

Kunst macht frei

Over de relatie tussen kunst en belediging
in Nederland en Duitsland

Universiteit: Erasmus Universiteit

Faculteit: Faculteit der rechtsgeleerdheid

Sectie: Strafrecht

Titel: Kunst macht frei; over de relatie tussen kunst en belediging in Nederland en Duitsland

Naam: Angela Jans (419831)

Begeleider: S.R. Bakker en S. Salverda

Aantal woorden: 24 683 (exclusief voetnoten, inhoudsopgave en literatuurlijst)

Maand en jaar van afronding: juni 2016

Inhoudsopgave

Inleiding	Blz. 1
Hoofdstuk 1: Strafbaarheid en uitsluiting	
1.1. Voorwaarden voor strafbaarheid	Blz. 5
1.1.1. <i>Menselijke gedraging</i>	Blz. 5
1.1.2. <i>Wettelijke delictsomschrijving</i>	Blz. 5
1.1.3. <i>Wederrechtelijkheid</i>	Blz. 6
1.1.4. <i>Schuld</i>	Blz. 7
1.1.5. <i>Subsocialiteit Vrij</i>	Blz. 8
1.2. Uitsluitingen van strafbaarheid	Blz. 8
1.2.1. <i>Rechtvaardigingsgronden</i>	Blz. 8
1.2.2. <i>Schulduitsluitingsgronden</i>	Blz. 9
1.2.3. <i>Kwalificatie-uitsluitingsgronden</i>	Blz. 10
1.2.4. <i>Tatbestand/bewijsuitsluitingsgronden</i>	Blz. 10
1.2.5. <i>Vervolgingsuitsluitingsgronden</i>	Blz. 11
1.2.6. <i>Daderschapsuitsluitingsgronden</i>	Blz. 11
1.2.7. <i>Pure strafuitsluitingsgronden Remmelink</i>	Blz. 11
1.2.8. <i>Opdeling bijzondere strafuitsluitingsgronden door Bogert</i>	Blz. 12
1.3. Uitzonderlijke excepties; de kunstexceptie	Blz. 12
1.3.1. <i>Wat is de kunstexceptie?</i>	Blz. 13
1.3.2. <i>Welke rechten spelen een rol m.b.t. de kunstexceptie?</i>	Blz. 13
1.3.3. <i>Welke moeilijkheden bestaan er t.a.v. de kunstexceptie?</i>	Blz. 14
Hoofdstuk 2: Het Europese perspectief op kunst en belediging	
2.1. Artikel 10 EVRM	Blz. 16
2.1.1. <i>De wettekst</i>	Blz. 16
2.1.2. <i>De reikwijdte van artikel 10 EVRM en de relatie met belediging</i>	Blz. 17
2.1.3. <i>Beperkingen van artikel 10 EVRM</i>	Blz. 19
2.2. Kunst en het EHRM	Blz. 21
2.2.1. <i>Analyse rechtspraak EHRM betreffende kunst algemeen</i>	Blz. 21
2.2.2. <i>Deelconclusie rechtspraak kunst EHRM</i>	Blz. 26
2.3. Kunst en belediging volgens het EHRM	Blz. 28
2.3.1. <i>Analyse rechtspraak EHRM betreffende kunst en belediging</i>	Blz. 28
2.3.2. <i>Deelconclusie kunst en belediging</i>	Blz. 31
Hoofdstuk 3: Duitsland	
3.1. Artikel 5 Grundgesetz	Blz. 33
3.1.1. <i>De wettekst</i>	Blz. 33
3.1.2. <i>Achtergrond en uitgangspunten Duitse Grondwet</i>	Blz. 34
3.1.3. <i>Reikwijdte artikel 5 GG</i>	Blz. 34
3.1.4. <i>Beperkingen artikel 5 GG</i>	Blz. 35

3.2. Kunst en belediging volgens het Bundesverfassungsgericht	Blz. 36
3.2.1. <i>Definities kunstbegrippen</i>	Blz. 36
3.2.2. <i>Rechtspraak Bundesverfassungsgericht</i>	Blz. 37
3.3. Doorwerking van het EVRM en de beoordeling door de Duitse rechter	Blz. 43
3.3.1. <i>Doorwerking in Duitsland</i>	Blz. 43
3.3.2. <i>Verhouding Europees beoordelingskader tot Duits kader</i>	Blz. 44
Hoofdstuk 4: Nederland	
4.1. Artikel 7 Grondwet	Blz. 46
4.1.1. <i>De wettekst</i>	Blz. 46
4.1.2. <i>Reikwijdte artikel 7 Gw</i>	Blz. 46
4.1.3. <i>Beperkingen artikel 7 Gw</i>	Blz. 47
4.2. Jurisprudentie kunst en belediging in Nederland	Blz. 48
Conclusie	Blz. 51
Literatuurlijst	Blz. 55

Inleiding

Aanleiding

Januari 2015, het moment waarop de wereld werd opgeschrikt door de aanslag op Charlie Hebdo. Cartoonisten die gebruik maakten van hun recht op vrijheid van meningsuiting en het daaraan verbonden recht om kunst te uiten, werden op gruwelijke wijze om het leven gebracht. De terroristen voelden zich naar eigen zeggen beledigd door de spotprenten over profeet Mohammed en de negatieve prenten over moslims in het algemeen en stelden dat Charlie Hebdo niet respectvol omging met het islamitische geloof. Deze aanslag maakt meteen duidelijk welke spanning er kan ontstaan tussen de vrijheid van meningsuiting en eventuele strafbare feiten.¹ Charlie Hebdo vormt een extreem voorbeeld, maar er zijn nog talloze vergelijkbare voorbeelden, zoals het Penisbeeld in Steenbergse dat een belediging voor de wijkagent vormde², de bedreigende rap van Hozny over Geert Wilders³ of (reclame over) een schilderij of tentoonstelling met obscene beelden.⁴ Ook in Duitsland heeft zich recent een treffend voorbeeld voorgedaan. Komiek Jan Böhmermann heeft in een satirisch programma uitlatingen gedaan in de vorm van een gedicht die beledigend zouden zijn voor president Erdogan van Turkije, maar Böhmermann beroept zich op het feit dat hij als komiek satirisch bedoelde uitlatingen moet kunnen doen.

In onze samenleving is vrijheid van meningsuiting een groot goed en is in beginsel veel vrijheid gelaten aan de burger die daarvan gebruik maakt. Het uiten van kunst, wat mogelijk wordt gemaakt door die vrijheid van meningsuiting, is derhalve ook een belangrijk recht in een democratische samenleving. Dat neemt niet weg dat deze vrijheden in conflict kunnen komen met rechten van anderen en zelfs kunnen leiden tot strafbare gedragingen. Niet alleen in Nederland is deze spanning in de rechtspraak terug te vinden, ook in Duitsland heeft het *Bundesverfassungsgericht* gezaghebbende uitspraken gedaan over deze spanning. Tevens speelt deze problematiek op Europeesrechtelijk niveau en komt zodoende veelvuldig aan de orde bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Over de relatie tussen kunst en strafbare uitingen gaat deze scriptie.

De hoofdvraag luidt als volgt:

Hoe wordt in de Duitse en Nederlandse rechtspraak omgegaan met de kunstexceptie in het geval van strafbare belediging en in hoeverre zijn gezichtspunten van het EHRM in deze rechtspraak te herkennen?

¹ Charlie Hebdo heeft zich meermalen voor de rechter moeten verantwoorden. Ik betoog hiermee expliciet niet dat Charlie Hebdo strafbaar heeft gehandeld, dit voorbeeld dient slechts ter illustratie. <https://charliehebdo.fr/proces/>

² <http://4nieuws.nl/binnenland/415155/houten-penis-in-tuin-beledigend-voor-agent.html>

³ <http://politiek.tpo.nl/2014/03/18/geert-wilders-doet-aangifte-tegen-rapper-hozny/>

⁴ Het Van Gogh museum heeft sinds februari 2016 bijvoorbeeld een tentoonstelling over lichte zeden in de kunst. <http://www.vangoghmuseum.nl/nl/zien-en-doen/tentoonstellingen/lichte-zeden>

Kort gezegd kan door een beroep op de kunstexceptie de strafbaarheid komen te vervallen indien het uiten van kunst zwaarder dient te wegen dan de rechten die bescherming vinden in een bepaalde strafbepaling. Er dient een afweging plaats te vinden tussen het recht op vrijheid van meningsuiting enerzijds en handhaving van strafbepalingen anderzijds. De vraag in dezen is dus wanneer het uiten van kunst dusdanig zwaar weegt, dat beschermde belangen in strafbepalingen daarvoor moeten wijken. In Nederland heeft de kunstexceptie geen wettelijke basis, maar in de rechtspraak zijn wel tekenen te herkennen van deze exceptie.

Maatschappelijke relevantie

De maatschappelijke relevantie van deze scriptie is onder andere gelegen in het feit dat de vrijheid van meningsuiting continu onderwerp van discussie is (zowel in Nederland als in Duitsland). In het kader van kunst en belediging is het dan ook relevant om te onderzoeken waar de grenzen liggen en in welke gevallen er wel een beroep kan worden gedaan op de kunstexceptie en in welke gevallen niet. Kortom, waar liggen de grenzen van het toelaatbare en welke positie neemt kunst daadwerkelijk in binnen de democratische samenleving en het strafrechtelijk stelsel? Er is gekozen voor strafbare belediging om een drietal redenen. De eerste reden is dat belediging door de tijd heen een grote rol speelt en ook altijd zal blijven doen aangezien dit delict bij uitstek contextafhankelijk is.⁵ De tweede reden is dat belediging en wat in een bepaald land als beledigend wordt gezien kunnen verschillen vanwege de geschiedenis die een land heeft doorgemaakt. Het is relevant te onderzoeken in hoeverre aspecten als geschiedenis en context een rol spelen bij een beroep op de kunstexceptie. De derde reden is dat er ten aanzien van belediging een duidelijk verband is met de vrijheid van meningsuiting, een grondrecht dat in een democratische samenleving een zeer prominente rol inneemt.

Wetenschappelijke relevantie en afbakening

Zowel de Nederlandse, Duitse als Europese rechters nemen een standpunt in ten aanzien van de kunstexceptie. Het Duitse perspectief is om een tweetal redenen relevant. Ten eerste is bescherming van kunst in de Duitse Grondwet verankerd.⁶ Dit komt voort vanuit de Tweede Wereldoorlog waarin bepaalde kunst (ontaarde kunst) werd verboden, als gevolg waarvan vooral veel Joodse kunst verloren is gegaan en de uitingsvrijheid is beperkt. Als reactie hierop en vanuit het idee dat kunst op deze manier verbieden nooit meer mag geschieden, heeft deze grondwettelijke verankering plaatsgevonden. De tweede reden waarom het Duitse aspect relevant is, is omdat Duitsland een grondwettelijke hof (*Bundesverfassungsgericht*) kent waardoor aan andere normen kan worden getoetst dan in ons nationale bestel. Als laatste is het Europese perspectief en de mogelijke invloed van het EHRM relevant. Het EHRM heeft niet die speciale/specifieke geschiedkundige en contextuele achtergrond zoals de nationale rechters dat wel hebben en om die reden kan het EHRM uitgangspunten formuleren die meer algemeen en overkoepelend zijn met betrekking tot de relatie tussen kunst en belediging. De relevantie van het bespreken van de uitgangspunten van het EHRM heeft vooral betrekking op de minimumstandaarden die voortvloeien uit het EVRM.

⁵ Voorbeelden hiervan zijn het toneelstuk 'Het vuil, de stad en de dood' van Fassbinder (jaren '80) en de opera 'La Muette de Portici' uit 1830.

⁶ Artikel 5 Grundgesetz.

De relevantie van dit onderzoek is dus gelegen in de bijzondere positie die de rechtspraak van de twee genoemde landen ten opzichte van elkaar en ten opzichte van het EHRM innemen en dan speciaal in het geval van belediging aangezien dat delict bij uitstek contextafhankelijk is. Met deze scriptie wordt getracht kunst en belediging in rechtsvergelijkend perspectief te plaatsen om zodoende heldere gezichtspunten te kunnen destilleren uit nationale en internationale rechtspraak.

Doel scriptie

Het schrijven van een scriptie moet ook een doel dienen. Ten eerste moet het bijdragen aan een wetenschappelijke en maatschappelijke discussie. Die relevantie is zojuist aan de orde gekomen. Naast het dienen van een discussie dient deze scriptie nog meer doelen. Eén van die doelen is dat met deze scriptie getracht wordt een bijdrage te leveren aan het verduidelijken van de positie van de kunstexceptie en in het bijzonder ten aanzien van belediging. Kort gezegd is dit het beschrijvende element van de scriptie waaruit de huidige stand van zaken afgeleid kan worden. Ik tracht hiermee inzichtelijk te maken wat de beweegredenen zijn van de rechter om in gevallen van kunst en belediging op een bepaalde manier te oordelen. Dit is ook de reden waarom rechtsvergelijking bij dit onderzoek wordt betrokken. Rechtsvergelijking geeft namelijk de mogelijkheid om goede elementen en uitgangspunten uit andere stelsels over te nemen. Door deze elementen (deels) over te nemen, kan in het nationale bestel weer vooruitgang worden geboekt. Het bewustmaken van lijnen die in Duitse, Europese en nationale rechtspraak kunnen worden ontwaard, draagt bij aan optimalisering van de rechtspraak en de democratische samenleving. Om die reden zullen in de conclusie concrete aanbevelingen worden gedaan die zowel de rechter als andere actoren binnen de rechtsstaat ten goede kunnen komen.

Tevens draagt deze scriptie bij aan de wetenschap omdat gebruik wordt gemaakt van actuele bronnen en dan met name rechtspraak die nog niet eerder (zo uitgebreid) is geanalyseerd. Bovendien is nog niet eerder onderzoek gedaan naar de relatie tussen kunst en belediging waarbij de focus primair ligt op het strafrecht, maar tevens additioneel aandacht wordt besteed aan mensenrechten/staatsrecht. Dat maakt dat deze multidisciplinaire scriptie een onderscheidende bijdrage levert aan de wetenschappelijke discussie.

De bevindingen van deze scriptie kunnen voor de rechter handvatten bieden in de beoordeling van de kunstexceptie. Niet alleen omdat helder en beschrijvend uiteengezet wordt wat de huidige stand van zaken is, maar ook omdat concrete knelpunten en tegenstrijdigheden zullen worden besproken en geanalyseerd waardoor de rechter in kan spelen op dergelijke lacunes. Door buiten de landsgrenzen te kijken, kan een breder perspectief gehanteerd worden en kunnen vernieuwende inzichten en handvatten worden aangereikt.

Kortom, door een combinatie van de doelen beschrijving, analyse/becommentariëring en suggesties kunnen nieuwe inzichten aan het licht worden gebracht en kunnen wetenschap en rechtspraak vooruitgang boeken.

Onderzoeksmethode

Om tot beantwoording van de probleemstelling te komen, zal vooral gebruik worden gemaakt van jurisprudentie. In het bijzonder jurisprudentie van het EHRM, van het *Bundesverfassungsgericht* en van verschillende Nederlandse rechtsprekende instanties.

Ten aanzien van het eerste hoofdstuk dat betrekking heeft op voorwaarden voor strafbaarheid, uitsluiting ervan en de kunstexceptie als één van die uitsluitingen, zal vooral gebruik gemaakt worden van literatuur in de vorm van handboeken en artikelen. De grondrechtelijke aspecten van deze scriptie zullen worden onderzocht aan de hand van handboeken en aan de hand van rechtspraak. Voor het hoofdstuk over Duitsland zal veelvuldig gebruik worden gemaakt van Duitstalige literatuur en jurisprudentie. Het hoofdstuk over Nederland zal bijna volledig worden beschreven aan de hand van jurisprudentie.

Deelvragen

De vragen die in het eerste hoofdstuk beantwoord zullen worden, zijn de volgende: Wat zijn de voorwaarden voor strafbaarheid en welke mogelijke complicaties brengen die voorwaarden mee? In welke verschijningsvormen doen strafuitsluitingsgronden zich voor? Wat is de kunstexceptie, welke rechten spelen een rol, welke plaats neemt de kunstexceptie in en wat zijn de complicaties van de kunstexceptie?

In het tweede hoofdstuk zullen de volgende vragen behandeld worden: Welk(e) grondrecht(en) spelen op Europees niveau een rol in zaken van belediging en kunst (kortom wat is het juridisch kader op Europees niveau)? Hoe oordeelt het EHRM over kunst? Wat zijn de algemene uitgangspunten die uit Europese rechtspraak kunnen worden gedestilleerd? Hoe oordeelt het EHRM over de verhouding tussen kunst en belediging tezamen?

In het derde hoofdstuk zullen de volgende vragen worden beantwoord: Hoe is kunst in de Duitse Grondwet verankerd en wat is de reikwijdte van dit grondrecht? Welke strafbaarstellingen op het gebied van belediging zijn er in Duitsland? Hoe oordeelt de Duitse rechter met betrekking tot kunst en belediging? Hoe wordt de Duitse rechtspraak door het EHRM beïnvloed wanneer gekeken wordt naar het systeem van doorwerking?

In het vierde hoofdstuk zullen de volgende vragen worden beantwoord: Welk grondrecht is in Nederland van belang ten aanzien van de kunstexceptie en wat is de reikwijdte ervan? Wat zijn de beperkingsmogelijkheden van dit recht? Hoe wordt door de Nederlandse rechter geoordeeld over de relatie tussen kunst en belediging?

Leeswijzer

Het eerste hoofdstuk van deze scriptie zal gaan over voorwaarden voor strafbaarheid, uitsluitingen van strafbaarheid en uitzonderlijke excepties. In dit hoofdstuk zal tevens besproken worden wat de kunstexceptie inhoudt en welke moeilijkheden zich ten aanzien van de kunstexceptie kunnen voordoen. Het tweede hoofdstuk zal in het teken staan van Europese jurisprudentie op het gebied van kunst en belediging. Vervolgens zal in het derde hoofdstuk gekeken worden naar de Duitse grondwet en de verankering van kunst in de grondwet. Na een duidelijke toelichting op de grondwet, zal de Duitse jurisprudentie op het gebied van kunst en belediging worden besproken. In het vierde hoofdstuk zal wederom naar dit aspect worden gekeken, maar dan met betrekking tot Nederland. Het geheel zal worden afgesloten met een conclusie en eventuele aanbevelingen.

Hoofdstuk 1: Strafbaarheid en uitsluiting

Dit hoofdstuk zal gaan over de voorwaarden voor strafbaarheid, uitsluitingen van strafbaarheid en uitzonderlijke excepties. De eerste paragraaf vangt aan met de voorwaarden voor strafbaarheid waarbij bijzondere aandacht zal worden besteed aan de wederrechtelijkheid. In de tweede paragraaf van dit hoofdstuk zal besproken worden welke uitsluitingen van strafbaarheid er kunnen zijn. Er zal een zo uitputtend mogelijk overzicht worden gegeven. Dit in verband met de latere vraag, namelijk wat voor soort uitsluiting de kunstexceptie is. De derde paragraaf zal gaan over de uitzonderlijke excepties, zoals de medische exceptie, de sport- en spelexceptie en de kunstexceptie. Aan de kunstexceptie zal de meeste aandacht worden besteed en tevens zal worden besproken welke moeilijkheden zich kunnen voordoen ten aanzien van de kunstexceptie.

1.1. Voorwaarden voor strafbaarheid

Er zijn een viertal voorwaarden voor strafbaarheid te onderscheiden.⁷

1.1.1. Menselijke gedraging

Allereerst dient er sprake te zijn van een menselijke gedraging. Dit betekent dat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen een gedraging kunnen begaan. Onder menselijke gedraging wordt ook het nalaten te handelen verstaan. Dit houdt onder andere in dat een drukker, drukt, ook al heeft hij zelf geen hand gehad in de inhoud van het gedrukte. De drukker is slechts uitvoerder, maar het feit dat de drukker niet nalaat te handelen, maakt dat er toch een delict gepleegd kan worden.⁸ Het gaat erom dat de drukker in dit geval lijkt te aanvaarden dat er een delict wordt gepleegd.⁹ Ik misken hierbij niet dat de drukker op grond van artikel 53 en 54 Sr uitgesloten kan worden van vervolging. Verder is van belang op te merken dat niemand vervolgd of gestraft kan worden voor het enkel hebben van gedachten. Dit zogenaamde forum internum is en moet vrij zijn van overheidsinmenging. Bovendien moet met een gedraging wel enig bewustzijn zijn gemoeid. Volgens R Emmelink vallen een epileptische toeval of slaapdronken zijn daar niet onder.¹⁰

1.1.2. Wettelijke delictsomschrijving

De tweede voorwaarde voor strafbaarheid is dat een menselijke gedraging moet vallen onder een wettelijke delictsomschrijving. Bij het maken van de vertaling van een feitelijke handeling naar een juridische kwalificatie kunnen zich interpretatieproblemen voordoen.¹¹ Mijns inziens kunnen dergelijke interpretatieproblemen het beste opgelost worden door aansluiting te zoeken bij de geldende maatschappelijke opvattingen op een bepaald gebied.¹²

⁷ Ch.J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht*, bewerkt door A. Heijder en C.F. Rüter, Deventer: Kluwer 1981, p. 35.

⁸ Noyon/Langemeijer/R Emmelink, commentaar, inleiding, p. 9 en 10.

⁹ HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378.

¹⁰ D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, bewerkt door J. R Emmelink, twaalfde druk, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 1991, p. 148.

¹¹ HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564 (elektriciteitsarrest).

¹² D. Schaffmeister & A. Heijder, *Concretisering van wederrechtelijkheid in het strafrecht*, in liber amicorum Melai, Gouda: Quint 1983, p. 465.

Wat in een bepaalde tijd als schennis van de eerbaarheid wordt beschouwd, kan in een andere tijd geen enkel probleem opleveren.

1.1.3. Wederrechtelijkheid

De derde voorwaarde voor strafbaarheid is de wederrechtelijkheid. Er zijn meerdere definities van wederrechtelijkheid als bestanddeel in de literatuur te vinden. De meest gebezigde definitie van wederrechtelijkheid is dat een gedraging in strijd is met het objectieve recht.¹³ Het gaat zowel om het geschreven als ongeschreven recht waarbij de grenzen van de maatschappelijke betamelijkheid worden overschreden.¹⁴

Wederrechtelijkheid kan ook gezien worden als een gedraging die is gericht tegen het subjectieve recht van een ander. Dan is wederrechtelijk handelen alleen dat wat inbreuk maakt op het recht van iemand anders.¹⁵

Een derde definitie komt van Van Veen die de facet-wederrechtelijkheid introduceert.¹⁶ Volgens Van Veen dient het objectieve bestanddeel wederrechtelijkheid niet dezelfde invulling te krijgen als het element wederrechtelijkheid. Doordat de strekking van de norm die aan de strafbepaling ten grondslag ligt bepalend is voor de vraag omtrent de wederrechtelijkheid, moet de wederrechtelijkheid zo veel mogelijk bepaald worden aan de hand van het belang dat de delictsomschrijving beoogt te beschermen. Door wederrechtelijkheid als bestanddeel aan te merken heeft de wetgever getracht de delictsomschrijving te beperken of juist nader te interpreteren. Bij de beoordeling van de wederrechtelijkheid moet dan ook gekeken worden naar de bijzondere omstandigheden die de wetgever in gedachten had bij de strafbaarstelling. Wederrechtelijkheid kan als variabel begrip worden aangemerkt, de ene keer zal het dezelfde betekenis hebben als het element wederrechtelijkheid, maar in een ander concreet geval kan het betekenen dat een feit is gepleegd zonder toestemming. Per delict staat dus een bepaald facet van de wederrechtelijkheid centraal.

Rommelink, die een vierde definitie introduceert, verstaat onder wederrechtelijkheid ‘zonder eigen recht.’ Degene die handelt zonder daartoe gerechtigd te zijn, handelt wederrechtelijk. Hier valt zowel het ontbreken van een privaatrechtelijke bevoegdheid (zonder toestemming van de rechthebbende) als publiekrechtelijke bevoegdheid (geen in de wet toegekende bevoegdheid) onder.

Volgens Schaffmeister en Heijder kan relativering van de wederrechtelijkheid plaatsvinden op drie niveaus.¹⁷ Het eerste niveau is op het niveau van het strafrecht zelf. Bij het vervullen van de delictsomschrijving wordt uitgegaan van het feit dat de daad wederrechtelijk is begaan.¹⁸

¹³ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 31.

