dader als noodweer gerechtvaardigd kan zijn.

Afdeling 5. Tussenbesluit

72. Zowel de noodweer als het noodweerexces worden beheerst door artikel 41 Sr.

De noodweer is een rechtvaardigingsgrond. De voorwaarden, die overigens op geobjectiveerde manier worden beoordeeld aan de hand van de criteriumfiguur, zijn duidelijk. Het feit dat wordt begaan, moet geboden zijn door de noodzakelijke verdediging (*cf.* de subsidiariteits- en proportionaliteitseis) van eigen of eens anders lijf (i.e. de lichamelijke integriteit *sensu lato*), eerbaarheid (i.e. de seksuele eerbaarheid) of goed (i.e. het voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke object) tegen een ogenblikkelijke (i.e. reeds begonnen feitelijke dan wel onmiddellijk dreigende aantasting), wederrechtelijke (i.e. in strijd met het recht zijnde) aanranding. Uit het voorgaande volgt dat de noodweer tevens een verdedigingswil veronderstelt. Ter zake van de *culpa in causa* faalt een beroep op de noodweer principieel enkel als de doloze variant voorligt.

Noodweerexces is een schulditsluitingsgrond. Om noodweerexces te kunnen inroepen, is vereist dat de overschrijding van de grenzen van de noodzakelijke verdediging (wat impliceert dat een noodweersituatie wel degelijk moet (hebben) bestaan) het onmiddellijk gevolg is geweest van een

⁷² L.T. WEMES, "Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid" in C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (eds.), *Strafrecht: tekst & commentaar. De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, (321) 367.

⁷³ Zie over de dogmatische discussie daaromtrent o.m. J. DE HULLU, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2003, 330.

hevige gemoedsbeweging die op haar beurt zelf door de aanranding is veroorzaakt (*cf.* de dubbele causaliteitseis). Hoewel het psychologische facet van de beoordeling van deze voorwaarden meer op de voorgrond treedt dat bij de noodweer, wordt ook bij noodweerexces een redelijkheids-toetsing doorgevoerd.

73. Voor het putatief noodweer en putatief noodweerexces, d.i. het geval waarbij een persoon abusievelijk in de veronderstelling verkeert zich te mogen of moeten verdedigen, bestaat geen expliciete wettelijke regeling. Daarop zijn de regels van de dwaling toepasbaar.

74. Afsluitend kan nog worden gewezen op het recente Voorstel van wet van de leden Teeven en Weekers tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering ter versterking van de positie van een burger die zich beroept op noodweer, dat in de Tweede Kamer der Staten-Generaal, in het vergaderjaar 2007-08, werd neergelegd (zie m.n. nr. 31407-3).

Naar luid van dit wetsvoorstel zou artikel 41 Sr. als volgt worden gewijzigd. In het eerste lid zou na het woord “*ogenblikkelijke*” de woordgroep “*of onmiddellijk dreigende*” worden ingevoegd. Aldus beogen de indieners de gevallen waarin sprake is van noodweer tegen een onmiddellijke dreiging van een wederrechtelijke aanranding ook expliciet onder het eerste lid te brengen en m.a.w. de bestaande jurisprudentie wettelijk vast te leggen. Het tweede lid zou worden hernoemd tot het derde lid. Een nieuw tweede lid zou dan worden ingevoegd luidende: “*De verdediging wordt geacht noodzakelijk te zijn, als in het eerste lid bedoeld, indien hij die de aanranding begaat of dreigt te begaan hierbij het misdrijf, bedoeld in artikel 138, eerste lid, pleegt. Onder erf als bedoeld in artikel 138, eerste lid, wordt bij de toepassing van dit artikel verstaan een in de directe nabijheid van de woning of het besloten lokaal gelegen stuk grond*”. Op deze manier zou de verdediging, gericht tegen de in art. 41 Sr. genoemde aanranding die gepaard gaat met huisvrede- of lokaalvredebreuk, verondersteld worden gerechtvaardigd te zijn. Deze vooronderstelling zou eveneens gelden wanneer de aanranding in de directe omgeving van de woning of het besloten lokaal zou plaatsvinden. In se gaat het om een omkering van de bewijslast.

Daarenboven zou in het Wetboek van Strafvordering een nieuw artikel 62b worden ingevoegd, luidende: “*De dwangmiddelen, bedoeld in de artikelen 53, 54, 55, 55a, 55b, 56, 57, 59a, 61, 62 en 62a worden niet aangewend tegen een verdachte, indien uit feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat hij zich heeft verdedigd als bedoeld in artikel 41, eerste of derde lid, van het Wetboek van Strafrecht en dat hij die de aanranding heeft begaan of dreigde te begaan hierbij het misdrijf heeft gepleegd, bedoeld in artikel 138, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht. Onder erf als bedoeld in artikel 138, eerste lid, van het Wetboek van*

Strafrecht wordt bij de toepassing van dit artikel verstaan een in de directe nabijheid van de woning of het besloten lokaal gelegen stuk grond'.

Dit wetsvoorstel werd evenwel bijzonder slecht onthaald, o.m. door de doctrine en ook door de Nederlandse Orde van Advocaten, en is vooralsnog niet aangenomen. Zie bv. het preadvies van 10 maart 2008 van de Adviescommissie Strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, waarmee ook de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten heeft ingestemd, en dat als volgt concludeert: *“Alles overziende is de Adviescommissie niet erg enthousiast over het initiatief wetsvoorstel inzake noodweer. In de eerste plaats wordt de wetswijziging voorgesteld voor een niet bestaand probleem. In de praktijk blijkt de rechter prima uit de voeten te kunnen met de bestaande noodweerbepaling (art. 41 Sr). Bovendien gaat van de voorgestelde uitbreiding van artikel 41 Sr (lid 2) een verkeerd signaal uit en ontstaat het gevaar van geweldsescalatie en eigenrichting. Bij de voorgestelde beperking van de toepassingsmogelijkheden van dwangmiddelen, worden grote vraagtekens geplaatst*'.

Hoofdstuk 2. Duitsland

Afdeling 1. Inleiding

75. In Duitsland wordt de noodweer beheerst door §32 van het *Strafgesetzbuch* (hierna verkort StGB), het noodweereces door de daaropvolgende §33 StGB.

76. §32 StGB m.b.t. de *Notwehr* luidt als volgt:

“(1) *Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.*

(2) *Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden*”.

77. §33 StGB m.b.t. de *Überschreitung der Notwehr* luidt als volgt:

“*Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft.*”

Afdeling 2. Noodweer (*Notwehr*)

78. De *Notwehr* uit §32 StGB kan als een rechtvaardigingsgrond worden gekwalificeerd. Dat blijkt uitdrukkelijk uit §32, eerste lid StGB: “*Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig*” (eigen cursiv). De noodweer ontnemt dus aan een gedraging die een delictsinhoud vervult haar wederrechtelijkheid, zodat geen strafbaar feit voorligt.

79. Het gaat meer bepaald opnieuw om een algemene rechtvaardigingsgrond, die niet voor elk misdrijf afzonderlijk moet worden herhaald. De *Notwehr* is immers opgenomen in het *allgemeiner Teil* van het StGB.

80. Uit de formulering van §32 StGB kunnen de voorwaarden voor de *Notwehr* als rechtvaardigingsgrond worden gedistilleerd: “(1) *Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.* (2) *Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden*”.⁷⁴

⁷⁴ Zie omtrent deze voorwaarden o.m. G. FREUND, *Strafrecht allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlijn, Springer-Verlag, 2009, 106 *et seq.*; H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 70 *et seq.* en de illustraties aldaar.

81. De aanval waartegen wordt verdedigd, moet een aanval zijn “*von sich oder einem anderen*” (d.i. tegen zich of iemand anders).⁷⁵ De Duitse rechtspraak interpreteert deze algemene bepaling vrij extensief. De rechtsgoederen ten aanzien waarvan een beroep op de *Notwehr* kan worden gedaan, zijn in het Duitse recht dan ook *legio*.⁷⁶

Niet enkel de fysieke en seksuele integriteit vallen er onder maar ook de onschendbaarheid van de woning, de huisvrede, het algemeen persoonlijkheidsrecht (de eer, de reputatie, het recht niet zonder toestemming te worden gefotografeerd), het vermogen, de eigendom, het gezinsleven en het huwelijk, het eerste recht op een vrije parkeerplaats en het “*ungehindertes Fortbewegungsrecht*” van de automobilist op de rijweg. Aldus bv. prof. dr. Hans KUDLICH: “*Für die Beantwortung der Frage, ob ein Angriff i.S.d. § 32 vorlag, ist zwar davon auszugehen, dass über die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter wie Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum, Freiheit usw. auch andere Individualrechtsgüter (vgl. § 32: “von sich oder einem anderen abzuwehren”) notwehrfähig sind. Hierunter fallen u.a. das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht am eigenen Bild, das Hausrecht, das Vermögen selbst im Fall gewaltsamer Entziehung ohne Bereicherungsabsicht (d.h. auch wenn kein Fall der §§ 253, 255 vorliegt) oder das Eigentum bei bloßer nicht strafbarer Sachentziehung (d.h. auch wenn kein Fall der §§ 242, 303 vorliegt). Auch die Intimsphäre im Privatbereich als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört hierzu. Demgegenüber reicht der Schutz gegen Beobachten bzw. Belauschen in öffentlich zugänglichen Bereichen (Park, Bahnhof o.ä.) nicht so weit. Solche Verhaltensweisen sind vielmehr als bloße Belästigung ebenso hinzunehmen wie das “Verfolgen” prominenter Personen in der Öffentlichkeit durch Presse oder Fans*”.⁷⁷ Toch dient te worden geconstateerd dat de rechtspraak zeer casuïstisch is en dat ook de doctrine niet altijd op dezelfde lijn zit.⁷⁸ Bijgevolg is het zeer moeilijk om duidelijk grenzen aan te geven. Men zou kunnen stellen dat de aanvaardbaarheid van het noodweerrecht voor een bepaald rechtsgoed omgekeerd evenredig is met de mate waarin de overheid zich de behartiging van dat rechtsgoed in het bijzonder heeft aangetrokken.

⁷⁵ Gaat het om een “*notwehrfähiges Rechtsgut des Täters*”, dan spreekt men over *Notwehr*, gaat het om een “*notwehrfähiges Rechtsgut eines Dritten*”, dan heeft men het over *Nothilfe*, zie T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 292.

