

ANNOTATIE

## **Annotatie bij Hoge Raad 27 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1685.**

***mr. D.G.J. Grimmelikhuijzen***

*Annotatie bij Hoge Raad, 27-10-2020, ECLI:NL:HR:2020:1685 (SR-2020-0342)*

Noodweer en noodweerecnes blijven tot de verbeelding spreken. De materieelrechtelijke afbakening en invulling van deze strafuitsluitingsgronden is echter niet eenvoudig en sterk casuïstisch van aard. Het is niet voor niets dat de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest uit 2016 over noodweer(exces) ietwat onderkoeld kon opmerken dat '[i]n de praktijk (...) deze strafuitsluitingsgronden soms aanleiding (...) geven tot moeilijkheden' (HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, r.o. 3.1.1). Met voorgenoemd arrest zijn enkele lijnen uitgezet die houvast kunnen bieden bij de beoordeling van een beroep op noodweer(exces). Desalniettemin blijkt de praktijk weerbarstig. Het hier te bespreken arrest biedt daarvan een mooi voorbeeld. De nadruk zal in de bespreking liggen op de invulling van noodweer en met name de betekenis van proportionaliteit en subsidiariteit daarbij. Daarnaast wordt aandacht besteed aan het ten laste gelegde delict mishandeling, dit omdat het bewijs hiervoor niet geheel onproblematisch is en het tevens goed illustreert hoezeer delict en strafuitsluitingsgrond met elkaar verbonden zijn en elkaar kunnen beïnvloeden.

Aangezien de beoordeling van noodweer en noodweerecnes, zoals gezegd, sterk casuïstisch van aard is, kan het geen kwaad nogmaals kort de relevante feiten weer te geven. Kort gezegd was er in de casus sprake van een ordinaire verkeersruzie. De verdachte had zijn busje op een zodanige wijze op straat geparkeerd dat een medeweggebruiker er niet langs kon rijden. Deze medeweggebruiker is vervolgens op agressieve wijze verhaal komen halen, waarbij hij zeer dicht op de verdachte is gaan staan. De verdachte stond tijdens deze confrontatie klem tussen de openstaande deur van zijn voertuig en zijn belager die op korte afstand van hem stond. Hij

heeft die persoon vervolgens met beide handen een flinke duw gegeven waardoor deze ongelukkig ten val is gekomen. De verdachte is vervolgd voor mishandeling en zowel in eerste aanleg als in hoger beroep veroordeeld ter zake van dit delict.

De verdachte ging in cassatie waarbij namens hem twee middelen werden ingediend. Het eerste middel bevat de klacht dat er geen sprake kan zijn geweest van mishandeling, nu het hiervoor vereiste opzet bij de verdachte ontbrak. Nu klopt het dat de vaststelling dat sprake is van een duw op zich nog onvoldoende is voor de kwalificatie mishandeling (HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7123, r.o. 3,5). Die kwalificatie behoeft nadere motivering en is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wanneer die omstandigheden bij de beoordeling betrokken worden, blijkt al gauw dat de onderhavige casus behoorlijk afwijkt van die uit het voorgenoemde, door de verdediging aangehaalde arrest. In die aangehaalde zaak betrof het een (krachtige) duw tegen de schouder waarbij die duw op zichzelf pijn bij het slachtoffer opleverde. Dat is iets anders dan een duw waardoor het slachtoffer ten val komt. Wat dat betreft heeft de onderhavige zaak meer overeenkomsten met een relatief recent arrest waarin sprake was van een zogenoemde 'chest-bump', hetgeen zoveel inhoudt als een harde duw met de borst tegen de borstkas van een ander (HR 14 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2855, NJ 2018/133, m.nt. H.D. Wolswijk; SR 2017-0462, m.nt. J.S. Nan). Ook in die zaak stonden de betrokkenen neus aan neus, waarna de een de ander een dusdanige duw met de borst gaf waardoor die ander omviel en letsel opliep. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof dat sprake was van mishandeling in stand. Advocaat-generaal Hofstee wijst in zijn conclusie bij de huidige zaak ook op de overeenkomsten met de *Chest-bump*-zaak. Het feit dat betrokkenen dicht tegenover elkaar staan, zou mee kunnen wegen in de beoordeling van het gevaar van het vervolgens geven van een flinke duw. Dat gevaar zou in zo'n geval groter zijn vanwege de grote(re) kans dat iemand na zo'n duw ten val zal komen, met alle gevolgen van dien.

