

# Postume privacy en reputatie

*Antoon De Baets*

In haar bijdrage in deze bundel lanceert Elsbeth Etty als centrale stelling dat de doden geen *privacy* hebben en dat privacybescherming voor de doden bijgevolg niet nodig is. Als verdediging voert Etty het volgende aan: 'Het onthullen van geheimen [van de doden] kan [...] hooguit pijnlijk zijn voor nabestaanden, maar ze hebben geen invloed op het heden en op het beschreven leven zelf.' Dit argument roept vragen op. Bestaan inbreuken op de privacy uitsluitend uit het onthullen van geheimen? Als de onthulde geheimen van overledenen pijnlijk zijn voor hun nabestaanden, dan hebben ze toch invloed op het heden? Is het omschrijven van het effect van die onthulde geheimen op de nabestaanden als 'hooguit pijnlijk' niet een onderschatting van dat effect? Zijn de meesten van ons niet enigszins bezorgd over de reputatie die ze na hun dood zullen hebben, ook al hebben onthulde geheimen geen invloed op de dode zelf? Wie van ons onderschrijft de gedachte dat na onze dood om het even wat over ons mag worden beweerd?<sup>1</sup> Als de doden geen privacy hebben, waarom wordt dan toch alom aangenomen, ook door Etty, dat niet alleen de status van de onthulling van geheimen van de doden — roddel, speculatie of feit — helder moet zijn, maar ook dat die onthulde geheimen *significant* licht moeten werpen op de beschreven persoon zelf, en in het bijzonder op diens publieke handelen? Kortom, is het zeker dat alleen de levenden privacy hebben? En is het zeker dat de doden vogelvrij zijn?

## *Een verkenning*

Voordat ik die vragen van nabij ga bekijken, zal ik een korte verkenning maken langs enkele gevallen waarin de privacy van de doden centraal staat. In vele landen bestaan wetten voor 'de bescherming van de nagedachtenis van de doden' of tegen 'smaad aan overledenen'. Vaak worden die smaadwetten schromelijk misbruikt en hebben ze een ontmoedigend effect op het uiten en uitwisselen van historische ideeën. Het zijn dikwijls nauwelijks verholde censuurpogingen die tot

schrijnend machtsmisbruik leiden. Het is dus zaak om op zijn hoede te zijn voor smaadwetten.<sup>2</sup> Biografieën van dode leiders in het bijzonder worden vaak beschouwd als explosieve materie. De nagedachtenis van Mustafa Kemal Pasha (1881-1938), beter bekend onder de naam Atatürk, wordt in Turkije beschermd door een wet uit 1951 die tot op vandaag zeer actief wordt toegepast. Vergelijkbaar is de notoire Thaise wet op majesteitsschennis die niet alleen betrekking heeft op de huidige monarch, maar ook op diens overleden voorgangers. In Vietnam blijkt het verstrekken van details over het privéleven van Ho Chi Minh (1890-1969) riskant te zijn, en onlangs ontstond in India groot tumult over een Amerikaanse kritische biografie van de Marathenleider Shivaji (1627-1680).<sup>3</sup>

Sommige doden zijn het onderwerp geweest van geruchtmakende rechtszaken, waaruit hun biografen niet zelden met kleerscheuren te voorschijn kwamen. In de jaren zestig dwong een Amerikaanse rechter historicus Francis Russell om citaten uit door hem ontdekte liefdesbrieven van president Warren Harding (1865-1923) aan zijn minnares te schrappen uit zijn biografie. Hardings familie verklaarde zich 'onherstelbaar beschadigd' te voelen indien passages uit die brieven, geschreven vóór zijn presidentschap, zouden worden gepubliceerd. Desondanks kon ze niet beletten dat uittreksels uit enkele brieven toch breed werden uitgemeten in de pers. De familie claimde het eigendom van de brieven, kon ze kopen en schonk ze in 1971 aan de Library of Congress, waar ze vanaf 2014 ter inzage zullen liggen.<sup>4</sup>

De Franse historicus Emmanuel Chadeau verging het iets beter. In 1994 besliste een rechter in Parijs dat hij zorgvuldig te werk was gegaan in zijn biografie over Antoine de Saint-Exupéry (1900-1944), ook toen hij de mogelijkheid opperde dat de op mysterieuze wijze verdwenen schrijver-piloot niet was verongelukt tijdens een nachtvlucht maar eigenlijk zelfmoord had gepleegd. In de zaak, aangespannen door De Saint-Exupéry's gegriefde erfgenamen, tikte de rechter Chadeau echter op de vingers wegens ongeoorloofde verspreiding van ongepubliceerd materiaal over De Saint-Exupéry. Over dat materiaal, aldus de rechter, konden de nabestaanden een moreel recht laten gelden.<sup>5</sup>

