



Beschouwingen over noodtoestand

<https://hdl.handle.net/1874/282355>

Aⁿ 192

1925

BESCHOUWINGEN
OVER NOODTOESTAND

D. M. THOFT

s.
cht
5

A. qu.
192

BESCHOUWINGEN OVER NOODTOESTAND

192. 1925.

BESCHOUWINGEN OVER NOODTOESTAND

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD
VAN DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID AAN
DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG
VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS MR. J. PH. SUYLING,
HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTS-
GELEERDHEID, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAAT
DER UNIVERSITEIT TEGEN DE BEDENKINGEN VAN
DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE
VERDEDIGEN OP DINSDAG 8 DECEMBER 1925,
DES NAMIDDAGS TE VIER UUR, DOOR DINGENA
MARIA 'T HOOFT, GEBOREN TE RHEDEN.

BIBLIOTHEEK DER
RIJKSUNIVERSITEIT
UTRECHT.

P. DEN BOER

SENATUS VETERANORUM TYPOGRAPHUS ET LIBRORUM EDITOR
UTRECHT

MCMXXV

AAN DE NAGEDACHTENIS VAN
MIJN OUDERS EN ZUSTER

Bij het beëindigen van mijn academische studie, is het mij een behoefte, oprechten dank te betuigen aan U, Hoogleeraren der Juridische Faculteit, voor het onderwijs, dat ik van U mocht ontvangen.

In het bijzonder wil ik mijn groote erkentelijkheid uitspreken jegens U, Professor Simons, zeer geachte Promotor, voor de hulp mij bij het samenstellen van dit proefschrift steeds zoo welwillend bewezen.

INHOUD.

	Blz.
Inleiding	1
I. Overzicht van de voornaamste theorieën over den noodtoestand	3
II. Overzicht van de voornaamste gevallen van nood- toestand in de Nederlandsche Jurisprudentie . . .	44
III. Buitenlandsche Wetgevingen en Ontwerpen van wet	64
IV. Schets van eigen opvatting	97

INLEIDING.

Wanneer ernstig gevaar een rechtsbelang bedreigt en dit gevaar slechts kan worden terzijde gesteld door het doen van het anders strafbare, betreedt men het gebied van den noodtoestand.

Groot meeningsverschil heeft steeds over dit onderwerp geheerscht. Dit vindt zijn oorzaak in de nauwe verwantschap van den noodtoestand met de algemeene rechtsleer, waardoor allerlei vragen, als die naar de taak van het recht en het wezen van het delict, zich op den voorgrond plaatsen.

Het standpunt, dat men ten opzichte van deze vragen inneemt, zal ook beslissen omtrent het antwoord, dat men zal geven op de vragen naar den grond van de straffeloosheid bij den noodtoestand en binnen welke grenzen deze moet worden toegekend.

Het zal niet ons streven zijn, deze moeilijke vragen te behandelen. Omdat echter in onze strafwetgeving dit onderwerp niet behandeld is, zouden wij een bescheiden poging willen wagen, den noodtoestand van nabij te beschouwen.

Hiertoe zouden wij in de eerste plaats een kort overzicht willen geven van de belangrijkste theorieën. Aangezien er echter een zeer uitgebreide litteratuur over den noodtoestand bestaat, in de eerste plaats in Duitschland en Oostenrijk, welke men zoowel in verschillende handboeken en rechtsgeleerde tijdschriften, als in talrijke dissertaties aantreft, zou een bespreking van deze alle ons te ver voeren en zouden wij buitendien bevreesd zijn, het inzicht in dit, aan alle kanten door strijdvragen omringde onderwerp, hierdoor niet duidelijker te maken. Om deze redenen zullen slechts enkele schrijvers hier worden genoemd.

In de tweede plaats willen wij trachten een overzicht te

geven van de voornaamste gevallen uit onze Nederlandsche Jurisprudentie, die met den noodtoestand verband houden, waaruit men zou kunnen afleiden, of het wenschelijk zou zijn, dat ook in ons land een wettelijke regeling van den noodtoestand plaats vond, waardoor de bestaande onzekerheid zou verdwijnen.

In de derde plaats zouden wij in het kort de voornaamste buitenlandsche wetgevingen en ontwerpen willen bespreken.

Hierna zouden wij willen eindigen met een korte samenvatting van onze eigen meening.

I.

Overzicht van de voornaamste theorieën over den noodtoestand.

Sommige schrijvers kennen aan de handeling, in noodtoestand verricht, binnen min of meer ruime grenzen, een noodrecht toe.

Een andere theorie, die iets minder ver gaat, wil in noodtoestand geen recht toekennen, maar is wel van meening, dat er hier van geen delict sprake is. Dit kan steunen op den objectieven grond, dat de wederrechtelijkheid van de handeling wegvalt of op den subjectieven grond, dat bij den dader zou ontbreken bewustzijn van wederrechtelijkheid of Plichtwidrigkeit. 1)

Anderen huldigen de theorie, volgens welke de handeling, in noodtoestand verricht, wederrechtelijk blijft, terwijl echter de straf vervalt.

Volgens een vierde theorie moet deze handeling beschouwd worden als onverschillig aan het recht (rechtlich indifferent).

In de laatste plaats kunnen we nog noemen de theorie van den onwederstaanbaren drang (*contrainte morale*).

Bij de Romeinen, bij wie de beoefening van het strafrecht geen gelijken tred hield met die van het civiel recht, vindt men geen algemeene regels over den noodtoestand. Wel kan men uit op zich zelfstaande gevallen, die zich bij hen voordeden, algemeene beginselen afleiden. Deze principes van het Romeinsche recht zou men aldus kunnen samenvatten:

1) Deze meening hangt samen met de opvatting die men heeft over het schuldbegrip. Zie proefschrift Mr. P. M. Trapman: „Kritische uiteenzetting van de thans in de strafrechtswetenschap gehuldigde opvattingen omtrent de vraag, of het bewustzijn der onrechtmatigheid enz. gevorderd moet worden en gevorderd wordt als bestanddeel van strafbaar opzet.” Utrecht 1917.

Men mag zijn leven steeds redden, zelfs ten koste van het leven van een ander en eveneens ten koste van inbreuk op eens anders eigendom. Bij gevaar voor het leven behoeft er geen evenredigheid te bestaan tusschen het beschermde en het opgeofferde goed. In verband met dit beginsel, L. 1. D. de bonis eorum, 48. 21. Ulp. lib. oct. disp. 1): nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit.

L. 2. C. ad leg. Corn. de sic 9. 16. Is, qui adgressorem vel quemcunque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet.

Uit de behandeling van den noodtoestand en de noodweer in een en hetzelfde artikel, zou men de gevolgtrekking kunnen maken, dat de Romeinen de noodweer beschouwden als een gequalificeerden noodtoestand en alzoo behoorende tot eenzelfde groep van handelingen. Hoewel dit niet de algemeene opvatting is, is er wel iets voor deze meening te zeggen. Zonder in uitvoerige beschouwingen over dit punt te treden, zouden wij er toch de aandacht op willen vestigen, dat de bevoegdheden, die in geval van noodweer worden toegekend, hun oorsprong vinden in het gevaar, dat bij noodweer den aangevallene bedreigt. Zoo men dit gevaar op andere wijze kan ontgaan, wordt eigenrichting niet toegelaten. Dit zou wel het geval zijn, als de bevoegdheden van de noodweerhandeling hun grondslag vonden in het onrecht, dat wordt aangedaan.

De noodweerhandeling draagt niet het karakter van een tenuitvoerlegging van straf. Deze taak toch berust, met uitsluiting van den privaatspersoon, uitsluitend bij den staat.

Het door eigen toedoen veroorzaken van den noodtoestand oefent bij levensgevaar geen invloed uit op de straffeloosheid van de in dien toestand verrichte handeling.

Dit is wel het geval, zoo het gevaar betrekking heeft op goederen.

L. 29. 3. D. ad leg. Aquiliam 9. 2.

1) Editie Corpus Iuris Civilis bewerkt door Krueger en Mommsen 1905.

Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum.

L. 3. D. de incendio, 47. 9. Ulp. lib. 56 ad edictum:

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit; nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset.

Uit deze laatste woorden blijkt, dat bij de Romeinen de handeling, in noodtoestand verricht, het eenige middel moet zijn, om aan het gevaar te ontkomen.

Over het rechtskarakter der handeling laten de Romeinen zich niet uit.

Na de praktijk van het Romeinsche recht, die blijk geeft van een juist inzicht in de verschillende gevallen van noodtoestand, al heeft zij ook geen eigen theorie over den grond van de straffeloosheid opgesteld, is de noodtoestand eeuwenlang op den achtergrond geplaatst en slechts binnen zeer beperkte grenzen erkend.

Algemeene uitdrukkingen als: „Noth hat kein Gebot“, „Noth und Tod hat kein Gebot“, „Noth bricht Recht“, die men in het Germaansche recht aantreft, zouden een dergelijke beperkte opvatting niet doen verwachten. Voornamelijk wordt noodtoestand hier slechts aangenomen, wanneer goederen en vooral voedsel ontbreken.

In de Monumenta Germaniae Historica, Legum, tomus II, blz. 103, 19, leest men:

„Quicumque per terram transiens equum suum pabulare voluerit, quantum propinquo secus viam stans in loco amplecti potuerit, ad refectionem et respirationem equi sui, impune ipsi equo porrigat. Licitum sit, ut herba et viridi sylva sine vastatione

aliqua quilibet utatur pro sua comoditate et usu necessario".

Het Canonieke recht neemt den regel „necessitas legem non habet", uit het Germaansche recht over.

In hoofdzaak beperkt dit recht zich tot diefstal, gepleegd uit nood. Corpus iuris canonici 1), lib. V. tit. XVIII, de furtis, cap. III: „Committens furtum ex necessitate non multum urgente, peccat, sed non graviter; unde imponenda est ei levis poenitentia. H. d. secundum communem intellectum".

Ex poenitentiali Theodori.

„Si quis propter necessitatem famis aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem vel pecus, poeniteat hebdomadas tres, et, si reddiderit, non cogatur ieiunare".

Lib. V, titulus XLI de regulis iuris, cap. IV:

„Propter necessitatem illicitum efficitur licitum".

Idem super Marcum.

„Quod non est licitum lege, necessitas facit licitum, nam et sabbatum custodiri praeceptum est; Maccabaei tamen sine culpa sua in sabbato pugnabant; sic et hodie, si quis ieunium fregerit aegrotus, reus voti non habetur".

Langzamerhand begon men de grenzen van den noodtoestand nog enger te trekken.

De Constitutio Criminalis Carolina van Karel V van 1532 heeft ook een zeer beperkte opvatting. De artikelen 166 en 175 handelen over den noodtoestand. Artikel 166: „Stelen in rechter hongersnot. Item so jemandt durch recht hongersnot, die er, sein weib oder kinder leiden, etwas von essenden dingen zu stelen geursacht würde, wo dann derselb diebstall tapffer gross und kündtlich wer, sollen abermals richter und urtheyler (als obsteht) radts pflegen. Ob aber derselbigen dieb einer unsträfflich erlassen würd, soll im doch der kläger umb die klag desshalb gethan nichts schuldig sein".

Uit dit artikel zou men kunnen afleiden, dat onbelangrijke diefstallen straffeloos begaan mogen worden, wanneer men op geen andere wijze aan voedsel kan komen.

1) Editie Friedberg, Leipzig 1881.

In de 17^e eeuw komt er een opleving in de rechtsphilosophie. Ook de theorie over den noodtoestand tracht men op verschillende wijzen opnieuw te construeeren. In ons land zijn het de Groot en Matthaeus, die, ieder van hun eigen standpunt uit, deze materie behandelen.

Verschillende rechtsgronden voor de straffeloosheid van de in noodtoestand begane handeling, waaruit men het bestaan van een noodrecht, het wederrechtelijke, doch onstrafbare karakter der handeling, het niet betrekking hebben der wet op deze gevallen, alsook het in dezen toestand wegvallen van de verantwoordelijkheid voor onze handelingen, heeft afgeleid, welke theorieën men thans nog, zij het soms ook met een eenigszins andere motiveering, aanhangt, treft men in dezen tijd reeds aan.

Het komt ons overzichtelijker voor, ook in verband met den invloed, dien sommige schrijvers op andere hebben uitgeoefend, deze oudere schrijvers zooveel mogelijk in chronologische volgorde te behandelen en eerst later, vanaf Hegel, de verschillende theorieën groepsgevijs in de reeds aangegeven volgorde te beschouwen.

Hugo de Groot zegt in zijn „Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid” 1), boek 1, deel 2, § 23, dat de wetgever bij het geven van algemeene regels niet in staat is rekening te houden met alle omstandigheden, die zich kunnen voordoen en dat het daarom de vraag is, of de wet altijd bindende kracht uitoefent.

„Aangezien hiervoren gezegd is, dat onder de werkinge der wet is de verbintnisse, en de burgerwetten doorgaans in 't algemeen worden ingesteld, hoewel de reden niet altyd even wel schynt te passen, 't welk alzoo toekomt, om dat de verscheidenheden der menschelyke zaken zeer onzeker zyn, en de wet iet zekers moet stellen, zoo valt hieruit dikmaal geschil, of zulke wet ook altyd verbindt: waarop met onderscheid

1) Bewerkt door Mr. W. Schorer, uitgegeven te Middelburg bij Pieter Gillissen 1767.

moet worden geantwoord. Want indien de eenige en wel bekende reden der wet in 't algemeen ophoudt, zoo moet de wet verstaan worden dood te zyn, alzoo des Wetgevers wille alsdan ophoudt".

Even verder zegt hij: „Maar indien de wet niet in 't algemeen ophoudt, zoo moet gelet worden, of de oefeninge van de wet in de voorgevallene gelegenheid opentlyk zoude stryden met de wille des Wetgevers, in welken gevalle de wet noch uiterlyk noch innerlyk verbindt, als by voorbeeld: de wet verbiedt alle burgers by nacht op den wal te komen: een burger wonende by den wal, hoort by nacht, dat de vyand den wal beklimt. Indien hy alsdan t' huis bleef en niet zyn best dede, om den vyand af te keeren, hy zoude wel doen na de woorden van de wet, maar niet na den zin van den wetgever, die vooral betracht moet worden".

Uit het bovenstaande zou men de gevolgtrekking kunnen maken, dat volgens de Groot de wet in geval van noodtoestand haar verbindende kracht verliest.

Deze meening verdedigt hij ook in „De iure belli ac pacis" 1), L. 1, cap. IV, § 7: „Gravior illa est quaestio, an lex de non resistendo nos obliget in gravissimo et certissimo discrimine. Nam leges etiam Dei quaedam, quanquam generaliter prolatae, tacitam habent exceptionem summae necessitatis".

Even verder zegt hij nog: „Non quod Deo ius non sit ad certam mortem subeundam nos obstringere, sed quod leges quaedam eius sint argumenti, ut non credibile sit datas ex tam rigida voluntate, quod in legibus humanis magis etiam procedit."

L. II cap. II § 6: „Hinc primo sequitur, in gravissima necessitate reviviscere ius illud pristinum rebus utendi, tanquam si communes mansissent; quia in omnibus legibus humanis, ac proinde et in lege dominii, summa illa necessitas videtur excepta."

Wel spreekt de Groot hier van een noodrecht, echter niet

1) Bewerkt door P. C. Molhuizen, uitgegeven bij A. W. Sijthoff, Leiden 1919.

in den zin van een door de wet erkend recht, maar in dien van het natuurrecht.

Uit de aangehaalde plaatsen uit de Groot's geschriften blijkt, dat hij van meening was, dat de wet geen regeling gaf voor de in noodtoestand begane handeling.

Samuël Puffendorf verandert eenigszins de theorie van de Groot. Hij verdedigt de straffeloosheid van den noodtoestand op grond van de den mensch aangeboren zucht tot zelfbehoud, die hij onweerstaanbaar acht. Hij zegt in zijn „*De iure naturae et gentium*“, lib. II, cap. VI, § I: „*An scilicet aliquando legibus vetita agere, aut praecepta omittere possimus, quando citra nostram culpam in eiusmodi angustiis haeremus, ut aliter salutem nostram expedire nequeamus. Ubi adparet, quicquid est illud sive iuris, sive favoris, aut veniae, quod necessitati tribuitur, unice inde promanare, quod non possit non homo omni studio ad se conservandum conniti*“.

In § II zegt hij, dat de wetgever met dezen drang rekening moet houden.

„*Sed ex benevola legislatorum mente, simulque naturae humanae consideratione praesumitur, casum necessitatis sub lege generaliter concepta non contineri.*“

Tenslotte zegt hij nog in § VIII: „*Denique videtur et necessitas circa res nostras versans, veniam indulgere res alienas perdendi, aut invadendi; cum hac tamen restrictione, ut citra nostram culpam illud periculum rei nostrae extiterit, ut idem commodiore via dispelli nequeat, ut ne pro viliori nostra re alterius pretiosiores perdamus, ut aestimationem eiusdem praestemus, siquidem ista alias peritura non fuerat, et denique in partem damni veniamus, si alterius res una cum nostra alias peritura erat, quae nunc sua iactura nostram fervat.*“

Hetgeen hij hier in § 8 zegt, is niet geheel in overeenstemming met de beide vorige aangehaalde plaatsen.

Wanneer men toch aanneemt, dat de noodtoestand door den wetgever met het oog op de menschelijke natuur, die geen weerstand zal kunnen bieden aan den drang naar zelfbehoud, uit de algemeene wet is weggelaten, behoeft degene,

die in noodtoestand verkeert, geen verontschuldiging voor het begaan van de onder gewone omstandigheden verboden handeling, want dit geval is niet door de wet verboden en behoeft derhalve ook niet verontschuldigd te worden.

Zijn meening vindt echter waarschijnlijk zijn grond hierin, dat hij een natuurrecht boven de positieve wet aanneemt, zoodat hij van meening is, dat de noodtoestand niet door het positieve recht wordt geregeld en dat het natuurrecht de handeling, in dezen toestand verricht, zal verontschuldigen.

Volgens Matthaeus blijft de handeling, in noodtoestand verricht, delict en valt slechts de straf weg.

„De Criminibus” ad lib. XLVII Dig. commentarius 1), tit. 1, 7: „Atque ex hoc fundamento multi inferunt, tempore arctioris annonae, si quis stimulante fame cibum alteri auferat, furtum eum non facere; quoniam non lucri faciendi causa id faciat, sed ut expleat stomachum latrantem. Ad quam sententiam confirmandam et illud adferunt, deficiente publice annona, privatos penum, quam domi abstrusam atque reconditam habent, in publicos usus, et communem civium utilitatem proferre teneri: prorsus quemadmodum in nave, si quando defecerit cibus, quod quisque navigantium habet, in commune conferre cogitur.”

„Verum horum sententia mihi non omnino probatur: quin potius inter crimen et poenam distinguendum arbitror: ut crimen committi, etiam urgente penuria fateamur: poenam tamen, propter necessitatis vim delinquenti aut remittamus, aut certe mitigemus. Quis enim persuaserit homini intelligenti, lucrificandi animum non habere eum, qui deficiente annona cibum alteri subtrahit, cum manifestum sit, ipsum illum cibum ab eo lucrificari? Nec est, quod necessitatis vim obtendat, ad facti invidiam prorsus eluendam, cum viro sapienti atque bono nulla tanta vis inferri possit, ut sciens turpitudine aliqua se contaminet: atque etiam in huiusmodi casibus, ut Cicero scribit, suum cuique incommodum feren-

1) Editie Waesberge, Utrecht 1644.

dum sit potius, quam de alterius commodis quicquam subtrahendum."

Hieruit kan men afleiden, dat Matthaeus de straffeloosheid niet grondt op subjectieven nood, maar integendeel het een gebrek aan zedelijken moed rekent, den nood niet zelf te dragen en dezen op een ander af te wentelen. Handelingen, in noodtoestand verricht, zijn volgens hem niet in overeenstemming met het recht. Integendeel zou het overeenkomstig het wezen van het recht zijn, dat ieder het hem treffende leed zelf onderging, ook zelfs dan, wanneer men, door aan een ander een gering nadeel toe te brengen, een ernstig leed van zichzelf zou kunnen afwenden. Wanneer men evenwel, hierop niet lettende, toch een noodhandeling verricht, wil hij wegens den drang, die door den nood wordt uitgeoefend, de straf kwijtschelden of verminderen.

De strafwet is volgens Kant een kategorische imperatief. Straf moet, zonder in aanmerking nemen van eenig ander doel, gegeven worden, omdat er onrecht gepleegd is en de rechtvaardigheid dit verlangt.

„Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) . . . , kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben" 1).

Volgens dit principe zou er straf moeten volgen op de noodtoestandshandeling. Om aan dit niet gewenschte gevolg zijner eigen theorie te ontkomen, volgt hij deze redeneering, dat waar het leed, door de wet bedreigd, niet grooter kan zijn dan het in noodtoestand bedreigende, de strafwet in noodtoestand geen afhoudende werking kan uitoefenen.

Hierop steunt Kants „factum non inculpabile quidem sed impunibile" 2).

1) Kant: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Uitgegeven bij Friedrich Nicolovius, Königsberg 1798, zie blz. 227.

2) Kant, t.a.p. blz. 41.

„Es kann nämlich kein Strafgesetz geben, welches demjenigen den Tod zuerkennete, der im Schiffbruche mit einem Andern in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstiesze, um sich selbst zu retten. Denn die durchs Gesetz angedrohte

Kant heeft de beslissing gezocht aan de subjectieve zijde en afgeleid uit den psychischen toestand van den handelende.

De handeling, in noodtoestand verricht, is volgens Kant onrecht. Het recht moet dus, ook blijkbaar volgens hem, los van de omstandigheden worden beschouwd als een onveranderlijk geheel. Ook hij ziet schijnbaar niet in, dat het recht als regeling van de menschelijke samenleving, met deze in de eerste plaats heeft rekening te houden en hiernaar ook heeft te bepalen, wat recht en wat onrecht is.

Kant is van meening, dat deze, zijns inziens onrechtmatige handeling geen straf verdient, omdat de wetgever niet in staat is met een zoodanige straf te bedreigen, dat het leed, dat hierdoor te verwachten is, ernstiger is, dan het in noodtoestand dreigende leed. Omdat de wetgever hier dus volgens hem, zijn plicht niet volkomen naar behooren kan volbrengen, laat hij deze geheel achterwege. Kant komt hier met zijn eigen theorie in strijd. Bovendien zal ook de afhoudende werking, die het recht ook in den hoogsten nood kan uitoefenen, geheel van den persoon afhangen, die in deze omstandigheden verkeert.

Wanneer de strafwet overtreden is, blijkt hieruit, dat zij haar afhoudende werking gemist heeft. Het beginsel, dat in dit geval aan de verboden handeling geen straf toekent, zou de werking der strafwet verlammen.

Nog verscheiden andere theorieën, in meer of mindere mate afwijkende van de hier behandelde, nemen hun eigen plaats in bij de ontwikkeling van dit vraagstuk. Hiervan willen wij slechts nog noemen de leer van Fichte en de imputabiliteitstheorie, ook wel genoemd de theorie van de con-

Strafe könnte doch nicht grösser seyn, als die des Verlust des Lebens des ersteren.

Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Uebel, was noch ungewisz ist, kann die Furcht vor dem Uebel, was gewisz ist, nicht überwiegen. Also ist die That der gewaltthätigen Selbsterhaltung nicht etwa als unsträflich (inculpabile), sondern nur als unstrafbar (impunibile) zu beurtheilen."

trainte morale. De grondvester van deze theorie is Feuerbach. Zij is gebaseerd op de idee van Kant, dat in noodtoestand de strafwet haar afhoudende werking niet doet gelden. Hij ontkent de wilsvrijheid voor het strafrecht. Bij elke handeling geeft de sterkste factor den doorslag; zoo is elke handeling een psychologische dwang. Deze dwang heft de toerekenbaarheid en daarmede de strafbaarheid voor het verrichten van de handeling op.

In zijn „Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts“, bewerkt door Mittermaier, 1836, blz. 91 en 98, § 90 en § 91, zegt hij: „Desgleichen wird die Zurechnung ausgeschlossen . . . , wenn die That . . . bei gegenwärtiger dringender Gefahr für das Leben oder für ein anderes, unersetzliches persönliches Gut, als einziges Mittel der Rettung begangen worden ist, es sey die Person in jene Gefahr entweder durch blossen Unglücksfall, oder durch rechtswidrige Gewalt eines Andern versetzt worden.“

De theorie van Feuerbach is tegenstrijdig. Volgens deze toch zou elke overtreding van de strafwet, daar in deze gevallen de strafwet haar afhoudende werking klaarblijkelijk niet heeft kunnen doen gelden, straffeloos moeten blijven.

De strafwet zou dan alleen preventief bij de psychisch sterke personen werken, terwijl zij den psychisch zwakkeren een vrijbrief tot het begaan van alle mogelijke misdaden zou verleen.

Fichte 1) was de meening toegedaan, dat de noodtoestand buiten het recht lag. De grondslag van zijn theorie is gelegen in de vraag, hoe kunnen meerdere vrije wezens te zamen bestaan? De mogelijkheid van een te zamen bestaan stelt hij als voorwaarde voor de werking van het recht. Bij den noodtoestand, waarbij leven tegenover leven staat, valt deze mogelijkheid weg 2). De taak van het recht houdt hier dus

1) Fichte: Grundlage des Naturrechts, uitgegeven bij C. E. Gabler, Jena-Leipzig 1797, deel II, blz. 85—87.

2) „Dieses Recht soll eintreten, wenn zwei freie Wesen nicht dadurch, dass der eine den andern angegriffen, sondern durch blosse Naturkausalität

volgens hem op 1). Toch staan beide nog onder het recht met betrekking tot de overige menschen 2).

De meening van Fichte heeft niet veel invloed uitgeoefend.

Toch schuilt er wel een juiste kern in deze theorie, niet in zooverre zij het conflict leven tegenover leven niet meer tot de taak van den wetgever rekent, maar wel in zooverre deze taak buiten diens feitelijke macht gaat en de wetgever hier dus slechts kan toelaten.