⁷⁶ Zie ook D. DASSONVILLE, “*Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé*”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 16: “*Tout intérêt juridiquement protégé, même celui d'un tiers, est susceptible de légitime défense et la jurisprudence allemande est très libérale dans l'admission de ces intérêts*”.

⁷⁷ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 73.

⁷⁸ Er zijn verschillende strekkingen. Volgens de absolute theorie, heeft artikel 2 EVRM directe werking en beperkt dit artikel het *Notwehrrecht* van het individu zodat het doden van een mens ter verdediging van een zaak niet door *Notwehr* kan worden gerechtvaardigd. Volgens de beperkte theorie, perkt het EVRM de verhouding tussen burgers onderling niet in. Het doden van een mens ter bescherming van een zaak kan bijgevolg door *Notwehr* worden gerechtvaardigd. Volgens de consensus theorie komt de bepaling van artikel 2 EVRM inhoudelijk overeen met §32 StGB, daar het tot geen overlapping komt. Doding van een mens ter bescherming van een goed kan dus uitzonderlijk gerechtvaardigd worden door *Notwehr*. Zie daarover deels ook T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 304.

Zo wordt bv. het algemeen belang niet als een rechtsgoed beschouwd ten aanzien waarvan een beroep op de *Notwehr* kan worden gedaan. Gedacht kan daarbij worden aan de verdediging van de veiligheid van het wegverkeer, de reinheid van het water, etc. Dit alles ressorteert alleen onder de daartoe bevoegde overheidsorganen.⁷⁹

82. De aanval waartegen wordt verdedigd, moet tevens een tegenwoordige (*gegenwärtigen*) aanval zijn.

Onder het begrip *aanval* wordt verstaan elke dreigende schending van de wettelijk beschermde rechtsgoederen door een menselijke gedraging.⁸⁰ Deze aanval moet niet strafbaar zijn en zelfs niet toerekenbaar. Het lijkt niet langer te worden betwist dat ook een nalaten als een aanval kan worden gekwalificeerd.⁸¹ Ter zake van de gedraging zelf geldt wel een beperking: “*Ein Angriff als menschliches Verhalten setzt ein willensgetragenes (willkürliches) Handeln voraus, so dass epileptische Anfälle, Reflexe oder Bewegungen im Schlaf möglicherweise eine Notlage, nicht aber eine Notwehrlage für andere auslösen können*”.⁸² Volgens de meerderheidsvisie moet de aanval echter geenszins een doelgerichte, opzettelijke of nog gewelddadige gedraging zijn. “*Ein auf Rechtsgutsverletzung gerichteter Wille der angreifenden Person*” is m.a.w. niet noodzakelijk.⁸³ Ook bv. gedragingen uit onachtzaamheid en schuldloze gedragingen kunnen als aanval gelden. Er moet echter een verdedigingswil zijn.⁸⁴

De genoemde aanval is tegenwoordig wanneer hij onmiddellijk staat te gebeuren, wanneer hij net plaatsvindt of wanneer hij nog voortduurt. Teneinde deze voorwaarde te beoordelen, moet men zich naar de objectieve situatie ten tijde van de feiten verplaatsen. M.b.t. het onmiddellijk staan te gebeuren, kan discussie ontstaan: “*Die für die Lösung des Falles maßgebliche Frage, ab welchem Zeitpunkt*

⁷⁹ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 74. Zie ook D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 12, voetnoot 26 en de verwijzing aldaar: “*Si tout intérêt juridiquement protégé est susceptible de légitime défense, la défense contre les attaques portées à l'ordre public ou à l'ordre juridique dans son ensemble n'appartient pas au citoyen, mais seulement à l'État ou à ses organes*”.

⁸⁰ Zie H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 70, die de aanval definieert als “*eine durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen*”. Zie ook T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 292, die het heeft over “*ein menschliches Handeln, das eine noch nicht endgültig abgeschlossene Rechtsgutsverletzung oder einen Zustand verursacht, der die unmittelbare Gefahr einer Rechtsgutsverletzung begründet*”.

⁸¹ Zie bv. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 292; H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 74-75: “*Obwohl der Wortlaut des § 32 von “Angriff” spricht und damit eher ein aktives Tun nahe legt, ist nach überwiegender Ansicht auch ein Angriff durch Unterlassen von § 32 erfasst. Dafür ist jedoch erforderlich, dass durch Verletzung einer rechtlichen Handlungspflicht Individualrechtsgüter betroffen werden. Die genaue Konkretisierung der Handlungspflicht ist umstritten. Jedenfalls aber reichen hierfür Garantenpflichten i.S.d. § 13 aus*”. Het wordt bv. wel nog steeds sterk betwist of de “*allgemeine Solidaritätspflicht aus § 323 i*” aan die voorwaarde voldoet.

⁸² H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 71.

⁸³ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 292.

⁸⁴ *Cf. infra*, randnummer 87.

ein Angriff bereits unmittelbar bevorsteht, wird nicht einheitlich beantwortet. Überwiegend wird hierfür auf die Formel des unmittelbaren Ansatzens im Rahmen des Versuchsbeginns zurückgegriffen, wobei aber auch ein “schmales Vorfeld des Versuchs” für ausreichend erachtet wird. Der BGH führt hierzu aus, als gegenwärtiger Angriff i.S.d. § 32 sei auch ein Verhalten anzusehen, “das zwar noch kein Recht verletzt, aber unmittelbar in eine Verletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben der Abwehrhandlung deren Erfolg gefährdet würde”.⁸⁵ Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld. Stel dat A persoon B in het kader van een dispuut enkele dagen voor de feiten met een wapen heeft bedreigd, en dat persoon A en persoon B elkaar opnieuw ontmoeten, dan zou kunnen worden aangenomen dat B de greep van A naar A’s binnenzak (waarin zich een geladen pistool bevindt) niet louter als een ongevaarlijke voorbereidingshandeling maar wel als een onmiddellijk gevaarlijke bedreiging mag beoordelen, waaruit in een mum van tijd een verwondende handeling kan voortspruiten. Men zou kunnen aannemen dat de aanval daarom reeds op dat moment tegenwoordig was, en derhalve dat een verder afwachten van B m.b.t. zijn verdedigingshandeling (die *in casu* bestond uit het zelf trekken van een pistool en het schieten op A) niet noodzakelijk was.⁸⁶ Ter zake van de aanval die nog voortduurt, kan gewezen worden op het voorbeeld van de diefstal. Zo is men tegenover een met de buit wegvlochtende dief meestal van mening dat ondanks de voltooiing van de diefstal door de wegneming, de aanval kan voortduren tot de buit in veiligheid is. Tot op dat moment is de aanval op de eigendom m.a.w. niet afgesloten: “*der Diebstahl (war) bereits mit dem Einstecken der Uhr vollendet (...). O hatte jedoch während der Flucht noch keinen gesicherten Gewahrsam an der Uhr erlangt, so dass der Diebstahl zwar vollendet, aber noch nicht beendet war. Da sich durch die Flucht mit der Beute die Chance des Eigentümers, die Sache wieder zu erhalten, weiter verringerte, intensiverte sich auch die durch den Dieb begangene Eigentumsverletzung noch so lange, bis der Dieb gesicherten Gewahrsam erlangt hatte. Für diesen Zeitraum blieb auch der Angriff auf das Eigentum des T weiterhin gegenwärtig. Daher ist unstrittig, dass nach vollendetem Diebstahl gegen den auf frischer Tat betroffenen, mit der Beute flüchtenden Dieb bis zur Beendigung des Diebstahls Notwehr bzw. Nothilfe geübt werden darf*” (het betrof *in casu* een gericht schot in de benen van de voortvluchtige dief door de eigenaar van het gestolen uurwerk).⁸⁷

Volgens de meerderheidsstelling zijn “*die weitgehenden Eingriffsbefugnisse der Notwehr (...) nur in der akuten Situation eines gegenwärtigen Angriffs legitimierbar*” en moet “*die präventive Gefahrenabwehr (...)*

⁸⁵ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 76.

⁸⁶ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 76. Zie over de meerderheids- en minderheidsvisie op het stuk van de vraag wanneer er sprake is van tegenwoordigheid van de aanval o.m. H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 76-77.

⁸⁷ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 79.

Sache der staatlichen Organe bleiben".⁸⁸ De problematiek van de "antizipierten Notwehr" (bv. in de vorm van geautomatiseerde schietinstallaties is dan ook omstrede. "Das Problem liegt darin, dass im Zeitpunkt des Verteidigungsverhaltens (d.h. hier des Installierens der Anlage (...)) nach keiner Auffassung bereits ein gegenwärtiger Angriff (...) vorlag. (...) Im Zeitpunkt aber, als der verletzende Schuss durch die Anlage abgegeben wurde, lag unzweifelhaft ein Angriff des O [in casu een dief] auf die Rechtsgüter des T (Hausrecht, Eigentum usw.) vor. Mit dem Hinweis auf die Installation als bloße Vorbereitung der Verteidigung gegen einen später vorliegenden, dann gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff wird überwiegend das Gegenwärtigkeitserfordernis bei Selbstschussanlagen als erfüllt angesehen. Dies gilt jedoch nur, sofern die Anlage erst in Funktion tritt, nachdem der Eindringling mit dem Angriff begonnen hat, also z.B. in das Gebäude einzudringen versucht".⁸⁹ Vooral m.b.t. de geanticipeerde noodweer is de hieronder nog te bespreken voorwaarde van de noodzakelijkheid van groot belang.⁹⁰

83. De aanval waartegen wordt verweerd, moet ook een wederrechtelijke aanval zijn.

De aanval kan als wederrechtelijk worden gezien als hij "den Bewertungsnormen der Rechtsordnung objektiv zuwiderläuft und nicht durch einen Erlaubnissatz gedeckt ist".⁹¹ Van een dergelijke "Erlaubnissatz", waardoor de wederrechtelijkheid komt te vervallen, is sprake "sobald irgendeine Norm, sei es aus dem Strafrecht, Öffentlichem Recht oder Zivilrecht, das konkrete Verhalten erlaubt".⁹²

Noodweer tegen noodweer is bijgevolg niet toegelaten.⁹³ Daarentegen is noodweer wel mogelijk tegen *Notwehrexzess* en *Putativnotwehr*.⁹⁴ Volgens de meerderheidsvisie is voor wederrechtelijkheid van de aanval "schuldhaftes Verhalten" immers niet vereist. "Hierfür spricht der Wortlaut des § 32 II

⁸⁸ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 77.