In Zwitserland ving historicus Willi Wottreng enkele jaren later bot toen hij toegang vroeg tot het strafdossier van Martin Schippert (1946-1981), alias Tino, de stichter-leider van de Zwitserse *Hell's Angels*. De rechter vond dat een uitzondering ten gunste van Wottreng op het embargo dat op dit dossier rustte, uitgesloten was, omdat zijn biogra-

fie Tino's wettelijk gegarandeerde anonimiteit per definitie onmogelijk kon waarborgen.<sup>6</sup> In een latere fase vond het hooggerechtshof dat het slagen van de biografie niet afhing van de informatie uit het straf-dossier. Het oordeelde bovendien dat Tino's strafprocessen slechts momentopnames uit diens leven waren geweest en maar een beperkt beeld van hem schetsten. Om beide redenen vond het gerechtshof daarom dat Wottrengs vrije meningsuiting en academische vrijheid niet in het geding waren. Wel kon het hof Wottrengs standpunt billijken dat Tino een 'figuur uit de eigentijdse geschiedenis' was, maar het voegde eraan toe dat ook 'figuren uit de eigentijdse geschiedenis' recht op privacy hebben. In het geval van Tino ging dit recht uit piëteitsoverwegingen over op zijn nabestaanden. Wottreng had echter met de nabestaanden geen contact gehad over de inzage van het dossier. Als hij hun instemming alsnog verkreeg, zou er aldus het hof, een nieuwe situatie ontstaan.<sup>7</sup>

Het meest spraakmakende proces speelde zich evenwel af in Canada. Daar hadden twee zakenlui uit Québec, de gebroeders Pierre en Claude Michaud, in 1993 schrijver en historicus Pierre Turgeon gecontracteerd om een biografie te schrijven van hun oudoom en stichter van hun bedrijf, Paul-Hervé Desrosiers (1898–1969). Turgeon kreeg toegang tot alle ooggetuigen en persoonlijke archieven, maar toen hij zijn manuscript inleverde, wezen de broers het af. Ze vonden dat het niet de bedrijfsgeschiedenis was geworden die hun voor ogen had gestaan. In plaats daarvan had Turgeon Desrosiers' privacy geschonden en waren passages over diens vermeende politieke banden, corruptie, favoritisme en het bewerken van verschillende eerste ministers grievend voor diens nagedachtenis en diens nabestaanden. De slepende zaak belandde in 2003 voor het hof van beroep, en daar werden de broers in het gelijk gesteld om contractrechtelijke redenen. Omdat de rechter die redenen voldoende grond voor een veroordeling vond, achtte hij een inhoudelijke beoordeling van de vraag of er sprake was van postume privacy-schending of smaad overbodig. De inzet was hoog: sinds 1993 had het Burgerlijk Wetboek van Québec de publicatie van biografieën zonder toestemming van de gebiografeerde 'of diens erfgenamen' verboden. De clausule 'of diens erfgenamen' werd in 2002 geschrapt, naar verluidt onder invloed van de zaak-Turgeon. De rechter besloot echter dat Turgeon, die werd gesteund door ettelijke verenigingen van historici, krachtens zijn contract een vertrouwelijkheidsplicht had en verbood hem zijn manuscript te publiceren. Bovendien moest hij alle informatie terug-

geven die hij had ingewonnen bij de ooggetuigen en in de persoonlijke archieven van Desrosiers.<sup>8</sup>

Wereldwijd, zo luidt de conclusie na deze vluchtige verkenning van kwesties in acht landen, liggen de privacy en de reputatie van de doden gevoelig. In de vier hierboven beschreven rechtszaken ging het om plaatselijk of internationaal bekende figuren. Hun faam maakte de grens tussen hun privéleven en het recht van het publiek om over hen geïnformeerd te worden vaag en smal. Drie van de vier rechtszaken werden door de nabestaanden aangespannen, in de vierde werd het de historicus (Wottreng) verweten geen contact met de nabestaanden te hebben gehad. De rechters waren van mening dat speculaties over De Saint-Exupéry's mogelijke zelfmoord, en onthullingen over Hardings liefdesleven, Tino's strafblad en Desrosiers' intriges geheel of gedeeltelijk in de sfeer van de privacy en reputatie van zowel de betrokkenen als hun nabestaanden lagen. Bij Tino en de Saint-Exupéry ging het wellicht vooral om hun privacy, bij Desrosiers om diens reputatie, bij Harding om beide. In drie gevallen verloren de historici hun zaak; alleen in het geval van De Saint-Exupéry kreeg de historicus (Chadeau) gedeeltelijk gelijk. In de zaak-Tino mocht Wottreng de bronnen niet raadplegen, maar bestond nog wel de kans dat hij de instemming van de nabestaanden zou krijgen. In het geval van De Saint-Exupéry mocht Chadeau de bronnen raadplegen maar niet verspreiden. In de kwestie-Harding mocht Russell de bronnen raadplegen maar niet verspreiden of citeren. In de affaire-Desrosiers mocht Turgeon de bronnen raadplegen maar niet verspreiden en werd publicatie van zijn manuscript zelfs verboden. In de laatste twee gevallen moesten de vertrouwelijke bronnen ook worden terugbezorgd aan de nabestaanden.

De kwesties hebben dus vele facetten die verband houden met postume privacy en reputatie, zijn tegelijk en met ongelijke sterkte werkzaam. Om ze goed te kunnen beoordelen, is een uitgewerkte visie op het probleem nodig. Het startpunt is een goed beeld te geven van wat privacy en reputatie betekenen voor de levenden.

