

# De Marge van Appreciatie en de Wet van de Luidste

---

## Terughoudendheid in de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens verklaard aan de hand van speltheoretische logica

Wouter-Jan Leys

*Onder wetenschappelijke begeleiding van  
Prof. Dr. André Alen en Dhr. Joos Roets*

### 1. INLEIDING

Dat de Marge van Appreciatie de hoofdrol speelt in een groot aandeel van de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens, is een bron van veel kritiek.<sup>1</sup> Voornamelijk de niet-verdragsrechtelijke oorsprong en de inconsistente toepassing van de doctrine krijgen het zwaar te verduren.<sup>2</sup> Dit is begrijpelijk, want het gebrek aan helderheid maakt het de rechtsleer allesbehalve gemakkelijk om vat te krijgen op de Marge van Appreciatie en zich zo enigszins in staat te stellen uitspraken van het Straatsburgse Hof te voorspellen.

In het besef dat er nog weinig toe te voegen valt aan het indrukwekkende aantal bestaande rechtstheoretische analyses van de doctrine,<sup>3</sup> zal ik trachten de ratio van de Marge van Appreciatie te verklaren vanuit een andere invalshoek. Voortbouwend op de speltheoretische modellen die ontwikkeld werden voor

---

<sup>1</sup> J. KRATOCHIVIL, "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *NQHR* 2011, Vol. 29(3), 324-357; G. ITZCOVICH, "One, none and one hundred thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case", *HRLR* 2013, Vol. 13(2), 287-308; J. A. SWEENEY, "Margins of Appreciation: cultural relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", *ICLQ* 2005, Vol. 54(2), 459-474.

<sup>2</sup> G. LETSAS, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies* 2006, Vol. 26(4), 705-706.

<sup>3</sup> Zie o.a.: Y. ARAI-TAKAHASHI, "The Margin of Appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry" in A. FØLLESDAL, B. PETERS en G. ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press 2013, 62-105; E. BREMS, "Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights", *HJIL* 1996, Vol. 56 240.; H. C. YOURROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague Kluwer law international, 1996, 224p.

grondwettelijk toezicht in de Verenigde Staten<sup>4</sup> en de relatie tussen het Europees Hof van Justitie en nationale hoven<sup>5</sup>, zal ik een gelijkaardig model uitwerken voor de relatie tussen het Europees Hof van de Rechten Mens in Straatsburg en de verdragsstaten. Met dit model wil ik aantonen dat de inconsistentie die de Marge van Appreciatie in bepaalde aangelegenheden verweten wordt, haar oorsprong vindt in een concrete belangenafweging die het Europees Hof steeds opnieuw moet maken en dus kan verschillen van geval tot geval. Ik noem deze belangenafweging ‘De Wet van de Luidste’, die ik niet toevallig zal uitdrukken in een speltheoretische formule.

De Wet van de Luidste komt neer op het volgende: ervan uitgaand dat de rechters in Straatsburg zoveel mogelijk hun eigen interpretatie van de conventie wensen uit te drukken, zullen zij zich slechts terughoudend opstellen in die gevallen dat de publieke opinie zich in zulke mate tegen inmenging kant dat het verlies aan steun van de menigte de winst die het haalt uit de conventie zelf te kunnen interpreteren, overstijgt. Een zwalpende Marge van Appreciatie, het instrument waarmee het Hof zijn zeggenschap afbakent, is de exponent van dit wispelturig spel.

Ik zal in dit werk vooreerst de Marge van Appreciatie toelichten, waarbij ik bewust stil sta bij de bestuursrechtelijke oorsprong van het instrument en hoe de Marge de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens is binnengeslopen. Daarna zal ik het hebben over juridisch realisme en het nut van een speltheoretische blik op het recht om uiteindelijk op basis van deze bevindingen mijn analyse in de vorm van een speltheoretisch model voor te stellen. Tot slot zal ik dit model illustreren aan de hand van twee voorbeelden uit de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens.

Ik wil van bij het begin benadrukken dat het niet mijn bedoeling is een compleet model te ontwikkelen dat feilloos toegepast kan worden op elke zaak die het Hof in Straatsburg behandelt. Ik ben er echter wel van overtuigd dat een nuchtere, juridisch-realistische kijk naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een aantal cruciale inzichten kan bieden die de dichte mist die nog rond de Marge van Appreciatie hangt, enigszins kan doen opklaren.

## 2. DE MARGE VAN APPRECIATIE

In dit eerste deel zal ik de Marge van Appreciatie bespreken en meteen ook beargumenteren dat de natuur van de Marge van Appreciatie zich in feite niet leent tot het spelen van een rol in mensenrechtenbescherming. Ik zal dit doen door eerst de bestuursrechtelijke oorsprong van de Marge van Appreciatie te bespreken (3.1.), vervolgens de uitdagingen te schetsen waarvoor een

---

<sup>4</sup> G. VANBERG, “Legislative-judicial relations: A Game-Theoretic Approach to constitutional review”, *American Journal of Political Science* 2001, Vol.45(2), 346-361.

<sup>5</sup> A. DYEVE, “Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon”, beschikbaar op SSRN (2084639), 2012.

supranationaal mensenrechtenhof als het Europees Hof van de Rechten van de Mens staat (3.2. en 3.3.) om tot slot, via een tussenstop bij de eerste rechtspraak over de Marge van Appreciatie en de verdragsrechtelijke erkenning (3.4. en 3.5.), aan te tonen dat deze doctrine een ongelukkig gekozen middel is om een oplossing te bieden aan supranationale spanningen (zie 3.6.).

## 2.1. OORSPRONG: DE SCHEIDING DER MACHTEN EN HET BESTUURSRECHT

De eigenlijk oorsprong van de Marge van Appreciatie ligt ver voor de eerste rechtspraak van supranationale mensenrechtshoven.<sup>6</sup> De Marge van Appreciatie is dus allesbehalve een natuurlijke bondgenoot van de rechtspraak van supranationale hoven, noch heeft het echte kiemen in het veld van mensenrechtenbescherming. Dit is niet onbelangrijk om in het achterhoofd te houden.