⁸⁹ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 78. Zie m.b.t. deze "präventive Notwehr" ook meer in detail T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 297: "Freilich kann Notwehr (ebenso wie der Angriff) vorbereitet sein; wer präventiv eine Waffe bereitet, ist selbstverständlich nicht gehindert, sie ggf. zur Verteidigung zu benutzen. Problematisch sind dabei namentlich die Fälle der präventiven Vorbereitung selbständig, dh ohne neuen Willensentschluss wirkender Vorkehrungen". Hij vervolgt dat "eine Rechtfertigung nach § 32 möglich ist, wenn die Schutzmaßnahme erst bei Vorliegen eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs tatsächlich wirksam wird und die weiteren Kriterien des § 32 im Einzelfall erfüllt sind. Da sich Erforderlichkeit und Gebotenheit einer abwehrenden Rechtsgutsverletzung aber – mangels Kenntnis der konkreten Umstände des Angriffs – kaum je einmal mit vollständiger Sicherheit voraussehen lassen, lässt sich das Risiko nich quasi blindlings (etwa durch Warnhinweise an die Öffentlichkeit und damit potentielle Angreifer) verschieben".

⁹⁰ "Bei der selbständigen Gegenwehr durch entsprechende Anlagen ist stets die Erforderlichkeit der Verteidigung gewissenhaft zu prüfen. Hierfür ist wesentlich, wie die Anlage wirkt und ob dies dem Angreifer erkennbar ist. Tödlich wirkende Selbstschussanlagen ohne eindeutige Warnhinweise sind schlechterdings unzulässig", aldus H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 78-79.

⁹¹ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 80.

⁹² H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 83.

⁹³ Zie meer in detail de casussen en de uiteenzetting in H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 81-82.

⁹⁴ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 298.

(“rechtswidrig”) vor dem Hintergrund des ansonsten klar zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld unterscheidenden Gesetzgebers. Daher können auch Kinder, Geisteskranke oder Volltrunkene “rechtswidrig” angreifen”.⁹⁵

84. De verdediging moet *erforderlich* zijn. Als noodweer wordt immers gedefinieerd de verdediging, die *noodzakelijk* is, om een tegenwoordige wederrechtelijke aanval van zich of iemand anders af te wenden.

Aangenomen wordt dat de private *Notwehr* subsidiair is aan de “*staatlichen Gefahrenabwehr*”.⁹⁶ Het ontbreekt een verdedigingsgedraging dan ook aan noodzakelijkheid als de hulp vanwege de staat aanwezig, paraat, bereid is om in te grijpen en even doeltreffend is als de noodweergedraging.

De noodzakelijkheid van de verdediging vooronderstelt daarnaast geschiktheid (“*Geeignetheit*”) van de verdedigingsgedraging voor de spoedige en definitieve afwering (of op zijn minst afzwakking) van de aanval.⁹⁷ “Nicht geeignet sind (...) nur solche Handlungen, die zur Verbesserung der Lage des angegriffenen Rechtsguts objektiv und aus Sicht des Angegriffenen überhaupt nichts beitragen können”.⁹⁸ Prof. dr. Hans KUDLICH stelt het nog nadrukkelijker: “Der Grad der Eignung ist zu Gunsten des Verteidigers niedrig anzusetzen, so dass nur von vornherein aussichtslose Verteidigungshandlungen ungeeignet sind”.⁹⁹

Noodzakelijkheid *sensu stricto* vereist dat de aard en de graad van de verdedigingsgedraging stroken met het door de aanval dreigende gevaar. Daarbij dient in acht te worden genomen dat “die vom Täter gewählte Verteidigung (...) das relativ mildeste Mittel der Abwehr sein (muss)”.¹⁰⁰ Misschien nog duidelijker geformuleerd komt het erop neer dat “das mildeste (= schonendste) Mittel zur sicheren Abwehr des Angriffs” moet worden ingezet.¹⁰¹ Dit betekent dat “Unter mehreren, zur sofortigen und endgültigen Abwehr gleichermaßen tauglichen Mitteln (...) der Verteidiger das für die Rechtsgüter des Angreifers am wenigsten schädliche oder gefährliche zu wählen (hat)”.¹⁰² Dat principe impliceert evenwel niet dat van

⁹⁵ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 82. Zie nochtans m.b.t. de ter discussie staande mogelijkheid om zonder meer noodweer in te roepen tegen kinderen en andere schuldloos handelende aanvallers H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 90-91: “Eine Notwehr ist hier zwar nicht generell ausgeschlossen, doch ist das Notwehrrecht mit Blick auf die bei schuldlos Handelnden geringere Bedeutung des Rechtsbewährungsprinzips nicht so “schneidig” ausgestaltet wie sonst. Vielmehr ist im besonderen Maße ein abgestuftes Vorgehen erforderlich, bei dem auch (insbesondere geringfügige) Gütereinbußen zumutbar sind”. Cf. ook *infra*, randnummer 85.

⁹⁶ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 302.

⁹⁷ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 299.

⁹⁸ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 300.

⁹⁹ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 84 en het voorbeeld aldaar vermeld.

¹⁰⁰ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 300.

¹⁰¹ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 84-85.

¹⁰² H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 84-85.

een aangevallene die zich in een situatie bevindt waarin ook weglopen de aanval had afgewend zonder meer wordt gevergdd dat hij zich niet verdedigt.¹⁰³ De rechtspraak neigt er m.a.w. toe om een vluchtplicht enkel in bijzondere gevallen op te leggen; als de vlucht smadelijk zou zijn of als de vlucht derdebelen in het gedrang zou brengen, kan vluchten niet worden verplicht. De noodzakelijkheid *sensu stricto* wordt – anders dan het geval is voor de noodweersituatie zelf¹⁰⁴ – getoetst op basis van een objectieve *ex-ante*-beoordeling door een zgn. “*verständigen Beobachters auf der Grundlage des zur Zeit der Handlung tatsächlich gegebenen Geschebens*”.¹⁰⁵ Het feit dat het om een *in concreto*-beoordeling moet gaan, houdt in dat rekening moet worden gehouden met de “*Art und Gefährlichkeit des Angriffs, die vom Angreifer eingesetzten Mittel (...), seine körperlichen Fähigkeiten (...) und Gemütsverfassung, auf der Seite des Angegriffenen die Gesamtheit zur Verfügung stehender Verteidigungsmöglichkeiten*”.¹⁰⁶ Zo mag men de aanvaller bv. niet doelgericht doodschieten als waarschuwingsschoten, een schot ter hoogte van de benen of nog opsluiting de aanval in de concrete situatie kunnen doen ophouden. Bestaat er echter onzekerheid over de effectiviteit van een bepaalde verdedigingsgedraging, dan moet de aangevallene zich niet neerleggen bij het risico zich door deze ontoereikende maatregel verder aan gevaar bloot te stellen. “*Der BGH (NSiZ 1991, 32) führte hierzu aus: “In einer derartigen Situation, in der [O] den [T] in kürzester Zeit erreicht hätte, erscheint es äußerst fragwürdig, ob ein einziger gegen ein Bein oder gar einen Fuß des Angreifers gerichteter Schuss den Angriff zweifelsfrei und sofort endgültig beseitigt hätte”. Auch war die Möglichkeit, dass T “bei dem nach unten auf eine kleinere Fläche angesetzten Schuss sein Ziel verfehlt hätte” (Fehlschlagrisiko), nicht auszuschließen. Da somit ein (unsicherer) Schuss in die Beine des O nicht zum Kreis der möglichen Verteidigungsmittel gehörte und T auch sonst keine Verteidigungsmöglichkeiten besaß, durfte er seinen letzten Schuss auf den Körper des O abgeben*”.¹⁰⁷ Hoewel voor het minst ingrijpende middel dat ter beschikking staat op het ogenblik van de aanval dient te worden geopteerd, is een gelijkheid van wapens niet vereist. In deze zin kunnen de fysieke mogelijkheden van de aangerande in rekening worden gebracht. Ter illustratie kan bv. worden vermeld dat als een bestolen eigenaar de dieven niet kan inhalen of de buit niet kan recupereren door bv. honden achter de dieven aan te sturen, hij – op voorwaarde dat ook aan de andere condities voor de noodweer is voldaan – eventueel zijn vuurwapen kan gebruiken. Evenmin vereist de conditie van de noodzakelijkheid dat wordt

¹⁰³ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 84-85.

¹⁰⁴ *Cf. infra*, randnummer 93.

¹⁰⁵ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 85-86.

¹⁰⁶ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 300.

¹⁰⁷ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 85-86.

overgegaan tot een belangenafweging van de rechtsgoederen.¹⁰⁸ Er moet dus geen redelijke verhouding bestaan tussen het aangevallen en het door de verdediging bedreigde rechtsgoed. “Verhältnismäßigkeit *braucht nur zwischen Angriff und Abwehr gegeben zu sein*”, luidt het.¹⁰⁹ Om die reden mogen aanvallen op de lichamelijke integriteit of enkel en alleen op het vermogen in extreme gevallen ook met levensgevaarlijke middelen (zoals schieten op een met de buit vluchtende dief) worden afgeweerd. Maar: “*Ergibt sich aber ein krasses Missverhältnis zwischen angegriffenem und verletztem Rechtsgut, ist an eine “sozialethische” Einschränkung der Notwehr zu denken*”.¹¹⁰ Daarover meer bij de bespreking van het “*geboden*”-vereiste.¹¹¹

Ter zake van de noodzakelijkheidstoets moet ook worden gewezen op de problematiek van de aan de verdedigingsgedraging gelinkte ongewilde gevolgen. *De lege lata* geldt als principe: “*Ist die konkrete Verteidigungshandlung erforderlich, sind es auch ungewollte Auswirkungen der Abwehrhandlung, die aus der typischen Gefährlichkeit des Abwehrmittels resultieren*”.¹¹² Een toepassingsgeval is bijvoorbeeld te vinden bij het gebruik van een pistool om aanvallers van zich af te slaan, handeling waarbij de aangevallene per ongeluk een voor een aanvaller dodelijk schot lost. Deze casus zou compleet anders worden beoordeeld mocht de aangevallene bewust of onbewust niet de veiligheidsmaat-regelen hebben genomen die van hem in de concrete situatie konden worden gevergd en die een accidenteel schot hadden verhinderd, zoals bv. de voorafgaande controle van de veiligheidspal.¹¹³

85. De gestelde daad van verdediging moet ook door noodweer “*geboden*” (geboden) zijn.

Het vereiste van gebodenheid veroorlooft, of correcter: vergt, van geval tot geval sociaalethisch gegronde inperkingen van noodzakelijke en dus in de regel gerechtvaardigde afweergedragingen.¹¹⁴ De verdediging is m.n. niet geboden als van de aangevallene rechtens een ander gedrag, m.a.w. de aanvaarding van de rechtsgoedkrenking dan wel een ingeperkte en – voor de aangevallene – meer risicovolle verdediging kan worden geëist. Dat is i.h.b. het geval als de

¹⁰⁸ Zie ook H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 69-70: “(es) kommt (...) zu einem Vorrang der Interessen des Verteidigers, dessen Verhalten grundsätzlich ohne Güterabwägung im konkreten Fall gerechtfertigt ist”.