Met Hegel, die in de eerste helft van de 19^e eeuw een nieuwe theorie over den noodtoestand opbouwt, komt de reactie tegen de richting van Kant en Feuerbach.

Noodtoestand is volgens Hegel een conflict tusschen leven en eigendom. 3) Het leven heeft volgens hem absolute aanspraak op bescherming. Dit is niet geheel juist, daar er onder bepaalde omstandigheden op iemand een plicht kan rusten, welks volbrenging het leven kan kosten, zooals de dienstplicht in tijd van oorlog. Er bestaat dus niet een absoluut recht op het leven. Dit laatste is echter wel de voorwaarde voor de uitoefening van alle rechten.

in die Lage kommen, dass Einer von beiden sich nur durch den Untergang des andern retten könne, und, wenn nicht einer von beiden aufgeopfert wird, beide zu Grunde gehen."

1) „Es ist hier vom Rechte überhaupt nicht mehr die Frage. Die Natur hat die Berechtigung für beide, zu leben, zurückgenommen; und die Entscheidung fällt der physischen Stärke und der Willkühr anheim."

2) „Da aber dennoch beide betrachtet werden müssen, als stehend unter dem Rechtsgesetze, unter welches sie denn auch nach der That, in Beziehung auf andere, wieder kommen werden, so kann man das Nothrecht beschreiben, als das Recht, sich als gänzlich exempt von aller Rechtsgesetzgebung zu betrachten."

3) Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, uitgegeven bij A. H. Adriani, Leiden 1902, § 127.

„Dieses in der letzten Gefahr und in der Kollision mit dem rechtlichen Eigentum eines Anderen hat ein Nothrecht (nicht als Billigkeit, sondern als Recht) anzusprechen, indem auf der einen Seite die unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit, auf der anderen Seite nur die Verletzung eines einzelnen beschränkten Daseins der Freiheit steht, wobei zugleich das Recht als solches und die Rechtsfähigkeit des nur in „diesem" Eigentum Verletzten anerkannt wird."

Hegel beperkt zijn theorie tot conflicten van leven met eigendom. Hij geeft ook geen oplossing voor conflicten van gelijkwaardige belangen, waarbij zoowel van het leven als andere rechtsbelangen sprake kan zijn. Zijn theorie is derhalve fragmentarisch.

Voor het eerst heeft A. F. Berner in zijn inaugureele rede te Berlijn in 1861, „De impunitate propter summam necessitatem proposita” ¹⁾, aan den noodtoestand ruimere grondslagen toegekend. Niet alleen aan conflicten tusschen leven en vermogen wil hij de voorrechten, aan den noodtoestand verbonden, toekennen, maar aan alle rechtsbelangen, alleen echter bij ernstig gevaar. Naar gelang van de omstandigheden wil hij in noodtoestand een recht toekennen, of de handeling, in dezen toestand verricht, verontschuldigen. Hij verwerpt de meening, dat het recht onverschillig (rechtlich indifferent) tegenover deze handeling zou staan.

Op blz. 8 van zijn rede leest men: „Abiecta igitur est e nostri temporis controversiis coniectura illa, qua „neque iure neque iniuria” posse interdum fieri laesionem putaverunt. Etenim simul ac iure fieri desiit, iniuria fiat necesse est, neque unquam exstat quod mathematici vocant punctum indifferentiae.” (Rechtlich indifferent)

Met nadruk wijst hij op de relativiteit van het recht en verwerpt het zoogenaamde „absolute recht op het leven” van Hegel. Wel wil hij aan het leven een recht toekennen ten koste van geringere rechten. Aan de zijde van de weegschaal, die doorslaat en zoo bewijst de zwaarste te zijn, wil hij een noodrecht toekennen. Dit recht wil hij niet toekennen, wanneer beide schalen van de weegschaal in evenwicht zijn.

Zoo leven tegenover leven staat, of ernstige benadeeling van gezondheid tegenover verlies van het leven, wil hij de handeling verontschuldigen. De handeling is hier een gevolg van gebrek aan heldenmoed. De wet mag niet straffen bij het ontbreken van dezen buitengewonen moed. Hij wijst er hier

1) Uitgegeven bij G. Schade, Berlijn 1861.

op, dat men gebrek aan moed dikwijls toeschrijft aan een hevige gemoedsaandoening, waardoor degene, die in gevaar verkeert, zoo van streek wordt gebracht, dat hij de kracht van deze aandoening nauwelijks kan beheerschen en dat hij er daardoor plotseling toekomt, anderen in het ongeluk te storten. Indien dit zoo was, zou hij, die na kalm overleg de handeling verrichtte, straf verdienen. Hij is echter van meening, dat ook deze, die welbewust de handeling volbracht, verontschuldigd moet worden. Heldenmoed noemt hij niet het beheerschen van zijn gemoedsaandoeningen, maar het welbewust, na kalm overleg, op den achtergrond plaatsen van eigen belang bij dat van een ander.

Het noodrecht leidt Berner af uit de „*iusta ratio iuris*”.

Naar aanleiding hiervan zegt hij op blz. 10: „*Egissee sapienter, ducta iurium diversorum ratione, e re publica et absolutissimo societatis humanae exemplari congruenter, non is tantum dici potest, qui vitae suae salutem expedivit, sed is quoque, qui salvis gravioribus aliis quibusdam iuribus minora iura violavit. Ut igitur statuamus, quando et quatenus calamitoso sit ius, e calamitate quadam, e vitae, e corporis, e bonorum, ex honoris periculo laeso iure alieno evadendi: generalem quandam iurium proportionem proponamus oportet*”.

Binnen de grenzen, waarbinnen hij een noodrecht wil toekennen, wil hij aan den derde onbeperkt zoowel het verleenen van hulp, als het zelfstandig verrichten van de handeling toestaan.

Als een gevolg van het noodrecht kent hij geen recht van verdediging toe aan dengene, wiens goed beschadigd wordt door de noodtoestandshandeling.

In de gevallen, waarin hij de handeling slechts wil verontschuldigen, wil hij, wanneer deze handeling door een derde wordt verricht, of zoo deze bij het verrichten van deze handeling behulpzaam is geweest, diens straffeloosheid afhankelijk stellen van zijn verhouding tot dengene, die in gevaar verkeert.

Rudolf Stammler, wiens verhandeling over den noodtoestand, „*Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Noth-*

standes" 1) als antwoord op een, door de Juridische Faculteit te Giessen uitgeschreven prijsvraag, in 1878 verscheen, wil in noodtoestand steeds een noodrecht toekennen. Hij motiveert dit aldus: het intact blijven van elk rechtsgoed is van het hoogste belang voor de rechtsorde; de Staat tracht hiervoor op allerlei wijze te zorgen, maar omdat de Staat niet almachtig is en evenmin overal tegenwoordig, kan hij dikwijls het in gevaar verkeerende goed niet beschermen; in dergelijke gevallen mag de bezitter van het rechtsgoed, met het oog op de juridische waarde van dit goed, het zelf beschermen. Dit principe geldt onvoorwaardelijk bij noodweer, voorwaardelijk bij noodtoestand. Alle rechten dragen een relatief karakter. Het eene rechtsgoed heeft een grootere waarde voor de rechtsorde, dan het andere. Dit verschil in waarde komt uit in de verschillende strafmaat. Bij een conflict tusschen twee goederen, waarbij het meerwaardige slechts kan behouden blijven ten koste van het geringere, moet de Staat, in overeenstemming met zijn principe, de voorkeur geven aan het meerwaardige. Zoo de Staat hiervoor niet zelf kan zorg dragen, moet hij het meerwaardige goed zelf doen verrichten, datgene, waarvoor hij, zoo het hem mogelijk ware geweest, zelf zou zorg gedragen hebben.

Stammler ontzegt ook aan het leven een absoluut recht, zooals Hegel dit hieraan toekent, omdat de Staat het leven in het algemeen belang kan opvorderen.

Ook bij een conflict tusschen gelijke rechtsgoederen wil Stammler een noodrecht toekennen. In dit geval wil hij een noodrecht toekennen aan het rechtsgoed, dat door den uitslag van het conflict het sterkst blijkt te zijn. Naar aanleiding hiervan vindt men op blz. 76:

„Wenn zwei Rechtsgüter in einen Conflict, wie den genannten, gerathen, und die Rechtsordnung kann diesen nicht lösen, so musz eben gerade nach dem thatsächlichen Resultate des Kampfes, nach der Stärke der für das Recht theo-

1) Uitgegeven bij Andreas Deichert, Erlangen 1878.

retisch gleichwerthigen Rechtsgüter gemessen werden, wessen Erhaltung im vorliegenden Falle dem Rechte am werthvollsten war, wessen Erhaltung die Rechtsordnung also billigen musz. Das in einem Nothstandsconflict zweier gleichwerthiger Rechtsgüter Besiegte ist mit rechtlicher Billigung unterlegen, da es sich als das thatsächlich schwächere und daher als das für das Recht weniger werthvolle herausgestellt hat."

Deze conclusie van Stammler schijnt wel eenigszins onlogisch. Wanneer er een recht bestaat van iets te mogen doen, zal dat recht reeds bestaan, voordat de handeling verricht wordt. Volgens Stammler zou er echter bij strijd tusschen twee rechtsbelangen aan geen van beide zijden een recht tot ingrijpen bestaan, maar dit recht zou eerst ontstaan, wanneer de verboden handeling verricht is en het beoogde doel heeft bereikt en zou derhalve aan haar doeltreffendheid haar rechtmatigheid ontleenen. Dit schijnt eenigermate vreemd; het rechtmatige van een handeling zal toch niet afhangen van de mogelijkheid van haar voltooiing.

Ook Rudolf Merkel neemt in zijn belangrijke verhandeling: „Die Kollision rechtmässiger Interessen" ¹⁾, binnen zekere grenzen een noodrecht aan. De noodtoestandshandelingen vormen naar zijn meening een onderdeel van een ruimer begrip en wel van dat van de door het recht beschermde belangenconflicten. Het behoort tot de taak van het recht, een oplossing voor deze conflicten te zoeken. Niet bij al deze belangenconflicten wil hij van noodtoestand spreken. Deze zou hij alleen willen erkennen bij ernstig gevaar. Hij wijst op den drang, die er in noodtoestand wordt uitgeoefend, die of in de subjectieve beteekenis van het gevaar, of in de objectieve waarde van het rechtsgoed ligt. Deze objectieve waarde mag echter niet op zich zelf staande beschouwd worden, maar heeft slechts in zooverre beteekenis, dat het voorrecht van den noodtoestand eerst mogelijk wordt, zoo deze, op zich zelf beschouwd, belangrijk is. Het komt echter volgens hem

1) Uitgegeven bij K. J. T. Moser, Straatsburg 1895.

er vooral op aan, dat bij conflicten tusschen gelijksoortige goederen, deze met elkaar worden vergeleken. Hier ligt volgens hem de kern van de zaak, waaruit zou volgen, dat de objectieve leer, welke hij aanhangt, identiek is met de vraag naar de verhouding van de waarden der tegenovergestelde belangen. Het strafrecht staat, in overeenstemming met zijn karakter, op subjectief standpunt. Hij zegt, dat in verband hiermede de noodtoestand in het algemeen van subjectief standpunt wordt beschouwd, waartoe volgens zijn meening geen aanleiding bestaat, omdat de noodtoestand behoort tot de algemeene groep van belangenconflicten. Hij vestigt er de aandacht op, dat het subjectieve standpunt geen voldoende verklaring kan geven van het door een derde zelfstandig verrichten van de noodtoestandshandeling, noch van het geval, dat deze hierbij behulpzaam is. Ook wijst hij er op dat dit standpunt te ruim is bij onbeteekenend lichamelijk letsel.

Merkel leert, dat de nood een wederrechtelijke handeling niet rechtmatig maakt. Het is echter o.i. juist de vraag, waarin de wederrechtelijkheid eener handeling ligt en of al of niet wederrechtelijkheid niet afhankelijk zal zijn van de omstandigheden. Zoo men deze toch verwaarloost, houdt men geen rekening met het relatieve, steeds wisselende karakter van het recht, dat niet een star, onveranderlijk begrip is, maar integendeel, wanneer het zijn taak zoo goed mogelijk tracht te vervullen en levend recht wil zijn, zich geheel moet richten naar de omstandigheden, waarover het zijn oordeel moet uitspreken.

Hij erkent wel op blz. 67 de relativiteit van alle rechten, maar schijnt dit slechts te doen voor wat betreft de objectieve verhouding der tegenovergestelde waarden en niet voor wat betreft den invloed, die op het recht wordt uitgeoefend door subjectieve omstandigheden.

Het civiele recht moet volgens zijn meening beoordeelen, of een handeling rechtmatig is en wel naar een objectieven maatstaf. Hij motiveert dit op blz. 40 aldus:

„Für das Civilrecht und die in Betracht kommenden Teile

des öffentlichen Rechts nun kann bei Abgrenzung der Rechtssphären und Entscheidung von Kollisionen zwischen den berechtigten Interessen verschiedener Subjekte nicht der im Obigen charakterisierte subjektive Gesichtspunkt maßgebend sein — wäre es doch ein Widerspruch, in den subjektiven Zuständen eines der einander gegenüberstehenden Interessen die Norm für die Festsetzung der objektiven Grenzen ihrer Berechtigungen zu finden sondern nur ein objektiver".

Na uit „das Prinzip des überwiegenden Interesses" de rechtmatigheid van de handeling te hebben afgeleid, neemt hij als gevolg hiervan aan, dat ook de derde deze handeling straffeloos mag verrichten, omdat deze handeling in overeenstemming met het recht en dus rechtmatig is.

Om dezelfde reden wil hij geen afweer tegen de noodtoestandshandeling toelaten. In de gevallen, waarin hij een recht toekent, wil hij geen rekening houden met het veroorzaken van den noodtoestand door eigen toedoen.

Bij conflicten tusschen gelijkwaardige belangen is er volgens hem, evenmin als in conflicten, waarbij het meerwaardige aan het minderwaardige wordt opgeofferd, reden partij te kiezen voor het in gevaar verkeerende belang, en de schade aan het andere belang toegebracht, goed te keuren.

In dergelijke gevallen wil hij, met het oog op de subjectieve omstandigheden, de straf laten vervallen en de daad verontschuldigen. Deze verontschuldiging wil hij slechts toekennen aan den in nood verkeerende zelf of aan diens verwanten 1).

Bij gevaargemeenschap acht hij de handeling, waardoor het eene belang gered wordt, terwijl anders beide teniet zouden zijn gegaan, rechtmatig.

Tenslotte noemt Merkel nog als belangenconflicten de industriele ondernemingen, die gevaar voor hun omgeving opleveren. Hier meent hij een belangenconflict te zien tusschen den ondernemer en de omgeving. Dit is naar onze meening hier niet het geval. Het gevaar is inhaerent aan de onder-

1) In tegenstelling hiermede acht hij de schade toebrengeende handeling wel rechtmatig bij plichtenconflicten tusschen gelijke plichten.

neming. De ondernemer heeft echter geen belang bij het ontstaan van gevaar, integendeel het zou van groot gewicht voor hem zijn, zoo zijn onderneming zonder dit gevaar gedreven kon worden. Hij moet dit gevaar echter als een onvermijdelijk gevolg van zijn onderneming accepteren. De omgeving van het bedrijf heeft als onderdeel der maatschappij belang bij het bestaan van dit bedrijf. Ook zij moet als gevolg hiervan het aan de onderneming verbonden gevaar accepteren. Bij deze ondernemingen is er o.i. geen conflict tusschen ondernemer en publiek. Het conflict zetelt in de onderneming zelve. Haar uitoefening, zoowel voor den ondernemer als voor het publiek van belang, veroorzaakt het gevaar.

Von Liszt is in zijn „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts" 1), blz. 149, uit praktische overwegingen voor een noodrecht. Wanneer men dit niet doet, kan men de straffeloosheid van de noodtoestandshandeling door een derde niet verklaren.

Von Liszt geeft als definitie van den noodtoestand: „Notstand ist ein Zustand gegenwärtiger Gefahr für rechtlich geschützte Interessen, aus dem es keine andre Rettung gibt, als die Verletzung von rechtlich geschützten Interessen eines andern".

In het Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht 2) van Professor Simons worden de noodtoestand en de overmacht afzonderlijk behandeld. Hij maakt deze onderscheiding, omdat bij de overmacht de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de handeling bij een derde berust. Bij den noodtoestand valt de wederrechtelijkheid en daarmee hare strafbaarheid weg, omdat men moet veronderstellen, dat de wetgever zijn verbod niet geschreven acht voor buitengewone gevallen als waarin de handeling is verricht en zijn norm dus voor die gevallen buiten werking stelt. Naar aanleiding hiervan zegt hij op blz. 248: „Aan de handeling, welke aldus buiten het rechtsvoorschrift valt, niet alleen buiten de strafrechtelijke

1) Uitgegeven bij W. de Gruyter & Co., Berlijn en Leipzig 1922.

2) 4e druk.

norm, doch ook buiten die, welke voortvloeit uit de bepalingen op ander rechtsgebied, wordt daardoor ook het karakter van onrechtmatigheid ontnomen; wat de wetgever toelaat, niet verbieden wil, kan niet als onrechtmatig worden beschouwd."

Met „buiten het rechtsvoorschrift vallen" wordt hier niet bedoeld, dat de noodtoestand buiten het gebied van het recht valt, doch alleen, dat de wetgever deze handeling niet verbiedt. Al wat de wetgever niet verbiedt, is niet in strijd met het recht, ook al kan men in al de gevallen, waarin men niet in strijd met het recht handelt, nog niet zeggen, dat men een recht heeft tot het begaan van de handeling.

Hij kent bij noodtoestand nergens „een recht" tot de handeling toe. Deze handelingen dragen, naar zijn opvatting, in alle noodtoestandsgevallen eenzelfde, niet onrechtmatig karakter. Toch is ook Simons niet van meening, dat bij den noodtoestand, waarin leven tegenover leven staat, de wetgever, door de handeling in dezen toestand verricht, voor niet onrechtmatig te verklaren, haar tevens billijkt en goedkeurt.

In die gevallen van noodtoestand waarbij niet het leven betrokken is, is de handeling zeer zeker niet onrechtmatig, maar hierbij kan o.i. in sommige gevallen, zooals wij later nog zullen uiteenzetten, wel van een instemming van den wetgever sprake zijn, zoodat naar onze meening deze handeling in alle gevallen niet eenzelfde rechtskarakter draagt.

In de „Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht" 1) van professor Mr. G. A. van Hamel wordt geen onderscheid gemaakt tusschen de vis compulsiva en den noodtoestand. Deze wil slechts letten op het gevaar, dat in beide gevallen den dader bedreigt en waarvan een psychische drang uitgaat. Aan dezen psychischen drang wil hij slechts dan een objectieven rechtvaardigingsgrond toekennen, wanneer de strafwet, door toch te vorderen, dat het feit wordt nagelaten, iets zou eischen, wat buiten het gebied der

1) 3e druk, blz. 294.

rechtsorde moet liggen, namelijk of iets dat zedelijk heldenmoed zou wezen, of iets, dat zedelijk dwaasheid zou zijn. Het recht berust hier volgens Van Hamel eenvoudig in het gebeurde.

Professor Zevenbergen beschouwt in zijn „Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht" de overmacht als: „een grond, die de onrechtmatigheid uitsluit, nader bepaald, die de handeling rechtvaardigt" 1).

Hij verwerpt de onderscheiding tusschen noodtoestand en bedreiging, terwijl zijn eenige motiveering daarbij is de verklaring, dat er geen grond voor eenige begrenzing tusschen deze onderwerpen onderling is, daar het onverschillig is, door welke factoren het willen dermate is beïnvloed. Later komt hij nog eens op deze onderscheiding terug, omdat zij door Simons in diens „Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht" wel wordt gemaakt. Deze onderscheiding in het laatstgenoemde Leerboek vindt zijn oorzaak hierin, dat bij den zedelijken of psychischen dwang de materiele uitvoerder van de daad niet aansprakelijk is, doch degene, die dezen dwang uitoefende en die hierdoor middellijk dader is. Zevenbergen vindt dit wel waar, maar noch beslissend, noch van belang voor den grond van de straffeloosheid van deze groep.

De niet strafbaarheid van deze groep ligt echter juist in de aansprakelijkheid van een derde voor de wederrechtelijke handeling. Hierin ligt het verschilpunt tusschen den psychischen dwang en den noodtoestand.

Het zou te ver voeren hier verder op deze aansprakelijkheid van een derde in te gaan, daar deze ligt op het terrein van de deelneming. Bovendien heeft hij, wanneer hij deze onderscheiding verwerpt, slechts gesproken over de vis absoluta en de vis compulsiva, doch in het geheel niet over hetgeen onder noodtoestand wordt verstaan.

Ook is het niet geheel juist, wanneer hij zegt, dat Simons in zijn Leerboek zou leeren, dat de fysieke en de psychische

1) T.a.p. blz. 115.

overmacht (*vis absoluta*) een omstandigheid is, die de toerekenbaarheid uitsluit, terwijl er tevens in die gevallen geen geweld handelen is.

Zevenbergen is van meening, wat wel niemand hem zal tegenspreken, dat, waar men niet van een handeling in juridischen zin kan spreken, er geen sprake van ontoerekenbaarheid kan zijn.

x Simons leert daarentegen in zijn Leerboek, dat, daar er bij de *vis absoluta* geen^x geweldige handeling plaats vindt, omdat in deze gevallen degene, die de materiele daad volbrengt, slechts werktuig is, artikel 40 Wetboek van Strafrecht voor deze gevallen overbodig is, zoodat er dus volgens hem in deze gevallen geen sprake is van ontoerekenbaarheid. Daarentegen leert hij wel in zijn Leerboek, in het hoofdstuk, handelende over de overmacht, blz. 194, dat, naar de meening van den wetgever, overmacht een grond van ontoerekenbaarheid is, terwijl die overmacht van tweeërlei aard kan zijn.

Zevenbergen wil in de woorden „door overmacht gedrongen” lezen een waardeering, een billijken van de handeling, van wettelijk standpunt uit bezien. Hieraan wil hij dan een zakelijk karakter toekennen.

Wanneer men in den overmachtsdrang een toestand ziet, die van wettelijk standpunt wordt gebillijkt, dan moet volgens Zevenbergen de meerdere rechtswaarde beslissen, of die drang aanwezig is. Volgens deze meening zou er dus geen overmacht (noodtoestand) aanwezig zijn, wanneer gelijke waarden tegenover elkaar staan en derhalve ook niet, wanneer leven tegenover leven staat.

Mr. Noyon maakt in zijn „Wetboek van Strafrecht” 1) onderscheid tusschen den psychischen drang en den staat van nood. Aan dezen laatsten zou hij een plaats willen toewijzen tusschen de bedreiging en de noodweer. Als verschil tusschen de bedreiging en den staat van nood noemt hij, dat de in gevaar verkeerende bij den staat van nood zelf het middel tot afwending van het gevaar moet bepalen, terwijl

1) 3e druk.

dit in het eerste geval bepaald wordt door dengene, die de overmacht uitoefent.

Noyon wil geen invloed toekennen aan het bestaan van eigen schuld. Op blz. 204 zegt hij: „De staat van nood is aanwezig, onverschillig waardoor hij in het leven geroepen is, en zijn bestaan alleen beslist over het strafbare van den dader. De drang verliest toch niets van zijne onweerstaanbaarheid door zijne historische wording; hij is er — dit feit beslist”.

Het wil ons voorkomen, dat deze opvatting wel eenigszins te ruim is. Wanneer door eigen toedoen gevaar voor vermogensbelangen ontstaat, zou men deze schade op een ander mogen afwentelen. Dit zou o.i. slechts mogen geschieden, zoo de schade, die aan den derde wordt toegebracht, slechts gering is en aanzienlijk veel minder, dan die, welke de in gevaar verkeerende zelf zou moeten dragen.

In het Österreichische Zeitschrift für Strafrecht' van 1913 treft men een belangrijk artikel van J. Goldschmidt over den noodtoestand aan. Deze wijst er op, dat men onderscheid tracht te maken tusschen de noodtoestandsgevallen, waarbij sprake is van een conflict tusschen rechtmatige belangen, waarbij aan het objectief overwegende belang een noodrecht wordt toegekend en die noodtoestandsgevallen, waarin de handeling wordt verontschuldigd en de straf dus wegvalt.

Van deze groep zegt Goldschmidt, blz. 135:

„Der Notstand als Strafentschuldigungsgrund deckt dagegen alle mit Strafe bedrohten Handlungen, wenn sie begangen sind unter dem subjektiv übermächtigen psychischen Druck der Vorstellung einer Notlage". En verder: „In dieser seiner letzteren Bedeutung wird der Notstand überwiegend als bloßer persönlicher Strafausschließungsgrund aufgefasst. Indessen auch diese Auffassung entspricht wie von Liszt 1) mit Recht hervorhebt nicht dem Wesen der Sache. Ein bloßer persönlicher Strafausschließungsgrund, wie es z.B. die Eigenschaft als Abgeordneter, das Familienverhältnis u.s.w.

1) Lehrbuch, 18. Auflage, S. 153.

bei gewissen Handlungen zweifelsfrei sind, wurzelt grundsätzlich in auszerstrafrechtlichen Interessen. Die Rücksicht auf drückende Not aber ist ein echt deliktischer und also typisch strafrechtlicher Gesichtspunkt. Die genannte Auffassung führt auszerdem zu praktisch unbrauchbaren Konsequenzen. Wäre der Notstand wirklich bloszer persönlicher Strafausschließungsgrund, so wäre z.B. ein Irrtum über die ihn begründenden Tatumstände richtiger Ansicht nach ganz unerheblich."

Goldschmidt wil den noodtoestand noch als rechtvaardigingsgrond, noch als een persoonlijken strafuitsluitingsgrond beschouwen, maar als een grond, krachtens welke de handeling verontschuldigd wordt.

Volgens Goldschmidt heeft Frank er het eerst op gewezen, dat er noodzakelijkerwijs een schuldelement aanwezig moet zijn, wanneer er een reden tot verontschuldiging is, en dat schuld niet slechts bestaat uit toerekenbaarheid en opzet, of nalatigheid. Oorspronkelijk zag Frank dit schuldelement in de gewone normale omstandigheden, waaronder de dader heeft gehandeld. Goldschmidt zegt, dat dit slechts een ken-teeken van het schuldelement is, maar zoekt dit element in de Pflichtwidrigkeit.

