

# Het is raadzaam de zakkenvuller 'zak' te noemen

Kort gedingen over lichtvaardige beschuldigingen, over misleidende, beledigende en discriminerende perspublicaties zijn voor de rechtbankpresident aan de orde van de dag. De rechtspraak over onrechtmatige publicaties voltrok zich aanvankelijk — ogenschijnlijk — via twee lijnen. Enerzijds de Hoge-Raadjurisprudentie en de daarop voortbouwende lagere rechtspraak, die erg veel aandacht had voor het ontleden van alle relevante omstandigheden bij een publicatie, en het vervolgens afwegen van de onderkende belangen. Anderzijds was daar de rechtspraak van het Europese Hof, dat stelselmatig artikel 10 (het recht op vrije meningsuiting) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in Straatsburg tot dogmatisch uitgangspunt bij de beoordeling nam en zich vervolgens, conform de systematiek van deze verdragsbepaling, afvroeg of er een noodzaak bestond om in casu dit recht op vrije meningsuiting te beperken. Het Hof had ook oog voor de omstandigheden en belangen van het geval, maar het grondrecht van vrije meningsuiting bepaalde het juridische kader.

Sinds het arrest uit 1995 van de Hoge Raad inzake *Het Parool* tegen Louis van Gasteren lijkt er een brug te zijn geslagen tussen de benadering door de Hoge Raad en die van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In deze zaak ging het om de vraag of *Het Parool* mocht schrijven dat Van Gasteren met het ombrengen van een joodse onderduiker in feite geen verzetsdaad, maar een roofmoord had begaan. Gelijk het Europese Hof nam de Hoge Raad de vrijheid van meningsuiting als uitgangspunt en vroeg zich af of een beperking op dit grondrecht 'noodzakelijk is in een democratische samenleving ter bescherming van de rechten van anderen'. Met inachtneming van alle bijzonderheden van het geval moet, aldus de Hoge Raad, worden nagegaan welke van de in het geding zijnde fundamentele rechten (het recht van vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van de persoonlijke integriteit) zwaarder weegt. Tot die bijzonderheden behoren, aldus de Hoge Raad, (1) de ernst van de beschuldigingen, (2) het publieke belang bij de publicatie en (3) de zorgvuldigheid van het onderzoek.

**Eigen toetsing** Ruth de Bock heeft vorig jaar in het juridische tijdschrift *Mediaforum* (1996/4) deze synthese tussen de rechtspraak van de Hoge Raad en het Europese Hof in Straatsburg gesignaleerd. Daarbij gaf ze een zeer bruikbare analyse van de in de Nederlandse rechtspraak gehanteerde criteria over onrechtmatige publicaties. Zij stelde vast dat bij elk type publicatie ook eigen cri-

Als een rechter zich buigt over de rechtmatigheid van een als non-fictie bedoelde publicatie, is het kloppen van de feiten maar één bestanddeel in een cocktail van criteria. Met als basis het grondrecht van vrije meningsuiting.



De onthullingsjournalistiek van Günther Wallraff ('Ik Ali') kent een eigen onrechtmatigheidstoetsing.

teria moeten worden aangelegd. Haar rubricering is prima toepasbaar op de boekenuitgeverij van non-fictie en leidt ogenschijnlijk tot een inzichtelijk stramien waarmee auteur en uitgever zich kunnen behoeden voor onrechtmatige publicaties. De Bock onderscheidt vier categorieën publicaties die een eigen onrechtmatigheidstoetsing kennen: de onthullingsjournalistiek, de zuivere privacyzaken, de publicatie waarin een waardeoordeel is verrat, en ten slotte publicaties waar de mogelijke onrechtmatigheid is gelegen in de werkwijze van de journalist.

De vreugde over de ordening van onrechtmatigheidsvragen die deze rubricering belooft, wordt enigszins getemperd door het besef dat bij publicaties vaak een combinatie van elementen uit de genoemde vier categorieën wordt aangetroffen. Neem bijvoorbeeld een product van onthullingsjournalistiek zoals de boeken over Klaas Bruinsma, de Octopus-affaire of, op sociaal-economisch en politiek terrein, de boeken van Pieter Lakeman, Günther Wallraff en Van Thijn. Je ziet dan dat discussies over vertekend

## DE ONRECHTMATIGE PUBLICATIE (DEEL 2): OVER NON-FICTIE

weergegeven feiten, beledigingen, privacy-schendingen en een onbetamelijke werkwijze van de scribent, dwars door elkaar heen lopen.

De waarde van de analyse van De Bock schuilt dan ook niet zozeer in de absolute scheiding van de toe te passen criteria, als wel in de onderkenning van het feit dat, bij de beoordeling van de onrechtmatigheid, in elk type mededeling het accent op andere criteria ligt, en dat het bij non-fictie niet uitsluitend gaat om de toetsing van de feiten; om de vraag of iets waar is of niet. In abstracto gaat het telkens om een afweging

van de in aanmerking komende belangen, al dan niet in combinatie met een weging van botsende grondrechten. In de basis staat daarbij altijd het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting opgesteld. Dit grondrecht kan bijvoorbeeld botsen met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, de godsdienstvrijheid of het discriminatieverbod. Het is dan niet eenvoudig het gewicht van deze beginselen onderling te wegen.