¹⁴ G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit: een preadvies*, 's-Gravenhage: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1993, p. 15.

¹⁵ M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 20.

¹⁶ Th.W. van Veen, ‘Facet-wederrechtelijkheid,’ *NJB* 1972, p. 468.

¹⁷ Schaffmeister & Heijder, p. 446.

¹⁸ Schaffmeister & Heijder, p. 444.

Echter, dat er strijd is met een norm betekent nog niet dat er in een concreet geval wederrechtelijk is gehandeld. Om die reden kan de verdachte zich beroepen op een rechtvaardigingsgrond die de strafbaarheid van de gedraging kan doen wegnemen, hetgeen het dictum ‘ontslag van alle rechtsvervolging’ oplevert. Hierbij is van belang dat gekeken wordt naar welk belang de delictsomschrijving in hoofdzaak dient te beschermen.¹⁹ Deze vorm van concrete interpretatie is terug te vinden in rechtspraak van de Hoge Raad in de zogenaamde krakers-arresten waarin huisvredebreuk een rol speelde.²⁰ De Hoge Raad gaat hierbij heel concreet in op de begrippen ‘woning’ en ‘in gebruik zijn.’ Kort gezegd, wanneer er geen sprake is van een woning die in gebruik is, kan er ook geen sprake zijn van huisvredebreuk en is er derhalve niet wederrechtelijk gehandeld. De strekking van de norm is mede bepalend voor de vraag of er sprake is van wederrechtelijk gedrag. In gevallen waarin het meest passende beschermde belang van de norm niet wordt geschonden, mag geen grond voor het ontbreken van de wederrechtelijkheid worden gevonden in een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond.²¹ In dit geval zou eerder in de procedure afgezien moeten worden van vervolgen, namelijk door middel van een sepot.

Het tweede niveau waarop gerelativeerd kan worden, is door de norm en de interpretatie ervan te bezien in het rechtsgebied waar deze norm thuishoort. Dat er in het strafrecht geen sprake is van wederrechtelijkheid betekent niet dat er in het burgerlijk recht niet onrechtmatig gehandeld zou zijn. Hier hebben soortgelijke begrippen dus een andere interpretatie afhankelijk van het rechtsgebied dat van toepassing is op de concrete situatie. Voor de strafrechtelijke wederrechtelijkheid moet naar het engste criterium worden gekeken.²² Concreet gezien betekent dit dat de gemene deler van de verschillende rechtsgebieden, als er sprake is van een norm op verschillende gebieden uiteraard, uiteindelijk de interpretatie van de norm bepaalt.

Het derde niveau waarop relativering kan plaatsvinden is door te kijken naar de maatschappelijke context van de regel. Bij dit niveau gaat het erom dat de materiële norm (die meestal alleen aangeduid is maar niet geconcretiseerd) bezien wordt in het licht van gedragsregels die in de maatschappij aanvaard zijn. De normen kunnen eventueel in de wet zijn verankerd, maar zullen nooit geconcretiseerd zijn. Om te kijken of er wederrechtelijk is gehandeld, zou je dan moeten kijken of met de gedraging een maatschappelijke norm wordt geschonden en moet niet slechts gekeken worden naar de norm in de context van het strafrecht alleen.

1.1.4. Schuld

De laatste voorwaarde voor strafbaarheid is schuld. Iemand kan alleen gestraft worden als diegene schuld heeft en dus een verwijt kan worden gemaakt. In beginsel wordt uitgegaan van het feit dat wanneer iemand de delictsomschrijving heeft vervuld, sprake is van schuld, maar iemand kan zich wel beroepen op het ontbreken van verwijtbaarheid. Dit kan door een beroep op schulditsluitingsgronden die eveneens leiden tot het dictum ‘ontslag van alle rechtsvervolging.’

¹⁹ Schaffmeister & Heijder, p. 448.

²⁰ HR 2 februari 1971, *NJ* 1971, 385 met noot Bronkhorst en HR 4 januari 1972, *NJ* 1972, 121.

²¹ Schaffmeister & Heijder, p. 457.

²² Schaffmeister & Heijder, p. 471.

1.1.5. Subsocialiteit

Volgens Vrij moet naast wederrechtelijkheid en schuld nog een extra element worden toegevoegd aan de voorwaarden voor strafbaarheid, namelijk de subsocialiteit. Van belang is om onderscheid te maken tussen de ratio, het doel en de gevolgen van subsocialiteit. Vrij heeft in zijn afscheidsrede van 1947 de subsocialiteit geïntroduceerd als algemene voorwaarde voor strafbaarheid. Daarmee wordt bedoeld op de schade/gevaar in de rechtsorde, de maatschappelijke minustoestand, die het gevolg is van het delict. Deze schade kan een kleine omvang hebben, omdat het feit van geringe ernst is, waarbij de kans op herhaling tevens gering is en niet gevreesd hoeft te worden voor navolging van dergelijke feiten door anderen binnen de maatschappij. In dat opzicht is de subsocialiteit normatief van belang voor de vervolgingsbeslissing, de strafmaat en de strafexecutie. Vrij heeft generale en speciale preventie daarmee een plaats willen geven in het strafrechtelijk systeem naast vergelding waar rechtvaardiging en schuld vooral op zien. Wat de subsocialiteit in een concreet geval inhoudt, moet uitgemaakt worden aan de hand van andere wetenschappen dan het recht zoals de sociale wetenschappen.

1.2. Uitsluitingen van strafbaarheid

Algemene inleiding uitsluitingen

Strafuitsluitingsgronden kunnen over het algemeen worden onderscheiden in twee klassieke vormen, de rechtvaardigingsgronden en de schulduitsluitingsgronden. De rechtvaardigingsgronden nemen de wederrechtelijkheid weg en de schulduitsluitingsgronden nemen de verwijtbaarheid weg. Belangrijk om te vermelden is dat het gaat om algemene strafuitsluitingsgronden die voor alle delicten gelden. Naast deze algemene strafuitsluitingsgronden die volgen uit het Wetboek van Strafrecht of krachtens artikel 91 Sr van overeenkomstige toepassing zijn, zijn er ook bijzondere strafuitsluitingsgronden die specifiek zien op een bepaald delict of een bepaalde delictsgroep, bijvoorbeeld artikel 293 lid 2 Sr. De bijzondere uitsluitingsgronden doen zich meestal voor in de vorm van een specifiek artikellid voor uitsluiting of door een bepaald bestanddeel.²³ Deze artikelliden zijn vaak te herkennen aan woorden als ‘niet’ of ‘geen.’²⁴ Soms worden bijzondere uitsluitingsgronden aangeduid als kwalificatie-uitsluitingsgronden, daderschapsuitsluitingsgronden of Tatbestand-uitsluitingsgronden. In deze paragraaf zal aandacht besteed worden aan al deze vormen van uitsluitingen. In de conclusie van hoofdstuk 1 zal worden ingegaan op de mogelijke plaats van de kunstexceptie in de reeds bestaande strafuitsluitingsgronden.

1.2.1. Rechtvaardigingsgronden

Rechtvaardigingsgronden nemen de wederrechtelijkheid van de gedraging weg en rechtvaardigen derhalve de daad. De geschreven rechtvaardigingsgronden in het Nederlandse recht zijn, noodweer (artikel 41 lid 1 Sr), overmacht als noodtoestand (artikel 40 Sr), een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (artikel 43 lid 1 Sr) en een wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr).

²³ P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting (proefschrift)*, Deventer: Kluwer 2005, p. 4.

²⁴ Bogert, p. 56.

In het bekende Veeartsarrest is een ongeschreven rechtvaardigingsgrond aangenomen, namelijk het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.²⁵

Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid

De enige uitdrukkelijk erkende rechtvaardigingsgrond die ongeschreven is, is het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. In het Veeartsarrest²⁶ is deze rechtvaardigingsgrond geïntroduceerd. Een veearts brengt tijdens een uitbraak van mond- en klauwzeer opzettelijk een aantal gezonde koeien in aanraking met een aantal besmette koeien. De veearts had dit gedaan om zo te kunnen bewerkstelligen dat de koeien bepaalde antistoffen zouden aanmaken tegen mond- en klauwzeer. Door het met opzet besmetten van de gezonde koeien pleegde hij een strafbaar feit volgens de Veewet. Volgens de regelen der kunst in de diergeneeskunde was dit echter de geëigende manier om de gezondheid van de koeien te verbeteren. De veearts werd vervolgd voor het in strijd handelen met artikel 82 Veewet. Het gaat er bij deze grond om dat door te handelen (in strijd met de wet) juist datgene wordt gediend dat de strafbepaling beoogt te beschermen. Er was dus formeel gezien wel voldaan aan de wederrechtelijkheid, immers de delictsomschrijving was vervuld en er was gehandeld in strijd met het recht, maar materieel gezien was er geen sprake van wederrechtelijkheid. Deze vorm van strafuitsluiting vormt een soort vangnet.

1.2.2. Schulduitsluitingsgronden

Schulduitsluitingsgronden kunnen de verwijtbaarheid doen wegnemen en sluiten derhalve de dader die zijn daad pleegt uit. In het Nederlandse stelsel kunnen de volgende geschreven schulduitsluitingsgronden worden onderscheiden, noodweerexces (artikel 41 lid 2 Sr), psychische overmacht (artikel 40 Sr), een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (artikel 43 lid 2 Sr) en ontoerekeningsvatbaarheid. De enige ongeschreven schulduitsluitingsgrond is afwezigheid van alle schuld, hetgeen is uitgemaakt in het melk- en waterarrest en het motorpapierenarrest.²⁷

Afwezigheid van alle schuld

De schulduitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld komt voort uit het melk- en waterarrest.²⁸ Een melkboer uit Amsterdam lengde melk met water aan en verkocht dit vervolgens als volle melk. Deze melk werd door de knecht verkocht die niet van het aanlengen op de hoogte was. Door een stof (in casu water) toe te voegen aan de melk handelt de veeboer in strijd met artikel 303 APV (artikel 47 lid 1 sub 1 Sr). In dit geval gaat het om een feitelijke dwaling die verontschuldigbaar is. Dit betekent dat degene in kwestie niet wist en behoefde te weten dat hij of zij een strafbaar feit beging. Hierin ziet men het uitgangspunt ‘geen straf zonder schuld terug.’

²⁵ Deze rechtvaardigingsgrond zal nader worden gespecificeerd om in de conclusie terug te kunnen komen op de relatie met kunst.

²⁶ HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, 918.

²⁷ Deze schulduitsluitingsgrond zal nader worden gespecificeerd om in de conclusie terug te kunnen komen op de relatie met kunst.

²⁸ HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.

Er kan ook sprake zijn van dwaling omtrent het recht. Dit is uitgemaakt in het motorpapierenarrest.²⁹ Een motorrijder had inlichtingen gevraagd van de opperwachtmeester van de rijkspolitie over bepaalde papieren die hij als motorrijder zou moeten hebben. De opperwachtmeester verzekerde de motorrijder ervan dat hij inderdaad in het bezit was van de benodigde papieren. Achteraf bleek dit onjuist, maar de motorrijder mocht vertrouwen op de mededelingen van de opperwachtmeester. Het gaat er dus om dat er informatie is ingewonnen over de vraag welke rechtsregel van toepassing is. De hoedanigheid van de inlichtingenverstrekker speelt daarbij een onmiskenbaar grote rol.

1.2.3. Kwalificatie-uitsluitingsgronden

Bijzondere strafuitsluitingsgronden kunnen aangeduid worden als kwalificatie-uitsluitingsgronden. Dit is een uitsluitingsgrond op basis waarvan de bewezenverklaarde gedraging geen strafbaar feit oplevert, omdat het niet als dusdanig kan worden gekwalificeerd.³⁰ Ondanks dat de gedraging naar de letter van de wet onder de delictsomschrijving kan vallen, kunnen deze gedragingen toch niet als zodanig worden gekwalificeerd.³¹ De bijzondere strafuitsluitingsgrond is dan een factor in de beoordeling of er sprake is van strafbaar gedrag.³² Dat expliciet op de kwalificatie wordt ingegaan brengt rechtszekerheid mee.³³ De rechter kan dan vaststellen wat de wetgever heeft beoogd op basis waarvan recht wordt gedaan aan het legaliteitsbeginsel. Echter, de rechter hoeft zich niet louter aan de bedoeling van de wetgever te houden, maar kan ontwikkelingen meenemen op grond waarvan de delictsomschrijving qua strafbaarheid beperkt wordt. Door een bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond aan te duiden, kan dan ook recht worden gedaan aan de belangrijkste rechtsstatelijke principes. Door de kwalificatiebeslissing wordt niet de grondslag van de tenlastelegging verlaten, omdat feiten en omstandigheden die zijn vastgelegd in de bijzondere uitsluitingsgrond geen onderdeel vormen van de delictsomschrijving.

1.2.4. Tatbestand/bewijsuitsluitingsgrond

De Tatbestandsuitsluitingsgrond ziet op de formele wederrechtelijkheid, het gaat hierbij om een formele toets van de desbetreffende gedraging aan de bestanddelen van de delictsomschrijving. Als voldaan is aan de bestanddelen is een gedraging in principe strafbaar, tenzij er sprake is van een rechtvaardigingsgrond. Dit kan betekenen dat er geen bestraffing zal volgen van een feit dat an sich ongeoorloofd is. Echter, dit houdt niet automatisch in dat de strafbaarheid van het feit of de dader wordt uitgesloten. In de meeste gevallen zal deze uitsluiting zich voordoen ten aanzien van (maatschappelijke) zorgplichten. Dit type uitsluiting is terug te vinden in wetgeving, bijvoorbeeld in artikel 29 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet.

²⁹ HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180.

³⁰ Bogert, p. 217.

³¹ M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Van probleem naar oplossing en weer terug,' *DD* 2015/8, p. 2 en 3. Momenteel speelt dit probleem ten aanzien van de term witwassen.

³² J.M. van Bemmelen, *Strafvordering. Leerboek van het Nederlandse strafprocesrecht*, zesde herziene druk, Den Haag: Martinus Nijhoff 1957, p. 389-390.

³³ C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, diss. RUL, Gouda: Quint 1995, p. 17-41.

Hierin is vastgelegd dat de werkgever die aan kan tonen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen ter vervulling van de zorgplicht, niet kan worden bewezen dat er onvoldoende zorg is betracht. Wanneer iemand niet verplicht is te handelen, kan ook niet aangenomen worden dat iemand een rechtens relevante handeling heeft verricht.³⁴ Bij deze uitsluitingsgrond wordt als het ware een bestanddeel geëlimineerd. Dit kan ook gelden voor impliciete bestanddelen.

1.2.5. Vervolgingsuitsluitingsgronden

In het Nederlandse stelsel zijn diverse vervolgingsuitsluitingsgronden opgenomen. Deze uitsluiting sluit vervolging uit in bepaalde situaties. Deze zijn onder andere te vinden in hoofdstuk VIII van het Wetboek van Strafrecht. Voorbeelden van vervolgingsuitsluitingsgronden zijn het ne bis in idem-beginsel neergelegd in artikel 68 Sr, de dood van de verdachte (artikel 69 Sr) en verjaring (artikel 70 Sr).

1.2.6. Daderschapsuitsluitingsgronden

Daderschapsuitsluitingsgronden kunnen zich voordoen in situaties waar zorgplichten een rol spelen. In een aantal zaken heeft deze uitsluiting zich voorgedaan. Zo bevat de vrijstellingsbepaling van de Leerplichtwet een daderschapsuitsluitingsgrond. Hierbij wordt uitgegaan van een bepaalde hoedanigheid van de dader. De delictsomschrijving schetst een bepaalde toestand en wijst een rechtssubject aan dat aan die bepaalde toestand schuldig is. Van belang is dat deze persoon alles heeft gedaan om de verboden toestand te voorkomen. Deze uitsluitingsgrond heeft zich onder andere in het zogenaamde JAC-arrest voorgedaan.³⁵ In deze zaak ging het om een weggelopen jongere die zich wendde tot erkende hulpverleners. De hulpverleners hebben toen aan de ouders laten weten dat het kind terecht was, maar niet waar het kind zich bevond. De hulpverleners werden verdacht van het onttrekken van het kind aan de ouderlijke macht. Uiteindelijk is beslist dat artikel 280 Sr niet voor de gevallen is geschreven waarbij hulpverleners op geaccepteerde wijze hulp verlenen. Er is geen sprake van onttrekking, maar juist van bescherming van de jongere. Op deze manier zijn hulpverleners die dusdanig handelen als dader uitgesloten van strafbaarheid.

1.2.7. Pure uitsluitingsgronden Rimmelink³⁶

Rimmelink wijst bij de pure uitsluitingsgronden op het feit dat handelen dat onder de delictsomschrijving valt, bezien in de maatschappelijke context, toch gerechtvaardigd kan zijn. Het handelen beantwoordt aan de delictsomschrijving en is ook verwijtbaar, maar door het handelen is het maatschappelijk gezien meest ongewenste gevolg uitgebleven en om die reden volgt straffeloosheid. Volgens Rimmelink is artikel 280 lid 2 Sr een goed voorbeeld van pure uitsluiting, omdat geen strafbaarheid moet volgen wanneer hulpverleners zo snel mogelijk de verblijfplaats van de jeugdige meedelen zodat geen sprake is van onttrekken. Mijns inziens duidt artikel 280 Sr echter meer op een Tatbestanduitsluitingsgrond of kwalificatie-uitsluitingsgrond.

³⁴ Dolman, p. 51.

³⁵ HR 11 mei 1976, NJ 1976, 538.

³⁶ Rimmelink 1996, p. 266

De wet erkent volgens R Emmelink dus een pure vorm van niet-strafbaarheid die tevens in de rechtspraak kan worden herkend. In de rechtspraak zou dit terug te zien zijn in een zaak waarbij niet-strafbaarheid werd gebaseerd op het voorkomen van het overspannen van het strafrecht.³⁷

1.2.8. Opdeling bijzondere strafuitsluitingsgronden Bogert

Bogert maakt in zijn proefschrift een onderscheid in drie verschillende categorieën bijzondere strafuitsluitingsgronden. De eerste variant is de strafbaarheidsvariant. In dit geval is in de bepaling opgenomen dat er geen strafbaarheid is in een bepaald geval, artikel 293 lid 2 Sr is daar een voorbeeld van.³⁸ De tweede variant is de toepassingsvariant. In deze bepalingen is opgenomen dat toepassing van de strafwet achterwege blijft in bepaalde gevallen. Artikel 98c lid 2 Sr vormt hier een goed voorbeeld van.³⁹ Redenen van de wetgever om dergelijke uitsluitingen op te nemen zijn gelegen in een te ruim geachte werking van de delictomschrijving⁴⁰ of in naderhand veranderde opvattingen ten aanzien van het strafwaardige karakter van het delict. De laatste variant is de zogenaamde restvariant. In de restcategorie vallen de delicten waarbij grondrechten botsen met strafbepalingen. Het gaat hierbij concreet om de spanning tussen vrijheid van meningsuiting en belediging.⁴¹ Sommige bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn gelijk bij de invoering van het artikel geformuleerd en andere bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn ontstaan door veranderde inzichten in de maatschappij. De wetgever kan zo anticiperen op nieuwe ontwikkelingen in de samenleving. Vooral bij de strafbaarheidsvariant is duidelijk dat de bepaling zich tot de rechter richt, in de toepassingsvariant is de normadressaat impliciet⁴², zo kan artikel 280 lid 2 en 3 Sr zich ook richten tot opsporings- en vervolgingsinstanties. Voor de rechter is dus vrij veel ruimte gelaten voor interpretatie van bestanddelen. De rechter kan ten aanzien van bijzondere strafuitsluitingsgronden interpreteren door de context van de situatie te betrekken in zijn oordeel of door de intentie/beweegredenen van de verdachte in ogenschouw te nemen. In sommige gevallen kan de rechter aansluiting zoeken bij de maatschappelijke bevindingen door te kijken wat ‘een redelijk handelend mens normaliter zou doen.’

1.3. Uitzonderlijke excepties; de kunstexceptie

Er zijn een aantal uitzonderlijke excepties, zoals de medische exceptie, de sport- en spelexceptie en de kunstexceptie. Deze excepties zijn allen in de rechtspraak ontstaan. De medische exceptie houdt in dat een arts zich bij het toebrengen van pijn of zwaar lichamelijk letsel kan beroepen op een uitsluitingsgrond. Toestemming (informed consent) speelt een belangrijke rol bij deze exceptie. Buiten gevallen die betrekking hebben op de medische beroepsuitoefening kan er ook nog sprake zijn van een beroepsexceptie in het geval van andere beroepsgroepen, zoals hulpverleners. Te denken valt dan vooral aan politiemensen die soms gepast geweld moeten toepassen.

³⁷ BRvC 24 juni 1946, NJ 1947, 149.

³⁸ Andere voorbeelden van de strafbaarheidsvariant zijn: artikel 96 lid 3 Sr, artikel 103a Sr, artikel 154 lid 5 Sr, 273 lid 2 Sr en artikel 296 lid 5 Sr.

³⁹ Andere voorbeelden zijn: artikel 137 Sr, artikel 139a-139c Sr, artikel 151c Sr en artikel 280 lid 2 en 3 Sr.

⁴⁰ Hier vormt het JAC-arrest een duidelijk voorbeeld van.

⁴¹ Bogert, p. 125.

⁴² Bogert, p. 140.

Bij de sport- en spelexceptie gaat het om de situatie dat binnen een sport/ spel bepaalde regels zijn die een gevaarzettend karakter kunnen hebben. Een grote rol hierbij speelt dat er bepaalde spelregels zijn die binnen die situatie algemeen geaccepteerd zijn. Er is een eigen handhavingskader en er zijn eigen specifiek op dat speelveld gerichte strafbare feiten. Wat de precieze plaats is van de uitzonderlijke excepties is nog niet uitgekristalliseerd. Zo betoogt De Doelder dat deze excepties als toegevoegde gronden kunnen worden ondergebracht bij de bestaande rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden.⁴³ Er kan echter ook betoogt worden dat dit afzonderlijke excepties zijn.

1.3.1. Wat is de kunstexceptie?

De kunstexceptie houdt in dat door een beroep te doen op kunst, de strafbaarheid kan komen te vervallen. De kunstexceptie kan zich in verschillende vormen voordoen. Ten eerste kan het feit dat er sprake is van kunst de strafbaarheid doen komen te vervallen, dit is de absolute vorm van de exceptie.⁴⁴ Ten tweede kun je het verweer voeren dat het belang dat de delictsomschrijving beoogt te beschermen niet is geschonden door de gedraging van de verdachte.⁴⁵ Ten derde kan een beroep op de kunstexceptie slagen door een beroep te doen op de vrijheid van meningsuiting en de afweging die op basis van de Grondwet kan worden gemaakt. De meeste zaken waarin kunstverweren worden gedaan hebben betrekking op uitingsdelicten. De exceptio artis reikt verder dan de kunstenaar zelf, maar richt zich ook tot verspreiders, handelaren of museumdirecteuren.

1.3.2. Welke rechten kunnen conflicteren ten aanzien van de kunstexceptie?

Kunst wordt in Nederland niet specifiek in de Grondwet beschermd, maar valt onder de vrijheid van meningsuiting, hetgeen is neergelegd in artikel 7 van de Grondwet. Op de Grondwet zal later in de scriptie nog uitvoeriger worden ingegaan ten aanzien van de reikwijdte en beperkingen van artikel 7 Grondwet. Ook in internationale en Europese normen is kunst als recht erkend, eveneens in de vorm van vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM en artikel 19 IVBPR). Het Wetboek van Strafrecht kent geen specifieke strafuitsluitingsgrond die toepasbaar is op kunst. In de meeste gevallen waarin kunst een rol speelt, zijn uitingsdelicten ten laste gelegd of gaat het om aantasting van de eerbaarheid, maar soms kan het ook gaan om bedreiging, vernieling⁴⁶ of godslastering. In het boek 'Nader tot U' beschreef schrijver Reve bijvoorbeeld seks met God, waarbij God als een muilezel was beschreven.⁴⁷ Repressief ingrijpen door middel van het strafrecht is dus toegestaan, maar preventief ingrijpen (censuur) niet.