Hij zegt, dat evenals bij elk artikel uit het privaatrecht, waarbij aan iemand een rechtsplicht wordt opgelegd, stilzwijgend een ander artikel uit het recht behoort, waarbij de rechter wordt aangewezen, voor het geval nakoming van deze verplichting in rechten wordt gevorderd, dat zoo ook bij elke rechtsnorm, die van iemand een bepaalde uitwendige gedragslijn vordert, stilzwijgend een andere norm staat, die hem den plicht oplegt, zijn inwendige gedragslijn zoo te richten, dat zij in overeenstemming is met de door de rechtsorde gevorderde uitwendige gedragslijn.

Op blz. 162 zegt Goldschmidt in verband hiermede:

„Wie man eine Rechtsnorm übertreten kann und doch nicht rechtswidrig handeln, sofern einem ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, wie man den Tatbestand einer

Strafdrohung erfüllen kann und doch nicht strafbar sein, sofern ein persönlicher Strafausschließungsgrund gegeben ist, so kann man eine Pflichtnorm verletzen, ohne schuldhaft zu handeln, sofern man sich auf einen Entschuldigungsgrund, einen Fall ausgeschlossener Pflichtwidrigkeit, berufen kann".

Op blz. 162 maakt Goldschmidt de volgende onderscheiding tusschen de rechtvaardigingsgronden, de persoonlijke strafuitsluitingsgronden en de gronden tot verontschuldiging:

„Die Rechtfertigungsgründe finden in letzter Linie alle ihren Grund in einem objektiv überwiegenden und berechtigten Interesse. Ebenso, so seltsam es scheinen mag, die persönlichen Strafausschließungsgründe. Nur rechtfertigen diese nicht den Täter, sondern den Richter, dessen Strafpflicht sie wegen eines objektiv überwiegenden und berechtigten ausserstrafrechtlichen Interesses aufheben. Die Entschuldigungsgründe finden ihren Grund in einem subjektiv überwiegenden und gebilligten Motiv, in einer, um mit Frank zu sprechen, „anormalen Motivierung“, in einer Lage, in der — so Artikel 27 des Schweizerischen Vorentwurfes — *dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte*, sich dem Pflichtmotiv zu fügen".

Deze verontschuldigde handeling blijft z. i. een wederrechtelijke.

M. E. Mayer behandelt in zijn werk „Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts" 1), op blz. 300 den noodtoestand.

Mayer wil de noodtoestandshandeling verontschuldigen, maar beschouwt deze handeling niet als een rechtmatige handeling. Op blz. 304 leest men: „Dasz der Notstand ein Entschuldigungs-, nicht aber ein Rechtfertigungsgrund ist, wird für das Gebiet des St. G. B. mehr und mehr zugegeben. Es sollte nicht bestritten werden, da doch der Handelnde seine Güter auf Kosten fremder rechtlich geschützter Interessen wahrt, also eine Rechtsverletzung vornimmt; es wird bestritten, weil man nicht einsehen will, dass ein subjektives Recht auf

1) Uitgegeven bij C. Winters, Heidelberg 1915.

Entschuldigung einer Rechtsgüterverletzung etwas anderes ist als ein subjektives Recht auf Rechtsgüterverletzung".

Het slot van deze bewering schijnt ons wel wat gezocht toe. O.i. kan er bij een recht op verontschuldiging geen sprake zijn van schuld en derhalve ook niet van een onrechtmatige handeling.

In hetzelfde jaar, dat Stammeler zijn prijsvraag beantwoordde, verscheen ook „Der strafrechtliche Notstand" van K. Janka ¹⁾, die de oplossing van deze vraag op een andere wijze trachtte te bereiken.

Hij maakt onderscheid tusschen crimineel en niet crimineel onrecht. Het laatste wordt crimineel onrecht, doordat de strafwet de overtreding van de norm strafbaar stelt. Elk onrecht immers is strafbaar. De voorwaarden voor de strafbaarheid vallen samen met de kentekenen van het onrecht, namelijk objectieve wederrechtelijkheid en toerekenbaarheid van de subjectieve schuld. Elk onrecht wordt niet gestraft, daar dit niet noodig is voor de handhaving van de rechtsorde. Bij de noodtoestandshandeling is er sprake van een handeling, die in den regel gestraft wordt. Evenals al het onrecht niet gestraft wordt, kan, volgens hem, de straf aan het in den regel strafbare worden ontnomen door bijzondere omstandigheden. ²⁾ De handeling blijft dan onrecht, maar is geen crimineel onrecht, omdat de straf vervallen is. Janka leidt de straffeloosheid af uit twee verschillende overwegingen, naar gelang de nood iemands geheele bestaan bedreigt, of op een goed van geringer waarde betrekking heeft. Het recht kan niet, of slechts in beperkte mate, rekening houden met al de in het karakter van den mensch liggende zwakheden en drijfveeren, die hem ergens toe brengen. De vraag van al of niet strafbaarheid staat hier niet mede in verband. Het recht behoeft er volgens hem zelfs geen aandacht aan te schenken, of degene,

1) Uitgegeven bij Andreas Deichert, Erlangen 1878.

2) T.a.p. blz. 191.

die gestraft wordt, wel in staat is om aan den drang, de wet te overtreden, weerstand te bieden. 1)

Janka is hier een meening toegedaan, geheel tegenovergesteld aan die van Binding, die in zijn Handbuch, blz. 765 zegt, dat wat de rechtsorde niet kan vorderen, of billijkerwijze niet kan vorderen, zij dit ook niet mag doen, daar zij anders niet rechtvaardig zou zijn.

Volgens Janka's meening zou de handeling, waardoor iemand inbreuk maakt op het leven van een ander, om zoo-doende zijn eigen leven, dat niet op andere wijze gered kan worden, te beveiligen, een strafbare daad begaan. Om aan deze consequentie te ontkomen, zocht hij uitkomst bij den door Puffendorf op den voorgrond geplaatsten drang naar zelfbehoud, hoewel deze leer, volgens welke het recht den drang naar zelfbehoud wel moet eerbiedigen, volkomen in strijd is met Janka's theorie, volgens welke het recht geen rekening behoeft te houden met de menschelijke natuur en er niet op behoeft te letten, of de mensch wel in staat is, weerstand te bieden aan den drang, de wet te overtreden.

Janka geeft geen rechtsgrond aan, waarom het recht, in tegenstelling met zijn eigen theorie, wel rekening moet houden met dezen drang naar zelfbehoud. Hij noemt dezen drang naar zelfbehoud „oberstes Gesetz der Natur". 2)

Het verschil tusschen de opvatting van Puffendorf en Janka is, dat de eerste den noodtoestand beschouwt als te liggen buiten het gebied van het recht, terwijl Janka hem wel als hiertoe behoorend beschouwt.

Ernstige benadeeling van gezondheid of lichamelijk letsel stelt Janka met levensverlies gelijk en evenzoo langdurige of alijdurende vrijheidsberooving.

Afgezien van deze gevallen wil hij wel een noodrecht er-

1) T. a. p. blz. 198.

2) T. a. p. blz. 199: „Das Verbrecherische der Handlung tritt zurück, wenn der Bruch des Rechtes die notwendige Bedingung für die Existenzbehauptung des Individuums ist."

kennen, doch hij vindt dit overbodig, omdat men hetzelfde kan bereiken door bij deze handeling de straf te doen vervallen. Straffeloosheid wil hij bij deze handelingen slechts toestaan, wanneer het in gevaar verkeerende goed belangrijk hooger waarde heeft, dan het goed, waarop het gevaar kan worden afgewenteld.

Hij houdt er geen rekening mede, dat niet alleen de waardeverhouding tusschen de goederen in aanmerking moet worden genomen, doch ook de verhouding tusschen de schade, die het in gevaar verkeerende goed of het andere goed te beurt zal vallen. Deze schade behoeft echter niet gelijk te zijn. Bij deze tweede groep wil Janka zoowel het verleenen van hulp bij een noodtoestandshandeling, als het zelfstandig verrichten van deze handeling door een derde onbeperkt toelaten.

In ons land zijn, waarschijnlijk naar aanleiding van de totstandkoming van ons Wetboek van Strafrecht, twee dissertaties over den noodtoestand geschreven. In 1884 verscheen die van W. L. Borel en in 1885 die van J. van Praag.

Deze laatste komt tot de conclusie, dat de handeling, in noodtoestand verricht, wederrechtelijk blijft en dat slechts de straf wegvalt. Ook volgens zijn meening is het begrip „recht” schijnbaar een vaststaand begrip, dat aan geen verandering onderhevig is en niet afhankelijk van de omstandigheden. Op blz. 42 van zijn proefschrift, „Misdrijf in nood gepleegd”, leest men naar aanleiding hiervan: „In de eerste plaats moeten wij ons verzetten tegen hen, die het bestaan van een noodrecht aannemen, die getuigen dat hij, die in nood een in gewone omstandigheden strafbaar feit pleegt, geen verschooning zou behoeven, daar hij gebruik maakt van een hem toekomend recht. Wel is waar, dat men het bestaan van een *ius necessitatis* kan aannemen door het begrip recht uit te breiden, doch wanneer men aan het begrip recht de gewone, gangbare beteekenis toekent, kan men niet tot zoodanige conclusie komen. In ons oog is de daad dus onrecht, hoewel niet strafbaar. Of is het soms geen onrecht dat men zijn eigenbelang zoover drijft dat men een ander in zijne meest heilige

rechten benadeelt? Is het niet onze plicht het leven van onze medemenschen te eerbiedigen? Kan men van een recht spreken om eenen ander, die geheel onschuldig is aan het ontstaan van onzen nood, in het verderf te storten door hem een ons dreigende ramp op de schouders te werpen? Wij gelooven het niet. Voorzeker, het zoude hard zijn een in nood verkeerd hebbende te straffen wegens zijn misdrijf, het zoude nog harder zijn dengene, wiens recht geschonden of zelfs vernietigd is, voor te houden dat de dader een recht tot deze schending had."

Van Praag vindt het een deugd van ons tegenwoordig artikel 40, dat dit geen definitie van het begrip „overmacht" geeft. Dit zegt hij op blz. 87: „Geene omschrijving van het begrip, geene bepaling omtrent de verhouding van het misdrijf tot de schuld, geen begrenzing voor personen, wien men zonder schade voor zichzelf mag te hulp komen, kortom, geen der gewichtige vraagstukken vinden in het nieuwe wetboek eene oplossing. En dit is — dunkt mij — een groote deugd."

Het schijnt niet goed begrijpelijk, dat hij het den wetgever als een groote deugd aanrekent, rechtsonzekerheid en hiermede mogelijke willekeur te hebben laten voortbestaan.

Tot de vierde groep, die gevormd wordt door hen, die de meening zijn toegedaan, dat de wetgever zich niet over het rechtskarakter dezer handeling uitlaat en dat deze handeling derhalve moet beschouwd worden als een rechte onverschillige, kan men Binding, Moriaud, Hold von Ferneck, Garraud en Hammacher rekenen. Onderling loopen de opvattingen dezer schrijvers weder uiteen.

Binding verwerpt in zijn „Handbuch" 1), blz. 763 een noodrecht, omdat men zich immers bij handelingen, daaruit voortspuitend, niet zou mogen verdedigen, wat voor het geval leven tegenover leven staat, willekeurig en onbillijk zou zijn. Volgens Binding is de handeling, in noodtoestand verricht, niet rechtmatig, maar onverboden. Het recht houdt de norm

1) Uitgegeven bij Duncker & Humblot, Leipzig 1885.

niet staande, omdat het evenzeer tegen het belang van de rechtsorde zou strijden, haar te handhaven, als dit niet te doen (Handbuch blz. 765).

In zijn werk „Die Normen“, I 1), blz. 130, zegt Binding: „Die allgemeinen Gründe aufgehobener Rechtswidrigkeit wie Notwer, Notstand, lassen alle Normen als Normen mit Ausnahmen erscheinen“.

In zijn Handbuch, blz. 759 vindt men de volgende definitie van den noodtoestand: „Notstand ist die Lage eines Menschen, worin er nur durch eine verbotene Handlung ein gefährdetes Rechtsgut erretten oder die Erfüllung einer Rechtspflicht ermöglichen kann“.

Binding wil niet uitsluitend letten op de objectieve waarde van de rechtsbelangen, waar hij echter wel rekening mede houdt. Wel ziet hij in, dat men een vaste waardemeter met betrekking tot de tegenovergestelde belangen niet kan aanleggen. Binding wil, dat in elk geval afzonderlijk wordt nagegaan, of het grootere belang ten koste van het mindere is behouden gebleven.

Bij plichtenconflicten moet de voornaamste plicht ten koste van de minder belangrijke vervuld worden. Van twee gelijke plichten behoeft er slechts een vervuld te worden. Binding erkent wel bepaalde noodrechten; deze moeten echter in de wet duidelijk omschreven worden.

Scherp becritiseert hij de meening, dat de handeling, in noodtoestand verricht, wederrechtelijk zou zijn, maar verontschuldigd zou worden, omdat de staat geen heldenmoed kan vorderen, omdat deze meening, afgezien nog hiervan dat dit motief niet geldt voor de kleinere gevallen, onlogisch is, want, hetgeen de staat niet kan vorderen, of billijkerwijze niet kan vorderen, hij dit ook niet mag doen.

Handhaaft de rechtsorde echter bij de noodtoestandsconflicten haar normen en slechts in dit geval is er sprake van een wederrechtelijke handeling, dan vordert zij ook nakoming van deze normen. Het zou onbegrijpelijk zijn, dat zij inbreuk

1) Uitgegeven bij Felix Meiner, Leipzig 1916.

op haar normen straffeloos zou laten, omdat deze normen onbillijk zijn. 1)

In „Die Normen“, II, I (1914), blz. 203, zegt Binding: „Von Niemandem kann gerechter Weise mehr gefordert werden, als er an Aufwendung physischer und geistiger Kräfte leisten kann. Die Forderung muss den Kräften des Verpflichteten proportional sein, wenn ihre Nichtbefriedigung diesem gerecht zum Vorwurf gemacht werden soll.“

Het verleenen van hulp of het zelfstandig volbrengen eener noodtoestandshandeling door een derde, wil Binding slechts binnen beperkte grenzen toestaan.

Hij acht noodweer tegen de noodtoestandshandeling geoorloofd, voorzover er geen sprake is van een noodrecht.

In 1889 verdedigde Paul Moriaud te Genève zijn belangrijke dissertatie: „De la justification du délit par l'état de nécessité" 2). Zijn opvatting is deze:

Het recht moet de menschenlijke samenleving regelen. De individueele belangen zijn op allerlei wijze met elkander in strijd. Alle belangen kan het recht niet handhaven. Het meerdere aan het mindere opofferen zou in strijd zijn met den eisch van gelijkheid voor allen, dien de wet steeds in acht moet nemen. Het recht moet dus belangen van geringere waarde opofferen aan die van grootere waarde.

Hierbij moet het recht niet een persoonlijken maatstaf aanleggen, maar de algemeen heerschende opvattingen toepassen. Bij conflict tusschen leven en leven kan het recht de noodtoestandshandeling noch goedkeuren, noch afkeuren.

Op blz. 264 en 265 zegt hij naar aanleiding hiervan:

„Le droit donc, émanant de la volonté générale, ne peut que se désintéresser d'un conflit entre biens égaux; le principe d'égalité le lui commande: il ne doit pas protéger un individu aux dépens de l'autre." „La loi se désintéressant du

1) Handbuch, blz. 765. „Was die Rechtsordnung nicht fordern kann oder billigerweise nicht fordert, das wird sie nicht fordern.“

2) Uitgegeven te Genève bij R. Burkhardt en te Parijs bij L. Larose & Forcel 1889.

conflit, il y a là sans doute, en quelque sorte, une sanction légale de la force, mais c'est un mal nécessaire, comme bien d'autres, hélas! comme la mort, comme la guerre, comme la peine."

Wanneer Moriaud van meening is, dat het recht geen partij kiest in conflicten tusschen gelijkwaardige rechtsbelangen, is het o.i. niet juist, wanneer hij even later zegt, dat dit stilzwijgen van de wet een soort wettelijke goedkeuring inhoudt van den feitelijken uitslag van den noodtoestand, zoodat in zekeren zin deze feitelijke uitslag aan de handeling een rechtmatig karakter zou verleen, waardoor de wet wel partij zou kiezen. Hier treft men een gelijken gedachtengang aan als bij Stammler. Deze ging nog verder, daar hij in dit geval van een recht sprak.

Hij is voor een noodrecht, waar grootere belangen tegenover kleinere staan. De consequenties hiervan, verbod van noodweer en het recht ook aan derden toekomende, de noodtoestandshandeling te verrichten, acht hij gewenscht. Moriaud spreekt over een noodrecht op blz. 271, 274, 275 en 276.

Op blz. 276 zegt hij: „Mais il est inutile, que la loi fasse mention de ce droit de nécessité, qui découle naturellement de l'existence des devoirs en présence". Onmiddellijk laat hij hier echter op volgen: „Nulle part ailleurs la loi ne peut déclarer juste l'acte nécessaire; on découvrira sans peine des cas où notre conscience nous dit, que c'est à bon droit que le nécessaire a triomphé par la violence de la résistance d'autrui, mais ils ne sauraient être groupés en catégories". En even verder: „Quant à accorder un droit de nécessité toutes les fois que le bien en péril est de valeur supérieure au bien à sacrifier, le législateur ne peut songer à conférer un droit dans des termes aussi vagues".

Hij wil bij een conflict tusschen gelijke plichten een recht toekennen om een van beide plichten te volbrengen. Bij een conflict tusschen ongelijke rechtsplichten, wil hij het volbrengen van de belangrijkste verplichtend stellen.

Moriaud komt dan tot deze conclusie: „L'acte nécessaire est

dans la généralité des cas: aux yeux du législateur, un acte ni juste, ni injuste, qu'il ne permet, ni n'interdit; aux yeux du juge, un acte, dont la justice est en raison directe de la supériorité du mal qu'il a écarté sur le mal qu'il a causé. Nous faisons de l'état de nécessité ce que la science française appelle un fait justificatif."

Hetgeen hij over het oordeel van den rechter zegt, is niet volledig. Wanneer toch twee gelijke belangen tegenover elkander staan, zooals bij een conflict tusschen leven en leven, kan men moeilijk zeggen, dat het hier betreft — „un acte, dont la justice est en raison directe de la supériorité du mal qu'il a écarté sur le mal qu'il a causé".

De feitelijke uitslag kan aan het eene leven geen hoogere waarde verleen, dan aan het andere. Deze uitdrukking heeft slechts betrekking op die gevallen, waarin volgens hem een noodrecht toepassing zou kunnen vinden daar, waar grootere belangen ten koste van kleinere beschermd worden.

Uitvoerig heeft ook A. Hold von Ferneck in zijn werk: „Die Rechtswidrigkeit", Zweiter Band, Erste Abteilung 1), den noodtoestand behandeld.

De objectieve theorie, in Duitschland en Oostenrijk ook wel Kollisionstheorie genoemd, wordt scherp door hem bestreden. Zij is volgens zijn meening te ruim. Alle conflicten maken nog geen aanspraak op de voorrechten van den noodtoestand. Bovendien is naar zijn oordeel het uitgangspunt van deze theorie verkeerd. De hoofdvraag bij den noodtoestand is niet, hoe men belangenconflicten moet oplossen, maar of de noodtoestand de straffeloosheid van den dader kan bewerken. De kern van den noodtoestand ligt daarom volgens hem in het conflict tusschen strafbedreiging en noodtoestand, welk conflict de dader volgens zijn geweten moet oplossen.

De strafbedreiging wordt gegeven ter bescherming van een rechtsbelang, zoodat de kern van het conflict o.i. wel in de tegenover elkaar staande belangen is gelegen.

Hold von Ferneck verwijt de Kollisionstheorie eveneens,

1) Uitgegeven bij G. Fischer, Jena 1905.

dat zij geen acht slaat op de subjectieve omstandigheden. In verband hiermede wijst hij er op, dat het niet slechts de taak van het strafrecht is, doelmatige normen te geven, doch dat het strafrecht ook moet rekening houden met de onder het volk levende opvattingen over rechtmatigheid.. Tevens wijst hij er op, dat deze theorie geen rekening houdt met het veroorzaken van den noodtoestand door eigen toedoen. Hij zou de subjectieve theorie, die in Duitschland en Oostenrijk ook wel Aquitätstheorie wordt genoemd, willen aannemen, echter met wijzigingen. Volgens deze theorie, die men terugvoert op Kant, wordt de handeling, in noodtoestand verricht, voor wederrechtelijk gehouden.

De straf vervalt echter bij deze handelingen, omdat de strafwet in nood niet haar afhoudende werking uitoefent.

Het verwijt, dat men tot de Aquitätstheorie richt, dat zij te beperkt is, is volgens hem geen noodzakelijk gevolg van deze theorie. Hij erkent, dat deze theorie, wanneer zij de noodtoestandshandeling voor wederrechtelijk verklaart, tot onaannemelijke gevolgen leidt. Een dezer gevolgen is, dat noodweer tegen de noodtoestandshandeling toegelaten zou zijn, een ander gevolg, dat zoo een derde hulp verleende bij de noodtoestandshandeling, of deze handeling zelfstandig verrichtte, deze strafbaar zou zijn.

Hij wil daarom de handeling, in noodtoestand verricht, voor niet wederrechtelijk verklaren, wat volgens hem niets te maken heeft met de kern der theorie, veeleer volkomen met deze in overeenstemming is, omdat men niet mag aannemen, dat de wetgever een verbod zou uitvaardigen, dat in de gegeven omstandigheden geen afhoudende werking zou uitoefenen. De handeling, in noodtoestand verricht, is derhalve, volgens zijn meening, onverboden, niet wederrechtelijk, niet in strijd met de norm 1)

1) In het eerste deel over: „Die Rechtswidrigkeit“, zegt Hold von Ferneck op blz. 303: „Nicht Recht und Rechtswidrigkeit stehen einander gegenüber, sondern die drei Glieder: Recht, Rechtswidrigkeit und rechtliche Indifferenz.“

Wanneer men dit aanneemt, vervallen volgens hem de ongewenschte consequenties van deze theorie, terwijl de kern, dat de strafwet in nood geen afhoudende werking uitoefent, ongewijzigd blijft.

Hoewel Binding en Hold von Ferneck beiden de handeling als onverboden, rechtlich indifferent, beschouwen, gaan zij toch van een verschillend uitgangspunt uit. Volgens Binding zou het evenzeer tegen het belang van de rechtsorde strijden, de norm te handhaven, als dit niet te doen.

Hold von Ferneck wil letten op den drang, die door den nood wordt uitgeoefend en waardoor de strafbedreiging haar kracht verliest. Zijn theorie is derhalve nauw verwant aan die van den onwederstaanbaren drang. Dit komt ook uit in hetgeen hij zegt op blz. 106:

„Die strafrechtlich relevante Notlage ist nur ein Fall des unwiderstehlichen Zwanges“.

Ook E. Hammacher spreekt in zijn dissertatie: „Der Charakter der Notstandshandlung vom rechtsphilosophischen und legislativen Standpunkte“ ¹⁾, van drie groepen handelingen.

Onder een rechtmatige handeling verstaat hij slechts die, waartoe men een subjectief recht heeft. „Rechtmäßigkeit und subjektives Recht sind Korrelate“. (blz. 33)

Hij verwerpt de uitdrukking „onverboden handeling“, omdat ook, hetgeen hij onder een rechtmatige handeling verstaat, n.l. die handeling, waartoe men een subjectief recht heeft, onverboden is. Deze laatste handeling heeft echter, behalve dit onverboden zijn, nog iets meerders.

Toch behoort ook deze derde groep handelingen, volgens zijn opvatting, tot de rechtsorde. Hij wil deze groep van handelingen „rechtlich neutral“ noemen, daar toch deze uitdrukking weergeeft, dat het recht hier onzijdig (neutraal) staat tegenover deze handelingen, welke het noch onder de wederrechtelijke, noch onder de rechtmatige handelingen,

1) Uitgegeven bij R. Noske, Borna-Leipzig 1907.

waartoe het een subjectief recht verleent, opneemt. „Was in Betätigung eines nicht zum subjektiven Rechte erhobenen Rechtsgutes erfolgt, das fällt in das Gebiet des rechtlich Neutralen". 1)

Hij zegt op blz. 36, naar aanleiding van de overeenkomst tusschen hetgeen hij verstaat onder de rechtmatige handeling en „die rechtlich Neutrale": „Beide Handlungen sind nicht norm oder rechtswidrig. Das Erlauben des Rechtmässigen hat zwar einen ganz anderen Sinn, als das nur Unverboten-sein des Neutralen, aber sie lassen sich doch wohl, insofern als das Unverbotene gleichfalls nicht den schädlichen Wirkungen des Normwidrigen ausgesetzt ist, unter einem gemeinsamen Oberbegriff denken, der terminologisch etwa als Dürfen zu bestimmen wäre". En even verder geeft hij de volgende omschrijving der drie groepen, waarin de handelingen kunnen verdeeld worden: „Wie das Kriterium des Normwidrigen das gesellschaftlich Schädliche, so ist das der Rechtmässigkeit das gesellschaftlich Nützliche; das Kriterium des rechtlich Neutralen aber ist die Selbstverständlichkeit".

R. Garraud wijst er in zijn „Précis de droit criminel" 2), blz. 264 op, dat het grootste deel der Fransche criminalisten nog de theorie van de contrainte morale aanhangen.

„L'agent qui commet un acte délictueux en état de nécessité ne serait pas punissable, parce qu'il ne serait pas moralement libre, la force irrésistible qu'il subit lui enlevant son libre arbitre. Cette manière de comprendre la situation a sa base juridique dans le texte même de l'article 64; elle est encore aujourd'hui acceptée par la plupart des criminalistes français".