### Grote mond

Herinnert u zich het gekanker in de media op de paus, rond zijn bezoek aan Nederland tien jaar geleden? Het was in de publieke media alleszins bon ton om onder verwijzing naar misstanden in de katholieke kerk op te roepen de paus uit ons land te weren. Maar waren deze oproepen eigenlijk wel verenigbaar met de tolerantie en godsdienstvrijheid waar 'ons kleine landje' altijd zo'n grote mond over opzet? Denk ook aan het echtpaar Goeree dat, juist weer met een beroep op de godsdienstvrijheid, de homoseksuelen het liefst had laten opsluiten. Of Youp van 't Hek en de kinderen van Irene die het liefst gevrijwaard blijven van publiciteit omtrent hun persoon. Al die in het geding zijnde grondrechten staan zonder rangorde in onze grondwet.

Andere in aanmerking komende belangen zijn evenmin uitgedrukt in lengte- of

gewichtsmaten. Bij zijn oordeelsvorming moet de rechter derhalve telkens de feiten van de concrete zaak waarderen en vervolgens de reikwijdte van de diverse toepasselijke rechtsregels bepalen. Die weging van de feitelijke omstandigheden is in de kern een volstrekt arbitrair, subjectief ethisch oordeel. Het recht reikt de rechter immers geen dwingende ordening of hiërarchie van belangen aan. De rechter die zich echter met zijn oordeel te veel buiten de samenleving, of buiten de bestaande jurisprudentie plaatst, loopt een goede kans dat zijn oor-

*De vrijheid van meningsuiting is bij 'echte meningen' een zeer moeilijk aantastbaar rechtsgoed.*

deel in hoger beroep wordt vernietigd.

Zo zijn wij weer terug bij de constatering uit het begin, waar ik aangaf dat de jurist, anders dan de schrijver, bij voorkeur niet afgaat op zijn eigen gezag, maar op het gezag van anderen (zie *Boekblad 20/97*, pag. 16). Hierdoor dreigt bij de oordeelsvorming over onrechtmatige publicaties een verabsolutering van omstandigheden van het geval, afkomstig uit andere gevallen; lag de journalist drie dagen tussen de bremstruiken voor een kiekje van Emily, dan is er geen sprake van onrechtmatigheid, want tien jaar geleden bij een reportage over de kinderen van Irene was er pas bij vier dagen posten bij school sprake van onrechtmatigheid.

Behalve de verheffing van casuïstiek tot norm is er nog een ander oneigenlijk houvast dat de niet op eigen gezag glibberende jurist dankbaar aangrijpt bij zijn beoordeling. Het betreft de toets of de gepubliceerde mededeling waar is of niet, of de opgevoerde feiten juist zijn. Feiten zijn immers fijn concreet en toetsbaar. Dat is veel veiliger dan te moeten oordelen of een mededeling dermate onfatsoenlijk is dat hij onrechtmatig moet worden geacht. Met een toets van de feiten is uiteraard niets

mis, wanneer het inderdaad gaat over zuivere feiten. Biografieën, handboeken en almanakken, en (populair-)wetenschappelijke uitgaven staan vol feiten en die moeten bij voorkeur allemaal juist zijn. Zo ook conclusies, meningen en zelfs beschuldigingen die klaarblijkelijk op deze feiten zijn gebaseerd. Telkens moet worden vastgesteld of hetgeen gepubliceerd werd, steun vond in het ten tijde van de publicatie beschikbare feitenmateriaal. En mocht iets per ongeluk niet helemaal juist zijn, dan spelen omstandigheden zoals het maatschappelijk belang en de actualiteitswaarde van de publicatie, het gezag van de geraadpleegde bronnen en, in het algemeen, de zorgvuldigheid waarmee de publicatie tot stand is gekomen een belangrijke en soms zelfs doorslaggevende rol.

**Te lastig** De benadering wordt echter ongerijmder naarmate het accent van een publicatie meer ligt op de opinie dan op de feiten. Een mening laat zich nu eenmaal niet verifiëren. Desalniettemin zoekt de jurist bij zijn oordeelsvorming graag zo veel mogelijk steun bij de feiten die in de mening besloten liggen, om te beargumenteren of de publicatie van de betreffende mening toelaatbaar is. Aldus lijkt, bijvoorbeeld, niet de ernst van een beschuldigende of discriminerende mededeling doorslaggevend, maar de mate waarin deze mening wordt gedragen door beschikbare feiten. Noem daarom iemand liever een zak dan een zakkenvuller en hoedt u voor 'verifieerbare meningen'. Bedenk dat de vrijheid van meningsuiting bij 'echte meningen' een zeer moeilijk aantastbaar rechtsgoed is. Niet alleen staat de vrijheid 'to shock, offend and disturb' (aldus de Europese rechter over dit onderwerp) zeer hoog in het vaandel van de democratische samenleving, maar de rechter vindt het in het algemeen ook maar al te lastig om die mening te toetsen.

MARCEL DE ZWAAN

*De auteur is advocaat bij Houthoff Advocaten en Notarissen te Amsterdam*