⁴³ H. de Doelder, *De strafuitsluitingsgronden anders opgeschreven*, in M.M. Dolman e.a. Geleerde lessen (Stolwijk-bundel), Nijmegen: Wolf legal publishers 2007, p. 27-38.

⁴⁴ F. Janssens, 'Eén hand en één voet aan de exceptio artis; de kunstexceptie nader bekeken,' Mediaforum: 1995-02, p. 19.

⁴⁵ Janssens 1995, p. 20.

⁴⁶ Rb. Amsterdam 26 februari 1997, 13-094004-97 (Dollarteken op schilderij).

⁴⁷ HR 2 april 1968, NJ 1968, 373.

1.3.3. Welke moeilijkheden bestaan er ten aanzien van kunst/de kunstexceptie?

Er zijn een aantal evidente moeilijkheden ten aanzien van de kunstexceptie. Ten eerste rijst de vraag wat kunst precies is en wat wel en niet onder de reikwijdte van kunst valt. Doordat deze vraag voor een groot deel subjectief is, is het lastig om objectieve criteria te formuleren ten aanzien van de beoordeling van de kunstexceptie. Je kunt de vraag of er sprake is van kunst beantwoorden vanuit het perspectief van de kunstenaar of vanuit het perspectief van de aanschouwer. Mijns inziens speelt vooral de intentie van de kunstenaar een belangrijke rol ten aanzien van de kunstexceptie, dit ter voorkoming van lichtvaardige vervolging.

Een andere mogelijkheid om deze vraag te benaderen, is door de vraag ten aanzien van kunst en de exceptie in afzonderlijke delen te splitsen, dit kan het volgende voorbeeld illustreren. Stel dat er sprake is van een schilderij, dan zou je kunnen betogen dat er sowieso sprake is van kunst ongeacht de inhoud, immers de schilderkunst behoort tot één van de klassieke kunstvormen. Dan kun je in ieder geval vaststellen dat er sprake is van kunst (ik spreek hier bewust niet over een kennelijk artistieke strekking zoals Janssens betoogt,⁴⁸ aangezien dat subjectiever is), zonder al een waardeoordeel te geven over de inhoud. Op deze manier doe je in beginsel geen afbreuk aan het recht om kunst te uiten op basis van de vrijheid van meningsuiting. Deze aanpak kan ook toegepast worden op andere uitingsvormen, zoals graffiti en rap. Door eerst te kijken of graffiti of rap als kunst kan worden aangemerkt gezien de vorm, hoeft de rechter nog niet direct op de inhoud in te gaan. Bij de vervolgvraag komt dan aan de orde in hoeverre dat schilderij verenigbaar is met rechten van anderen of strafbepalingen. Bij deze beoordeling kan onder andere de intentie van de kunstenaar als gezichtspunt in ogenschouw worden genomen, maar ook het risico dat is genomen door de kunstenaar dat een bepaald kunstwerk weerstand zou oproepen. Door de vraag naar de kunstexceptie dus uit elkaar te trekken, wordt aansluiting gezocht bij de systematiek van de Grondwet. Namelijk eerst de vraag ten aanzien van de reikwijdte beantwoorden en vervolgens naar de grenzen van de reikwijdte kijken.

Een tweede moeilijkheid is dat wat onder kunst wordt verstaan onderhevig is aan verandering. Kunst is evolutief en contextafhankelijk. Wat in een bepaalde periode op een bepaalde plaats als kunst wordt gezien, kan in een andere periode wel totaal anders worden gezien. Om die reden is het lastig om uitputtende criteria te formuleren ten aanzien van de kunstexceptie.

Een derde moeilijkheid ten aanzien van de kunstexceptie heeft betrekking op de betrokken rechten. Wanneer een beroep wordt gedaan op de kunstexceptie, zullen grondrechten een belangrijke rol spelen. Omdat grondrechten een zeer sterke bescherming krijgen, is in beginsel dan ook veel ruimte gelaten om van deze grondrechten gebruik te maken. Uiteraard met eerbiediging van rechten van anderen, maar dat neemt niet weg dat grondrechten zo min mogelijk moeten worden beperkt. Hier is een duidelijke spanning te zien tussen de rechten van mensen om hun mening te mogen uiten en dus ook kunst enerzijds en de bescherming van rechten van anderen op het gebied van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, eerbaarheid, etc., anderzijds.

⁴⁸ Janssens 1995, p. 22.

Een vierde moeilijkheid ten aanzien van de kunstexceptie is dat de vraag kan rijzen in hoeverre de rechter de aangewezen instantie is om een oordeel te vellen over kunst. De rechter is opgeleid om recht te spreken en niet om een oordeel te vellen over kunst. In dit geval is het wellicht beter dat de rechter zich door kunstexperts laat bijstaan. Aan de andere kant kun je hier tegenin brengen dat de rechter in veel meer gevallen met problemen wordt geconfronteerd waarbij de rechter moet oordelen over de reikwijdte en interpretatie, bijvoorbeeld in het geval of een bepaald gebruik als godsdienstig gebruik kan worden beschouwd. De rechter benadrukt hierbij weliswaar dat hij geen theoloog is, maar kan ook onmogelijk volstaan met het niet nader duiden van het probleem, omdat hij het niet weet.

Een vijfde moeilijkheid is welke positie de kunstexceptie inneemt of zou moeten innemen. Excuseert de kunstexceptie de daad en is het dus een rechtvaardigingsgrond? Of excuseert de kunstexceptie de dader en is het dus een schulduitsluitingsgrond? Of is het geen van beiden en is er sprake van een geheel op zichzelf staande uitsluitingsgrond? Biedt artikel 350 Sv enige houvast? Hierop wordt in de conclusie teruggekomen.

Hoofdstuk 2: Het Europese perspectief op kunst en belediging

In dit hoofdstuk zal het Europese perspectief op kunst en belediging aan de orde komen. De eerste paragraaf van dit hoofdstuk zal aanvangen met de grondrechten die een rol spelen bij de relatie tussen kunst en belediging. Het gaat hierbij primair om het recht op vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in artikel 10 EVRM en aanvullend om de eerbiediging van het privéleven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM. Artikel 8 EVRM zal slechts zijdelings aan bod komen aangezien het zwaartepunt ligt bij de vrijheid van meningsuiting. Begonnen wordt met de belangrijkste elementen uit de wettekst, vervolgens komt de reikwijdte aan de orde en als laatste zal gekeken worden naar de beperkingen ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting. De tweede paragraaf zal gaan over rechtspraak van het EHRM met betrekking tot kunst en de minimumstandaarden die uit die rechtspraak kunnen worden gedestilleerd. De derde en laatste paragraaf van dit hoofdstuk zal gaan over de rechtspraak van het EHRM waarbij zowel kunst als belediging een rol spelen.

2.1. Artikel 10 EVRM

Om het grondrecht ‘vrijheid van meningsuiting’ goed uiteen te kunnen zetten, is het van belang om eerst duidelijk te maken wat de inhoud van de wettekst is.

2.1.1. De wettekst

De Engelse wettekst:

1. Everyone has the right to **freedom of expression**. This right shall include freedom to hold **opinions** and to **receive and impart information and ideas without interference by public authority** and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are **prescribed by law** and are **necessary in a democratic society**, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

De Nederlandse wettekst:

1. Een ieder heeft recht op **vrijheid van meningsuiting**. Dit recht omvat de vrijheid een **mening** te koesteren en de **vrijheid om inlichtingen of denkbeelden** te ontvangen of te **verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen**. Dit artikel belet Staten niet radio- omroep-, en bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die **bij de wet zijn** voorzien en die in een **democratische samenleving noodzakelijk** zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

2.1.2. Reikwijdte artikel 10 EVRM en de relatie met belediging

2.1.2.1. Algemene uitgangspunten artikel 10 EVRM

Artikel 10 EVRM, met daarin het recht op vrijheid van meningsuiting, vormt één van de belangrijkste kernwaarden van de democratische samenleving.⁴⁹ In een democratische samenleving wordt daarom grote waarde toegedicht aan de persvrijheid.⁵⁰ De persvrijheid gaat niet zover dat daardoor andere grondrechten, zoals het recht op eerbiediging van het privéleven, in het geding mogen komen.⁵¹ Aangezien vrijheid van meningsuiting een onmisbare kernwaarde is in een democratische samenleving, komt tevens grote bescherming toe aan het politieke debat. Aan zaken die het publiek belang raken komt bovendien een grotere bescherming toe dan wanneer het publiek belang niet gediend wordt.

De vrijheid van meningsuiting is een veelomvattend recht dat in beginsel ruim moet worden uitgelegd. Onder de vrijheid van meningsuiting vallen de evidente vormen van uiten, zoals het publiceren van teksten,⁵² het voeren van debatten⁵³ en het geven van interviews.⁵⁴ Buiten deze voorbeelden van evidente uitingsvormen, erkent het EHRM ook andersoortige uitingen zoals kunstuitingen⁵⁵, satire, het houden van protestacties of het dragen van bepaalde symbolen.⁵⁶ Dit zegt uiteraard nog niets over de mogelijkheden tot beperking. De vorm van de uiting of het medium is niet relevant bij de vraag of een bepaalde uiting onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM valt, daarvoor is in beginsel vooral de inhoud relevant. Onder de vrijheid van meningsuiting valt ook het recht om je te onthouden van het uiten van een mening. Artikel 10 EVRM omvat niet slechts het recht om een mening te uiten, maar omvat tevens het recht om informatie en denkbeelden te ontvangen. Het recht om informatie te ontvangen is ook van toepassing op entertainment en kunst.⁵⁷ Het recht om informatie te ontvangen, houdt tevens het recht in om informatie te bezitten. Het recht om informatie te vergaren valt ook onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM, maar heeft vooral voor journalisten een grote betekenis. Er is echter geen algemeen recht op informatie waardoor staten een positieve verdragsverplichting krijgen opgelegd. De derde volzin van artikel 10 EVRM heeft een beperkte betekenis.

⁴⁹ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁵⁰ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (Sunday Times tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁵¹ EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08 (Von Hannover tegen Duitsland).

⁵² EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, par. 43 (Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁵³ EHRM 20 mei 1999, nr. 25390/94, par. 26 (Rekvenyi tegen Hongarije).

⁵⁴ EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89, par. 27 (Jersild tegen Denemarken).

⁵⁵ EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84 (Müller tegen Zwitserland).

⁵⁶ EHRM 25 januari 2011, nr. 56975/09 (Donaldson tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁵⁷ EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06 (Khurshid Mustafa & Tarzihachi tegen Zweden).

Van belang is nog op te merken dat het uiten (van iets) alleen niet voldoende is, er moet namelijk evident sprake zijn van het uiten van een mening. Zo viel het verbieden van het dragen van een baard niet onder de vrijheid van meningsuiting, omdat met het dragen van de baard weliswaar sprake was van een uiting, maar niet per se van meningsuiting.⁵⁸ Ook *hate speech*, islamofobe en homofobe uitlatingen vallen onder de vrijheid van meningsuiting, maar deze uitingen kunnen eventueel worden beperkt op basis van het tweede lid. Oproepen tot geweld kan nooit onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM vallen.⁵⁹

Bij artikel 10 EVRM speelt artikel 17 EVRM (de misbruik-bepaling) ook een belangrijke rol. Wanneer meningsuiting wordt gebruikt om de rechten van het EVRM in zijn wezen aan te tasten, dan is er sprake van misbruik hetgeen tot gevolg heeft dat de uitlating niet onder de reikwijdte van het verdrag valt. Voorbeelden van misbruik in dit kader zijn uitingen die zijn gericht op het omverwerpen van de democratie,⁶⁰ het verheerlijken van oorlogsmisdaden⁶¹ en het ontkennen van de holocaust.⁶²

2.1.2.2. *Specifieke uitgangspunten met betrekking tot belediging*

Het EHRM besteedt specifiek aandacht aan belediging in het kader van artikel 10 EVRM. In deze subparagraaf zal derhalve in worden gegaan op deze meer specifieke vorm van meningsuiting. Het recht op vrijheid van meningsuiting kan conflicteren met belangen van anderen en dan met name de bescherming van de eer en goede naam. Het EHRM heeft een aantal extra uitgangspunten geformuleerd die betrekking hebben op belediging van individuele personen in relatie tot de vrijheid van meningsuiting. Ten eerste wordt een onderscheid gemaakt tussen feitelijke oordelen en waardeoordelen. Een uiting die reputatieschade veroorzaakt, maar wel op feitelijkheden is gebaseerd, zal grotere bescherming krijgen dan wanneer deze uiting niet op feiten is gebaseerd. Als de uitlatingen aantoonbaar zijn, zal in beginsel geen beperking plaatsvinden ook al is de toonzetting provocerend of choquerend. Het hof formuleert ook criteria ten aanzien van waardeoordelen. In ieder geval kan een waardeoordeel niet worden bewezen ook al is dit voor een groot deel op feitelijkheden gebaseerd. Dit laat onverlet dat waardeoordelen niet geheel ongefundeerd mogen zijn.⁶³

Ten tweede is bij de beoordeling van belediging van belang wat de context en ernst van de belediging is. Bij dit tweede gezichtspunt wordt gekeken of de uiting daadwerkelijk beledigend is voor een bepaald persoon, daarbij spelen subjectieve gevoelens van belediging echter geen rol. Over smaad merkt het hof nog op dat er alleen een ontoelaatbare inbreuk kan zijn wanneer de uitingen te herleiden zijn naar een identificeerbaar persoon en niet wanneer bijvoorbeeld het hele ambtenarenapparaat wordt aangevallen.⁶⁴ Bij de ernst van de belediging speelt de vraag of er sprake is van een *gratuitous personal attack* een belangrijke rol. Daarvoor is de context van belang, maar ook de status van degene tegen wie de uitlating is gericht evenals de manier van formuleren van de uiting.

⁵⁸ EHRM 24 mei 2015, nr. 8165/03 (Tig tegen Turkije).

⁵⁹ Sdu tekst en commentaar bij artikel 10 EVRM, p. 988.

⁶⁰ EHRM 14 maart 2013, nrs. 26265/05 en 26377/06 (Kasymakhunov en Saybatalov tegen Rusland).

⁶¹ EHRM 15 januari 2009, nr. 20985/05 (Orban e.a. tegen Frankrijk).

⁶² EHRM 24 juni 2003, nr. 85831/01 (Garaudi tegen Frankrijk).

⁶³ EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (Lingens tegen Oostenrijk).

⁶⁴ Sdu tekst en commentaar bij artikel 10 EVRM, p. 984.

Toch zijn beledigende of vulgaire bewoordingen als zodanig niet doorslaggevend in de beoordeling of gehandeld is buiten de grenzen van de vrijheid van meningsuiting. Als het de bedoeling is om een individueel persoon bewust te schaden, dan zal al snel sprake zijn van een niet-toelaatbare overschrijding van de grenzen van de vrijheid van meningsuiting. Provocatie is toegestaan, tenzij er wordt opgeroepen tot geweld of maatschappelijke onrust.⁶⁵

Het hof maakt tevens onderscheid ten aanzien van het karakter van de uiting en dan met name over de stijl en de vraag of de uiting serieus bedoeld is of meer als grap dient te worden opgevat. Als uitingen vooral humoristisch bedoeld zijn, dan zal de impact doorgaans kleiner zijn en zal een grotere bescherming toekomen aan de uiting.⁶⁶

Het hof geeft ook enkele uitgangspunten ten aanzien van groepen personen. Ten aanzien van religieuze uitingen dient opgemerkt te worden dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen kritische uitingen en uitingen die puur bedoeld zijn om belangrijke religieuze symbolen of personen te treffen.⁶⁷

De laatste tak die het hof onderscheidt heeft betrekking op publieke figuren en betreffen delicten als majesteitschennis en belediging van (buitenlandse) staatshoofden. Indien er geen specifieke strafbepaling is voor deze categorie van personen, dan zal strafbaarheid geschieden via de algemene, voor een ieder geldende, regels voor bijvoorbeeld laster en smaad.⁶⁸ Deze categorie personen moet zich meer laten welgevalen dan 'gewone' burgers zonder publieke status.⁶⁹

2.1.3. Beperkingen van artikel 10 EVRM

Artikel 10 EVRM is een artikel met een gecodificeerde beperkingsclausule. Deze beperkingsclausule staat in het tweede lid van het artikel. De vereisten die ten aanzien van beperkingen op de vrijheid van meningsuiting achtereenvolgens afgelopen dienen te worden zijn de volgende: is er sprake van een inmenging? Is deze inmenging in overeenstemming met het recht/bij wet voorzien? Zo ja, dient de inmenging een legitiem doel en is dat doel expliciet genoemd in artikel 10 lid 2 EVRM (het zogenaamde doelcriterium)? En als laatste vraag, is de inmenging noodzakelijk in een democratische samenleving? Deze laatste twee eisen vormen de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.

2.1.3.1. Inmenging

Eén van de vereisten voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting is dat er sprake is van inmenging. Inmenging kan worden gezien als een duidelijke aantasting van het recht. Het moet in die gevallen gaan om actief handelen van de staat. Zowel het daadwerkelijk inmengen als het toestaan van wetgeving die inmenging toelaat kan als inmenging worden beschouwd.⁷⁰ Bovendien moet het gaan om inmenging door een publieke autoriteit.

⁶⁵ EHRM 3 november 2015, nr. 4184/15 (Otegi Mondragon tegen Spanje).

⁶⁶ EHRM 22 februari 2007, nr. 5266/03 (Nikowitz & Verlagsgruppe News tegen Oostenrijk).

⁶⁷ EHRM 25 november 1996, nr. 17419/90 (Wingrove tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁶⁸ EHRM 14 maart 2013, nr. 26118/10 (Eon tegen Frankrijk).

⁶⁹ EHRM 17 oktober 2006, nr. 71678/01, *LJN* AZ 8332, par 40 (Gurgenidze tegen Georgië).

⁷⁰ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, par 42 (Klass tegen Duitsland).

2.1.3.2. *Bij wet voorzien*

Dat een beperking bij wet voorzien moet zijn, betekent dat er voor inmenging een basis in het nationale recht moet zijn.⁷¹ Bovendien moet het nationale recht in overeenstemming zijn met de preambule van het EVRM. Verder moet het recht voldoende toegankelijk en kenbaar zijn, zodat een burger hierop zijn gedrag kan afstemmen.⁷²

2.1.3.3. *Legitiem doel dat noodzakelijk is in een democratische samenleving*

Er is sprake van noodzakelijkheid als de inmenging een dringend maatschappelijk belang dient en de inmenging ook proportioneel is ten aanzien van het doel.⁷³ Er moet derhalve een zekere balans zijn tussen het te bereiken doel en de bescherming van het individu. Het is aan de overheid om de noodzakelijkheid aan te tonen. Deze eis van noodzakelijkheid hangt samen met de democratische samenleving. Gezichtspunten die hierbij van belang zijn, zijn pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid.⁷⁴

De legitieme doelen staan opgesomd in artikel 10 lid 2 EVRM en zijn het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Bij bepaalde EVRM rechten, waaronder artikel 10 EVRM, komt aan staten een zekere *margin of appreciation* toe.⁷⁵ Deze *margin* is groter naarmate er minder consensus in Europa bestaat over een bepaald onderwerp. Zo wordt in een land als Ierland veel conservatiever gedacht over abortus dan in Nederland, waardoor het EHRM aan staten een zo groot mogelijke vrijheid laat. Het hof benadrukt hierbij dat de nationale lidstaten in dit soort gevallen *better placed* zijn, omdat de lidstaten het beste kunnen omgaan met bepaalde opvattingen in eigen land. Een beperking van de vrijheid van meningsuiting zal in gevallen waar het publieke personen betreft minder snel toelaatbaar zijn dan wanneer het niet-publieke personen betreft. Ten aanzien van zaken als de eer en goede zeden zal het hof de lidstaten als *better placed* beschouwen, omdat op het gebied van eer en goede zeden geen consensus in Europa bestaat. In het kader van de vrijheid van meningsuiting zullen voorafgaande (gecensureerde) beperkingen slechts in uitzonderingsgevallen toelaatbaar zijn. Bij de beoordeling van de beperking van de vrijheid van meningsuiting kunnen een aantal punten nog uitdrukkelijk in ogenschouw worden genomen. Ten eerste het bereik van de uiting (bijvoorbeeld de oplage van een krant).⁷⁶

⁷¹ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, par 47 (Sunday times tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁷² EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, par 49 (Sunday times tegen het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, par 67 (Müller en anderen tegen Zwitserland).

⁷³ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, par 48 (Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁷⁴ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, par 49 (Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk), EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76, par. 53 (Dudgeon tegen het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82, par 41 (Lingens tegen Oostenrijk).

⁷⁵ Bij het verbod op marteling dat volgt uit artikel 3 EVRM is aan staten bijvoorbeeld geen margin of appreciation gelaten, aangezien folteren de menselijke waardigheid aantast en daarmee de basisprincipes van het EVRM ondermijnt.

⁷⁶ EHRM 29 maart 2005, nr. 40287/98 (Alinak tegen Turkije).

Ten tweede of het publiek min of meer gedwongen is van de uiting kennis te nemen. Ook in nationale rechtspraak zagen we dat dit uitgangspunt als factor in ogenschouw werd genomen, namelijk in het Deep throat-arrest. Ten derde de vraag of de uiting mondeling of schriftelijk is gedaan. Het hof neemt aan dat mondelinge uitingen een grotere impact hebben dan schriftelijke uitingen.

2.2. Kunst en het EHRM

Zoals reeds in de vorige paragraaf is aangetoond, vallen kunstuitingen onder de vrijheid van meningsuiting. Er is in beginsel een grote vrijheid om meningen te uiten en derhalve ook om kunst te uiten. In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan de uitgangspunten die het EHRM formuleert ten aanzien van kunst zonder te specificeren naar het delict belediging.

Voordat ingegaan wordt op een aantal richtinggevende zaken op het gebied van kunst en uitingen, wordt eerst gekeken naar wat algemene uitgangspunten. Onder andere Velaers⁷⁷ komt tot een drietal gezichtspunten die een rol spelen bij de beoordeling in een concrete casus. Ten eerste moet gekeken worden naar het belang dat mogelijk in het geding is. Hierbij komt aan staten een *margin of appreciation* toe. Het tweede gezichtspunt is dat gekeken moet worden naar het publiek waarop de kunstenaar zijn kunst richt. Het laatste gezichtspunt betreft de proportionaliteit waarbij de beperking van de kunstvrijheid in ogenschouw wordt genomen en wordt afgewogen tegen andere belangen.

De kunstexceptie kan zich in verschillende verschijningsvormen voordoen wanneer gekeken wordt naar het soort kunst/kunstwerk. In deze paragraaf zal daarom aandacht worden besteed aan de volgende verschijningsvormen: schilderijen, films, video's, theater, poëzie, beeldhouwwerken, romans en muziek. Hierdoor wordt tevens de vraag beantwoord in hoeverre de verschijningsvorm een relevantie factor is in de beoordeling van de kunstexceptie.

2.2.1. Analyse rechtspraak EHRM betreffende kunst algemeen

De bespreking van Europese jurisprudentie zal gaan volgens een vast stramien. Ten eerste zal besproken worden om welke kunstvorm het gaat en wat de feiten van de zaak zijn. Ten tweede zal/zullen de rechtsvraag of de rechtsvragen aan de orde komen. Ten derde zal de beoordeling in de concrete casus aan de orde komen en het geheel zal worden afgesloten met een korte conclusie van de zaak. De arresten zullen in chronologische volgorde worden besproken.

*Müller tegen Zwitserland (schilderij)*⁷⁸

In de zaak Müller tegen Zwitserland is het vermeende kunstobject een schilderij. De feiten zijn als volgt: Müller is schilder van een drietal schilderijen (Drei Nächte, drei Bilder) waarop seks met dieren is afgebeeld. De tentoonstelling waarop deze schilderijen getoond werden, was voor iedereen toegankelijk en was bovendien gratis. Er was op grote schaal voor de tentoonstelling geadverteerd, waardoor de aankondiging van de tentoonstelling het grote publiek heeft bereikt.

⁷⁷ J. Velaers, *De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan*, in F. Swennen, *Kunst en recht*, Antwerpen: Intersentia 2007.

⁷⁸ EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84 (Müller tegen Zwitserland).