We moeten teruggaan tot de 18<sup>e</sup> eeuw en de Franse filosoof Montesquieu, die in zijn geroemde werk *'De l'Esprit des Lois'* een formele scheiding van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke staatsmacht uitwerkte, wat tot op heden het axioma is van elke duurzame democratie.<sup>7</sup> De Marge van Appreciatie komt voornamelijk in beeld bij de verhouding tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht. De uitvoerende macht verwezenlijkt haar bestuursbevoegdheid door binnen de grenzen van de door de wetgevende macht opgestelde regels beslissingen te nemen en operationele handelingen te stellen.<sup>8</sup> Het principe van de rechtstaat stelt dat de uitvoerende macht moet toestaan dat de legaliteit van haar beslissingen getoetst kunnen worden door de rechter.<sup>9</sup> Deze legaliteitstoets strekt zich echter louter uit tot de vraag of de uitvoerende macht bevoegd is om een bepaalde beslissing te nemen en of de voornaamste vormvoorschriften werden gerespecteerd. De inhoud of de

<sup>6</sup> E. BREMS, "Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights", *HJIL* 1996, Vol.56, 241; F. MATSCHER, "Methods of Interpretation of the Convention", in R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht Nijhoff 1993, p. 63-83; F. G. JACOBS, R. WHITE en C. OVEY (eds.), *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006, 201.

<sup>7</sup> C. L. S. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Lavigne, 1844, 503p; de theorie van de scheiding der machten wordt nog steeds aan *L'Esprit des Lois* en Montesquieu toegeschreven omwille van de revolutionaire aard van zijn werk. Dit neemt echter niet weg dat deze scheiding meermaals is gerelativeerd tot een 'evenwicht' der machten (zie onder andere H.L.A HART, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 1958, 593 e.v. en ook H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange 1945, 516p.). Interessant voor meer recente analyses zijn onder andere G. ALAN TARR, "Interpreting the separation of Powers in State Constitutions", *NYU Ann. Surv. Am. L.* 2004, 329-340 en B. ACKERMAN, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, 200, Vol.113, 633 e.v.

<sup>8</sup> R. PARKER, "The Historic Basis of Administrative Law: Separation of Powers and Judicial Supremacy", *The American Journal of Comparative Law* 1957, Vol.113(3), 322-336;

<sup>9</sup> In België is dit de gewone rechter op grond van artikel 159 GW, of de Raad van State die rechtstreeks gevat kan worden en die beslissingen kan vernietigen. Zie M. LEROY, *Contentieux Administratif*, 5<sup>ième</sup> Edition, Limal Anthemis, 2011, Hoofdstuk I (21-43) en Hoofdstuk VI (161-449);

opportuniteit van de beslissing, kan in geen geval getoetst worden door de rechter.<sup>10</sup> Langa de kant van de rechter benoemt men dit als het verbod op het nemen van opportuniteitsbeslissingen (de rechter moet zich beperken tot een ‘marginale toetsing’), langa de kant van de uitvoerende macht drukt men dit uit als zijnde dat het bestuur steeds een discretionaire- of *appreciatie*bevoegdheid heeft. Zelfs indien de rechter een beslissing vernietigt wegens onwettig, verhindert het verbod op het nemen van opportuniteitsbeslissingen de rechter om zich in de plaats te stellen van de uitvoerende macht. In het Duits staat dit begrip bekend als *Ermessensfehler* of *Ermessensspielraum*, in de Franse rechtspraak van de Conseil d’Etat is de link met de Marge van Appreciatie nog duidelijker aangezien dit beginsel daar benoemd wordt als *un marge d’appréciation*.<sup>11</sup>

De reden waarom ik relatief veel aandacht besteed aan de Marge van Appreciatie in het bestuursrecht, is omdat de rol van grondrechten in deze context een aantal niet oninteressante inzichten aan het licht brengt. Het respecteren van grondrechten vormt namelijk een belangrijk onderdeel van de legaliteitsvoorwaarde die een beslissing van het bestuur moet respecteren. Een rechter kan derhalve wél de inhoud van een bestuurlijke beslissing toetsen, indien deze grondrechten zou schenden. Stel bijvoorbeeld dat een gemeente een haar door de wet toegekende belastingbevoegdheid uitoefent op een wijze zoals dat is voorgeschreven door de wet zonder haar bevoegdheid te overschrijden, maar de belasting zo omschrijft zodat de inhoud een disproportioneel onderscheid maakt tussen de verschillende belastingplichtigen. In dit geval kan een rechter deze beslissing buiten toepassing laten of vernietigen aangezien het een schendig uitmaakt van het gelijkheidsbeginsel.

Grondrechten zijn met andere woorden een serieuze rem op de appreciatiebevoegdheid van de uitvoerende macht. Grote principes zoals de scheiding der machten en de idee van de rechtstaat vereisen namelijk dat de overheid zich houdt aan bepaalde regels, en niet in het minst aan de grondrechten die het individu beschermen in de ongelijke verhouding ten aanzien van deze overheid. De gedachte dat grondrechten het bestuur beperken is meer dan aannemelijk want eigenlijk de reden waarom deze werden ontwikkeld. Deze idee strookt echter allesbehalve met de toepassing van de Marge van Appreciatie zoals deze ontwikkeld werd door het Europees Hof van de Rechten van de mens (zie hieronder). Dit stemt natuurlijk tot nadenken.

## 2.2. ACHTERGROND: HET EUROPEES HOF VAN DE RECHTEN VAN DE MENS

<sup>10</sup> P. LEFRANC, “De Rechter Bestuurt niet” in *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, F. EVERS (ed), Brugge 2009, Die Keure, 108; A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, 2 delen, Antwerpen, Kluwer, 1984, 928p.

<sup>11</sup> H. C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague Kluwer law international, 1996, 118.

