

E.J. Dommering

1. In deze zaak gaat het om door de nabestaanden van hun in een roman geportretteerde moeder beledigend geachte passages, waartegen zij bij de Sloveense rechter ageren. Bij de feitelijke rechters krijgen zij gelijk, maar niet bij het constitutionele Hof. Het gaat dus om een botsing tussen artistieke vrijheid en privacy. De laatste maal dat ik een literaire zaak van het Hof becommentarieerde was de zaak Lindon (EHRM 22 oktober 2007 appl. 21279/02, NJ 2008, 443, m.nt E.J. Dommering). Mijn conclusie was toen dat de lijn van het Hof niet erg consistent was. In deze ontvankelijkheidsbeslissing zet het Hof al zijn beslissingen die het sinds Lindon heeft gewezen op een rij. Het Hof acht de klacht niet ontvankelijk. Anders dan in de zaak Lindon wint nu de artistieke vrijheid. Laten we eerst even naar de feiten kijken, want daar draait het in dit soort zaken wel heel erg om.
2. De schrijfster die in deze zaak merkwaardig genoeg met initialen wordt aangeduid (B.M.Z.) heeft in 1998 een boek gepubliceerd onder de titel *Wanneer de berken daar groen worden: uit de gouden vertellingen van Depala Vas*. Het is het levensverhaal van de Sloveense vrouw Rozina die begin van de twintigste eeuw naar de Verenigde Staten emigreerde, daar trouwde met de Sloveen Brinovc, een avontuurlijk leven leidde en toen terugkeerde om in Slovenië de boerderij van de familie voort te zetten. Rozina wordt in het boek als vitaal en ambitieus afgebeeld, maar heeft toch enige smetjes op haar blazoen, omdat ze in de VS haar man met seks naar haar hand placht te zetten, geld belangrijker vond dan haar kinderen en tijdens de Drooglegging (*Prohibition*) illegaal gedistilleerd stookte en verkocht. Gelukkig had zij als devote katholiek een innige verstandhouding met de heilige Maria met wie ze regelmatig converseerde, en met wier persoonlijke hulp ze aan het eind van het boek in de hemel belandt. Dit laatste wordt in het boek als een parodie voorgesteld.
3. Vier van de dochters van Rozina horen over het boek van een andere zuster (die om een of andere reden geen klaagster is) die details over het leven van hun moeder aan de schrijfster heeft verklapt en van kennissen die bij lezing de geschiedenis van de familie hebben herkend. De in het boek gebezigde naam Brinovc is weliswaar niet de familienaam, maar wel de naam waaronder de familie in de gemeenschap bekend was. Er waren meer herkenbare details, waaronder een van de in het boek optredende dochters. Ze stappen naar de rechter. Ze beklagen zich er over dat het boek een negatief en defamerend beeld van hun moeder heeft geschetst en bovendien een verkeerd beeld van een van de in het boek herkenbare dochters, waardoor zij zich vernederd voelen in de plaatselijke gemeenschap waarin zij verkeren. B.M.Z. verdedigt zich met de stelling dat ze geen biografie heeft willen schrijven. Het detail over de illegale handel in gedestilleerd tijdens de Drooglegging kwam uit haar eigen familie en materiaal over het boek kwam ook uit andere emigrant verhalen. Eerst wil de rechter in eerste aanleg er niet aan, maar als hij van de appelrechter opdracht krijgt de zaak door te zetten, worden er getuigen gehoord en krijgen de dochters gelijk. Het draait dan vooral om de seksuele moraal van Rosina en de illegale handel in gedestilleerd. De rechtbank wijst schadevergoeding toe, een openbaar excuus, en uit de handel nemen van het boek. Dit vonnis wordt grotendeels bevestigd in hoger beroep. Het Constitutionele Hof vernietigt het vonnis. Het oordeelt dat voor de vraag of het boek defamerend is, *eerst* moet worden onderzocht of de *gemiddelde* lezer (omvattende een grote verscheidenheid van lezers met verschillende

achtergrond) dit literaire boek als *fictie* ervaart. *Daarna* moet worden bekeken of volgens een *objectieve* maatstaf de weergave van de hoofdpersoon Rozina als defamerend kan worden aangemerkt. Het gaat dus voor de beantwoording van beide vragen niet om de subjectieve gevoelens van de klaagsters. Beide vragen beantwoordt het Hof ontkennend.