#### *Privacy en reputatie van de levenden en de doden*

Het centrale idee van de mensenrechten is dat de levenden waardigheid bezitten en daarom respect verdienen. Daaruit vloeit een reeks van rechten voort die zijn opgesomd in de *Universele Verklaring van de Rechten van de Mens* (1948). Prominent daarin prijkt privacy. Artikel 12 van de *Universele Verklaring* luidt immers: 'Niemand zal onderworpen worden

aan willekeurige inmenging in zijn persoonlijke aangelegenheden, in zijn gezin, zijn tehuis of zijn briefwisseling, noch aan enige aantasting van zijn eer of goede naam.<sup>9</sup> Het concept 'privacy' wordt hier ruim begrepen en omvat mede de eer en goede naam van een persoon. Privacy in strikte zin is het recht op respect voor het privéleven, de woning en de correspondentie van een persoon. Ze heeft te maken met de autonomie, identiteit, integriteit en intimiteit van die persoon. 'Eer' is een begrip ergens halfweg tussen privacy en goede naam; het gaat daarbij om de zelfachting van een persoon. De goede naam of de reputatie van een persoon is de waardering van die persoon door anderen.<sup>10</sup> Privacy, eer en reputatie behoren tot de groep van de zogeheten 'persoonlijkheidsrechten'. Het zijn legitieme gronden om het recht op vrije meningsuiting van anderen (zoals historici) te beteugelen, zij het onder strikte voorwaarden.<sup>11</sup>

Behalve naar privacy als een recht van de levenden, moeten we ook even naar de keerzijde kijken, de inbreuken op dat recht. Volgens de klassieke indeling van de jurist William Prosser kunnen vier inbreuken op de privacy worden onderscheiden: binnendringen in iemands privéleven, openbaarmaking van pijnlijke feiten uit iemands privéleven, iemand publiekelijk in een vals licht plaatsen, en toe-eigening van iemands naam of uiterlijk.<sup>12</sup> Uit Prossers schema blijkt onmiddellijk dat het onthullen van pijnlijke feiten maar één facet van privacyschending is; daarnaast zijn er nog drie andere. Specifieke inbreuken op de eer en reputatie worden 'diffamatie' genoemd. Gewoonlijk wordt mondelinge diffamatie aangeduid als 'laster' en schriftelijke diffamatie als 'smaad'. Het onderscheid tussen 'diffamatie' en het verwante 'belediging' is in de praktijk vaak onduidelijk en smaadwetten worden veelal toegepast op geschillen over belediging.<sup>13</sup> Dit is, in het kort, de situatie voor de levenden.

Ik richt mij nu op het vraagstuk van de doden. Zijn de rechten op het gebied van privacy en reputatie van de levenden ook van toepassing op de doden? Welbeschouwd niet, want de doden zijn geen mensen, maar *voormalige* mensen.<sup>14</sup> Bijgevolg bezitten de doden geen menselijke waardigheid en zijn de mensenrechten van de levenden dus niet op hen van toepassing. Dat betekent dus ook dat het recht op privacy van de levenden niet geldt voor de doden. Toch is hiermee de kous niet af. Dat komt omdat de doden onontkoombaar door hun voormalige menszijn worden gedefinieerd. Het feit dat de doden geen *menselijke* waardigheid bezitten, betekent immers niet dat zij helemaal geen waardigheid

hebben. Integendeel, de opvatting dat de doden met respect behoren te worden behandeld, is universeel. Dat komt omdat zij *postume* waardigheid bezitten. En dat betekent dat het instrumentarium van de mensenrechten weliswaar niet rechtstreeks op hen van toepassing is, maar toch de belangrijkste inspiratiebron voor het vastleggen van de plichten van de levenden tegenover de doden is.

Ik verdedig hier dan ook de stelling dat de doden uit hoofde van deze postume waardigheid privacy en een reputatie bezitten (zij het geen *recht* op privacy en geen *recht* op een reputatie). Ik geloof echter niet dat zij een eer bezitten, want het begrip 'eer' is het resultaat van zelfreflectie, en die bezitten de doden niet. De plichten van de levenden tegenover de doden zijn geheel moreel en deels juridisch van aard. Niet minder dan vijf van deze plichten hebben privacygerelateerde aspecten:

- *Lichaam*: de plicht om de fysieke integriteit van de doden te beschermen.
- *Graf*: de plicht om de doden met fatsoen te begraven of te cremen en hun rust niet te verstoren.
- *Identiteit*: de plicht om het lichaam van de doden te identificeren, en hun dood en de doodsoorzaak, hun namen, geboorte- en sterftedag, en (indien toepasselijk) hun nationaliteit te registreren.
- *Beeld*: de plicht om de privacy en reputatie van de doden af te wegen tegen het algemene belang als ze worden getoond in exposities of afbeeldingen.
- *Woord*: de plicht om de privacy en reputatie van de doden af te wegen tegen het algemene belang als er feiten over hen worden onthuld.<sup>15</sup>

Om de privacygerelateerde aspecten van deze plichten te verhelderen, ligt het voor de hand ze te toetsen aan Prossers schema. De eerste inbreuk die Prosser onderscheidde was 'binnendringen in iemands privé-leven'. Dit element is *mutatis mutandis* toepasselijk op de lichaams- en grafgerelateerde plichten tegenover de doden. Privacy van de doden betekent in dit geval dat we de plicht hebben het stoffelijke overschot en het graf niet te storen (zoals passend wordt samengevat in de frase 'rust in vrede'). De lichaams- en grafgerelateerde inbreuken op de privacy van de doden zijn bij wet geregeld: de vermindering van lijken en de ontwijding van graven zijn overal verboden. Het Internationaal Strafhof is bevoegd om zulke 'aanslagen op de waardigheid van dode personen' te straffen.<sup>16</sup> Het hele gebied is terecht gejuridiseerd.