Hij vestigt er de aandacht op, dat deze theorie er niet voldoende op let, dat in noodtoestand de keus blijft bestaan tusschen het begaan van de anders verboden handeling en het aanvaarden van het dreigende leed; dat wel is waar deze

1) T. a. p. blz. 34.

2) Uitgegeven bij de librairie de la Société du recueil Sirey, Parijs 1921.

keuze beïnvloed kan worden, maar dat zij toch blijft bestaan en met deze een zekere mate van aansprakelijkheid.

Volgens zijn opinie past een noodrecht niet in het kader der Fransche wet. Op blz. 268 zegt hij:

„L'impunité des délits commis en cas de nécessité se rattache à cette idée qu'il s'agit d'une situation qui est en dehors de la loi pénale" en even verder: „Par ces deux formules en apparence contraires: „nécessité n'a pas de loi", ou „nécessité fait loi", la conscience populaire a donné la véritable cause de l'impunité, c'est que la répression n'est utile et efficace que vis-à-vis de l'individu placé dans les situations ordinaires pour lesquelles la loi est édictée. Mais de ces deux formules employées pour exprimer la même idée, l'une, la première, est plus exacte que l'autre, la seconde, puisque si l'état de nécessité place l'agent hors de la loi pénale, il ne lui donne pas la faculté de considérer cet état comme créateur d'une sorte de droit ou de loi particulière, supprimant le caractère illicite de l'acte qu'il a accompli."

Naar zijn meening ligt de noodtoestand buiten het terrein van den wetgever, omdat het verbieden van de noodtoestands-handeling noch nuttig, noch doeltreffend is. Dit laatste is zeer zeker waar. Een andere vraag is echter, of daarom de noodtoestand buiten het terrein van den wetgever ligt. De taak van den wetgever is toch, algemeene regels te geven en niet zich te beperken tot het geven van verbodsbepalingen.

Ook voor den noodtoestand zal de wetgever een algemeene regeling dienen te geven, welke een uitzondering vormt, op de wettelijke regelingen, die voor de normale gevallen van toepassing zijn.

W. L. Borel, die in 1884 te Utrecht zijn proefschrift „Noodtoestand" verdedigde, schijnt ook een aanhanger van de contrainte morale te zijn.

Hij gaat uit van de vrije wil. Deze zal echter bij ieder mensch in verschillende mate aanwezig zijn. De wetgever moet zich daarom den normalen mensch als maatstaf kiezen.

Bij ernstig gevaar nu voor het leven wordt de wil volgens

Borel onvrij. Wanneer dit nu bij den normalen mensch geschiedde, zou straffeloosheid aan de in dien toestand gepleegde handeling moeten worden toegekend.

Bij gevaar voor goederen wordt volgens hem de wil niet onvrij, maar neemt hij aan, dat de eigenaar van het te schenden recht zijn toestemming tot de schending daarvan heeft verleend (blz. 53).

Hij wil tegenbewijs tegen dit vermoeden toelaten, zoodat, wanneer de eigenaar zich verzet tegen het inbreuk maken op zijn recht en de in gevaar verkeerende dit toch niet nalaat, deze gestraft zal moeten worden.

De leer van de ontoerekenbaarheid bij noodtoestand wordt door A. Geyer verdedigd. Volgens hem is de mensch oorspronkelijk psychisch niet vrij. Eerst langzamerhand leert hij zich beheerschen, in overeenstemming met practische principes, die hij zichzelf stelt en begint zodoende psychisch vrij te worden. Volkomen vrij kan slechts diegene zijn, die volgens zijn geweten blijft handelen onder alle omstandigheden en bij alle aanvechtingen. Deze absolute vrijheid is voor de menschen een onbereikbaar ideaal, hetwelk de eene mensch meer zal naderen dan de andere. Hij zegt in zijn „Kleinere Schriften strafrechtlichen Inhaltes“ 1), in het gedeelte, dat over den noodtoestand handelt, blz. 313: „Die Freiheit des Menschen ist daher keine absolut erzwingbare. Den Forderungen der Idee steht der Mensch mit seinem stets nur beschränkten Masz psychischer Kräfte gegenüber, und auch hier musz in einem anderen Sinn das — *ultra posse nemo obligatur* — gelten. Erlangt ein einzelnes Wollen durch die gewältig drängende Wucht der Motive solche Kraft gegenüber dem Ich eines bestimmten Menschen, dasz dieser nicht mehr im Stande ist demselben ein Halt! zuzurufen, wenn er auch alle seine psychische Kräfte zum Kampf aufbietet, dann ist ihm die aus jenem Wollen hervorgehende Handlung nicht zurechenbar, über das Können hinaus gibt es kein Wollen.“

1) Bewerkt door Dr. H. Harburger, uitgegeven bij T. Ackermann, München 1889.

Hij becritiseert scherp de meening van hen, die een noodrecht erkennen. In zijn „Grundrisz zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht“¹⁾, zegt hij op blz. 105, dat er bij den noodtoestand geen noodrecht bestaat, maar dat er werkelijke ontoerekenbaarheid bestaat, of dat deze door den staat gefingeerd wordt.

In zijn reeds genoemde „Kleinere Schriften strafrechtlichen Inhaltes“, zegt hij naar aanleiding van het noodrecht op blz. 298:

„Es gibt kein Recht Unrecht zu thun“ en op blz. 299: „Jedes Recht, auch das beschränkteste, ist als Recht heilig und kann niemals, selbst im Conflict mit irgend einem anderen Recht, zum Unrecht werden. Wird ein Recht angetastet, so liegt immer eine Rechtsverletzung vor.“ „Mein Recht bleibt unter allen Umständen unberührt von der Nothlage irgend eines anderen, es ist nicht bedingt durch die Clausel, dasz keiner meiner Mitmenschen in eine Nothlage gerathen dürfe“.

Op blz. 312 zegt hij: „Jeder Versuch, ein Nothrecht zu construiren, musz miszlingen, weil es kein Recht Unrecht zu thun geben kann. Es gibt keine Proportion der Rechte in der Weise, dasz nur eines — das allerhöchste — Recht ein ganzes, die anderen dagegen Dreiviertels, halbe und Viertelsrechte wären.“

Geyers opvatting over den noodtoestand vindt zijn grondslag in zijn opvatting over het recht in het algemeen. Hij geeft er zich geen rekenschap van, dat het positieve recht geen onveranderlijk, star begrip is, dat slechts door onveranderlijke ethische normen gevormd wordt, maar dat dit positieve recht, slechts met het oog op bepaalde omstandigheden gegeven, slechts voor die omstandigheden van kracht is en dat het recht derhalve bij verandering van die omstandigheden zich ook zal wijzigen. De wetgever moet bij het opstellen van zijn regelen wel rekening houden met de ethische normen, doch tevens met de feitelijke omstandigheden en daar deze laatste steeds veranderlijk zijn, zal het recht, zoo het er naar streeft zijn taak

1) Uitgegeven bij T. Ackermann, München 1884.

naar behooren te vervullen, veranderlijk en afhankelijk van de omstandigheden zijn.

Omdat hij dit niet heeft ingezien, heeft hij zijn toevlucht gezocht bij de leer van de ontoerekenbaarheid. Ook de motiveering, waarmede hij hiertoe komt is o.i. onjuist. Volgens hem zou er in elk concreet geval nagegaan moeten worden, of men de macht had tot zelfbeheersching en in welke mate. Het gevolg hiervan zou zijn, dat van psychisch sterke personen opoffering van het leven of ernstige benadeeling van de gezondheid gevorderd zou kunnen worden.

Omdat Geyer inziet, dat de mate van iemands psychisch weerstandsvermogen niet valt waar te nemen, wil hij in strijd met zijn eigen leer een doorsneemaatstaf aanleggen.

Mr. Dr. B. Gewin verdedigt in zijn „Beginselen van Strafrecht" 1) blz. 153, ook deze opvatting. Wel is hij de meening toegedaan, dat op ethischen grond van den mensch gevorderd zou kunnen worden, het uiterste kwaad te verduren. De wet kan in tegenstelling hiermede dezen zedelijken moed niet van den mensch vorderen.

Hij zou alleen dan straffeloosheid willen aannemen, wanneer de drang in verband met den persoon en de omstandigheden onwederstaanbaar is. Hij omschrijft zijn opvatting aldus:

„Naar onze meening is de handeling, welke gepleegd wordt onder den drang, door eenen noodtoestand in het leven ge-roepen, zeer zeker te beschouwen als de overtreding van eene wetsnorm en blijft de aldus verrichte handeling het karakter van onrechtmatigheid dragen. Toch is zulk eene handeling straffeloos, en wel wegens het gemis aan toerekeningsvatbaarheid, dat zich in zulk een geval openbaart." Zooals reeds bij de theorie van Geyer is opgemerkt, is deze theorie naar onze meening niet juist. Wanneer Gewin bedoelt, dat door den drang, ontstaan door den nood bij den dader, ontoerekeningsvatbaarheid wordt veroorzaakt, zou de wet zich in dit geval niet tot hem richten. De wet toch richt zich met haar geboden

1) 2e uitgave 1913.

en verboden alleen tot toerekeningsvatbare personen, omdat deze slechts in staat zijn die op te volgen; toch vallen ook niet toerekeningsvatbare personen onder de bepalingen der wet. Deze personen kunnen ook dragers van rechten zijn; zij kunnen deze echter niet zelf uitoefenen; zij zijn niet in staat zelfstandig handelingen te verrichten.

II.

Overzicht van de voornaamste gevallen van noodtoestand in de Nederlandsche Jurisprudentie.

Bij de totstandkoming van ons Wetboek van Strafrecht, was men van meening, dat de noodtoestand behoorde tot het begrip overmacht. Hierom werden geen afzonderlijke bepalingen over den noodtoestand opgenomen. Bovendien heeft de wetgever nagelaten te verklaren, wat hij onder het begrip overmacht verstaat, daar hij in artikel 40 van het Wetboek van Strafrecht slechts zegt: „Niet strafbaar is hij die een feit begaat, waartoe hij door overmacht is gedrongen”.

Zodoende wordt aan den rechter niet alleen de taak opgelegd, de wet toe te passen, maar ook om den inhoud en de grenzen van een begrip, dat de wetgever niet omschrijft, vast te stellen.

In verband met de verschillende vragen, die zich bij den noodtoestand voordoen, zullen wij de rechtspraak over dit onderwerp moeten nagaan, om te kunnen zien, welke beteekenis zij aan den noodtoestand heeft toegekend, binnen welke grenzen zij hem heeft erkend, alsook hoe zij de verschillende vragen, voorzoover deze in onze rechtspraak zijn voorgekomen, heeft opgelost.

Belangrijke vragen, die zich bij den noodtoestand voordoen, zijn:

Is er noodtoestand, wanneer men zijn belangen op andere, redelijke wijze kan beschermen?

Welke verhouding moet er bestaan tusschen de waarden van de tegenover elkaar staande belangen?

Is er noodtoestand zoo de door het gevaar te verwachten schade op andere wijze hersteld kan worden, of wordt een blijvende, niet te herstellen schade vereischt?

Heeft de noodtoestand steeds een onmiddellijk, doch tevens tijdelijk, karakter, of kan hij ook een meer blijvend karakter dragen?

Wanneer is het een derde geoorloofd, de noodtoestandshandeling zelfstandig te verrichten, of hierbij hulp te verleenen?

Is noodweer tegen de noodtoestandshandeling toegelaten?

Welke bepalingen moeten gelden voor noodtoestands-exces?

Welken invloed oefent gevaargemeenschap op de noodtoestandshandeling uit?

Op welke wijze worden conflicten tusschen rechtsplichten onderling, of tusschen rechtsplichten en plichten van godsdienstigen of zedelijken aard opgelost?

Naar aanleiding van de eerste vraag, of er noodtoestand is, wanneer men op een andere, redelijke wijze zijn belangen kan beschermen, zouden wij de aandacht willen vestigen op een vonnis van de Rechtbank te Rotterdam van 18 Juli 1913, Ned. Jur. 1913, blz. 1133:

Beklaagdes vrouw, hartpatiente, en dientengevolge zeer zenuwachtig, ondervond door het aanhoudende gefluit van een merel, dat reeds bij het aanbreken van den dag begon, ernstig nadeel in haar gezondheid. Herhaalde verzoeken van beklaagde aan zijn buurman, aan wien deze merel toebehoorde om deze 's nachts binnen te hangen, hadden weinig of geen resultaat. Beklaagde heeft daarop, toen er in het voorjaar van 1913, evenals in 1911 en 1912, weer een kooi met een merel buiten was opgehangen, deze met loog bespoten, waarna zij gestorven is. v. L., eigenaar van de merel, verklaarde voor de Rechtbank, dat hij beklaagde er van verdacht, in het voorjaar van 1912 zijn merel te hebben vergeven en dat hij toen niet meer bereid was, hoewel hij wist, dat beklaagdes vrouw ziek was, gevolg te geven aan de herhaalde verzoeken, door den beklaagde tot hem gericht, de merel te verwijderen.

De Rechtbank overwoog, dat beklaagde gehandeld had, daartoe door overmacht gedrongen, omdat v. L. niet geneigd was de merel te verwijderen en de gezondheid zijner vrouw op het spel stond, zoodat beklaagde gehoorzaamd heeft aan een drang, waaraan hij onder de gegeven omstandigheden geen weerstand behoefde te bieden.

v. L. erkende, dat hij herhaaldelijk klachten ontving over het vroege zingen van de merel, in verband met de gezondheidstoestand van beklaagdes vrouw; dat hij echter niet bereid was geweest aan deze verzoeken te voldoen, omdat hij van meening was, dat beklaagde de eerste merel had vergeven; dat hij daarom de merel op de gewone plaats had laten hangen, hoewel hij wist, dat hierdoor nadeel aan de gezondheid van zijn buurvrouw werd toegebracht.

Naar onze meening had de beklaagde, omdat er in dit geval sprake was van een langdurigen toestand, welke niet op een enkel bepaald oogenblik dreigend werd, en het hier een toestand betrof die langzaam doorwerkte en reeds twee jaren had bestaan, den eigenaar van de merel, nadat gebleken was, dat deze niet genegen was zijn verzoek in te willigen, kunnen aanspreken op grond van art. 1401 B. W., en voor den President van de Rechtbank in kort geding een vordering kunnen instellen (289 R. V.) tot verwijdering van de merel.

Eerst wanneer redelijkerwijze geen andere weg openstaat, vinden de uitzonderingsbepalingen van den noodtoestand toepassing.

Wanneer het zingen van de merel oogenblikkelijk dreigend gevaar zou veroorzaakt hebben en dit gevaar niet op andere wijze kon worden ontgaan, zouden deze bepalingen wel van toepassing zijn geweest. Dit is echter hier blijkbaar niet het geval geweest, omdat ook in 1911 en 1912 reeds een merel buiten heeft gehangen.

Zooals men ook uit dit geval kan zien, komt het bij den noodtoestand vooral aan op den feitelijken toestand. In dit geval was het de vraag, hoe ernstig de schade was, door het gefluit van de merel veroorzaakt en of deze schade niet op

andere, redelijke wijze was te ontgaan. Ook hierop komt het aan, want zoo deze andere manier billijkerwijze niet kan worden verlangd, zal ook in dit geval aan de handeling, in noodtoestand verricht, straffeloosheid toegekend moeten worden.

Naar aanleiding van de vraag, welke verhouding er tusschen de waarden van de tegenover elkaar staande belangen moet bestaan, wijzen wij op een vonnis van het Kantongerecht te Bergum van 8 Juni 1915, W. 9804, Ned. Jur. 1915, blz. 720:

D., bakker te Hardegarijp, die vroeger door zijn zoon in de bakkerij werd geholpen, werd, zoolang deze onder dienst was, door zijn vrouw in de bakkerij bijgestaan, omdat hij niet instaat was een knecht te bekostigen en evenmin allen arbeid alleen kon verrichten, terwijl het voortbestaan van de bakkerij voor hem en zijn vrouw een bestaansvoorwaarde was. De Kantonrechter overwoog, dat het maatschappelijk belang, bestaande in het beperken en tegengaan van overmatigen vrouwenarbeid, in dit geval niet opwoog tegen het voor beklaagde en zijn vrouw veel grootere belang, hun zaak in stand te houden en dat beklaagde mitsdien had gehandeld in overmacht; dat overmacht niet alleen aanwezig is, wanneer de handelende persoon door een op hem uitgeoefenden drang niet meer vrij is in zijn wilsbesluit, maar ook, wanneer het nadeel, dat de naleving der betrokken wetsbepaling zou doen ontstaan, het belang daarvan zoodanig overtreft, dat zij van den betrokkene redelijkerwijze niet te vergen is.

Ook in dit geval is de noodtoestand niet op een enkel bepaald oogenblik dreigend, doch ook hier draagt hij een meer blijvend karakter.

Dezelfde vraag doet zich voor naar aanleiding van een vonnis van het Kantongerecht te Onderdendam van 30 Januari 1893, W. 6540:

B. bewoont met zijn vrouw een schip, dat in December 1892 in water van de gemeente Winsum lag. Op 8 en 9 December wordt hem, op bevel van den Burgemeester van

die gemeente, door een veldwachter gelast, het gemeentewater te verlaten. Omdat zijn vrouw ernstig ziek was en, volgens de verklaring van den behandelenden geneesheer, verplaatsing van het schip onmiddellijk levensgevaar voor de vrouw zou opleveren, volgde beklaagde het bevel niet op.

De Kantonrechter ontsloeg hier van rechtsvervolging op grond van overmacht. Het leven van de vrouw had bij dit conflict de grootste waarde. Het minderwaardige mag wel opgeofferd worden aan het meerwaardige, niet omgekeerd.

In verband met de vraag, of de schade, die door het gevaar dreigt te ontstaan, op eenige wijze nog valt te herstellen, of een meer blijvend karakter zal dragen, zouden wij de aandacht willen vestigen op een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 9 October 1890, W. 5941:

B., huurder van een stuk weiland, grenzend aan dat van A., heeft ten onrechte een wal opgeworpen (art. 673 B. W.) en hierdoor de afwatering van het hooger gelegen land van A., dat aan den Beilerstroom lag, die destijds zeer hoog was, belemmerd. A. heeft deze waterkeering onbruikbaar gemaakt, opdat het water weer zijn gewonen loop kon nemen door een voormalige stroombedding, die door B.'s land liep, om zodoende te voorkomen, dat het hooi dat op zijn (A.'s) land stond bedierf.

Het Hof overwoog, dat beklaagde geacht moest worden een feit te hebben begaan ter noodzakelijke verdediging van eigen goed tegen oogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding.

Naar het oordeel van Mr. Noyon (Het Wetboek van Strafrecht I, blz. 214), zou er hier sprake zijn van noodtoestand, omdat het opwerpen van den dam niet een aanranding van het hooi was, maar een dreigenden toestand in het leven riep.

Volgens onze meening kan men in dit geval van geen van beide spreken. B. handelde onrechtmatig door het opwerpen van den wal en het belemmeren van den gewonen waterloop (art. 673 B. W.). Blijvende schade werd hierdoor niet aan het land toegebracht, doch wel was te verwachten,

dat het hooi, dat op het land van A stond, verloren zou gaan. Hooi is echter een vervangbare zaak. Door het verloren gaan van dit bepaalde hooi ontstond voor A geen noodtoestand.

A. had B. kunnen aanspreken op grond van artikel 1401 Burgerlijk Wetboek en schadevergoeding kunnen vorderen voor de vernietiging van het hooi.

Indien er door het opwerpen van den wal blijvende schade voor het land was ontstaan, zou er o.i. wel noodtoestand zijn geweest.

Wat de vraag betreft, die reeds bij de eerste twee vonnissen ter sprake kwam, of de noodtoestand steeds onmiddellijk doch tevens tijdelijk moet zijn, of ook een meer blijvend karakter kan dragen, maken wij melding van een arrest van den Hoogen Raad van 27 Juni 1887, W. 5449, gewezen naar aanleiding van een vonnis van de Rechtbank te Winschoten van 25 Maart 1887:

Een oude gebrekkige vrouw van 75 jaren, niet meer in staat door werken in haar onderhoud te voorzien, ontving van het Armbestuur een uitkeering van 50 cent per week, en was zodoende genoodzaakt zich het noodige levensonderhoud door bedelen te verschaffen. De Rechtbank ontstootte de vrouw van rechtsvervolging, op grond hiervan, dat zij gedrongen door overmacht had gehandeld. De Officier van Justitie kwam van dit vonnis in cassatie. Volgens dezen toch was er hier van geen overmacht sprake, omdat geen omstandigheden, hetzij zoodanigen rechtstreekschen dwang op de beklaagde uitoefenden, dat zij daaraan geen weerstand kon bieden, hetzij onmiddellijk levensgevaar voor haar opleverden en was althans de noodzakelijkheid niet gebleken, om op een bepaald oogenblik tot lijfsbehoud een aalmoes te vragen. De Hooge Raad nam deze overweging over en vernietigde op dezen grond het vonnis van de Rechtbank.

De armoedige omstandigheden van deze vrouw, niet meer in staat door arbeid in haar onderhoud te voorzien, terwijl haar slechts een geringe ondersteuning verleend werd, ver-

oorzaakten volgens onze meening een blijvenden noodtoestand.

Niet slechts op een enkel bepaald oogenblik werd haar bestaan bedreigd, maar dit gevaar bleef voortduren zoolang haar omstandigheden zich niet zouden wijzigen. Zij stond derhalve voor de keuze, door bedelen in haar onderhoud te voorzien of om te komen. De noodtoestand droeg hier een meer blijvend karakter, waarvan het gevolg was, dat de noodtoestandshandelingen moesten worden voortgezet, wilde deze vrouw blijven bestaan.

De opvatting van den Officier van Justitie te Winschoten en van den Hoogen Raad is o.i. derhalve onjuist. Indien deze een nog ernstiger noodtoestand, dan hier reeds het geval was, als voorwaarde voor overmacht verlangden, zou hiervan, vreezen wij, het gevolg zijn, dat in dit geval de noodtoestandshandeling overbodig werd en wel omdat deze vrouw, bij toename van gebrek, niet meer in staat zou zijn geweest door bedelen zichzelf in het leven te houden.

Een blijvende gevaarlijke toestand kan derhalve wel strafeloosheid veroorzaken bij ernstig gevaar; dit hangt echter van de omstandigheden af. De wetgever kan slechts algemeene regelen geven, waarbij hij de feitelijke omstandigheden van ieder geval aan den rechter naar billijkheid ter beoordeeling overlaat.

Een soortgelijk geval als het vorige vindt men in een arrest van den Hoogen Raad van 16 Juni 1913, W. 9513, Ned. Jur. 1913, blz. 1080:

G., straatmuzikant, wonende te Amsterdam, is eischer van cassatie van een vonnis der Rechtbank te Amsterdam van 14 Januari 1913, waarbij hij in hooger beroep, met vernietiging van het vonnis van 11 November 1912 van den Kantonrechter te Amsterdam, door wien hij van alle rechtsvervolging was ontslagen, is schuldig verklaard aan het, in strijd met de Algemeene Politieverordening van Amsterdam, op den openbaren weg muziek maken.

De raadsman van beklaagde voerde namens hem het ver-

weer, dat deze niet strafbaar zou zijn uit hoofde van de armoedige omstandigheden, waarin hij verkeerde en geacht moest worden door overmacht en wel door noodtoestand tot het, aan hem ten laste gelegde, feit te zijn gedrongen.

De Rechtbank verwierp dit beroep, omdat niet gebleken was, uit eenige omstandigheid, dat beklaagde gehandeld had onder een oogenblikkelijken psychischen drang, waaraan hij geen weerstand had kunnen bieden.

De advocaat van beklaagde wees er op, dat met alle omstandigheden, die tot het plegen van het strafbaar feit hadden medegewerkt, hetzij zij meer of minder ver van de voltooiing hiervan aflagen, rekening moest worden gehouden.

De Hooge Raad verwierp het beroep op overmacht, overwegende, dat de drang, waarvan in artikel 40 sprake is, wel ontstaan kan door omstandigheden, die reeds vroeger bestonden, doch dat, ter bepaling van hun invloed op den dader, alleen in aanmerking komen die omstandigheden, welke werken op het oogenblik van het plegen van het strafbaar feit en daar de Rechtbank besliste, dat niet gebleken is, dat die drang op het oogenblik van het begaan van het strafbare feit aanwezig was, er geen grond voor straffeloosheid is.

Armoedige omstandigheden brachten G. tot de overtreding en waren ook aanwezig toen hij zich hieraan schuldig maakte. De meening van den Hoogen Raad en van de Rechtbank te Amsterdam schijnt ons derhalve onjuist toe. In dit geval toch draagt de noodtoestand niet een onmiddellijk en tevens voorbijgaand karakter, maar is van meer blijvenden aard. Naar onze meening gaat de eisch, dien de Rechtbank en de Hooge Raad hier stelden, dat er in geval van noodtoestand sprake moet zijn van een oogenblikkelijken psychischen drang, te ver. Het zal toch geheel van den persoon, die in nood verkeert, afhangen, welken invloed dit gevaar op hem zal uitoefenen en of deze invloed onwederstaanbaar is. Eenzelfde gevaar zal bij den een een anders handelen uitsluiten, terwijl een ander welbewust zijn handelwijze zal bepalen. Dit is dus geen deugdelijke maatstaf voor de vraag, of er noodtoestand is.

Bovendien zou het aannemen van noodtoestand, in geval van psychischen drang, tot ongewenschte toestanden leiden. Om een voorbeeld te noemen: bij vijandschap tusschen twee personen zou de een den ander kunnen dooden, voorgevende, dat een onwederstaanbare drang hem hiertoe aanzette.

Dat de psychische drang derhalve niet als criterium voor het bestaan van den noodtoestand kan dienen, behoeft dus verder geen betoog. Iets geheel anders is het, dat bij een bestaanden noodtoestand, naar gelang van de omstandigheden en personen, die hierbij betrokken zijn, psychische drang zijn werking kan doen gelden.