Door middel van de oprichting van een supranationaal mensenrechtenhof wilden de landen van de Raad van Europa in 1949 voorkomen dat het Europees verdrag voor de Rechten van de Mens dode letter zou blijven.<sup>12</sup> Met de tragedie van de Tweede Wereldoorlog nog vers in het achterhoofd zag men in dat wanneer de interpretatie van het verdrag louter zou worden toevertrouwd aan de individuele nationale staten, zij door de conventie restrictief te interpreteren hun plichten al te makkelijk zouden kunnen omzeilen. Dit strookt niet met de gedachte dat grondrechten universeel zijn en beschermd moeten worden, ondanks statelijke verschillen en voorkeuren.<sup>13</sup> Om statelijke willekeur te vermijden, schreef men daarom in het verdrag dat indien er onenigheden zouden rijzen over de correcte interpretatie van de conventie, individuen de interpretatie van de verdragsstaat moeten kunnen betwisten voor het Europees Hof van de Rechten van de Mens. Indien het Hof vaststelt dat de verdragsstatelijke machten het verdrag fout hebben toegepast, bindt haar uitspraak de betrokken staat.<sup>14</sup>

### 2.3. EEN EVENWICHT: TUSSEN UNIVERSELE MENSENRECHTEN EN EUROPEES PLURALISME

Een logisch, maar niet te onderschatten gevolg is dat de interpretatie die het Hof geeft aan het verdrag de enige juiste is, en dus onverminderd geldt voor alle verdragsstaten. Dit verkleint aanzienlijk de ruimte waarbinnen verdragsstaten zelf grondrechten kunnen afbakenen. Nationale overheden hebben nog steeds de mogelijkheid om een ruimere rechtsbescherming te bieden (art 53 EVRM), maar moeten immer rekening houden met de standaardgaranties die bepaald worden door Straatsburg.<sup>15</sup> Dit is niet evident. Want in theorie mogen mensenrechten dan wel een universeel karakter hebben, in de praktijk blijken de opvattingen over mensenrechten binnen Europa heel erg te verschillen. Het constitutioneel pluralisme dat door middel van de Europese conventie wordt ingesteld, wordt met andere woorden bemoeilijkt

---

<sup>12</sup> art. 19 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) 4 november 1950; C. VAN DE HEYNING, “Vijftig jaar Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van Hercules naar Sisyphus”, *RW* 2009, nr.15, 602; E. BATES, “The birth of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights” in, CHRISTOFFERSEN, JONAS en MADSEN, Mikeal (eds.) *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press 2011, 17-18; Voor een uitgebreidere geschiedenis van het ontstaan van het EHRM zie o.a.: J. A. SWEENEY, *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Translation*, Routledge 2013, 262p. en M. D. GOLDBABER, *A People’s History of the European Court of Human Rights*, Rutgers University Press, 2009

<sup>13</sup> *Ibid* 1, Sweeney

<sup>14</sup> art. 47 EVRM; L. R., HELFER, “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, *Eur J Int Law* 2003, Vol.14 (3), 127.

<sup>15</sup> art. 53 EVRM; C. VAN DE HEYNING, “No place like home: discretionary space for the domestic protection of fundamental rights’ in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the National courts*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 71-78.

door de enorme verscheidenheid aan constitutionele praktijken en tradities die leven in Europa.<sup>16</sup>

In de eerste plaats is er al een belangrijk institutioneel verschil tussen de Europese landen, en dus een discrepantie in de wijze waarop grondrechtenbescherming nationaal wordt afgedwongen.<sup>17</sup> Reeds bij de basis, met name bij de bronnen, kunnen al allerhande verschillen optreden. De meeste Europese landen beschikken over grondwettelijke grondrechtencatalogussen die een hiërarchisch hogere waarde hebben dan gewone wetten, maar daar tegenover staan landen als Engeland die geen geschreven grondwet hebben en waar in navolging van principes als parlementaire suprematie, wetten moeilijk aan te tasten zijn.<sup>18</sup> Ook moet men rekening houden met het feit dat de plaats van mensenrechtenverdragen in de nationale rechtsorde, fundamenteel verschillend is in monistische en dualistische landen.<sup>19</sup> Los van de wijze waarop ze verankerd zijn, is de ontwikkeling van grondrechtenbescherming ook afhankelijk van het al dan niet bestaan van een grondwettelijk hof. Zo speelt in Duitsland het Bundesverfassungsgerichtshof een cruciale rol in het waken over de geldigheid van wetgeving in het licht van de grondwet,<sup>20</sup> terwijl in een buurland zoals Nederland zelfs geen sprake is van een grondwettelijke hof.<sup>21</sup>

Dit alles maakt duidelijk dat de autoriteit die het Europees Hof dankzij het Europees verdrag voor de Rechten van de Mens geniet, allesbehalve evident is voor elke verdragsstaat. Niet elk land is namelijk even vertrouwd met rechters die waakhond spelen ten aanzien van de geldigheid van wet- en andere regelgeving, en als landen al in die traditie passen, zullen de lokale grondwettelijke hoven niet zomaar zeggenschap willen prijsgeven.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> X. GROUSSOT, "European Rights and Dialogues in the Context of Constitutional Pluralism", in M. AVBELJ en J. KOMAREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Bloomsbury Publishing, 2012, 319-343; N. WALKER, "The Idea of Constitutional Pluralism", *Mod. L. Rev.* 317, 2002, 336-337.

<sup>17</sup> A. STONE SWEET, "A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe", *Faculty Scholarship Series*, 2012, Paper 4626, 67; A. STONE SWEET, "Constitutionalism, legal pluralism and international regimes", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2009, Vol.16(2), 621-645.

<sup>18</sup> J. LIMBACH, "The Concept of the Supremacy of the Constitution", *The Modern Law Review* Vol. 64(1), 1-2.

<sup>19</sup> D. DONOHO, "Human Rights Enforcement in the Twenty-First Century", *J. Int'L & Comp. L.*, 2006, Vol.35(2), 12.

<sup>20</sup> J. LIMBACH, "The Concept of the Supremacy of the Constitution", *The Modern Law Review* 2001, Vol.64(1); GINSBURG, T, "The Global Spread of Constitutional Review", in K. WHITTINGTON en G. CALDEIRA (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, 84.

<sup>21</sup> G. VAN DER SCHYFF, "Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?", *German Law Journal* Vol.11:2, 2010, 275-276.

<sup>22</sup> H. G. SCHERMERS, "Acceptance of International Supervision of Human Rights", *Leiden Journal of International Law*, 2004, Vol.12(4) 821-831; M. ELLIOTT, "United Kingdom: 'Parliamentary Sovereignty under Pressure'", *International Journal of Constitutional Law*, 2004, Vol.2(3), 554.