Misschien moet hier evenwel voor de wetenschap een (gedeeltelijke) uitzondering worden gemaakt. Zo woedde de afgelopen decennia een verhit debat over de kwestie of archeologen zonder meer de stoffelijke overschotten, graven en grafgoederen van de voorouders van inheemse volkeren mochten opgraven en bestuderen. Als gevolg van dat debat hebben de archeologen de voorschriften voor verantwoord gedrag dien-aangaande gecodificeerd.

De identiteitsgerelateerde plicht tegenover de doden is verbonden met Prossers laatste categorie: toe-eigening van iemands naam of uiterlijk. Het gaat mogelijk om de belangrijkste inbreuk op de privacy van de doden, althans de beroemde doden, omdat er nu eenmaal altijd mensen zijn die willen profiteren van de roem van overleden grootheden. De overdrachtelijkheid van de roem van, zeg, Elvis Presley, en het eigendom van publiciteitsrechten zijn kwesties die hieronder vallen, maar omdat zij eerder raken aan eigendomsrechten dan aan privacyrechten zijn historici daarbij meestal geen bijzonder betrokken partij.<sup>17</sup> Blijven Prossers twee andere inbreuken: 'openbaarmaking' en 'vals licht'. Beide zijn relevant voor de beeld- en woordgerelateerde plichten tegenover de doden. Vaak vormen ze niet alleen inbreuken op de privacy, maar tegelijk ook aanvallen op de reputatie van de doden. Ik hoop met de toets van Prossers vierluik aannemelijk te hebben gemaakt dat er goede gronden bestaan om begrippen als 'privacy' en 'reputatie' ook op de doden van toepassing te verklaren. Het vervolg van mijn redenering gaat alleen over de beeld- en woordgerelateerde plichten tegenover de doden omdat enkel die een grote rol spelen in het werk van historici. Om uit te zoeken hoe historici verantwoord met deze plichten kunnen omgaan, staan we eerst stil bij de rechtspraak. Pas als we weten hoe rechters historici in privacykwesties beoordelen, hebben we een stevige basis om te bepalen hoe historici zichzelf moeten beoordelen.<sup>18</sup>

*De kijk van de rechters en het verweer van de historici*

Kennen rechters het probleem van postume privacy en reputatie? En hoe beoordelen ze het?

De eerste vraag is eenvoudiger dan de laatste. Zeker erkennen rechters het probleem van de postume privacy en reputatie, hoewel ze het meestal samenvatten onder de noemer van 'bescherming van de nagedachtenis van de doden'. Om te bepalen op welke categorieën van doden die bescherming van toepassing is, hanteren rechters doorgaans een eenvoudige regel: er bestaan geen inbreuken op de nagedachtenis

van de doden zonder klachten en er zijn geen klachten zonder klagers. Rechters zijn doorgaans niet geneigd zich met de doden bezig te houden als overlevende familieleden of andere levende eisers zich hun lot niet aantrekken. Zaken die de privacy of reputatie van overledenen betreffen, komen dan ook alleen voor als nazaten aangeven zich persoonlijk gekwetst te voelen. Als zich geen klagers aandienen, kunnen onzorgvuldige of oneerlijke historici hun gang gaan. Contemporaine historici worden nauwlettend gevolgd, maar de nu levende historici van vroegere perioden en, ooit, de toekomstige historici van de contemporaine periode kunnen in juridisch opzicht straffeloos uitspraken over de doden doen. Verre afstammelingen of sympathisanten die zich gekrenkt voelen door een negatieve portrettering van hun geliefde en bewonderde doden kunnen niet na verloop van decennia of eeuwen alsnog een smaadzaak aanspannen. Het recht spoort niet met intellectuele of morele schade die pas optreedt na lang uitstel, met veel vertraging, op grote afstand. Als historici gespecialiseerd in oude perioden liegen, zijn ze moreel en wetenschappelijk onverantwoordelijk, maar niet juridisch. Contemporaine historici zijn verplicht om niet alleen moreel en wetenschappelijk maar ook juridisch de waarheid te vertellen.<sup>19</sup> In de regel behandelt de rechter dus zaken die alleen door nauwe verwanten van recente doden worden aangespannen. *In de regel*, want bekende figuren, en politieke leiders in het bijzonder, vormen hierop vaak een uitzondering.

De moeilijkste vraag is hoe rechters kwesties van postume privacy en reputatie concreet beoordelen. Om te beginnen gaan ze ervan uit dat postume privacy en reputatie bestaan. Dat is te merken aan vele factoren, waarvan er enkele inmiddels bekend klinken. Ten eerste spreekt de wet vaak zelf van de ‘nagedachtenis van de doden’. Ten tweede is het zo dat waar een rechtszaak — dus ook een privacy- of smaadzaak — altijd ten einde komt als de gedaagde sterft, dat niet per definitie het geval is als de eiser sterft; vaak wordt de zaak dan voortgezet door erfgenamen. Ten derde, die nakomelingen kunnen niet alleen zaken voortzetten, ze kunnen ze ook zelf entameren.<sup>20</sup> Ten vierde, postume reputaties spelen een hoofdrol in de juridische aanpak van de zogeheten holocaustontkenners. Zonder uitzondering vinden rechters aangeklaagde holocaustontkenners schuldig aan smaad, omdat deze de nagedachtenis van de omgekomen slachtoffers van de holocaust hebben besmeurd door te beweren dat de holocaust niet plaatsvond (dus door die slachtoffers en hun nazaten impliciet van leugens te betichten).<sup>21</sup> Ten vijfde, het



begrip postume reputatie zit per definitie gebakken in het idee van postuum eerherstel. Vonnissen kunnen na de dood van een ten onrechte veroordeelde worden ingetrokken als een symbolische vorm van reparatie. Postuum herstel van de waardigheid en reputatie van overleden slachtoffers van ernstige mensenrechtenschendingen was trouwens een belangrijke drijfveer achter de oprichting van het Internationaal Strafhof.