In dit geval heeft de muzikant naar onze meening de verordening bewust overtreden, omdat hij het gevaar, van deswege bestraft te worden, van minder beteekenis achtte, dan de armoedige omstandigheden, waaronder hij te lijden had. Het bestaan van deze omstandigheden, die den noodtoestand veroorzaakten, kon men constateeren. Of deze omstandigheden op het oogenblik van het begaan van het strafbare feit meerdere of mindere pressie op den beklaagde uitoefenden, is iets inwendigs, wat niet valt waar te nemen. Hiermede eischte de Rechtbank iets onmogelijks.

Wanneer is het aan een derde geoorloofd de noodtoestandshandeling zelfstandig te verrichten of hierbij behulpzaam te zijn?

In verband hiermede volge een arrest van den Hoogen Raad van 15 October 1923, W. 11113, Ned. Jur. 1923, blz. 1329.

De G., die zonder lorgnet of bril niet kon zien, had zich na winkelsluiting, omdat zijn bril of lorgnet defect was geraakt, per auto naar den opticien M. A. G. begeven, om een andere uit te zoeken. De Rechtbank had ontslag van rechtsvervolging verleend, daar het voor haar vaststond, dat de G. zonder lorgnet of bril niet zien kon en mitsdien in een, zoo niet gevaarlijken, dan toch in elk geval zeer hulpbehoevenden toestand verkeerde, en het derhalve een voor beklaagde als opticien maatschappelijke verplichting was, de, in de onder-

havige omstandigheden alleen van hem te verwachten, hulp te verleen, een verplichting, door welke beklaagde geacht moest worden in zoo sterke mate te zijn gedrongen, dat zij zijn strafbaarheid ten aanzien van de daaruit voortvloeiende overtreding ophief.

De Hooge Raad was van oordeel, dat de Rechtbank dit geval terecht als overmacht had beschouwd en meende zich hiermede te moeten vereenigen.

De Advocaat-Generaal bij den Hoogen Raad had in tegenovergestelden zin geconcludeerd, zeggende, dat er geen blijk gegeven was van onmiddellijken drang en uitschakeling van de vrije wilsbepaling van den dader, veelmeer van een toegeven van beklaagde aan zijn goed hart.

De vereischen, die de Advocaat-Generaal hier voor noodtoestand stelt, gaan o. i. te ver. In plaats van een billijke afweging van de tegenover elkaar staande belangen wordt hier gevorderd, dat het gevaar, hetwelk den noodtoestand veroorzaakt, in een zoo ernstige mate dreigend is, dat het ontoerekenbaarheid tengevolge heeft. Zooals reeds eerder opgemerkt, zal de invloed, dien bepaalde omstandigheden op iemand uitoefenen, geheel afhangen van aanleg en karakter. Als algemeen vereischte kan en mag men dit niet stellen, want hierdoor zou de wet niet voor allen gelijk zijn, maar meer van iemand kunnen vorderen, naarmate men meer zedelijken moed heeft. Ongetwijfeld moet de wet bij den noodtoestand hier wel eenigszins rekening mede houden, doch slechts binnen bepaalde grenzen. De wet zou anders immers het leven van den eenen mensch kunnen opvorderen, om dat van den anderen te redden.

Het slechte zien van de G. brengt hem, zonder lorgnet of bril, in een zeer hulpbehoevenden toestand. Door hem nu de noodige hulp te weigeren en te verlangen, dat de G. tot den volgenden morgen zou wachten met het uitzoeken van een andere lorgnet of bril, bleef het ernstige gevaar, dat de G. zelfs thuis bedreigde, voortduren. De opticien stond hier naar onze meening voor een plichtenconflict, dat hij moest oplossen

door afweging van de tegenover elkaar staande belangen. Hij moest handelen in overeenstemming met de gemeenteverordening en het gevaar voor de G. laten voortbestaan, of dit terzijde stellen, met overtreding van deze verordening. Daar hier door de overtreding der verordening geen ernstig nadeel voor een ander rechtsbelang ontstond, maar integendeel een te duchten gevaar werd weggenomen, heeft de opticien hier van twee kwaden het kleinste gekozen.

Hiermede zouden wij echter geenszins aan iedereen een recht willen toekennen, om de wetten te toetsen, en te beoordeelen, of in een bepaald geval de wet van toepassing is. Slechts zoo een groot rechtsbelang op het spel staat en de rechter van oordeel is, dat dit conflict onder het begrip „noodtoestand" valt, zal de wet voor een dergelijk geval geen toepassing vinden, omdat de wetgever bij het opstellen van zijn regels geen rekening kan houden met buitengewone omstandigheden, doch slechts het normale, het gebruikelijke op het oog heeft.

In hoeverre geldt straffeloosheid voor noodtoestands-exces?

Een geval hiervan meenen wij te zien in een sententie van het Hoog Militair Gerechtshof van 18 September 1903, W. 7981.

W., eerste luitenant der Infanterie, heeft, toen hij op 25 Maart 1903 's morgens op een rijwiel te Velp reed, een hond, die toebehoorde aan den aldaar wonenden winkelier W., met het scherp van zijn sabel, een hevigen slag toegebracht, waardoor de hond ernstig werd verwond.

Het Hoog Militair Gerechtshof overwoog, dat volgens W.'s verklaring, deze niet het opzet of de bedoeling had gehad, den hond leed te doen, doch alleen dezen hond, waarvoor hij bevreesd was, van zich af te weren, om een herhaling van een soortgelijken aanval, waarbij hij door een grooten Duitschen dog in de heup was gebeten, te voorkomen en dat die slag, geheel buiten zijn bedoeling te hard was aangekomen; dat deze verklaring niet onaannemelijk was en dat beklagde

dus geacht moest worden door gegronde vrees voor het hem onmiddellijk dreigend gevaar van de zijde van den hond en alzoo door overmacht gedrongen, zoo te hebben gehandeld.

De aanval van den hond was onmiddellijk dreigend, in tegenstelling met dien van menschen echter niet wederrechtelijk, omdat een dier niet zoodanig kan handelen. W. verkeerde derhalve in noodtoestand, daar hij kans liep door den hond te worden gebeten.

Hij is echter te ver gegaan in zijn afweer. Hij had den hond met den niet scherpen kant van zijn sabel kunnen afweren.

Bij noodtoestandsexces zal de rechter naar gelang van de omstandigheden, in hun onderling verband beschouwd, kunnen ontslaan van rechtsvervolging of een geringe straf opleggen.

Welk standpunt zal de wetgever moeten innemen bij conflicten tusschen rechtsplichten en godsdienstige of zedelijke plichten?

In verband hiermede wijzen wij op een sententie van het Hoog Militair Gerechtshof van 11 Februari 1919, M. R. T. blz. 505:

H., reserve tweede luitenant, heeft op Zaterdag 27 April 1918 geweigerd de wacht te gaan betrekken te Amsterdam, overeenkomstig het bevel van den compagniescommandant. De Krijgsraad te 's-Gravenhage verklaarde H. naar aanleiding hiervan schuldig aan dienstweigering. Appellants raadsman deed een beroep op artikel 167 der Grondwet en zeide, dat zijn cliënt niet behoefde te gehoorzamen aan een order, bij welker nakoming hij verplicht was te handelen tegen een van de voornaamste voorschriften van zijn geloofsleer, de viering van den Sabbath.

Subsidiair voerde appellants raadsman aan, dat het hier betrof een geval van overmacht, in den vorm van een conflict van plichten, daar appellant voor de keuze stond tusschen den plicht, de hem gegeven order te volbrengen, of te gehoorzamen aan den, hem door zijn geloofsovertuiging opgelegden plicht, om op geenerlei wijze te kort te doen aan de viering van den Sabbath.

Het Hoog Militair Gerechtshof bevestigde de uitspraak van den Krijgsraad te 's-Gravenhage.

De gegeven order was een rechtsplicht, daar de wet aan H. den plicht oplegde, om de aan hem gegeven orders te volvoeren. De wet kan alleen dan overtreding van haar normen niet strafbaar stellen, wanneer deze overtreding een gevolg is van buitengewone, uitwendige omstandigheden, die zij niet heeft kunnen voorzien.

De rechter is verplicht het in artikel 167 der Grondwet neergelegde beginsel, dat iedereen zijn godsdienstige meeningen met volkomen vrijheid belijdt, te handhaven.

In dit belijden zijner godsdienstige overtuiging werd H. niet belemmerd, wel werd hij belemmerd in het volbrengen van zijn godsdienstige plichten, die voortvloeiden uit deze overtuiging.

Uit het Reglement van den Inwendigen Dienst der Infanterie, artikel 171, blijkt duidelijk, dat, geheel in overeenstemming met den geest der wet, alle, niet strikt noodige, arbeid op den rustdag moet worden gemeden en dat ieder zooveel mogelijk in de gelegenheid moet gesteld worden, de godsdienstige bijeenkomsten van zijn kerkgenootschap bij te wonen. Het Reglement zegt dit ook uitdrukkelijk voor hen, die den wekelijkschen rustdag op Zaterdag vieren. Zeer waarschijnlijk zou het dus wel mogelijk zijn geweest, dat een ander den bedoelden dienst had waargenomen.

Het gaat hier over een conflict tusschen een rechtsplicht en godsdienstige plichten. Of de order ten onrechte gegeven was, stond hier niet ter beoordeeling van H.

Het volbrengen zijner godsdienstige plichten deed hij op eigen verantwoordelijkheid. De wet kan geen straffeloosheid toekennen voor overtreding van rechtsplichten, zoo niet buitengewone, uitwendige omstandigheden, door bedreiging met ernstig gevaar, hiertoe aanleiding geven, omdat de handhaving der rechtsorde anders niet mogelijk zou zijn.

Indien H. belemmerd was geworden in het belijden van zijn godsdienstige overtuiging, hetwelk door de wet niet kan

geschieden krachtens artikel 167 der Grondwet, zou het anders geweest zijn.

In dat geval toch zou er geen sprake geweest zijn van een conflict tusschen een rechtsplicht en godsdienstplichten. De wet toch zegt uitdrukkelijk, dat ieder vrij is in het belijden van zijn godsdienstige overtuiging. Dan zou er zijn een conflict tusschen een onrechtmatige overheidsdaad, immers een handeling in strijd met de wet en godsdienstige plichten.

Naar onze meening had H. in dit geval de wacht behooren te betrekken, maar zoo in bedoelde wacht op andere wijze had kunnen worden voorzien, een klacht hierover kunnen indienen.

Een ander geval, waarin men een conflict tusschen een rechtsplicht en hetgeen men zijn zedelijken plicht acht, aantreft, vindt men in een arrest van den Hoogen Raad van 26 Juni 1916, W. 9955, Ned. Jur. 1916, blz. 703:

M. H., predikant, wonende te Zijpe, heeft zich in een manifest tot zijn medeburgers gericht, hen hierin aansporende tot dienstweigering, om door massale dienstweigering oorlog en militairisme te voorkomen.

Het Gerechtshof te Amsterdam verwierp het beroep op overmacht, waarbij H. verklaard had, dat zijn geweten hem had gedwongen te handelen, zooals hij gedaan had. Dienaangaande overwoog het Hof, dat een innerlijke drang tot handelen zonder meer niet als overmacht in den zin der wet kan worden aangemerkt.

De Hooge Raad bevestigde de beslissing van het Hof te Amsterdam, overwegende, dat een uit eigen opvatting omtrent de zedelijke en maatschappelijke waarde van wettelijke instellingen en voorschriften voortspruitende drang, niet als overmacht in den zin van artikel 40 Wetboek van Strafrecht kan aangemerkt worden.

Een arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 8 Juni 1916, W. 10029 handelt over een soortgelijk dienstweigeringsmantest, waarbij ook een beroep op overmacht was gedaan. Het Hof overwoog hieromtrent:

„Overmacht kan eerst dan aanwezig zijn, wanneer men onder bepaalde omstandigheden anders handelt, dan men zou gedaan hebben, indien die omstandigheden niet waren aanwezig geweest”.

Daar er hier geen sprake is van buitengewone, uitwendige omstandigheden, die de wet niet heeft kunnen voorzien, moet de wetgever in dergelijke gevallen, als hier bedoeld, voor de naleving van zijn regels zorg dragen, om deze hun waarde te doen behouden.

Een geval van een conflict van rechtsplichten vindt men in een sententie van het Hoog Militair Gerechtshof van 26 November 1915, W. 9867, Ned. Jur. 1916, blz. 72:

Een officier van gezondheid had de hem gegeven bevelen, om mededeelingen omtrent den aard van de ziekte zijner patienten aan den commandant van het schip te doen, niet opgevolgd, omdat hij zich gebonden achtte door zijn ambts-eed. Het Hoog Militair Gerechtshof nam aan, dat inderdaad voor den officier van gezondheid een conflict van rechtsplichten bestond, toen hij werd gesteld voor de keuze, zijn eed als geneeskundige te schenden, of aan dienstweigering, een strafbaar feit, zich schuldig te maken; dat, daar hij het tweede had gekozen, door hem terecht op overmacht, in den vorm van uit een conflict van rechtsplichten voortvloeienden noodtoestand, een beroep kon worden gedaan, omdat van hem, die officier is geworden, omdat hij geneeskundige was, in redelijkheid niet mag worden gevorderd, aan zijn eed als geneeskundige te kort te doen.

Het Reglement op den Geneeskundigen Dienst, vastgesteld bij Kon. Besl., treedt hier buiten zijn bevoegdheid, daar het in strijd is met de wet van 1878. Daar de officier van gezondheid den eed, afgelegd voor den aanvang van zijn beroep, dat hij ook als officier bleef uitoefenen, den voornaamsten plicht achtte, verviel de mogelijkheid, den anderen plicht te vervullen.

Impossibilium nulla est obligatio.

Een ander conflict van rechtsplichten vindt men in een

sententie van het Hoog Militair Gerechtshof van 26 Februari 1918, W. 10226, Ned. Jur. 1919, blz. 241:

Appellant was in 1883 te Amsterdam geboren. Zijn ouders waren van Fransche nationaliteit en woonden destijds te Amsterdam. Volgens de toenmaals geldende bepalingen van artikel 5 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1 der wet van 28 Juli 1850 was appellant Nederlander. Dezen staat heeft hij behouden ingevolge de overgangsbepalingen der Wet van 22 December 1892 op het Nederlandschap en Ingezeten-schap.

Volgens het in Frankrijk geldende afstammingsbeginsel is appellant tevens van Fransche nationaliteit. In 1903 is hij hier bij de militie ingelijfd. In hetzelfde jaar is hij in Frankrijk ook voor de militie ingeschreven. Den eersten dienstdienst heeft hij hier te lande volbracht. Later heeft hij zich in België gevestigd en heeft niet voldaan aan den oproep van het Nederlandsche leger in Januari 1914, maar wel aan den mobilisatieoproep der Fransche Regeering op 3 Augustus 1914. Toen hij, met verlof der Fransche legerautoriteiten, in Juni 1917 in den Haag was, is hij aldaar door de politie aangehouden.

Het Hoog Militair Gerechtshof overwoog, dat men niet te gelijker tijd in Frankrijk en hier te lande zijn dienstplicht kan vervullen. Dat men op het oogenblik, waarop men door het eene land wordt opgeroepen, een keus zal moeten doen, omdat men aan den oproep van het eene land gevolg gevende, zich niet meer ter beschikking houdt van het andere land. Het Hoog Militair Gerechtshof besliste, dat aan den betrokkene algeheele vrijheid moest worden gelaten, dit conflict van rechtsplichten, dat buiten zijn wil op hem is komen te rusten, op te lossen in den zin, die hem de aangewezen schijnt.

Volgens een Fransche wet van 3 Juli 1917 mag iemand, die behalve de Fransche ook nog een andere nationaliteit bezit, slechts in het jaar, volgende op zijn meerderjarigheid, afstand doen van de Fransche nationaliteit. 1)

1) G. Baudry-Lacantinerie: Précis de droit civil. Tome III, 1922, blz. 799 en 800.

Volgens Mr. Kusters' Handboek over Internationaal Burgerlijk recht, blz. 285, zou op appellant in dit geval de Nederlandsche strafwet van toepassing zijn. Naar aanleiding hiervan zegt hij het volgende: „Bespreken wij eerst de dubbele nationaliteit en stellen wij, dat de Nederlandsche nationaliteit mede in het spel is. Dan is naar Nederlandsch recht de betrokkene Nederlander en niet vreemdeling, daar immers slechts zij vreemdelingen zijn, die den staat van Nederlander niet bezitten of niet uit anderen hoofde Nederlandsche onderdanen zijn. Het enkele feit, dat hij naast de Nederlandsche ook eene andere nationaliteit bezit, doet aan een en ander niets af. De nationaliteit betreft de openbare orde. Onze organen hebben de Nederlandsche wet toe te passen en den betrokkene als Nederlander te beschouwen”.

Blijkens artikel 6 van de Wet van 1892 op het Nederlander-schap en Ingezetenschap mag het kind van een als Nederlander genaturaliseerden vader, dat voor diens naturalisatie is geboren, binnen het jaar, nadat het meerderjarig is geworden, afstand doen van het Nederlanderschap.

Onze wet spreekt niet uitdrukkelijk over dit geval. Men zou hier kunnen zeggen, dat daar de ouders geen Nederlanders waren, en de staat van Nederlander buiten den wil

Op blz. 804 vindt men nog naar aanleiding van dit conflict: „En principe, on ne peut avoir deux nationalités, deux patries, pas plus qu'on ne peut avoir deux mères. En fait, cependant, le contraire a lieu quelquefois par suite du conflit de deux législations différentes. Ainsi l'enfant né en Angleterre de parents français est Anglais d'après la loi anglaise, qui attribue la qualité d'Anglais à tout individu né en Angleterre; ce même enfant est Français d'après la loi française; il a donc deux nationalités. Ce conflit peut donner lieu à des situations singulières. Celui qui se trouve avoir ainsi deux nationalités peut être astreint au service militaire dans deux pays à la fois. En outre, il a nécessairement deux statuts personnels, qui pourront lui être appliqués à tour de rôle dans chacun des deux pays dont il a la nationalité, aussi souvent qu'il quittera l'un pour aller dans l'autre. Cet état de choses durera jusqu'à ce que l'intéressé ait définitivement opté pour l'une des deux nationalités; ce qu'il peut faire expressément ou tacitement, et à une époque quelconque, pourvu qu'il soit capable d'après les règles du droit commun.”

der ouders en later buiten dien van den betrokkene, op hem was komen te rusten, naar analogie van artikel 6 van de Wet van 1892, hier hetzelfde beginsel moest worden toegepast.

De betrokkene heeft echter verzuimd, zelfs nadat hij in Januari 1914 voor den Nederlandschen militairen dienst was opgeroepen, afstand van een der beide nationaliteiten te doen.

Een schijnbaar conflict van rechtsplichten vindt men in een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 9 Januari 1924, W. 11137. 1)

Appellant, eigenaar van een woning aan de binnenzijde van een dijk bij een oesterput, in de gemeente Ierseke, verhuurde deze woning op 1 November 1922 voor een jaar aan van Damme voor f 2,— per week. Deze laatste betrok het huis op 2 Januari 1923. Op 17 November 1922 was de Algemeene Politieverordening der gemeente Ierseke gewijzigd. Hierbij werd o.a. verboden het bewonen en laten bewonen van woningen, aan de binnenzijde van dijken bij oesterputten. Deze verordening werd op 1 December 1922 afgekondigd.

De Rechtbank te Middelburg ontsloeg den beklaagde van rechtsvervolging, op grond, dat de huurovereenkomst tot stand was gekomen voor de verordening.

De Hooge Raad verwees de zaak in een arrest van 1 October 1923, W. 11109, Ned. Jur. 1923, blz. 1291, naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage, omdat de verhuurder zich beriep op artikel 1586 van het Burgerlijk Wetboek, dat zegt, dat de verhuurder moet instaan voor het rustig genot der huur en daar de verordening het laten bewonen verbood, het beroep op dit artikel neerkomt op de bewering, dat hij, door overmacht gedrongen, de verordening heeft overtreden.

Het Gerechtshof te 's-Gravenhage overwoog, dat appellant, gesteld voor de keuze zijn verplichtingen uit het huurcontract na te komen, of aan de verordening te gehoorzamen, wellicht niet strafbaar zou zijn, zoo hij kon aannemelijk maken, dat

1) Dit arrest werd door den Hoogen Raad vernietigd bij arrest van 7 April 1924, W. 11200, Ned. Jur. 1924, blz. 760.

het schenden van zijn verplichting welke voortspoot uit het huurcontract hem groot nadeel zou hebben berokkend, buiten alle redelijke verhouding tot het, door de verordening beschermde, gemeenschapsbelang; dat mogelijk, zoo hij de verordening niet had overtreden, de huurder een vordering tot ontbinding der huur en tot schadevergoeding of tot een van beide zou hebben ingesteld.

Het Hof vond geen termen aanwezig, om straffeloosheid wegens noodtoestand in dit geval toe te kennen.

Vanaf het oogenblik, dat de verordening tot wijziging en aanvulling der Algemeene Politieverordening der gemeente Ierseke van kracht was geworden, conform artikel 135 Gemeentewet, was de B. beperkt in de uitoefening van zijn eigendomsrecht. De verbintenis met den huurder verviel conform artikel 1374, alinea 2, Burgerlijk Wetboek. Omdat de verordening hemzelf de bewoning verbood, kon hij den huurder niet meer in het rustig genot hiervan laten. *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.*

De verhuurder kon op het oogenblik, waarop hij de huurovereenkomst aanging dit rechtsgeldig doen. Hij was volgens artikel 1586 Burgerlijk Wetboek verplicht den huurder gedurende den overeengekomen tijd in het rustig genot van het gehuurde te laten. Dit kon hij echter door de beperking van zijn eigendom, vanaf het oogenblik dat de verordening was tot stand gekomen, niet meer doen. De huurovereenkomst ging hier door overmacht teniet; van een plichtenconflict was hier geen sprake.

Zooals men uit deze gevallen kan zien, zijn de meeningen over dit onderwerp zeer uiteenlopend. De meening van den Kantonrechter te Bergum: „dat overmacht niet alleen aanwezig is, wanneer de handelende persoon door een op hem uitgeoefenden drang niet meer vrij is in zijn wilsbesluit, maar ook wanneer het nadeel, dat de naleving der betrokken wetsbepaling zou doen ontstaan, het belang daarvan zoodanig overtreft, dat zij van den betrokkene redelijkerwijze niet te

vergen is"; van den Officier van Justitie bij de Rechtbank te Winschoten en van den Hoogen Raad in 1887: „dat er geen overmacht was, omdat geen omstandigheden, hetzij zoodanigen rechtstreekschen drang op de beklaagde uitoefenden, dat zij daaraan geen weerstand kon bieden, hetzij onmiddellijk levensgevaar voor haar opleverden en dat althans de noodzakelijkheid niet gebleken was, om op een bepaald oogenblik tot lijfsbehoud een aalmoes te vragen"; die der Rechtbank te Amsterdam: „dat er in dit geval niet gehandeld was onder een oogenblikkelijken psychischen drang, waaraan hij geen weerstand heeft kunnen bieden"; en die van den Advocaat-Generaal bij den Hoogen Raad: „dat er geen blijk was gegeven van onmiddellijken drang en uitschakeling van de vrije wilsbepaling van den dader".

Een wettelijke regeling van dit onderwerp zou zeker wenschelijk zijn. In verband hiermede willen wij in het kort enkele buitenlandsche wetgevingen en ontwerpen met betrekking tot dit onderwerp nagaan.

III.

Buitenlandsche Wetgevingen en Ontwerpen van wet.

Zeer uiteenlopend zijn de grenzen, waarbinnen verschillende wetten en ontwerpen aan de noodtoestandshandeling straffeloosheid toekennen. Ook is er groot verschil in de voorstelling, welke zij zich van het karakter van deze handeling maken. Sommige willen deze handeling slechts toelaten in geval van levensgevaar; andere breiden dit uit tot ernstig gevaar voor de gezondheid. In deze gevallen zijn er, die deze handeling onbeperkt toelaten, zooals § 80 van de Hongaarsche Strafwet, § 54 van de Duitsche Strafwet, artikel 49³ van de Italiaansche Strafwet, en artikel 19⁵ van het Italiaansche Ontwerp van 1919. Dit laatste spreekt zelfs van een recht.

Andere willen bij levensgevaar of ernstig gevaar voor de gezondheid de noodtoestandshandeling beperken tot inbreuk op den eigendom, zooals § 41 van de Deensche Strafwet.

Verschillende wetgevingen en ontwerpen beperken de straffeloosheid van de noodtoestandshandeling niet tot gevaar voor leven en gezondheid, maar laten deze handeling ter bescherming van alle rechtsbelangen binnen bepaalde grenzen toe. Deze wijken onderling van elkaar af.

Zoo vordert § 67 van het Duitsche Ontwerp van 1909 en § 10 van het Oostenrijksche Ontwerp van 1912, dat de veroorzaakte schade niet buiten verhouding staat tot het gevaar. De schade mag dus wel grooter zijn, alleen niet onevenredig grooter.

§ 28 van het Duitsche Ontwerp van 1913, evenals § 22 van het Duitsche Ontwerp van 1919, spreken van „pflichtmäßige Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen”.

§ 22 van het Duitsche Ontwerp van 1925 zegt, dat hij, die in noodtoestand handelt, niet gestraft wordt, „wenn ihm nach

den Umständen nicht zu zumuten war, den drohenden Schaden zu dulden."

Het Zwitsersche Ontwerp zegt in artikel 33 ongeveer hetzelfde: „wenn dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben."

In Zwitserland en in Duitschland vindt men niet alleen in het Wetboek van Strafrecht, maar ook in het Burgerlijk Wetboek bepalingen over den noodtoestand. Daar deze artikelen kunnen bewerken, dat de strafbaarheid van de noodtoestands-handeling in bepaalde gevallen wordt uitgesloten terwijl dit evengoed in het Wetboek van Strafrecht had kunnen geschieden, zullen ook deze artikelen hier worden opgenomen, omdat anders de regeling van den noodtoestand in deze twee landen niet volledig zou worden weergegeven.

Nog verschillende andere wetten en ontwerpen maken gebruik van algemeene uitdrukkingen, om hierdoor een bepaalde verhouding tusschen de schade toebrenkende handeling en het dreigend gevaar vast te stellen.