Ook inhoudelijk kunnen heel wat verschillen vastgesteld worden. Enerzijds moet men rekening houden met het feit dat niet elke verdragsstaat over dezelfde middelen beschikt om grondrechten in de praktijk te beschermen, wat onvermijdelijk een invloed heeft op de minimumgarantie die geboden kan worden voor bepaalde grondrechten (bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces).<sup>23</sup> Anderzijds wordt Europa gekenmerkt door een enorme verscheidenheid aan rechtstradities waardoor bijvoorbeeld een grondrecht als de vrijheid van meningsuiting een verschillende draagwijdte heeft in een land met een lange democratische traditie zoals Frankrijk en een land als Rusland dat vrij recent nog op autoritaire wijze werd bestuurd.<sup>24</sup> Een ander mooi voorbeeld is dat het recht om te trouwen zoals dat gewaarborgd wordt door artikel 12 van het EVRM in sommige landen ook inhoudt dat dit mag met iemand van hetzelfde geslacht, terwijl het in andere landen expliciet verboden is.<sup>25</sup>

Het Europees Hof beschikt dus over de bevoegdheid om een einde te maken aan deze grote constitutionele verscheidenheid die verankerd is in de historisch gegroeide sociaal-culturele eigenheid van elke verdragsstaat. De verdragsluitende partijen hadden begrepen dat dit tot toestanden kon leiden die ze zelf liever wilden vermijden, en voegden daarom artikel 52 toe aan de conventie. Dit artikel bepaalt dat de grondrechten moeten worden uitgelegd in de geest van de nationale gebruiken en tradities. Naast het feit dat dit artikel opnieuw haaks staat op de idee dat grondrechten een universeel karakter hebben, legt deze waarborg het Europees Hof nog steeds weinig in de weg om nog steeds haar voorkeuren door te duwen. Het is immers hetzelfde Hof is dat ook het laatste woord heeft over de interpretatie van dit artikel, en dus kan het de waarde van deze regel in principe naar hartenlust beperken.

---

<sup>23</sup> H. KELLER en A. STONE SWEET, "Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems", 2008, *Faculty Scholarship Series*, Paper 2008, 707.

<sup>24</sup> Zo is de censuur veel strenger in Rusland dan in Frankrijk, zie daarvoor de 2015 World Press Freedom Index (<https://index.rsf.org/>) waar Frankrijk op de 38<sup>ste</sup> plaats pronkt tegenover Rusland die onderaan bengelt op plaats 152. Voor een interessante analyse over de transitie van Rusland van een autoritair regime naar een prille democratie, zie: A. OBYDENKOVA, "Regime transition in the regions of Russia: The freedom of mass media: Transnational impact on sub-national democratization", *European Journal of Political Research*, 2008, Vol.47(2), 221-246.

<sup>25</sup> bv. Nederland en België waren de eerste om het homohuwelijk te erkennen respectievelijk in 2001 en 2003, terwijl het in Italië en Malta nog steeds verboden is. Nochtans zijn de vier landen lid van de Raad van Europa.

## 2.4. DE MARGE VAN APPRECIATIE EN HET EHRM: VANAF DAG ÉÉN GOEDE VRIENDEN

Het Europees Hof heeft echter van meet af aan terughoudendheid aan de dag gelegd om de enorme macht die het heeft ook werkelijk uit te oefenen. Daartoe ontwikkelde het de zogenaamde Marge van Appreciatie.<sup>26</sup> Nog voordat het Hof goed en wel was opgericht was al duidelijk dat het Europees verdrag voor de Rechten van de mens zou worden uitgelegd op een manier die rekening houdt met een zekere beoordelingsmarge voor verdragsstaten. De Europese Commissie voor Mensenrechten<sup>27</sup> had het daarom al in haar allereerste zaak, de *Cyprus*-zaak van 1956, over ‘*a measure of discretion*’ of ‘*une certaine marge d’appréciation*’.<sup>28</sup> Niet veel later zou het ondertussen opgerichte Europees Hof in de *Lawless*-case<sup>29</sup> het voor het eerst hebben over de ‘*margin of appreciation*’ en in 1963 werd deze logica ook gehanteerd buiten de toepassingsfeer van artikel 15.<sup>30</sup>

De absolute doorbraak van de Marge van Appreciatie kwam er in de beroemde en veel beschreven *Handyside*-zaak in 1976.<sup>31</sup> De kern van deze zaak betrof de vraag of de beslissing van de Britse overheid om de verspreiding van het zogenaamde Rode Boekje voor Scholieren te verbieden wegens immoreel, strijdig was met de vrijheid van meningsuiting die gewaarborgd wordt door artikel 10 van het EVRM. Het Hof omzeilde deze gevoelige vraag door te stellen dat in navolging van het subsidiariteitsbeginsel de Britse overheid meer voeling had met wat al dan niet gangbaar is in haar samenleving en bijgevolg in een betere positie verkeerde om in te schatten of het verbod op publicatie kon gelegitimeerd worden wegens ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’, waarin het tweede lid van artikel 10 EVRM voorziet.<sup>32</sup> Anders gesteld: de beslissing van de Britse overheid viel binnen haar Marge van Appreciatie, waardoor ze geen schending van de conventie uitmaakte.

---

<sup>26</sup> Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 5; D. SPIELMANN, “Whither the Margin of Appreciation?”, *Current Legal Problems* 2014, Vol.67(1), 50-52; M. R. HUTCHINSON, “The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, *JCLQ* 1999, Vol. 48(3), 639; T. A. O’DONNELL, “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *HRQ* 1982, Vol. 4(4), 476.

<sup>27</sup> Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd pas opgericht en samengesteld in 1959. Voordien kwam het toe aan de Commissie voor Mensenrechten om eventuele schendingen van de Conventie vast te stellen. Deze Commissie bleef tot de inwerkingtreding van protocol 11 naast het Hof voortbestaan met als voornaamste functie individuele klachten te onderzoeken alvorens ze door te verwijzen.

<sup>28</sup> EHRM 26 september 1958, nr. 176/56, Griekenland t. Verenigd Koninkrijk; Rapport van de Europese Commissie voor Mensenrechten, 26 September 1958, 152.

<sup>29</sup> EHRM 7 april 1961, nr. 332/57, *Lawless* t. Ierland.

<sup>30</sup> EHRM 17 december, nr. 1468/62, Iversen t. Noorwegen.

<sup>31</sup> EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside* t. Verenigd Koninkrijk; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 7.

<sup>32</sup> *Ibid.*, par. 48.



De formule die het Hof vervolgens zou ontwikkelen om de omvang van de Marge van Appreciatie te bepalen, steunt in het algemeen op drie factoren: (i) de mate waarin lokale autoriteiten beter geplaatst zijn dan het Hof om elementen van een zaak te beoordelen, (ii) de mate van onenigheid over de betwiste interpretatie van het grondrecht en (iii) de aard van het grondrecht en de staatsbelangen die op het spel staan.<sup>33</sup> In mijn conclusie zal ik duidelijk maken dat deze factoren in feite een ontransparante graadmeter zijn van in welke mate de publieke opinie het Hof steunt om een bepaalde beslissing te nemen of niet.