4. Het EHRM zet in overweging 29 voorop dat het hier een geschil betreft tussen particulieren, en dat de vraag dus is of Slovenië haar positieve verplichting heeft geschonden in het nationale recht niet voldoende bescherming te hebben verleend tegen een privacyschending. Het gaat er om of de staat bij de afweging van een conflict van rechten (zoals in dit geval) de juiste balans heeft bereikt. De wijze waarop de nationale staat invulling heeft gegeven aan de positieve verplichting is onderhevig aan ‘a certain margin of appreciation’ (par. 30), en als de afweging volgens de door het EHRM ontwikkelde criteria heeft plaatsgehad, moet het Hof wel sterke redenen hebben om in te grijpen (par. 31). Het precedent dat het in dit verband citeert is de zaak Aksu. De zaak betrof de vraag of de definitie van ‘zigeuner’ in een door de Turkse regering verspreid woordenboek discriminerend was (EHRM –Grand Chamber- 15 maart 2012, appl. 4149/04 en 41029/04, par. 69-72, *NJ* 2013, 92, bevestigend EHRM 27 juli 2010, *NJ* 2011, 346, m. nt. E.J. Dommering). Een tweede stap die het zet is dat respect en reputatie door artikel 8 worden erkend, maar dat het dan wel om ernstige aanvallen op een reputatie moet gaan (in dat verband citeert het de zaak Axel Springer, EHRM 7 februari 2012, appl. 39954/08, *NJ* 2013, 250, m. nt. E.J. Dommering bij *NJ* 2013, 251). De derde stap is dat bij de publicatie van een boek het recht van privacy moet worden afgewogen tegen de artistieke vrijheid van de kunstenaar. Het citeert als precedënten de zaak Chaudy, EHRM 29 september 2004, par. 70 en de zaak Mizzi, EHRM 22 februari 2012, appl. 17320/10, par. 32. De eerste gaat over een boek en de tweede over een perspublicatie; de overwegingen waar naar wordt verwezen zijn erg algemeen. De artistieke expressie krijgt meer accent in par. 33, in welk verband het verwijst naar de zaak Alinak (EHRM 29 maart 2005, appl. 40287/98, *NJ* 2007, 198; door mij geannoteerd bij *NJ* 2007, 200, paragraaf 41-43) en de zaak Karatas (EHRM – Grand Chamber – 8 juli 1999, appl. 23168/94, par. 49 door mij zijdelings besproken in de noot bij de zaak Baskaya van dezelfde datum en kamer, *NJ* 2001, 62, punt 4 van de noot). In beide zaken wordt het belang dat het om fictie gaat benadrukt. Het herhaalt in par. 34 de overweging uit de Karataszaak dat de (overdrijvende) literaire stijl is beschermd samen met het onderwerp.
5. Artistieke expressie is dus een factor, maar is toch niet altijd doorslaggevend, omdat in sommige gevallen de aanval op een reputatie te herkenbaar en te ernstig kan zijn. Het Hof heeft nog een aanvullend criterium, namelijk dat het literaire werk maar een beperkt publiek bereikt (dat was ook al in de onder 1 genoemde zaak Lindon een overweging). Nadat het alle precedënten heeft opgesomd sluit het als een nabrander in par. 38 af met de instemmende constatering dat het Constitutionele Hof heeft vastgesteld dat de meeste lezers het werk niet hebben opgevat als een biografie.
6. Zijn we veel verder gekomen sinds Lindon? Mijns inziens niet. Het Hof reikt een mandje criteria aan, maar hoe en in welke verhouding en volgorde de nationale rechters die moeten toepassen, wordt aan hun discretie overgelaten. Merkwaardig is dat het pas aan het eind in overweging 38 (bijna als een bijkomende omstandigheid: ‘*Lastly, the Court finds it important to note*’) zegt dat de nationale rechter heeft vastgesteld dat de meeste lezers het niet hebben opgevat als betrekking hebbend op mensen in de werkelijkheid

(‘real people’... ‘depiction of the actual person concerned’). De benadering van de Sloveense constitutionele rechter heeft mijn voorkeur. Probeer eerst volgens objectieve criteria vast te stellen of we met een werk van fictie hebben te doen. Dat is mijns inziens de eerste hoofdvraag (en niet de laatste). Dat is lang niet altijd eenvoudig, omdat we van Karel van het Reve hebben geleerd dat een werk van fictie zowel ‘waarheidsaanspraken’ als ‘fictieaanspraken’ bevat, en dat het nu juist die combinatie is die het spannend maakt (Karel van het Reve, ‘Fiction en non-fiction bij Tostoi’, in: *Rusland voor beginners (Verzameld Werk II*, Amsterdam: Uitgeverij G.A. van Oorschot 2008, p. 337-355). We zagen dat probleem opduiken in de Lindonzaak omdat fictie en werkelijkheid in de roman door elkaar heen liepen. Alle noodzakelijke verdere afwegingen volgen uit de vaststelling dat het volgens objectieve maatstaven om fictie gaat. Die volgende afwegingen zijn: valt de vorm van de aanval nog binnen een artistieke expressie, hoe zwaar is de aanval op een reputatie, en hoe herkenbaar is de aangevallene voor een algemeen publiek. Overigens speelt in dit soort zaken (waarschijnlijk ook in deze) vaak mee dat de fictie net iets te veel verwijzingen naar de (vaak bekende) persoon in de werkelijkheid bevat, omdat de schrijver daarmee de belangstelling voor zijn of haar boek heeft willen vergroten. Behalve een artistiek belang is er dus vaak ook een eigen belang van de schrijver in het spel.

E.J. Dommering