

Hoge Raad, 9 oktober 2001, Danslessen**PUBLICATIE****Vrijheid van artistieke expressie**

- Vooropgesteld moet worden dat de vrijheid van artistieke expressie een wezenlijk kenmerk van een democratische samenleving is.

Die vrijheid is begrepen in het in art. 10, eerste lid, EVRM gearandeerde recht op "freedom of expression" en wordt wat betreft de onderhavige kunstuiting tevens bestreken door art. 7, eerste lid, Grondwet. Onbeperkt is dat recht niet. Ingevolge art. 10, tweede lid, EVRM kan de uitoefening van dat recht met het oog op de aldaar genoemde belangen bij wet worden beperkt. Art. 7, eerste lid, Grondwet houdt in dat niemand voorafgaand verlof nodig heeft om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

In deze zaak gaat het om de begrenzing van dat recht door de hiervoor onder 5.2 bedoelde en ter bescherming van derden gegeven wettelijke verboden. De vraag hoever die begrenzing strekt en wanneer bij een kunstuiting sprake is van overschrijding van de rechte geldende grens van het recht van vrijheid van artistieke expressie, valt in haar algemeenheid niet te beantwoorden, maar zal in concreto door de rechter in het licht van de in het geding zijnde belangen moeten worden beslist na weging en waardering van de omstandigheden van het geval.

Die afweging dient te geschieden tegen de achtergrond van het bijzondere belang dat met de vrijheid van artistieke expressie is gemoeid en met inachtneming van de aard en de kenmerken van de in het geding zijnde kunstuiting.

- Van overschrijding van de grens van het recht van vrijheid van artistieke expressie is in ieder geval sprake wanneer de kunstenaar die vrijheid kennelijk misbruikt om beledigingen te uiten.

Belediging: beoordeling in context

- Het gaat hier om een door de steller van de tenlastelegging beledigend geachte passage in een roman. In een zodanig geval heeft allereerst te gelden dat voor de beoordeling van de vraag of die passage beledigend is in de zin van art. 137c of van de art. 266 en 267 Sr, die passage niet op zichzelf gelezen moet worden, doch in samenhang met de overige inhoud van de roman. Daarbij dient met name te worden gelet op de aard en de strekking van de ro-

man en de plaats die de desbetreffende passage daarin inneemt.

- Ook andere omstandigheden kunnen in dit verband van belang zijn zoals de rol van de (roman)figuur aan wie de passage in de mond wordt gelegd en de wijze waarop deze figuur wordt beschreven.

- Voorts komt betekenis toe aan de omstandigheid of en in hoeverre het geschrevene door de verbeeldingskracht van de auteur is losgemaakt van historische gebeurtenissen.

Een en ander kan dus meebrengen dat aan een bepaalde passage, ook al zou zij op zichzelf beschouwd beledigend zijn in de zin van genoemde wetsbepalingen, op grond van de aard en strekking van de roman en de verdere in aanmerking te nemen omstandigheden, niettemin het beledigend karakter moet worden ontzegd.

Vindplaatsen: LJN: [ZD2776](#)

Hoge Raad, 9 oktober 2001

(J.G. Bleichrodt F.H. Koster, G.J.M. Corstens, A.M.M. Orie en A.M.J. van Buchem-Spapens)

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 4 januari 2000, nummer 23/001655-99, in de strafzaak tegen:

[verdachte], geboren te [woonplaats] op [geboortedatum] 1961, wonende te [woonplaats] (Rusland).

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep - met vernietiging van een bij verstek gewezen vonnis van de Politierechter in de Arrondissementsrechtbank te Haarlem van 18 maart 1999 - de verdachte vrijgesproken van het hem bij inleidende dagvaarding tenlastegelegde.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de Advocaat-Generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Namens de verdachte hebben mr. D.R. Doorenbos en mr. H.F. Doeleman, advocaten te Amsterdam, het cassatieberoep tegengesproken.

De Advocaat-Generaal Machielse heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad de bestreden uitspraak zal vernietigen en de zaak zal verwijzen naar een aangrenzend Hof opdat de zaak op het bestaande beroep wordt berecht en afgedaan.

3. Tenlastelegging en motivering van de bestreden uitspraak

3.1.1. Bij inleidende dagvaarding is aan de verdachte primair tenlastegelegd dat:

"hij op of omstreeks 16 april 1998, althans in de periode van 16 april 1998 tot en met 29 april 1998 te Zandvoort en/of te Amsterdam en/of elders in Nederland, zich in het openbaar, bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, te weten Joden, wegens hun ras, hebbende hij, verdachte, daar toen opzettelijk gesteld en opgenomen in het boek met de titel

"Danslessen" - welk boek op 16 april 1998 door uitgeverij "De Arbeiderspers", gevestigd in Amsterdam, is uitgegeven - voor joden wegens hun ras beledigende passages, te weten: "Met een blinkende ambtsketen op zijn borst kwam de gnoomachtige gestalte van burgemeester [naam] parmantig over een inderhaast uitgerolde rode loper op het ijs stappen" (blz. 92);

en/of "burgers, geliefde plaatsgenoten...", dreunde even later de stem van de burgemeester uit de luidsprekers naar beneden als ware het de stem van God zelve. "Staat u mij toe... Nee, vergeeft u mij dat ik uw ijspret voor een wijle kom onderbreken... Maar het dorpsbelang, alsmede het belang van onze democratie vergen het nu eenmaal" (blz. 92);

en/of "Maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd. Kijk, het spul gaat beginnen..." (blz. 94).

3.1.2. Subsidiar houdt de tenlastelegging - kort gezegd - in dat de verdachte door de hiervoor onder 3.1.1 geciteerde uitlatingen opzettelijk de burgemeester van Zandvoort als ambtenaar ter zake van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening in het openbaar bij geschrift heeft beledigd en meer subsidiar dat hij aldus opzettelijk een persoon, genaamd [naam], in het openbaar bij geschrift heeft beledigd.

3.2. Het Hof heeft de verdachte van het primair, subsidiar en meer subsidiar tenlastegelegde vrijgesproken en daartoe het volgende overwogen:

"Vast staat dat verdachte de in de telastelegging vermelde passages heeft geschreven en heeft opgenomen in zijn in 1998 bij de Arbeiderspers verschenen roman "Danslessen". (...)

Het primair telastegelegde

Het hof stelt voorop dat naar zijn oordeel de uitlating "maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd" als beledigend jegens een groep mensen, te weten joden, wegens hun ras c.q. godsdienst moet worden aangemerkt, nu het - gezien de context - de kennelijke strekking van die uitlating is dat met de kwalificatie "joodje" een afdoende verklaring is gegeven voor - in de ogen van de spreker - bestaande bestuurlijke misstanden.

In het boek wordt de belediging echter - voor een ieder duidelijk kenbaar - geuit door de met "de uitgedoofde pijp" aangeduide figuur, zodat zij niet kan worden aangemerkt als een belediging geuit door verdachte zelf. De enkele omstandigheid dat voormelde figuur en hetgeen deze zegt ontsproten zijn aan de fantasie van verdachte, brengt niet mee dat de uitlating van "de gedoofde pijp" als uitlating van de verdachte moet of mag worden beschouwd: de gesproken woorden en de spreker mogen niet worden losgekoppeld. Verdachte moet derhalve worden vrijgesproken van het primair telastegelegde.

Dit zou anders zijn, indien de uitlating van "de gedoofde pijp" in de gegeven omstandigheden als eigen uitlating zou moeten worden toegerekend aan verdachte en/of degene tot wie de uitlating zich richt dit redelijkerwijs aldus zou mogen opvatten. Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen, indien verdachte de figuur van "de gedoofde pijp" slechts heeft gebruikt om zijn eigen opvattingen te ventileren, indien de passage niet

in het boek of de context past, of indien de passage een zo grote nadruk krijgt dat deze een eigen leven gaat leiden. Deze noch andere omstandigheden die tot een ander oordeel kunnen leiden doen zich hier echter voor. Het subsidiar en meer subsidiar telastegelegde

Zou iemand aan de burgemeester van Zandvoort ter verklaring van aan hem verweten bestuurlijk falen hebben toegevoegd: "maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd", dan zou dat belediging opleveren van [naam], mogelijk zelfs van deze als burgemeester gedurende of terzake van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening. Dit volgt uit het voorgaande. Daaruit volgt echter tevens dat het gaat om een - ook voor die burgemeester kenbaar - van "de gedoofde pijp" afkomstige uitlating, zodat deze - bijzondere zich hier niet voordoende omstandigheden daargelaten - niet als belediging van verdachte aan de burgemeester kan worden aangemerkt.

De overige telastegelegde uitlatingen doen vermoeden dat de schrijver een kritisch oordeel heeft over het bestuur en over de vroegere en/of de huidige burgemeester van de gemeente Zandvoort. Zij zijn ongetwijfeld niet vleidend bedoeld voor die burgemeester. Zij kunnen - de context en de overige inhoud van het boek mede in aanmerking genomen - echter redelijkerwijs niet als beledigend in de zin van artikel 266 Sr worden aangemerkt.

Derhalve dient verdachte ook van het subsidiar en meer subsidiar telastegelegde te worden vrijgesproken".

4. De omvang van het cassatieberoep

Wat betreft de eerste twee passages die in de primaire, subsidiar en meer subsidiar tenlastelegging zijn opgenomen, heeft het Hof geoordeeld dat deze niet als beledigend kunnen worden aangemerkt. Dat oordeel wordt in de middelen niet bestreden, zodat moet worden aangenomen dat het beroep zich daartegen niet richt. Voor het vervolg is dus enkel van belang de passage: "Maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd".

5. Voorafgaande beschouwing

5.1. In de onderhavige zaak gaat het om een verdachte die onder het pseudoniem "Pieter Waterdrinker" de auteur is van de roman "Danslessen".