De catalogus die speciaal voor de tentoonstelling was gedrukt bevatte eveneens afbeeldingen van de schilderijen. Op de dag van de officiële opening van de tentoonstelling ging de aanklager over tot vervolging. De rechtsvraag die het hof in deze zaak moest beantwoorden was of de Zwitserse rechter een boete mocht opleggen voor het tentoonstellen van de drie seksueel getinte schilderijen en de inbeslagneming ervan in het kader van de bescherming van de goede zeden of dat dat een ongerechtvaardigde inbreuk was op het recht op vrijheid van meningsuiting. In deze zaak gaat het puur om de proportionaliteit van de beperking. Het hof komt tot de conclusie dat de schilderijen in kwestie op een wrede manier seksuele relaties afbeelden. Dat deze schilderijen op een gratis toegankelijke tentoonstelling werden getoond speelt een grote rol. Weliswaar zijn opvattingen over de seksuele moraal in Europa in de loop der tijd veranderd, niet kan gezegd worden dat er ten aanzien van goede zeden consensus in Europa bestaat. Om die reden is het opleggen van een boete en in beslag nemen van de schilderijen door de Zwitserse rechter niet onrechtmatig en is geen sprake van een ongeoorloofde inbreuk op het recht op vrijheid van meningsuiting. Kortom, er was geen sprake van schending van artikel 10 EVRM, het beroep op de kunstexceptie faalt.

*S.G. tegen het Verenigd Koninkrijk (beeldhouwwerken)*⁷⁹

In deze zaak is het kunstobject een beeldhouwwerk. De feiten zijn als volgt: S. is een private galeriehouder in Londen en G. is een Canadees burger en beeldhouwkunstenaar. G. had een beeldhouwwerk gemaakt, genaamd *Human Earrings*. Deze sculptuur bestond uit een hoofd met in elk oor, oorringen gemaakt van gevriesdroogde foetussen van drie tot vier maanden oud. G. heeft vervolgens reclame gemaakt voor zijn andere werk en heeft zo veel media-aandacht vergaard. De politie nam de sculptuur in beslag wegens het verstoren van de goede zeden. De betrokkenen hebben niet de kans gehad om aan te tonen dat het een overwegend artistieke uiting was. Beiden kregen een geldboete opgelegd. De rechtsvraag die het hof in deze zaak moest beantwoorden is of de straf die de kunstenaars opgelegd kregen een ongeoorloofde inbreuk vormt op het recht op vrijheid van meningsuiting. Opvallend in deze zaak is dat kunst en het kennelijk artistieke karakter van de sculptuur een grote rol spelen. Het hof benadrukt dat kunst onder artikel 10 EVRM valt, maar wordt zelfs nog iets specifiekier ten aanzien van kunst. Het recht om kunstuitingen te doen omvat niet slechts het creëren van werk, maar ook de vrijheid om deze kunstwerken tentoon te stellen. De verzoekers betogen dat hun veroordeling de gehele artistieke gemeenschap treft waardoor deze gemeenschap in het vervolg extreem voorzichtig moet zijn met het tonen van controversieel werk. Het hof zegt vervolgens dat de nationale lidstaten *better placed* zijn, maar komt ook tot de slotsom dat het tonen van gevriesdroogde foetussen op een voor ieder toegankelijke tentoonstelling de goede zeden ernstig kan schaden. Er is derhalve geen schending van artikel 10 EVRM en het beroep op de kunstexceptie slaagt niet.

⁷⁹ EHRM 2 september 1991, nr. 17634/91 (S. and G. tegen het Verenigd Koninkrijk).

*Otto Preminger Institut tegen Oostenrijk (film)*⁸⁰

In de zaak van het Otto Preminger Institut tegen Oostenrijk was de kunstzinnige uiting vormgegeven als film. De feiten waren als volgt: de film *Das Liebenskonzil*, die zesmaal te zien was in hun eigen bioscoop *Cinematograph* in Innsbruck, stak de draak met Christus, Maria en God. De kerk, de geestelijkheid in het algemeen en bepaalde religieuze rituelen werden bespot. Het instituut heeft tot doel om creativiteit, communicatie en entertainment te bevorderen door middel van audiovisuele werken. De film was niet toegankelijk voor personen van zeventien jaar of jonger. De aankondiging bevatte een opmerking dat er enkele absurde christelijke gewoontes op karikaturale wijze naar voren zouden worden gebracht, maar bevatte geen opmerkingen over de specifieke inhoud. Op verzoek van de Rooms-katholieke kerk van Innsbruck is vervolging ingesteld voor het kleinerend uitlaten over religieuze gewoontes. De rechtsvraag die het hof in deze zaak moest beantwoorden was welke afweging er gemaakt moest worden tussen vrijheid van meningsuiting/artistische uitingen enerzijds en bescherming van religieuze waarden anderzijds. Het hof komt, mede op basis van hetgeen eerder in de zaak *Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk* is beslist, tot de slotsom dat niet alleen informatie en ideeën mogen worden ontvangen die als gunstig of onschadelijk worden beschouwd. Uitingen mogen verstoren, beledigen en choqueren vanwege de pluriformiteit en ruimdenkendheid binnen een democratische samenleving. In deze zaak hebben de autoriteiten de verplichting om nodeloos kwetsende uitingen te voorkomen, maar alleen wanneer daarmee geen enkele bijdrage wordt geleverd aan het openbaar debat of de vooruitgang van de mens. In dit geval hebben de Oostenrijkse autoriteiten goed gehandeld door de religieuze gevoelens van anderen te beschermen. Het hof kwam tot het oordeel dat er geen sprake was van een schending van artikel 10 EVRM. Het beroep op de kunstexceptie faalt.

*Wingrove tegen het Verenigd Koninkrijk (film)*⁸¹

In de zaak *Wingrove tegen het Verenigd Koninkrijk* draaide het eveneens om een film. De feiten waren als volgt: de film *Visions of Ecstasy* beeldde Christus en Theresia van Ávila op provocerende en erotische wijze uit. Deze film is gebaseerd op de geschriften van de heilige Theresia. In deze film is Christus gewond en wordt hij door Theresia bevredigd. Regisseur *Wingrove* heeft de film toen deze af was, voorgelegd aan *The British Board of Film Classification* om afgifte van een certificaat te krijgen. Het certificaat werd niet afgegeven. Niet zozeer omdat er sprake was van godslastering an sich, maar vooral omdat het in deze zaak om een zeer ernstige variant van godslastering gaat die leidt tot verontwaardiging en onaanvaardbare beelden van een heilig onderwerp. *Wingrove* ging in hoger beroep tegen deze beslissing bij *The Video appeals committee* en kreeg wederom ongelijk nu de totale inhoud van de video/film onfatsoenlijk was. Vervolgens wordt de zaak voor het EHRM gebracht. De rechtsvraag in deze zaak was of het certificaat voor de film geweigerd had mogen worden op grond van artikel 10 EVRM. Ten eerste zegt het hof dat er ondanks dat er geen uitputtende definitie van godslastering kan worden gegeven de Engelse wet voldoende duidelijk en kenbaar is.

⁸⁰ EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (Otto Preminger Institut tegen Oostenrijk).

⁸¹ EHRM 25 november 1996, nr. 17419/90 (Wingrove tegen het Verenigd Koninkrijk).

Wingrove had kunnen vermoeden dat zijn video als godslastering zou worden beschouwd. Wingrove betoogde ten tweede dat het beschermen van religieuze gevoelens niet inhoudt dat er niet op enige wijze sprake kan zijn van versterking van die gevoelens. Het hof gaat niet in deze redenering mee. Ten derde betoogde Wingrove dat er geen dringende maatschappelijke behoefte was om het certificaat niet te verlenen. Het hof erkent dat er veel argumenten zijn om godslastering af te schaffen, maar dat daarover geen consensus bestaat in Europa. Om die reden kunnen provocerende en godslasterende uitingen aan beperkingen worden onderworpen. Het hof komt tot de conclusie dat er geen sprake is van schending van artikel 10 EVRM en het beroep op de kunstexceptie faalt. *Dissenting judge* De Meyer wijst er echter op dat er sprake lijkt van een voorafgaande beperking van de uiting. *Dissenting judge* Lohmus merkt nog op dat er vooral waarde wordt toegedicht aan de bescherming van het Christelijke geloof. Dit roept volgens hem de vraag op of er sprake is van noodzakelijkheid van de beperking in een democratische samenleving. De *dissenting opinion* van Lohmus is mijns inziens in dit kader minder sterk. Immers, ook al treft de film ‘slechts alle Christenen’ dat maakt dat er een noodzaak is voor de samenleving. Immers, één van de belangrijkste uitgangspunten van een democratische samenleving is eerbiediging van de godsdienst. Ook indien ‘maar één’ godsdienst wordt geraakt, is bescherming van dat recht op zijn plaats.

*Karatas tegen Turkije (poëzie)*⁸²

In de zaak Karatas tegen Turkije is de vermeende kunstuiting gegoten in de vorm van poëzie. De feiten in deze zaak zijn als volgt: een Turkse Koerd publiceerde een bundel met gedichten waarin naar voren kwam dat Koerdistan zich moest opofferen en het gedicht bevatte tevens agressieve passages jegens de Turkse autoriteiten. Hij werd vervolgd voor het verspreiden van propaganda tegen de ondeelbare eenheid van de staat en kreeg een gevangenisstraf en hoge boete opgelegd. Kopieën van de gedichten werden in beslag genomen. Het hof moest in deze zaak de vraag beantwoorden of de opgelegde straf voor de gepubliceerde gedichten was toegestaan in het licht van artikel 10 EVRM. Het hof oordeelt als volgt: er is weinig grond om politieke uitlatingen te beperken, ook al gaat het hier om een gedicht. Deze beperkingen zijn vooral niet toegestaan als het om kritiek op de regering gaat in plaats van kritiek tegen private burgers of politici. Gezien de machtspositie van de regering moet terughoudend worden omgegaan met het starten van een strafrechtelijke procedure jegens burgers. Bij het oproepen tot geweld ligt dit anders. Het hof constateerde dat de achtergrond van de zaak ligt in het voorkomen van terrorisme. Echter, de verzoeker is een individu die zijn gedachten uit door poëzie en zich richt op een smalle groep mensen in plaats van tot de massamedia. Dit limiteert de impact op de nationale veiligheid, openbare orde en territoriale integriteit. De agressieve toon van de gedichten was in mindere mate een oproep tot geweld, maar vooral een uiting van diepe droefheid/angst. Het hof neemt verder in overweging dat de opgelegde sanctie zeer ernstig en ingrijpend van aard is. Het hof concludeert dat verzoekers recht op vrijheid van meningsuiting op disproportionele wijze is geschonden.

⁸² EHRM 8 juli 1999, nr. 23168/94 (Karataş tegen Turkije).

*Alinak tegen Turkije (roman)*⁸³

In de zaak Alinak tegen Turkije draait het om een boek. De feiten zijn als volgt: in het boek *The heat of Siro* wordt onderscheid gemaakt tussen Turkse burgers op basis van etniciteit en religie. Vervolgens is een bevel uitgevaardigd tot het in beslag nemen van kopieën van het boek. De rechtsvraag die het hof moest beantwoorden, was of het in beslag nemen van het boek een ongerechtvaardigde inbreuk vormde op het recht op vrijheid van meningsuiting.

Het hof hecht in deze zaak veel waarde aan de artistieke expressie van het boek. Niet alleen zegt het hof dat een boek als kunstuiting kan worden beschouwd, maar ook benadrukt het hof expliciet dat de vorm waarin bepaalde expressies zijn gegoten een belangrijke rol spelen. Verder wordt waarde toegedicht aan het feit dat het boek een fictief karakter heeft ook al zijn sommige gebeurtenissen gebaseerd op waarheden. Nu het een kunstuiting betreft, dient aangenomen te worden dat dit een smaller publiek treft dan wanneer politieke statements worden gedaan in de massamedia. Ook al zijn sommige passages vijandig, dat er sprake is van een artistiek karakter en geringe impact maakt dat de uitingen moeten worden beschouwd als angstkreet in plaats van als oproep tot vijandigheid.

*Vereinigung Bildender Künstler tegen Oostenrijk (karikaturale schilderkunst)*⁸⁴

In de zaak Vereinigung Bildender Künstler tegen Oostenrijk is het kunstobject een karikaturale schildering. De feiten in de zaak zijn als volgt: een vereniging van Weense kunstenaars heeft een tentoonstelling gewijd aan moderne kunst. De tentoonstelling was genaamd 'De eeuw van de artistieke vrijheid' en toonde het zogenaamde karikaturale schilderij *Apocalypse*. Het schilderij was een collage van verschillende publieke figuren, waaronder Moeder Theresa en voormalig hoofd van de Oostenrijkse FPÖ Jörg Haider. Alle betrokkenen waren naakt en hun hoofden werden met grote gezichten afgebeeld. Eén van de andere afgebeelde personen was de voormalig secretaris-generaal van de Oostenrijkse vrijheidspartij, genaamd Meischberger. Meischberger bracht de procedure voor de rechter omdat het karikaturale schilderij vernederend zou zijn voor hem en zijn politieke activiteiten. Meischberger vroeg om het verbieden van het nog langer tentoonstellen van het schilderij.

De rechtsvraag die het hof moest beantwoorden was of de Oostenrijkse rechter een verbod op de tentoonstelling had mogen uitvaardigen in het licht van artikel 10 EVRM. Het hof concludeert als volgt: met betrekking tot de noodzaak van de beperking constateerde het hof dat Meischberger op schandelijke wijze wordt geportretteerd, maar merkte ook op dat het schilderij een karikatuur was en derhalve satirisch bedoeld. Volgens het Hof is satire een vorm van artistieke expressie die gekenmerkt wordt door overdrijven, provoceren en het vervormen van de werkelijkheid. Elke inmenging in het recht van een kunstenaar moet met bijzondere zorg worden onderzocht. Onder verwijzing naar de specifieke feiten heeft het Hof benadrukt dat het schilderij geen betrekking had op het privéleven van Meischberger, maar op zijn publieke status als politicus (Meischberger was immers lid van het parlement). Verder kan de scène worden opgevat als een tegenaanval op de politieke partij van Meischberger, die het werk van de schilder sterk had bekritiseerd. Daarnaast was Meischberger één van de minder bekende mensen op het schilderij en was zijn lichaam volledig bedekt met rode verf.

⁸³ EHRM 29 maart 2005, nr. 40287/98 (Alinak tegen Turkije).

⁸⁴ EHRM 25 januari 2007, nr. 68354/01 (Vereinigung Bildender Künstler tegen Oostenrijk).

Het hof komt tot de slotsom dat er een schending is van artikel 10 EVRM en het beroep op de kunstexceptie slaagt. Eén gezichtspunt is mijn inziens opvallend. Enerzijds zegt het hof dat Meischberger een publieke status als politicus heeft en zich daardoor meer moet laten welgevallen, maar anderzijds benadrukt het hof dat Meischberger één van de minder bekende personen op het schilderij is. De vraag rijst dan of dit laatste niet als sterke contra-indicatie zou moeten gelden.

*Kar e.a. tegen Turkije (theater)*⁸⁵

In deze zaak gaat het om een toneelstuk. De feiten zijn als volgt: Kar e.a. speelden in een toneelstuk genaamd *An enemy of justice* dat is opgevoerd in een achttal gelegenheden waar zo'n 150-200 bezoekers per keer waren. Een aantal kranten en tv-stations zeiden dat er strafbare feiten werden gepleegd door een aantal uitlatingen in het stuk. De toneelspelers bekritiseerden de politieke partij Refah Party en de leider ervan en zouden om die reden oproepen tot een gewapende opstand. Vervolgens worden de vier acteurs gearresteerd door de antiterrorisme-eenheid. Het toneelstuk was gebaseerd op het risico van een aanval tegen moslims en met het toneelstuk wilden de acteurs manieren bedenken om dat risico terug te dringen door het plegen van een coup. De verzoekers benadrukken dat het toneelstuk is gebaseerd op een fictieve staat en dat de dialoog is aan te merken als een artistieke gebeurtenis. De acteurs zijn veroordeeld tot lange gevangenisstraffen. De rechtsvraag die het hof diende te beantwoorden was of de opgelegde gevangenisstraf een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het recht op vrijheid van meningsuiting. Het hof concludeert dat het toneelstuk qua inhoud bijdraagt aan het publieke debat. Zij die creëren, performen, uitdragen of tentoonspreiden dragen bij aan de uitwisseling van ideeën en opinies die essentieel zijn in een democratische samenleving. Het hof besteedt specifiek aandacht aan het medium, namelijk het toneelspel dat slechts op acht plekken is opgevoerd. Doordat het om een gelimiteerd bereik gaat en de straf bovendien zeer ingrijpend is, komt het hof tot een schending van artikel 10 EVRM.

2.2.2. Deelconclusie rechtspraak kunst EHRM

Door de chronologische bespreking van de rechtspraak van het EHRM betreffende kunst is getracht een lijn in de beoordeling te ontwaren met betrekking tot de kunstexceptie.

In de zaak *Müller* wordt aandacht besteed aan kunst in die zin dat het belang ervan erkend wordt in een democratische samenleving. Verder benadrukt het hof dat de kunst gratis en openbaar toegankelijk was. In de zaak *S. en G.* wordt veel aandacht besteed aan de kunst. Er worden zelfs specifieke aanknopingspunten geformuleerd, namelijk dat niet alleen het creëren maar ook tentoonspreiden van kunst een belangrijk recht is. Er wordt bovendien expliciet aandacht besteed aan het karakter van de artistieke uiting in relatie tot de beschermde rechtsgoederen. In de zaak *Otto Preminger* is vooral aandacht voor de grondrechtenbotsing en in mindere mate voor kunst an sich. Het hof geeft aan dat de nationale staten *better placed* zijn. Wel schenkt het hof aandacht aan de toegankelijkheid van de uiting (i.c. film), maar gaat niet expliciet in op kunst. In de zaak *Wingrove* wordt de zaak over een andere boeg gegooid.

⁸⁵ EHRM 3 mei 2007, nr. 58756/00 (Kar tegen Turkije).

Daar wordt namelijk benadrukt dat er weinig gronden bestaan voor het beperken van politieke ideeën en wordt veel aandacht besteed aan de grondrechtenbotsing. Hier wordt kunst dus vooral als politieke uiting gezien die bijdraagt aan het publieke debat. Het hof gaat in het geheel niet in op de kunst(exceptie), terwijl de verzoekers er wel zijdelings aan refereren.

In *Karatas* wordt eveneens het belang van politieke uitingen benadrukt, ook al gaat het om een gedicht. Een gedicht is volgens het hof een artistieke uiting, maar meer dan dat zegt het hof niet. In *Alinak* wordt veel aandacht besteed aan de artistieke expressie en wordt zelfs een inhoudelijk gezichtspunt geformuleerd ten aanzien van de beoordeling van de kunstexceptie, namelijk het fictieve karakter van de uiting. Verder zegt het hof dat artistieke uitingen een veel beperkter bereik hebben dan politieke uitingen. Vanwege het gelimiteerde bereik van kunstuitingen zou daaraan ook veel bescherming kunnen/moeten worden geboden.

In *Vereinigung Bildender Künstler* trekt het hof de zaak weer breder dan kunst alleen. Het hof benadrukt dat uitingen mogen choqueren, verstoren en provoceren, maar legt niet specifiek de nadruk op kunstuitingen. Het hof maakt vooral een afweging tussen de rechten van betrokkenen en de rechten van anderen. Het hof gaat wel in op de inhoud van het kunstwerk zelf bij het maken van die afweging tussen die conflicterende grondrechten, maar geeft geen algemene uitgangspunten ten aanzien van het beoordelingskader bij kunst. In *Kar* zijn het vooral de verzoekers die het artistieke karakter benadrukken, maar ook hier trekt het hof de zaak breder en ziet het toneelstuk als een bijdrage aan het publieke debat.

Mijns inziens kunnen hieruit een aantal conclusies worden getrokken. Ten eerste is er geen vastomlijnd beoordelingskader ten aanzien van de kunst(exceptie). In de ene zaak wordt kunst vooral in breder perspectief gezien door het in zijn algemeenheid onder de vrijheid van meningsuiting te scharen en daarbij te verwijzen naar het feit dat uitingen mogen provoceren, etc. In die gevallen wordt het artistieke karakter van een uiting niet als zelfstandige factor in de beoordeling beschouwd. In andere zaken wordt vooral de nadruk gelegd op grondrechtenbotsingen, maar er zijn ook zaken waarbij kunst als uiting wordt beschouwd in het kader van het publieke debat dat onmisbaar is in een democratische samenleving. De laatste lijn die te herkennen is, is dat kunst wel als zelfstandig recht wordt beschouwd en er tevens enkele criteria worden geformuleerd die gebruikt kunnen worden voor het beoordelen van de kunstexceptie.

Ten tweede volgt uit de rechtspraak dat de kunstexceptie binnen de Europese rechtspraak niet per definitie sterk verankerd is. Soms treedt het hof zelf in de beoordeling van kunst in concrete zaken en geeft daarvoor ook inhoudelijke gezichtspunten bij de beoordeling van de kunstexceptie, maar even vaak wordt aangehaald dat de nationale autoriteiten *better placed* zijn en worden geen inhoudelijke gezichtspunten geformuleerd. Ik bedoel hiermee expliciet niet de reikwijdte vraag, maar juist de gezichtspunten die het hof hanteert nadat is vastgesteld dat er sprake is van kunst. In het eerste geval dat beschreven wordt is de reikwijdte vraag al beantwoord en geeft het hof vervolgens inhoudelijke criteria ten aanzien van kunst. In het tweede geval is de reikwijdte vraag ook beantwoord, maar worden de nationale lidstaten vervolgens als *better placed* beschouwd. In het ene geval acht het hof zich dus in staat om kunst in een concreet geval te beoordelen en in andere gevallen gaat het die beoordeling juist uit de weg.

Mijns inziens kan niet gezegd worden dat het EHRM kunst sterk beschermt, omdat het kunst ‘slechts’ als vorm van meningsuiting beschouwt, maar daarbij vooral extra waarde toedicht aan satire en karikatuur en niet aan kunst als zodanig.

Ten derde lijkt het hof in zijn rechtspraak geen waarde toe te kennen aan de verschijningsvorm van de kunstuiting (film, roman, etc.), maar ziet kunstuitingen primair als uitingen. Omdat het hof niet expliciet van de verschijningsvorm uitgaat, zal in beginsel elke vorm van uiting (dus ook rap, graffiti of Youtube-filmpjes) kunnen slagen in het kader van artikel 10 EVRM. Niet per definitie door een geslaagd beroep op de kunstexceptie, maar vooral door een beroep te doen op de uitingsvrijheid in zijn algemeenheid. Immers, het hof kijkt telkens of iets is aan te merken als een uiting, dat die uiting mogelijkwijs een artistieke uiting is, lijkt een geringe rol te spelen in de rechtspraak. Een voorbeeld kan dit illustreren: wanneer film an sich als kunstvorm wordt beschouwd, dan zou elke film ongeacht de inhoud kunst zijn (dus ook een film zoals *Fitna*). Pas bij de vraag over proportionaliteit en subsidiariteit zou de uiting dan kunnen worden beperkt. Dit voorbeeld geeft exact aan hoe moeilijk het is om iets als kunst te bestempelen op basis van de vorm. Dat betekent namelijk in beginsel dat elk item van die verschijningsvorm als kunst is aan te merken ongeacht de inhoud. Daarom lijkt het hof deze problematiek breder te trekken. Dit doet het hof door in zaken primair uit te gaan van een uiting en niet van het begrip kunst. Aan de andere kant kan betoogd worden dat deze verweren niet strikt te scheiden zijn in een kunstverweer en een verweer op basis van de vrijheid van meningsuiting. Hier kan echter weer tegenin gebracht worden dat er wel stelsels bestaan waar dit wel het geval is. In het derde hoofdstuk, waar gekeken wordt naar Duitsland, kan dat anders zijn, omdat kunst daar als specifiek recht in de grondwet is verankerd.

Ten vierde lijkt het hof niet goed te weten hoe het ten aanzien van kunst moet oordelen. In de rechtspraak van de afgelopen dertig jaar is geen duidelijke lijn te herkennen en wordt ook weinig voortgebouwd op eerdere uitspraken met betrekking tot kunst. De enige zaak die vaak wordt aangehaald is Müller, maar dan vooral om aan te geven dat uitingen mogen provoceren. Het hof lijkt dan ook een zeer terughoudende positie in te nemen ten aanzien van kunst. Niet zozeer vanwege het feit dat het hof het belang van kunst in de democratische samenleving niet erkent, maar vooral vanwege het verschil in rechten die mogelijk kunnen worden geschonden (zeden, godsdienst, etc.).

