

# Bedreigende rap en de kunstexceptie\*

Sven Bakker & Veerle van de Wetering

## 1 Aanleiding

‘Ja Geertje, dit was je leven, je hele leven tot nu toe. Dit was je verhaal, maar nu komt de finale.’ Dat was wat rapper Hozny onder andere verkondigde in zijn videoclip ‘Geertje’, onderwijl beelden afspelend van een knielende, op Geert Wilders lijkende man, met pistolen op zijn slaap. Dat was ook waarvoor Hozny door de Rechtbank Den Haag op 7 november 2014 werd veroordeeld tot een werkstraf van tachtig uur en een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee maanden.<sup>1</sup> In deze zaak is impliciet een beroep gedaan op de kunstexceptie als strafuitsluitingsgrond, wat de aanleiding vormde voor dit artikel.

Kunst kan men op vele wijzen uiten en waar de ene kunstenaar grover lijkt dan de ander, kan de bedoeling of intentie toch overeenkomen. In deze bijdrage zal primair de focus liggen op raps die een bedreigend karakter hebben. Uit de Nederlandse jurisprudentie valt op te maken dat rappers die zich ten overstaan van de strafrechter moeten verantwoorden en een beroep doen op de kunstexceptie, veelal raps hebben geschreven die bedreigend van aard zijn.<sup>2</sup> De achterliggende gedachte van een rap is vaak spot drijven. Als een van de oudste subgenres van het lied bezaten gezongen beschuldigingen in vroegere tijden een zekere magische kracht. Een spotlied was een zaak van leven en dood. Naarmate de geschiedenis zich voltrok, ging men minder waarde hechten aan de gevolgen die zich na een spotlied konden voltrekken, maar toch bleef het in zijn kunstvorm een manier om iemand aan te vallen. Raps passen in het rijtje van het spotlied: zij moeten het ook hebben van smaad en belediging.<sup>3</sup> Immers: het controversiële imago van (gangsta)rap hangt samen met regelovertreiding.<sup>4</sup> Als het begrip kunst breed kan worden uitgelegd en literatuur en raps daar ook onder vallen, wordt de kwestie relevant of de kunstexceptie, ook vaak aangeduid met de Latijnse term *exceptio artis*, van toepassing kan zijn bij strafvervolging van een rapper.

\* Mr. Sven Bakker is als wetenschappelijk docent en onderzoeker verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en verricht promotieonderzoek naar ‘uitzonderlijke excepties’. Veerle van de Wetering LL.B. is masterstudente Strafrecht en werkzaam als student-assistent bij de afdeling Strafrecht van de Erasmus School of Law. Het onderzoek is afgerond op 1 maart 2015.

1 Rb. Den Haag 7 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13583.

2 Voor een uiteenzetting over andere strafbare feiten wordt hier verwezen naar de in 2007 verschenen bijdrage van A. Vogelaar, ‘Gangstarap en de vrijheid van meningsuiting. Een onderzoek naar de strafrechtelijke grenzen aan de artistieke uitingsvrijheid van rapartiesten’, *PROCES* 2007/4, p. 147-158.

3 Noot M.J.N. Vermeij bij HR 4 maart 2014, *NBSTRAF* 2014, 105, ECLI:NL:HR:2014:485; zie ook m.b.t. het feit belediging: A.L.J. Janssens, *Strafbare belediging* (dissertatie Rijksuniversiteit Groningen), Amsterdam: Thela Thesis 1998, p. 358-366.

4 F. van Gemert, ‘Gangsta rap. De controversie voorbij’, *Justitiële verkenningen* 2005, 3, p. 74.

In dit artikel zal gepoogd worden een antwoord te formuleren op de vraag in hoeverre er ruimte bestaat voor een succesvol beroep op de kunstexceptie wanneer iemand wordt verdacht van bedreiging, gepleegd door middel van het doen van uitlatingen in een rap. Om deze vraag te beantwoorden zal allereerst worden stilgestaan bij de diverse aspecten van de kunstexceptie. Op basis van artikel 10 van het Europese Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en relevante jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt in paragraaf 2 een theoretisch kader geschetst dat als basis dient bij de beantwoording van vorenstaande vraag. Ook al heeft het EHRM zich nog niet hoeven buigen over een zaak omtrent bedreiging door middel van een kunstuiting, uit de algemene jurisprudentie omtrent de vrijheid van meningsuiting kunnen relevante kaders worden afgeleid. Vervolgens zal in paragraaf 3 worden ingegaan op bestaande (nationale) jurisprudentie rondom strafbare en niet-strafbare raptteksten: een jurisprudentieonderzoek naar 'strafbaarheid van de (rap)kunst'. De analyse op basis van de recente jurisprudentie over bedreigingen, raps en de kunstexceptie kan derhalve een handreiking vormen voor de strafrechtspraktijk. Deze bijdrage zal in paragraaf 4 worden afgesloten met een antwoord op de voornoemde vraag en enkele concluderende opmerkingen.