5.2. Aan de verdachte is, kort gezegd en voorzover hier van belang, tenlastegelegd dat hij door de in de roman voorkomende uitlating "Maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd." in het openbaar bij geschrift heeft beledigd:

- primair een groep mensen, te weten joden, wegens hun ras (art. 137c Sr);

- subsidiar de burgemeester van Zandvoort als ambtenaar gedurende of ter zake van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening (art. 267 Sr), en

- meer subsidiar een persoon genaamd [naam] (art. 266 Sr).

5.3. Vooropgesteld moet worden dat de vrijheid van artistieke expressie een wezenlijk kenmerk van een democratische samenleving is. Die vrijheid is begrepen in het in art. 10, eerste lid, EVRM gegarandeerde recht op "freedom of expression" en wordt wat betreft de

onderhavige kunstuiting tevens bestreken door art. 7, eerste lid, Grondwet. Onbepaald is dat recht niet. Ingevolge art. 10, tweede lid, EVRM kan de uitoefening van dat recht met het oog op de aldaar genoemde belangen bij wet worden beperkt. Art. 7, eerste lid, Grondwet houdt in dat niemand voorafgaand verloop nodig heeft om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

In deze zaak gaat het om de begrenzing van dat recht door de hiervoor onder 5.2 bedoelde en ter bescherming van derden gegeven wettelijke verboden. De vraag hoever die begrenzing strekt en wanneer bij een kunstuiting sprake is van overschrijding van de rechtens geldende grens van het recht van vrijheid van artistieke expressie, valt in haar algemeenheid niet te beantwoorden, maar zal in concreto door de rechter in het licht van de in het geding zijnde belangen moeten worden beslist na weging en waardering van de omstandigheden van het geval.

Die afweging dient te geschieden tegen de achtergrond van het bijzondere belang dat met de vrijheid van artistieke expressie is gemoeid en met inachtneming van de aard en de kenmerken van de in het geding zijnde kunstuiting.

Van overschrijding van de grens van het recht van vrijheid van artistieke expressie is in ieder geval sprake wanneer de kunstenaar die vrijheid kennelijk misbruikt om beledigingen te uiten.

5.4.1. Het gaat hier om een door de steller van de tenlastelegging beledigend geachte passage in een roman. In een zodanig geval heeft allereerst te gelden dat voor de beoordeling van de vraag of die passage beledigend is in de zin van art. 137c of van de art. 266 en 267 Sr, die passage niet op zichzelf gelezen moet worden, doch in samenhang met de overige inhoud van de roman. Daarbij dient met name te worden gelet op de aard en de strekking van de roman en de plaats die de desbetreffende passage daarin inneemt. Ook andere omstandigheden kunnen in dit verband van belang zijn zoals de rol van de (roman)figuur aan wie de passage in de mond wordt gelegd en de wijze waarop deze figuur wordt beschreven. Voorts komt betekenis toe aan de omstandigheid of en in hoeverre het geschrevene door de verbeeldingskracht van de auteur is losgemaakt van historische gebeurtenissen. Een en ander kan dus meebrengen dat aan een bepaalde passage, ook al zou zij op zichzelf beschouwd beledigend zijn in de zin van genoemde wetsbepalingen, op grond van de aard en strekking van de roman en de verdere in aanmerking te nemen omstandigheden, niettemin het beledigend karakter moet worden ontzegd.

5.4.2. Het enkele feit dat bepaalde uitlatingen in een roman zijn gedaan door een door de verdachte, als auteur, gecreëerde romanfiguur behoeft niet in de weg te staan aan het oordeel dat het de verdachte is die zich beledigend heeft uitgelaten in de zin van art. 137c Sr, dan wel de belediging heeft aangedaan in de zin van de art. 266 en 267 Sr.

5.4.3. Wat de in de art. 266 en 267 Sr voorziene delicten betreft zal de rechter bij de beantwoording van de

vraag of een in een roman voorkomende passage betrekking heeft op een bepaalde bestaande persoon of functionaris, moeten onderzoeken of en in hoeverre hetgeen in de roman is beschreven, op dit punt kennelijk zodanige verbanden met de werkelijkheid heeft dat het niet anders kan dan dat die persoon of functionaris is bedoeld.

Dat brengt dus mee dat bij de beantwoording van de vraag of een zodanige persoon of functionaris is beledigd, niet beslissend is of deze zich in de desbetreffende passage meent te herkennen, maar of, objectief gezien, buiten redelijke twijfel staat dat die passage het oog heeft op die persoon of functionaris.

6. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep

6.1. Nu het beroep is gericht tegen een vrijspraak moet de Hoge Raad, gezien het eerste lid van art. 430 Sv, allereerst beoordelen of de Advocaat-Generaal bij het Hof in dat beroep kan worden ontvangen. Daartoe dient te worden onderzocht of de ter zake van het primair, subsidiair en meer subsidiair tenlastegelegde gegeven vrijspraak een andere is dan die bedoeld in deze wetsbepaling. Dit brengt mee dat de vraag moet worden beantwoord of het Hof, door te overwegen en te beslissen zoals hiervoor onder 3.2 is weergegeven, de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten en van iets anders heeft vrijgesproken dan primair, subsidiair en meer subsidiair was tenlastegelegd. Daarvan is sprake indien 's Hof's overwegingen blijken geven van een verkeerde rechtsopvatting omtrent de in de tenlastelegging voorkomende begrippen "zich beledigend uitlaten" en "beledigen", welke begrippen in de tenlastelegging klaarblijkelijk zijn gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in art. 137c Sr, onderscheidenlijk de art. 266 en 267 Sr.

6.2. Het Hof heeft de vrijspraken doen steunen op de grond dat de uitlating in de roman wordt gedaan door "de uitgedoofde pijp" en dat daarom die uitlating - bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel - niet kan worden aangemerkt als een belediging geuit door de verdachte zelf; immers, aldus nog steeds het Hof, de gesproken woorden en de spreker mogen niet worden losgekoppeld. Dat oordeel geeft, zoals volgt uit hetgeen hiervoor onder 5.4.2 is vooropgesteld, blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het in het primair tenlastegelegde gebezigde, aan art. 137c Sr ontleende begrip "zich beledigend uitlaten" en omtrent het in het subsidiair en meer subsidiair tenlastegelegde gebezigde begrip "beledigen". Aldus heeft het Hof van iets anders vrijgesproken dan is tenlastegelegd en daarmee de grondslag van de tenlastelegging verlaten.

Dit brengt mee dat de Advocaat-Generaal bij het Hof kan worden ontvangen in het cassatieberoep.

7. Beoordeling van de middelen

7.1. Uit hetgeen hiervoor onder 6 is overwogen volgt dat de middelen voorzover daarin wordt geklaagd dat het Hof de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten, gegrond zijn. Dat behoeft op grond van het navolgende evenwel niet tot cassatie te leiden.

7.2.1. De roman waarop deze zaak betrekking heeft bevindt zich bij de stukken. Aard en strekking van de

roman kunnen als volgt worden samengevat. Het boek beschrijft het leven van een jongen in de puberteit. Het decor waarin het verhaal zich afspeelt is het Zandvoort van 1973. Eén van de thema's die in het boek aan de orde komen betreft de sloop van het oude en de bouw van het nieuwe postkantoor, over welk onderwerp in het boek een politieke strijd wordt gevoerd. De roman bevat op de pagina's 92 tot en met 95 een hilarische en onmiskenbaar niet aan de werkelijkheid ontleende scène waarin ter beslechting van die strijd een schaatswedstrijd tussen twee wethouders, genaamd Groen en Gladpootje, plaatsvindt die in die scène door de burgemeester wordt aangekondigd. De roman bevat op dit punt de volgende passage:

"Drie ronden", zei hij toen, "drie ronden schaatsen zullen vandaag beslissen over het lot van het oude postkantoor..."

De politieagent kwam met twee plastic stoeltjes aanlopen. De wethouders namen erop plaats en begonnen hun schaatsen aan te doen. "Die vent is helemaal krankjorum geworden", hoorde ik iemand tegen een man met een uitgedoofde pijp tussen zijn tanden zeggen. "Zeg Kees, jij hebt hbs gedaan, dat is toch tegen de wet? Het wordt hier steeds gekker... Je kunt toch niet over de sloop van een pand beslissen door middel van een wedstrijd schaatsen?"

"Ik weet het niet", mompelde de uitgedoofde pijp terug, "maar wat ik wel erg vind is dat Gladpootje zich daarvoor leent. Zo'n keurige katholiek, en dat op zondag! Maar ja. Wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd. Kijk, het spul gaat beginnen..."

7.2.2. De persoon aangeduid als "de man met de uitgedoofde pijp" die de - hier van belang zijnde - uitlating doet, wordt in de roman niet nader beschreven en komt in het boek verder niet voor. Uitlatingen van dezelfde aard of strekking komen evenmin in het boek voor.

7.3. Zoals hiervoor onder 5.4.1 is geoordeeld kunnen alle daar bedoelde in aanmerking te nemen omstandigheden meebrengen dat aan een op zichzelf beledigende uitlating in een roman niettemin het beledigend karakter moet worden ontzegd. De vraag of dat laatste hier het geval is kan bezwaarlijk anders dan bevestigend worden beantwoord. Bij dat oordeel neemt de Hoge Raad in aanmerking hetgeen hiervoor onder 7.2 omtrent in dit verband relevante omstandigheden is overwogen en voorts dat de roman overigens niets behelst dat zou kunnen leiden tot het oordeel dat de uitlating, in de context van de roman gezien, een beledigend karakter toekomt. Gelet daarop kan onbesproken blijven in hoeverre sprake zou kunnen zijn van identificatie van de in de roman beschreven burgemeester met de in de tenlastelegging bedoelde persoon.

7.4. Het voorgaande brengt mee dat de middelen niet tot cassatie kunnen leiden en dat de door het Hof gegeven vrijspraak in stand dient te blijven.

8. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Dit arrest is geweest door de vice-president C.J.G. Bleichrodt als voorzitter, en de raadsheren F.H. Koster, G.J.M. Corstens, A.M.M. Orië en A.M.J. van Buchem-

Spapens, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 9 oktober 2001.