In de wetgeving van Oostenrijk, Frankrijk, België en ons land wordt de noodtoestand niet zelfstandig behandeld. Naar de meening van den wetgever in deze landen behoort hij tot den onwederstaanbaren drang. Het Oostenrijksche Ontwerp van 1912 echter staat niet meer op dit standpunt.

Wij zullen thans uit de wetgevingen en de ontwerpen eerst de betrekkelijke plaatsen citeeren, die de noodtoestands-handeling slechts bij levensgevaar toelaten, en daarna die, welke de noodtoestandshandeling binnen bepaalde grenzen bij gevaar voor alle rechtsbelangen strafvrij laten. Van deze volgorde zullen wij afwijken bij Denemarken, Duitschland en Oostenrijk, omdat door het verschillend standpunt, waarop de wetgeving en de ontwerpen met betrekking tot den noodtoestand in deze landen staan, de betrekkelijke §§ anders gescheiden geplaatst zouden moeten worden.

In Denemarken wordt de noodtoestand, voorzoover hij het leven of de gezondheid bedreigt, behandeld in § 41 van de Strafwet van 1866.

§ 41. „Den, som for at redde sig eller Andre fra en overhængende Fare for Liv eller Helbred bemægtiger sig fremmed Eiendom eller derpaa gjør Skade, skal ikke straffes for denne Handling, forsaavidt ingen anden Redningsmaade stod til hans Raadighed." 1)

De grenzen, waarbinnen deze § de handeling toelaat, zijn zeer beperkt, daar zij bij een dreigend gevaar voor leven of gezondheid slechts inbreuk op eigendom toestaat en alleen slechts dan, wanneer geen andere wijze van redding mogelijk is. Binnen deze grenzen is de noodtoestandshandeling ook aan den derde geoorloofd.

In het thans aanhangige Deensche Ontwerp van een nieuw Strafwetboek is de noodtoestand ook opgenomen.

§ 14. „Stk. 1. Handler foretagne i Nødværge er retmæssige, for saa vidt de har været nødvendige for at modstaa eller afværge et paabegyndt eller overhængende uretmæssigt Angreb, og ikke aabenbart gaar ud over, hvad der under Hensyn til Angrebets Farlighed, Angriberens Person og det angrebne Retsgodes Betydning er forsvarligt.

Stk. 2. Overskrider nogen Grænserne for lovligt Nødværge, bliver han dog straffri, hvis Overskridelsen er rimeligt begrundet i den ved Angrebet fremkaldte Skræk eller Ophidselse.

Stk. 3. Tilsvarende Regler finder Anvendelse paa Handlinger, som er nødvendige for paa retmæssig Maade at skaffe lovlige Paabud adlydt, iværksætte en lovlig Paagribelse eller hindre en Fanges eller tvangsanbragt Persons Rømning."

Het laatste gedeelte van deze § valt onder het begrip „noodtoestand". Handelingen, welke men in de genoemde gevallen verricht, zijn rechtmatig; b.v. een politieagent maakt

1) § 41. „Hij, die, om zichzelf of anderen van een dreigend gevaar voor leven of gezondheid te redden, zich van het eigendom van anderen meester maakt, of dit beschadigt, zal voor deze handeling niet gestraft worden, indien geen andere wijze van redding ter zijner beschikking stond."

gebruik van de auto van een ander, buiten diens toestemming, om een gevaarlijken misdadiger te achterhalen.

§ 15. „Indgreb i andres Retsgoder er tilladt, for saa vidt de er nødvendige for at afværge truende Fare for en Skade, der maa anses for væsentlig betydeligere end den, Indgrebet kan paaregnes at medføre. Under tilsvarende Betingelser er det tilladt at fravige en gældende Retsregel." 1)

Het Ontwerp kent aan den noodtoestand ruimer grenzen toe dan § 40 der geldende Strafwet, welke slechts straffeloosheid toekent bij handelingen, die inbreuk maken op den eigendom bij gevaar voor leven of gezondheid.

Deze § veroorlooft op alle rechtsgoederen inbreuk te maken, mits de voorkomen schade belangrijker is dan de toegebrachte schade. Door deze bepaling wordt geen straffeloosheid toegekend aan de handeling, waardoor een schade voorkomen wordt, die gelijk is aan de toegebrachte schade.

Hiermede wordt straffeloosheid uitgesloten van handelingen, waardoor het leven van een ander wordt aangetast ter redding van eigen leven.

1) § 14. „Handelingen, verricht uit noodweer, zijn rechtmatig, voorzover zij noodzakelijk waren om een begonnen of dreigenden aanval te weerstaan of te voorkomen en zij klaarblijkelijk niet verder gingen, dan verdedigd kan worden met het oog op het gevaar van den aanval, den persoon van den aanvaller en het gewicht van het aangevallen rechtsgoed.

Degene, die de grenzen van rechtmatigen noodweer overschrijdt, blijft vrij van straf, wanneer de overschrijding klaarblijkelijk haar oorzaak vond in den door den aanval ontstanen schrik of opwinding.

Overeenkomstige regels zijn toepasselijk op handelingen, noodzakelijk, om op rechtmatige wijze te zorgen, dat wettige bevelen opgevolgd worden, een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen, of de vlucht van een gevangene of gearresteerde te verhinderen."

§ 15. „Het inbreuk maken op de rechtsgoederen van anderen is geoorloofd, voorzover dit noodzakelijk is, om een gevaar voor een dreigende schade te voorkomen, die ongetwijfeld meer van belang mag worden geacht dan de schade, welke men kan verwachten, dat de inbreuk met zich brengt.

Onder hiermede overeenkomende voorwaarden is het geoorloofd af te wijken van een geldenden rechtsregel."

Forenkelt

niet hemin

Dit is een ingrijpende beperking van de noodtoestands-handeling. Blijkens de bij het Ontwerp behorende Memorie kent § 15, die berust op het evenredigheidsprincipe, een noodrecht toe, omdat het in het belang van de maatschappij is, dat goederen van minder waarde worden opgeofferd ten bate van die van grootere waarde.

Het laatste lid van § 15 veroorlooft onder dezelfde voorwaarden, af te wijken van rechtsregels. Door het vereischte, dat de voorkomen schade belangrijker moet zijn dan de veroorzaakte, wordt vermeden, dat de rechtsregels te spoedig worden terzijde gesteld, hetgeen voor de rechtszekerheid niet wenschelijk zou zijn. In verband hiermede komt het ons voor, dat het wenschelijker geweest ware, in dit lid niet alleen te vorderen, dat de voorkomen schade van meer belang zij dan de inbreuk op den rechtsregel, daar de rechtszekerheid hierdoor toch in bedenkelijke mate zou kunnen worden geschaad, maar ook dat hier, ons inziens, moet gesteld worden, dat het voorkomen van de schade van overwegend belang is in vergelijking met de inbreuk op den rechtsregel. Hierdoor zouden alleen bij het dreigen van een ernstig gevaar de rechtsregels mogen worden terzijde gesteld.

Het in de Hongaarsche Strafwet 1) over den noodtoestand handelende artikel komt in hoofdzaak overeen met § 54 van de Deutsche Strafwet:

Par. 80. „Eine Handlung ist nicht strafbar, wenn dieselbe im Notstande zur Rettung aus einer unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden unmittelbaren Gefahr für das Leben des Täters oder seiner Angehörigen begangen wurde.“

In Duitschland is de noodtoestand geregeld zoowel in het Wetboek van Strafrecht van 1872, als in het Burgerlijk Wetboek van 1900. In het eerste Wetboek wordt slechts de noodtoestand bij gevaar voor lijf of leven behandeld. Hier is

1) Das Ungarische Strafgesetzbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 30, J. Guttentag, Berlin 1910.

echter, in tegenstelling met het Burgerlijke recht, de noodtoestandshandeling onbeperkt toegelaten.

§ 54. „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung auszer dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist."

Deze § kent geen noodrecht toe, zij laat zich niet over het rechtskarakter der handeling uit, doch doet bij deze handelingen de straf vervallen.

Verschil van meening heerscht over de woorden: „auszer dem Falle der Notwehr", welke volgens sommigen geen beteekenis zouden hebben. Anderen zijn van oordeel, dat de wetgever de noodweer als onderdeel van den noodtoestand beschouwde en deze hier uitzonderde, omdat een afzonderlijke § met ruimere voorwaarden hierover handelt. Aan den eenen kant is de § te ruim, omdat zij geen bepaalde verhouding tusschen het dreigend gevaar en de te veroorzaken schade voorschrijft, waardoor straffeloos zou zijn, wie, om zelf een gering lichamelijk letsel te ontgaan, een ander een ernstige vermogensschade toebrengt. Aan den anderen kant is zij te eng, omdat zij in het geheel niet over andere rechtsbelangen dan lijf en leven spreekt. Ook de beperking, dat alleen verwanten hulp mogen verleen, is te groot. Hiertoe is men echter moeten komen, omdat er anders, bij het bestaande gebrek aan een voorgeschreven verhouding, tusschen gevaar en aangebrachte schade, een te groote bevoegdheid aan derden zou worden toegekend.

Als voorwaarde voor de straffeloosheid stelt deze §, dat de noodtoestand „unverschuldet" is, wat men misschien met „niet door eigen toedoen veroorzaakt", zou kunnen weergeven.

Wanneer de noodtoestand opzettelijk zou zijn teweeggebracht, met de bedoeling in dien toestand straffeloos een verboden handeling te begaan, is er geen noodtoestand, maar

is er opzettelijk een delict gepleegd. Zoo de noodtoestand wel door eigen toedoen, echter niet met deze bedoeling is veroorzaakt, zou, volgens de Duitsche Strafwet, iemand zijn leven niet mogen redden, zelfs niet, zoo hij dit kon doen, door een lichte inbreuk te maken op eens anders eigendom. Ongetwijfeld gaat deze eisch te ver.

Het gevaar moet niet op andere wijze te vermijden zijn. Doordat de Duitsche wetgever de wijze, waarop het gevaar kan ontgaan worden, niet beperkt tot een redelijk te vorderen wijze, kan deze voorwaarde tot onbillijkheid aanleiding geven, wanneer deze andere wijze, om aan het gevaar te ontkomen, aanzienlijk veel meer schade aan den in noodtoestand verkeerende zou berokkenen, dan zoo hij dit gevaar op een ander afwentelde. Het gevaar moet onmiddellijk dreigend zijn.

Deze § heeft dus geen betrekking op noodtoestandsgevallen, die een meer blijvend karakter dragen en een ernstig gevaar voor lijf of leven opleveren. 1)

Bij de totstandkoming van het Duitsche Burgerlijk Wetboek zijn twee §§ over de noodtoestandshandeling opgenomen, waardoor ten deele in het te kort, dat § 54 der Strafwet veroorzaakt, wordt voorzien. Deze beide §§ kennen den in gevaar verkeerende onder bepaalde voorwaarden de bevoegdheid toe, om het gevaar af te wentelen, door inbreuk te maken op eens anders eigendom.

§ 228 geldt voor het inbreuk maken op een zaak, die zelf het gevaar veroorzaakt.

§ 228. „Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältnisz zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet“.

1) In § 52 van het Wetboek van Strafrecht wordt, in tegenstelling met latere Duitsche Ontwerpen, afzonderlijk de vis absoluta en de bedreiging behandeld.

Het gevaar moet dengene, die in noodtoestand handelt, zelf bedreigen of een ander.

In tegenstelling met het Wetboek van Strafrecht staat het hier aan elken derde vrij, de noodtoestandshandeling te verrichten. De noodtoestandshandeling moet de afwending van het gevaar bevorderen. Het is dus niet noodig, dat het gevaar zelf er door wordt afgewend. Deze bepaling zou aanleiding hebben kunnen geven tot een wanverhouding tusschen aangebrachte schade en de mogelijkheid, welke door de handeling ontstaat om aan het gevaar te ontkomen. Dit wordt echter grootendeels voorkomen door de voorwaarde, dat de veroorzaakte schade niet buiten verhouding tot het gevaar moet zijn. 1)

Ook zoo de noodtoestand door eigen toedoen van den in gevaar verkeerende is ontstaan, is de handeling geoorloofd, maar in dit geval is deze tot het geven van schadevergoeding verplicht.

§ 228 stelt hier niet als eisch, zooals in § 54 van het Strafwetboek geschiedt, dat het gevaar niet op andere wijze kan worden ontgaan 2). Evenmin vordert zij, dat het gevaar onmiddellijk dreigend moet zijn.

Verschil van meening heerscht over de vraag, of deze § ook geldt bij aanvallen van dieren, daar dit geen personen, maar zaken zijn. Men heeft de geldigheid van deze § voor aanvallen van dieren willen betwisten met de bewering, dat deze dan gunstiger beoordeeld zouden worden dan ontoerekeningsvatbare personen, tegen wie men aanneemt, dat wel noodweer is toegelaten. Ook heeft men om dezelfde reden

1) E. Hammacher, t. a. p. blz. 61 en 62, maakt bij § 228 onderscheid of een zaak de andere in noodtoestand brengt, of dat een toeval beide in noodtoestand doet verkeereren.

2) Hammacher vindt, t. a. p. blz. 67: „Wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist“, identiek met: „Wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist“. Dit is naar onze meening niet het geval.

verdediging tegen aanvallen van dieren willen rekenen onder noodweer. 1)

Bij noodweer wordt in de Duitsche Strafwet (§ 53) slechts gevorderd, dat de noodweerhandeling den afweer bevordert, maar er wordt niet gesproken over de verhouding tusschen gevaar en veroorzaakte schade, wat wel geschiedt in § 228 Burgerlijk Wetboek.

Omdat § 53 van het Strafwetboek spreekt van een wederrechtelijke aanval, heeft deze § naar onze meening noch op ontoerekeningsvatbare menschen, noch op dieren betrekking.

De aanvallen van de laatste zou men onder § 228 van het Burgerlijk Wetboek kunnen brengen, die van de eersten, als zijnde personen en geen zaken, niet; ze zouden bij de bestaande wet, eigenlijk nergens onder vallen.

§ 904 Burgerlijk Wetboek geldt bij het in noodtoestand inbreuk maken op den eigendom van een zaak, waardoor geen gevaar dreigt.

§ 904. „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen“.

Evenmin als bij § 228 wordt de noodtoestand hier beperkt tot eenig goed, waarmede dus erkend wordt, dat alle rechtsgoederen in noodtoestand kunnen verkeeren. Inbreuk mag echter slechts op vermogensbestanddeelen gemaakt worden, in tegenstelling met § 54 Strafwetboek, waarbij op alle rechtsgoederen inbreuk mag gemaakt worden.

Algemeen neemt men aan, dat de §§ 228 en 904 beide een noodrecht toekennen, hoewel beide §§ zich zeer omzichtig

1) In dezen zin: W. Westerkamp, in zijn dissertatie: „Streitfragen des Notstandsrechts“, blz. 40 en K. Binding, Handbuch, blz. 735 en 736.

uitdrukken, waar § 228 spreekt van: „handelt niet wederrechtlich” en § 904 van „ist nicht berechtigt”. Auer 1) meent, dat de reden hiervan is, wat § 228 betreft, dat § 823 van het Burgerlijk Wetboek schadevergoeding eischt, wanneer de handeling wel wederrechtelijk geschiedt.

Auer denkt, dat § 904 de noodtoestandshandeling van uit het gezichtspunt van den eigenaar construeert, omdat deze § staat bij den eigendom.

Evenals bij § 228 moet het gevaar oogenblikkelijk dreigend zijn. Terwijl hier de noodtoestandshandeling slechts bevorderlijk behoeft te zijn tot afwending van het gevaar, zegt § 904, dat deze handeling noodzakelijk moet zijn, hetgeen dus ook insluit, dat het gevaar niet op een andere wijze voorkomen had kunnen worden.

De dreigende schade moet onevenredig grooter zijn dan de veroorzaakte schade, zij moet in elk geval grooter zijn, terwijl bij § 228 de veroorzaakte schade grooter mag zijn dan de bedreigende schade, wanneer dit verschil slechts niet elke verhouding te buiten gaat.

Bij § 904 kan de eigenaar schadevergoeding vragen.

Over het zelf veroorzaken van den noodtoestand wordt bij deze § niet gesproken en dit zal derhalve geen invloed uitoefenen op het noodrecht, dat deze § toekent, behalve natuurlijk voor het geval, dat men het gevaar veroorzaakt met de bedoeling een anders strafbaar feit straffeloos te kunnen begaan.

§ 228 is eenigszins ruimer dan § 904, omdat hier het gevaar veroorzaakt wordt door de zaak waarop de noodtoestandshandeling inbreuk maakt.

In 1909 is er in Duitschland een Voorontwerp voor een nieuw Wetboek van Strafrecht door een hiertoe ingestelde Commissie tot stand gekomen. Daarna verscheen in 1913 het Ontwerp der Strafrechtskommission en in 1919 het Regeerings-

1) Der strafrechtliche Notstand und das Bürgerliche Gesetzbuch von F. Auer, München 1903, blz. 26.

ontwerp. In het begin van dit jaar verscheen der Ambtlicher Entwurf.

Ontwerp 1909, § 67:

„Nicht strafbar ist, wer eine Handlung zur Rettung der Person oder des Eigentums seiner selbst oder eines anderen aus einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht zu beseitigenden, unverschuldeten Gefahr vornimmt, es sei denn, dass die Gefahr nur gering ist, oder, soweit es sich nur um die Rettung von Eigentum handelt, der von der Handlung zu erwartende Schaden unverhältnismässig grösser ist als die Gefahr.“

Dit Ontwerp noemt den persoon en den eigendom als rechtsbelangen, waarvoor de noodtoestandshandeling geoorloofd is. Over andere rechtsbelangen als eer en vrijheid spreekt het niet, daar deze gedeeltelijk onder het begrip „persoon” kunnen vallen.

Uit de bij het Ontwerp behorende Toelichting 1) blijkt, dat de Commissie om practische redenen geen onderscheid heeft willen maken tusschen de gronden, die van schuld en die van straf uitsluiten.

Bij gevaar voor den persoon wordt, wanneer dit niet onbetekenend is, geen evenredigheid gevorderd tusschen het dreigende gevaar en het toe te brengen leed. Bij gevaar voor eigendom mag de toegebrachte schade niet buiten alle verhouding staan tot de te verwachten schade. Deze laatste mag dus wel kleiner zijn, maar niet aanzienlijk veel kleiner.

Uit de Toelichting blijkt, dat ook de vis compulsiva in deze § is opgenomen. De § stelt nog als voorwaarden, dat het gevaar onmiddellijk dreigend moet zijn, niet op andere wijze kan worden ontgaan en niet door eigen toedoen veroorzaakt is. Onder dezelfde omstandigheden, waaronder degene, dien het gevaar bedreigt, de noodtoestandshandeling verricht, mag ook een derde deze volbrengen.

Over het plichtenconflict spreekt het Ontwerp niet.

1) Begründung. Allgemeiner Teil, blz. 224 en 225.

Doordat het Ontwerp den eisch stelt, dat de noodtoestand niet door eigen toedoen moet veroorzaakt zijn, is het beperkter dan § 228 B. G. B. Deze laatste § zou dus, indien het Ontwerp tot wet ware verheven, zijn blijven gelden, wanneer het gevaar bij noodtoestand veroorzaakt werd door de zaak, waarop inbreuk werd gemaakt om dit gevaar af te wenden.

Ontwerp 1913, § 28:

„Nicht rechtswidrig handelt, wer im Notstand handelt oder Nothilfe leistet.

Im Notstand handelt, wer unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr abzuwenden, aus der ihm ein erheblicher Schaden droht, den zu tragen er rechtlich nicht verpflichtet ist; die Gefahr darf jedoch nicht von dem Täter verschuldet sein.

Nothilfe leistet, wer unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr abzuwenden, aus der einem anderen ein erheblicher Schaden droht, den dieser zu tragen rechtlich nicht verpflichtet ist; die Tat darf jedoch nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen sein.

Hat der Täter die Grenzen des Notstandes oder der Nothilfe überschritten, so kann die Strafe nach § 115 gemildert werden; handelte er in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung, so darf von Strafe abgesehen werden.

Liegt Notstand oder Nothilfe nur deshalb nicht vor, weil der Täter die Gefahr verschuldet oder gegen den Willen des Gefährdeten gehandelt hat, so kann die Strafe nach § 115 gemildert werden."

In deze § wordt de noodtoestandshandeling niet, zooals in het Ontwerp van 1909, beperkt tot den persoon en den eigendom. Ook dit Ontwerp kent aan alle noodtoestandshandelingen eenzelfde rechtskarakter toe en wel een rechtmatig, zoodat deze handeling dus plaats vindt krachtens een noodrecht.

Om de uiterst moeilijke grens tusschen het geoorloofde en het verbodene bij noodtoestand vast te stellen, welke bij elk geval geheel van den feitelijken toestand afhangt, wordt in dit Ontwerp voor het eerst gebruik gemaakt van het algemeene begrip „pflichtmäßige Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen". Dit komt overeen met de algemeene begrippen van goede trouw en billijkheid, waarop in het verbintenissenrecht vooral de nadruk valt, maar op het geheele gebied van het recht van toepassing zijn.

Verder worden dezelfde vereischten als in het Ontwerp van 1909 gesteld, dat het gevaar onmiddellijk dreigend en op geen andere wijze te ontkomen is. In dit Ontwerp wordt echter van een aanzienlijke schade gesproken, maar hier wordt niet gevorderd, zooals in het Ontwerp van 1909, dat bij gevaar voor eigendom de aangerichte schade niet onevenredig grooter is dan de voorkomen schade.

Deze § vraagt slechts, dat de voorkomen schade aanzienlijk is, in welk geval de handeling geoorloofd is, zelfs dan, wanneer de aangerichte schade onevenredig grooter is.

Dit Ontwerp legt geen verschillenden maatstaf aan bij inbreuken op den persoon of andere rechtsbelangen, zooals het Ontwerp 1909 deed.

Wel vordert het evenals dit, dat de noodtoestand niet door eigen toedoen is ontstaan. Ook stelt het als voorwaarde, wat het Ontwerp 1909 niet deed, dat op den in gevaar verkeerende niet de rechtsplicht rustte, het gevaar te doorstaan.

Aan den derde wordt onder dezelfde voorwaarden, als aan den in gevaar verkeerende zelf, het verrichten van de noodtoestandshandeling toegestaan. Zooals reeds opgemerkt, is dit wel eenigszins te ruim. Het vereischte, dat het gevaar niet door eigen toedoen veroorzaakt mag zijn, vervalt, zoo de handeling verricht wordt door den derde.

De derde mag de handeling niet tegen den wil van den in gevaar verkeerende verrichten. Deze bepaling is opgenomen, omdat aan een derde niet, tegen den wil van den betrokkene in, de beslissing kan gelaten worden, welk rechtsbelang deze

wenscht op te offeren, zoo het zijn eigen rechtsbelangen betreft, of zoo hij bij een conflict tusschen een rechtsbelang van zichzelf en dat van een ander, dit gevaar niet op den ander wenscht af te wentelen. Indien deze wil niet rechtmatig is, zooals bij den zelfmoordenaar, behoeft de derde, volgens de bij het Ontwerp behorende Toelichting, met dezen wil geen rekening te houden.

In het algemeen zal echter de wil van den betrokkene niet altijd kenbaar zijn. De Toelichting zegt met het oog hierop, dat alleen rekening behoeft gehouden te worden met den tegenovergestelden wil van den in gevaar verkeerende, zoo deze kenbaar is.

Wanneer de grenzen van de noodtoestandshandeling overschreden zijn, kan een lichtere straf opgelegd worden. Is de handeling in een te verklaren opwinding of schrik begaan, dan kan de straf wegvallen.

Wanneer de noodtoestandsbepalingen niet van toepassing zouden zijn, alleen, omdat het gevaar door eigen toedoen veroorzaakt is, of omdat tegen den wil van den in gevaar verkeerende is gehandeld, kan een lichtere straf worden opgelegd.

Het Ontwerp geeft aan den rechter een leidraad, welke hem echter veroorlooft, naar gelang van de omstandigheden, binnen ruimere of beperktere grenzen de handeling voor niet wederrechtelijk en daarmee tevens voor niet strafbaar te verklaren.

Ontwerp 1919, § 22: 1)

„Nicht rechtswidrig ist eine Tat, die im Notstand oder in Nothilfe begangen wird.

Im Notstand handelt, wer unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um von sich die gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens abzuwenden, den zu tragen er rechtlich nicht verpflichtet ist; die Gefahr darf von dem Täter nicht verschuldet sein.

1) Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, blz. 34—38.

Nothilfe leistet, wer unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um von einem anderen die gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens abzuwenden, den der andere zu tragen rechtlich nicht verpflichtet ist; die Tat darf nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen werden.

Hat der Täter die Grenzen des Notstandes oder der Nothilfe überschritten, so kann die Strafe gemildert werden; handelte er in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung, so darf von Strafe abgesehen werden.

Liegt Notstand oder Nothilfe nur deshalb nicht vor, weil der Täter die Gefahr verschuldet oder weil er gegen den Willen des Gefährdeten gehandelt hat, so kann die Strafe gemildert werden."

Evenmin als in de beide vorige wordt in dit Ontwerp de bedreiging (vis compulsiva) afzonderlijk behandeld, daar men deze als onderdeel van den noodtoestand beschouwde.

Zooals men ziet, komen de beide laatste §§, wat inhoud betreft, in hoofdzaak overeen en is het verschil tusschen beide meer van redactioneelen aard.

§ 22 van het onlangs verschenen „Ambtlicher Entwurf" staat bij den noodtoestand op geheel ander standpunt dan de vorige Ontwerpen.

§ 22. „Wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um die gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, bleibt von der auf die vorsätzliche Begehung der Tat gesetzten Strafe frei, wenn ihm nach den Umständen nicht zu zumuten war, den drohenden Schaden zu dulden.

Hat der Täter eine solche Gefahr irrtümlich angenommen und beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung."

Deze § laat zich in tegenstelling met die der vorige Duitsche ontwerpen niet over het rechtskarakter der handeling uit. De overige voorwaarden komen, wat inhoud betreft, met die van

het Ontwerp 1919 overeen. Het laatste Ontwerp (van 1925) bevat bovendien nog bepalingen over het in dwaling aannemen van noodtoestand.