## 2 De kunstexceptie

### 2.1 Een 'uitzonderlijke' exceptie

Dat er geen zelfstandige, absoluut werkende kunstexceptie bestaat, is een vaststaand gegeven. Een kunstenaar wordt niet per definitie gevrijwaard van strafvervolging, en kunst sluit strafbaarheid niet vanzelfsprekend uit.<sup>5</sup> Desalniettemin wordt een kunstwerk op Europees niveau beschouwd als een uiting van een mening en wordt deze als bijdrage aan het publieke debat beoordeeld aan de hand van artikel 10 EVRM. Het EHRM heeft echter nooit een definitie gegeven van 'arts', 'artistic expression' of 'artistic merit'. Wel blijkt uit de jurisprudentie dat bescherming wordt geboden aan kunstwerken in de vorm van schilderijen, toneelstukken, films, video's, poëzie, romans, tekeningen, beeldhouwkunst en muziek.<sup>6</sup> Indien het belang van de artistieke vrijheid prevaleert boven strafvervolging en de belangen die gepaard gaan met het rechtsgoed dat beschermd wordt door de strafbaarstelling, kan de kunstenaar onder omstandigheden straffeloos blijven. De kunstexceptie kan dus als strafuitsluitingsgrond dienen in strafzaken. De kunstexceptie is, ondanks verschillende pogingen,<sup>7</sup> niet specifiek in de wet opgeno-

5 Zie o.a.: F. Janssens, 'Eén hand en één voet aan de exceptio artis; de kunstexceptie nader bekeken', *Mediaforum* 1995, 2, p. 19; J. Velaers, 'De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan', in: F. Swennen (red.), *Kunst en recht*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 1-25; C.P.M. Cleiren & S.R. Bakker, 'De kunstexceptie. Gemiste kans voor de artistieke vrijheid?', *Strafblad* 2011, 6, p. 33-41.

6 Zie voor een overzicht van de jurisprudentie: A.J. Nieuwenhuis & S. Koning, 'Kunst in Straatsburg. Een analyse van de jurisprudentie van het EHRM', *Mediaforum* 2010, 3, p. 70-78.

7 Zie o.a.: Herziening van het Wetboek van Strafrecht, deel I, p. 101 en 135; T. Schalken, *Pornografie en strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1972, p. 28-29; *Kamerstukken II* 1994/95, 23682, 6, 9 en 14; W. Sorgdrager, 'Geen exceptio artis, maar wel bescherming van kunst', *AA* 2009, 5, p. 294.

men als (bijzondere) strafuitsluitingsgrond. Wel heeft het een plek(je) verworven in de strafrechtstheorie en -praktijk, samen met andere 'uitzonderlijke' excepties, zoals de sportexceptie, de onderwijs- en wetenschapsexceptie en de medische exceptie. De term uitzonderlijke exceptie lijkt een pleonasme, maar bij nadere beschouwing moet worden geconcludeerd dat de uitzonderlijkheid zit in de bijzondere omstandigheid waarin de exceptie waarde kan hebben en in mindere mate iets zegt over de strafuitsluitingsgrond zelf: deze excepties nemen namelijk een bijzondere plaats in omdat zij, anders dan de 'gewone' strafuitsluitingsgronden, alleen een rol kunnen spelen in afgebakende speelvelden, zoals de kunstwereld, de sportbeoefening, de beroepsuitoefening, het maatschappelijk debat, enzovoort. Deze speelvelden kenmerken zich door eigen, specifieke (tucht)normen en (spel)regels, slachtoffers en daders, beoordelaars en handhavers. De vorm van de uitzonderlijke exceptie (geschreven of ongeschreven) is hierbij niet zozeer van belang; de context waarbinnen de uitzonderlijke exceptie haar werking kan hebben des te meer.

Succesvolle beroepen op de kunstexceptie zijn schaars,<sup>8</sup> maar dus niet onmogelijk. Aan de hand van artikel 10 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM kan een kader worden geschetst op basis waarvan kan worden beoordeeld of en in hoeverre een succesvol beroep kan worden gedaan op de kunstexceptie, zijnde een verschijningsvorm van de vrijheid van meningsuiting. Gezichtspunten die voortvloeien uit het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM zullen in het volgende worden beschouwd.

## 2.2 De vrijheid van meningsuiting

De in artikel 10 EVRM vervatte vrijheid van meningsuiting<sup>9</sup> 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. Hoewel het er niet met zoveel woorden staat,<sup>10</sup> valt de artistieke expressie onder de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM oordeelde hieromtrent dat 'article 10 does not specify that freedom of artistic expression 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 acknowledge, 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

8 Zie voor een overzichtelijke analyse van de rechtspraak o.a.: T.M. Schalken, 'Kunstexceptie en strafbare meningsuiting', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden* (Liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 637-645; C.M. Sprengers, 'Het EHRM en zijn angstvallige houding ten aanzien van de artistieke expressie', *NJB* 2008/15, p. 878-882; Cleiren & Bakker 2011, p. 33-41.

9 Zie ook art. 7 Gw, maar vanwege de meerwaarde die het EVRM biedt, als gevolg van het toetsingsverbod van art. 120 Gw, reikwijdteverschillen en verschillen in beperkingssystematiek, wordt in het vervolg slechts de vrijheid van meningsuiting als omschreven in art. 10 EVRM besproken.

10 Zie anders, art. 13 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: 'De kunsten en het wetenschappelijk onderzoek zijn vrij. De academische vrijheid wordt geëerbiedigd.'

public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds.’<sup>11</sup>

Het tweede lid van artikel 10 EVRM biedt aan nationale autoriteiten de (beperkte) mogelijkheid om de vrijheid van meningsuiting (en dus ook de artistieke expressie) onder voorwaarden te beperken: ‘there is little scope under Article 10 para. 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on matters of public interest’.<sup>12</sup> Alleen indien de beperking bij wet is voorzien, noodzakelijk is in een democratische samenleving en in het belang is van de in de bepaling opgenomen doelcriteria, is de desbetreffende beperking gerechtvaardigd. Het EHRM heeft in diverse belangwekkende zaken<sup>13</sup> invulling gegeven aan de vrijheid van meningsuiting en de voorwaarden waaronder de artistieke expressie kan worden beperkt, hetgeen enige handvatten biedt bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre de kunstexceptie succesvol kan worden ingeroepen.