Conclusie A-G Machielse

Conclusie inzake:

OM inz. [verzoeker=verdachte]

Edelhoogachtbaar College,

1. Bij arrest van 4 januari 2000 is verzoeker door het gerechtshof te Amsterdam vrijgesproken van het aan hem primair, subsidiair en meer subsidiair tenlastegelegde.

2. Het OM, dat tijdig beroep in cassatie heeft ingesteld, heeft twee middelen van cassatie ingediend.

3. De middelen van het OM zijn bij door mr. Doorenbos, mede namens mr. Doeleman, ingediende schriftuur bij "reactie" tegengesproken.

Op deze schriftuur kan evenwel geen acht worden geslagen. Deze is namelijk eerst ná de door de Hoge Raad bepaalde rechtsdag in cassatie op 27 februari 2001 ingekomen ter griffie, te weten op 5 maart 2001. De mededeling op het begeleidend schrijven bij deze schriftuur dat de rechtsdag in cassatie zou zijn "bepaald op 6 maart 2001", is onjuist. Ook blijkt de zich bij de stukken bevindende mededeling rechtsdag in cassatie heeft de Griffier van de Hoge Raad beide advocaten een andersluidende mededeling gedaan; één die overeenkomt met de eerstgenoemde rechtsdag in cassatie.

4.1. In de onderhavige publiciteitsgevoelige zaak heeft het hof zich gebogen over de vraag of verzoeker, auteur van de roman "Danslessen", met het oog op een aantal daarin voorkomende, hierna nog te noemen uitingen van de ook wel als "de gedoofde pijp" aangeduide romanfiguur Kees, zich schriftelijk en in het openbaar beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, te weten joden wegens hun ras. Voorts is het hof nagegaan of verzoeker zich daarmee - kort samengevat - beledigend heeft uitgelaten over [naam] - qualitate qua - in de zin van art. 267 Sr, dan wel over diegene - in persoon - zoals bedoeld in art. 266 Sr.

Daarmee speelt de zaak zich af in wat door De Hullu in zijn noot onder HR NJ 2001, 204 treffend "een juridisch mijnenveld" is genoemd. Het is een veld waarop explosieve ladingen verborgen liggen, mengsels van recht en literatuur die als zij een bepaalde massa overschrijden elkaars nabijheid niet verdragen.²

4.2. Namens verzoeker is blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in appel een "tour d'horizon" gemaakt door de roman. Ter verduidelijking van de achtergronden van deze zaak geef ik hier eerst een aantal van die passages weer:

De infrastructuur van deze roman, het decor waarin het verhaal zich afspeelt, is het Zandvoort van 1973. De schrijver komt zelf uit Zandvoort en beschrijft het dorp met precisie. Een aantal van de inwoners, je zou ze figuranten kunnen noemen, is ontleend aan de reële wereld van Zandvoort destijds.

Politieke thema's uit die tijd zoals de sloop en nieuwbouw, de macht van de projectontwikkelaar, zorgen

tezamen met een paar bizarre dorpelingen voor de inkleuring van het decor.

Een subthema wordt gevormd door de oorlog, door vragen van goed en kwaad en goed en fout. Dat heeft voor Zandvoort een bijzondere betekenis. Zandvoort kende na Winterswijk het (relatief) grootste aantal NSB-ers. (-) En voorts had Zandvoort voor de oorlog relatief veel joodse inwoners. In het Zandvoort van 1973 was het antisemitisme nog steeds hardnekkig. Dat gegeven heeft de schrijver verwerkt. (-)

(-)

Het antisemitisme, zij het in milde vorm (in vergelijking met Frans Kellendonk's *Mystiek Lichaam* gaat het hier om kinderspel), komt pregnant tot uitdrukking in de gewraakte uilating van de man met de uitgedoofde pijp op blz. 94. Die man met de uitgedoofde pijp heet Kees. Kees doet de uilating tegen de man die geen naam kreeg, een willekeurig iemand uit het publiek, die over de burgemeester³ zegt: "Die vent is helemaal krankjorum geworden". (-)

Op blz. 92 wordt de toespraak van de burgemeester aangekondigd (-). Deze tekst is niet ontleend aan de werkelijkheid. Het verhaal over de schaatswedstrijd tussen de twee wethouders ter beslechting van een politiek geschil is volkomen fictief. Maar de naam [naam], en daar gaat het hier natuurlijk om, is niet fictief. (-)

(-)

Wat wel juist is, is zijn (verzoekers; A.M.) opmerking dat de roman fictie is en dat "de fictie zenuwbanen heeft met de werkelijkheid." (-)

(-)

In de roman (-) neemt hij (verzoeker; A.M) juist stelling tegen antisemitisme. En de connectie met het heden, de zenuwbaan zoals [verdachte] dat zelf noemde, wordt bereikt door onder meer de burgemeester dezelfde naam te geven als de huidige burgemeester. (-)

(-)

4.3. Het hof is in deze, zoals onder 1. al is weergegeven, tot een integrale vrijspraak gekomen.

5. Art. 430 lid 1 Sv bepaalt dat tegen een vrijspraak geen cassatieberoep open staat. Op grond van vaste rechtspraak van uw Raad luidt deze regeling uitzondering, indien het een zogenoemde onzuivere vrijspraak betreft. Daarvan is onder meer sprake wanneer de verdachte van iets anders is vrijgesproken dan aan hem was tenlastegelegd.

6. Aan de verdachte is bij inleidende dagvaarding, mede gelet op de toegestane wijziging daarvan ter zitting in appel, achtereenvolgens tenlastegelegd dat:

primair

hij op of omstreeks 16 april 1998, althans in de periode van 16 april 1998 tot en met 29 april 1998 te Zandvoort en/of te Amsterdam en/of elders in Nederland, zich in het openbaar, bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, te weten Joden, wegens hun ras, hebbende hij, verdachte, daar toen opzettelijk gesteld en opgenomen in het boek met de titel "danslessen" - welk boek op 16 april 1998 door uitgeverij "de Arbeiderspers", gevestigd in Amsterdam, is uitgegeven - voor joden wegens hun ras beledigende passages, te weten;

"Met een blinkende ambtsketen op zijn borst kwam de gnoomachtige gestalte van burgemeester [naam] parmantig over een inderhaast uitgerolde rode loper op het ijs stappen" (blz. 92);

en/of "burgers, geliefde plaatsgenoten..." dreunde even later de stem van de burgemeester uit de luidsprekers naar beneden als ware het de stem van God zelve. "Staat u mij toe...Nee, vergeeft u mij dat ik uw ijspret voor een wijle kom onderbreken...Maar het dorpsbelang, alsmede het belang van onze democratie vergen het nu eenmaal (blz 92);

en/of "Maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd. Kijk, het spul gaat beginnen..." (blz. 94) subsidiair

hij op of omstreeks 16 april 1998, althans in de periode van 16 april 1998 tot en met 29 april 1998 te Zandvoort en/of te Amsterdam en/of elders in Nederland, opzettelijk de burgemeester van Zandvoort als ambtenaar ter zake van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening in het openbaar, bij geschrift of afbeelding heeft beledigd, hebbende hij, verdachte, toen daar beledigende passages gesteld en opgenomen in het boek met de titel "danslessen" - welk boek op 16 april 1998 door uitgeverij "de Arbeiderspers", gevestigd in Amsterdam, is uitgegeven, te weten;

"Met een blinkende ambtsketen op zijn borst kwam de gnoomachtige gestalte van burgemeester [naam] parmantig over een inderhaast uitgerolde rode loper op het ijs stappen" (blz. 92);

en/of "burgers, geliefde plaatsgenoten..." dreunde even later de stem van de burgemeester uit de luidsprekers naar beneden als ware het de stem van God zelve. "Staat u mij toe...Nee, vergeeft u mij dat ik uw ijspret voor een wijle kom onderbreken...Maar het dorpsbelang, alsmede het belang van onze democratie vergen het nu eenmaal (blz 92);

en/of "Maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd. Kijk, het spul gaat beginnen..." (blz. 94) meer subsidiair

hij in of omstreeks 16 april 1998, althans in de periode van 16 april 1998 tot en met 29 april 1998 te Zandvoort en/of te Amsterdam en/of elders in Nederland opzettelijk een persoon genaamd [naam], in het openbaar bij geschrift of afbeelding heeft beledigd, hebbende hij verdachte toen daar beledigende passages gesteld en opgenomen in het boek met de titel "danslessen" - welk boek op 16 april 1998 door uitgeverij "de Arbeiderspers", gevestigd in Amsterdam, is uitgegeven, te weten;

"Met een blinkende ambtsketen op zijn borst kwam de gnoomachtige gestalte van burgemeester [naam] parmantig over een inderhaast uitgerolde rode loper op het ijs stappen" (blz. 92);

en/of "burgers, geliefde plaatsgenoten..." dreunde even later de stem van de burgemeester uit de luidsprekers naar beneden als ware het de stem van God zelve. "Staat u mij toe...Nee, vergeeft u mij dat ik uw ijspret voor een wijle kom onderbreken...Maar het dorpsbelang, alsmede het belang van onze democratie vergen het nu eenmaal (blz 92);

en/of "Maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd. Kijk, het spul gaat beginnen..." (blz. 94)

7. Het hof heeft aan zijn gegeven vrijspraken de volgende nadere overwegingen gewijd:

Vast staat dat verdachte de in de telastelegging vermelde passages heeft geschreven en heeft opgenomen in zijn in 1998 bij de Arbeiderspers verschenen roman 'Danslessen'. Deze passages luiden als volgt.

1. 'Met een blinkende ambtsketen op zijn borst kwam de gnoomachtige gestalte van de burgemeester [naam] parmantig over een inderhaast uitgerolde rode loper op het ijs stappen.'