Om deze vijf redenen erkennen rechters het bestaan van postume privacy en reputatie. Over de vraag hoelang deze blijven bestaan, spreken ze zich niet uit. Ze zeggen wél dat de behoefte om conflicten dienaangaande te juridiseren geleidelijk uitdooft, met andere woorden dat beledigende opmerkingen of gênante onthullingen over de doden niet eeuwig als strafbare diffamatie of privacyschendingen kunnen worden beschouwd.

Hoe kunnen historici die beschuldigd worden van privacyschending of smaad zich verweren? Ze hebben zes strategieën tot hun beschikking, die we ‘waarheid’, ‘zorgvuldigheid’, ‘fair commentaar’, ‘publiek belang’, ‘voorrecht’ en ‘goede trouw’ zullen noemen. Niet elke vorm van verweer kan altijd worden ingezet. Dat komt omdat rechters uitspraken over de doden in twee categorieën verdelen: ‘feiten’ en ‘opinies’.<sup>22</sup> Het verschil tussen beide is dat feiten vatbaar zijn voor een waar/vals-test en opinies niet. Het voornaamste verweer van historici die beschuldigd worden van smadelijke feiten is het verweer van waarheid. Dit verweer houdt in dat het historici toegestaan wordt te bewijzen dat een feit waar is. Voor smaadkwesties is deze verdediging effectief, want als een feit waar is, kan het strikt genomen niet smadelijk zijn. Was dat wel zo, dan was de reputatie van de dode onverdiend. Het waarheidsverweer is evenwel niet altijd toegestaan. In sommige gevallen zullen rechters vreemd genoeg oordelen dat een waar feit tóch smadelijk is. In andere gevallen zullen ze zeggen dat de feiten zo lang geleden hebben plaatsgevonden dat hun waarheidsgehalte van geen belang meer is. In feite hebben rechters een ongemakkelijke verhouding ten opzichte van de historische waarheid: die moet immers vaak gepuurd worden uit specialistische historische informatie en daarmee zijn ze niet vertrouwd. Bovendien is de historische waarheid op het vlak van feiten in beperkte mate en op het vlak van opinies in ruime mate vatbaar voor verandering en aanpassing.<sup>23</sup> Voor privacykwesties is het waarheidsverweer veel minder effectief, omdat ware onthullingen over iemands privéleven nog steeds een inbreuk op de privacy kunnen zijn. Hoe zit het dan met feiten die onwaar blijken te

zijn? Als historici een onware feitelijke uitspraak hebben gedaan, kunnen ze zich verdedigen door zorgvuldigheid in te roepen: ze zeggen dan dat zij het feit dat achteraf onwaar bleek te zijn, naar hun beste vermogen hebben gecontroleerd. Dit verweer is ontvankelijk, maar minder effectief dan het waarheidsverweer. Rechters gaan immers enigszins ongeduldig om met de onwetendheid en de fouten van historici omdat deze laatste, als wetenschappers, de plicht hebben om hun uitspraken grondig na te trekken.<sup>24</sup>

In tegenstelling tot 'feiten' kunnen 'opinies' niet onderworpen worden aan een waarheidstest. Rechters zien opinies als uitdrukkingen van een pluralisme dat vitaal is voor een democratische maatschappij. Eisen dat opinies waar zijn, is onmogelijk. Een dergelijke eis wordt beschouwd als een inbreuk op de vrije meningsuiting. Dat betekent niet dat historici zich aan wilde, ongefundeerde speculaties mogen overgeven, integendeel: hun opinies moeten een feitelijke basis hebben. Als hun opinies desondanks betwist worden, kunnen historici het verweer van 'fair commentaar' invoeren: ze zeggen dan dat hun opinie werd geformuleerd als een bijdrage tot een legitiem publiek debat over het verleden.

De resterende vormen van verweer kunnen ingeroepen worden voor zowel feiten als opinies. Met het verweer van publiek belang betogen historici dat hun uitspraken een zaak van openbaar belang betroffen. Het was hun plicht, zo zullen ze zeggen, om de publieke opinie hierover te informeren en het was het recht van dat publiek om erover geïnformeerd te worden. Af en toe zal er dan wel over getwist worden of en welke historische gebeurtenissen nog steeds zaken van openbaar belang zijn. Het tweede verweer, nauw verbonden met het idee van publiek belang, komt alleen voor in gevallen waarin een smadelijke uitspraak herhaald moet worden. Letterlijke herhaling van een smadelijke uitspraak in parlementaire, gerechtelijke of quasi-gerechtelijke debatten, in persberichten of in essays als het onderhavige met de bedoeling het publieke belang te dienen, geniet deze speciale bescherming. Dit is het verweer van voorrecht. Het laatste verweer is wellicht het belangrijkste: goede trouw. Historici die dit verweer inzetten, zullen gewoonlijk zeggen dat ze hun ware feiten niet op een malicieuze of nalatige wijze hebben geformuleerd; dat ze oprecht geloofden dat de onware feiten waar waren; dat ze zich werkelijk hebben ingespannen om die te controleren; dat hun opinies fair waren; en dat hun uitspraken niet door animositeit maar door het publieke belang werden ingegeven. Wat

het verweer ook is, de rechter zal altijd de goede trouw toetsen. Zonder goede trouw geen vrijspraak.