## 2.5. VERANKERING EN VERKLARING

Zo'n vijfendertig jaar lang zou het Hof in Straatsburg deze formule toe passen zonder dat daar een expliciete grond voor bestaat in het verdrag. In 2013 wijzigde artikel 1 van Protocol nr. 15 de preambule van het verdrag door toe te voegen dat de verdragsstaten van een Marge van Appreciatie genieten bij hun bescherming van de rechten en vrijheden van de conventie.<sup>34</sup> Deze is door haar opname in het verdrag dus niet langer een loutere creatie van het Hof, al kon de erkenning overtuigender gezien het de contracterende partijen een brug te ver leek de Marge van Appreciatie een nieuw artikel te gunnen. De reden voor de erkenning van de Marge van Appreciatie was een antwoord bieden op de vele kritiek die het Hof kreeg voor haar frequente en inconsistente toepassing van de Marge van Appreciatie, zonder dat het een verdragsrechtelijke basis had.

Het Hof verklaarde de Marge van Appreciatie zelf steeds vanuit het subsidiariteitsbeginsel. In de hierboven vermelde Handyside-zaak werd al benadrukt dat de Marge van Appreciatie in feite een systeem van dubbele grondrechtenbescherming zou moeten inwerkingstellen. Of om het met de woorden van het hof te zeggen:

*“De Marge van Appreciatie gaat hand in hand met Europees toezicht. [...] De taak van het Hof is dus niet zich in de plaats stellen van de bevoegde nationale hoven, maar eerder het uitoefenen van controle op de beslissingen die zij hebben gemaakt in de uitoefening van hun appreciatiebevoegdheid.”<sup>35</sup>*

Het is niet onbelangrijk om op te merken dat wanneer ze het subsidiariteitsbeginsel aanhaalt, het Hof ook meteen duidelijk stelt dat de verdragsstatelijke machten niet het recht hebben op een bepaalde graad van autonome beleidsvrijheid op basis van hun soevereiniteit, alvorens rekening te moeten houden met het respecteren van de grondrechten het EVRM. Het gaat in essentie over subsidiariteit op het vlak van grondrechtenbescherming<sup>36</sup>, zo

<sup>33</sup> EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81, EHRM 8 juli 1999, nr. 23657/94, Cakici t. Turkije 191-192; EHRM 3 mei 2001, nr. 34334/96, Smith t. Verenigd Koninkrijk.

<sup>34</sup> Art 1. Protocol Nr. 15 van het EVRM.

<sup>35</sup> EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside t. Verenigd Koninkrijk, par. 49.

<sup>36</sup> D. SPIELMANN, “*Whither the Margin of Appreciation?*”, *Current Legal Problems* 2014, Vol.67(1), 53.

stelt het Hof. Het lijkt hiermee te insinueren dat het subsidiariteitsbeginsel louter institutionele uitwerking heeft en de verdragsstatelijke machten slechts de bevoegdheid (de plicht) geeft om als eerste de bescherming in de praktijk te brengen, maar niet de bevoegdheid om de conventie autonoom te interpreteren. De manier waarop het Hof de Marge van Appreciatie echter effectief toepast, leert ons een compleet andere les. Hieruit blijkt natuurlijk dat het wel degelijk de interpretatiebevoegdheid is die op het spel staat.

## 2.6. ONENIGHEID: KAN ER ÜBERHAUPT EEN MARGE VAN APPRECIATIE BESTAAN IN GRONDRECHTENBESCHERMING?

Een groot deel van de rechtsleer aanvaardt het subsidiariteitsbeginsel als juridische verankering van de Marge van Appreciatie.<sup>37</sup> Hoewel dit niet meteen een antwoord biedt op de vraag wat de concrete omvang van de Marge van Appreciatie is – het feit dat die omvang weleens durft te verschillen blijft dus een bron van kritiek<sup>38</sup> – gaat deze stroming binnen de rechtsleer ervan uit dat ruimte bieden voor een lokale interpretatie van grondrechten cruciaal is voor een duurzaam systeem van Europese grondrechtenbescherming.<sup>39</sup> De idee dat mensenrechten een universeel karakter hebben is met andere woorden ondergeschikt aan de praktische voordelen van een systeem dat aanvaard wordt door de verdragsstaten omdat ze er een zekere beleidsvrijheid behouden.<sup>40</sup>

Niet iedereen beroept zich echter op subsidiariteit om de Marge van Appreciatie te verklaren. Een ander deel van de rechtsleer richt zich op het principe van proportionaliteit, meer bepaald dat er een evenwicht moet worden gevonden tussen het afdwingen van mensenrechten en het recht van de staat om collectieve doelen te stellen.<sup>41</sup> Daarnaast is er nog de invloedrijke analyse

<sup>37</sup> Y. SHANY, "Toward a general margin of appreciation doctrine in International law", *EJIL* 2005, Vol.16(5), 912; ; M. DE SALVIA, "Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation?" in P. MAHONEY (ed.), *Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Keulen, Carl Heymanns, 2000, 385; M. LUGATO, "The 'Margin of Appreciation' and Freedom of Religion: between treaty interpretation and subsidiarity", *Journal of Catholic Legal Studies* 2013, Vol.52, 65-70.

<sup>38</sup> ITZCOVICH, G., "One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The *Lautsi Case*", *HRLR* 2013, Vol.13(2), 287-308; RAFFAELLA, N., "The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil", *HRR* 2010, Vol.11(4), 531-564; D. SPIELMAN, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review", *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2011, Vol.14(1), 318-418; E. BENVENITSI, "Margin of appreciation, consensus and universal standards", *ILP* 1999, Vol. 31(834), 843-854.

<sup>39</sup> A. FØLLESDAL, "To Guide and Guard International Judges", in *NYU Journal of International Law and Politics*, 2014, Vol.46, 806.

<sup>40</sup> A.-M. SLAUGHTER, L. HELFER, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", *Yale Law Journal* 1997, Vol.107, 293-297; P. MAHONEY, "Universality versus subsidiarity in the Strasbourg case law on free speech", *E.H.R.L.R* 1997, Vol.3, 368-371.