2. "'Burgers, geliefde plaatsgenoten...", dreunde even later de stem van de burgemeester uit de luidsprekers naar beneden, als ware het de stem van God zelve. "Staat u mij toe ... Nee, vergeeft u mij dat ik uw ijspret voor een wijle kom onderbreken ...Maar het dorpsbelang, alsmede het belang van onze democratie vergen het nu eenmaal"

3. "'Maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd. Kijk, het spul gaat beginnen...'"

Aan verdachte is telastegelegd -kort gezegd -dat hij aldus in het openbaar bij geschrift heeft beledigd primair een groep mensen, te weten joden, wegens hun ras,

subsidiair de burgemeester van Zandvoort als ambtenaar gedurende of terzake van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening,

meer subsidiair een persoon genaamd [naam].

Het primair telastegelegde

Het hof stelt voorop dat naar zijn oordeel de uitlating 'maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd' als beledigend jegens een groep mensen, te weten joden, wegens hun ras c.q. godsdienst moet worden aangemerkt, nu het -gezien de context -de kennelijke strekking van die uitlating is dat met de kwalificatie 'joodje' een afdoende verklaring is gegeven voor -in de ogen van de spreker -bestaande bestuurlijke misstanden.

In het boek wordt de belediging echter -voor een ieder duidelijk kenbaar -geuit door de met 'de uitgedoofde pijp' aangeduide figuur, zodat zij niet kan worden aangemerkt als een belediging geuit door verdachte zelf. De enkele omstandigheid dat voormelde figuur en hetgeen deze zegt ontsproten zijn aan de fantasie van verdachte, brengt niet mee dat de uitlating van 'de gedoofde pijp' als uitlating van de verdachte moet of mag worden beschouwd: de gesproken woorden en de spreker mogen niet worden losgekoppeld. Verdachte moet derhalve worden vrijgesproken van het primair telastegelegde.

Dit zou anders zijn, indien de uitlating van 'de gedoofde pijp' in de gegeven omstandigheden als eigen uitlating zou moeten worden toegerekend aan verdachte en/of indien degene tot wie de uitlating zich richt dit redelijkerwijs aldus zou mogen opvatten. Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen, indien verdachte de figuur van 'de gedoofde pijp' slechts heeft gebruikt om zijn eigen opvattingen te ventileren, indien de passage niet in het boek of de context past, of indien de passage een zo grote nadruk krijgt dat deze een eigen leven gaat

leiden. Deze noch andere omstandigheden die tot een ander oordeel kunnen leiden doen zich hier echter voor. Het subsidiair en meer subsidiair telastegelegde

Zou iemand aan de burgemeester van Zandvoort ter verklaring van aan hem verweten bestuurlijk falen hebben toegevoegd: 'maar ja, wat wil je ook, met zo'n joodje aan het hoofd', dan zou dat belediging opleveren van [naam], mogelijk zelfs van deze als burgemeester gedurende of terzake van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening. Dit volgt uit het voorgaande. Daaruit volgt echter tevens dat het gaat om een -ook voor die burgemeester kenbaar -van 'de gedoofde pijp' afkomstige uitlating, zodat deze -bijzondere zich hier niet voordoende omstandigheden daargelaten -niet als belediging van verdachte aan de burgemeester kan worden aangemerkt.

De overige telastegelegde uitlatingen doen vermoeden dat de schrijver een kritisch oordeel heeft over het bestuur en over de vroegere en/of de huidige burgemeester van de gemeente Zandvoort. Zij zijn ongetwijfeld niet vleidend bedoeld voor die burgemeester. Zij kunnen - de context en overige inhoud van het boek mede in aanmerking genomen - echter redelijkerwijs niet als beledigend in de zin van artikel 266 Sr worden aangemerkt.

Derhalve dient verdachte ook van het subsidiair en meer subsidiair telastegelegde te worden vrijgesproken

8. 's Hofs vrijspraak van het primair telastegelegde brengt mee dat in casu ten eerste de vraag moet worden beantwoord of het hof is uitgegaan van een onjuiste uitleg van de in de telastelegging voorkomende bewoordingen "zich in het openbaar, bij geschrift (of afbeelding), opzettelijk beledigend uitlaten over een groep mensen, te weten joden, wegens hun ras". Deze bewoordingen moeten daar geacht worden te zijn gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in art. 137c Sr.

8.1. Het hof heeft - kort gezegd - geoordeeld dat de derde uitlating als beledigend moet worden aangemerkt, maar dat verdachte moet worden vrijgesproken omdat niet hij die uitlating heeft gedaan, maar een fictieve figurant in de roman. Aldus heeft het hof gemeend dat er twee vragen te onderscheiden zijn. In de eerste plaats de vraag of de uitlating beledigend is, welke vraag het hof bevestigend heeft beantwoord, in de tweede plaats de vraag of deze belediging door verdachte is begaan, welke vraag het hof ontkennend heeft beantwoord.

De in het oog springende consequentie van deze ontleding door het hof is dat zich de situatie kan voordoen - welke zich ook dus in de onderhavige zaak voordoet - dat een roman een belediging van een derde inhoudt, maar dat het recht aan die derde onvoldoende bescherming kan bieden omdat de auteur voor die belediging niet verantwoordelijk kan worden gesteld.⁴ Verder op deze lijn doorredenerend kan de auteur van een roman zich strafrechtelijke immuniteit verschaffen tegen aansprakelijkheid voor beledigingen die uit zijn pen vloeien door die beledigingen in de mond te leggen van een figuur in de roman die zodanig in de roman is gesitueerd dat aansprakelijkheid vanuit de werkelijke wereld

is verschoven naar die der fantasie.⁵ Alnaargelang de vorm en strekking van een geschrift zal dus de auteur al dan niet voor belediging aansprakelijk kunnen zijn. Degene die een pamflet schrijft met het doel bepaalde misstanden aan de kaak te stellen en daarbij er niet voor terugschrikt diffamerende kwalificaties of beschrijvingen te bezigen ten aanzien van de persoon van een derde zal zich moeten verantwoorden, degene die een novelle schrijft kan zich aan aansprakelijkheid onttrekken indien hij er maar voor zorgt dat de band tussen beledigende uitingen en de auteur is doorgesneden.⁶ De vraag is of deze daderschapsopvatting van het hof uitgaat van een verkeerde rechtsopvatting. Ik beantwoord die vraag bevestigend. Niet alleen omdat het voor een auteur te gemakkelijk wordt gemaakt zich aan de verantwoordelijkheid voor zijn eigen schepping te onttrekken, maar ook omdat een uitleg zoals door het hof gegeven de rechtsvorming omtrent het misdrijf belediging in al zijn verschijningsvormen wel eens zou kunnen blokkeren. Als - volgens het hof - vastgesteld kan worden dat de band tussen de auteur en de verdachte passages in zijn werk is doorgesneden loont het de moeite niet meer om het werk nauwgezet te gaan lezen en de strekking ervan te proberen te doorgronden. Ik laat maar onbesproken welke consequenties de opvatting van het hof zal kunnen hebben op de verhouding tussen auteurs en uitgevers en drukkers tegen de achtergrond van de artikelen 53 en 54 Sr en op de daarmee samenhangende ontwikkeling der uitingsvrijheid.

8.2. Ter adstructie van mijn oordeel wijs ik ten eerste op het eerste lid van art. 7 GW. Deze bepaling is in zeer algemene termen gesteld ("Niemand", "ieders verantwoordelijkheid"). Hieruit kan men concluderen dat volgens de grondwetgever (ook) een auteur van een roman als in casu zich in zijn grondrecht op vrijheid van meningsuiting in strafrechtelijke zin in het bijzonder ziet beperkt door de zogenoemde beledigingsdelicten. Hieronder zijn begrepen de bepalingen van art. 266, 267 en 137c Sr.⁷

Ten tweede wijs ik er op dat noch art. 137c Sr, noch de wetsgeschiedenis van deze bepaling, noch de jurisprudentie van Uw Raad steun biedt aan 's hofs oordeel dat - kort gezegd - de schrijver van een roman in beginsel niet verantwoordelijk dient te worden gehouden voor de uitlatingen die zijn onafhankelijk neergezette romanfigu(u)r(en) bezigen. De wetshistorie ademt veeleer een andere, ruimdenkender sfeer getuige de volgende vaststelling van de bijzondere commissie in het schriftelijk debat over de uitvoering van het Internationaal Verdrag van New York van 7 maart 1966 inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie: "Het wetsontwerp wil elke belediging van de in het wetsontwerp genoemde groepen zowel naar de vorm als naar inhoud strafbaar stellen, waarbij de rechter dan zal moeten beoordelen of de uitlating beledigend - dus ook qua intentie beledigend - was."⁸ Hierbij sluiten ook de volgende overwegingen van minister Polak goed aan: "Ik ben het dus eens met het betoog van de geachte afgevaardigde over de vrijheid van meningsuiting (-). Ook voel ik niet voor het amendement van mejuffrouw Goudsmit, die dat vervelende onderscheid laat bestaan tussen

de formele belediging, waaraan alleen de eenvoudige van geest zich overgeeft, en de materiële belediging die veel erger kan zijn, maar die wordt gedaan door een man die op zo handige wijze zich uit dat hij onder de huidige strafwet uitkomt. Daarom meen ik, dat beide amendementen niet dienen te worden aanvaard en dat de tekst, die van regeringszijde is voorgesteld, de voorkeur verdient."⁹

Ten derde merk ik hier op dat 's hofs oordeel praktisch neerkomt op een erkenning van de zogenoemde *exceptio artis*, hoewel deze exceptie - in elk geval in zijn absolute hoedanigheid - in zowel de literatuur als de rechtspraak wordt afgewezen.¹⁰

8.3.1. Literatoren beschimpen vaak de jacht op de werkelijkheid in de fantasiewereld van de roman, de zoektocht naar de inspiratie van de auteur, de poging een romanfiguur te identificeren met een mens van vlees en bloed of een schrijver de opvattingen toe te schrijven die een romanfiguur uitdraagt. Deze jacht lijkt geopend als persoonsrechten van derden door een kunstuiting lijken te worden geschonden en wanneer de schepper van die uiting daarop wordt aangesproken. In Duitsland zijn deze discussies ook gevoerd in verband met de bescherming die art. 5 Grundgesetz biedt, welke bepaling als volgt luidt¹¹:

(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.