*De wijze rechter*

Hoe ziet de praktijk eruit? In augustus 2003 spande Rosalie Bresser-Dukker een kort geding aan tegen de Stichting Digitaal Monument Joodse Gemeenschap in Nederland en diens toenmalige directeur, historicus Isaac Lipschits. De in 2000 opgerichte stichting wilde op een aparte website alle namen publiceren van Nederlandse Joden die in de Tweede Wereldoorlog zijn omgekomen. Dat zou gepaard gaan met de vermelding van andere basisgegevens, zoals hun toenmalige adressen, de namen van hun familieleden, hun beroepen, huisraad en, ten slotte, korte biografische notities. Als Joods kind bracht Bresser-Dukker de oorlog als onderduiker door. Vóór de lancering van de website verzocht ze de stichting (tevergeefs) om de gegevens van haar grootouders van vaders- en moederszijde en hun nabestaanden niet op de website te vermelden. Omdat publicatie van die gegevens de privacy van haar overleden familie en die van haar schenden en haar psychologisch schade zou berokkenen. Verder voerde ze aan dat zij niet was geïnformeerd over het initiatief maar er bij toeval achter kwam en dat haar hiervoor nooit om toestemming was gevraagd. Ze vond bovendien dat de website niet het algemene belang diende daar de erop te vermelden personen geen publieke figuren waren. De collectieve registratie van Joden op het internet deed haar denken aan onzalige oorlogspraktijken, en ze vreesde dat het initiatief antisemitisme zou uitlokken. Ten slotte vond Bresser-Dukker dat het initiatief geen respectvolle manier was om de omgekomen Joden te gedenken.

In december 2003 oordeelde de rechter evenwel dat er geen sprake was van een inbreuk op de privacy van Bresser-Dukker of haar overleden familie omdat ze zelf niet identificeerbaar was op de website (ze werd vermeld als 'overlevend kind'). Verder bleken vele gegevens van haar overleden familie elders al op het internet gepubliceerd te zijn. Bovendien was de presentatie van de gegevens volgens de rechter niet bedoeld om de goede naam van de slachtoffers te belasteren, maar juist om die te eren. Om deze redenen vond hij dat voorrang gegeven moest worden aan de vrije meningsuiting van de stichting. Wel riep hij de stichting op om serieuze bezwaren van nabestaanden individueel te onderzoeken en de compleetheid van wat hij een 'honorabel project' noemde in schrijvende gevallen te milderen.<sup>25</sup>

In april 2005 werd de website gelanceerd onder de vleugels van het Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis. Een bezoek aan de website leverde twee korte berichten over het privacybeleid van de stichting op. 'De bestanden die mogelijk de namen van nog levende joden bevatten [...] zijn beveiligd. Een half jaar na de openbaarmaking van de site zullen deze gegevens, conform de WBP [Wet Bescherming Persoonsgegevens] worden vernietigd.' Een zoekactie op naam leverde geen treffers over Rosalie Bresser-Dukker op.<sup>26</sup>

Dit conflict is in menig opzicht interessant voor onze discussie. Het gaat om een rechtszaak die de eiseres had aangespannen om haar overleden familie en zichzelf genoegdoening te geven. De eiseres vond dat én de privacy van haar overleden familie én die van zichzelf waren aangetast; de privacy van de doden was dus mede in het geding. Bovendien vond ze dat het idee van de website smadelijk was; ook postume reputaties speelden een rol. De rechter verwierp niet het idee dat de doden die op de website zouden worden vermeld en ongeveer zestig jaar eerder waren omgekomen, privacy en een reputatie hadden. Integendeel, door te oordelen dat de privacy en reputatie van deze doden niet waren geschonden, ging hij er stilzwijgend van uit dat ze die hadden. Hij baseerde immers zijn afwijzing van Bresser-Dukkers eis op het feit dat de privacy van de doden niet was aangetast (hun gegevens waren immers elders al publiek beschikbaar) en hun reputatie evenmin (de intentie van de gedaagden was niet te smaden maar te eren). Na deze afweging beslechtte de rechter het klassieke dilemma tussen vrije meningsuiting en privacy/reputatie in het voordeel van de vrije meningsuiting. Zijn wijsheid bleek echter vooral uit de oproep aan de stichting om goed naar de bezwaren van de betrokkenen te luisteren. En inderdaad, was de gang naar de rechter werkelijk de enige manier om het conflict op te lossen?

#### *De verantwoordelijke historicus*

De beeld- en woordgerelateerde plichten van de levenden tegenover de doden nopen historici ertoe om gevoelige persoonlijke gegevens van de overledenen met zorg en, in uitzonderlijke gevallen, met vertrouwelijkheid te behandelen. Hoe is het echter mogelijk om de postume waardigheid van de doden, inbegrepen hun privacy en reputatie, te respecteren zonder tegelijk de toegang tot gevoelige archieven te blokkeren of kritische publicaties over de doden te beletten? De oplossing is tweevoudig.

De eerste stap is *dejuridisering*. Dat betekent dat het probleem niet in handen van rechters wordt gelegd, maar in die van verantwoordelijke historici. De beste garantie om met de beeld- en woordgerelateerde plichten tegenover de doden om te gaan, ligt hierin dat zij eerlijk zoeken naar de historische waarheid. Toch kan het recht van de historici om de waarheid te kennen in botsing komen met hun plicht om de privacy en de reputatie van de doden te respecteren.