Expliciete overwegingen met betrekking tot het gevaar van het geven van een duw zien we in het oordeel van het hof echter niet terug. Het blijft aldus een beetje zoeken naar wat nu de concrete factoren zijn die maken dat een duw al dan niet opzettelijk mishandelend gegeven wordt. Wat dat betreft mag de motivering best wat uitvoeriger (in die zin eerder ook Nan in zijn annotatie bij het *Chest-bump*-arrest), het bewijs was immers voldoende aanwezig. Gezien zijn eerdere lijn met betrekking tot het vaststellen van het mishandelende karakter van een gegeven duw, is het echter weinig verrassend dat de Hoge Raad geen aanleiding ziet voor cassatie op dit onderdeel. De klacht wordt dan ook met de aan artikel 81 RO ontleende formulering afgehandeld.

Het tweede middel klaagt over de beoordeling door het hof van het beroep op noodweer. Door de verdediging was in hoger beroep bepleit dat de verdachte een beroep op noodweer

toekwam, nu hij in een situatie was gebracht waarin hem geen andere weg meer openstond dan op een gewelddadige wijze te reageren. Het hof ging tot op zekere hoogte in die redenering mee. Doordat hij in het nauw gedreven was en zijn tegenstander op zeer korte afstand tegen hem stond te schreeuwen, was volgens het hof inderdaad voor de verdachte sprake van een dreigend gevaar voor een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding, waarin voor hem de noodzaak bestond tot verdediging van het eigen lijf. Het hof acht de wijze waarop de verdachte zich verdedigd heeft echter niet proportioneel. Door op deze krachtige wijze te duwen, waarbij de ander op een pijnlijke wijze is neergekomen, heeft de verdachte in de visie van het hof de grenzen van de proportionaliteit overschreden.

De eis van proportionaliteit kan moeilijk los worden gezien van de eis van subsidiariteit. De Hoge Raad zelf zegt hierover: 'Deze met elkaar samenhangende en niet altijd scherp te onderscheiden eisen hebben betrekking op de vraag of de verdediging tegen de aanranding noodzakelijk was, respectievelijk op de vraag of de gekozen wijze van verdediging tegen de aanranding geboden was' (HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, r.o. 3.5.1).

In artikel 41 Sr komen de woorden proportionaliteit en subsidiariteit niet voor. De wet spreekt over 'noodzakelijke en geboden verdediging'. In de noodzakelijkheid wordt ook wel de subsidiariteit gelezen: het vereiste dat men zich niet kon en hoefde te onttrekken aan de wederrechtelijke aanranding. De onderhavige zaak biedt een goed voorbeeld van een situatie waarin het voor de verdachte niet langer mogelijk is zich aan de aanranding te onttrekken. De verdachte stond immers ingeklemd tegen het portier van de auto. Indien onder zulke omstandigheden sprake is van een (dreigende) wederrechtelijke aanranding van een van de beschermde rechtsgoederen, dan is het de verdachte toegestaan zich hiertegen te verdedigen. Die verdediging kan ver gaan, maar dient altijd in verhouding te staan tot de ernst van de aanranding (zie bijv.: HR 25 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8953). Zodoende ziet men de eis van subsidiariteit niet alleen terug in de vorm van het zogenoemde 'onttrekkingsvereiste' maar ook later bij de beoordeling van wijze waarop er verdedigd mag worden. Indien er bijvoorbeeld een minder ingrijpend middel voorhanden is, zoals een vuistslag in plaats van een messteek, dan dient de verdachte voor het mindere te kiezen. Vervolgens dient gekeken te worden naar de wijze waarop dat middel is gehanteerd, waarbij de duur en de intensiteit van de gedraging van belang kunnen zijn. Zodoende loopt de beoordeling van de subsidiariteit soms naadloos over in die van de proportionaliteit (zie: C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 376).