De Duitse grondwetgever is in het laatste lid verder gegaan dan zijn Nederlandse collega. Volgens de Duitse grondwet is kunst immers enkel gebonden aan de constitutie.

8.3.2. Een *cause célèbre* in de Duitse rechtspraak is de "Mephistozaak". Het betreft een publicatieverbod van een roman geschreven door Klaus Mann onder de titel "Mephisto Roman einer Karriere". Klaus Mann moest in 1933 uit Nazi-Duitsland vertrekken en publiceerde de roman in 1936 te Amsterdam. De roman beschrijft de opkomst van een toneelspeler, in het boek Hendrik Höfgen geheten, in het Nazirijk. De hoofdpersoon van het boek verbindt zijn lot aan de Nazi's en werkt zich op sluwe, cynische en nietsontziende wijze op tot in de top van de Nazicultuur. Velen zagen een verband tussen de romanfiguur Höfgen en Gustaf Gründgens. Gründgens had met Klaus Mann samengewerkt, was gehuwd geweest met de zus van Klaus Mann, Erika, en had een pijlsnelle en flitsende carrière onder het Nazi-regiem gemaakt. In 1956 werd de roman weer in de DDR gepubliceerd, maar Gründgens wist publicatie in West-Duitsland steeds tegen te houden. Na de dood van Gründgens in 1963 - Klaus Mann was al in 1949 over-

leden - kondigde een West-Duitse uitgever aan het boek Mephisto opnieuw te willen uitgeven. De erfgenaam van Gründgens kwam tegen dit plan in het geweer. De roman zou een sleutelroman zijn die in alle opzichten zou verwijzen naar Gründgens en waarin Mann zijn haat jegens Gründgens zou hebben willen botvieren. Zijn pogingen publicatie van de roman tegen te houden hadden aanvankelijk geen succes. Het LG Hamburg weigerde een verschijningsverbod. De roman verscheen en nog wel met een voorwoord waarin stond dat de schrijver geen portret van een bepaald persoon heeft willen schilderen, maar typen heeft willen uitbeelden. Het OLG stelde daarentegen de uitgeverij in het ongelijk en verbood de publicatie alsnog. De gelijkenis van de hoofdpersoon in de roman met Gründgens was te groot om de romanfiguur als product van de fantasie van de auteur te kunnen aanmerken. De inhoud van de roman was beledigend voor Gründgens, aldus het OLG, en daarom bood art. 5 GG geen bescherming. De BGH verwierp het tegen die beslissing ingestelde beroep en overwoog daartoe onder meer:

Jedoch erfahre das Recht zur freien künstlerischen Betätigung eine immanente Begrenzung durch das verfassungsrechtlich garantierte Persönlichkeitsrecht. Diese Grenze sei überschritten, wenn das Lebensbild einer bestimmten Person, die derart deutlich wie im vorliegenden Fall als Vorbild gedient habe, durch frei erfundene Zutaten grundlegend negativ entstellt werde, ohne daß dies als satirische oder sonstige Übertreibung erkennbar sei. Nehme der Künstler derartige Veränderungen der Wirklichkeit vor, dann könne und müsse von ihm erwartet werden, daß er die Anknüpfung an das Vorbild unerkennbar mache. Das sei im Streitfall nicht geschehen.¹²

De uitgever legde de zaak tenslotte voor aan het Bundesverfassungsgericht (BVerfG). De uitgever voerde aan dat een romanschrijver zijn eigen tijd en ruimte scheidt en dat geen identificatie mag plaatsvinden louter door het vaststellen van gelijkenissen met de historische werkelijkheid. Art.5 lid 3 GG biedt de kunstenaar in deze opvatting een "schrakenlose" bescherming.

8.3.3. Het BVerfG gaat eerst in op de kenmerken van wat onder kunst moet worden verstaan:

Der Lebensbereich "Kunst" ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Von ihnen hat die Auslegung des Kunstbegriffs der Verfassung auszugehen. Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.¹³

Vervolgens gaat het BVerfG in op het onderscheid tussen "Werkbereich" en "Wirkbereich" van de kunst; het

eerste ziet op de directe artistieke werkzaamheid, het tweede op de mogelijkheid tot verspreiden en aanbieden aan het publiek. Ook als een kunstenaar aansluit bij de historische werkelijkheid hervormt hij haar, bewerkt haar tot een eigen product. In de keuze van onderwerpen en vormen moet de kunstenaar vrij worden gelaten. Gelet op de inrichting van art.5 GG mag het tweede lid van art.5 GG niet ook als beperking worden aangelegd aan de kunstvrijheid van het derde lid. Beperking van de vrijheid van de kunstenaar moet volgens het BVerfG in de constitutie zelf worden gevonden:

Jedoch kommt der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts die Bedeutung zu, daß die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind.¹⁴

Een conflict tussen de vrijheidsgarantie voor de kunstenaar en andere rechten moet naar de maatstaven van de waardeoordelen en -afwegingen van de grondwet zelf worden opgelost, met inachtneming van de eenheid van dit systeem van waardeoordelen. De allerhoogste waarde die de constitutie kent is de "Würde des Menschen" die in art.1 GG is gegarandeerd. Het BVerfG vervolgt dan:

Daß im Zugriff des Künstlers auf Persönlichkeits- und Lebensdaten von Menschen seiner Umwelt der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Dargestellten betroffen sein kann, ist darin begründet, daß ein solches Kunstwerk nicht nur als ästhetische Realität wirkt, sondern daneben ein Dasein in den Realien hat, die zwar in der Darstellung künstlerisch überhöht werden, damit aber ihre sozialbezogenen Wirkungen nicht verlieren. Diese Wirkungen auf der sozialen Ebene entfalten sich "neben" dem eigenständigen Bereich der Kunst; gleichwohl müssen sie auch im Blick auf den Gewährleistungsbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewürdigt werden, da die "reale" und die "ästhetische" Welt im Kunstwerk eine Einheit bilden.¹⁵

8.3.4. Ik breng in dit verband in herinnering dat verdachte ter terechtzitting in hoger beroep heeft verklaard dat iedere roman zenuwbanen met de werkelijkheid heeft. De zenuwbanen waarop verdachte doelde lopen van de werkelijkheid naar de esthetische wereld die de kunstenaar scheidt. Zonder enige werkelijkheid is geen kunst mogelijk. Het BVerfG wijst er in de aangehaalde overwegingen op dat zenuwbanen ook de andere kant op lopen; van de fantasiewereld die de kunstenaar scheidt naar de werkelijke wereld. Wat zich in de wereld van de kunstenaar voordoet kan als prikkel in de werkelijkheid worden beleefd. Het kan ook niet de bedoeling van de kunstenaar zijn deze band door te snijden, omdat kunst nu eenmaal in de kern genomen "uiting" is.

Juist omdat een kunstuiting zowel in de esthetische als in de werkelijke wereld is verbonden mag een conflict niet worden opgelost door hetzij de vrijheid van de kunstenaar hetzij het recht op respect dat aan een derde toekomt zonder meer en in alle gevallen te laten overheersen. In de woorden van het BVerfG:

Die Entscheidung darüber, ob durch die Anlehnung der künstlerischen Darstellung an Persönlichkeitsdaten der realen Wirklichkeit ein der Veröffentlichung des

Kunstwerks entgegenstehender schwerer Eingriff in den schutzwürdigen Persönlichkeitsbereich des Dargestellten zu befürchten ist, kann nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles getroffen werden. Dabei ist zu beachten, ob und inwieweit das "Abbild" gegenüber dem "Urbild" durch die künstlerische Gestaltung des Stoffs und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Kunstwerks so verselbständigt erscheint, daß das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der "Figur" objektiviert ist. Wenn eine solche, das Kunstspezifische berücksichtigende Betrachtung jedoch ergibt, daß der Künstler ein "Porträt" des "Urbildes" gezeichnet hat oder gar zeichnen wollte, kommt es auf das Ausmaß der künstlerischen Verfremdung oder den Umfang und die Bedeutung der "Verfälschung" für den Ruf des Betroffenen oder für sein Andenken an.¹⁶

Het BVerfG meldt dan dat bij de beslissing of het OLG en de BGH aan de door het BVerfG geformuleerde beginselen recht hebben gedaan de stemmen staakten, zodat niet kan worden geconstateerd dat de aangevochten beslissingen in strijd met de Grondwet waren.¹⁷

8.3.5. De beslissing van het BVerfG lijkt mij inspirend omdat erin de spanning tussen enerzijds de vrijheidsgarantie naar vorm en inhoud die aan de kunstenaar behoort te worden gelaten en anderzijds de bescherming van het fundamentele recht op respect voor de menselijke waardigheid wordt beschreven. Het BVerfG doet duidelijk blijken dat naar zijn oordeel de wereld waarin de roman zich afspeelt en de wereld der werkelijkheid niet volstrekt los van elkaar bestaan, maar steeds noodzakelijkerwijs met elkaar zijn verbonden. De kunstenaar bewerkt de werkelijkheid in dubbele zin. Hij tovert haar om in zijn werk, maar beïnvloedt haar óók, en wel dóór zijn werk. Die band kan niet worden doorgesneden. De kunstenaar kan zijn schepping niet isoleren van de werkelijkheid zoals een ballon kan worden losgelaten die dan de hoogte in schiet en oncontroleerbaar verdwijnt. Nergens in de uitspraak van het BVerfG is ook enig aanknopingspunt te vinden voor de gedachte dat een kunstuiting zich zo volledig van haar schepper verzelfstandigt dat die uiting niet meer aan de kunstenaar zou kunnen worden toegeschreven. Wel kan de mate van vervreemding van de werkelijkheid een indicator zijn voor de zelfstandigheid van de kunstuiting in die zin dat deze uiting haar beledigend karakter achter zich laat.