De Italiaansche Wet behandelt in artikel 49³ den noodtoestand bij levensgevaar.

Artike 49³. „Non è punibile colui che ha commesso il fatto:

3º: per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sè o altri da un pericolo grave e imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si poteva altrimenti evitare." 1)

Slechts bij gevaar voor het leven, dat men zelf niet opzettelijk heeft veroorzaakt, en dat men niet op andere wijze kon ontgaan, blijft de handeling, in noodtoestand verricht, straffeloos.

Een Ontwerp van 1919 erkent binnen dezelfde grenzen den noodtoestand, maar spreekt in de gevallen, waarin het dezen erkent, van een recht.

Het Italiaansche Ontwerp van 1919 behandelt in artikel 19 no. 5, den noodtoestand:

Artikel 19. „Il fatto è giustificato, agli effetti penali, quando sia compiuto:

5º per la necessità di salvare sè od altri da un pericolo grave ed imminente alla persona e non altrimenti evitabile, che non sia stato provocato dall' opera propria e che non si dovesse affrontare per obbligo professionale." 2)

1) „Nicht strafbar ist, wer die Handlung beging:

3º. gezwungen durch die Notwendigkeit, sich oder andre aus einer schweren Gefahr für Leib und Leben zu retten, welche er nicht selbst verursacht hatte und nicht anders abwenden konnte." (J. Guttentag, Berlin 1890.)

2) „Die Tat ist im Sinne des Strafgesetzes berechtigt, wenn sie verübt worden ist:

5º. aus der Notwendigkeit, sich oder einen Anderen aus einer schweren, die eigene oder fremde Person unmittelbar bedrohenden und auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr zu retten, die nicht durch eigenes Tun hervorgerufen worden ist und der nicht aus Berufspflicht entgegengetreten werden muss." (Uitgave van het Ministerie van Justitie. Rome 1921.)

*und um
für drohenden*

Hier wordt de handeling, in noodtoestand begaan, als een recht erkend. De noodtoestand wordt echter slechts binnen zeer beperkte grenzen erkend; alleen bij ernstig gevaar voor den persoon, dat onmiddellijk dreigt en waaraan op geen andere wijze is te ontkomen, dat niet door eigen toedoen is ontstaan en dat men niet verplicht is te dragen, omdat ambt of beroep zulks eischt. Onder deze zelfde voorwaarden mag ook de derde de noodtoestandshandeling verrichten.

Het Bulgaarsche Strafwetboek van 1896 1) behandelt den noodtoestand in artikel 46.

Artikel 46. „Nicht bestraft wird, wer eine Handlung begeht, um sein Leben oder das Leben seiner Angehörigen aus einer unmittelbaren Gefahr zu erretten, die aus äusserster Not oder Bedrohung oder unüberwindlicher Gewalt hervorgeht, wenn diese Gefahr auf andre Weise nicht abgewendet werden kann.

Unter gleichen Bedingungen wird nicht bestraft, wer eine Handlung begeht, um seine Gesundheit, Freiheit, Keuschheit, oder andre persönliche oder sachliche Güter zu retten, wenn die Zufügung des Schadens wegen Geringfügigkeit dem erretteten Güte entsprechend erachtet wird.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn schon die Abwendung der Gefahr eine strafbare Handlung darstellt."

In het Russische Wetboek van Strafrecht van 1903 2) spreekt § 46 uitvoerig over den noodtoestand:

„Eine Handlung ist nicht als strafbar zu betrachten, wenn sie zur Rettung des Lebens des Täters oder eines anderen aus einer Gefahr, die durch Drohung, rechtswidrige Nötigung oder eine andere Ursache entstanden ist und in derselben Zeit durch andere Mittel nicht abzuwenden war, begangen wurde.

Eine Handlung ist auch dann nicht als strafbar zu betrach-

1) Das Bulgarische Strafgesetzbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 18. J. Guttentag, Berlin 1897.

2) Das Russische Strafgesetzbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 28. J. Guttentag, Berlin 1908.

ten, wenn sie zur Rettung der Gesundheit, der Freiheit, der Keuschheit oder eines anderen Persönlichkeits- oder Vermögensgutes des Täters oder eines anderen aus einer Gefahr, die durch Drohung, rechtswidrige Nötigung oder eine andere Ursache entstanden ist und in derselben Zeit durch ein anderes Mittel nicht abzuwenden war, begangen wurde, wenn der Täter genügenden Grund hatte, den von ihm verursachten Schaden für geringfügig im Verhältnis zum verteidigten Gut zu halten.

Obige Bestimmungen finden keine Anwendung in Fällen, in denen das Ausweichen der Gefahr schon an sich strafbar ist."

De Spaansche Strafwet van 1870 1) behandelt den noodtoestand in artikel 8:

„No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:

7o. El que, para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Realidad del mal que se trata de evitar.

Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo." 2)

Dit artikel zegt uitdrukkelijk, dat degene, die in nood-

1) Enciclopedia Iuridica Española tomo sexto.

Barcelona, Francisco Seix, editor 1910.

2) Art. 8. „Es begehen kein Verbrechen und sind daher von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausgeschlossen:

7. Wer, um ein Übel zu verhüten, eine Tat begeht, welche an fremden Eigentum Schaden verursacht, unter folgenden Bedingungen:

a) Tatsächliches Vorhandensein des Übels, um dessen Vermeidung es sich handelt.

b) Das Übel musz grösser sein, wie der zur Vermeidung desselben angerichtete Schaden.

c) Nichtvorhandensein eines andern durchführbaren oder weniger schädlichen Mittels, um das Übel zu vermeiden."

(Das Spanische Strafgesetzbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 29. J. Guttentag, Berlin 1909.)

toestand handelt, geen delict begaat en bijgevolg strafrechtelijk niet aansprakelijk is. Deze handeling draagt dus volgens deze wet geen onrechtmatig karakter. Zij erkent den noodtoestand echter slechts onder bepaalde voorwaarden. Alleen inbreuken op vermogen, niet op den persoon zijn toegelaten.

Het gevaar moet inderdaad aanwezig zijn. Bij dwaling hieromtrent vervalt de straf dus niet. De omvang van de dreigende schade moet aanzienlijker zijn dan de veroorzaakte schade en er moet geen andere, minder nadeelige wijze mogelijk zijn om aan het gevaar te ontkomen. 1)

De Noorsche Strafwet behandelt den noodtoestand in § 47 en gedeeltelijk in § 48.

§ 47. „Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget for at redde nogens Person eller Gods fra en paa anden Maade uafvendelig Fare, naar Omstændighederne berettigede ham til at anse denne som særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes.”

§ 48. „Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget i Nødverge.

Det er Nødverge, naar en ellers strafbar Handling foretages til Afvergelse av eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb, saafremt Handlingen ikke overskrider, hvad der fremstillede sig som fornødent hertil, og det i Betragtning af Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld eller det angrebne Retsgode ei heller maa agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet.

Hvad ovenfor er bestemt om Afvergelse af retsstridigt Angreb, kommer ogsaa til Anveldelse med Hensyn til Handlinger, der foretages i Hensigt at iverksætte en lovlig Paa-gribelse eller hindre, at Straf- eller Varetægtsfanger rømmer.

Har nogen overskredet Grænserne for Nødverge, er han dog straffri, hvis Overskridelsen alene har fundet Sted paa

1) Een Ontwerp van 1884 van den Minister van Justitie Silvela, staat op eenigszins ruimer standpunt. Daarentegen komt artikel 9 van het Strafwetboek voor het Spaansche gebied in Marokko van 1914 bijna geheel overeen met artikel 8 van de Spaansche Strafwet.

Grund af en ved Angrebet fremkaldt Sindsbevægelse eller Bestyrtelse." 1)

Alle rechtsbelangen worden in noodtoestand door § 47 beschermd, onder voorwaarde, dat het gevaar niet op andere wijze kan worden vermeden en dat onder de gegeven omstandigheden de verwachte schade, in vergelijking met de veroorzaakte, door den betrokkene als aanzienlijk kan worden beschouwd.

Deze laatste voorwaarde sluit de straffeloosheid van de noodtoestandshandeling uit bij conflicten tusschen gelijke rechtsbelangen, uitgezonderd zoo het leven hierbij betrokken is, want dit beteekent voor den betrokkene, van zijn standpunt beschouwd, een aanzienlijke schade in vergelijking met de veroorzaakte schade.

Ook deze § spreekt zich niet over het rechtskarakter van deze handelingen uit.

Het eerste gedeelte van § 48 handelt over de noodweer. In

1) § 47. „Nul ne peut être puni pour un acte qu'il a commis dans le but de sauver la personne ou les biens de quelqu'un d'un danger qu'il ne pouvait écarter autrement, si ^{comme} ce danger lui semble particulièrement grand par rapport au dommage que pouvait causer son action.

Les circonstances décideront jusqu'à quel point cette disposition est applicable à celui qui s'est mis par sa propre faute dans cet état de nécessité." 2

§ 48. „Nul ne peut être puni pour une action qu'il a commise en état de légitime défense.

Il y a état de légitime défense, quand une action, habituellement punissable, ²⁰⁴ a été commise pour éloigner ou repousser une attaque illégale, ~~contre la personne ou la propriété de quelqu'un, à condition de rester~~ dans les limites de ce qui semble indispensable à cet effet, et que l'idée du danger, des torts de l'agresseur, de l'importance des droits exposés puisse autoriser à la rigueur à causer un préjudice aussi considérable que celui qu'on a pensé occasionner par son fait.

Ce qui est spécifié pour le fait de repousser une action illégale s'applique aussi à ceux qui ont pour but l'arrestation d'un individu qui doit subir une prison préventive ou pénale ou pour empêcher sa fuite. 2

Ne peut être coupable celui qui a dépassé les droits de sa défense en raison du trouble d'esprit ou de la terreur que l'agression lui a causé."

(Nouveau Code pénal norvégien, traduit par M. du Mouceau, Paris 1903.)

(Les circonstances lui paraissent le devoir de considérer

en tant que cette action reste

verband met wat wij eerder hebben opgemerkt omtrent de verwantschap tusschen den noodtoestand en de noodweer, willen wij er hier nog op wijzen, dat de Noorsche Wet, in tegenstelling met vele andere strafwetten, de noodweer slechts toelaat voorzoover noodzakelijk tot afwending van het gevaar, alsmede wanneer na waardeering van de omstandigheden, als de ernst van het gevaar, schuld van den aanvaller, het rechtsbelang, dat bedreigd wordt, het toegebrachte leed niet buiten alle redelijke verhouding mag worden beschouwd.

Het tweede deel van deze § handelt over hetgeen wij onder noodtoestand in engeren zin verstaan en heeft betrekking op het verrichten van anders verboden handelingen, om hierdoor een rechtmatige gevangenneming te bewerkstelligen of te verhinderen, dat schuldigen of gevangenen, in preventieve hechtenis, ontkomen.

In Noorwegen wordt de noodtoestand ook in het militaire strafrecht behandeld. 1)

De Japansche Strafwet 2) van 1907 behandelt in § 37 den noodtoestand.

§ 37. „With regard to acts performed under the stress of unavoidable necessity, for the purpose of saving from immediate danger the life, person, liberty, or property of oneself or another, if the injury occasioned by the said acts is not graver in degree than that which it was endeavoured to avoid, such acts are not punishable; and if the degree of injury caused is greater, the penalty may be either lowered or entirely remitted according to the circumstances of the case.

The provisions of the preceding paragraph are not applicable to persons who have special duties (obligations) appertaining to their calling."

De Oostenrijksche Wet staat nog op het standpunt van de „contrainte morale".

1) Zie §§ 25 en 26 van het Militaire Wetboek van Strafrecht en § 24 van de Invoeringswet van het Militaire Wetboek van Strafrecht.

2) The Criminal Code of Japan, translated from the original Japanese text by J. E. de Becker.

Yokohama: Kelly & Walsh. Ltd. 1918.

In het Oostenrijksche Ontwerp, dat dateert van 1912, wordt de noodtoestand in § 10 behandeld.

§ 10. „Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um eine unmittelbar drohende, anders nicht abwendbare Verletzung an Körper, Freiheit, oder Vermögen von sich oder einem Dritten abzuwenden, ist nicht strafbar, wenn der aus der Tat entstehende Nachteil nicht ausser Verhältnis zu dem drohenden Nachteile ist.

Notstand schlieszt die Strafbarkeit nicht aus, wenn für den Täter eine besondere Pflicht besteht, sich der drohende Verletzung auszusetzen." 1)

Het Ontwerp stelt hier voorwaarden, die men eveneens in de Duitsche Ontwerpen aantreft, met name, dat het gevaar onmiddellijk dreigt en men er op geen andere wijze aan weet te ontkomen.

Als rechtsbelangen, die in noodtoestand straffeloos beschermd mogen worden, noemt het Oostenrijksche Ontwerp: lichaam, vrijheid en vermogen. Alle rechtsbelangen kan men niet onder deze drie begrippen brengen. Zoo valt de eer er b.v. niet onder.

Zoowel de in gevaar verkeerende als een derde mogen onder dezelfde voorwaarden de noodtoestandshandeling verrichten.

Zooals reeds eerder gezegd, is deze bevoegdheid, wat den derde betreft, te ruim.

Het Ontwerp stelt ook den eisch, dat het gevaar onmiddellijk dreigend moet zijn. Zooals wij bij de Jurisprudentie hebben gezien, is het ook mogelijk, dat de noodtoestand een meer blijvend karakter draagt. Verder verlangt het Ontwerp, dat het gevaar niet anders te voorkomen is. Ook deze eisch gaat o. i. te ver, wanneer men aan het gevaar wel op andere wijze

1) Goldschmidt, t. a. p. blz 182, vestigt er de aandacht op, dat dit deel van § 10 geen betrekking heeft op het geval, dat de handelende de daad verricht ter bescherming van een derde op wien wel een plicht rustte het gevaar te doorstaan. Goldschmidt vermoedt hier met een redactiefout te doen te hebben.

kan ontkomen, maar deze aanzienlijk meer nadeel zou be-
rokkenen, dan zoo de schade aan een derde wordt toegebracht.

Het Oostenrijksche Ontwerp vordert niet, dat de noodtoe-
stand niet door eigen schuld is ontstaan. Het geeft geen be-
palingen bij noodtoestandsexces. Overigens komt het veel
overeën met de Duitsche Ontwerpen. Het verbiedt echter niet
zooals deze, de noodtoestandshandeling aan den derde, zoo de
betrokkene een tegengesteld verlangen heeft kenbaar gemaakt.

Het Ontwerp zegt slechts, dat de straf onder bepaalde voor-
waarden vervalt, maar laat zich niet over het rechtskarakter
der handeling uit. Ook wordt in dit Ontwerp geen gebruik
gemaakt van algemeene begrippen, zooals plicht, die voor den
rechter tot richtsnoer kunnen dienen, om na te gaan, of een
bepaald geval onder deze categorie van handelingen thuis-
behoort.

De Oostenrijksche Strafwet spreekt niet afzonderlijk over
den noodtoestand, maar deelt hem in bij het begrip „unwider-
stehlicher Zwang”, waarover § 2 spreekt.

§ 2. „Daher wird die Handlung oder Unterlassung nicht als
Verbrechen zugerechnet:

g: wenn die Tat durch unwiderstehlichen Zwang, oder in
Ausübung gerechter Notwehr erfolgte.”

In het Zwitsersche Ontwerp van een Wetboek van Strafrecht
van 1918 behandelt artikel 33 den noodtoestand.

Artikel 33. „Die Tat, die jemand begeht, um sein oder eines
andern Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen,
aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu
erretten, ist kein Vergehen, wenn dem Täter den Umständen
nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut
preiszugeben; andernfalls mildert der Richter die Strafe nach
freiem Ermessen.”

Geen onderscheid wordt hier gemaakt, of de handeling door
den in gevaar verkeerende zelf, of door een derde wordt ver-
richt. Wel eischt ook dit Ontwerp, dat het gevaar onmiddellijk
dreigend en niet anders af te wenden is. Wanneer dit zoo is,
staat het aan den rechter, na overweging van alle bekende

omstandigheden, ter beslissing, of de noodtoestandshandeling niet strafbaar is, omdat van den in gevaar verkeerende, met het oog op de omstandigheden, niet verwacht kan worden, het in gevaar verkeerend goed prijs te geven.

Ook geeft dit Ontwerp geen bepalingen voor het geval, dat de noodtoestand door eigen toedoen is ontstaan.

In 1922 is door de Commissie van Voorbereiding uit den Nationalen Raad voorgesteld het artikel aldus te wijzigen:

Artikel 33. 1. „Die Tat, die jemand begeht, um sein Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist kein Verbrechen oder Vergehen, wenn die Gefahr vom Täter nicht verschuldet ist und wenn dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.

Ist die Gefahr vom Täter verschuldet, oder konnte dem Täter den Umständen nach zugemutet werden, das gefährdete Gut preiszugeben, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (artikel 63).

2. Die Tat, die jemand begeht, um das Gut eines andern, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist kein Verbrechen oder Vergehen, wenn dem Gefährdeten den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben; im gegenteiligen Falle kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern."

In dit laatste gewijzigde Ontwerp van de Commissie van Voorbereiding wordt de handeling, die in noodtoestand, hetzij door den in gevaar verkeerende zelf, hetzij door een derde wordt verricht, afzonderlijk behandeld. Wellicht is dit geschied, om hiermede het verschil in rechtskarakter tusschen beide handelingen te doen uitkomen.

Terwijl het Ontwerp van 1918 zegt, dat de handeling onder bepaalde omstandigheden geen „Vergehen" is, zegt dit gewijzigd Ontwerp van 1922, dat deze handeling geen „Verbreken oder Vergehen" is. Met deze uitdrukking wordt te

kennen gegeven, dat bij noodtoestand niet alleen de straf wegvalt, maar ook het onrechtmatig karakter van de handeling.

Het Ontwerp van 1922 stelt ook als voorwaarde, dat de noodtoestand niet door eigen toedoen is ontstaan, welke voorwaarde het Ontwerp 1918 niet stelde. In dit geval kan de straf wel verminderd worden, hetgeen, evenals de mate, waarin strafvermindering plaats zal grijpen, aan het oordeel van den rechter wordt overgelaten. Onder dezelfde voorwaarden, uitgezonderd, dat hier niet van het veroorzaken van den noodtoestand door eigen toedoen wordt gesproken, is het aan een derde geoorloofd, de noodtoestandshandeling te verrichten.

Artikel 26 van het Ontwerp 1918 van het Zwitsersche Militaire Strafwetboek betreft eveneens den noodtoestand.

Artikel 26. 1. „Die Tat, die jemand begeht, um sein oder eines andern Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist kein Vergehen, wenn dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben; andernfalls mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen.

* Diese Bestimmung findet kein Anwendung, wenn der Täter aus Furcht vor persönlicher Gefahr eine Dienstpflicht verletzt.

2. Die Tat, die ein Vorgesetzter oder ein Höherer im Falle militärischer Gefahr insbesondere bei einer Meuterei oder vor dem Feinde begeht, um die Disziplin zu sichern oder um seinem Befehle Gehorsam zu verschaffen, ist kein Vergehen, wenn allein durch dieses Mittel der notwendige Gehorsam erzwungen werden kann."

Het eerste deel van dit artikel komt overeen met artikel 33 van het Ontwerp Burgerlijke Strafwet 1918.

Het tweede deel draagt een ander karakter. De handeling richt zich hier tegen ondergeschikten en heeft tot doel het bestaan van den Staat te beveiligen en te verzekeren.

Het gaat hier in zekere mate, afhangende van de omstandigheden, om het leven van den Staat, tot welks behoud inbreuk

op alle wetten is toegestaan, zoo geen andere weg hiertoe openstaat.

In Februari 1924 kwam dit Ontwerp in behandeling.

De meerderheid van de Commissie van Voorbereiding uit den Nationalen Raad wilde het op den noodtoestand betrekking hebbende artikel aldus gewijzigd zien:

1. „Die Tat, die jemand begeht, um sein Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos, wenn die Gefahr vom Täter nicht verschuldet ist und ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.

Ist die Gefahr vom Täter verschuldet, oder konnte ihm den Umständen nach zugemutet werden, das gefährdete Gut preiszugeben, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern.

Diese Bestimmungen finden keine Anwendung, wenn der Täter aus Feigheit eine Dienstpflicht verletzt."

De minderheid van de Commissie wilde dit lid in dezen vorm gewijzigd zien:

„Diese Bestimmungen finden keine Anwendung, auf Militärpersonen, wenn sie im aktiven Dienst aus Feigheit eine Dienstpflicht verletzen."

De meerderheid van de Commissie wilde het laatste gedeelte van artikel 26, dat betrekking heeft op het geval, dat de noodtoestandshandeling door een derde wordt verricht, in dezen vorm gewijzigd zien:

1bis. „Die Tat, die jemand begeht, um das Gut eines andern, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos, es sei denn, dass der Täter erkennen konnte, dass dem Gefährdeten die Preisgabe des gefährdeten Gutes zuzumuten war; in diesem Falle kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern."

De meerderheid wenschte het slot van dit tweede gedeelte gelijk aan het hiermede corresponderende tweede lid van

artikel 26 van het oorspronkelijk Ontwerp, behalve dat zij de woorden: „kein Vergehen", veranderde in de woorden: „kein Verbrechen oder Vergehen."

De minderheid wenschte dit lid in dezen vorm:

2. „Die Tat, die ein Vorgesetzter oder ein Höherer in Kriegzeiten im Falle militärischer Gefahr bei einer Meuterei..... verschaffen, ist im Aktivdienst kein Vergehen....."

De meening van de meerderheid van de Commissie van Voorbereiding is tenslotte gevolgd.

Door deze Commissie wordt evenals bij het Ontwerp Burgerlijk Strafrecht van 1922, de handeling, die door den in gevaar verkeerende zelf en door den derde verricht wordt, afzonderlijk behandeld.

De Commissie wil zich er schijnbaar van onthouden, zich over het rechtskarakter dezer handeling uit te laten, in tegenstelling met het oorspronkelijk Ontwerp. Zij zegt slechts, dat deze handeling vrij van straf blijft.

Ook hier wenscht de Commissie, dat het gevaar niet door eigen toedoen veroorzaakt is en wil zij aan den rechter de bevoegdheid toekennen, in de gevallen, waarin de straf niet geheel wegvalt, deze naar eigen oordeel te verminderen.

De minderheid van de Commissie wenschte disciplinaire handelingen, die in noodtoestand gevorderd worden, slechts in actieven dienst toe te laten, niet tijdens de vooropleiding.

In het Zwitsersche Burgerlijk Wetboek is ook een bepaling over den noodtoestand opgenomen:

Artikel 701. „Kann jemand einen drohenden Schaden oder eine gegenwärtige Gefahr nur dadurch von sich oder Andern abwenden, dass er in das Grundeigentum eines Dritten eingreift, so ist dieser verpflichtet, den Eingriff zu dulden, so bald Gefahr oder Schaden ungleich grösser sind als die durch den Eingriff entstehende Beeinträchtigung.

Für den hieraus entstehenden Schaden ist angemessener Ersatz zu leisten."

Dit artikel is zeer beperkt, daar het slechts geldt bij inbreuk op den eigendom van land.

In denzelfden geest is een Ontwerp van Tsjecho-Slowakye van 1921, dat den noodtoestand in de §§ 22 en 23 behandelt.

§ 22. „Wer zu dem Zwecke handelt, von sich oder jemand anderen eine unmittelbar drohende Gefahr für Körper, Freiheit, Eigentum oder ein anderes Gut abzuwenden, ist nicht strafbar, wenn er dies in angemessener Weise getan hat.

Die Strafbarkeit ist nicht ausgeschlossen, wenn von demjenigen, der so handelt, füglich verlangt werden kann, sich eines derartigen Handelns zu enthalten, insbesondere mit Rücksicht auf die Möglichkeit, die Gefahr auf andere Weise abzuwenden, oder mit Rücksicht auf den unverhältnismässig geringeren Wert des bedrohten Gutes“.

§ 23. „Ebenso ist die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen, wenn der Bedrohte verpflichtet war, die drohende Gefahr zu ertragen. Hat der Handelnde die Grenzen straflosen Handelns im Notstand überschritten, so kann das Gericht den Strafsatz herabsetzen, und hat er dies auch durch die Gefahr hervorgerufen, entschuldbarer Übereilung oder Aufregung getan, so kann das Gericht die Strafe ausserordentlich mildern.“ (§ 78).

Dit Ontwerp maakt gebruik van algemeene begrippen, die de rechter in elk geval, naar gelang van de omstandigheden, kan aanwenden. Het eischt slechts, dat het gevaar onmiddellijk dreigend is. Aan alle rechtsbelangen komen, in gevaar, de voorrechten van den noodtoestand ten goede.

De derde mag onder dezelfde voorwaarden, als de in gevaar verkeerende zelf, de handeling verrichten. Deze § spreekt niet over het door eigen toedoen veroorzaken van het gevaar. Uit de zinsnede: „auf die Möglichkeit die Gefahr auf andere Weise abzuwenden“ zou men a fortiori kunnen afleiden, dat in dit geval de voorrechten van den noodtoestand geen toepassing vinden.

Bij noodtoestandsexces kan de rechter de straf doen vervallen en bij verklaarbare overhaasting of opwinding kan de straf verminderd worden.

Deze § gaat o.i. wel wat te ver in het stellen van zijn voor-

waarden, wanneer ze zegt, dat de straf niet vervalt, wanneer men redelijker wijze van den handelende kan vorderen het gevaar op een andere wijze terzijde te stellen. Deze voorwaarde sluit o.i. niet uit, dat wel de mogelijkheid bestaat, het gevaar op een andere wijze af te wenden, maar dat deze andere wijze redelijkerwijze niet te vorderen is. Op deze voorwaarde volgt nu onmiddellijk, dat het gevaar niet op andere wijze moet kunnen terzijde gesteld worden. Hierdoor nu wordt of de eerst genoemde voorwaarde ten deele buiten werking gesteld, of de tweede wordt, zoo men de uitoefening van elk dezer voorwaarden, slechts voorzoover zij niet met de overige in strijd zijn, erkent, overtollig.