2.3. Kunst en belediging volgens het EHRM

2.3.1. Analyse rechtspraak EHRM betreffende kunst en belediging

Er zijn verschillende delicten op het terrein van belediging, zo kan er sprake zijn van eenvoudige belediging, groepsbelediging, maar ook van laster of smaad. Belediging kan zich in verschillende (kunst)vormen voordoen. Zo kan iemand beledigd worden door een schildering, maar ook door een boek, liedje, film of beeldhouwwerk. In deze paragraaf wordt onderzocht hoe het EHRM oordeelt over de relatie tussen kunst en belediging. Hiertoe zullen een vijftal arresten in chronologische volgorde worden besproken.

*Cumpana en Mazare tegen Roemenië*⁸⁶

De kunstuiting in deze zaak is een cartoon. De feiten zijn als volgt: op de cartoon was een vrouw afgebeeld met een zak geld. De vrouw was een lokale politica. Volgens de nationale rechter was de cartoon bedoeld om een psychologisch trauma te bewerkstelligen. De vraag die het hof moest beantwoorden was of de kunstuiting in de vorm van een cartoon het persoonlijkheidsrecht van deze politica op onevenredige wijze aantastte en of de krant het plaatsen van deze cartoon had moeten tegengaan. De overwegingen zijn als volgt: het hof benadrukt dat de pers een functie als waakhond bekleedt. Om die reden mag de pers controversiële uitingen (dus ook cartoons) publiceren, maar ze mogen niet de grenzen van het redelijke overschrijden. In deze zaak benadrukt het hof het belang van het publieke debat en gaat het tevens in op het onderscheid tussen feiten- en waardeoordelen. Wanneer het gaat om uitingen van een derde kan een onderscheid tussen feiten- en waardeoordelen soms lastig gemaakt worden. In deze zaak weegt de positie van de pers als publieke waakhond minder zwaar dan het recht op bescherming van de eer en goede naam van het individu.

*Lindon tegen Frankrijk*⁸⁷

In deze zaak gaat het om een roman die gebaseerd is op waargebeurde feiten. De feiten zijn als volgt: de roman beschuldigt Jean-Marie Le Pen van de moord op twee burgers door rechtse militanten. De schrijver heeft uitvoerig uiteengezet waarom Le Pen daarvoor verantwoordelijk zou zijn. De advocaat in deze zaak was een linkse en Joodse homofiel en het plot is opgebouwd rond deze advocaat. Uiteindelijk leidde dit tot een strafrechtelijke veroordeling wegens smaad. De vraag was of met de strafrechtelijke veroordeling wegens smaad een onevenredige inbreuk is gemaakt op de kunstvrijheid. De overwegingen van het hof zijn als volgt: de verzoekers betogen allereerst dat een roman wordt geschreven met het doel creatieve verbeelding te scheppen. Het is om die reden dan ook een artistieke expressie. Bovendien benadrukt het hof dat een boek maar een beperkt bereik heeft, ook al zal het lange tijd blijven bestaan. Juist doordat in het boek de vraag aan de orde is of Le Pen verantwoordelijk kan worden gehouden voor de moorden, maakt dat dit boek een groot maatschappelijk belang heeft en bijdraagt aan het publieke debat. Wat in deze zaak verder nog een zeer belangrijke rol speelde was dat degene die het boek schreef ook echt zijn beroep had gemaakt van schrijven. Als schrijver is Lindon getraind in zorgvuldig taalgebruik en moet hij in staat zijn na te denken over het effect van zijn roman. Lindon beriep zich op het feit dat niet hij, maar het hoofdpersonage deze uitingen over Le Pen heeft gedaan, maar het hof gaat niet in deze redenering mee. In dit arrest zie je daarom heel duidelijk het beroep op de kunstexceptie terug. De verzoekers benadrukken bovendien nog dat te strenge regels ten aanzien van kunst, het uiten van kunst in een veel te rigide keurslijf dwingt (R.O. 51). Het hof gaat hier niet in mee, maar in de *joint partly dissenting opinion* bij het arrest wordt benadrukt dat het hof hier meer aandacht aan moet besteden en zijn starre lijn te dezen aanzien moet verlaten (R.O. 1). Een ander element dat een belangrijke rol speelt, is het onderscheid tussen feitenoordelen en waardeoordelen. Hoewel feitelijkheden meer ruimte laten voor artistieke uitingen, is de vrijheid om te uiten niet onbegrensd.

⁸⁶ EHRM 17 december 2004, nr. 33348/96 (Cumpana en Mazare tegen Roemenië).

⁸⁷ EHRM 22 oktober 2007, nrs. 21279/02 en 36448/02 (Lindon Otchakovsky-Laurens tegen Frankrijk).

*Palomo Sánchez e.a. tegen Spanje*⁸⁸

Het kunstobject in deze zaak is een cartoon. De feiten zijn als volgt: in deze zaak proberen werknemers/vakbondsleden door middel van een, seksueel getinte, cartoon hun probleem aan te kaarten. Het probleem is volgens hen namelijk dat zij ten onrechte niet als betaalde krachten worden aangemerkt. Op de cartoon is de personeelsmanager op obscene wijze afgebeeld. De cartoon is verspreid in de nieuwsbrief onder het personeel en is tevens geplaatst op het mededelingenbord van de vakbondsvereniging. Ook zijn er een tweetal kritische artikelen verschenen. Het Spaanse hof komt tot een veroordeling wegens het aantasten van de menselijke waardigheid. De verzoekers vinden dat zij de grenzen van het toelaatbare niet hebben overschreden. Bovendien wijzen zij erop dat niet duidelijk is onderzocht wie van de vakbond daadwerkelijk verantwoordelijk is voor de cartoon en de artikelen. In deze zaak speelt een speciale relatie een rol, namelijk die tussen werkgever en werknemer/vakbond. Wanneer een vakbond niets zou mogen zeggen, zouden zij daarmee betekenisloos worden. Echter, in dit geval zijn de uitingen te ernstig en tasten te zeer de menselijke waardigheid aan van de personeelsmanager. De verzoekers benadrukken dat de cartoon satirisch is bedoeld en tevens tot doel had om tot nadenken aan te zetten. In dit arrest wordt geen specifieke aandacht besteed aan de kunstexceptie als zodanig, maar wordt wel regelmatig verwezen naar de arresten besproken in paragraaf 2.2. De vraag die het hof moest beantwoorden was of de vakbond door het gebruikmaken van een kunstzinnige uiting onder de reikwijdte van de kunstvrijheid valt en of beperkingen zijn toegestaan. Het hof haalt specifiek aan dat het hier niet om zaken van publieke waarde gaat en dat deze uitingen niet bijdragen aan het publieke debat maar vooral private personen raken. Om die reden is deze zaak materieel gezien afwijkend van *Vereinigung Bildender Künstler*. Een aantal aspecten uit eerdere rechtspraak keren echter evident terug, namelijk dat uitlatingen mogen choqueren en dat staten een zekere *margin of appreciation* toekomt. Het hof wijst tevens op de positieve verplichting voor de staat om in het kader van artikel 10 EVRM op te treden wanneer door gebruikmaking van artikel 10 EVRM rechten van anderen in het geding komen. Het wijzen op deze positieve verdragsverplichting is nog niet eerder naar voren gekomen in rechtspraak op het gebied van dit specifieke onderwerp. In de *joint dissenting opinion* bij de uitspraak wordt opgemerkt dat satirisch bedoelde cartoons en artikelen in private relaties/vakbondsrelaties schijnbaar een minder grote bescherming krijgen dan artistieke uitingen alleen. Het hof hecht dan ook vooral waarde aan de relatie tussen de partijen en niet aan de artistieke vrijheid.

*Eon tegen Frankrijk*⁸⁹

In deze zaak is de kunstuiting gedaan in de vorm van satire. De feiten zijn als volgt: er is een plakkaat geplaatst dat beledigend zou zijn voor de Franse president. De betrokkene kreeg een lage boete opgelegd. Het ging om een uitlating die door de president zelf was gedaan, maar later door iemand is aangepast. De uitspraak was dan ook al bij het grote publiek bekend. De rechtsvraag was of met het opleggen van de boete een onevenredige inbreuk is gemaakt op de kunstvrijheid.

⁸⁸ EHRM 12 september 2011, nrs. 28955/06, 28957/06, 28959/06 en 28964/06 (Palomo Sánchez e.a. tegen Spanje).

⁸⁹ EHRM 14 maart 2013, nr. 26118/10 (Eon tegen Frankrijk).

Het hof erkent satire als een artistieke vorm van expressie die per definitie gebruik maakt van overdrijvingen en provocatie. Elke inbreuk op dit artistieke recht moet met zeer grote precisie worden onderzocht. Eén van de gezichtspunten die meegewogen wordt is de intentie. Een ander gezichtspunt is dat er in deze zaak geen sprake is van een persoonlijke aanval op de eer en goede naam van de president. Dergelijke satirische uitlatingen hebben dan ook grote waarde in een open samenleving en om die reden heeft de staat een ongeoorloofde inbreuk gemaakt op artikel 10 EVRM. Opvallend in deze zaak is dat de verzoeker zelf geen specifiek beroep heeft gedaan op de kunstexceptie, maar het hof satire uit zichzelf aanmerkt als vorm van artistieke expressie. In deze zaak is voor het eerst de relatie te zien tussen de criteria die het hof normaliter hanteert inzake belediging zoals besproken in paragraaf 2.1.2.2. en kunst, namelijk door te wijzen op een persoonlijke aanval en door te wijzen op het feit dat satirische uitingen een grotere bescherming dienen te krijgen dan niet humoristisch bedoelde uitingen.

*Murat Vural tegen Turkije*⁹⁰

In deze zaak is de uiting gedaan in de vorm van bekladding.⁹¹ In deze zaak gaat het om iemand die standbeelden van Atatürk heeft beklad. Hij werd niet vervolgd voor vernieling, maar voor belediging. Het hof moest de vraag beantwoorden of de veroordeling wegens belediging in strijd is met de kunstvrijheid. Als eerste benadrukt het hof dat het niet slechts de inhoud beschermt van de uiting, maar ook de manier waarop. Eén manier van uiten is bijvoorbeeld de artistieke uiting. Opvallend is dat het hof elke manier van uiten in beginsel binnen de reikwijdte van artikel 10 EVRM vindt passen, maar vervolgens geen onderscheid maakt in de vorm van de expressie. Het is niet aan het hof en de nationale autoriteiten om te oordelen over de manier waarop uitingen worden gedaan. Een opvallend detail in deze zaak is dat het hof zegt dat het kliederen met verf op een beeld kan worden beschouwd als artistieke uiting. In het licht van het voorgaande oordeelt het hof dan ook dat door het opleggen van een straf een ongeoorloofde inbreuk is gemaakt op de vrijheid van meningsuiting en het recht om kunst te uiten.

2.3.2. Deelconclusie kunst en belediging

De rechtspraak van het hof over de relatie tussen kunst en belediging lijkt deels op de rechtspraak over kunst in zijn algemeenheid, maar heeft een aantal belangrijke verschillen. Ten eerste hanteert het hof ten aanzien van belediging een apart beoordelingskader waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen feitenoordelen en waardeoordelen. In de hier besproken rechtspraak wordt dit onderscheid ook toegepast wanneer niet alleen belediging, maar ook kunst een rol speelt. In de zaak *Eon* is dit bijvoorbeeld terug te zien door te wijzen op het criterium van ‘een persoonlijke aanval’ hetgeen een rol speelt in de rechtspraak van het hof inzake belediging.

Opvallend aan de zaak *Cumpana* is dat het hof een belangrijke rol toebedeelt aan de media die bepaalde berichten plaatsen. Eer dergelijke afweging ten aanzien van de media is nog niet eerder in de rechtspraak over kunst aan de orde geweest.

⁹⁰ EHRM 21 oktober 2014, nr. 9540/07 (Murat Vural tegen Turkije).

⁹¹ Ik spreek bewust niet van kunstuiting.

Wel is gewezen op de verantwoordelijkheid van bijvoorbeeld de galeriehouder in de zaak *Wingrove*, maar specifieke aandacht voor andere verspreiders is nieuw.

Uit de zaak *Lindon* kunnen de meest tastbare aanknopingspunten ten aanzien van kunst en belediging worden gedistilleerd. Ten eerste wijst het hof erop dat een roman in de regel een beperkt bereik heeft. Buiten de vraag of het juist is dat boeken een beperkt bereik hebben, moet mijns inziens tevens in ogenschouw worden genomen dat boeken langdurig meegaan.

Verder wordt waarde gehecht aan het feit dat de schrijver professioneel gezien echt zijn werk heeft gemaakt van het schrijven en derhalve beter moet nadenken over de gevolgen van zijn uiting. Mijns inziens rijst dan de vraag of dit ook geldt voor een kunstenaar. Een kunstenaar werkt immers ook professioneel, moet de kunstenaar dan ook zo goed nadenken en voldoen aan de professionele standaarden van het vak om schending te voorkomen? En kan het vak van schrijver of kunstenaar nog wel worden uitgeoefend wanneer er zoveel restricties zijn? Verder wordt in *Lindon* uitdrukkelijk ingegaan op het fictieve karakter van boeken in zijn algemeenheid en op de vraag of uitingen in een boek moeten worden gezien als uitingen van de schrijver of als uitingen van het personage in het boek.

Uit deze arresten blijkt dus dat het hof concreter wordt naarmate een concreet delict zoals belediging een rol speelt in een zaak. Waar het hof ten aanzien van kunst meer wijst op algemene rechten zoals het mogen provoceren, choqueren, etc. en de bijdrage aan het publieke debat, worden ten aanzien van belediging concrete(re) gezichtspunten geformuleerd.

Hoofdstuk 3: Duitsland

In het derde hoofdstuk van de scriptie staat Duitsland centraal. Het Duitse perspectief op kunst en belediging is interessant omdat kunst expliciet in de Duitse Grondwet is opgenomen in artikel 5 Grundgesetz (hierna: GG). De eerste paragraaf van dit hoofdstuk zal gaan over de wettekst, de achtergrond en uitgangspunten van de Duitse Grondwet, de reikwijdte van artikel 5 GG en de beperkingsmogelijkheden van dit artikel. De tweede paragraaf staat volledig in het teken van jurisprudentie. Met de bespreking van de Duitse jurisprudentie wordt getracht inzichtelijk te maken hoe in Duitsland omgegaan wordt met de relatie tussen kunst en strafbare belediging. Dit is om een aantal redenen relevant. Ten eerste vanwege het feit dat kunst grondwettelijk beschermd is en het grondwettelijk hof in laatste instantie oordeelt over de kunstvrijheid in plaats van de ‘gewone’ rechter. Ten tweede is interessant om te onderzoeken in hoeverre Europese uitgangspunten te herkennen zijn in de Duitse rechtspraak in het bijzonder vanwege het feit dat Duitsland een ander stelsel van doorwerking kent. De bespreking van de jurisprudentie zal gaan volgens een vast stramien. Dit betekent dat eerst wordt besproken om welke kunstvorm het gaat, dat vervolgens de feiten worden besproken, dat hierna de rechtsvraag aan de orde komt en dat als laatste de rechtsoverwegingen zullen worden besproken.

3.1. Artikel 5 Grundgesetz

3.1.1. De wettekst

Duitse tekst

(1) Jeder hat das Recht, seine **Meinung** in **Wort, Schrift** und **Bild** frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus **allgemein zugänglichen Quellen** ungehindert zu unterrichten. Die **Pressefreiheit** und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine **Zensur** findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre **Schranken** in den Vorschriften der **allgemeinen Gesetze**, den gesetzlichen Bestimmungen zum **Schutze der Jugend** und in dem **Recht der persönlichen Ehre**.

(3) **Kunst** und **Wissenschaft, Forschung** und **Lehre** sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

Nederlandse tekst

(1) Een ieder heeft het recht om vrijelijk zijn **mening** in **woord, geschrift** en **beeld** uit te drukken en te verspreiden en om zich ongehinderd te informeren door middel van **algemeen toegankelijke bronnen**. **Persvrijheid** en de vrijheid van berichtgeving door de radio en bewegende beelden zijn gegarandeerd. **Censuur** vindt niet plaats.

(2) Deze rechten worden **beperkt** door de bepalingen van de **algemene wetten**, de bepalingen betreffende de **bescherming van jongeren** en in het **recht op bescherming van de persoonlijke eer**.

(3) **Kunst en wetenschap, onderzoek en onderwijs** zijn vrij. De vrijheid om te leren ontslaat niet van trouw aan de grondwet.

3.1.2. Achtergrond en uitgangspunten Duitse Grondwet

In Duitsland is een relatief korte traditie van grondrechten waarneembaar. In de Republiek van Weimar (1918) werden pas voor het eerst bepaalde grondrechten, zoals persvrijheid, erkend. De nationaalsocialisten maakten vervolgens van deze democratische rechten gebruik om de macht te grijpen. De huidige grondwet, die dateert van 1949, is om die reden op twee belangrijke pijlers gestut, namelijk de menselijke waardigheid en het idee van de strijdbare democratie. In artikel 1 GG is opgenomen dat de menselijke waardigheid onaantastbaar is en deze centrale norm werkt in de gehele grondwet door. Een uitgangspunt van dit recht is dat de mens drager is van mensenrechten en dat de menselijke waardigheid wezenlijk is voor elk individu. De menselijke waardigheid ligt als kern besloten in alle overige vrijheidsrechten van de Duitse grondwet.⁹²

De tweede pijler, de strijdbare democratie, is een reactie op het nazibewind. Door de wreedheden van de nazi's is in de Duitse grondwet opgenomen dat bepaalde rechten nooit mogen worden veranderd (artikel 79 lid 3 GG). Eén van de rechten die nooit mag worden gewijzigd is de al eerder genoemde onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid. Deze twee pijlers komen op verschillende plaatsen in de grondwet tot uitdrukking en liggen ook telkens in elkaars verlengde. Het idee van de strijdbare democratie is duidelijk terug te zien in het principe dat door gebruikmaking van grondrechten, andere vrijheidsrechten niet in hun wezen mogen worden aangetast (artikel 19 GG). Wie grondwettelijke vrijheden misbruikt, kan dan ook geen beroep doen op deze grondrechten (artikel 18 GG).

3.1.3. Reikwijdte artikel 5 GG

3.1.3.1. Vrijheid van meningsuiting

De in het eerste lid van artikel 5 GG neergelegde vrijheid van meningsuiting heeft twee grondslagen. De eerste grondslag is dat de vrijheid van meningsuiting en de ontwikkeling van het individu zijn gebaseerd op de menselijke waardigheid. De tweede grondslag is dat de vrijheid van meningsuiting een zeer belangrijke positie inneemt in een democratische samenleving.⁹³ De reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting dient zeer ruim te worden uitgelegd. Alle meningen vallen hieronder, ook de volstrekt onredelijke of emotionele meningen.⁹⁴ De wil om de vrijheid van meningsuiting te beperken tot waardevolle uitingen alleen, is door het grondwettelijk hof (*Bundesverfassungsgericht*) afgewezen.⁹⁵ Tevens staat de vorm waarin de uiting wordt gedaan vrij. Het onderscheid tussen feiten en meningen speelt een zeer belangrijke rol en dan vooral ten aanzien van belediging. Het uitgangspunt is dat feiten in zekere zin meningsvorming dienen.

⁹² A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014, p. 142.

⁹³ BVerfG 26-6-1990, E 82, 272.

⁹⁴ BVerfG 5-3-1992, AfP 1992, 132.

⁹⁵ BVerfG 23-3-1971, E 30, 336.

3.1.3.2. Kunstvrijheid

De kunstvrijheid is specifiek vastgelegd in het derde lid van artikel 5 GG. Toch is het lastig het begrip kunst precies te definiëren. Vooral in Duitsland is dit een heikel punt, omdat het bepalen wat wel en geen kunst is door de staat doet denken aan tijden waarin bepaalde kunst als ontaarde kunst werd beschouwd. Kunst heeft om die reden binnen de grondwet een zekere autonome positie. Hoewel de staat niet mag bepalen wat kunst is, moet de staat er wel voor zorgen dat kunst grondrechtelijk gewaarborgd is. In eerste instantie ging men uit van een kwalitatief kunstbegrip, waarbij kunst een bepaald niveau moest hebben, maar thans is dat niet meer het geval en kunnen zelfs beledigende, pornografische en racistische uitingen in beginsel als kunst worden beschouwd.⁹⁶ Ten aanzien van artikel 5 lid 3 GG moet een onderscheid worden gemaakt tussen het *Werkbereich* en het *Wirkbereich*. Het eerste houdt in dat men een werk mag maken. Het tweede houdt in dat men het kunstzinnige werk mag openbaren en verspreiden. Ingrijpen in het *Werkbereich* wordt als zwaarder beschouwd dan ingrijpen in het *Wirkbereich*. Voorop staat de uitdrukkingsmogelijkheid voor de individuele kunstenaar en de uitdrukking van zijn persoonlijkheid door middel van kunst.

Kunst staat in zekere mate los van de werkelijkheid,⁹⁷ maar het effect dat kunst op de werkelijkheid heeft moet meegewogen worden in de beoordeling omtrent de kunstvrijheid.⁹⁸ Bij het uiten van kunst moeten stijlmiddelen die in het kader van kunst worden gebruikt, in acht worden genomen. Agressieve of negatieve toonzettingen moeten niet naar de letter worden genomen, maar moeten in sommige gevallen als stijlmiddel worden geïnterpreteerd.⁹⁹

3.1.4. Beperkingen artikel 5 GG

De vrijheid van meningsuiting is geen absoluut recht en kan, behoudens het censuurverbod, aan beperkingen worden onderworpen. Beperkingen worden aan de grondwet getoetst.

Naast de algemene beperkingsgrond voor grondrechten, de misbruikbepaling van artikel 18 GG, zijn er nog een drietal andere beperkingsmogelijkheden ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting. Het gaat hierbij om de in lid 2 genoemde algemene wetten en om wetten ter bescherming van de jeugd en de persoonlijke eer. Onder algemene wetten worden wetten in materiële zin beschouwd. In de praktijk is het zo dat wetten die de vrijheid van meningsuiting beperken in principe algemeen zijn omdat ze niet één bepaalde mening beperken.¹⁰⁰ Een voorbeeld van een dergelijke beperking is het strafrecht. Een strafbepaling richt zich immers niet tot een individu, maar is algemeen van aard. Dit betekent echter niet dat de rechter de vrijheid van meningsuiting niet kan laten prevaleren boven het strafrecht. Beperkingen zijn ook mogelijk ten aanzien van het civiele recht. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft hierover een uitspraak gedaan in de Lüth-zaak.¹⁰¹ Er was een oproep uitgegaan naar bioscopen om een bepaalde film te boycotten omdat de desbetreffende regisseur tijdens het nazibewind antisemitische films had gemaakt.

⁹⁶ BVerfG 27-11-1990, AfP 1991, 379.

⁹⁷ BVerfG 13-6-2007, 1 BvR 1783/05.

⁹⁸ BVerfG 9-7-2008, 1 BvR 519/08.

⁹⁹ BVerfG 3-11-2000, 1 BvR 581/00.

¹⁰⁰ Nieuwenhuis, p. 152.

¹⁰¹ BVerfG 15-1-1985, E 7, 198.

Het grondwettelijk hof besliste in dit geval dat te weinig gewicht is toegekend aan het belang van de boycot in het kader van de vrijheid van meningsuiting. Hieruit kan dus opgemaakt worden dat de vrijheid van meningsuiting ook een zeer belangrijke rol speelt in private, maar vooral ook in strafrechtelijke, verhoudingen. Dat er sprake is van een algemene wet die beperkingen oplegt, is echter niet voldoende, want er moet ook nog een belangenafweging plaatsvinden. Dat gebeurt op een drietal gronden: ten eerste speelt de vrijheid van meningsuiting een rol bij de interpretatie van de (beledigende) uiting. Als er één bepaalde uiting als strafbaar wordt beschouwd dan dient de rechter uitvoerig te motiveren waarom die ene uiting strafbaar zou zijn. Ten tweede moeten de algemene wetten worden uitgelegd in het licht van de grondwet, de grondwet fungeert zo als een beperking op de beperking (*Schrankschranke*).¹⁰² Ten derde wordt de subsidiariteit en proportionaliteit in een concreet geval afgewogen.