### 2.3 *Kwetsen, choqueren en verontrusten*

Uit vaste jurisprudentie van het EHRM blijkt dat ook uitingen die kwetsen, choqueren en verontrusten de bescherming van de vrijheid van meningsuiting genieten: ‘The Court recalls that the freedom of expression, enshrined in para. 1 of Art. 10, constitutes one of the essential foundations of democratic society and one of the basic conditions for its progress. Subject to para. 2 of Art. 10, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference but also to those that offend, shock or disturb’.<sup>14</sup> Volgens het EHRM zijn dat namelijk aspecten van pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid, zonder welke een democratische samenleving niet kan (voort)bestaan.

### 2.4 *Publieke figuren*

Kamerleden, leden van de regering en andere politici worden door het EHRM geacht meer kritiek te moeten kunnen tolereren dan particuliere burgers.<sup>15</sup> Van belang is evenwel dat de uiting (uiteraard) meer bescherming geniet wanneer deze ziet op (het handelen en denken vanuit) de publieke functie, dan wanneer deze persoonlijk van aard is. ‘The Court points out in that connection that, in this field, political invective often spills over into the personal sphere; such are the hazards of politics and the free debate of ideas, which are the guarantees of a democratic society’.<sup>16</sup> Daar waar de uiting verband houdt met een maatschappelijk onderwerp moet voldoende ruimte worden gelaten voor een kritische opstel-

11 EHRM 24 mei 1988, NJ 1991/685 (Müller/Zwitserland).

12 Zie bijv.: EHRM 25 november 1996, NJ 1998/359 (Wingrove/Verenigd Koninkrijk), par. 58.

13 Zie o.a.: EHRM 7 december 1976, NJ 1978/236 (Handyside/Verenigd Koninkrijk); EHRM 24 mei 1988, NJ 1991/685 (Müller/Zwitserland), EHRM 20 september 1994, NJ 1995/366 (Otto Preminger Instituut/Oostenrijk); EHRM 25 november 1996, NJ 1998/359 (Wingrove/Verenigd Koninkrijk); EHRM 13 september 2005, *Mediaforum* 2005, 10 (I.A./Turkije); EHRM 25 januari 2007, *RvdW* 2007, 452 (Vereniging Bildender Künstler/Oostenrijk).

14 Zie o.a.: EHRM 7 december 1976, NJ 1978/236 (Handyside/Verenigd Koninkrijk), par. 49.

15 Zie o.a.: EHRM 8 juli 1986, NJ 1987/901, m.nt. E.A. Alkema (Lingens/Oostenrijk), par. 41-44.

16 EHRM 28 september 2000, appl.nr. 37698/97 (Lopes Gomes da Silva/Portugal), par. 34.

ling die tot op zekere hoogte kwetsend kan zijn voor de overheid of de individuele politicus<sup>17</sup>: 'Authorities of a democratic society must tolerate criticism, even if it may be regarded as provocative or insulting.'<sup>18</sup> De mate van tolerantie moet nog groter zijn wanneer de desbetreffende politicus zelf aanleiding kan hebben gegeven tot de gewraakte uiting door zijn eigen scherpe kritiek of provocatieve stellingennames.<sup>19</sup> Uiteraard bestaat er een zekere grens. Wanneer door de kunstuiting een inbreuk op het recht op (privé)leven van de politicus wordt gemaakt, is dit uiteraard in beginsel onrechtmatig en zal de balans eerder in het voordeel van de politicus uitvallen.

### 2.5 *Wijze van openbaarmaking en verspreiding*

De feiten en omstandigheden betreffende de wijze waarop het publiek de uiting tot zich krijgt, spelen mee bij de beoordeling of en in hoeverre de kunstenaar bescherming van artikel 10 EVRM geniet. Wanneer bijvoorbeeld schilderijen zijn tentoongesteld 'in an exhibition which was unrestrictedly open to – and sought to attract – the public at large'<sup>20</sup> of indien een film of stuk zonder restricties en 'widely advertised'<sup>21</sup> is vertoond, zou volgens het Hof eerder sprake kunnen zijn van een gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting dan wanneer er kosten voor toegang worden gerekend, van tevoren een lees-, kijk- of luisterwaarschuwing is gegeven en/of een leeftijdsgrens wordt aangegeven, doordat het werk dan sneller een publiek kan bereiken 'to whom it would have caused offence'.<sup>22</sup> Het feit dat er sprake is van een besloten groep (waarbij sprake is van een afgebakende kring van mensen) of juist van een groot spreidingsgebied (waarbij kan worden gedacht aan openbaarmaking en verspreiding van een video via YouTube) wordt van belang geacht bij de beoordeling die de rechter zal moeten maken. Zo overwoog het EHRM dat een voordracht van een gedicht in een relatief kleine kring resulteert in een kleiner (potentieel) bedreigend effect en een gelimiteerde impact dan communicatiemiddelen die zich richten tot de massa.<sup>23</sup> De strafvervolgning in die betreffende zaak was derhalve niet noodzakelijk, waarmee de beperking op de vrijheid van meningsuiting niet gerechtvaardigd kon worden geacht.

### 2.6 *Intentie kunstenaar*

Indien de kunstenaar met zijn werk geen weergave van de werkelijkheid beoogt, maar een karikatuur met satirische elementen vervaardigt, betreft het 'a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exagge-

17 J. Vande Lanotte & Y. Haec (red.), Handboek EVRM, deel 2, artikelsgewijze commentaar, volume 1, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 986.