<sup>41</sup> Zie; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen Intersentia, 2002, 14; Y. ARAI-TAKAHASHI, "The Margin of Appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry" in A. FØLLESDAL, B. PETERS en G. ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe: The*

van George Letsas die de Marge van Appreciatie opdeelt in een structureel en substantieel concept.<sup>42</sup> Een substantieel begrip van de doctrine sluit eerder aan bij de proportionaliteitsidee, terwijl het structureel begrip verwijst naar het beginsel van soevereiniteit, dat het behoud van enige onafhankelijkheid van de verdragsstaat waarborgt tegenover de verregeande bevoegdheden van supranationale rechters. Ook de analyse van Eva Brems neigt eerder in die laatste richting.<sup>43</sup>

Daarnaast zijn er auteurs die niet zozeer op zoek gaan naar een rechtvaardiging van de Marge van Appreciatie, maar zich juist erg kritisch uitlaten over de doctrine. Vooral het feit dat de Marge van Appreciatie ertoe neigt de meerderheid van een samenleving te bevoordelen, ten nadele van de minderheid, is een bron van veel weerstand.<sup>44</sup> Dé functie bij uitstek van mensenrechten is namelijk het individu beschermen, los van elk democratisch beginsel of de wil van een meerderheid. De Marge van Appreciatie blijkt hier in hun ogen echter afbreuk aan te doen. Tot slot zijn er nog zij die zich niet eens meer mengen in het debat en het te houden bij de vaststelling dat men het waarschijnlijk nooit eens zal zijn over de grondslagen van de Marge van Appreciatie aangezien het een hoofdzakelijk casuïstisch geïnspireerde doctrine is.<sup>45</sup> Deze laatste analyse zou wel eens het dichtst bij de waarheid kunnen staan.

Onenigheid troef dus, en dit zou niet geheel verrassend mogen zijn. Zoals besproken in paragraaf 1 van dit hoofdstuk is de bestuursrechtelijke oorsprong van de Marge van Appreciatie namelijk allesbehalve compatibel met alles waar mensenrechtenbescherming voor zou moeten staan. U zal mij niet horen ontkennen dat de Marge van Appreciatie behoorlijk belangrijk is geweest in de ontwikkeling van het Europees Hof van de rechten van de Mens, maar misschien moet de rechtsleer dan ook aanvaarden dat het instrument een voornamelijk bemiddelende functie heeft (wat in de lijn ligt van de structurele visie van Letsas), eerder dan het trachten te onderbouwen met juridische argumenten.

Een juridische redenering die weinig gemaakt wordt maar die wat mij betreft ook aan de Marge van Appreciatie kan worden vastgeknoopt, is dat door de Marge van Appreciatie toe te passen, het Europees hof aan een zekere vorm

---

*European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press 2013, 62-105; A. LEGG, "The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality", *Legal Studies* 2012, Vol.32(4), 689-690.

<sup>42</sup> G. LETSAS, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies* 2006, Vol.26(4), 715-717 en 720-724.

<sup>43</sup> BREMS E, "Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights". *HJIL* 1996, Vol. 56, 240-314.

<sup>44</sup> C. S. FEINGOLD, "Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights", *Notre Dame Law Review* 1977, Vol.53, 105; E. BENVENISTI, "Margin of Appreciation, consensus and universal standards", *ILP* 1999, Vol. 31(834), 843-854; J. A. BRAUCH, "The Margin of Appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law* 2005, Vol.11, 113-150.

<sup>45</sup> S. GREER, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal principle or Margin of Appreciation", *UCL Human Rights Review* Vol. 3, 2010, 14.

van rechtswegering doet. Door steeds te verwijzen naar ‘een zekere’ Marge van Appreciatie, zonder duidelijk af te bakenen hoe groot deze precies is, laat Straatsburg namelijk na het betwiste grondrecht te interpreteren. Dit is nochtans de bestaansreden van het Hof, zodat men zich zou kunnen afvragen of het niet wenselijker is dat er in bepaalde gevallen lagere minimumstandaarden gehanteerd worden op voorwaarde dat deze ten minste duidelijk geformuleerd worden en transparant zijn. Het feit dat het Hof nu in vele gevallen geen interpretatie voorziet van een grondrecht, bouwt namelijk bergen rechtsonzekerheid en werpt (te) veel vrijheid in de schoot van het Hof. Deze krijgt dankzij de Marge van Appreciatie de ruimte in gelijkaardige gevallen andere beslissingen te nemen, aangezien ze weinig of niet gebonden is door vroegere rechtspraak.

### **3. JURIDISCH REALISME, SPELTHEORIE EN RECHT**

In het vorige hoofdstuk heb ik de achtergrond van zowel de Marge van Appreciatie als het Europees Hof van de Rechten van de Mens uitvoerig besproken. Ik heb vastgesteld dat de manier waarop het Europees Hof van de Rechten van de Mens de toepassing van deze door zichzelf ontwikkelde doctrine verklaart, wel erg ver van de realiteit lijkt te staan en ook de rechtsleer raakt het blijkbaar niet eens over een overtuigende analyse. Wat mij betreft zijn er daarom voldoende argumenten voor handen om op zoek te gaan naar factoren buiten het recht, die de Marge van Appreciatie eventueel mee zouden bepalen.

In dit hoofdstuk zal ik beknopt beargumenteren waarom het nuttig kan zijn om in bepaalde gevallen de oorzaken van rechterlijke beslissingen te zoeken buiten het recht (4.1.) en wat de rol van speltheorie daarin kan zijn (4.2.). Dit doe ik onder andere door kort de analyse van G. Vanberg over grondwettelijk toezicht in de Verenigde Staten te bespreken, evenals een blik te werpen op het model uitgewerkt door A. Dyevre over de relatie tussen het Europees Hof van Justitie en nationale grondwettelijke hoven (4.3.).