¹⁰⁹ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 301.

¹¹⁰ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 88.

¹¹¹ *Cf. infra*, randnummer 85.

¹¹² H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 87-88.

¹¹³ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 87-88.

¹¹⁴ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 302.

verdediging zich *in concreto* – hoewel noodzakelijk – als rechtsmisbruik zou voordoen. Een aantal voorbeelden.¹¹⁵

Hoewel een beroep op de noodweer in dergelijke gevallen niet is uitgesloten, wordt aangenomen dat het tegenover kinderlijke of ontoerekeningsvatbare aanvallers geboden kan zijn af te zien van afweer of zich minstens te verdedigen op een manier die geen ernstig gevaar voor de aanvaller met zich brengt.¹¹⁶

Volgens oudere rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* kan het van geval tot geval ook bij aanvallen door bv. familieleden geboden zijn zich zonder ernstig gevaar voor de aanvaller te verdedigen. Deze rechtspraak lijkt op heden echter enigszins te moeten worden genuanceerd.¹¹⁷

Een ander voorbeeld is de – reeds vermelde – “*krasses Missverhältnis*” tussen het aangevallen rechtsgoed en de door de verdedigingsgedraging dreigende rechtsgoedschending. Gewezen kan worden op casussen waarin voor de afweer van duidelijk futiele aanvallen, afweergedragingen noodzakelijk zijn die kunnen leiden tot bijzonder ernstige krenkingen van rechtsgoederen van de aanvaller, m.n. lijf en leven.¹¹⁸ Prof. dr. Hans KUDLICH stelt ter zake: “*Allerdings handelt es sich bei der tödlich wirkenden Verteidigung von ganz geringwertigem Sacheigentum um ein krasses Gütermisshverhältnis, bei dem nach überzeugender Ansicht das Notwehrrecht ausgeschlossen sein soll. Zwar kennt die Notwehr – anders als der rechtfertigende Notstand nach § 34 – kein generelles Erfordernis einer Güterabwägung, da “das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht” (...). Bei Missverhältnissen der vorliegenden Art verlieren aber sowohl das Individualschutzprinzip als auch das Rechtsbewährungsprinzip an Gewicht, so dass kein völlig schrankenloses Notwehrrecht garantiert wird. Im Wortlaut des § 32 (vgl. Art. 103 II GG!) ist diese Einschränkung – wie auch andere sozialetische Einschränkungen des Notwehrrechts –*

¹¹⁵ Cf. ook *infra* m.b.t. de “*Absichtsprovokation*”, randnummer 86.

¹¹⁶ Zie m.b.t. de ter discussie staande mogelijkheid om zonder meer noodweer in te roepen tegen kinderen en andere schuldloos handelende aanvallers ook H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 90-91: “*Eine Notwehr ist hier zwar nicht generell ausgeschlossen, doch ist das Notwehrrecht mit Blick auf die bei schuldlos Handelnden geringere Bedeutung des Rechtsbewährungsprinzips nicht so “schneidig” ausgestaltet wie sonst. Vielmehr ist im besonderen Maße ein abgestuftes Vorgehen erforderlich, bei dem auch (insbesondere geringfügige) Gütereinbußen zumutbar sind*”. Cf. ook *supra*, randnummer 83.

¹¹⁷ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 91-92: “*Allerdings ist nach zwar bestrittener, im Ergebnis aber wohl herrschender Ansicht auch im engeren Familienkreis von einer sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts auszugehen. Diese führt selbstverständlich nicht dazu, dass man sich von Familienangehörigen wehrlos intensiv misshandeln lassen müsste. Angesichts der dem Angreifer gegenüber zugleich bestehenden Garantienpflichten wird man aber eine über das allgemeine Erforderlichkeitskriterium hinausgehende Pflicht zur Rücksichtnahme annehmen müssen. Dieses führt dazu, dass insbesondere bei nicht allzu schwerwiegenden Angriffen eine mögliche Verteidigungshandlung unterbleiben muss, auch wenn mildere Abwehrmaßnahmen nicht genauso erfolversprechend sind. M.a.W.: Vor der Tötung eines angreifenden Familienangehörigen ist auch die Gefahr von geringfügigen Verletzungen hinzunehmen*”. Zie meer in detail ook T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck’sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 303.

¹¹⁸ Zie voor een aantal voorbeelden T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck’sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 304.

*am besten am Merkmal der "Gebotenheit" festzumachen. Dass dieses (ungeachtet etwaiger Bestimmtheitsbedenken) Anknüpfungspunkt einer Notwehreinschränkung sein kann, ergibt sich schon daraus, dass es anderenfalls neben dem Merkmal der Erforderlichkeit leer laufen würde".*¹¹⁹ Dit wordt duidelijker a.d.h.v. een voorbeeld. Stel dat een oude kreupele landbouwer van op zijn schommelstoel hulpeloos toekijkt hoe twee jonge knapen van de afwezigheid van een andere landbouwer gebruikmaken om in diens kersenboom te klimmen en zich aan de kersen te goed te doen. Wat als de oude landbouwer geen andere mogelijkheden ziet en zijn geweer, dat stevast naast zijn stoel staat, grijpt om de knapen uit de boom te schieten, waarbij één van hen onbedoeld dodelijk wordt verwond? Men neemt dan aan dat de oude landbouwer een *Totschlag* (§ 212 StGB) heeft gepleegd, hoewel het *in casu* gaat om een tegenwoordige, wederrechtelijke aanval door de knapen, waarbij ter zake van de verdediging het optreden van de oude landbouwer, gelet op de toedracht van de zaak, ook noodzakelijk was, aangezien een "*milderes Mittel nicht im Raume stand*". Een beroep op de noodweer zal echter falen bij gebrek aan gebodenheid.

86. Wat is het gevolg van het feit dat een vorm van eigen schuld van de aangerande (de zgn. *culpa in causa*) bijgedragen heeft tot het ontstaan van de situatie van noodweer? Verscheidene gevallen kunnen zich voordoen.¹²⁰

Veroorzaakt de aangevallene de toestand om onder de dekmantel van noodweer de "aanvaller" (die eigenlijk tot de aanval wordt gedreven) te verwonden, dan geldt als regel dat de aangevallene deze "aanval" dient te ontwijken. Slaagt hij daarin niet, dan is hij verantwoordelijk voor zijn provocerende gedraging. Men spreekt in dit verband over de zgn. "*Absichtsprovokation*", d.w.z. dat er een gesimuleerde verdedigingswil en een reële aanvalswil is. KUDLICH is ter zake duidelijk: "*In Fällen dieser sog. Absichtsprovokation ist nach ganz überwiegender Ansicht das Notwehrrecht grundsätzlich vollständig ausgeschlossen. Die Begründungen hierfür geben jedoch auseinander: Während teilweise das Fehlen eines Verteidigungswillens oder aber bereits das Fehlen eines Angriffs des Provozierten im Rechtsinne behauptet wird, sieht die überwiegende Ansicht in der Absichtsprovokation ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, das zum Ausschluss der Gebotenheit der Notwehr führt*".¹²¹

¹¹⁹ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 89-90.

¹²⁰ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 304-306.

¹²¹ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 92-93.

Provocerende gedragingen die niet als een dergelijke “*Absichtsprovokation*” kunnen worden gezien, sluiten de noodweer niet zonder meer uit.¹²²

Zo grondt het feit dat de latere aangevallene zich bewust of voorzienbaar in een situatie begeeft waarin een wederrechtelijke aanval mogelijk of waarschijnlijk is, of dat hij zich in afwachting van een noodweersituatie – onder omstandigheden zelfs met de bedoeling zich in voorkomend geval buitensporig te verdedigen (*Abwehrprovokation*) – bewapent, volgens de heersende rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* op zich nog geen verwijt. Evenwel kunnen bijzondere omstandigheden toch de uitsluiting van de noodweer tot gevolg hebben.

Het *Bundesgerichtshof* stelt de zogenaamde “*Vorsatzprovokation*”, waarbij de dader beseft dat zijn gedraging een aanval zal teweegbrengen en dit op de koop toe neemt, in ruime mate gelijk met de “*Absichtsprovokation*”. Maar: “*Eine “stufenweise” Einschränkung wird isb. in Fällen unvorsätzlicher, aber rechtswidriger und schuldhafter Verursachung der Notwehrlage angenommen*”.¹²³

Bij schuldloze veroorzaking van de noodweertoestand evenals bij sociaalethisch niet af te keuren voorafgaande gedragingen, is de noodweer niet beknot.

87. Ter zake van de noodweer, vereist de rechtspraak ten slotte nog de aanwezigheid van een “*Verteidigungswille*”, d.i. een subjectief element.¹²⁴

D.w.z. dat de aangevallene de wil moet hebben om met de afweer de aanval af te wenden of stop te zetten. Of met andere woorden: wie aanvalt zonder te weten dat hij zich in staat van noodweer bevindt, kan zich niet op deze rechtvaardigingsgrond beroepen.¹²⁵

Handelt de aangevallene, naast de wil om de aanval af te wenden, ook nog uit haat, woede, ergernis, wraak, etc. (wil hij de aanvaller bv. een lesje leren), dan wordt diens gedrag door de rechtspraak als verweer erkend, voor zover deze motieven de verdedigingswil niet volledig

¹²² Zie H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 94-95.

¹²³ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 305.

¹²⁴ Zie meer in detail T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 299.