18 EHRM 16 maart 2000, appl.nr. 23144/93 (Özgür Gündem/Turkije), par. 60.

19 Zie o.a.: EHRM 23 mei 1991, appl.nr. 20834/92 (Oberschlick/Oostenrijk); EHRM 26 februari 2002, appl.nr. 28525/95 (Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Oostenrijk).

20 EHRM 24 mei 1988, NJ 1991/685 (Müller/Zwitserland), par. 36.

21 EHRM 20 september 1994, NJ 1995/366 (Otto Preminger Institut/Oostenrijk), par. 54.

22 EHRM 25 november 1996, NJ 1998/359 (Wingrove/Verenigd Koninkrijk), par. 63.

23 EHRM 8 juli 1999, appl.nr. 23168/94 (Karatas/Turkije), par. 52.

ration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate'.<sup>24</sup> Het doel van de kunstenaar bij het vervaardigen van zijn kunstwerk speelt dus een zekere rol bij de beantwoording van de vraag of inbreuk op de vrijheid van meningsuiting proportioneel is. Een verbod of strafvervolgning als gevolg van openbaring en verspreiding van een karikatuur met satirische elementen zal snel in disverhouding staan tot het doel dat ermee wordt nagestreefd. De inbreuk zal in dat geval eerder niet noodzakelijk in een democratische samenleving worden geacht dan wanneer er sprake is van een feitelijke, serieuze uiting.

### 2.7 Zwaarte en evenredigheid van de beperking

De evenredigheidstoets die het EHRM uitvoert, ziet ook op de aard en de zwaarte van de straf: 'The nature and severity of the penalty imposed are also factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference'.<sup>25</sup> Dit brengt met zich dat een zware, verstrekkende straf (zoals een (preventief) verbod of een (lange) gevangenisstraf voor de kunstenaar) moeilijker is te legitimeren en is te rechtvaardigen als 'noodzakelijk in een democratische samenleving'.<sup>26</sup> Voor de strafoplegging gelden namelijk ook de eisen van proportionaliteit en subsidia-riteit: bij een buitensporig onevenredige straf is sprake van 'une sévérité extrême, alors que d'autres sanctions disciplinaires, moins lourdes et plus appropriées, auraient pu être envisagées'.<sup>27</sup> Inbeslagneming van kunstwerken wordt ook door het Hof als verregaand gevolg gezien, omdat het werk niet meer tot de beschikkingsmacht van de maker behoort.<sup>28</sup> Toch zal ook hieromtrent een belangenafweging worden gemaakt tussen de (beschikkings)rechten van de kunstenaar enerzijds en het doelcriterium dat van belang is bij de vraag of de inperking noodzakelijk is in een democratische samenleving anderzijds.

### 2.8 Beoordelingsruimte

De lidstaten bij het EVRM komt een beoordelingsruimte toe om te bepalen of sprake is van een in strijd met de heersende zeden zijnde uiting.<sup>29</sup> De ratio hiervan is dat lidstaten een zekere beschikkingsmacht moeten houden over de beantwoording van de vraag in hoeverre mensenrechten kunnen en mogen worden beperkt in gevallen waarin over achterliggende belangen weinig consensus is binnen de lidstaten van de Raad van Europa. Andersom betekent dit dat indien meer consensus bestaat, er sprake zal zijn van een nauwere beoordelingsruimte. Bij de beoordeling of een uiting, inhoudende politieke kritiek, gedaan in het publieke debat, beperkt had mogen worden, wordt door het EHRM aan de lidsta-

24 EHRM 25 januari 2007, *RvdW* 2007, 452 (Vereinigung Bildender Künstler/Oostenrijk), par. 33; Schalken 2008, p. 643.

25 Zie bijv.: EHRM 6 mei 2003, appl.nr. 48898/99 (Perna/Italië), par. 39.

26 Vande Lanotte & 2004, p. 1024.

27 EHRM 29 februari 2000, appl.nr. 39293/98 (Fuentes Bobo/Spanje), par. 49; het arrest is alleen in het Frans beschikbaar: het betreft een extreme straf, terwijl andere sancties, die lichter en meer passend zijn, hadden kunnen worden overwogen.

28 EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991/685 (Müller/Zwitserland), par. 43.

29 EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978/236 (Handyside/Verenigd Koninkrijk).

ten een ruime 'margin of appreciation' toegedicht.<sup>30</sup> Dit zou moeten leiden tot een zekere terughoudendheid in de toetsing door het EHRM. Desalniettemin worden alle feiten en omstandigheden zeer kritisch onderzocht en worden de argumenten haarscherp gedeconstrueerd, hetgeen duidt op veel speelruimte voor het EHRM zelf.<sup>31</sup> Een eenduidige conclusie over de toepassing en grootte van de 'margin of appreciation' is met betrekking tot dit soort zaken dus niet eenvoudig te geven.

### 3 Nederlandse jurisprudentie omtrent rapteksten

#### 3.1 *Anti-Hirsi Ali rap van DHC*

De uitspraak van de Rechtbank Den Haag in deze zaak uit 2005<sup>32</sup> is de eerste in een (kleine) reeks van uitspraken waarin wordt uitgelaten over de verhouding tussen het doen van een bedreiging in de vorm van een rap tegenover de bijzondere strafuitsluitingsgrond de kunstexceptie. Vaststaat dat verdachte en medeverdachte de rap hebben geschreven als een protest tegen uitlatingen van Hirsi Ali. Vraag is in hoeverre het doen van aanstootgevende uitlatingen de als reactie hierop gemaakte belediging of bedreiging doet rechtvaardigen, althans in elk geval haar strafbare karakter doet matigen.