Voor zulke gevallen is een vervolgstap nodig: een test waarin de historicus, net als de rechter, een zorgvuldige *afweging* maakt. Deze afweging bestaat hierin dat bij gevoelige feiten en opinies wordt nagegaan of het voordeel dat hun weglating oplevert voor wat betreft de bescherming van de privacy en reputatie van de dode, substantieel groter is dan het nadeel dat de vrijheid van meningsuiting wordt berokkend. Als de uitslag positief is, dan wordt het feit of de mening niet vermeld. De test dient een structureel onderdeel te vormen van de kritische methode die historici hanteren, maar historici moeten niet verplicht worden om de toepassing van die test ook telkens in hun werk te vermelden. Anders zou het innemen van controversiële of nieuwe posities over historische feiten erg moeilijk en misschien wel onmogelijk worden. Wel is het aan te bevelen dat historici *gekende* en *substantiële* bezwaren tegen hun stellingen, afkomstig van hun onderzoekssubjecten toen ze nog leefden of van overlevende verwanten en vrienden, in hun werk ter sprake brengen.

Omgekeerd moeten historici ook over een recht om te zwijgen beschikken. Hun moet worden toegestaan gevoelige privacy- en reputatiegerelateerde feiten en opinies weg te laten als de test dat dringend vraagt. De afweging is van toepassing op het gehele gebied van de historiografie — ook op biografieën die juist het doel hebben om de publieke én private facetten van de gebiografeerden te beschrijven en eventueel te beoordelen. Het recht op stilte drukt de alom aanvaarde gedachte uit dat vrije meningsuiting in het openbaar niet absoluut is, maar slechts met de grootste terughoudendheid moet worden gebruikt. De dubbele aanpak van *dejuridisering* en *afweging* is alleen te verwezenlijken als historici alle geïnteresseerde partijen kunnen overtuigen van hun bereidheid verantwoording af te leggen, en dat is alleen mogelijk als een laatste cruciale voorwaarde in vervulling gaat: dat ze opereren op basis van, en binnen de grenzen van, een transparante code voor beroeps-ethiek waarin de verantwoordelijke omgang met informatie en de afwegingstest worden beschreven.<sup>27</sup>

Slot

De stelling dat de doden geen privacy of reputatie hebben, is strikt juridisch en op zichzelf gezien verdedigbaar: omdat de doden geen mensen zijn, bezitten ze geen menselijke waardigheid en hebben ze dus geen rechten zoals privacy of reputatie. Maar omdat ze *voormalige* mensen zijn, bezitten ze wel *postume* waardigheid. Het respect daarvoor wordt uitgedrukt in een aantal plichten van de levenden tegenover de doden. En vele van die plichten bevatten toch onomstotelijk privacy- en reputatiegerelateerde aspecten. De plichten tegenover de doden die het stoffelijke overschot en het graf betreffen, zijn moreel en juridisch van aard (schennis van lichaam en graf zijn strafbaar). Als de plichten de 'persoonlijkheid' van de dode betreffen, zijn ze óf juridisch óf moreel van aard. Historici zal gevraagd moeten worden om te allen tijde verantwoordelijk te handelen in hun portrettering van de doden. In het bijzonder moeten ze zorgvuldig afwegen of het onthullen van privacy- of reputatiegevoelige informatie over de doden een substantieel element is van de historische waarheid en de publieke discussie over het verleden. Die afweging vergt tijd en nuance, maar het is de goede manier om de doden tegelijk een stem te geven en rust te gunnen.

Noten

- 1 Raymond Belliotti, 'Do Dead Human Beings Have Rights?' *The Personalist* 60 (1979) 2, p. 209-210; Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton 1980, p. 175-176; idem, *Harm to Others*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1984, p. 86-87.
- 2 Antoon De Baets, 'Defamation Cases against Historians', *History and Theory* 41 (2002) 3, p. 346-366.
- 3 Zie de website van het *Network of Concerned Historians* (<http://www.let.rug.nl/nch> of <http://dit.is/nch>): nrs. (1997) 6, (1998) 10, (2003) 32, (2004) 37 en (2005) 38 voor Atatürk; nrs. 2 (1995) en 14 (1999) voor overleden Thaise monarchen; nr. 32 (2003) voor Ho Chi Minh; en nr. 37 (2004) voor Shivaji. Alle websites vermeld in dit essay zijn voor het laatst bezocht op 25 augustus 2006.
- 4 Francis Russell, *The Shadow of Blooming Groove: Warren G. Harding in His Times*, Mc Graw-Hill, New York/Toronto 1968, p. ix, 650-666, 693; idem, 'A Naughty President', *New York Review of Books* 24-6-1982.
- 5 Jean-Noël Jeanneney, *Le Passé dans le prétoire: l'historien, le juge et le journaliste*, Seuil, Parijs 1998, p. 132-133.
- 6 Overal ter wereld worden gevoelige privégegevens van overledenen afgeschermd. Zie ook David Flaherty, 'Privacy and Confidentiality: The Responsibilities of Historians', *Reviews in*