¹²⁵ Zie bv. D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 19 en de verwijzingen aldaar: “*En Allemagne, il est (...) requis que l'agressé qui se défend contre un acte illicite ait eu la volonté de se défendre. Il doit avoir eu pour intention principale de contrer l'atteinte au droit menacé. S'il ignorait se trouver en état de légitime défense au moment où il pose son geste, il ne pourra invoquer la cause de justification*”.

overlappen. M.a.w.: “*Derartige Begleitmotive sind (...) unschädlich, solange sie den Verteidigungszweck nicht völlig in den Hintergrund drängen*”.¹²⁶

88. Het gezichtspunt van waaruit de voorwaarden voor de noodweer moeten worden beoordeeld, kwam hierboven reeds aan bod. Ook in de hiernavolgende afdelingen wordt daarop op beknopte manier teruggekomen.

Afdeling 3. Noodweerexcès (*Überschreitung der Notwehr*)

89. Het gaat ter zake om een algemene schulditsluitingsgrond.¹²⁷

90. §33 StGB luidt als volgt: “*Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft*”. Op grond van deze bewoordingen kunnen de voorwaarden voor het noodweerexcès als schulditsluitingsgrond worden geformuleerd.¹²⁸

91. Er is noodweerexcès als de aangevallene bij van toepassing zijnde noodweertoestand (d.w.z. dat een noodweertoestand op het ogenblik van de feiten objectief gezien aanwezig moet zijn)¹²⁹, de grenzen van de noodzakelijke en geboden noodweer overschrijdt.

Als de genoemde overschrijding het gevolg is van de gemoedsbewegingen verwarring, vrees of schrik, voorziet §33 StGB in een schulditsluitingsgrond.¹³⁰ De gemoedsbewegingen zijn limitatief opgesomd. Derhalve komen woede, kwaadheid, haat, verontwaardiging, etc. niet in aanmerking. Evenwel sluit hun aanwezigheid de toepassing van §33 StGB niet uit, op voorwaarde echter dat minstens één van de daar vermelde gemoedsbewegingen medeoorzakelijk is.

92. Zie omtrent de *culpa in causa*, de verdedigingswil alsook het gezichtspunt van beoordeling de opmerkingen onder afdeling 2 m.b.t. de noodweer.

¹²⁶ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 89.

¹²⁷ Zie T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 278. Zie eveneens D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 26, voetnoot 92.

¹²⁸ Zie algemeen ook G. FREUND, *Strafrecht allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlijn, Springer-Verlag, 2009, 144 *et seq.*

¹²⁹ Dus als de aangevallen persoon, de beëindiging van het aanvalsgevaar niet beseffend en verder onder invloed van de gemoedsbewegingen uit §33 StGB handelend, de buitensporige handelingen niettemin voortzet, ligt een putatieve noodweerexcès voor, *cf.* ook *infra*, randnummer 93.

¹³⁰ Zie over deze gemoedsbewegingen meer in detail T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 307-308.

Afdeling 4. Putatief noodweer(exces)

93. Putatieve noodweer ligt voor als de aangevallene verkeerdelijk aanneemt dat de voorwaarden van de noodweer zijn vervuld, en dus ofwel gelooft dat er sprake is van een tegenwoordige aanval of een wederrechtelijke aanval, ofwel dat zijn verdediging noodzakelijk of geboden is, zonder dat aan de condities van §33 StGB is voldaan.¹³¹ Dit hangt nauw samen met het gezichtspunt van waaruit de aanwezigheid van de “aanval” als voorwaarde voor de noodweer(exces) moet worden beoordeeld: “zur Frage, nach welchem Maßstab das Vorliegen eines Angriffs i.S.d. § 32 beurteilt werden muss, (wird) ganz überwiegend eine ex-post-Betrachtung für richtig gehalten; dies hat zur Folge, dass nur ein objektiv tatsächlich vorliegender Angriff die Befugnisse aus dem Notwehrrecht auslöst. Für diese Betrachtung spricht insbesondere, dass sich mit Blick auf die dualistische Begründung des Notwehrrechts die weitreichenden Befugnisse des Notwehrübenden und die korrespondierende Belastung des Angreifers nur rechtfertigen lassen, wenn der Angreifer tatsächlich und nicht nur dem Anschein nach im Begriff ist, rechtlich geschützte Interessen zu verletzen”.¹³²

94. Het gevolg van de verkeerde beoordeling door de aangevallene kan worden verduidelijkt aan de hand van volgend voorbeeld: “Im vorliegenden Fall lag aus der ex-ante-Sicht des T, nicht aber bei ex-post-Betrachtung ein Angriff auf L vor, da L mit der Fesselung durch G und H in Wahrheit einverstanden war. Bei einem solchen Scheinangriff versagt die überwiegende Meinung das Notwehrrecht. Da sich T aber irrigerweise die Voraussetzungen einer Nothilfesituation vorstellte, kann dies nach Irrtumsregeln zu seiner Strafflosigkeit führen (sog. Putativnotwehr)”.¹³³ Ter zake zijn dus de regels van de dwaling toepasbaar.

Daarbij kan evenwel een nuance worden gemaakt. Stel bv. dat een persoon met een bedrieglijk echt uitzierend speelgoedpistool wordt bedreigd en dat deze, uit vrees voor zijn leven, van zijn kant een pistool trekt en de “bedreiger” in het bovenlichaam schiet om hem onklaar te maken. Dit zou geen geval zijn van putatieve noodweer. Hoewel het “slachtoffer” niet daadwerkelijk in gevaar verkeerde, gaat het hier – anders dan bij een loutere schertsaanval (waar het dan wel om putatieve noodweer zou kunnen gaan) – ook *ex-post* om een aanval, ten minste op de wilsvrijheid van het “slachtoffer” gezien het om een bedreiging gaat. Een dergelijke situatie moet derhalve worden getoetst aan de voorwaarden van de *Notwehr*, en i.h.b. de *Erforderlichkeit* (noodzakelijkheid).

¹³¹ Zie de voorbeelden in T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze in Beck'sche Kurz-Kommentare*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, 306.

¹³² H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 72.

¹³³ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 72.

Afdeling 5. Tussenbesluit

95. De noodweer wordt beheerst door §32 StGB, het noodweerecnes door §33 StGB.

De noodweer is een rechtvaardigingsgrond. De voorwaarden, die overigens op geobjectiveerde manier worden beoordeeld (meer bepaald *ex-ante* voor de noodzakelijkheid *sensu stricto* en *ex-post* voor de noodweersituatie zelf), zijn duidelijk. Het feit dat wordt begaan, moet door noodweer geboden (d.w.z. sociaalethisch aanvaardbaar) zijn. Noodweer is de verdediging die noodzakelijk is (d.w.z. én subsidiair aan het optreden van de overheid, én geschikt in het licht van de aanval én het minst ingrijpend) om een tegenwoordige (i.e. onmiddellijk te gebeuren, net plaatsvindende of nog voortdurende) wederrechtelijke (i.e. in strijd met het recht) aanval “*von sich oder einem anderen*” (d.w.z. van nagenoeg alle individuele rechtsgoederen, doch niet van het algemeen belang) af te wenden. Noodweer vereist tevens een verdedigingswil. Ter zake van de *culpa in causa* kunnen zich verscheidene gevallen voordoen.

Noodweerecnes is een schulditsluitingsgrond. Om noodweerecnes te kunnen inroepen, is vereist dat de overschrijding van de grenzen van de noodzakelijke en geboden noodweer (wat impliceert dat een noodweersituatie wel degelijk moet bestaan) het gevolg is van verwarring, vrees of schrik.

96. Voor het putatief noodweer en putatief noodweerecnes, d.i. het geval waarbij een persoon abusievelijk in de veronderstelling verkeert dat de voorwaarden van de noodweer zijn vervuld zonder dat aan de condities van het noodweerecnes is voldaan, bestaat geen expliciete wettelijke regeling. Daarop zijn de regels van de dwaling toepasbaar.

97. Afsluitend kan nog worden gewezen op de impact van het adagium *in dubio pro reo*: “*Bestehen zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung Unsicherheiten über den Sachverhalt (lässt sich z.B. nicht mehr aufklären, ob überhaupt eine Notwehrlage bestand, vgl. BGH NSTZ 2005, 85), so ist der Grundsatz “in dubio pro reo” anzuwenden und der Angeklagte wegen der Möglichkeit einer Rechtfertigung durch Notwehr freizusprechen*”.¹³⁴

¹³⁴ H. KUDLICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil in Prüfe dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 86.

Hoofdstuk 3. Frankrijk

Afdeling 1. Inleiding

98. In Frankrijk wordt de noodweer beheerst door de artikelen 122-5 en 122-6 van de *Code pénal*. Aan het noodweerexces is geen specifieke wettelijke bepaling gewijd.

99. Artikel 122-5 *Code pénal* (oud art. 328) luidt als volgt:

“N’est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d’elle-même ou d’autrui, sauf s’il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l’atteinte.”

N’est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l’exécution d’un crime ou d’un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu’un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l’infraction.”

100. Artikel 122-6 *Code pénal* (oud art. 329) bevat twee wettelijke vermoedens van noodweer en luidt als volgt:

“Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l’acte:

1° Pour repousser, de nuit, l’entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité;

2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.”

Afdeling 2. Noodweer (*légitime défense*)

101. De noodweer uit de artikelen 122-5 en 122-6 *Code pénal* is een rechtvaardigingsgrond.¹³⁵ De noodweer ontnemt aan een gedraging die een delictsinhoud vervult haar wederrechtelijkheid, zodat geen strafbaar feit voorligt. Aangenomen wordt dat de noodweer elke fout uitsluit en geen aanleiding kan geven tot een vordering tot schadevergoeding ten gunste van wie de noodweer door zijn aanval noodzakelijk heeft gemaakt of ten gunste van diens rechthebbenden.¹³⁶

¹³⁵ Y. MAYAUD m.m.v. C. GAYET, *Code pénal édition 2010* in *Codes Dalloz: droit privé*, Parijs, Éditions Dalloz, 2009, 239.

¹³⁶ Y. MAYAUD m.m.v. C. GAYET, *Code pénal édition 2010* in *Codes Dalloz: droit privé*, Parijs, Éditions Dalloz, 2009, 239. Zie eveneens D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 13.