Opvallend aan deze uitspraak is dat de politierechter het de verdachte juist extra aanrekent dat hij aangeefster heeft bedreigd naar aanleiding van haar politieke standpunten, omdat het een ernstige inbreuk op de democratische rechtsorde betekent. Zodoende wordt veel aandacht besteed aan het recht van de politicus dat hij of zij zich vrijelijk moet kunnen uitlaten, waarbij het recht van de burger zich openlijk te uiten naar aanleiding van (mogelijk kwetsende) uitlatingen door een politicus in het openbaar juist als ondergeschoven kindje weggezet wordt. Men zou zich kunnen afvragen of die twee rechten inderdaad in deze verhouding tot elkaar (zouden moeten) staan, met in het achterhoofd de hiervoor opgenomen overweging van het EHRM in de zaak Oberschlick/Oostenrijk omtrent de mate van tolerantie voor kritische (beledigende of bedreigende) reacties die nog groter moet zijn wanneer de desbetreffende politicus door zijn eigen provocatieve stellingnames aanleiding kan hebben gegeven tot de gewraakte uiting.<sup>33</sup>

Op het beroep op de kunstexceptie wordt in deze uitspraak maar kort ingegaan. Dat verdachten de door hen gemaakte rap beschouwen als 'bagger' in plaats van als kunstuiting, maakt dat zij als het ware hun eigen ruiten ingooien. Verder is de rechtbank van oordeel dat voor zover er wel sprake zou zijn geweest van kunst, de grens van het recht van deze expressie ver overschreden is. Dit loopt voor op de

30 J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, Zwolle 1996, p. 201; EHRM 27 februari 2000, m.nt. E. Verhulp (Fuentes Bobo/Spanje), *Mediaforum* 2000, p. 293-299.

31 Zie o.a.: EHRM 25 juni 1992, appl.nr. 13778/88 (Thorgeirson/IJsland), par. 64; Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 1050.

32 Rb. Den Haag 27 januari 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AS4029.

33 Zie o.a.: EHRM 23 mei 1991, appl.nr. 20834/92 (Oberschlick/Oostenrijk); EHRM 26 februari 2002, appl.nr. 28525/95 (Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Oostenrijk).

mening van advocaat-generaal Bleichrodt in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad op 4 maart 2014,<sup>34</sup> waarin hij meent dat de vrijheid van meningsuiting geen schuilplaats vormt voor degene die een ander met de dood bedreigt.

### 3.2 *Anti-Wilders rap van Mo\$heb*

In de zaak van de Hoge Raad van 4 maart 2014<sup>35</sup> gaat het evident om bedreiging door rapper Mo\$heb aan het adres van Geert Wilders. In hoeverre het feit dat deze bedreiging is gedaan in de vorm van een kunstuiting, namelijk in de vorm van een rap, de bedreiging afzwakt of geheel tenietdoet, blijkt echter, onder andere gezien de lange weg die de zaak heeft begaan, nog niet zo gemakkelijk te beantwoorden. De rechtbank achtte de verdachte schuldig aan bedreiging (art. 285 van het Wetboek van Strafrecht).<sup>36</sup> Het hof sprak in november 2010 de verdachte vervolgens vrij,<sup>37</sup> waarna de Hoge Raad op 22 mei 2012 de bestreden uitspraak vernietigde en de zaak terugwees naar het hof.<sup>38</sup> Op 20 september 2012 deed het hof opnieuw uitspraak en kwam het tot een veroordeling van verdachte.<sup>39</sup> De Hoge Raad laat, na cassatieberoep van verdachte, de beslissing van het hof dat van bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht sprake is, in stand en verwerpt het beroep.<sup>40</sup>

Het Hof Den Haag was naar aanleiding van het beroep op de kunstexceptie nu van oordeel dat de verdachte met de tekst van zijn rap de grenzen van de vrijheid van meningsuiting heeft overschreden. Het hof bracht tot uitdrukking dat ook indien de (gehele tekst van de) rap van de verdachte als kunstwerk zou moeten gelden, die enkele omstandigheid geen rechtvaardiging biedt voor bedreigingen tegen het leven gericht. Daarmee was het beroep op de kunstexceptie voldoende afgesneden. De ingestelde cassatie mocht niet baten: het oordeel bleef probleemloos in stand.

Wat valt uit het arrest van het hof op te maken? Kunst, in welke vorm dan ook, kan geen, of in elk geval niet zonder meer, rechtvaardiging bieden voor bedreigingen tegen het leven gericht. Kan het in andere gevallen dan bedreigingen tegen het leven gericht dan wel rechtvaardiging bieden? In de Waterdrinker-zaak (ook bekend onder de naam 'Danslessen'), waarbij het weliswaar ging om literatuur, wordt advocaat-generaal Machielse niet gevolgd door de Hoge Raad. Machielse was van mening dat door het hof de (ongewenste) *exceptio artis* erkend werd, die in 1911 zo stellig uit het wetboek is gehouden.<sup>41</sup> In 1911 zou het zo zijn geweest dat kunst 'boven iedere twijfel verheven was' en kunstexceptie dus niet nodig was. Hier liet de advocaat-generaal dan toch iets heel anders zien, namelijk dat zo'n kunstexceptie rehtens niet bestaat. De Hoge Raad overweegt: 'Vooropge-

34 HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:485, NJ 2014/172; Conclusie A-G Bleichrodt: ECLI:NL:PHR:2014:101.