De tweede vorm van beperking betreft de bescherming van jeugd en de eer en goede naam van personen. Bij deze beperking gaat het veelal om grondrechtenbotsingen en speelt proportionaliteit een rol in de beoordeling van de beperking. Deze vorm van beperking doet zich vooral voor ten aanzien van belediging, omdat vaak een afweging moet worden gemaakt tussen de vrijheid van meningsuiting en de menselijke waardigheid waar de bescherming van de eer en goede naam uit voortvloeit.

De derde en laatste vorm van beperking volgt uit het grondwettelijk systeem zelf en niet zozeer uit de bepaling van artikel 5 GG. Deze vorm van beperking is terug te vinden ten aanzien van de kunstvrijheid in artikel 5 lid 3 GG. Er is geen beperkingsclausule ten aanzien van kunst, maar kunst kan uiteraard niet als absolute exceptie worden beschouwd. Dat er geen beperkingsclausule is ten aanzien van kunst maakt echter wel dat kunst is beginsel een zeer sterke bescherming geniet. Deze vorm van beperking is inherent aan het grondwettelijk systeem en houdt in dat wanneer er geen expliciete beperkingsclausule is opgenomen, grondrechten tegen elkaar afgewogen moeten worden.¹⁰³

3.2. Kunst en belediging volgens het Bundesverfassungsgericht

3.2.1. Definities kunstbegrippen

Het *Bundesverfassungsgericht* hanteert een drietal kunstbegrippen naast elkaar. Het gebruikt het formele kunstbegrip, het materiële kunstbegrip en het zogenaamde open kunstbegrip.

Bij het formele kunstbegrip is sprake van kunst wanneer het werk een aantal structurele kenmerken heeft en bij een bepaald type kan worden ingedeeld, zoals schilderkunst, beeldhouwkunst, karikatuur, theater en dichten. Dit is de meest enge vorm van het kunstbegrip. Het materiële kunstbegrip, dat is geïntroduceerd in de Mephisto-zaak zal later worden besproken, maar houdt kortgezegd in dat een kunstenaar vrij en creatief gestalte mag geven aan een uiting door middel van kunst. De derde vorm van het kunstbegrip is de zogenaamde open vorm. Hierbij is een werk kunst wanneer er een bepaald statement wordt gemaakt dat vatbaar is voor interpretatie en een steeds bredere betekenis krijgt waardoor het uiteindelijk bijdraagt aan de informatievoorziening. Het betekent concreet dat het werk voor meerdere interpretaties vatbaar moet zijn.

¹⁰² De grondwet beperkt op die manier weer de strafwet.

¹⁰³ BVerfG 7-3-1990, E 81, 278.

Een werk is in deze visie niet als kunst aan te merken wanneer het snel te doorzien is en nadenken over het werk nagenoeg overbodig is. Het werk moet in deze visie nooit vanuit esthetisch oogpunt worden beschouwd. Het open kunstbegrip is gehanteerd in een zaak waarbij het doden van honden en het vervaardigen van die gedode honden als kunst zou moeten kunnen worden beschouwd. Dierenrechten zijn grondwettelijk gewaarborgd in artikel 20 GG en het hof oordeelde dan ook dat het plannen van het doden van dieren met een kunstzinnig doel niet als kunst kan worden beschouwd.¹⁰⁴ Toch is het lastig dit niet als kunst te beschouwen nu artikel 5 lid 3 GG zonder beperkingsclausule is en het open kunstbegrip algemeen geaccepteerd wordt. Het doden van het dier is een actie die tot nadenken aanzet, waardoor in het kader van het open kunstbegrip juist ruimte zal moeten zijn voor een dergelijke uiting. Het niet aanmerken als kunst in dit geval werd gedaan in het kader van de proportionaliteit, hetgeen principieel onjuist is vanuit het Duitse grondwettelijk systeem. Er zou namelijk eerst bepaald moeten worden of er sprake is van kunst en wanneer dat het geval is kan eventueel toegekomen worden aan de *Schrankenschanke*. Hier is geoordeeld dat er geen sprake is van kunst én er heeft tevens een proportionaliteitstoets plaats gevonden. Ook in het Graffiti-Urteil wordt een dergelijke redenering gebruikt waarbij gewezen wordt op het feit dat het spuiten van graffiti strafbepalingen kan ondermijnen.¹⁰⁵ Hier is zeer veel kritiek op omdat op deze manier kunstuitingen worden beperkt¹⁰⁶ en in het kader van de *Schrankenschanke* strafrecht kan wijken voor grondrechten. Het open kunstbegrip toch zo star interpreteren gaat dan voorbij aan de essentie van deze definitie van kunst.

3.2.2. Rechtspraak Bundesverfassungsgericht

In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan het beoordelingskader van het *Bundesverfassungsgericht* in zaken waar kunst en belediging een rol spelen. Opgemerkt dient te worden dat belediging zich in een tweetal varianten voordoet. Enerzijds de strafbare belediging en anderzijds de mogelijke aantasting van de grondwettelijk beschermde menselijke waardigheid en de eer en goede naam die daaruit voortvloeien. De strafbare delicten ten aanzien van belediging in Duitsland zijn de eenvoudige belediging, laster, smaad, laster jegens een publiek persoon, iemands nagedachtenis beschimpen, belediging tegen de waarheid in en het over en weer uiten van beledigingen. Ook zijn er de meer specifieke delicten zoals belediging van een buitenlands staatshoofd. Waar relevant zal tevens aandacht besteed worden aan uitspraken waar kunst een rol speelt, zonder dat belediging specifiek in het geding is.

*Mephisto-Urteil*¹⁰⁷

De Mephisto zaak is het startpunt van de Duitse rechtspraak over het thema kunstvrijheid. In de Mephisto zaak is de kunstuiting gedaan in de vorm van een roman (genaamd Mephisto). De feiten in deze zaak zijn als volgt: de roman is verschenen in het jaar 1936. De schrijver van dit boek sterft in 1949, maar in 1956 wil men een herpublicatie van het boek uitbrengen.

¹⁰⁴ BVerfG 24-4-2012 e(24 L 113.12).

¹⁰⁵ BVerfG 19-03-1984 (2 BvR 1/84).

¹⁰⁶ <http://www.juraexamen.info/vg-berlin-tiertotung-als-kunst/>

¹⁰⁷ BVerfG 24-2-1971, E 30, 173.

Het boek is te beschouwen als een satirische roman waarbij een fictief personage opklimt tot hoge ambtenaar in het Derde Rijk. Dit fictieve personage vertoont grote gelijkenis met de Duitse acteur en nazi-collaborateur, Gustaf Gründgens. Vooral de titel van het boek vertoont grote gelijkenis met de werkelijkheid aangezien Gründgens in het nazitijdperk de rol van *Mephistopheles* in een stuk van Faust heeft vertolkt. De adoptiezoon van Gründgens vorderde een verbod op het publiceren, verspreiden en vermenigvuldigen van de roman omdat het persoonlijkheidsrecht van zijn inmiddels overleden vader door het publiceren van de roman zou worden aangetast. Bij de lagere rechters krijgt de adoptiezoon gelijk en daarop brengt de uitgever de zaak voor het *Bundesverfassungsgericht*. De rechtsvraag die hier centraal staat is de volgende: in hoeverre is een verbod op publiceren, verspreiden en vermenigvuldigen van de roman gebaseerd op de kunstexceptie gerechtvaardigd in het licht van het persoonlijkheidsrecht van een ander? De overwegingen in deze zaak zijn als volgt: het *Bundesverfassungsgericht* introduceert het materiële kunstbegrip in deze zaak en definieert dat als volgt: een artistieke uiting is het recht van een kunstenaar om vrij en creatief gestalte te geven aan een uiting door middel van indrukken, ervaringen en belevenissen door het medium kunst te gebruiken om iets in beeldspraak te uiten. In deze zaak maakt het hof de volgende specifieke afweging. De vraag is of en in welke mate het fictieve personage ondergeschikt is in de totaliteit van het gehele kunstwerk of juist is verzelfstandigd door het gebruik van individuele en private informatie als ook door gebruikmaking van intieme persoonlijke details van Gründgens leven en in hoeverre deze informatie objectief naar voren wordt gebracht in het kunstwerk.¹⁰⁸ Het hof doet ook uitspraak over aantasting van het persoonlijkheidsrecht post mortem. Artikel 1 GG geeft een bepaald minimumniveau aan van bescherming van de eer en goede naam en dat werkt ook door na iemands dood, maar zwakt wel steeds meer af naarmate de tijd verstrijkt. Artikel 5 lid 3 GG regelt de verhouding tussen kunst en staat en garandeert het individuele vrijheidsrecht om kunst te uiten. Dat recht bestaat uit het maken, presenteren en verspreiden van kunst. Aangezien de uitgever de zaak voor de rechter heeft gebracht, gaat het hof ook in op het bereik van artikel 5 GG. Niet alleen de kunstenaar zelf, maar ook alle tussenpersonen die een rol spelen in de relatie tussen de kunstenaar en het publiek kunnen een beroep doen op de kunstexceptie. Ook mensen die beroepsmatig gezien niet als kunstenaar kunnen worden aangemerkt vallen onder dit bereik (*Wirkbereich*). Deze zaak is om meerdere redenen relevant. Ten eerste omdat het in de Duitse rechtspraak het startpunt is ten aanzien van de kunstexceptie. Ten tweede omdat het materiële kunstbegrip wordt geïntroduceerd. Ten derde omdat de kring van personen die een beroep kunnen doen op de kunstexceptie nader is gedefinieerd (*Wirkbereich*).

*Anachronistischer Zug-Urteil*¹⁰⁹

In deze zaak is het kunstobject een toneelstuk. De feiten zijn als volgt: in deze zaak gaat het specifiek om een toneelstuk dat zich afspeelt in een trein die zich zogenaamd beweegt tussen vrijheid en democratie waarbij wordt gerefereerd aan bloederige gebeurtenissen in de geschiedenis en specifiek aan de nazi's.

¹⁰⁸ In BVerfG 12-12-2007, 1 BvR 350/02 en 1 BvR 402/02 maakt het hof eenzelfde afweging als in Mephisto. Dertig jaar na het Mephisto-arrest is de materiële definitie van het kunstbegrip dus nog steeds hanteerbaar.

¹⁰⁹ BVerfG 17-7-1984, 1 BvR 816/82.

Het theaterstuk is voor een groot deel gebaseerd op een oud gedicht. Het doel was om dit gedicht visueel tot leven te wekken. Elke keer bereikt de trein een andere plaats en wordt een aantal ‘passagiers’ zichtbaar voor de menigte waaronder de Beierse president (Strauss) en nazikopstukken als Hitler en Goebbels. Strauss wordt aangemerkt als de nieuwe Hitler. Dit wordt gezien als belediging volgens het Duitse wetboek van strafrecht. De rechtsvraag was of belediging, door middel van een politiek straattheater, valt onder de kunstvrijheid. De overwegingen van het *Bundesverfassungsgericht* zijn als volgt: ten eerste wordt opgemerkt dat het niet aan het hof is om het strafrecht te duiden, maar dat het in het kader van grondrechtenbescherming wel noodzakelijk is te voorkomen dat een verkeerde interpretatie van grondrechten plaatsvindt. Overduidelijk is dat een gedicht naar de vorm als kunst kan worden beschouwd en ditzelfde geldt voor de productie en uitvoering van theater. Dat het theater van het podium verplaatst naar een andere locatie maakt niet dat er geen sprake meer is van kunst. Het is in beginsel niet aan de rechter om te beoordelen wat wel en geen kunst is en zo de sluis open te zetten voor een veroordeling wegens belediging. De rechter is immers niet vakkundig op het gebied van kunst. De lagere rechter had bovendien in acht moeten nemen dat het hier om een actie ging in het kader van de verkiezingscampagne waardoor de burger werd geïnformeerd. Nu de kunstvrijheid zonder beperkingsclausule is, kan iets alleen niet meer onder de reikwijdte van kunstvrijheid vallen wanneer de menselijke waardigheid/persoonlijksrecht wordt aangetast. Het hof refereert ook nog aan het nazitijdperk waarin bepaalde kunst werd verboden. Er wordt bovendien op gewezen dat binnen de kunstwereld ook geen consensus bestaat en dat er geen objectieve beoordelingscriteria zijn. Het hanteren van een star kunstbegrip, maakt het levensbereik van kunst beperkt en daarom moet een open visie worden gehanteerd ten aanzien van kunst. Pogingen om kunst grondwettelijk te kunnen duiden zijn lastig en kunnen slechts voor afzonderlijke delen van kunst worden geformuleerd. Het hof gaat op de drie interpretatiewijzen in. Wanneer het formele kunstbegrip wordt gehanteerd zal het straattheater in de trein niet onder kunst vallen, omdat straattheater geen ‘klassieke kunstvorm’ is zoals schilderkunst dat wel is. Wanneer het materiële begrip wordt gehanteerd zal straattheater al veel sneller binnen de reikwijdte van de kunstexceptie vallen, omdat het daar gaat om creatieve interpretatie, intuïtie en het uiten van persoonlijkheid. Wanneer het open kunstbegrip wordt gehanteerd valt deze vorm van kunst zeker binnen de reikwijdte, vooral omdat dit straattheater voor interpretatie vatbaar is en bijdraagt aan de informatievoorziening. Een werk moet bovendien in de context worden gezien en mag niet in afzonderlijke delen worden geïnterpreteerd. Deze uitspraak is relevant omdat de rechter hier benadrukt dat hij niet vakkundig is op het gebied van kunst en er bovendien terughoudend moet worden omgegaan met kunst door de rechter vanwege het naziverleden. Verder is deze uitspraak van belang omdat alle drie de kunstbegrippen die het *Bundesverfassungsgericht* hanteert aan de orde komen.

*Esra-Urteil*¹¹⁰

Het kunstobject in deze zaak is een roman. De feiten zijn als volgt: de roman (genaamd Esra) vertelt in de ik-vorm een liefdesgeschiedenis tussen een schrijver en een toneelspeler.

¹¹⁰ BVerfG 13-6-2007 - 1 BvR 1783/05.

De auteur van Esra had een jarenlange relatie met een bekende actrice. De rechtsvraag was in hoeverre de kennissenkring deze actrice zou kunnen herkennen in de roman en welke factoren bij deze afweging een rol zouden moeten spelen. Het *Bundesverfassungsgericht* komt met een aantal specifieke uitgangspunten ten aanzien van de beoordeling in deze concrete zaak. Allereerst wordt gewezen op het feit dat wanneer er sprake is van een roman een speciale kunstspecifieke interpretatie van de feiten nodig is. In het bijzonder moet gekeken worden naar het al dan niet fictieve karakter van het werk. Artistieke vrijheid omvat het recht om voorbeelden te gebruiken die aan de werkelijkheid zijn ontleend. Hoe sterker de relatie is met de werkelijkheid (in het geval van personen) hoe sneller het persoonlijkheidsrecht aangetast zal zijn. Hoe meer de kunstzinnige uiting de bijzondere dimensie van het persoonlijkheidsrecht raakt, hoe sterker de fictionalisering moet zijn om aantasting van het persoonlijkheidsrecht te voorkomen. Het hof erkent ook uitdrukkelijk dat veel romanpersonages na onderzoek te herleiden zijn tot bestaande personen en om die reden moeten er dan ook zeer sterke aanwijzingen zijn dat daadwerkelijk aansluiting is gezocht bij de werkelijkheid. Deze zaak is van belang omdat voor het eerst aandacht wordt besteed aan de kunstspecifieke interpretatie in dit soort zaken. Bovendien wordt ook uitdrukkelijk ingegaan op het al dan niet fictieve karakter van het kunstwerk.

*Hexenjagd-Urteil*¹¹¹

Het kunstobject in deze zaak is wederom een roman. De feiten zijn als volgt: in deze zaak gaat het om een roman die de moeilijkheden van een lerares beschrijft in de tijd dat zij werkzaam was op een school in Berlijn. Uiteindelijk leidde de roman tot een strafrechtelijke procedure omdat het persoonlijkheidsrecht van een meisje zou zijn aangetast omdat zij met naam en toenaam is genoemd in het boek. Het meisje in kwestie zou een groep mogen overslaan, maar de lerares beschrijft haar als een ‘pseudo-hoogbegaafde’ die moeite heeft met lezen. De rechtsvraag die het *Bundesverfassungsgericht* moest beantwoorden was waar de grens ligt tussen de kunstvrijheid enerzijds en het persoonlijkheidsrecht anderzijds. De overwegingen van het hof zijn als volgt: het hof wijst erop dat het persoonlijkheidsrecht van het minderjarige meisje een grote rol speelt. Zij moet zich zo vrij mogelijk kunnen ontwikkelen en heeft recht op meer bescherming dan een volwassene. Het hof oordeelt in het kader van de kunstvrijheid als volgt: wanneer de auteur echte gebeurtenissen of bestaande mensen portretteert in een boek hangt de beoordeling inzake kunst af van de vraag in hoeverre deze feiten een nieuwe realiteit creëren. Uiteindelijk wordt de onwettigheid van deze kunstuiting gebaseerd op de volgende gronden: er is sprake van een bijzondere levensfase waar veel waarde aan moet worden gehecht, er worden negatieve woorden gebruikt zoals ‘pseudo-hoogbegaafde,’ er is een gevaar dat het kind door het boek zal worden gepest, de lerares had een vertrouwenspositie en zij had de mogelijkheid tot anonimiseren.

*Jesus-Urteil*¹¹²

In deze zaak betreft het geen zaak van het *Bundesverfassungsgericht*, maar deze zaak is wel het bespreken waard. Het kunstobject in deze zaak is een karikatuur.

¹¹¹ BVerfG 15-9-2015 – VI ZR 175/14.

¹¹² LG Bochum 25-8-1988, 6 Qs 174/88.

De feiten in deze zaak zijn als volgt: in deze zaak ging het om een tekening van Jezus aan het kruis in een soort muizenval. Gelovigen vonden dit beledigend en grof. De rechtsvraag die in deze zaak beantwoord moest worden, was in hoeverre karikaturen mogen beledigen en in hoeverre een karikatuur onder de kunstvrijheid valt. De overwegingen waren als volgt: karikaturen kunnen soms religieuze groepen beledigen/kwetsen. De rechter oordeelde dat het weliswaar een grove kunstuiting was, maar omdat de kunstuiting vooral onder studenten verspreid is, is het bereik gering. In deze zaak wordt dus vooral waarde toegedicht aan het beperkte bereik van de kunstuiting.

*Das Maria Syndrom*¹¹³

Ook deze zaak is niet van het *Bundesverfassungsgericht*, maar wel interessant. In deze zaak is het kunstobject een toneelvoorstelling. De feiten waren als volgt: het gaat om een zaak waarbij een lichtgevende wc-bril de rol van God vertolkt en de geboorte van Jezus aan masturbatie wordt verbonden. De rechtsvraag was of de kunstvrijheid moest wijken voor het beschermen van religieuze gevoelens. De overwegingen van de rechter in deze zaak lijken op die in het Otto-Preminger arrest van het EHRM. Dit betekent dus dat uitlatingen weliswaar mogen kwetsen, maar niet nodeloos kwetsend mogen zijn. In dit geval leverde de toneelvoorstelling geen enkele bijdrage aan het openbare debat of aan de vooruitgang van de mens en daarom moest de kunstvrijheid wijken voor het beschermen van religieuze gevoelens.

BVerfG 09 Juli 2008 - 1 BvR 519/08

Het kunstobject in deze zaak is een karikatuur die is verschenen in een tijdschrift. De feiten zijn als volgt: in deze zaak gaat het om de inbeslagneming van een jeugdtijdschrift. In het tijdschrift is een karikatuur afgebeeld van een officier van justitie die aan touwen hangt die worden bediend door een grote hand. Ook bevat het tijdschrift een aantal kritische teksten over armoede en de toekomst. In het kader van deze scriptie is vooral de karikatuur van belang. Deze karikatuur zou namelijk een belediging zijn voor de officier van justitie die op deze manier wordt afgeschilderd als marionet in het rechtsstatelijk systeem. De inbeslagname zou een aantasting zijn van de kunstvrijheid en de vrijheid van meningsuiting. In deze zaak staan twee rechtsvragen centraal. Allereerst de vraag hoe de kunstvrijheid zich verhoudt tot de vrijheid van meningsuiting. Ten tweede de vraag hoe geoordeeld dient te worden in het geval strafbare belediging en de kunstexceptie met elkaar in conflict komen. De overwegingen zijn als volgt: de kunstvrijheid gaat voor op de vrijheid van meningsuiting aangezien dat als een *lex specialis* is op te vatten. Wanneer kunst en strafbare belediging met elkaar in aanraking komen, moet een kunstspecifieke beoordeling toegepast worden. Vooral wanneer satire en karikaturen een rol spelen, moet gekeken worden naar de kern van het kunstwerk en het statement dat men wil maken. Pas dan kan beoordeeld worden of er sprake is van een gebrek aan respect voor de persoon die karikaturaal is afgebeeld. Het hof benadrukt dat de lagere rechters deze kwestie nooit hadden mogen beoordelen zonder de vraag te stellen of het tijdschrift en de karikatuur zaken van openbaar belang aan het licht brachten.

¹¹³ OVG Rheinland-Pfalz 2-12-1996, 11 A 11503/96.

Bovendien hadden de lagere rechters veel meer acht moeten slaan op het kunstspectifieke karakter in deze zaak, hetgeen zij in het geheel niet gedaan hebben. Ook al zou de veroordeling wegens belediging terecht zijn, dan nog hoeft het niet zo te zijn dat de inbeslagname in het kader van de kunstvrijheid gerechtigd was.

Paus Benediktus¹¹⁴

In deze zaak is het kunstobject wederom een karikatuur/satire. De feiten zijn als volgt: vanwege de *Vatileaks/spionnenaffaire* wordt de paus als incontinent afgebeeld omdat hij informatie zou hebben gelekt. Op zijn jurk zijn daarom vlekken te zien die het lek uitbeelden. De vraag was in hoeverre de satire het persoonlijkheidsrecht van de paus aantast en in hoeverre dat is toegestaan.¹¹⁵ De overwegingen zijn als volgt: in deze zaak werd allereerst gekeken naar het persoonlijkheidsrecht, vervolgens naar de schadelijke handelingen en uiteindelijk naar de wederrechtelijkheid. Door gebruik te maken van satire en een kritische titel kan het kunstzinnige aspect worden aangetoond. Satire mag provoceren, maar mag niet alleen worden gebruikt met het doel om te provoceren. Er moet dus wel sprake zijn van een inhoudelijk element. In dit geval was aan die eis voldaan omdat met de karikatuur weliswaar is geprovoceerd, maar dit wel is gedaan om de rol van de paus bij de *Vatileaks* aan het daglicht te brengen. Door de paus als incontinent af te schilderen is hij ernstig in zijn eer geschaad, maar kan deze satirische vorm van een maatschappelijk probleem aankaarten toch gerechtvaardigd zijn.

Böhmermann

Ter afsluiting van het hoofdstuk over Duitsland wil ik ingaan op de zaak van de Duitse komiek Böhmermann. In deze zaak is het kunstobject een gedicht. De feiten zijn als volgt: in maart 2016 werd door Böhmermann op televisie de grens tussen satire en smaad opgezocht. Hij deed dit door middel van een beledigend gedicht over president Erdogan. Dit gedicht had de titel *Schmähkritik* en was een reactie op de ophef in Turkije over een liedje dat Böhmermann al eerder had gemaakt over Erdogan. Böhmermann stelde in het gedicht de vraag aan de orde of hij de president een geitenneuker en pedofiel mocht noemen. Hierop werd door verschillende Duits-Turkse burgers en president Erdogan zelf aangifte gedaan tegen Böhmermann wegens het beledigen van een buitenlands staatshoofd (artikel 103 StGB). In mei besloot het gerechtshof in Hamburg dat het grootste gedeelte van het gedicht niet meer herhaald en verspreid mocht worden. Hoe kan de zaak Böhmermann in het licht van de kunstvrijheid en de hierboven besproken jurisprudentie worden geïnterpreteerd? Allereerst dient opgemerkt te worden dat satire als kunstvorm beschermd wordt. Böhmermann heeft het gedicht bovendien voorgelezen in een satirisch programma dat ook als zodanig kenbaar was, waarmee de kunstzinnige uiting een gegeven is. Dat de rechter in Hamburg het gedicht in gedeelten opsplijst om zo te beoordelen wat wel en niet is toegelaten, is in beginsel onjuist. Het werk moet volgens het *Bundesverfassungsgericht* immers in de context worden gezien en mag niet in losse delen worden geïnterpreteerd.