8.3.6. De door het BVerfG ontwikkelde benadering is door de BGH toegepast in een beslissing van 13 mei 1983.¹⁸ Het betreft de publicatie van de roman "Die Hexenjagd" waarin de auteur de strijd van een jonge leraar tegen de autoriteiten beschrijft wanneer hij, lid van de communistische partij, een vaste aanstelling tracht te verwerven en stoot op een Berufsverbot. De tegenstand tegen de hoofdpersoon concentreert zich in de directeur van de school en een ambtenaar die belast is met onderwijszaken. Het openbaar ministerie startte een strafzaak tegen de auteur omdat de inhoud van het boek beledigend zou zijn voor de personen die model zouden hebben gestaan voor de fictieve tegenstanders van de jonge leraar in de roman. Het Amtsgericht sprak

de auteur vrij en de BGH verwierp het door het openbaar ministerie ingestelde beroep. De BGH poneert eerst dat de roman onder de bescherming van art.5 lid 3 GG viel. Vervolgens plaatst de BGH de roman in de tijd waarin hij zich afspeelt en in de discussie over de Berufsverbote. Het in de roman beschreven conflict is naar de mening van de BGH met een "öffentlichen Meinungskampf" te vergelijken. In zo een discussie zijn denigrerende aanduidingen gerechtvaardigd als zij een adequate reactie vormen op eerder beschreven ongepast gedrag. Met betrekking tot de kwalificaties die de auteur bezigde voor de onderwijssambtenaar noteert de BGH:

Die Revision der StA führt schließlich auch insoweit zu keinem Erfolg, als sie bemängelt, daß das AG den Angekl. nicht wegen der von ihm in dem Roman gewählten Bezeichnungen des Zeugen D als "alte Ratte" und - statt dessen in der 2. Auflage - als "mieser Kerl" der Beleidigung für schuldig befunden hat. Das AG hat dazu für das RevGer. bindend festgestellt, daß sich die inkriminierten Bezeichnungen lediglich auf das Verhalten des Zeugen D in dem Verwaltungsgerichtsprozeß beziehen und daß der Angekl. damit nicht ein umfassend negatives und verunglimpfendes Charakterbild des Zeugen D gezeichnet hat.¹⁹

De BGH verklaart vervolgens dat de voorrang voor de vrijheid van de kunstenaar op de bescherming van de menselijke waardigheid in dit geval enkel is verleend omdat de kring van personen, die weten op welke persoon van vlees en bloed de auteur deze pejoratieve kwalificaties in de roman van toepassing acht, klein is.

8.3.7. De oplossing van de Hexenjagdzaak vindt de BGH dus evenmin als het BVerfG in de Mephistozaak erin dat auteur en zijn schepping van elkaar worden gescheiden, maar in een waardering en afweging van alle omstandigheden van het geval, waaronder ook de bedoelingen van de auteur, de onderlinge samenhang in het werk en de omvang van de kring van lezers die de gegevens in de roman kunnen combineren en verbinden aan een onderdeel van de werkelijkheid.

8.4.1. In het Franse strafrecht speelt de strijd tussen de aantasting van de vrijheid van artistieke verbeelding en de aanslag op de menselijke waardigheid, discriminatie enzovoort, zich vooral af op het veld van de persdelicten. Volgens art. 29 van de wet van 29 juli 1881 (wet op de persvrijheid) zijn beledigende, via bepaalde media geuite aanduidingen die niet bestaan in de beschuldiging van een bepaald feit, als "injure" strafbaar.²⁰ De belediging is een aantasting van de eer of goede naam of waardigheid (l'honneur et la considération). Daarnaast is nog strafbaar gesteld in art.32 van dezelfde wet het beledigen van anderen wegens hun ras en in art.33 het beledigen van personen in een bepaalde hoedanigheid, bijvoorbeeld personen met overheidsgezag bekleed. Of een woord of uitdrukking beledigend is hangt af van de omstandigheden van het geval en van de persoon op wie zij betrekking hebben.²¹ Ook van belang zijn de bedoelingen van de auteur en de indruk die de woorden op het publiek zullen kunnen maken.²²

8.4.2. Aansprakelijk voor de delicten door middel van de pers begaan zijn de schrijvers, als de uitgever of

hoofdredacteurs van de publicatie onbekend zijn (art.42). Als de uitgever of hoofdredacteur wel bekend is, is de schrijver volgens art.43 in ieder geval medeplichtige. De auteur kan slechts aan zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid ontsnappen als hij aantoonbaar dat het manuscript hem is ontstolen en tegen zijn wil is uitgegeven.²³ De Franse wetgever heeft dus een systeem ontworpen met formele aansprakelijkheden om voor ieder persdelict een of meer verantwoordelijken te kunnen aanwijzen.

8.4.3. De Franse rechtspraak kent een aantal zaken waarin romanschrijvers zijn aangesproken op de inhoud van hun werk door personen die zich beledigd voelden. Het Cour d'Appel te Rennes veroordeelde in 1951 in een civiele zaak een schrijver tot het betalen van een geringe schadevergoeding aan de weduwe van de burgemeester van een klein plaatsje in Frankrijk omdat de auteur de eer en waardigheid van de overleden burgemeester door het slijk had gehaald. De auteur had een weinig fraai beeld geschetst van de rol van een burgemeester, door de auteur Bouchut genoemd, tijdens de bezetting. De stad waar het verhaal zich afspeelde had de verzonden naam Le Tréhic. De auteur woonde zelf in het stadje Croisic en het was voor de inwoners daarvan duidelijk wie model had gestaan voor de burgemeester; de overleden burgemeester van Croisic, Noury geheten. Het hof stelde vast dat de auteur te weinig respect had getoond voor de burgemeester - ook al had de schrijver in zijn voorwoord de lezer gewaarschuwd om geen gelijkenis te zoeken met werkelijke personen - en wijdde geen woord aan de scheiding van fictie en werkelijkheid.²⁴ Ook uit andere beledigingszaken valt op te maken dat de Franse rechter zich weinig gelegen laat liggen aan het eigen domein van de literaire verbeelding en er niet voor schroomt om het rijk der verbeelding met verboden en geboden binnen te dringen.

In een Parijse zaak had een dame schadevergoeding geëist van een schrijver die haar in zijn autobiografische roman weinig vleidend had beschreven als een delerig jong meisje die haar leven "assise ou couchée" doorbracht. De vrouw in kwestie had als bijnaam Lulu en de schrijver noemde het meisje in zijn boek ook zo. Bovendien beschreef hij haar persoonlijke omstandigheden zo gedetailleerd dat het voor de kennissenkring van de vrouw duidelijk was wie de schrijver op het oog had gehad. Het Tribunal de Grande Instance te Parijs oordeelde dat de auteur onzorgvuldig was omgesprongen met de belangen van de vrouw:

que, la connaissant et connaissant son passé, il eût pu aisément éviter tout risque de confusion de son personnage avec elle ; qu'il lui eût suffi, en effet, de désigner son personnage sous un autre diminutif que Lulu, de le situer dans un autre lieu et dans un autre cadre professionnel, et d'inventer pour mettre le personnage en rapport avec le narrateur des circonstances autres que celles tenant à un lien de parenté;²⁵

Aldus gaat de rechter wel heel nadrukkelijk op de plaats van de schrijver zitten en geeft er blijk van dat werkelijkheid en verbeelding naar de mening van het TGI wel zeer nauw met elkaar verknoot zijn.

Tien jaar later boog de Parijse rechtbank zich nogmaals over een vordering in kort geding tot inbeslagneming van een boek, getiteld "Le vent du désert".²⁶ Het boek beschrijft de ontvoering van een gehuwde Franse vrouw in Afrika, door de schrijver Catherine Sabatier genoemd, de relatie die zij met haar ontvoerder krijgt en waaruit een kind voortkomt, en de daaropvolgende scheiding van haar man. Enige tijd daarvoor was Frankrijk in de ban van de ontvoering van mevrouw Claustre in Tsjaad, welke ontvoering lang aansleepte en een roddelstroom op gang bracht over de ontvoerde en haar ontvoerder. De echtelieden Claustre beriepen er zich op dat de roman een aanslag op hun reputatie betekende. Schrijver en uitgever verweerden zich

én faisant valoir que << Le vent du désert >> appartient au genre du roman et qu'il relate des aventures imaginaires dont les demandeurs ne peuvent s'offusquer, que ceux-ci ne peuvent reprocher à un romancier de puiser son inspiration dans des événements portés à la connaissance de tous pour en faire la trame d'une oeuvre de pure imagination. Het TGI maakte korte metten met dit argument en wees er daarentegen op dat de plaats en politieke context in het boek sprekend overeenkwamen met de omstandigheden die het "geval Claustre" kenmerkten. Met name de beschrijving van de relatie met de ontvoerder waaruit een kind geboren werd²⁷ zou "objectivement, par delà l'affabulation romanesque" een inbreuk op de reputatie van eisers zijn. Maar inbeslagneming van de oplage was, gelet op het belang van de uitingsvrijheid en de vrijheid van kunstzinnige schepping, een te zware maatregel. Uitgever en schrijver werden veroordeeld tot het aanbrengen in het boek van een vermelding inhoudende dat de in het boek voorkomende personen het zuivere product van de verbeelding van de auteur waren en geen enkel verband hadden met eisers "dont le courage, la dignité dans l'épreuve et la fidélité conjugale ne sauraient à aucun moment être mis en doute".

Resumerend meen ik dat in het Franse recht weinig aanknopingspunten zijn te vinden voor een scheiding tussen verbeelding en realiteit zoals in deze zaak aan de orde is. Schrijvers en uitgevers worden onverkort verantwoordelijk gehouden voor de inhoud van hun creaties wanneer de fantasie te dicht in de buurt van de werkelijkheid komt.