35 HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:485, NJ 2014/172.

36 Rb. Rotterdam 18 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK7104.

37 Hof Den Haag 10 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3350.

38 HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6181.

39 Hof Den Haag 20 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX7837.

40 HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:485, NJ 2014/172.

41 Conclusie A-G Machielse bij HR 9 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:ZD2776.

steld moet worden dat de vrijheid van artistieke expressie een wezenlijk kenmerk van een democratische samenleving is.<sup>42</sup> Voornoemd citaat verdient echter een nuancering: de Hoge Raad voegt hieraan toe dat er altijd gekeken moet worden naar omstandigheden, en de belediging dan wel bedreiging moet worden gezien in samenhang met de rest van de tekst.<sup>43</sup> Dat bij bedreiging naar omstandigheden moet worden gekeken, is overigens niet nieuw en is terug te zien in meerdere uitspraken van de Hoge Raad.<sup>44</sup>

Hoe ver reikt volgens de Hoge Raad artikel 10 EVRM en waar liggen de door het hof aangehaalde grenzen? Het valt te betwisten of het de aanstotelijkheid van een belediging of bedreiging wegneemt wanneer het om kunst gaat. De lijn die kan worden opgemaakt uit de rechtspraak omtrent kunstuitingen, sluit hierbij aan.<sup>45</sup>

De Hoge Raad zegt, in navolging van de conclusie van advocaat-generaal Bleichrodt, dat het niet zo kan zijn dat een belediging niet 'telt' wanneer deze gedaan is in de vorm van een kunstuiting. 'De vrijheid van meningsuiting strekt weliswaar mede tot bescherming van uitlatingen die "shock, disturb or offend", maar vormt geen schuilplaats voor degene die een ander met de dood bedreigt', aldus Bleichrodt. Wanneer een kunstenaar vrijheid misbruikt om beledigingen te uiten, is er sprake van overschrijding van de grens van het recht van de vrijheid van artistieke expressie. Deze beperking op de kunstexcepte bleek al eerder uit de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad op 9 oktober 2001.<sup>46</sup> En of het nu gaat om rap of niet: in beide gevallen kan geen rechtvaardiging worden gevonden voor bedreigingen met enig misdrijf tegen het leven gericht. Uit vaste jurisprudentie van het EHRM blijkt ook dat de vrijheid van meningsuiting niet afdoet aan ieders verantwoordelijkheid voor de wet. In zoverre staan alle neuzen dezelfde kant op en komt de (finale) uitspraak van de Hoge Raad niet uit de lucht vallen.

En hoe zit het dan met het bijdragen aan het publieke debat? Niet zelden wordt door een kunstenaar een beroep gedaan op het feit dat hij met zijn kunstwerk het publieke debat heeft willen doen aanwakkeren. De Jonas Staal-zaak<sup>47</sup> is hier, hoewel het niet om een rap ging, een voorbeeld van.

Waar het in de Jonas Staal-zaak duidelijk tekortschoot in de aanwezigheid van omstandigheden waaronder in het algemeen een redelijke vrees kon worden

42 HR 9 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2776, r.o. 5.3.

43 HR 9 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2776, r.o. 5.4.1; zie ook: J.H.Th. Joosten, De 'exceptio artis' in het Nederlands strafrecht, 2012, raadpleegbaar via: <http://actioma.eu/2012/12/de-%E2%80%98exceptio-artis%E2%80%99-het-nederlandse-strafrecht>.

44 Zie bijv. HR 15 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5695, NJ 2013/63; HR 11 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0740, NJ 2008/598; HR 7 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3659, NJ 2005/448.

45 Uitspraken die hierbij aansluiten zijn o.a.: HR 9 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2776; HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3135; Rb. Den Haag 27 januari 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AS4019; Rb. Den Haag 9 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU7420; Rb. Middelburg 26 juli 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX2749.

46 HR 9 oktober 2001, NJ 2002/76, m.nt. De Hullu, ECLI:NL:HR:2001:ZD2776.

47 Hof Den Haag 4 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD3043; HR 21 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9768. In deze zaak werd bedreiging van Geert Wilders door middel van het plaatsen van herdenkingsmonumenten, fotolijsten, bloemen, kaarsjes en knuffels ten laste gelegd; Jonas Staal werd vrijgesproken.

opgewekt dat geweld zou worden aangewend, kan men daar met de duidelijke taal van rapper Mo\$heb niet omheen. Toch beroepen beide ‘kunstenaars’ zich op het feit dat zij gewild hebben een maatschappelijk debat op te roepen. Rapper Mo \$heb gebruikte daarbij grove taal, iets wat de rap typeert, waarbij aan de andere kant geen woorden nodig waren bij het bouwen van een altaar (verwijzend naar de Jonas Staal-zaak). Dat het bij kunst lastig is een onderscheid aan te brengen tussen de verschillende vormen, komt hier duidelijk naar voren. Juist die verschillende manieren zijn zo typerend voor de kunstvorm. Dat het bij rap gaat om spot drijven, werd al eerder genoemd. Toch kan de intentie achter de verschillende vormen van kunst dezelfde zijn en zou het niet terecht zijn deze afweging niet mee te nemen bij het uiteindelijke oordeel, en de diverse kunstvormen dus als een en dezelfde te benaderen.