### 3.1. JURIDISCH FORMALISME VS. REALISME

Wanneer een rechter een geschil beslecht, wordt van hem verwacht dat hij in zijn vonnis de juridische argumenten uiteenzet die zijn beslissing onderbouwen.<sup>46</sup> De taak van de rechter bestaat er namelijk in te oordelen op basis van het recht (en niet op basis van andere factoren zoals bijvoorbeeld zijn rechtvaardigheidsgevoel of zijn persoonlijke kijk op de zaak). In deze regel zit de veronderstelling vervat dat wanneer men rechtsregels toepast op specifieke feiten, er telkens slechts één mogelijke oplossing voor handen is.<sup>47</sup> De rechter zou met andere woorden geen ruimte hebben om eigen belangen te laten spelen want het recht laat hem geen keuze over hoe een bepaalde zaak moet worden beslecht. Deze zogenaamde *single-right answer* thesis is de klassieke visie van rechters en juristen op het recht, en lijkt in de rechtsleer weinig of niet in twijfel te worden getrokken.<sup>48</sup> Redenen daarvoor zijn onder andere dat dit formalistische model nauw aansluit bij grote Westerse principes als de scheiding der machten of de rechtstaat, en het is natuurlijk ook een geruststellende gedachte dat het recht de enige doorslaggevende factor is in de uitkomst van een zaak, en niet welke rechter het geschil beslecht.<sup>49</sup> Juristen en rechters zullen voornamelijk omwille van bovengenoemde redenen dit formalistische model verdedigen, wat onder andere terugkomt in de debatten naar aanleiding van de aanstelling van nieuwe rechters van het Amerikaanse Supreme Court.<sup>50</sup>

De kern van het formalistische juridische gedachtegoed is dus dat de combinatie van feiten en rechtsregels steeds slechts één mogelijke oplossing biedt. In meer genuanceerde analyses worden daar de interpretatieregels van de rechtsregels en de feiten aan toegevoegd,<sup>51</sup> maar uiteindelijk doet dit echter weinig afbreuk aan de kernidee dat de rol van de rechter gereduceerd wordt tot *bouche de la loi*. Dit lijkt echter een grove vereenvoudiging van de werkelijkheid te zijn. Heel wat rechtsregels (evenals hun interpretatieregels) kunnen namelijk op veel verschillende manieren begrepen worden – en er

---

<sup>46</sup> Het Europees Hof beschouwt de motivatieverplichting trouwens als een onderdeel van het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM, zie: EHRM, Garcia t. Spanje, 21 januari 1999, EHRM, Higgins t. Frankrijk en 21 januari 1999 en B. ALLEMEERSCH en PAUL, VAN ORSHOVEN, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Acco Leuven, 2014, 57.

<sup>47</sup> Zie het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsbeginsel, eveneens vervat in artikel 6 EVRM.

<sup>48</sup> L. B. SOLUM, "The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism and the Future of Unenumerated Rights", *Journal of Constitutional Law Vol. 9:1*, 2006, 165-169; K. GREENAWALT, "Discretion and Judicial Decision: the Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges", *Columbia Law Review* 1975, Vol.75, 359; D. A., FARBER, "Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law", *Vand. L. Rev. Vol. 45*, 1992, 533; ook een van de meest invloedrijke rechtstheoretici van onze tijd, R. DWORKIN propageert de *single-right answer thesis*, zie onder andere R DWORKIN, *Taking rights seriously*. Harvard University Press 1978, 371 p.

<sup>49</sup> A. DYEVE, "Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux: l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation." *Legal science and Democracy. Jus Politicum* Vol. 4, 2010, 5 en 17 – 19.

<sup>50</sup> Zie J. ROBERTS JR. tijdens de hoorzitting over zijn benoeming tot rechter in het Amerikaanse Supreme Court in 2005: "Judges are like umpires. Umpires don't make the rules, they apply them".

<sup>51</sup> *Ibid.* 47.

bestaan goede argumenten voor de meest uiteenlopende interpretatiewijze – zodat de rechter in bepaalde gevallen onvermijdelijk van een vrij grote beslissingsvrijheid geniet.<sup>52</sup> De oorzaken hiervoor liggen onder andere in de inherente linguïstische beperkingen van regels, zoals de verschillende betekenissen van eenzelfde woord, de invloed van de context op de betekenis van het woord en het gebruik van zogenaamde evaluatieve termen.<sup>53</sup> Woorden als billijk of proportioneel zullen de rechter steeds verschillende beoordelingsopties geven die allemaal goed beargumenteerbaar zijn, wat betekent dat de voorkeur van de rechter bijvoorbeeld een grote rol speelt in rechtspraak over grondrechten. Een belangrijk gevolg hiervan is dat ook andere factoren dan het recht invloed zullen kunnen uitoefenen op de rechterlijke macht. De beslissing van een rechter kan bijvoorbeeld afhangen van de tijd en middelen die de rechter heeft om zijn vonnis te schrijven, of meer extreem, op welk moment van de dag de rechter zijn beslissing neemt.<sup>54</sup> Het verwerpen van de idee dat het recht steeds maar één oplossing mogelijk maakt, wordt een realistische visie op het recht genoemd.<sup>55</sup>

Er zijn twee belangrijke redenen die mij overtuigen dat een realistische kijk op de Marge van Appreciatie de heersende onduidelijkheid over dit concept die ik besproken heb in het vorige hoofdstuk, kan verklaren. Ten eerste spreekt het Europees Hof van de Rechten van de Mens zich uit over grondrechten, wat regels zijn die van nature een hogere graad van onbepaaldheid hebben en de rechter dus een zekere beoordelingsvrijheid laten. Dit zet de deur onvermijdelijk op een kier voor externe invloeden. Daarnaast kunnen we er niet omheen dat de druk op het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ontzettend groot is. Gelet op de enorme impact die de beslissingen van het Europees Hof hebben op de pluralistische rechtssystemen van de verdragsstaten (zie 3.3.), laten de verdragsstaten het niet na de arresten van het Hof openlijk te bekritisieren in de media en wordt er meer dan eens bedreigd met het inperken van de bevoegdheid van het Hof of zelfs om het verdrag de rug toe te keren.<sup>56</sup> Het lijkt daarom meer dan aannemelijk dat deze externe druk een rol speelt in de rechtspraak van het Hof over de Marge van Appreciatie.

---

<sup>52</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law: Chapter VIII: Formalism and rule scepticism*, Oxford University Press 2012, p. 126 e.v.; B. BIX, "HLA Hart and the "open texture" of language.", *Law and Philosophy* 1991, Vol.10(1), 51-72; M. JANE RADIN, "Reconsidering the Rule of Law", *Boston University Law Review* 1989, Vol. 69(4), 797 e.v.

<sup>53</sup> C. CASEY, "Legal Indeterminacy: Causes and Significance", *Trinity College Law Review* 2015, Vol.42, 42-44.