- American History* 8 (1980) 3, p. 419-429; Inge Bundsgaard, 'The Selection of Case Files: The Right to Social Memory Versus the Right to Social Oblivion', *Comma* 47 (2000) 1-2, p. 173-175.
- 7 Bundesgericht, *Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Willi Wottreng v. Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich* (<http://www.polyreg.ch>; Öffentlich-rechtliche Abteilung 1 P.510/2000; Lausanne, 27 juni 2001).
  - 8 Cour d'appel de Québec, *Turgeon vs. Michaud* (<http://www.jugements.qc.ca>; Québec, 15 mei 2003); Alexandra Steele, 'Once Upon a Time, There Was a Manuscript...' (Leger Robic Richard Lawyers, Montréal 2003).
  - 9 Zie ook het *Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten* (1966), art. 17.
  - 10 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCRP Commentary*, Engel, Kehl am Rhein/Straatsburg/Arlington, Virginia 1993, p. 287-307; Fernando Volio, 'Legal Personality, Privacy, and the Family', in: Louis Henkin (red.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York 1981, p. 189-200.
  - 11 Zie bijvoorbeeld Joel Feinberg, 'Limits to the Free Expression of Opinion', in: Joel Feinberg en Hyman Gross (red.), *Philosophy of Law*, Dickenson, Encino/Belmont/Californië 1975, p. 137-142.
  - 12 William Prosser, 'Privacy', *California Law Review*, 48 (1960) 3, p. 389-407.
  - 13 *Examination of the Alignment of the Laws on Defamation with the Relevant Case-Law of the European Court of Human Rights, Including the Issue of Decriminalisation of Defamation* (Raad van Europa, Steering Committee on the Media and New Communication Services; Straatsburg, 2006), p. 5.
  - 14 Zie voor de definitie van 'de doden' en de vraag of ze postume waardigheid en rechten bezitten Antoon De Baets, 'A Declaration on the Responsibilities of Present Generations toward Past Generations', *History and Theory* 43 (2004) 4, p. 133-139.
  - 15 De Baets, 'Declaration', p. 141-149.
  - 16 Zie Antoon De Baets, 'Postume straf-fen', *Groniek: Historisch Tijdschrift* 39 (2006) 170, p. 47-60.
  - 17 John David Viera, 'Images as Property', in: Larry Gross, John Katz en Jay Ruby (red.), *Image Ethics: The Moral Rights of Subjects in Photographs, Film, and Television*, Oxford University Press, New York/Oxford 1988, p. 145-154.
  - 18 Zie ook John Gilissen, 'La Responsabilité civile et pénale de l'historien', *Revue belge de philologie et d'histoire*, 38 (1960) 1, p. 321-329, deel 2, p. 1031-1033; Toon van Houdt, 'Publiek nut en persoonlijke eer: Geschiedenis en ethiek in het laat-scholastieke denken', *Theoretische Geschiedenis*, 23 (1996) 2, p. 195-205; Jeanneney, *Le Passé dans le présent*, p. 127-136.
  - 19 Jean-Denis Bredin, 'Le Droit, le juge et l'historien', *Le Débat: histoire, politique, société* 4 (1984) 32, p. 98; Roger Nerson, 'Le Respect par l'historien de la vie privée de ses personages', in: *Meélanges offerts au Professeur Louis Falletti*, Dalloz, Parijs 1971, p. 464.
  - 20 Zie ook De Baets, 'Defamation' [passim].
  - 21 Er bestaat een dozijn internationale gerechtelijke oordelen over holocaustontkenners, waarvan de drie belangrijkste zijn: European Court of Human Rights: D. I. [David Irving] vs. Germany (1996) en Garaudy vs. France (2003), te vinden op <http://www.echr.coe.int>; United Nations Human Rights Committee: Faurisson vs. France (1996), te vinden op <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc>.
  - 22 Zie voor dit onderscheid onder anderen, Feinberg, 'Limits', p. 138-139; Volio, 'Legal Personality', p. 199; Nowak, *Covenant*, p. 305-306.

- 23 Zie voor meer over de houding van rechters tegenover de historische waarheid Antoon De Baets, 'Na de genocide: waarheidsstrategieën van rechters en historici', *Tijdschrift voor geschiedenis*, 116 (2003) 2, p. 212-230.
- 24 Soms hebben historici en anderen die het verleden bestuderen (zij het met weinig succes) het verweer ingeroepen dat ze geen historici waren maar 'tekstspecialisten', 'journalisten', 'schrijvers' etc., in een poging om de plichten die rechters aan wetenschappers opleggen te omzeilen. Zie Bernard Edelman, 'L'Office du juge et l'histoire', *Droit et société: revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* 14 (1998) 38, p. 48-51.
- 25 Rechtbank Amsterdam, *Kort Geding Eiseres tegen Stichting Digitaal Monument Joodse Gemeenschap in Nederland en gedaagde 2* (<http://www.rechtspraak.nl>; LJN-nr. AN 9893, zaaknr. KG 03/1363 AB; Amsterdam, 12 december 2003).
- 26 Zie <http://www.joodsmonument.nl> onder 'Hoe zijn de makers van het Monument omgegaan met privacy?' en 'Privacy statement'.
- 27 Zie Antoon De Baets, 'Argumenten voor en tegen een ethische code voor historici', *Tijdschrift voor Geschiedenis* 118 (2005) 4, p. 564-571 en p. 581-582; en idem, 'Een ethische code voor historici (voorstel)' (<http://www.vangorcum.nl/CodeDeBaets>; 2005).





*Ruud Lubbers met echtgenote Ria, 1988*  
[Amsterdam? Koninginnedag? Schelto Patijn?]

[Foto Bogaerts]