### 3.3 ‘Wilders-diss’ van Raheem en Dope-D

Ook in de zaak die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Middelburg van 26 juli 2012<sup>48</sup> is sprake van bedreiging van Wilders door middel van een rap. Verdachte heeft hierbij aangegeven dat het plaatsen van het rapnummer primair muzikale expressie ten doel had. In plaats van de ontzenuwende rol die deze omstandigheid volgens verdachte zou moeten hebben meegebracht, meent de rechtbank dat er juist sprake is van een versterkende context: ‘De aard en inhoud van de videoclip die op een openbaar toegankelijk en veel bekeken medium is geplaatst en die uitsluitend en individueel gericht is tegen aangever, een lid van de Tweede Kamer van wie algemeen bekend is dat hij vaker wordt bedreigd en derhalve streng beveiligd wordt, is van dien aard dat veeleer gesproken kan worden van een de bedreiging versterkende dan van een ontzenuwende context.’<sup>49</sup> Door verdachte is beroep bij het hof ingesteld,<sup>50</sup> waarbij hier vooral van belang is het verweer dat bij de aangever niet de vrees heeft kunnen ontstaan dat hij van zijn leven beroofd zou worden en het opzet van de verdachte niet was gericht op het bedreigen van aangever. Dit is een veelgehoord verweer in zaken als deze, maar volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is er sprake van bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht indien de bedreigde daadwerkelijk op de hoogte is geraakt van de bedreiging, en dat deze van dien aard is en onder zodanige omstandigheden is geschied dat bij de bedreigde de redelijke vrees kon ontstaan dat hij het leven zou kunnen verliezen.<sup>51</sup> Het opzet van de verdachte dient op beide aspecten te zijn gericht.<sup>52</sup> Het hof twijfelt er niet aan dat gesproken woorden, in combinatie met de beelden en het geluid van een geweerschot, van dien aard zijn dat zij de redelijke vrees konden opwekken dat aangever van het leven beroofd zou worden. Dat de bedreiging gedaan is in de vorm van een rap – en dat de rapcultuur wellicht anders in elkaar steekt – doet hier verder niet aan af. De intentie van de rap wordt verder niet meegewogen. Het brengt dan ook niet mee dat de tekst niet serieus

48 Rb. Middelburg 26 juli 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX2749.

49 Rb. Middelburg 26 juli 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX2749, r.o. 4.3.

50 Hof Den Bosch 1 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2628.

51 HR 7 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3659.

52 HR 17 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8252.

genomen hoeft te worden, mede met het oog op de vele bedreigingen aan het adres van Wilders.

YouTube wordt getypeerd als een openbare en veelbekeken bron en het gebruik van deze bron speelt, volgens het hof, mee met het voorwaardelijk opzet dat de verdachte moet hebben gehad. Voor de bedreiging is verder niet nodig dat bij de dader het voornemen bestond het dreigement werkelijkheid te maken.

### 3.4 *Anti-Wilders rap van Hozny*

En dan te eindigen met de aanleiding van dit stuk: de zaak van de Rechtbank Den Haag van 7 november 2014.<sup>53</sup> Deze uitspraak lijkt een herhaling van zetten te worden van de eerder besproken uitspraak waarin na een veroordeling door Rechtbank Rotterdam, na beroep tot aan de Hoge Raad, uiteindelijk is bevestigd dat rapper Mo\$heb zich schuldig heeft gemaakt aan bedreiging.<sup>54</sup>

Rapper Hozny heeft Wilders in een videoclip bedreigd met de dood door bedreigende teksten te rappen in combinatie met beelden van een (door verdachte aangevoerde, maar door de rechtbank niet erkende) 'karikatuur' van Wilders en door middel van het ten gehore brengen van geluiden van gewerschoten. Of er sprake is van een karikatuur kan van betekenis zijn, omdat dit een vorm van artistieke expressie en sociaal commentaar is en door haar inherente eigenschappen van overdrijving en vervorming van de werkelijkheid van nature bedoeld is om te provoceren.<sup>55</sup> Dit zou de rap in een ander daglicht kunnen zetten. Dat er sprake was van Wilders als karikatuur werd echter niet onderkend door de rechtbank en is hier verder dus niet van belang.

Wilders heeft verklaard dat de raptekst in combinatie met de daarbij geplaatste videobeelden zijn werk als lid van de Tweede Kamer beïnvloedt. Hier komt het vraagstuk wederom aan de orde of een Kamerlid een dikkere huid zou moeten hebben ten opzichte van particuliere burgers. Zoals in het eerste deel is uiteengezet, mogen politici meer kritiek verwachten en dient die kritiek ook in grotere mate getolereerd te worden. Deze kritiek moet dan wel zien op de politieke functie en niet op de politicus als persoon. Ondanks het feit dat Hozny van mening is dat de rap een reactie is geweest op (politieke) uitspraken van Wilders en ondanks het vermoeden dat de bedreiging zonder Wilders' eigen politieke uitlatingen hoogstwaarschijnlijk niet zou hebben plaatsgevonden, lijkt een beroep op de 'dikkerhuidjurisprudentie' niet op te kunnen gaan. Hozny speelde met de bedreiging direct op de man. Volgens ons kan het EHRM met het geformuleerde in de uitspraak *Oberschlick/Oostenrijk*<sup>56</sup> niet hebben bedoeld dat een politicus in situaties als deze (een doodsbedreiging) een dikkere huid zou moeten hebben, en wordt in het arrest meer bedoeld op een (inhoudelijke) reactie op de politieke uitspraken. Er zal steeds een afweging moeten worden gemaakt tussen de ernst van de bedreiging enerzijds en de vrijheid op het geven van kritiek op politieke figuren ander-

53 Rb. Den Haag 7 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13583. In deze zaak is inmiddels door de verdediging beroep ingesteld.

54 HR 4 maart 2014, NJ 2014/172, ECLI:NL:HR:2014:485.

55 EHRM 25 januari 2007, appl.nr. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler/Oostenrijk*).

56 EHRM 23 mei 1991, 20834/92 (*Oberschlick/Oostenrijk*).

zijds, en dit lijkt in deze zaak (wederom<sup>57</sup>) in het voordeel van de politicus uit te vallen.