102. Het gaat m.n. om een algemene rechtvaardigingsgrond. Dit betekent dat de noodweer geldt voor alle strafbare feiten.¹³⁷ De noodweer is immers opgenomen in het eerste boek van de *nouveau Code pénal* van 1994, getiteld *Dispositions générales*. Evenwel is volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie de noodweer onverenigbaar met onopzettelijke misdrijven.¹³⁸

103. Uit de formulering van de artikelen 122-5 en 122-6 *Code pénal* kunnen de voorwaarden voor de noodweer als rechtvaardigingsgrond worden gedistilleerd.¹³⁹

104. Beginnen we met artikel 122-5 *Code pénal*: “*N’est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d’elle-même ou d’autrui, sauf s’il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l’atteinte. N’est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l’exécution d’un crime ou d’un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu’un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l’infraction*”.

105. De rechtsgoederen die door noodweer mogen worden beschermd, zijn op grond van artikel 122-5, eerste lid *Code pénal* “*elle-même ou autrui*” en op grond van artikel 122-5, tweede lid *Code pénal* “*un bien*”.

Met de herziening van de *Code pénal* werd de bescherming van goederen expliciet in de wettekst zelf opgenomen.¹⁴⁰ In de redactie van de tekst wordt evenwel een onderscheid gemaakt tussen de *légitime défense* van personen enerzijds en de *légitime défense* van goederen anderzijds. Op die manier

¹³⁷ Y. MAYAUD m.m.v. C. GAYET, *Code pénal édition 2010* in *Codes Dalloz: droit privé*, Parijs, Éditions Dalloz, 2009, 238-239.

¹³⁸ Y. MAYAUD m.m.v. C. GAYET, *Code pénal édition 2010* in *Codes Dalloz: droit privé*, Parijs, Éditions Dalloz, 2009, 239. Zie eveneens D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 18 en de verwijzingen aldaar: “*Peut-on admettre la légitime défense pour justifier des infractions non intentionnelles? En France, la question a suscité de vifs débats. La Cour de cassation s’est prononcée de manière très claire dans un sens négatif en décidant que «la légitime défense est inconciliable avec le caractère involontaire de l’infraction». Cette jurisprudence est toujours d’actualité, bien que fort critiquée*”. Zie meer in detail ook D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 18-19.

¹³⁹ Zie omtrent deze voorwaarden o.m. Y. MAYAUD m.m.v. C. GAYET, *Code pénal édition 2010* in *Codes Dalloz: droit privé*, Parijs, Éditions Dalloz, 2009, 240 *et seq.* en de vele verwijzingen aldaar.

¹⁴⁰ De oorspronkelijke tekst van artikel 328 *ancien Code pénal* (die identiek was met artikel 416 van het Belgische Sw.), hield strikt genomen enkel de *légitime défense* ter bescherming van personen in maar werd in de praktijk ruim opgevat, zie i.h.b. D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 17, voetnoot 51. De Franse rechtspraak bevestigde met name het aanvaarden van noodweer ter bescherming van goederen op voorwaarde dat de gehanteerde middelen het leven van de agressor niet in gevaar brachten en het minimum dat noodzakelijk was voor het nagestreefde doel niet overschreden. Cf. ook: “*Il n’y a légitime défense aux termes de l’art. 328 C. pén. que lorsque les coups portés et les blessures faites sont commandés par la nécessité de la légitime défense de soi-même ou d’autrui, ces coups devant être une défense à une attaque et en proportion avec elle*”, zie Cass. crim. 7 juni 1968, *Bull. crim.* n° 186.

ligt de lat voor de noodweer i.g.v. goederen hoger dan voor de noodweer i.g.v. personen.¹⁴¹ Dat was ook de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.

Ter zake van de beschermde rechtsgoederen kan bv. ook worden gewezen op een uitspraak van het “*tribunal de police*” van Valence: “*Le danger moral couru par un garçon agé de 16 ans peut constituer une excuse suffisante de la gifle donnée par sa mère à la jeune fille de 18 ans qui par ses assiduités, risquait de compromettre l’avenir et les études de son fils*”.¹⁴²

106. De manier waarop de voorwaarde van ogenblikkelijkheid van de aanval wordt geformuleerd, verschilt naargelang het gaat om een aanval van “*elle-même ou autrui*” in de zin van artikel 122-5, eerste lid *Code pénal* dan wel van “*un bien*” in de zin van artikel 122-5, tweede lid *Code pénal*.

Betreft het een aanval jegens “*elle-même ou autrui*”, dan wordt de conditie van ogenblikkelijkheid van de aanval geïnterpreteerd als de voorwaarde dat de verdedigingsgedraging “*dans le même temps*” moet worden begaan. Merk ook op dat in artikel 122-5, eerste lid *Code pénal* sprake is van het ruime begrip “*une atteinte*”.

Betreft het een aanval jegens “*un bien*”, dan vereist artikel 122-5, tweede lid *Code pénal* in de eerste plaats al dat het om “*un crime*” of “*un délit*” gaat (en niet louter om “*une atteinte*”), en daarenboven wordt de conditie van ogenblikkelijkheid van de aanval geïnterpreteerd als de voorwaarde dat de verdedigingsgedraging moet worden begaan “*pour interrompre l’exécution*” van die “*crime*” of van dat “*délit*”. Zo heeft het hof van beroep van Toulouse bv. beslist dat gezien de *légitime défense* i.g.v. een aanval op goederen slechts is toegelaten als de gedraging die wordt gesteld tot voorwerp heeft de het onderbreken van de uitvoering van “*un crime*” of “*un délit*”, zij niet kan worden ingeroepen i.g.v. “*une contravention de dégradation volontaire d’un bien*”.¹⁴³

107. De aanval zoals hierboven gedefinieerd, moet ook wederrechtelijk zijn. Artikel 122-5, eerste lid *Code pénal*, m.b.t. de aanval tegen personen, heeft het over “*injustifié*”. Voor wat artikel 122-5, tweede lid *Code pénal* betreft, volstaat de loutere wederrechtelijkheid zelfs niet; bij aanvallen tegen goederen moet het immers gaan om “*un crime*” of “*un délit*”.

Bijgevolg laat artikel 122-5 *Code pénal* niet toe een verdedigingsgedraging te stellen als reactie op een gedraging die zelf wetsconform is. Voor wat gedragingen uitgaande van de overheid betreft,

¹⁴¹ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 16-17.

¹⁴² T. Pol. Valence 19 mei 1960, *Gasz. Pal.* 1960, 2.28.

¹⁴³ Toulouse 24 januari 2002, *Dr. pénal* 2002, 52.

oordeelt de Franse jurisprudentie zelfs: “*qu’il n’y a jamais de légitime défense contre un acte de l’autorité, même si cet acte est illégal*”.¹⁴⁴

108. Ook de voorwaarden van subsidiariteit en proportionaliteit gelden hier.

Artikel 122-5, eerste lid *Code pénal* m.b.t. aanvallen tegen personen rechtvaardigt “*un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d’elle-même ou d’autrui, sauf s’il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l’atteinte*”. Zo werd bv. geoordeeld dat er omwille van de ernst van de aan de slachtoffers toegebrachte verwondingen geen sprake is van noodweer t.v.v. degene die zich met stokslagen verdedigt tegen een aanval met traangas.¹⁴⁵ Zo ook werd geoordeeld dat het gebruik van traangas, in staat om belangrijke lichamelijke stoornissen te veroorzaken, niet kan worden gerechtvaardigd als verdedigingshandeling tegen een aanval die er louter in bestaat dat de aangevallene door de aanvaller aan de haren werd getrokken.¹⁴⁶

Artikel 122-5, tweede lid *Code pénal* m.b.t. aanvallen tegen goederen is ook op dit punt strenger: het rechtvaardigt slechts “*un acte de défense, autre qu’un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l’infraction*”. Uit de wet volgt dus duidelijk dat de afweerhandeling bij de *légitime défense* van goederen niet mag bestaan in een opzettelijke doding. De proportionaliteitstoets is bijgevolg strikter.¹⁴⁷ Daarenboven moet de afweerhandeling niet louter “*commandé par la nécessité de la légitime défense*” zijn zoals bij aanvallen tegen personen maar wel “*strictement nécessaire au but poursuivi*”.¹⁴⁸

De in beide leden van artikel 122-5 *Code pénal* voorkomende vereiste van noodzakelijkheid wijst vooral op het feit dat niemand het recht in eigen handen mag nemen als de mogelijkheid bestaat aan het dreigende gevaar te ontkomen door een beroep te doen op de overheid.¹⁴⁹ Het vereiste van noodzakelijkheid houdt evenwel geen “*obligation de fuite*” in.¹⁵⁰ Uit de doctrine blijkt echter dat de noodzakelijkheid van de noodweer moeilijker zal worden aanvaard als het bv. gaat om ernstige letsels die door een volwassene, aan een kind dat hem heeft aangevallen, worden toegebracht of

¹⁴⁴ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 15 en de verwijzing aldaar, die in voetnoot 45 opmerkt dat dit niet in de weg staat aan “*d’éventuelles poursuites pénales contre les agents de l’autorité et les fonctionnaires publics qui, sans motifs légitimes, se rendent coupables de violences envers les personnes*”.

¹⁴⁵ Parijs 12 oktober 1999, *Dr. pénal* 2000, 29.

¹⁴⁶ Aix-en-Provence 17 juni 2005, *Dr. pénal* 2005, 169.

¹⁴⁷ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 21.

¹⁴⁸ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 21.

¹⁴⁹ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 21.

¹⁵⁰ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 21.

nog als de aanvaller in de rug wordt gepakt.¹⁵¹ Zoals reeds vermeld, is de eis van noodzakelijkheid nog strikter voor wat aanvallen tegen goederen betreft.

109. Omtrent de problematiek van de *culpa in causa* werden in de geconsulteerde bronnen geen aanknopingspunten teruggevonden.

110. Ook omtrent de problematiek van de verdedigingswil werden in de geconsulteerde bronnen geen aanknopingspunten teruggevonden.

111. Voor wat betreft de vraag op welke manier (i.e. vanuit welk gezichtspunt) de voorwaarden voor de noodweer moeten worden beoordeeld kan nog worden opgemerkt dat, zeker voor wat de ogenblikkelijkheid van de aanval betreft, Frankrijk resoluut voor een objectieve aanpak heeft gekozen. Minstens de aanval zelf en zijn ogenblikkelijk karakter moeten dus objectief aannemelijk zijn; de manier waarop de aangevallene alles beleeft, is dus niet doorslaggevend.¹⁵² Evenwel neemt men ook aan dat de noodweerregeling in de *Code pénal* niet enkel toepasselijk is voor wat betreft de overduidelijke, absolute en onbetwistbare noodzakelijkheid maar eveneens in gevallen waarin degene die zich verdedigt redelijkerwijze kan geloven dat hij zich in gevaar bevindt.¹⁵³ M.a.w.: in Frankrijk lijkt het er toch op dat de noodweer door de rechtspraak niet wordt uitgesloten als de dwaling een redelijk karakter heeft.¹⁵⁴ De situatie is dus wat dubieus.