In Zweden wordt over den noodtoestand in de Strafwet niet gesproken. Professor Thyrén, hoogleeraar aan de Universiteit te Lund, aan wien door de regeering was opgedragen een herziening van het Wetboek van Strafrecht voor te bereiden, heeft dit onderwerp wel behandeld in zijn Ontwerp. 1)

§ 11. „Uppstår i annat fall, än i 7, 9 eller 10 § sägs, överhängande fara för allmän rätt eller ock för rättighet, tillhörande enskild person, vilken ej är pliktig att underkasta sig faran; och gör någon, för att faran avvärja, skada på främmande rätt; vare han straffri, om den skada, som hotade, skäliggen kunde synas väsentligt större, än den skada, som han gör, och om det efter omständigheterna svärigen kunde förväntas, att han faran på annat sätt avvärja skulle.

Hotar, annorledes än i 7, 9 eller 10 § sägs, från viss person eller sak rättsstridig skada å person eller egendom, och gör man till avvärjande, då ingen annan hjälp finnes, våld å den person eller sak, varifrån skada hotar; vare straffri, där våldet ej är sådant, att det står i uppenbart missförhållande till faran.” 2)

1) Förberedande utkast till strafflag, Allmänna delen. Chap. IV, artt. 11 en 12.

Professor Thyrén heeft den noodtoestand behandeld in zijn werk „Principerna för en strafflagsreform”, deel II, blz. 152—162.

2) § 11. „Wanneer in andere gevallen dan die welke in de §§ 7, 9 en 10 genoemd worden, dreigend gevaar ontstaat voor het recht in het alge-

Bovendien is de noodtoestand ook behandeld in een Ontwerp voor een nieuw Wetboek van Strafrecht van 1923, 1) samengesteld door een hiertoe ingestelde Commissie, in de §§ 4 en 5.

Kap. 4. § 4. „Gör man i annat fall, än i 2 eller 3 Par. sägs skada för att avvärja omedelbart eller nära förestående fara för allmän rätt eller för enskild rättighet, somtillkommer någon, vilken ej är pliktig att underkasta sig faran; vare straffri, om det efter omständigheterna svårligen kunde förväntas, att faran skulle på annat sätt avvärjas, samt den skada, som hotade, skäligen kunde synas väsentligt större än den skada, som gjordes.

Hotar annorledes, än i 2 eller 3 Par. sägs, från viss person eller sak rättsstridig skada å person eller egendom, och gör man till skadans avvärjande våld å den person eller sak, varifrån skadan hotar; vare straffri där annan hjälp ej funnits, och våldet ej är sådant, att det står i uppenbart missförhållande till faran.”

§ 5. „Finnes någon i fall, som i 2, 3 eller 4 Par. omtalas hava gjort större våld eller svårare skada än i varje fall är sagt, pröve domstolen efter omständigheterna, om och i vad

meen of voor een rechtsgoed van een bepaald persoon, op wien niet de plicht rust, dit gevaar te dragen en iemand, om dit gevaar af te wenden, schade aan het recht van een ander toebrengt, dan wordt de dader niet gestraft, wanneer de te verwachten schade inderdaad grooter scheen, dan de schade die hij toegebracht heeft en wanneer men, met het oog op de omstandigheden, moeilijk kon verwachten, dat het gevaar op andere wijze kon worden afgewend.

Wanneer op andere wijze dan in de gevallen die in de §§ 7, 9 en 10 worden genoemd, door een persoon of zaak een wederrechtelijke schade dreigt voor een persoon of eigendom en iemand, om deze schade af te wenden, geweld tegen dien persoon of die zaak gebruikt, dan is de dader straffeloos, wanneer de schade niet op andere wijze kon worden afgewend en het geweld klaarblijkelijk niet onevenredig was aan het dreigende gevaar.”

1) Förslag till strafflag, Allmänna delen, Memorie van Toelichting, blz. 169—178.

mån straffet må nedsättas under vad i allmänhet bort följa å gärningen.

Nu har någon utan sannolika skäl trott sådan fara vara å färde, som i något av de i första stycket nämnda lagrum sägs: gjorde han skada och är gärningen belagd med straff, då den begås av oaktsamhet; varde dömd till det straff.

Voro förhållandena sådana, att han svårigen kunnat besinna sig, må han ej dömas till straff." 1)

Het laatste gedeelte van § 4 handelt over het geval, dat de schade wordt veroorzaakt door een persoon of zaak. Het Ontwerp noemt deze schade onrechtmatig, hoewel men hier toch blijkbaar niet de noodweer bedoelt, daar deze afzonderlijk tevoren wordt behandeld. Met onrechtmatig wordt hier waar-

1) § 4. „Veroorzaakt men in een ander dan de in de §§ 2 en 3 genoemde gevallen schade, om hierdoor een tegenwoordig of onmiddellijk dreigend gevaar af te wenden voor het recht in het algemeen of het recht van een bepaald persoon, die niet verplicht is, dit gevaar te doorstaan, dan is men niet strafbaar, wanneer men onder de gegeven omstandigheden billijkerwijs niet kon verwachten, dat het gevaar op een andere wijze werd afgewend en wanneer de dreigende schade naar alle waarschijnlijkheid inderdaad grooter zou zijn dan de berokkende schade.

Dreigt op een andere wijze dan in de §§ 2 of 3 genoemd, een onrechtmatige schade voor den persoon of voor den eigendom, door een persoon of zaak, dan is degene die hiertegen geweld aanwendt, niet strafbaar, wanneer op geen andere wijze hulp mogelijk is en het geweld niet van dien aard is, dat het in kennelijke wanverhouding tot het gevaar staat."

§ 5. „Zoo iemand in de gevallen, genoemd in de §§ 2, 3 of 4, meer geweld gepleegd of zwaardere schade aangericht heeft, dan waarover in elk dier gevallen wordt gesproken, dan moet de rechter, naar gelang van de omstandigheden, onderzoeken of en in welke mate de straf, die in het algemeen na het begaan van de daad moet worden toegekend, verzacht moet worden.

Wie zonder deugdelijke gronden het bestaan van een gevaar heeft aangenomen, in een geval waarover in het 1e gedeelte van deze § wordt gesproken, wordt, zoo hij schade veroorzaakt en de handeling met straf is bedreigd, indien de daad uit nalatigheid is begaan, tot deze straf veroordeeld.

Wanneer de omstandigheden van dien aard waren, dat hij zich geen rekenschap van zijn toestand kon geven, dan moet geen veroordeeling volgen."

schijnlijk bedoeld een schade die de tegenpartij niet verplicht is te dragen, zoo wanneer in noodtoestand op het leven van een derde inbreuk wordt gemaakt en deze tot afweer gerechtigd is.

Artikel 64 van den Code Pénal staat op het standpunt van de contrainte morale. Dit artikel, dat tot voorbeeld van ons artikel 40 Wetboek van Strafrecht heeft gediend, spreekt, evenmin als dit laatste, uitdrukkelijk over den noodtoestand.

Artikel 64. „Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister”.

G. F. Marchand vermeldt in zijn proefschrift: „De l'état de nécessité en droit pénal” 1), dat meerdere tekstwijzigingen in Frankrijk met betrekking tot den noodtoestand zijn voorgesteld. 2)

Het Belgische Wetboek van Strafrecht spreekt ook niet afzonderlijk over den noodtoestand, wel noemt artikel 71 den onwederstaanbaren drang als een grond voor het wegvallen van de straf.

Artikel 71. „Il n'y a pas d'infraction, lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.”

1) Rousseau, Paris 1902.

2) Marchand, t. a. p. blz. 203 en 204.

Hij noemt o.a. een voorstel van Millerand, dat tot doel had tegen elke straf te vrijwaren dengene, die een misdrijf of overtreding heeft begaan „contraint par les inéluctables nécessités de sa propre existence ou de celle des êtres dont il a légalement et naturellement la charge”.

Ook noemt hij nog twee teksten, die door den rapporteur van de door de Kamer benoemde Commissie werden voorgesteld:

„Il n'y a ni crime ni délit..... ou lorsqu'il a été contraint par un fait imprévu, lui donnant justement à craindre un mal grave, présent, imminent, injuste, que l'auteur n'a pu éviter qu'en exécutant l'acte qui lui est reproché”, en

„Il n'y a..... ou encore lorsque, en s'emparant d'un objet d'absolue nécessité, il n'aura agi que pour se sauver ou sauver ceux dont il aura légalement et naturellement la charge d'un péril grave, présent, imminent, injuste, qu'il n'a pu éviter qu'en exécutant l'acte qui lui est reproché.”

Alle hier genoemde artikelen over den noodtoestand uit de verschillende wetten en ontwerpen maken, voorzoover zij de noodtoestandshandeling toelaten, geen onderscheid wat betreft het karakter dezer handeling. Ons inziens bestaat er wel onderscheid tusschen de verschillende groepen van noodtoestandshandelingen, hetgeen wij thans in de schets van onze eigen opvatting willen trachten te verklaren.

In de praktijk is dit onderscheid van rechtskarakter slechts van belang, zoo de handeling, waardoor het gevaar terzijde wordt gesteld, door een derde wordt verricht; deze onderscheiding dient dan ook o.i. in de wetgeving gemaakt te worden.

IV.

Schets van eigen opvatting.

De noodtoestand behoort, evenals alle belangenconflicten, tot het gebied van het recht. Ook voor dit terrein zal de wetgever dus zijn regels moeten vaststellen. Hierbij moet hij, zooveel als mogelijk is, met alle factoren rekening houden. Zooveel mogelijk, want een volkomen rechtvaardigheid kan de wetgever niet betrachten, zoowel omdat hij alle factoren niet kent, alsook omdat er conflicten kunnen voorkomen, waarvoor hij geen oplossing vinden kan. De wetgever kan slechts een relatieve rechtvaardigheid in acht nemen. Daar hij het volmaakte niet kan geven, moet hij in de plaats hiervan de billijkheid in acht nemen, maar ook dit richtsnoer zal niet steeds in staat blijken een oplossing aan te geven.

Een dergelijk geval, waarin de wetgever zijn taak niet naar behooren kan vervullen, maar dit slechts op zeer onvolkomen wijze kan doen, doet zich voor bij die groep van noodtoestandsgevallen, waarin leven staat tegenover leven.

De oplossing van dit conflict behoort ook tot de taak van den wetgever. Hij kan de handeling, uit dit conflict voortvloeiende, noch als recht, noch als onrecht qualificeeren.

Daar iedereen gelijk is voor de wet, kan deze in dit geval geen recht verleen en om het leven van een ander aan te tasten tot redding van eigen leven. Zoo de wet dit toch zou doen, zou zij geen acht slaan op deze gelijkheid, maar integendeel willekeurig partij kiezen.

Sommige schrijvers willen, dat de wetgever in dergelijke gevallen een recht toekent aan dengene, die door den uitslag fysiek de sterkste blijkt te zijn. 1)

1) R. Stammler: Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, blz. 76 en P. Moriaud: De la justification du délit par l'état de nécessité, blz. 265.

Dat een handeling niet haar rechtmatigheid aan den feitelijken uitslag ontleent, behoeft wel geen betoog.

Ook is deze handeling wel voor een aan het recht onverschillige handeling (rechtlich indifferent) gehouden.

Waarom echter deze moeilijke groep van belangenconflicten van de overige zou moeten worden uitgezonderd en voor onverschillig, dus van geen belang voor het recht verklaard, schijnt ons niet zeer duidelijk.

Nog een andere meening houdt deze handeling voor onrechtmatig, doch wil wegens den drang naar zelfbehoud, die ieder mensch eigen is, de straf doen vervallen 1).

Tegen deze meening is door Binding 2) aangevoerd, dat hetgeen het recht billijkerwijze niet kan vorderen, het dit ook niet mag vorderen, om dan later de inbreuk op hetgeen onrechtmatig gevorderd is, te verontschuldigen.

Zooals reeds gezegd, behoort de oplossing van dit geval zeer zeker tot het gebied van het recht.

Niet alleen uitwendige omstandigheden, ook ethische normen moeten in het algemeen den wetgever leiden bij het opstellen van zijn regelen. Bij een conflict, waarbij leven tegenover leven staat, kan de wetgever aan de handeling, waardoor het eene leven behouden blijft ten koste van het andere, van uit ethisch standpunt niet zijn goedkeuring hechten. Hij kan aan dengene, die aldus handelde, niet een subjectief recht op deze handeling toekennen. Toch kan hij deze handeling ook niet als onrecht qualificeeren. Beide levens zijn voor de wet gelijk. Deze vermag hier geen keuze te doen. De wet kan deze handeling slechts toelaten, gedoogen.

Sommigen nu zeggen, dat deze handeling, omdat zij niet door den wetgever verboden wordt, en zij dus ook niet onrechtmatig is, een rechtmatig karakter draagt. Men verstaat dan hier onder onrechtmatig, slechts datgene, wat door de wet verboden wordt. Men is niet de meening toegedaan, dat

1) K. Janka: Der strafrechtliche Notstand, blz. 198.

2) K. Binding: Handbuch, blz. 765.

er in deze gevallen een subjectief recht tot het verrichten van deze handeling bestaat, maar men beschouwt al datgene, wat de wet niet uitdrukkelijk verbiedt, als rechtmatig. Al hetgeen rechtmatig is, valt dan weder te onderscheiden in datgene, waartoe men een subjectief recht heeft en datgene wat slechts niet verboden wordt door de wet.

Wanneer men aan het woord „rechtmatig” geen ruimere beteekenis toekent en er slechts in ziet een toelaten, een gedoogen, maar in geen een deele een instemmen met de handeling, is er o.i. tegen het bezigen van dit woord bij deze handeling geen bezwaar.

Het relatieve karakter, de beperkte macht van het recht, komt in dit conflict duidelijk tot uiting. De macht van den wetgever is niet absoluut, maar beperkt, daar deze slechts aanwezig is, voorzover en in de mate waarin de wetgever in staat is een oordeel over bepaalde factoren onder zekere omstandigheden uit te spreken.

Bij de overige gevallen van noodtoestand kan het recht, door rekening te houden met de billijkheid, zijn taak beter volbrengen, hoewel het ook hier slechts algemeene beginselen kan geven, terwijl aan den rechter, na zorgvuldige overweging van alle bekende omstandigheden, de beoordeeling moet worden overgelaten, of er in een gegeven geval van noodtoestand sprake is.

Of deze er is, hangt van de omstandigheden af, want de noodtoestand draagt een geheel feitelijk karakter. Toch is het goed, dat de rechter bij zijn waardeering van den feitelijken toestand, een leidraad in de wet vindt, omdat anders de grenzen van den noodtoestand afhankelijk zouden zijn van het inzicht van elken rechter, waardoor de taak van den wetgever verplaatst zou worden naar den rechter, en er geen eenheid van beginselen ten opzichte van dit onderwerp zou zijn. Het gevolg hiervan zou wezen, dat het recht niet voor allen gelijk zou zijn.

De noodtoestand vormt een uitzondering op den normalen gang van zaken, dien de wetgever bij het opstellen van zijn

regels op het oog heeft. De normen, die de wetgever opstelt, worden gegeven naar aanleiding van en in verband met bepaalde omstandigheden; zoodra deze laatste veranderen, vervallen de desbetreffende normen, omdat het doel, dat de wetgever hiermede wenscht te bereiken, dan vervalt. Deze wijziging van den normalen loop der omstandigheden treft men in den noodtoestand aan. De gewone wettelijke regelen verliezen in dit geval hun werking.

De wetgever moet hier een bijzondere regeling in de plaats van de algemeene stellen. „Lex specialis derogat generali”.

Deze bijzondere wet is voor het speciale geval, waarop zij betrekking heeft, recht. De handeling, in overeenstemming met deze wet verricht, is dus rechtmatig.

Welke beginselen moet de wetgever nu in overeenstemming met de billijkheid volgen bij het opstellen van de bepalingen over den noodtoestand?

De wetgever zal in de eerste plaats rekening moeten houden met de subjectieve omstandigheden van dengene, die in noodtoestand verkeert. Het woord „nood” sluit kleine conflicten uit. Deze toch behooren onder de algemeene wet en niet onder de speciale uitzonderingsbepalingen van den noodtoestand. Eerst bij ernstig gevaar, dat niet anders kan worden afgewend, of niet zonder grooter nadeel voor andere belangen, dan door het verrichten der verboden handeling ontstaat, wordt dit uitzonderingsrecht van kracht.

In het bijzonder zal de wetgever met dezen subjectieven nood rekening houden bij ernstig gevaar voor het leven of integreerende deelen van het lichaam.

In de tweede plaats zal de wetgever moeten letten op de onderlinge waardeverhouding der belangen. Het kleinste belang moet opgeofferd aan het grootste, niet omgekeerd. Bij gelijkheid van belangen, waarbij niet het leven betrokken is, maar het een conflict geldt tusschen andere rechtsbelangen, moet degene, dien het leed treft, dit dragen en mag dit niet op een ander afwentelen.

Bij een conflict tusschen rechtsplichten gaat bij ongelijke

plichten, de belangrijkste voor; bij gelijke plichten komt aan geen van beide de voorrang toe. De keuze staat dan vrij, omdat het beter is, dat een van beide wordt vervuld, dan geen van beide.

Deze algemeene beginselen moeten zooveel mogelijk bij de verschillende gevallen van den noodtoestand worden toegepast. Bij een conflict tusschen gevaar voor het leven of integreerende deelen van het lichaam en andere rechtsbelangen, gaan de beide eerste boven de andere rechtsbelangen, en moet in dit geval, naar onze meening, ten gunste van deze beide een noodrecht worden toegekend.

In het algemeen kan de wet, zooals reeds is opgemerkt, geen noodrecht toekennen, wanneer leven tegenover leven staat; een uitzondering hierop vormt o.i. echter, wanneer bij gevaargemeenschap een of meerdere personen niet meer te redden zijn en andere, door hun ondergang te bespoedigen, zichzelf het leven kunnen redden, b.v. verscheiden bergbeklimmers zijn onderling door een touw verbonden; omdat de onderste uitglijdt en in den afgrond dreigt te vallen en in zijn val de overige dreigt mede te sleepen, snijdt zijn buurman het touw tusschen zichzelf en dezen door. De val van dezen persoon wordt hierdoor wel bespoedigd, doch niet veroorzaakt. Deze handeling is naar onze meening wel in overeenstemming met het recht en derhalve zou men ook hier van een recht kunnen spreken.

Bij ernstig gevaar voor blijvende schade aan goederen moet rekening gehouden worden met de onderlinge waardeverhouding der goederen, in verband met den aard en den omvang der schade.

Niet alleen kan aan het meerwaardige goed bij ernstig gevaar een noodrecht worden toegekend, maar o.i. kan het ook toekomen aan het minderwaardige, wanneer dit door ernstige schade wordt bedreigd en deze kan worden voorkomen, door een gering nadeel aan het meerwaardige goed toe te brengen.

Bij gevaargemeenschap tusschen goederen zal het meerwaardige goed gered mogen worden ten koste van het minder-

waardige, behalve zoo het eerste in elk geval verloren is; dan mag ook het minderwaardige gered worden.

Deze handelingen geschieden in overeenstemming met het recht, krachtens een noodrecht.

Het geval, dat enkele goederen opgeofferd moeten worden om de overige te redden, zal vooral voorkomen bij zeeworp.

De veroorzaakte schade moet dan over alle goederen, aanwezig bij den aanvang der reis, worden omgeslagen. Dit punt zullen wij echter verder laten rusten, daar dit niet in het Strafrecht thuis behoort.

Verschillende vragen doen zich nog bij de regeling van den noodtoestand voor, zooals die, of afweer tegen de noodtoestandshandeling is toegelaten; binnen welke grenzen de noodtoestandshandeling zelfstandig door een derde mag worden verricht; of deze derde bij de noodtoestandshandeling behulpzaam mag zijn; welken invloed het ontstaan van den noodtoestand door eigen toedoen op de straffeloosheid van deze handeling heeft; wanneer er noodtoestandsexces is; of noodtoestand steeds tijdelijk dreigend is, of ook een meer blijvend karakter kan dragen.

Wat de eerste vraag betreft, de wetgever zou o. i. verdediging tegen de noodtoestandshandeling moeten toelaten bij conflicten tusschen gelijke rechtsbelangen, waarvan het conflict — leven tegen leven — er een is, derhalve in die gevallen, waarin de wetgever de handeling slechts toelaat, haar echter niet als een recht erkent. In de gevallen, waarin de wetgever haar wel als een recht erkent, is afweer niet geoorloofd; de rechtmatige handeling zou door den afweer belemmerd worden, wat in strijd zou zijn met de bedoeling der wet.

Zeer belangrijk is de vraag, in hoeverre aan derden de bevoegdheid moet worden gegeven, zelfstandig de noodtoestandshandeling te verrichten, of daarbij behulpzaam te zijn. In het geval, waarin de wet de handeling slechts zou kunnen toelaten, haar echter niet erkent als verricht krachtens een noodrecht, zal de wetgever aan derden niet deze bevoegdheid kunnen verleen, omdat de wet aan een derde niet de keuze

kan laten tusschen gelijke rechtsbelangen. Een keuze, die het recht zelf in de eerste plaats bij het conflict tusschen leven en leven in billijkheid niet kan volbrengen, mag niet van de willekeur van een derde afhangen.

Deze beperking is naar onze meening niet van toepassing, waar de derde tot de verwanten of vrienden behoort van dengene, die in nood verkeert.

De wetgever zal deze zelfde principes niet alleen bij conflicten tusschen leven en leven, maar ook bij de overige conflicten van gelijke rechtsbelangen, waarbij geen sprake is van een noodrecht, maar slechts van een toelaten, een gedoogen door den wetgever, moeten toepassen.

In die gevallen van noodtoestand, waarbij de in dien toestand verrichte handeling als een door het recht gebillijkte, krachtens een noodrecht verrichte, geldt, zou o. i. deze bevoegdheid aan den derde onder dezelfde voorwaarden als aan den in gevaar verkeerende zelf, moeten worden toegerekend.

Welken invloed oefent het zelf veroorzaken van den noodtoestand op de straffeloosheid van de in dien toestand verrichte handeling uit?

Wanneer de noodtoestand veroorzaakt is met de bedoeling, om in dien toestand een, anders strafbare, handeling te begaan, dan is het opzet steeds gericht geweest op het plegen van het delict en is er in dat geval geen sprake van noodtoestand.

In werkelijken noodtoestand is het opzet gericht op het ontkomen aan het gevaar. De verboden handeling begaat men, omdat er geen betere uitweg, om het gevaar terzijde te stellen, openstaat.

De wetgever zal, indien de noodtoestand door eigen toedoen is veroorzaakt, onderscheid moeten maken tusschen het in gevaar verkeerenden van het leven of dat van een ander rechtsbelang. In het eerste geval zal door den wetgever wel straffeloosheid toegekend moeten worden. In tegenstelling met wat hier wellicht, van godsdienstig en zedelijk standpunt uit, voor rechtmatig geldt, kan de wetgever niet een dergelijke mate

van zelfopoffering eischen, dat men in levensgevaar, ook al is dit door eigen toedoen ontstaan, zijn leven voor een ander opoffert.

Indien echter de noodtoestand door eigen toedoen veroorzaakt is en het gevaar vermogensbelangen betreft, zal, naar onze meening, degene, die dit gevaar veroorzaakt heeft, dit zelf moeten dragen, uitgezonderd wanneer de schade, die hij een ander zou toebrengen, slechts gering zou zijn en aanzienlijk veel minder, dan die hij zelf zou moeten dragen. In dit geval zou ons inziens de wetgever de handeling tegen schadeloosstelling moeten toelaten.

Mogelijk is, dat de noodtoestandshandeling verder gaat, dan noodig is tot het bereiken van het beoogde doel n.l. het afwenden van het gevaar. In dat geval is er sprake van noodtoestandsexces.

Straffeloos zou de handeling in dit geval slechts moeten blijven, voorzover zij noodig was, om aan het gevaar te ontkomen. Toch zal de rechter bij noodtoestandsexces moeten nagaan, of dit exces, in verband met de omstandigheden, zooals het onmiddellijk dreigen, van een ernstig gevaar, te verklaren is, en zal hij naar gelang van deze omstandigheden de bevoegdheid moeten hebben, strafvermindering toe te passen.

Is de noodtoestand steeds tijdelijk of kan hij ook een meer blijvend karakter dragen?

Volgens onze meening is dit laatste wel mogelijk. Waar het woord zelf van een toestand spreekt, is er geen reden voor, hier aan dit woord een andere beteekenis toe te kennen dan de gebruikelijke en het begrip daardoor te beperken tot een enkel oogenblik.

Zooals reeds gezegd, zal de wetgever bij het opstellen van algemeene regelen over den noodtoestand, acht moeten slaan op de billijkheid. De toepassing van dit begrip brengt de noodzakelijke toepassing van een ander begrip met zich, n.l. dat van den plicht. De wetgever kan eerst de billijkheid betrachten, door rekening te houden met de plichten, die op ieder mensch, ook in noodtoestand, blijven rusten.

Naar onze bescheiden meening, zou ook de Nederlandsche wetgever in de Strafwet de beginselen moeten vastleggen, die den rechter moeten leiden bij het beoordeelen van toestanden, welke vallen buiten de normale, die de wetgever bij het opstellen van zijn regelen op het oog heeft gehad, om zodoende te voorkomen, dat de grenzen van den noodtoestand en de bevoegdheden, die bij het bestaan van dien toestand worden toegekend, geheel afhankelijk zijn van den rechter, en deze laatste niet slechts de wet moet toepassen, maar ook zelf eerst de taak van den wetgever moet vervullen en moet vaststellen, hetgeen hij onder het begrip noodtoestand verstaat. Daar wel niet alle leden der Rechterlijke Macht eenzelfde opvatting hieromtrent zullen hebben, maar ook hier wel van toepassing zal zijn: „Quot homines, tot sententiae", kan dit wettelijk stilzwijgen aanleiding geven tot rechtsonzekerheid en tot willekeur, hetgeen zeer zeker niet in de bedoeling van den wetgever kan liggen.