Een kleine kanttekening die wel in algemene zin geplaatst kan worden is de volgende. Om als strafbare bedreiging te kunnen worden gekwalificeerd, moet de uiting van dien aard zijn en onder zulke omstandigheden zijn gedaan dat deze in het algemeen een redelijke vrees kan opwekken.<sup>58</sup> Niet ondenkbaar is dat het feit dat de uiting plaatsvindt door middel van een artistiek werk, zoals een lied of een rap, een matigende werking heeft op de redelijke vrees die het slachtoffer zou hebben dat hij het leven zou gaan verliezen. Terecht kan namelijk de vraag worden gesteld of Wilders daadwerkelijk moet vrezen gedood te worden door een rapper of zanger die in een rap of lied een mening uit. Een vergelijking: indien een cabaretier in de oudejaarsconference een doodswens met een bedreigend karakter uit, wordt het 'slachtoffer' dan redelijkerwijs de vrees aangejaagd dat hij het leven zal verliezen door handelen van Youp, Freek of Theo? En ten slotte moet bedreiging worden onderscheiden van de situatie waarin de 'kunstenaar' anderen zou aanzetten: het in het openbaar, mondeling opruien tot enig strafbaar feit, als omschreven in artikel 131 van het Wetboek van Strafrecht.

Hozny heeft verklaard dat hij als reactie op uitspraken van Wilders zijn stem wilde laten horen door middel van gebruik van zijn artistieke talent. Hij heeft daarbij verklaard dat hij Wilders met de videoclip wakker heeft willen schudden, maar dat hij niet de intentie heeft gehad Wilders te bedreigen. Op dit beroep op de kunstexceptie respondeert de rechtbank in overweging 3.4 door het herhalen van advocaat-generaal Bleichrodt in de conclusie bij de uitspraak van de Hoge Raad op 4 maart 2014, dat de vrijheid van meningsuiting geen schuilplaats vormt voor degene die een ander met de dood bedreigt, ook niet als dit op een meer of minder artistieke wijze gebeurt. Dat aan dit verweer niet meer dan drie zinnen worden gewijd, zegt mogelijk iets over het feit dat de kunstexceptie dezer dagen nog altijd niet aan draagvlak heeft gewonnen. Feit is dat bescherming voor bedreiging van het leven ook in deze zaak prevaleert boven de kunstexceptie.

#### 4 Besluit

De vraag in hoeverre er ruimte bestaat voor een succesvol beroep op de kunstexceptie in zaken waarbij rappers worden vervolgd vanwege hun teksten, zal voor hen weinig hoopgevend moeten worden beantwoord. Als de rap al een kunstzinnig karakter draagt, is dat op zichzelf nog niet voldoende om de uiting verderstrekkend te beschermen.<sup>59</sup> Een belangenafweging dient plaats te vinden, waarbij het artistieke belang van de rapper tegenover het belang van strafvervolging en het achterliggende belang van strafbaarstelling wordt gezet. Rappers hebben die strijd (nog) niet kunnen winnen. Uit de analyse blijkt dat een beroep op de kunstexceptie in zijn algemeenheid geen grote kans van slagen heeft; dit is nog sterker het geval bij bedreiging. Het is onzes inziens echter maar zeer de vraag hoe een

57 Eerder was dit ook het geval bij Rb. Den Haag 27 januari 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AS4029.

58 Rb. Maastricht, 28 december 1970, NJ 1971/174.

59 Vogelelaar 2007, p. 147-158.

ludieke, satirische of karikaturale bedreiging daadwerkelijk een redelijke vrees kan aanjagen bij het slachtoffer dat hij bijvoorbeeld van zijn leven wordt beroofd. Hoewel het EVRM en het EHRM ruimte bieden om op kwetsende, choquerende en/of verontrustende wijze een mening te uiten, moet toch worden geconcludeerd dat in de jurisprudentie de kunstexceptie als uitzonderlijke vorm van een strafuitsluitingsgrond niet snel is aangenomen. In veel gevallen werd de vrijheid van expressie als het ware misbruikt om een bedreigende mening te uiten. Daarbij zijn zogenaamde deelnemingen aan het maatschappelijk debat op een te vergaande wijze geuit, waardoor de grenzen van het toelaatbare werden overschreden. Een doodverwensing via openbare kanalen aan het adres van een politicus wordt gauw gezien als een onredelijke aantasting van zijn grondrechten, waardoor de belangenafweging in het voordeel van het belang van de strafvervolgning zal uitvallen. Een choquerende, maar wel inhoudelijke reactie op het beleid van diezelfde politicus in een rap (met een content-waarschuwing voor jeugdige luisteraars) zou naar alle waarschijnlijkheid zorgen voor een grotere kans van slagen op de artistieke vrijheid. Hier is ook de werking van de algemene regulerende beginselen proportionaliteit en subsidiariteit waarneembaar met betrekking tot de kunstexceptie.

De besproken zaken in ogeschouw nemend, zou het ook als een verrassing komen wanneer het hof in de lopende zaak tegen rapper Hozny tot een andere conclusie komt dan de rechtbank deed in november 2014 voor wat betreft het beroep op de kunstexceptie. Sinds 2005 is een aantal uitspraken geweest waarbij zichtbaar wordt dat de lijn in de Nederlandse jurisprudentie, de 'angstvallige houding' van het EHRM volgend,<sup>60</sup> niet snel neigt naar het aannemelijk achten van de kunstexceptie; zeker niet wanneer de meningsuiting neigt naar een doodsb bedreiging.

60 C.M. Strengers, 'Het EHRM en zijn angstvallige houding ten aanzien van de artistieke expressie', *NJB* 2008/746.