112. Rest nog artikel 122-6 *Code pénal*, dat twee wettelijke vermoedens van noodweer bevat en luidt als volgt: “*Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l’acte: 1° Pour repousser, de nuit, l’entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité; 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence*”. Het gaat in beide gevallen om weerlegbare vermoedens.¹⁵⁵ Bijgevolg kan het tegenbewijs (m.n. dat de voorwaarden voor noodweer niet zijn vervuld) worden geleverd.

M.b.t. de nachtelijke indringing kan worden vermeld dat het vermoeden niet alleen speelt op het ogenblik waarop men de inklimming beoogt af te weren maar gedurende de ganse tijd waar men in het bijzijn verkeert van de indringer, voor zover deze niet onschadelijk is gemaakt. Het feit dat dit vermoeden kan worden weerlegd, blijkt bv. uit het voorbeeld dat de noodweer omwille van de

¹⁵¹ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 21.

¹⁵² D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 13.

¹⁵³ Chambéry 6 februari 1907, *DP* 1907, 5.19. Zie meer in detail Y. MAYAUD m.m.v. C. GAYET, *Code pénal édition 2010* in *Codes Dalloz: droit privé*, Parijs, Éditions Dalloz, 2009, 241 en de voorbeelden en verwijzingen aldaar.

¹⁵⁴ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 29. *Cf.* ook *infra*, m.b.t. de putatieve noodweer en het putatief noodweereces, randnummer 115 *et seq.*

¹⁵⁵ Zie in detail D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 22.

vaststelling dat geen actuele noodzakelijkheid voorlag, niet werd aanvaard in een geval waarin de “aangevallene” ’s nachts een man zijn tuin zag inklimmen en de indringer met een schot had verwond hoewel de indringer na een eerste waarschuwingsschot in de lucht op de vlucht was geslagen en achter een boom op weg naar de “uitgang” beschutting had gezocht.¹⁵⁶

Afdeling 3. Noodweerecces

113. Zoals vermeld, is in Frankrijk aan het noodweerecces geen specifieke wettelijke bepaling gewijd.

114. Men neemt evenwel aan dat, als de verdediging buitensporig is in vergelijking met de aanval, degene die zich aan noodweerecces bezondigt (en dus een misdrijf pleegt), niet noodzakelijk zal worden veroordeeld tot de in de wet (voor dat misdrijf) bepaalde straf. In voorkomend geval zal de betrokkene ofwel de morele dwang kunnen invoeren (en dus niet schuldig worden verklaard), ofwel zich kunnen beroepen op de specifieke omstandigheden om een verzachting te bekomen van de uit te spreken straf.¹⁵⁷

Afdeling 4. Putatief noodweer(exces)

115. Omtrent het putatief noodweer(exces) werd weinig informatie gevonden.

116. Men lijkt in Frankrijk aan te nemen dat de noodweeregeling in de *Code pénal* niet enkel toepasselijk is voor wat betreft de overduidelijke, absolute en onbetwistbare noodzakelijkheid maar eveneens in gevallen waarin degene die zich verdedigt redelijkerwijze kan geloven dat hij zich in gevaar bevindt.¹⁵⁸ M.a.w.: het lijkt erop dat de een beroep op de figuur van de noodweer door de rechtspraak niet wordt uitgesloten voor zover de dwaling een redelijk karakter heeft.¹⁵⁹

Afdeling 5. Tussenbesluit

117. De noodweer wordt beheerst door de artikelen 122-5 en 122-6 van de *Code pénal*. Aan het noodweerecces is geen specifieke wettelijke bepaling gewijd.

¹⁵⁶ Cass. crim. 8 juli 1942, *Bull. crim.* n° 88.

¹⁵⁷ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 24, voetnoot 83.

¹⁵⁸ Chambéry 6 februari 1907, *DP* 1907, 5.19. Zie meer in detail Y. MAYAUD m.m.v. C. GAYET, *Code pénal édition 2010 in Codes Dalloz: droit privé*, Parijs, Éditions Dalloz, 2009, 241 en de voorbeelden en verwijzingen aldaar.

¹⁵⁹ D. DASSONVILLE, “Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé”, *Rev.dr.pén.* 2008, (5) 29.

De noodweer is een rechtvaardigingsgrond waaromtrent wordt aangenomen dat hij elke fout uitsluit en dus geen aanleiding kan geven tot een vordering tot schadevergoeding ten gunste van wie de noodweer door zijn aanval noodzakelijk heeft gemaakt of diens rechthebbenden. Volgens het Hof van Cassatie is noodweer onverenigbaar met opzettelijke misdrijven. De voorwaarden, die deels op geobjectiveerde manier en deels op gesubjectieerde manier lijken te moeten worden beoordeeld, zijn duidelijk en verschillen deels naargelang het gaat om een aanval tegen personen dan wel een aanval tegen goederen. Gaat het om een wederrechtelijke aanval van “*elle-même ou autrui*” in de zin van artikel 122-5, eerste lid *Code pénal*, dan moet de verdedigingsgedraging “*dans le même temps*” worden begaan, geboden zijn door de noodzakelijkheid van wettige verdediging van zichzelf of een ander en mag er geen wanverhouding bestaan tussen de verdedigingsmiddelen en de ernst van de aanval. Betreft het een aanval van “*un bien*” in de zin van artikel 122-5, tweede lid *Code pénal*, dan moet de verdedigingsgedraging (die niet mag bestaan in een opzettelijke doding) worden begaan “*pour interrompre l’exécution*”, niet louter van “*une atteinte injustifiée*” maar van “*un crime*” of “*un délit*”, bovendien strikt noodzakelijk zijn voor het nagestreefde doel en ten slotte ook evenredig met de ernst van de inbreuk. Artikel 122-6 *Code pénal* bevat dan twee weerlegbare wettelijke vermoedens van noodweer.

Ter zake van noodweerecces neemt men aan dat niet noodzakelijk de in de wet voor dat door excess gepleegde misdrijf bepaalde straf moet worden opgelegd. Een beroep wordt dan gedaan op de morele dwang of de techniek van de strafverzachting.

118. Aangaande putatief noodweer en putatief noodweerecces lijkt een beroep op de figuur van de eigenlijke noodweer door de rechtspraak niet te worden uitgesloten, voor zover de dwaling een redelijk karakter heeft.

Deel 4. Algemeen besluit

119. Teneinde de wettige verdediging in België en in Nederland, Duitsland en Frankrijk op een gesynthetiseerde manier in kaart te brengen, worden de onderzoeksbevindingen uit de delen 2 en 3 in dit algemeen besluit geïntegreerd.

120. Naar de definiëring van de noodweer toe kan het volgende worden gezegd. Er is sprake van noodweer:

- in *België*: wanneer de doodslag, de verwondingen en slagen geboden zijn door de ogenblikkelijke noodzaak van de wettige verdediging van zichzelf of van een ander;
- in *Nederland*: wanneer het begane feit geboden is door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding;
- in *Duitsland*: als een gedraging wordt gesteld, die door noodweer geboden is, waarbij noodweer de verdediging is, die noodzakelijk is om een tegenwoordige wederrechtelijke aanval van zichzelf of een ander af te wenden;
- in *Frankrijk*: wanneer een gedraging wordt gesteld, geboden door de noodzakelijkheid van de wettige verdediging van *zichzelf of een ander* tegen een wederrechtelijke aanval, tezelfdertijd en op voorwaarde dat geen wanverhouding bestaat tussen de verdedigingsmiddelen en de ernst van de aanval; wanneer, voor het onderbreken van de uitvoering van een misdaad of wanbedrijf tegen *een goed*, een gedraging wordt gesteld, die niet bestaat in een opzettelijke doding en die strikt noodzakelijk is voor het nagestreefde doel en evenredig met de ernst van de inbreuk.

121. De wettige verdediging wordt steevast als een rechtvaardigingsgrond gekwalificeerd.

- Voor *België* gaat het niet om een algemene maar om een bijzondere rechtvaardigingsgrond. De toepassing ervan is volgens de wet beperkt tot opzettelijke slagen, verwondingen en doodslag. Niettemin wordt aangenomen dat ook minder zware vormen van verdediging als noodweer kunnen worden beschouwd.
- Voor *Nederland* gaat het om een algemene rechtvaardigingsgrond, die geldt voor alle strafbare feiten in en buiten het Sr.

-Hetzelfde geldt voor *Duitsland* (algemene rechtvaardigingsgrond).

-Hoewel de wettige verdediging ook in *Frankrijk* als een algemene rechtvaardigingsgrond wordt gezien, is zij volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie onverenigbaar met onopzettelijke misdrijven.

122. Naar toepassingsvoorwaarden toe kan volgend overzicht worden geboden.

In *België* wordt traditioneel gesteld dat de aanval ernstig moet zijn, d.w.z. dat de persoon die (zich) verdedigt door een ernstig kwaad of een zwaar onrecht moet zijn bedreigd. Deze conditie lijkt niet afzonderlijk voor te komen in de *andere bestudeerde rechtsstelsels* maar veeleer samen te vallen met (en bijgevolg begrepen te zijn in de beoordeling van) andere voorwaarden voor de wettige verdediging.

Naar *Belgisch* recht moet de aanval effectief zijn begonnen, of minstens dreigend zijn. Het feit dat men zich heeft voorbereid op een verwachte aanval sluit een beroep op wettige verdediging niet noodzakelijk uit. Voor wat *Nederland* betreft, houdt het vereiste van ogenblikkelijke aanranding in dat de aanranding op het moment van de afweer acuut moet zijn, d.w.z. dat de feitelijke aantasting van de rechtsgoederen reeds is begonnen of dat een gedraging werd gesteld die daarvoor een onmiddellijk dreigend gevaar betekent. Ook hier is geanticiperde noodweer niet zonder meer uitgesloten. In *Duitsland* moet een aanval tegenwoordig zijn. Bedoeld wordt elke dreigende schending van de wettelijk beschermde rechtsgoederen door een menselijke gedraging, die onmiddellijk staat te gebeuren, die net plaatsvindt of die nog voortduurt. De geanticiperde noodweer is er meer omstreden. Voor *Frankrijk* wordt de voorwaarde van ogenblikkelijkheid van de aanval anders geformuleerd bij een aanval tegen personen (dan moet de verdedigingsgedraging tezelfdertijd worden begaan als de aanval) dan bij een aanval tegen goederen (dan moet het om een misdaad of een wanbedrijf gaan en moet de verdedigingsgedraging worden begaan om de uitvoering daarvan te onderbreken).