Het hof oordeelde in de onderhavige zaak dat de duw die door de verdachte gegeven was niet in verhouding stond tot de dreigende aanranding. 'Immers, heeft de verdachte met kracht met twee handen op de borst van de aangever geduwd, waardoor de aangever op de grond is gevallen en hierdoor de verwondingen als eerder vermeld heeft opgelopen' (HR 27 oktober

2020, ECLI:NL:HR:2020:1685, r.o. 3.2.2). In de visie van het hof mocht de verdachte zich dus verdedigen, doch niet op deze wijze. Dan rest de vraag hoe een geoorloofde verdediging er dan uit had moeten zien. Een duw lijkt namelijk op het eerste gezicht een geschikt middel om de ontstane situatie mee op te heffen. Een duw creëert immers fysieke ruimte. Maar hoe hard mag zo'n duw dan zijn? Mag dit alleen een 'niet mishandelende' duw zijn, of mag de verdediging verder gaan? Zoals gezien bij de bespreking van het eerste middel kan het geven van de duw niet automatisch gekwalificeerd worden als mishandeling. Daarvoor is nadere onderbouwing nodig; het moet gaan om een forse duw of een duw waarbij het slachtoffer grote(re) kans oploopt zich te verwonden bij een val. Het zijn echter precies die factoren die het hof betreft in de bespreking van de proportionaliteit. Hierdoor wordt het moeilijk voorstelbaar hoe in dit geval een duw uitgedeeld had mogen worden die wel mishandeling oplevert, maar tevens proportioneel is ten opzichte van de dreigende aanranding. Indien in deze situatie inderdaad slechts een 'niet mishandelende' duw uitgedeeld mag worden legt het hof een behoorlijk strenge maatstaf aan.

De Hoge Raad bestempelt de redenering van het hof als 'niet begrijpelijk' en verwijst naar de 'tot terughoudendheid nopende maatstaf'. Die maatstaf houdt in dat de gedraging als verdedigingsmiddel niet in onredelijke verhouding mag staan tot de ernst van de aanranding. Een deel van die terughoudendheid is al te zien in de formulering van de maatstaf: de toets is niet of de verdediging redelijk is, maar of deze niet *onredelijk* is. Dat lijkt toch een andere invalshoek, waarbij steeds in het achterhoofd gehouden moet worden dat het met de wijsheid achteraf makkelijk(er) oordelen is. In dat licht schiet de motivering van het hof tekort.

Toch roept de onderbouwing van dat oordeel door de Hoge Raad bij eerste lezing nog wel enkele vragen op. Volgens de Hoge Raad is het oordeel van het hof onbegrijpelijk in het licht van de vaststelling van het hof dat '(...) de aangever boos op de verdachte was afgelopen en zeer dicht op hem was gaan staan terwijl de aangever hem (schreeuwend) aansprak, terwijl de verdachte klem stond tussen zijn auto en de aangever en daardoor niet kon weglopen'. Die laatste zinssnede heeft duidelijk betrekking op de subsidiariteit. Door naar de subsidiariteit te verwijzen bij de beoordeling van de proportionaliteit krijgt de redenering een wat circulair karakter. Logischerwijs gaat de vaststelling van de noodzakelijkheid van de verdediging namelijk aan de beoordeling van de proportionaliteit van die eventuele verdediging vooraf. Immers, pas nadat vastgesteld is dat de verdachte zich niet kon en behoefde te onttrekken en hij zich aldus mocht verdedigen, komt de vraag aan de orde op welke wijze hij zich mocht verdedigen.

Een andere lezing is echter ook mogelijk waarbij de Hoge Raad de door het hof gebruikte formulering herhaalt om erop te wijzen dat, indien er inderdaad sprake is van een dreigende wederrechtelijke aanranding van een zekere intensiteit (schreeuwend op de verdachte

aflopen) waarbij de verdachte geen ander redelijk alternatief voorhanden had nu hij klem tegen zijn auto stond, voor de verdachte ook de mogelijkheid open moet staan zich *daadwerkelijk* te verdedigen. Het laatste deel van de overweging van de Hoge Raad zou dan kunnen zien op de keuze van het verdedigingsmiddel en de wijze waarop het is gebruikt. Hoe die verdediging er dan uit had mogen zien is nu – achteraf – onvoldoende duidelijk, laat staan dat dit voor de verdachte ten tijde van de noodweersituatie inzichtelijk had kunnen zijn. Indien er sprake is van een noodweersituatie en de verdachte kiest voor een op het eerste gezicht alleszins gepast verdedigingsmiddel, dan dient de rechter zodoende steeds goed inzichtelijk te maken waarom de gedraging volgens hem toch in wanverhouding staat tot de aanranding. Die tweede lezing lijkt de juiste. Daarbij zou het prettig zijn als ook de Hoge Raad dergelijke overwegingen in het vervolg beter inzichtelijk maakt. Als het om motiveren gaat, mag het uitgangspunt best zijn: liever iets te veel dan iets te weinig.