8.5. Ook het EHRM meent dat kunstenaars kunnen worden onderworpen aan beperkingen van hun uitingsvrijheid op grond van het tweede lid van art.10 EVRM. In de zaak Müller waren schilderijen van Müller in beslag genomen die waren geëxposeerd op een tentoonstelling die was georganiseerd in het kader van de festiviteiten rond het 500-jarig bestaan van het kanton Fribourg. Aanleiding voor de inbeslagneming waren enige incidenten die toeschouwers hadden veroorzaakt bij het zien van de schilderijen. Müller en enige andere kunstenaars die de tentoonstelling hadden georganiseerd werden tot een boete veroordeeld. Het EHRM spreekt eerst uit dat de vrijheid van artistieke expressie ook onder art.10 lid 1 EVRM valt:

Admittedly, Article 10 (art. 10) does not specify that freedom of artistic expression, in issue here, comes

within its ambit; but neither, on the other hand, does it distinguish between the various forms of expression. As those appearing before the Court all acknowledged, it includes freedom of artistic expression - notably within freedom to receive and impart information and ideas - which affords the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds.

In de ogen van de klagers kwamen inbeslagname van de werken en veroordeling van schilder en organisatoren neer op een complete uitholling van het grondrecht van art.10 lid 1 EVRM. Het EHRM verklaarde de klachten ongegrond. Van belang daarbij is dat het EHRM kennelijk in art.10 geen vrijwaring van kunstenaars voor aansprakelijkheid ziet neergelegd:

Artists and those who promote their work are certainly not immune from the possibility of limitations as provided for in para. 2 of Art. 10. Whoever exercises his freedom of expression undertakes, in accordance with the express terms of that paragraph, "duties and responsibilities"; their scope will depend on his situation and the means he uses (see, *mutatis mutandis*, the *Handyside* judgment previously cited, par. 49). In considering whether the penalty was "necessary in a democratic society", the Court cannot overlook this aspect of the matter.²⁸

Het uitgangspunt dat de kunstenaar ook de verantwoordelijkheid voor zijn werk heeft te dragen staat op gespannen voet met het standpunt dat een auteur onder bepaalde omstandigheden niet verantwoordelijk zou zijn voor de woorden die hij uit de mond van een romanfiguur heeft opgetekend.

8.6.1. In Nederland is wel eerder discussie geweest over de grenzen van de vrijheid van de kunstenaar. In een aansprekend opstel uit 1992 stelt G. Schuijt het thema van de belediging in de kunst en de vrijheid van de auteur aan de orde.²⁹ Hij bespreekt een aantal onderwerpen die raakvlakken hebben met de onderhavige zaak. De rode draad van zijn opstel is dat het niet aan de rechter is om uit te maken wat kunst is en wat niet. In de eerste plaats wijdt hij aandacht aan de sleutelroman en kiest daar als uitgangspunt dat in de roman de verbeelding aan de macht is. De romancier schept een eigen werkelijkheid die wel gevoed wordt door de werkelijkheid, maar een eigen leven heeft en aan eigen, literaire wetmatigheden onderworpen is. Wat fictie is kan niet beledigend zijn omdat fictie verbeelding is en - in mijn woorden - degene die zich beledigd voelt het slachtoffer is van inbeelding. Daartegenover staat het product dat niet aan verbeelding is ontsproten, maar beledigend is en als belediging is bedoeld. Daarop kan de schrijver worden aangesproken.³⁰ Schuijt wendt zich vervolgens tot racistische passages in de kunst en maakt daar hetzelfde onderscheid. Waar de verbeelding aan de macht is moet het recht zich terugtrekken. De verbeelding schept een wereld met meerdere betekenissen en waar die meerduidigheid ontbreekt zou er enkel propaganda overblijven.³¹ En voor racistische propaganda is de auteur wel degelijk rechtens aansprakelijk. Daarna neemt Schuijt de belediging als vorm van kunst onder de loep. Hij sluit zich aan bij de redenering die

de Hoge Raad in NJ 1991,313 (Van Gogh) volgde. Enerzijds besliste de Hoge Raad daar dat het beledigend karakter van bepaalde uitlatingen niet daaraan wordt ontnomen door de (oprechte) bedoelingen van de auteur, anderzijds dat litigieuze passages steeds moeten worden bezien in samenhang met het geheel. Maar de rechter mag niet beslissen of bepaalde uitdrukking in een geschrift onnodig grievend zijn, want dan plaatst de rechter zich ten onrechte op de stoel van de auteur.³²

In zijn slotbeschouwing geeft Schuijt dan zijn eigen opvatting weer. Hij noteert drie uitgangspunten;

1. de vrijheid van meningsuiting staat voorop
2. maar is niet onbeperkt. Rechten van derden kunnen het noodzakelijk maken de uitingsvrijheid te beknotten;
3. het is niet aan de rechter om te beoordelen of iets al dan niet kunst is. Wel moet de rechter beslissen of het recht bescherming moet bieden aan derden en of dus in een concreet geval de uitingsvrijheid moet worden ingesnoerd. De rechter zal bij de beantwoording van die vraag acht moeten slaan op de gehele context en strekking van het geschrift, op de bedoelingen die de schrijver kennelijk heeft gehad, de vorm waarin de uitingen zijn gegoten en de mogelijkheden voor het slachtoffer om de ander van repliek te dienen. Bij dat alles dient de rechter zich niet te laten leiden door de eigen smaak, maar dient hij zich objectiverend op te stellen.³³

8.6.2. De slotbeschouwing spreekt mij erg aan, maar lijkt mij niet in evenwicht te zijn met de behandeling van de afzonderlijk aangesneden onderwerpen. De auteur trekt een scherpe grens tussen het rijk der verbeelding en de werkelijkheid. Het recht moet halt houden bij de grens en mag het rijk der verbeelding niet binnentrekken. Als de rechter geroepen is om te beslissen of bepaalde uitingen al dan niet beledigend zijn zou hij, tot de ontdekking komend dat de gewraakte uitingen uit de verbeelding van de maker voortvloeien, niet tot het oordeel kunnen komen dat belediging in het spel is. Vanuit dat uitgangspunt benaderd zou de rechter een keuze of iets al dan niet kunst is bespaard blijven, maar hij zou zich wél moeten uitlaten over de vraag of een bepaalde uiting toegerekend moet worden aan de verbeeldingswereld, waarin de rechter geen bevoegdheid heeft, of aan de werkelijkheid waarin de (straf)wet tot toepassing kan komen. Het komt mij voor dat de slotbeschouwing duidelijker weergeeft hoe de rechter te werk moet gaan; hij moet alle omstandigheden van de zaak in onderling verband beschouwen en dan op grond daarvan beslissen of de aangevochten uitingen beledigend zijn. Acht de rechter de uitingen niet beledigend dan staat daarmee nog niet vast dat de uitingen dús onder het regiem vallen van andere wetten dan de wetten die de rechter heeft toe te passen. Het kan best zo zijn dat de rechter geen belediging aanwezig acht reeds omdat de uitlatingen niet of onvoldoende denigrerend zijn. Anderzijds kan het - dunkt mij - niet zo zijn dat belediging en verbeelding gedoemd zijn elkaar te mijden en nooit met elkaar in contact kunnen komen. De zaak Van Gogh is van zo een vermenging een voorbeeld.

9. In de cassatieschriftuur stelt de Advocaat-Generaal bij het gerechtshof dat de beledigingsartikelen in beginsel ook van toepassing zijn op auteurs van literaire

werken en dat een opvatting als waarvan het hof getuigt het voor een auteur gemakkelijk zou maken om onder zijn verantwoordelijkheid uit te komen. Uit het bovenstaande volgt dat ik dat standpunt deel. Kortom: het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting van de hierboven onder 7 aangehaalde bewoordingen. En wel in het bijzonder van de bewoordingen "zich" en "beledigend uitlaten" (-) als bedoeld in art. 137c Sr. Nu de tenlastelegging zich uitdrukt in bewoordingen die direct zijn ontleend aan de tekst van de relevante wetsbepalingen en die woorden in de tenlastelegging geacht moeten worden dezelfde betekenis te hebben als de bestanddelen van de delictomschrijvingen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste uitleg van die bestanddelen. Op grond van de omstandigheid dat de gegeven vrijspraken zijn aan te merken als een andere dan die waarop in het eerste lid van art. 430 Sv wordt bedoeld, kan de A-G in het beroep worden ontvangen. Ik kom derhalve toe aan een bespreking van de schriftuur van het OM.

9.1. In casu heeft verzoeker niet ontkend dat de roman "Danslessen" van zijn hand is. Integendeel. De uitlating van de romanfiguur Kees in de roman "Danslessen" komt daarmee dus - nu verzoeker als auctor intellectua- lis dient te worden beschouwd - voor rekening van verzoeker als auteur van dat boek.

Gelet op het hiervoor reeds opgemerkte zijn de klachten van de Advocaat-Generaal gegrond. Wel wil ik naar aanleiding van de in de schriftuur geformuleerde klachten nog een enkele opmerking maken, ook met het oog op de verdere behandeling van de zaak.

9.2. De onder middel II, ad a, II.1 door de steller van middel II geformuleerde klacht, dat het hof, door het beledigend karakter van de meergenoemde uitlating "afhankelijk te stellen van de beantwoording van de vraag of de burgemeester van Zandvoort die opmerking ter verklaring van bestuurlijk falen toegevoegd heeft gekregen" de grondslag van de tenlastelegging zou hebben verlaten, geeft overigens blijk van een onjuiste - namelijk te beperkte - rechtsopvatting van art. 266 Sr. Weliswaar houdt de tenlastelegging niet letterlijk in dat de uitlating beledigend is omdat zij betrekking zou hebben op falend bestuurlijk functioneren, maar dat is ook niet nodig. Ook uitlatingen die volgens de tenlastelegging beledigend zijn mogen - met het oog op hun strekking³⁴, voor zover dat niet reeds uit die uitlating zelf volgt - in hun bredere context worden beschouwd ter beantwoording van de vraag of zij een belediging conform de genoemde bepaling opleveren.³⁵

De klacht onder II.3 gaat naar mijn mening uit van een verkeerde lezing van de desbetreffende overwegingen van het hof. Het hof heeft niet beslist dat een uitlating die beledigend is voor een groep mensen vanwege hun ras of afkomst niet beledigend zou zijn voor een individueel lid van die groep. Het hof heeft met betrekking tot het subsidiair en meer subsidiair tenlastegelegde evenals over het primair tenlastegelegde beslist dat de beledigende uitlating niet door verdachte is gedaan.