De aanval moet onrechtmatig zijn. Men kan zich niet wettig verdedigen tegen een gedraging die zelf gerechtvaardigd is. Zulks kan wel tegen gedragingen die louter worden verontschuldigd of verschoond. Dit principe geldt in *België* en in *Nederland*. Ook in *Duitsland* staat dit principe voorop, zij het met een nuance voor wat het inroepen van noodweer tegen bv. kinderen en andere schuldloos handelende aanvallers betreft. In *Frankrijk* volstaat, voor wat de aanvallen tegen goederen betreft, de loutere wederrechtelijkheid van de aanval niet; bij een aanval tegen een goed moet het immers gaan om een “*crime*” of een “*délit*”. Volgens de Franse rechtspraak bestaat er

daarenboven nooit wettige verdediging tegen een gedraging van de overheid, zelfs al is die wederrechtelijk.

Naar vigerend *Belgisch* recht moet de aanval gericht zijn tegen personen. Hoewel de rechtspraak in toepassing van art. 417 Sw. soms begripvol is, geldt bijgevolg als regel dat het afweren van een aanslag die louter tegen een goed is gericht, niet o.g.v. de noodweer kan worden gerechtvaardigd. Voor *Nederland* mogen drie rechtsgoederen door noodweer worden beschermd, nl. het eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed. De begrippen lijf en eerbaarheid komen eigenlijk overeen met wat in België als rechtsgoed mag worden beschermd. In de Nederlandse strafwet wordt ook de bescherming van een “goed” door noodweer aanvaard. Het goed wordt daarbij begrepen in de zin van gelijkgesteld met wat civielrechtelijk gezien met het begrip zaak wordt aangeduid, i.e. het voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke object. In *Duitsland* mag zo goed als elk individueel rechtsgoed worden beschermd door een beroep op de noodweer. De rechtsgoederen die door noodweer mogen worden beschermd zijn in *Frankrijk* zichzelf of anderen en goederen (waarbij de voorwaarden voor de bescherming van goederen iets strenger zijn).

Naar *Belgisch* recht moet de verdediging noodzakelijk zijn. Deze conditie houdt de zogenaamde subsidiariteitsvereiste in. D.w.z. dat iemand die (zich) verdedigt niet anders kon dan zichzelf (of een ander) te verdedigen d.m.v. slagen, verwondingen of doodslag. Meer concreet komt het erop neer dat hulp van de overheid niet kon worden ingeroepen en dat men zelf niet de oorzaak is van de aanval. In België bestaat geen vluchtplicht. België kent, wat deze voorwaarde betreft, twee weerlegbare vermoedens van ogenblikkelijke noodzaak van de verdediging, m.n. (1) wanneer de doodslag gepleegd wordt, wanneer de verwondingen of de slagen toegebracht worden bij het afweren, bij nacht, van de beklimming of de braak van de afsluitingen, muren of toegangen van een bewoond huis of appartement of de aanhorigheden ervan, behalve wanneer blijkt dat de dader niet kon geloven aan een aanranding van personen, hetzij als rechtstreeks doel van hem die poogt in te klimmen of in te breken, hetzij als gevolg van de weerstand welke diens voornemen mocht ontmoeten en (2) wanneer het feit plaatsheeft bij het zich verdedigen tegen de daders van diefstal of plundering die met geweld tegen personen wordt gepleegd. Ook voor *Nederland* valt de noodzakelijkheidsvereiste samen met de subsidiariteitseis. Hier moet worden nagegaan of in plaats van de verdediging geen ander zinvol alternatief voorhanden was waarvoor moest worden geopteerd (zoals het waarschuwen van de politie, het gebruikmaken van een vluchtmogelijkheid, etc.). De problematiek van de *culpa in causa* is in Nederland dogmatisch wel iets beter uitgewerkt (men neemt aan dat de noodweer vooral zal falen bij de doloze variant van de *culpa in causa*). Vermoedens van noodzakelijke verdediging bestaan in Nederland niet. Recent werd een voorstel

van wet ingediend dat ertoe strekt dergelijke vermoedens in de wet op te nemen. Dit voorstel werd evenwel bijzonder slecht onthaald. Ook in *Duitsland* moet de verdediging noodzakelijk zijn. Hulp vanwege de staat moet dus onmogelijk zijn en bovendien moet de verdedigingsgedraging geschikt zijn voor de spoedige en definitieve afwering (of op zijn minst afzwakking) van de aanval. Onder noodzakelijkheid valt ook de toets dat de aard en de graad van de verdediging stroken met het door de aanval dreigende gevaar. De Duitse rechtspraak neigt ertoe om slechts in uitzonderlijke gevallen een vluchtplicht op te leggen. Ook in Duitsland lijkt de leer van de *culpa in causa* beter uitgewerkt. In *Frankrijk* verschilt de noodzakelijkheid naargelang het gaat om een aanval tegen personen dan wel een aanval tegen goederen. Voor een aanval tegen goederen mag een afweerhandeling niet louter “*commandé par la nécessité de la légitime défense*” zijn zoals bij aanvallen tegen personen, maar wel “*strictement nécessaire au but poursuivi*”. De noodzakelijkheid impliceert hier opnieuw dat eerst een beroep moet worden gedaan op de overheid. Er is geen vluchtplicht. De Franse *Code pénal* bevat twee weerlegbare wettelijke vermoedens van noodweer die erg gelijkaardig zijn aan art. 417 Sw.

Naar *Belgisch* recht moet de verdediging in verhouding staan tot de aanval. D.i. de voorwaarde van de proportionaliteit. Het aanvalsmiddel en verdedigingsmiddel moeten niet van dezelfde zwaarte zijn maar er mag ook geen wanverhouding bestaan. In *Nederland* heeft men het in dit verband over het “geboden” zijn van de aanval. De idee is daar dat er geen wanverhouding mag bestaan tussen aanranding en verdediging. Het vereiste van gebodenheid in *Duitsland* vergt dan weer van geval tot geval sociaaethisch gegronde inperkingen van noodzakelijke – en dus in de regel gerechtvaardigde – afweergedragingen. In *Frankrijk* moet opnieuw een onderscheid worden gemaakt. Voor wat aanvallen tegen personen betreft moet het gaan om een gedraging, geboden door de noodzakelijkheid van de wettige verdediging en mag er geen wanverhouding bestaan tussen de verdedigingsmiddelen en de ernst van de aanval. De voorwaarde is strenger wanneer het gaat om aanvallen tegen goederen: de gedraging die wordt gesteld, mag niet bestaan in een opzettelijke doding en moet strikt noodzakelijk zijn voor het nagestreefde doel en evenredig met de ernst van de inbreuk.

In *België* moet de verdediging plaatshebben voor of tijdens de aanval, niet na de aanvalsdad. Dit lijkt ook te gelden voor *Nederland*, evenwel met die nuance dat als de aanranding bestaat in een strafbaar feit, de aanranding niet per se eindigt met het voltooid zijn van dat strafbaar feit (dit is bijvoorbeeld van belang inzake diefstal). Men neemt in Nederland immers aan dat de aanranding voortduurt zolang nog iets kan worden voorkomen of ongedaan gemaakt. Hetzelfde gaat op voor *Duitsland*. Voor *Frankrijk* kan op dit punt worden teruggekoppeld naar de hierboven besproken

voorwaarde van de ogenblikkelijkheid van de aanval. M.a.w.: bij een aanval tegen personen moet de verdedigingsgedraging tezelfdertijd worden begaan als de aanval, bij een aanval tegen goederen moet de verdedigingsgedraging worden begaan om de uitvoering van een misdaad of een wanbedrijf tegen dat goed te onderbreken.

Wat de verdedigingswil betreft: deze lijkt zowel in *België* als in *Nederland* aanwezig te moeten zijn. Hij wordt in *Duitsland* zelfs uitdrukkelijk door de rechtspraak vereist. Voor *Frankrijk* konden op dit punt in de geconsulteerde bronnen geen aanknopingspunten worden gevonden.

123. Voor wat noodweerexces betreft, kent *België* geen specifieke schulduitsluitingsgrond. Een beroep op de morele dwang als schulduitsluitingsgrond, op de uitlokking als strafverminderende verschoningsgrond of op de verzachtende omstandigheden moet dus worden overwogen. In *Nederland* staat uitdrukkelijk in het Sr. dat de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging niet strafbaar is indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt. Het gaat in Nederland om een algemene schulduitsluitingsgrond. Deze wordt in sommige gevallen aanvaard zelfs al vindt de afweer pas plaats als de aanranding reeds is afgelopen. In *Duitsland* geldt dat als de dader de grenzen van de noodweer uit verwarring, vrees of schrik overschrijdt, hij niet wordt gestraft. Het is opnieuw een algemene in de strafwet ingeschreven schulduitsluitingsgrond. Daarentegen is in *Frankrijk* het noodweerexces niet specifiek wettelijk geregeld. Een beroep op morele dwang of verzachting van de straf op grond van de specifieke omstandigheden blijft wel mogelijk.

124. In *België* moet in geval van putatieve noodweer, d.i. het abusievelijk in de veronderstelling verkeren zich te mogen of moeten verdedigen, een beroep worden gedaan op de figuur van de dwaling als schulduitsluitingsgrond. Ook in *Nederlands* zijn ter zake de regels van de dwaling toepasbaar; er is geen expliciete wettelijke regeling. Hetzelfde geldt in *Duitsland*. In *Frankrijk* lijkt men aan te nemen dat de noodweerregeling in de *Code pénal* niet enkel toepasselijk is voor wat de overduidelijke, absolute en onbetwistbare noodzakelijkheid betreft maar eveneens in gevallen waarin degene die zich verdedigt redelijkerwijze kan geloven dat hij zich in gevaar bevindt. Het lijkt er dus op dat een beroep op de figuur van de noodweer door de rechtspraak niet wordt uitgesloten voor zover de dwaling een redelijk karakter heeft.