¹¹⁴ <http://www.dw.com/de/gericht-verbietet-papst-satire/a-16089335>

¹¹⁵ Interessant hierbij was nog of de paus was aangetast in zijn persoonlijkheidsrecht of Josef Ratzinger zelf.

Door alleen te kijken naar de titel van het gedicht, waarin laster wordt genoemd, zou de strafwaardigheid meteen vaststaan, maar daarbij wordt de satirische context van de hele zaak uit het oog verloren. Ten aanzien van de inhoud kunnen de volgende zaken worden opgemerkt. Satire mag niet slechts worden gebruikt met het doel iemand te beledigen of te provoceren. Het gebruik van satire moet een inhoudelijk doel dienen en moet bijdragen aan het maatschappelijk debat of informatievoorziening. Er moet duidelijk gekeken worden naar het statement dat iemand heeft willen maken. In dit geval heeft Böhmermann willen achterhalen waar de grenzen van satire liggen, daarmee heeft hij een zaak van publiek belang aan de orde gesteld. Tevens dient in een democratische samenleving veel waarde gehecht te worden aan de vrijheid van meningsuiting. Pas wanneer iemands menselijke waardigheid in het geding komt, slaat die balans door naar de kant van de bescherming van de menselijke waardigheid. De kunstvrijheid is grondwettelijk (zonder expliciete beperkingsclausule) gewaarborgd, waardoor beperkingen alleen kunnen voortvloeien uit de grondwet zelf. In deze zaak gaat het echt om een buitenlands persoon die tevens een publieke functie bekleedt. Het is de vraag in hoeverre Erdogan bescherming geniet vanuit de Duitse grondwet, want hij is geen Duits staatsburger. Het is weliswaar strafbaar om een buitenlands staatshoofd te beledigen, maar in eerdere rechtspraak is bepaald dat strafrecht in sommige gevallen zal moeten wijken voor de kunstvrijheid. Bovendien is het aanbevelenswaardig het politieke karakter van deze zaak in ogenschouw te nemen. Anderzijds kan betoogd worden dat Böhmermann door dit gedicht nodeloos kwetsende uitlatingen heeft gedaan terwijl er ook minder vergaande manieren voorhanden waren om de president te bekritisieren.¹¹⁶

3.3. Doorwerking van het EVRM en de beoordeling door de Duitse rechter

3.3.1. Doorwerking in Duitsland

Duitsland kent een ander systeem van doorwerking dan Nederland, namelijk een (gematigd) dualistisch systeem.¹¹⁷ Dit betekent dat er een duidelijke scheiding is tussen nationaal en internationaal recht. Het EVRM werkt echter direct door in de nationale rechtsorde¹¹⁸, omdat de bepalingen van het EVRM zo zijn geformuleerd dat zij direct kunnen worden ingeroepen. Materiële bepalingen en protocollen van het EVRM hoeven niet eerst omgezet te worden in nationaal recht. In Duitsland is Europees recht niet per definitie hoger in rang dan nationaal recht en soms gaat het nationale recht zelfs voor op het Europese recht.¹¹⁹ De Duitse rechter zal de eigen grondwet laten prevaleren boven EHRM-uitspraken wanneer uitspraken van het EHRM strijdig zijn met de nationale grondwettelijke bepalingen. Dit is dus anders dan in Nederland waarbij Europees recht nationaal recht opzij zet.¹²⁰ Wel wordt in Duitsland aan EVRM-conforme interpretatie gedaan waardoor bovengenoemde situatie nog nooit daadwerkelijk is voorgekomen. Deze EVRM-conforme interpretatie volgt niet alleen uit het verdrag zelf, maar ook uit de Duitse Grondwet.¹²¹

¹¹⁶ OVG Rheinland-Pfalz 2-12-1996, 11 A 11503/96 en EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (Otto Preminger Instituut tegen Oostenrijk).

¹¹⁷ J.H. Gerards en J.W.A. Fleuren, 'Implementatie van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM in nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek,' WODC 2013.

¹¹⁸ Goedkeuring van de Bondsdag was wel nodig.

¹¹⁹ Gerards en Fleuren, p. 202.

¹²⁰ Artikel 93 Grondwet

¹²¹ Artikel 1 en 2 Basic law

Wanneer het Duitse stelsel meer bescherming kan bieden dan het Europese stelsel dan zal de rechter bovendien uitgaan van de nationale regels. De grondwet biedt zodoende additionele bescherming van rechten. Ondanks dat de uitspraken van het EHRM formeel geen bindende kracht hebben, zal de Duitse rechter deze uitspraken wel in ogenschouw nemen. Met toenemende mate verwijzen Duitse rechters naar het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.¹²² Het *Bundesgerichtshof* heeft tussen 2005 en 2012, 127 maal verwezen naar rechtspraak van het EHRM en het *Bundesverfassungsgericht* heeft in de periode van 2004 tot 2012, 83 keer verwezen naar rechtspraak van het EHRM.¹²³ Aangezien er een dialoog is tussen het EHRM en de Duitse rechter is de rol van het EVRM/EHRM in Duitsland groot.¹²⁴ De rol van Duitsland in Europa is bovendien ook groot. Door deze dialoog zal de Duitse rechter Europese rechtspraak dan ook betrekken in zijn oordeelsvorming. Dat Duitsland een dualistisch systeem kent, doet hier niets aan af. De Duitse rechter zal de uitgangspunten van het EVRM dus in zijn rechtspraak moeten betrekken, dan wel conform moeten interpreteren, maar er bestaat ook veel ruimte voor additionele bescherming vanuit de Duitse grondwet en tevens bestaat de mogelijkheid om Europese normen buiten beschouwing te laten wegens strijdigheid met de eigen grondwet.

3.3.2. *Verhouding Europees beoordelingskader tot Duits beoordelingskader*

Gebleken is dat de Duitse rechter verwijst naar de rechtspraak van het EHRM. In deze paragraaf zal onderzocht worden in hoeverre deze verwijzingen ook plaatsvinden in de gevallen waarbij kunst een rol speelt. Het antwoord op deze vraag wordt geformuleerd aan de hand van de in hoofdstuk 2 en 3 besproken jurisprudentie. Allereerst zal besproken worden welke invloeden van het EHRM te herkennen zijn in de Duitse rechtspraak. Ten tweede zullen de verschillen in overwegingen worden besproken. Dit betekent dat een aantal specifiek Europese uitgangspunten aan de orde komen en een aantal specifiek Duitse uitgangspunten.

Ten eerste twee algemene overeenkomsten met betrekking tot de kunstexceptie zonder dat gedifferentieerd wordt naar specifieke uitspraken. De meest prominente overeenkomst is dat zowel in Europese rechtspraak als in de Duitse rechtspraak veelvuldig wordt gerefereerd aan het persoonlijkheidsrecht. In Duitsland kan de kunstexceptie alleen door dit persoonlijkheidsrecht opzij worden gezet, op Europees niveau kan de kunstexceptie ook worden gepasseerd op basis van de openbare orde, bescherming van de goede zeden, etc. Waar op Europees niveau dus vooral de doelcriteria een rol spelen, speelt in Duitsland alleen het persoonlijkheidsrecht een rol. Dit neemt echter niet weg dat zowel op Europees als op Duits niveau zeer veel waarde wordt gehecht aan het persoonlijkheidsrecht. Een andere opvallende lijn is dat bij het EHRM gewezen wordt op het ‘kennelijk artistieke karakter van de uiting’ en in Duitsland op ‘een kunstspecifieke interpretatie van bepaalde uitingen’. Beide hoven gaan uit van een kunstspecifiek/kennelijk artistiek karakter van een uiting. Deze uitgangspunten worden dus in alle zaken met betrekking tot de kunstexceptie aangehaald door beide hoven.

¹²² Gerards en Fleuren, p. 212.

¹²³ *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht* (Strasbourg 2012), p. 16 en 73-77.

¹²⁴ Gerards en Fleuren, conclusie van het rapport.

Een aantal uitgangspunten die overeenkomen zijn niet in alle zaken terug te vinden en derhalve dient specifiek op bepaalde uitspraken gewezen te worden.¹²⁵ Wanneer bepaalde uitlatingen bijdragen aan het openbare debat komt een grotere bescherming toe aan de uiting. Bij het EHRM volgt dit met name uit de zaken Cumpana, Palomo Sanchez, Otto Preminger en Karatas. In Duitsland volgt dit met name uit de zaken: Anachronistischer Zug, Das Maria Syndrom, Paus Benediktus en BVerfG 09 Juli 2008 - 1 BvR 519/08. Andere conclusies zijn dat beide hoven het eventueel beperkte bereik van een uiting in ogenschouw nemen. Bij het EHRM gebeurt dit in de zaken Alinak, Karatas en Kar en in Duitsland in de zaak van het Jesus-Urteil. Het fictieve karakter van de uiting komt bij het EHRM tot uitdrukking in de zaken Alinak en Lindon en in Duitsland in het Esra-Urteil. Een andere bevinding is dat uitlatingen mogen provoceren en choqueren maar niet nodeloos kwetsend mogen zijn. In Europa volgt dit uit Otto Preminger en Palomo Sanchez en in Duitsland volgt dit uit Das Maria Syndrom. De belangrijkste overeenkomsten zijn derhalve: bijdragen aan het publieke debat, beperkt bereik van de uiting, fictief karakter van de uiting en het mogen provoceren met een uiting zonder nodeloos kwetsend te zijn.

Naast deze overeenkomsten zijn er ook een aantal prominente verschillen. In Europa wordt meermalen gewezen op de toegankelijkheid van het kunstobject, bijvoorbeeld een openbare tentoonstelling (Müller, SG), op de aard en hevigheid van de sanctie (Kar, Karatas), of de uiting betrekking heeft op een publiek persoon (Vereinigung Bildender Künstler en rechtspraak op het gebied van de eer en goede naam), de margin of appreciation (Paloma Sanchez, SG), de positieve verdragsverplichting voor staten (Palomo Sanchez), de intentie van de kunstenaar (Eon) en het onderscheid tussen feiten- en waardeoordelen (Cumpana en Lindon). In Duitsland wordt geen van deze punten expliciet aangehaald. Enige gelijkenis kan wellicht gevonden worden in het laatste punt. In Duitsland worden echter ook een aantal uitgangspunten aangehaald die in de Europese rechtspraak in het geheel niet te herkennen zijn. In Duitsland wordt het kunstbegrip gedefinieerd ondanks dat de rechter erkent niet de juiste persoon te zijn om te bepalen wat wel en geen kunst is. Verder wordt in Duitsland in relatie tot kunst duidelijk het verband gelegd met het naziverleden. Bij het EHRM wordt in het geheel niet gekeken naar de positie die kunst in het verleden, heden en de toekomst inneemt/heeft ingenomen.

Er zijn dus duidelijke overeenkomsten te zien in de rechtspraak van het EHRM en die van de Duitse rechter, maar er zijn ook duidelijke verschillen. Duitsland neemt het Europese perspectief overduidelijk in ogenschouw, maar hanteert ook een eigen beoordelingskader.

Een slotopmerking met betrekking tot deze deelparagraaf is dat nergens in de uitspraken met betrekking tot de kunstexceptie expliciet wordt verwezen naar rechtspraak van het EHRM.

¹²⁵ Ik doe dit door de arresten kort bij naam te noemen, zoals deze in hoofdstuk 2 en 3 ook benoemd zijn.

Hoofdstuk 4: Nederland

In het vierde hoofdstuk van de scriptie staat Nederland centraal. De eerste paragraaf van dit hoofdstuk zal gaan over artikel 7 Grondwet waarin de vrijheid van meningsuiting is vastgelegd. Aangezien in Nederland geen specifieke bescherming is voor kunst, volgt de kunstvrijheid uit de vrijheid van meningsuiting. Er zal aangevangen worden met de wettekst, vervolgens zal de reikwijdte aan bod komen en het laatste deel van deze paragraaf zal gaan over de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting. De tweede paragraaf staat volledig in het teken van jurisprudentie op het gebied van kunst in zijn algemeenheid en over de relatie tussen kunst en belediging. De bespreking van de jurisprudentie zal gaan volgens een vast stramien. Dit betekent dat eerst wordt besproken om welke kunstvorm het gaat, dat vervolgens de feiten worden besproken, dat hierna de rechtsvraag aan de orde komt en dat als laatste de rechtsoverwegingen zullen worden besproken.

4.1. Artikel 7 Grondwet

4.1.1. De wettekst:

1. Niemand heeft **voorafgaand** verloop nodig om door de **drukkers gedachten of gevoelens te openbaren**, behoudens **ieders verantwoordelijkheid volgens de wet**.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is **geen voorafgaand toezicht** op de **inhoud** van een radio- of televisie-uitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand **voorafgaand verloop** nodig wegens de **inhoud** daarvan, behoudens **ieders verantwoordelijkheid volgens de wet**. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de **goede zeden**.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

4.1.2. De reikwijdte van artikel 7 Gw

Artikel 7 van de Grondwet waarborgt het recht op vrijheid van meningsuiting. Dit artikel is gebouwd op een aantal belangrijke fundamenteën.¹²⁶ Allereerst is dat de menselijke waardigheid waardoor een individu zich vrij moet kunnen ontplooiën. De menselijke waardigheid vormt tevens de belangrijkste grond voor eventuele beperkingen van de vrijheid van meningsuiting. Twee belangrijke andere fundamenteën zijn het democratisch debat/democratie¹²⁷ en waarheidsvinding.¹²⁸ Met de vrijheid van meningsuiting kan een bijdrage worden geleverd aan het openbare debat en kan zodoende bijgedragen worden aan waarheidsvinding. Om die reden heeft de persvrijheid een belangrijke positie binnen een democratische samenleving.

¹²⁶ Nieuwenhuis, p. 21.

¹²⁷ HR 9 januari 2001, AB 2001, 303.

¹²⁸ Nieuwenhuis, p. 21.

Er worden diverse vormen van vrijheid van meningsuiting in het artikel onderscheiden. In het eerste lid wordt de vrijheid van drukpers gewaarborgd, in het tweede lid de vrijheid van meningsuiting door middel van televisie en radio en in lid 3 andere vormen van meningsuiting. Andere vormen van meningsuiting zijn bijvoorbeeld een toneelvoorstelling, muziek, een film, een video of uitingen via internet. Niet alleen neutrale uitingen vallen onder de vrijheid van meningsuiting. Ook uitingen die verstoren of choqueren vallen onder de uitingsvrijheid en dit geldt ook voor kwetsende uitlatingen. Uiteraard zegt dit nog niets over de beperkingsmogelijkheden. Artikel 7 beschermt niet de ontvangstvrijheid en de vrijheid van nieuwsgaring, maar omdat de persvrijheid wordt beschouwd als één van de belangrijkste waarden in een democratie kan de ontvangstvrijheid van informatie vanuit de pers toch gelezen worden in deze bepaling.

Elk van de begrippen die de reikwijdte van het grondrecht betreffen, heeft interpretatie nodig. Toch is het definiëren van deze begrippen niet altijd eenvoudig, te denken valt bijvoorbeeld aan *symbolic speech*. Het betreft bij *symbolic speech* vaak non-verbale handelingen, zoals langzaam rijden op de snelweg, het maken van een cartoon of vlagverbranding.

Onder de vrijheid van drukpers vallen uiteraard de drukpers zelf, maar ook technieken die in staat zijn te vermenigvuldigen zoals de gedachten en gevoelens die worden geopenbaard door leesbare tekens, afbeeldingen, schilderijen en tekeningen.¹²⁹ Het openbaren van gedachten en gevoelens is hier te beschouwen als het kernrecht. Het gaat hierbij om het uiten op een wijze die voor anderen kenbaar is.¹³⁰ Ook posters met kunst of andere ludiek bedoelde acties vallen onder de reikwijdte van artikel 7 Gw.¹³¹ Naast de vrijheid om te openbaren is er nog een additioneel recht erkend, namelijk het verspreiden van deze gevoelens en gedachten door middel van drukpers. Doorslaggevend hierbij is dat er gebruik wordt gemaakt van zelfstandige middelen ter verspreiding, dus bijvoorbeeld het verspreiden van pamfletten.¹³²

Lid 3 bevat een algemene waarborg voor de vrijheid van meningsuiting via andere middelen dan de uit lid 1 en 2 voortvloeiende drukpers en omroep.

4.1.3. Beperkingen artikel 7 Gw

Alleen die beperkingen zijn aanvaardbaar die gebaseerd zijn op een expliciete afweging door de wetgever. De beperking moet tevens gericht zijn op dat specifieke grondrecht.

Censuur is niet toegestaan en mag ook niet bij wet worden ingevoerd. De wet mag inhoudelijke beperkingen aan uitingen stellen, lagere regelingen mogen dit niet.¹³³

Voorbeelden van beperkingen op de vrijheid van meningsuiting zijn vooral te vinden in het Wetboek van Strafrecht dat de uitingsvrijheid aan banden kan leggen door strafbepalingen zoals laster, smaad en belediging. Een andere beperking van de vrijheid van meningsuiting is de onrechtmatige daad waarbij vooral wordt gekeken of de uitlating onnodig grievend is en gebaseerd is op feitelijkeheden.¹³⁴

¹²⁹ HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270 en ABRvS 17 mei 1983, *AB* 1983, 514.

¹³⁰ HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137.

¹³¹ HR 21 maart 2000, *NJ* 2000, 482.

¹³² HR 27 februari 1951, *NJ* 1951, 472.

¹³³ HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 117 (APV Tilburg).

¹³⁴ ECLI:NL:HR:2012:BV1031

Het kernrecht op openbaren kan dus alleen door de formele wetgever worden beperkt. Ten aanzien van verspreiden mag ook op lager niveau beperkt worden. Gemeentelijke regelingen mogen echter slechts tijd, plaats en wijze van uiten regelen, maar het verspreiden mag niet verboden worden. Er moet namelijk wel enige betekenis van de uiting overblijven.¹³⁵ Het weigeren van een toneelvoorstelling wegens de aard van deze voorstelling was dan ook niet toegestaan.¹³⁶

4.2. Jurisprudentie kunst en belediging in Nederland

In deze paragraaf zal de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van kunst en belediging centraal staan. Omdat strafbare belediging centraal staat in deze scriptie, zal eerst kort worden ingegaan op (het beoordelingskader met betrekking tot) belediging. Specifiek omdat hieruit ook het beroep op de kunstexceptie nader wordt gedefinieerd. In deze paragraaf zal een beperkt aantal zaken worden besproken. Dit heeft twee redenen. Allereerst zijn er weinig zaken waarbij kunst én belediging tezamen een rol spelen. Ten tweede wordt in de Nederlandse rechtspraak veelal aansluiting gezocht bij het EHRM waardoor een uitgesproken nationaal beoordelingskader ontbreekt. De zaken die wel besproken worden zijn dan ook zaken waarin wel aanknopingspunten met betrekking tot de kunstexceptie (in relatie tot belediging) aan de orde komen.

*Belediging*¹³⁷

Belediging kan zich voordoen in verschillende vormen, onder andere; smaad, laster, eenvoudige belediging of groepsbelediging. Ten aanzien van groepsbelediging wordt door de Hoge Raad het volgende beoordelingsschema gehanteerd: Is de uitlating op zichzelf beledigend voor een groep mensen? Zo ja, is de uitlating gedaan in een bepaalde context en neemt die context het beledigende karakter van de uitlating weg? Is de uitlating desondanks onnodig grievend? Met betrekking tot de kunstexceptie is vooral de tweede stap van dit beoordelingsschema van belang, namelijk de vraag of de context de strafbaarheid kan doen komen te vervallen. Ik misken hierbij niet dat het hier gaat om het beoordelingskader met betrekking tot groepsbelediging, maar eenzelfde redenering kan ook passen bij andere vormen van belediging, zoals de eenvoudige belediging.

Kunst(exceptie) en belediging

*Penisbeeld Steenbergen*¹³⁸

Het kunstobject in deze zaak is een beeldhouwwerk. De feiten zijn als volgt: een kunstenaar plaatst in zijn voortuin een houten beeld van een penis met daarbij de naam van de wijkagent. De wijkagent zou de dochter van de kunstenaar tijdens het fouilleren onfatsoenlijk hebben betast, hetgeen erkend is door de korpschef. Excuses bleven echter achterwege en daarom plaatste de kunstenaar het protestbeeld. Vermeldenswaardig is nog dat de kunstenaar al zes jaar dergelijke beelden maakte.

¹³⁵ HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389 (Nuth).

¹³⁶ HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 (Rasti Rostelli).

¹³⁷ HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261 en HR 27 maart 2012, *NJ* 2012, 220.

¹³⁸ Rb. Breda 19 september 2012, niet gepubliceerd.

De rechter moest de vraag beantwoorden of deze kunstuiting, gebaseerd op de vrijheid van meningsuiting, de grenzen van het redelijke overschreed waardoor sprake was van strafbare belediging. Volgens het Openbaar Ministerie was dit beeld niet als kunstzinnige uiting bedoeld, maar als krenkende belediging. Volgens de advocaat van de kunstenaar heeft zijn cliënt door een kunstuiting misstanden aan de kaak willen stellen zonder opzettelijk te beledigen. De rechter gaat hier niet in mee en zegt dat de kunstenaar slechts zijn frustraties heeft willen uiten. Verder wordt niet expliciet op de kunstexceptie ingegaan door de rechter, maar wordt volstaan met het aantonen van de opzettelijke belediging. Het beroep op de kunstexceptie faalt.

Rb Zeeland-West-Brabant 8 december 2015¹³⁹

In deze zaak is het kunstobject een muziekvideo die een rap bevat. De feiten zijn als volgt: een rapper heeft op Youtube een video geplaatst met songteksten waarin hij zegt dat hij ‘flikkers geen hand geeft’ en dat hij ‘Joden nog meer haat dan de nazi’s.’ De vraag die de rechtbank moest beantwoorden was of de rap onder de reikwijdte valt van artikel 137c of 137 e Sr. De rechtbank hanteert hierbij het standaardbeoordelingskader van de Hoge Raad inzake (groeps)belediging zoals hierboven is beschreven. Echter, de rechtbank komt ook nog met een meer kunsts specifieke benadering. De rechtbank gaat expliciet in op de context en de vraag of het beledigende karakter door de context weggenomen kan worden. Het beledigende karakter kan komen te vervallen indien een uiting bijdraagt aan het publieke debat of een artistieke expressie is.¹⁴⁰ De rechtbank benadrukt dat rap een muziekstijl is en dat muziek een vorm van artistieke expressie is. De rechtbank verwijst vervolgens naar vaste rechtspraak over artikel 10 EVRM waarin is uitgemaakt dat artistieke expressies mogen choqueren of verstoren. De rechtbank haalt tevens aan dat rap wordt gekenmerkt door grove bewoordingen en overdrijvingen. Met de rap heeft de rapper vooral zijn eigen frustraties willen uiten en niet zozeer een onnodig grievende uitlating willen doen. Ondanks dat geen expliciet beroep op de kunstexceptie is gedaan door de verdachte, wordt deze zaak wel behandeld als ware er wel een verweer inzake kunst is geweest. Mijns inziens is de uitspraak opvallend wanneer gekeken wordt naar het oordeel van de rechter in de hierboven beschreven zaak van het Penisbeeld. Daar werd de frustratie van de kunstenaar namelijk juist als doorslaggevend beschouwd om de uiting wél als beledigend aan te merken. In deze zaak is de frustratie van de rapper echter juist de reden om de uiting niet als belediging aan te merken.

Danslessen¹⁴¹

In deze zaak is het kunstobject een roman. De feiten zijn als volgt: in het boek ‘Danslessen’ is een passage opgenomen over een burgemeester die dezelfde naam heeft als de burgemeester van Zandvoort. De burgemeester moet een beslissing nemen over het afbreken van het postkantoor en laat twee wethouders een wedstrijd schaatsen om tot een beslissing te komen. Deze twee wethouders voeren een dialoog en schilderen de burgemeester af als een zogenaamd keurige katholiek die ondertussen op ongeoorloofde wijze besluiten laten nemen.