9.3. De vraag of een bepaalde uiting van een romanfiguur in een boek als beledigend in de zin van art. 137c Sr, art. 266 Sr en art. 267 Sr moet worden aangemerkt

moet - aangenomen al dat die uitlating op zichzelf beschouwd beledigend is - ook worden beoordeeld met het oog op de context van de gehele inhoud van die roman, op de plaats en functie van de betwiste uitlatingen, en voorts dient mede te worden gelet op de strekking daarvan.³⁶ Daarnaast kunnen ook nog andere kenmerken of omstandigheden een rol spelen. Te denken is aan de mogelijkheid van identificatie van de hoofdpersonen in de roman, de mate waarin hetgeen in de roman is beschreven door de verbeeldingskracht van de auteur vervreemd is van historische gebeurtenissen etc.

Steun voor deze benadering kan ook worden gevonden bij de Duitse rechtsgeleerden, die waar het "speziell die Ermittlung der Aussage eines Kunstwerks betrifft" stellen dat het "wegen der Geschlossenheit eines Kunstwerks auf den Gesamteindruck ankommt, den der Betrachter usw. bei nicht nur flüchtigem Hinsehen gewinnen muß (-). Dies gilt jedenfalls für Kunst, die sich an alle wendet und jedermann zugänglich ist" (onderstreping door mij, A.M.).³⁷

9.4. Het gerechtshof heeft de uitlatingen van de romanfiguur beledigend geacht maar die beledigingen niet aan verdachte toegerekend. De criteria waaraan te toetsen is of een uitlating beledigend is zijn ten onrechte door het gerechtshof over twee vragen verdeeld. Het gaat immers om de "Gesamteindruck" waaronder ook is te begrijpen bijvoorbeeld de rol van de gewraakte uitlating van de romanfiguur in het geheel van het werk. Dié vraag heeft het hof toegescheiden aan het daderschap van verdachte en niet betrokken bij de beoordeling van de vraag of de uitlating discriminerend of beledigend was. Uit de overweging over het daderschap is a contrario af te leiden dat het hof van mening is dat van de opmerking van de man met de uitgedoofde pijp niet gezegd kan worden dat zij niét in het boek of de context past.

De rechter die de zaak opnieuw moet beoordelen als de Hoge Raad mijn visie zou delen zal zich opnieuw hebben te buigen over de vraag of de in de tenlastelegging aangehaalde zinsneden beledigend zijn in de zin van art.137c, 266 of 267 Sr. En omdat de rechter die vraag zal hebben te beantwoorden met het oog op alle relevante omstandigheden - ook op die kenmerken die het hof enkel bij zijn beoordeling van de toerekeningsvraag heeft betrokken - staat geenszins vast dat die rechter tot een veroordeling komt. Zeker niet is uitgesloten dat de rechter alsnog tot vrijspraak komt, maar dan op grond van een juiste uitleg van de tenlastelegging. De Hoge Raad zal volgens mij de zaak niet ten gronde kunnen afdoen, omdat het oordeel dat na cassatie gegeven moet worden zal dienen te steunen op afwegingen en waarderingen van alle feiten en omstandigheden van het geval.

10. Nu naar mijn mening beide voorgestelde middelen gegrond zijn kan het bestreden arrest naar mijn mening niet in stand blijven.

11. Deze conclusie strekt tot vernietiging van het arrest en tot verwijzing van de strafzaak naar een aangrenzend gerechtshof om op het bestaande beroep te worden berecht en afgedaan.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden,

1 Vgl. HR NJ 1984, 601.

2 Zie de beschrijvingen van verboden boeken in C.J. Aarts?Mizzi van der Pluijm, *Verboden boeken*, Amsterdam 1989. De lijst van auteurs die boeken hebben geschreven die door de autoriteiten verboden zijn is indrukwekkend en loopt van Homerus tot Salman Rushdie. Ook de roman van Klaus Mann, *Mephisto*, is in het rijtje genoemd. De *Mephistobeslissing* van het Bundesverfassungsgericht zal hierna nog uitvoerig aan de orde komen.

3 Aangeduid als [naam], de huidige burgemeester van Zandvoort.

4 Ik zie hier af van een poging tot exegese van art. 53 en art. 54 Sr voorzover deze strafrechtelijke immuniteit beloven aan de uitgever en drukker van een geschrift waardoor een misdrijf wordt gepleegd waarvan de "dader" bekend is.

5 Vgl. Jaap de Hullu, *Strafrecht en literatuur*, AA 33 (1984) 12, p. 752-761, i.h.b. p. 760. De Hullu bekritiseert hier de in hoger beroep door het Amsterdamse hof bevestigde vrijspraak van de rechtbank Amsterdam in een strafzaak tegen W.F. Hermans

6 H. Jessurun d'Oliveira meent dat de grens in het voordeel van de literaire auteur moet worden verlegd; *Literaire belediging*, in *Plus est en vous* (Pitlobundel), Haarlem 1970, p. 257. Jessurun d'Oliveira gaat uitgebreid in op de rechtszaak die een Zandvoortse restauranthouder had aangespannen tegen een schrijver van een boek waarin een restauranthouder uit Zandvoort onder andere naam wordt opgevoerd en in een kwaad daglicht werd gesteld.

7 De Grondwet, Een artikelsgewijs commentaar, o.r.v. Akkermans en Koekkoek, Tjeenk Willink Zwolle, 2e, i.h.b. p. 157.

8 Kamerstukken II 1968-1969, 9724, nr. 5, p. 3.

9 Handelingen TK 1969-1970, p. 4349. De desbetreffende motie van mejuffrouw Goudsmit is bij zitten en staan verworpen. T.a.p., p. 4379.

10 Zie Janssens, t.a.p., p. 358-365, w.o. op p. 363: "Kunst sluit strafbare belediging niet uit". Zie (de conclusie van A-G Leijten vóór) HR NJ 1991, 313, m.nt. 't H (de "Van Gogh-zaak"), waarin Leijten terecht opmerkt dat de Hoge Raad in HR NJ 1920, 446 het bestaan van de *exceptio artis* in die zin erkende, "dat het werk in zijn geheel en naar waarde moest worden beoordeeld" en dat Uw Raad in HR NJ 1965, 260 "een absolute vrijbrief van de kunstenaar afwees" (voorzover dat pornografie betrof). Zie voorts F. Janssens, *Eén hand en één voet aan de exceptio artis; de kunstexceptie nader bekeken*, MediaForum 1995, p. 19 e.v.

11 Zie hierover bijvoorbeeld dr. Klaus Kastner, *Freiheit der Literatur und Persönlichkeitsrecht*, in NJW 1982, p. 601 e.v.; prof. dr. Harro Otto, *Strafrechtlicher Ehrenschutz und Kunstfreiheit der Literatur*, in NJW 1986, p.1206 e.v.; prof. dr. Johann Friedrich Henschel, *Die*

Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des verfG, in NJW 1990, p.1937 e.v.

12 Zoals aangehaald in de beslissing van het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) van 24 februari 1971, BVerfGE 30, 173 (181).

13 BVerfGE 30, 173 (188/189).

14 BVerfGE 30, 173 (193).

15 BVerfGE 30, 173 (193/194).

16 BVerfGE 30, 173 (195).

17 BVerfGE 30, 173 (196).

18 NSTz 19, p. 1130.

19 NSTz 19, p. 1132, rechterkolom.

20 Art.29 lid 2 van deze wet luidt: "Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure."

21 Encyclopédie Juridique Dalloz, sub voce Injure, nr.18.

22 Encyclopédie Juridique Dalloz, sub voce Injure, nr.21.

23 Encyclopédie Juridique Dalloz, sub voce Presse, nr.680.

24 Cour d'Appel de Rennes, 31 mei 1951, Recueil Dalloz, Jurisprudence, 1951, p. 484.

25 TGI Paris 7 juni 1977, Recueil Dalloz Sirey 1978, p. 19.

26 TGI Paris 21 oktober 1981, Juris-classeur Périodique 1982, II, 19794.

27 In de woorden van de annotator Boulanger zinspeelde het boek erop dat mevrouw Claustre "avait commis le péché de la chair jusqu'à avoir un enfant adultérin".

28 EHRM NJ 1991, 685, par. 34, m.nt. EAA.

29 G.A.I. Schuijt, *Dichters liegen de waarheid ofwel: staan schrijvers boven de wet? In Hoe vrij is de kunst?* (red. T. Pronk en G.A.I. Schuijt), Amsterdam 1992, p.43 e.v.

30 T.a.p. p.46.

31 T.a.p. p.47.

32 T.a.p. p.50.

33 T.a.p. p.51.

34 HR DD 98.007: een uitlating is beledigend wanneer zij de strekking heeft de ander bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en hem aan te randen..

35 Zie HR NJ 2001, 101, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de uitlating "homofielen" in samenhang beschouwd met de woordcombinatie "vuile homo's" en "vieze smerissen", een belediging conform art. 266 Sr opleverde. De Hoge Raad beoordeelde de uitlating "homofielen" daarmee dus in zijn bredere context, waardoor die uitlating - waarmee men op zichzelf beschouwd nog alle kanten uitkan - een beledigende kleur heeft aangenomen. Zie voorts Janssens, t.a.p., p. 194-196 en aldaar genoemde jurisprudentie en literatuur.

36 Zie NLR, aant. 7a op art. 137c Sr, met verwijzing naar 't Hart in zijn noot achter HR NJ 1991.313. Zie voorts de aldaar in NLR en door 't Hart genoemde jurisprudentie en annotaties (van in het bijzonder 't Hart).

37 Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25 Auflage, par. 185, p. 1391.