¹³⁹ ECLI:NL:RBZWB:2015:7768

¹⁴⁰ Zie ook: ECLI:NL:HR:2016:510 , ECLI:NL:HR:2012:BW9189, ECLI:NL:GHARL:2014:10316 en ECLI:NL:HR:2014:3583 en ECLI:NL:RBAMS:2012:BV1327

¹⁴¹ ECLI:NL:HR:2001:ZD2776

De passage zou beledigend zijn voor de burgemeester. De rechtsvraag die hier beantwoord moest worden, was of deze passage valt binnen de vrijheid van de artistieke expressie en dus een uitlating is van het romanpersonage waardoor de daadwerkelijke schrijver vrijuit gaat of dat dergelijke uitlatingen van personages aan de schrijver kunnen worden toegerekend en dus buiten de grenzen van de artistieke vrijheid vallen. De overwegingen zijn als volgt: ook al zijn uitingen door een romanfiguur gedaan, dan nog kan de schrijver wegens belediging worden vervolgd. In de zaak tegen W.F. Hermans over zijn boek 'Ik heb altijd gelijk' is een zelfde redenering terug te vinden. Het gaat er namelijk om in hoeverre de schrijver inhoudelijk instemt met de uitlatingen die het romanpersonage doet en de uitlatingen als het ware de zijne maakt.¹⁴² Een enkele (beledigende) passage dient dus in samenhang met de inhoud en strekking van de roman te worden gelezen. De rol en de beschrijving van het desbetreffende personage spelen hierbij een belangrijke rol. Het gaat vooral om de vraag in hoeverre het geschrevene door verbeeldingskracht van de schrijver is losgemaakt van feitelijke gebeurtenissen. De Hoge Raad verwijst in deze zaak naar de rechtspraak over artikel 10 EVRM waarbij wordt benadrukt dat artistieke vrijheid een wezenlijk kenmerk vormt van de democratische samenleving. Waar de precieze grenzen van de artistieke vrijheid liggen moet worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij vooral de aard van de kunstuiting een rol speelt. Als de kunstuiting slechts wordt gebruikt om beledigingen te uiten dan wordt de artistieke vrijheid overschreden.

¹⁴² J. de Hullu, 'Strafrecht en Literatuur,' AA 1984, p. 752-761.

Conclusie

De vraag die in deze scriptie centraal stond, was de volgende: *Hoe wordt in de Duitse en Nederlandse rechtspraak omgegaan met de kunstexceptie in het geval van strafbare belediging en in hoeverre zijn gezichtspunten van het EHRM in deze rechtspraak te herkennen?*

Het eerste hoofdstuk ving aan met de voorwaarden voor strafbaarheid en de uitsluitingen van strafbaarheid. Dit is gedaan om de vraag te kunnen beantwoorden welke positie de kunstexceptie inneemt of zou moeten innemen. Duidelijk is geworden dat de Nederlandse rechter de kunstexceptie niet als zodanig erkent. Dat er sprake is van kunst wordt slechts als factor ter beoordeling beschouwd en is geen op zich staande uitsluiting. Toch biedt het Nederlandse strafrechtelijke stelsel mogelijkheden om de kunstexceptie onder te brengen. Mijns inziens kan deze niet ondergebracht worden bij de klassieke geschreven en ongeschreven strafuitsluitingsgronden, maar wel bij de bijzondere strafuitsluitingsgronden. Wanneer de kunstexceptie als kwalificatie-uitsluitingsgrond wordt aangemerkt dan bestaat voor de rechter de mogelijkheid om maatschappelijke ontwikkelingen mee te nemen. Dit betekent dat de dialoog over kunst op gang kan blijven en veel waarde kan worden toegedicht aan context en maatschappelijke visie. Een andere mogelijkheid is om de kunstexceptie aan te merken als pure strafuitsluitingsgrond zoals Rimmelink deze uitsluitingsgronden noemt. Het voordeel hiervan is dat overspanning van het strafrecht kan worden voorkomen. Kunstuitingen, die primair niet binnen de professie van de rechter liggen, kunnen zodoende buiten het (straf)recht worden gehouden. Een bijkomend voordeel is dat op deze manier de maatschappelijke context van het strafrecht in ogenschouw wordt genomen. Wanneer de maatschappelijk gedeelde opvatting is dat kunst niet in het strafrecht thuishoort, dan voelen mensen zich gehoord wanneer er geen zaken voor de rechter komen die betrekking hebben op kunst. Zaken die maatschappelijk gezien van waarde worden geacht, kunnen op die manier meer aandacht van de rechter krijgen. Zodoende kan een belangrijke wisselwerking tussen rechtspraak en maatschappij worden bewerkstelligd. Nadelen zijn er echter ook. Ook in het geval kunstuitingen een rol spelen, kan er sprake zijn van ernstige strafbare feiten, zoals kinderporno en bedreiging. Wanneer kunst buiten het strafrecht wordt gehouden om overspanning te voorkomen, kunnen ernstige strafbare feiten onder de radar blijven. Dit kan als ongewenst neveneffect worden beschouwd. Dan is er nog een laatste mogelijkheid om de kunstexceptie onder te brengen. Bogert heeft een aantal gevallen geformuleerd waarbij uitsluitingen zijn toegestaan. Eén van die gevallen is de zogenaamde toepassingsvariant, waarbij wel sprake is van het voldoen aan een gedraging, maar toepassing van het strafrecht vervolgens achterwege blijft. Op die manier kan de rechter inspelen op veranderde gedachten ten aanzien van de strafwaardigheid van een bepaald delict. In het geval van kinderporno zou dit niet snel opgaan, maar in het geval van belediging is deze opvatting een stuk acceptabeler. Kortom, er zijn mogelijkheden om de kunstexceptie onder te brengen bij diverse varianten van uitsluitingen. Dit neemt echter niet weg dat dit nu niet het geval is en de rechter de kunstexceptie als zodanig niet aanvaardt. Dit brengt mij tegelijkertijd bij de conclusie over de rest van mijn scriptie, namelijk de beoordeling van de rechter in Nederland (en later ook Duitsland) en in hoeverre daar opvattingen van het EHRM in te herkennen zijn.

In Nederland wordt in alle zaken verwezen naar de rechtspraak op het gebied van artikel 10 EVRM. Er wordt vooral gewezen op het feit dat uitlatingen mogen choqueren en verstoren en dat kunstuitingen principieel thuishoren in een democratische samenleving. Tevens wordt gewezen op het feit dat door de context waarin de kunstuiting is gedaan de strafbaarheid kan komen te vervallen. In meerdere Nederlandse zaken wordt waarde gehecht aan de context en de ernst van de belediging en hierin is duidelijk de invloed van het EHRM te herkennen. Toch kan er ook nog een andere opvallende conclusie worden getrokken. Waar het EHRM in sommige gevallen veel specifiek is en meer handvatten biedt aan de lidstaten, zoals het onderscheid tussen feiten- en waardeoordelen en de stijl van uiten, maakt de Nederlandse rechter geen gebruik van deze handvatten. De Nederlandse rechter maakt echter ook geen gebruik van de geboden *margin of appreciation*. De Nederlandse rechter pakt dus én de handvatten niet aan én neemt niet de ruimte die geboden wordt door Straatsburg. Mijns inziens is dit opvallend. Dit kan betekenen dat de Nederlandse rechter niet goed weet wat het met de kunstexceptie aan moet. Dit blijkt ook uit het feit dat de kunstexceptie nergens expliciet erkend wordt en de rechter bovendien niet ingaat op het kunstverweer wanneer dat wel wordt voorgedragen. De Nederlandse rechter beslecht die zaken door zich te verschuilen achter het beoordelingskader met betrekking tot belediging waardoor een kunstspectifieke beoordeling kan worden voorkomen. Een andere verklaring is dat de Nederlandse rechter het niet zijn taak vindt om kunst te duiden. Wat de precieze reden is, blijft echter gissen aangezien in de rechtspraak geen enkele maal aan dit punt wordt gerefereerd. De enige meer kunstspectifieke benadering was terug te vinden in de zaak ‘Danslessen’ waarin de rechter inging op de vraag of de beledigingen konden worden toegerekend aan de schrijver of slechts aan het romanpersonage. De rechter benadrukt hier ook dat gekeken moet worden in hoeverre de gebeurtenissen zijn losgemaakt van de werkelijkheid. De rechter duidt hier niet zozeer wat kunst is, maar geeft meer specifieke handvatten ten aanzien van de toerekenbaarheid en dus de reikwijdte van de kunstexceptie. Mijns inziens moet de kunstexceptie vooral als een beroep op grondrechten worden beschouwd en niet als een beroep op een strafrechtelijke exceptie. Dit blijkt onder meer uit het feit dat kunst slechts een factor is in de beoordeling en niet leidt tot het dictum ontslag van alle rechtsvervolging of vrijspraak. Wanneer kunst als een strafrechtelijke exceptie opgevat moet worden, zouden dergelijke dicta echter wel voor de hand liggen. Kortom, de Nederlandse rechter is niet uitgesproken ten aanzien van de kunstexceptie. Er wordt in zeer basale mate aansluiting gezocht bij het EHRM, maar de invloed is inhoudelijk vrij gering. Ook de eigen visie van de Nederlandse rechter over de relatie tussen kunst en belediging is gering. De Nederlandse rechter lijkt kunst vooral uit de weg te gaan en lijkt in plaats daarvan vooral te oordelen op basis van belediging. Ik durf op grond van het voorgaande te stellen dat de kunstexceptie vrijwel geen waarde heeft als zodanig, maar slechts een beoordelingsfactor is.

In Duitsland is men veel standvastiger en zijn meer handvatten in de rechtspraak te vinden op het gebied van kunst. Ten eerste heeft de Duitse rechter een drietal kunstbegrippen gedefinieerd. Ten tweede hanteert de Duitse rechter in de meeste zaken een kunstspectifieke beoordeling en worden inhoudelijke richtlijnen geformuleerd ter beoordeling van de kunstexceptie. Dit kan worden verklaard vanuit het feit dat kunst in de grondwet verankerd is.

Om de rechten uit de grondwet te kunnen benutten is van belang dat effectief bescherming wordt geboden aan die grondrechten. Om die reden kan de rechter niet slechts volstaan met een basale beoordeling, want dat zou het grondrecht betekenisloos maken.

In Europa wordt kunst vooral gezien als een bijdrage aan uitwisseling van ideeën. In Duitsland vooral als uitdrukking van de persoonlijkheid. In het eerste geval is kunst een onderdeel van de vrijheid van meningsuiting en in het tweede geval is kunst een zelfstandig grondrecht. In het Duitse recht hoeft kunst pas te wijken wanneer het persoonlijkheidsrecht wordt aangetast en zelfs dan vindt nog een belangenafweging plaats. Een andere verklaring kan gezocht worden in de vraag die in de inleiding al werd gesteld, namelijk in hoeverre geschiedenis een rol speelt in de beoordeling van de kunstexceptie. In de Duitse rechtspraak wordt meermalen gewezen op het naziverleden. Om die reden moet zeer terughoudend worden omgegaan met het ingrijpen in kunst, ook al worden daardoor strafbare feiten gepleegd. Pas wanneer het persoonlijkheidsrecht ernstig in het geding komt, kan het zijn dat kunst moet wijken. Mede doordat er geen beperkingsclausule is ten aanzien van de kunstexceptie is de bescherming zeer vergaand. Strafrecht zet kunst niet opzij.

De invloed van het EHRM in Duitsland is waarneembaar, maar niet zo prominent als in Nederland. In Duitsland wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie uit Straatsburg, maar kan de eigen visie van de rechter ook prevaleren. Dit volgt uit het Duitse systeem van doorwerking. Opvallend is dat er een dialoog is tussen het EHRM en het *Bundesverfassungsgericht* en zij door deze dialoog de grondrechtenbescherming steeds meer verfijnen. Ondanks dat in de Duitse rechtspraak dus invloed van het EHRM waarneembaar is, heeft de Duitse rechter ook een sterke eigen visie op kunst. Dit blijkt onder andere uit de gedetailleerde motiveringen in de jurisprudentie en de veelheid aan inhoudelijke criteria die geformuleerd worden.

Met deze scriptie is getracht inzichtelijk te maken welke positie de kunstexceptie inneemt in Nederland. Door middel van rechtsvergelijking met Duitsland is gezocht naar verklaringen waarom de Nederlandse rechter op een bepaalde manier oordeelt ten aanzien van de kunstexceptie. Het verschil in benadering kan verklaard worden vanuit een aantal aspecten. Ten eerste is kunst in Duitsland een zelfstandig recht en geen onderdeel van de vrijheid van meningsuiting. De rechter moet niet alleen actieve bescherming bieden ten aanzien van grondrechten, maar moet ook garanderen dat kunst zich voldoende onderscheidt van de vrijheid van meningsuiting. In Nederland is een dergelijke aanpak niet nodig. Ten tweede speelt het naziverleden een erg grote rol en daarom wordt zeer terughoudend omgegaan met het beperken van kunst. De bijdrage van deze scriptie is dus in ieder geval gelegen in het inzichtelijk maken van de beweegredenen van de rechter om op een bepaalde wijze te oordelen. Ten tweede is de bijdrage gelegen in het beschrijven van de stand van zaken met betrekking tot de kunstexceptie. De derde bijdrage heeft betrekking op de positie van de kunstexceptie in het beslismodel. De conclusie is dat de kunstexceptie niet eenvoudig in te passen is in artikel 350 Sv en ook dit schept duidelijkheid.

Aanbevelingen

Deze scriptie zal aan bijdrage inboeten wanneer geen concrete aanbevelingen worden gedaan. Om die reden volgen enkele aanbevelingen die vooral voor de rechter bestemd zijn.

In Duitsland vindt een actieve dialoog plaats met het EHRM. In Nederland is deze dialoog afwezig. Aanbevelenswaardig is daarom dat de hoogste nationale rechter inzet op deze dialoog, aangezien het EHRM openstaat voor input. In Duitsland wordt om deze reden altijd expliciet ingegaan op EHRM-vraagstukken en wordt een uitgebreide motivering gegeven. Deze uitspraken worden vervolgens vertaald in een taal van het hof. Als de Nederlandse rechter expliciet(er) zal ingaan op EHRM-vraagstukken en bovendien meer lef toont in het uitgebreid motiveren in gevallen waar kunst en belediging een rol spelen, dan kan een belangrijke bijdrage worden geleverd aan de rechtsontwikkeling. Noodzakelijk is daarbij wel dat Nederlandse rechters (meer) getraind moeten worden in het lezen van Straatsburgse jurisprudentie om zo exact de waarde van een bepaalde uitspraak te kunnen interpreteren. In Nederland is, zoals in deze scriptie is aangetoond, nog veel te winnen. Verwijzingen naar rechtspraak van het EHRM zijn vaak vrij impliciet en basaal en bovendien blijft een uitgebreide motivering achterwege. Daardoor kan het twijfelachtig overkomen of bewust geen aansluiting is gezocht bij EHRM-rechtspraak of dat een uitspraak meer het gevolg is van een foutieve lezing van EHRM-rechtspraak. Kortom, de Nederlandse rechter moet actiever inzetten op de dialoog met Straatsburg, moet de uitspraken in een taal van het hof vertalen en moet meer lef tonen bij het toepassen van het EVRM.

Een andere aanbeveling is dat de rechterlijke macht beleidskaders moet krijgen met betrekking tot uitzonderlijke/buitenwettelijke excepties, waaronder de kunstexceptie. Wellicht kan de rechterlijke macht meer toenadering zoeken en werken met pilots waarbij burgers een casus krijgen voorgelegd waarbij buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden een rol spelen. Burgerparticipatie kan een groter draagvlak voor de rechtspraak creëren en geeft de rechter bovendien de mogelijkheid om op maatschappelijke visies te anticiperen.

In dezen kan ook een taak weggelegd zijn voor het OM. Door in richtlijnen vast te leggen hoe met de kunstexceptie en andere buitenwettelijke excepties moet worden omgegaan, kan eventueel al vroeg in het proces worden geseponeerd of juist worden doorgegaan met de procedure. Aan de andere kant moet het belang van de kunstexceptie niet worden overschat. In nationale rechtspraak wordt zelden een beroep gedaan op deze exceptie.

Een laatste aanbeveling is dat de rechter een keuze moet maken of de kunstexceptie meer een strafrechtelijk verweer is of meer een grondrechtenverweer. Daarbij zijn mijns inziens een aantal inhoudelijke factoren het belangrijkste: de intentie van de kunstenaar, de vraag of er een publiek persoon bij betrokken is, het bereik van de uiting en de bijdrage aan het maatschappelijk debat.

Kortom, in Nederland heeft de kunstexceptie een geringe betekenis zeker wanneer dit vergeleken wordt met Duitsland. Invloed van het EHRM in Nederland is dubbelzinnig. Er wordt vaak verwezen naar Europese rechtspraak, maar tegelijkertijd worden weinig handvatten aangepakt en wordt weinig met de geboden *margin of appreciation* gedaan. Duitsland daarentegen maakt veel meer gebruik van die geboden ruimte door Straatsburg en levert zodoende een belangrijke bijdrage aan de nationale en Europese rechtspraak op het gebied van kunst en belediging.

Literatuurlijst

Rechtswetenschappelijke literatuur

- J.M. van Bemmelen, *Strafvordering. Leerboek van het Nederlandse strafprocesrecht*, zesde herziene druk, Den Haag: Martinus Nijhoff 1957.
- P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulditsluiting (proefschrift)*, Deventer: Kluwer 2005.
- M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Van probleem naar oplossing en weer terug,' *DD* 2015/8.
- H. de Doelder, *De strafuitsluitingsgronden anders opgeschreven*, in M.M. Dolman e.a. Geleerde lessen (Stolwijk-bundel), Nijmegen: Wolf legal publishers 2007.
- M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- Ch.J. Enschedé, *Beginnselen van strafrecht*, bewerkt door A. Heijder en C.F. Rüter, Deventer: Kluwer 1981.
- J.H. Gerards en J.W.A. Fleuren, 'Implementatie van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM in nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek,' WODC 2013.
- D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, bewerkt door J. Rummelink, twaalfde druk, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 1991.
- J. de Hullu, 'Strafrecht en Literatuur,' *AA* 1984, p. 752-761.
- F. Janssens, 'Eén hand en één voet aan de exceptio artis; de kunstexceptie nader bekeken,' *Mediaforum*: 1995-02.
- G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit: een preadvies*, 's-Gravenhage: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1993.
- M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.
- A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014.

- C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, diss. RUL, Gouda: Quint 1995.
- D. Schaffmeister & A. Heijder, *Concretisering van wederrechtelijkheid in het strafrecht*, in liber amicorum Melai, Gouda: Quint 1983.
- Th.W. van Veen, 'Facet-wederrechtelijkheid,' *NJB* 1972.
- J. Velaers, *De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan*, in F. Swennen, *Kunst en recht*, Antwerpen: Intersentia 2007.

Jurisprudentie

- EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71 (Klass tegen Duitsland).
- EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (Sunday Times tegen het Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (Dudgeon tegen het Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (Lingens tegen Oostenrijk).
- EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84 (Müller tegen Zwitserland).
- EHRM 2 september 1991, nr. 17634/91 (S. and G. tegen het Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (Otto Preminger Institut tegen Oostenrijk).
- EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (Jersild tegen Denemarken).
- EHRM 25 november 1996, nr. 17419/90 (Wingrove tegen het Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 20 mei 1999, nr. 25390/94 (Rekvenyi tegen Hongarije).
- EHRM 8 juli 1999, nr. 23168/94 (Karataş tegen Turkije).
- EHRM 24 juni 2003, nr. 85831/01 (Garaudi tegen Frankrijk).
- EHRM 17 december 2004, nr. 33348/96 (Cumpana en Mazare tegen Roemenië).
- EHRM 29 maart 2005, nr. 40287/98 (Alinak tegen Turkije).
- EHRM 17 oktober 2006, nr. 71678/01 (Gurgenidze tegen Georgië).
- EHRM 25 januari 2007, nr. 68354/01 (Vereinigung Bildender Künstler tegen Oostenrijk).
- EHRM 22 februari 2007, nr. 5266/03 (Nikowitz & Verlagsgruppe News tegen Oostenrijk).
- EHRM 3 mei 2007, nr. 58756/00 (Kar tegen Turkije).
- EHRM 22 oktober 2007, nrs. 21279/02 en 36448/02 (Lindon Otchakovsky-Laurens tegen Frankrijk).
- EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06 (Khurshid Mustafa & Tarzihachi tegen Zweden).
- EHRM 15 januari 2009, nr. 20985/05 (Orban e.a. tegen Frankrijk).
- EHRM 25 januari 2011, nr. 56975/09 (Donaldson tegen het Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 12 september 2011, nrs. 28955/06, 28957/06, 28959/06 en 28964/06 (Palomo Sánchez e.a. tegen Spanje).
- EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08 (Von Hannover tegen Duitsland).
- EHRM 14 maart 2013, nrs. 26265/05 en 26377/06 (Kasymakhunov en Saybatalov tegen Rusland).
- EHRM 14 maart 2013, nr. 26118/10 (Eon tegen Frankrijk).
- EHRM 21 oktober 2014, nr. 9540/07 (Murat Vural tegen Turkije).
- EHRM 24 mei 2015, nr. 8165/03 (Tig tegen Turkije).
- EHRM 3 november 2015, nr. 4184/15 (Otegi Mondragon tegen Spanje).

- BVerfG 24-2-1971, E 30, 173.
- BVerfG 23-3-1971, E 30, 336.
- BVerfG 19-3-1984, 2 BvR 1/84.
- BVerfG 17-7-1984, 1 BvR 816/82.
- BVerfG 15-1-1985, E 7, 198.
- BVerfG 7-3-1990, E 81, 278.
- BVerfG 26-6-1990, E 82, 272.
- BVerfG 27-11-1990, AfP 1991, 379.
- BVerfG 5-3-1992, AfP 1992, 132.
- BVerfG 3-11-2000, 1 BvR 581/00.
- BVerfG 13-6-2007, 1 BvR 1783/05.
- BVerfG 12-12-2007, 1 BvR 350/02 en 1 BvR 402/02
- BVerfG 9-7-2008, 1 BvR 519/08.
- BVerfG 24-4-2012 e(24 L 113.12).
- BVerfG 15-9-2015 – VI ZR 175/14.
- LG Bochum 25-8-1988, 6 Qs 174/88.
- OVG Rheinland-Pfalz 2-12-1996, 11 A 11503/96.
- HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.
- HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.
- HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, 918.
- HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180.
- HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 117 (APV Tilburg).
- HR 27 februari 1951, *NJ* 1951, 472.
- HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389 (Nuth).
- HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378.
- HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270.
- HR 2 april 1968, *NJ* 1968, 373.
- HR 2 februari 1971, *NJ* 1971, 385.
- HR 4 januari 1972, *NJ* 1972, 121.
- HR 11 mei 1976, *NJ* 1976, 538.
- HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 (Rasti Rostelli).
- HR 21 maart 2000, *NJ* 2000, 482.
- HR 9 januari 2001, *AB* 2001, 303.
- HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261.
- HR 27 maart 2012, *NJ* 2012, 220.
- Rb. Amsterdam 26 februari 1997, 13-094004-97 (Dollarteken op schilderij).
- ECLI:NL:HR:2001:ZD2776
- ECLI:NL:HR:2012:BV1031
- ECLI:NL:HR:2012:BW9189
- ECLI:NL:HR:2014:3583
- ECLI:NL:HR:2016:510
- ECLI:NL:GHARL:2014:10316
- ECLI:NL:RBAMS:2011:BP1587
- ECLI:NL:RBAMS:2012:BV1327
- ECLI:NL:RBZWB:2015:7768
- BRvC 24 juni 1946, *NJ* 1947, 149.
- ABRvS 17 mei 1983, *AB* 1983/514.

Internetbronnen

- <https://charliehebdo.fr/proces/>
- <http://4nieuws.nl/binnenland/415155/houten-penis-in-tuin-beledigend-voor-agent.html>
- <http://politiek.tpo.nl/2014/03/18/geert-wilders-doet-aangifte-tegen-rapper-hozny/>
- <http://www.vangoghmuseum.nl/nl/zien-en-doen/tentoonstellingen/lichte-zeden>
- <http://www.dw.com/de/gericht-verbietet-papst-satire/a-16089335>

Overig

- Tekst & commentaar EVRM (materiële bepalingen), Den Haag: Sdu uitgevers 2013.
- T.J. Noyon & G.E. Langemeijer, Het wetboek van strafrecht, bewerkt door J. Remmelink, Arnhem 1982