<sup>54</sup> S. DANZIGER, J. LEVAV en L. AVNAIM-PESSO, "Extraneous factors in judicial decisions", *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2011, Vol. 108(17), 6889-6892.

<sup>55</sup> *Legal Realism* geheten in het Engels, waarbinnen de *Critical Legal Studies*-stroming zich voornamelijk toespit op de onbepaaldheid van rechtsregels, zie onder andere: M. TUSHNET, "A Critical Legal Studies Perspective", *Cleveland State Law Review*, 1990, 137 e.v.; en voor een actueler perspectief: M. DAVID, M. TRUBEK en J. ESSER, "Critical Empiricism" and American Critical Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box?", *German Law Review* 2011, Vol.12(2), 117 e.v..

<sup>56</sup> <http://www.bbc.com>, "Theresa May: Tories to consider leaving European Convention on Human Rights", 9 Maart 2013 (bezoekt op 12 mei 2015) of zie ook "Conservatives 'could plan to change human rights law'", 4 Maart 2013 (bezoekt op 12 mei 2015).

Hoe precies, verklaar ik Hoofdstuk V. Eerst zal ik kort stilstaan bij het nut van een speltheoretische methode om het effect van deze invloed te meten.

### 3.2. SPELTHEORIE EN HET RECHT

Speltheorie (*game theory*) is de wiskundige discipline die het nemen van strategische keuzes bestudeert.<sup>57</sup> Speltheoretische modellen bouwen voort op rationele keuzetheorie en analyseren het gedrag van een beslissingsnemer in het geval dat de resultaten van zijn keuzes afhankelijk zijn van de keuzes van andere rationele beslissingsnemers.<sup>58</sup> Aan de hand van wiskundige modellen en formules worden de verschillende mogelijke keuzes (strategieën) en hun resultaten (pay-offs) ontleed, en uiteindelijk de uitkomst(en) van het spel voorspeld op basis van wat voor elke beslissingsnemer afzonderlijk het beste resultaat oplevert.

Het gebruik van speltheorie om de effecten van rechtsregels in de maatschappij te voorspellen maakte zijn opgang samen met de intrede van de rechtseconomie in de rechtswetenschap. De befaamde Chicago School wordt als grondlegger aangeduid, met Richard Coase als vaandeldrager.<sup>59</sup> Gelet op het feit dat het voornaamste doel van het recht is het gedrag van burgers sturen, bleek het wiskundige model van de speltheorie een uitstekende manier om na te gaan of het recht hier ook effectief in slaagde. Bekend is het voorbeeld van de aansprakelijkheidsverzekering,<sup>60</sup> maar ook de toepassing van speltheorie in andere rechtstakken bleef niet uit.<sup>61</sup>

In de rechtseconomische toepassing van speltheorie zijn de rechtsonderdanen de spelers en is het recht een manier om de beslissingen van deze rechtsonderdanen in de richting van de meest efficiënte en maatschappelijk gewenste oplossing te sturen.<sup>62</sup> Dit werk richt zich echter niet op het gedrag van de burger, maar is geïnteresseerd in hoe de rechter zijn beslissingen neemt.

---

<sup>57</sup> R. B. MYERSON, *Game Theory: Analysis of Conflict*, Cambridge, Harvard University Press 1991, 1-5.

<sup>58</sup> BAIRD, G DOUGLAS, R. H. GERTNER en R. C. PICKER, *Game theory and the law*, Harvard University Press, Cambridge, 1998, 7; A. DECOSTER et al., *Economie: een inleiding*, Leuven University Press, 2013, 83.

<sup>59</sup> R. COASE, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics* 1960, Vol.3(1), 1-44.; ongeveer op hetzelfde moment publiceerde G. CALABRESI, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal* 1961, Vol.70(4), 499 e.v.

<sup>60</sup> BAIRD, G DOUGLAS, R. H. GERTNER en R. C. PICKER, *Game theory and the law*, Harvard University Press, Cambridge, 1998, 330 p. en .W. M. LANDES en A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, 329p.

<sup>61</sup> M. MUSHKAT en R. MUSHKAT, "International Law and Game Theory: A Marriage of Convenience or Strange Bedfellows", *New Zealand Yearbook of International Law*, 2005, Vol.2 101 e.v.; Y. GIVATI, "Game Theory and the Structure of Administrative Law", *University of Chicago Law Review*, 2014, 481; T. J. CAMPBELL, "Labor Law and Economics", *Stanford Law Review* 1986, Vol.38, 991

<sup>62</sup> Ibid 58; het spel van de aansprakelijkheidsverzekering toont heel mooi aan dat de wetgever verschillende opties voor handen heeft om één bepaalde actor de kost van een potentieel ongeval te laten dragen, maar dat er maar één optie ervoor zorgt dat beide spelers voorzorg nemen en het aantal ongevallen (en dus de totale maatschappelijke kost) beperken.

De literatuur over het gedrag van de rechter is vooralsnog heel wat minder uitgebreid, maar toch zijn er twee interessante voorbeelden die mij inspireerden om ook een gelijkaardig model te ontwikkelen voor het Europees Hof van de Rechten van de Mens.

### 3.3. HET VANBERG-MODEL EN HET DYEYRE-MODEL

De eerste speltheoretische analyse die mij inspireerde was het model van Arthur Dyevre dat de relatie tussen het Europees Hof van Justitie en de Grondwettelijke Hoven van de lidstaten samenvat.<sup>63</sup> Dyevre zoekt een patroon in deze complexe, want niet strikt hiërarchische verhouding, en tracht te verklaren wat de redenen zijn voor de nationale hoven om zich al dan niet te schikken naar de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie in Luxemburg, en omgekeerd. Zich vooral baserend op de rechtspraak van het invloedrijke Duitse *Bundesverfassungsgericht*, besluit hij dat dit justitiële touwgetrek kan worden gegoten in een zogenaamd Hawk-Dove-spel. Naar analogie met de Koude Oorlog komt dit spel erop neer dat elke grootmacht het niet zal nalaten zich dreigend uit te laten, maar als het erop aankomt, zal het zich wel op een manier gedragen die het conflict uit de weg gaat. Ik twijfel er niet aan dat dergelijk model ook raakpunten heeft met de kwestie die in dit werk wordt onderzocht, wat de reden is waarom ik Dyevre's model hier vermeld. Toch ben voor mijn analyse vertrokken vanuit een andere invalshoek.

Het tweede speltheoretische model waar ik kort de aandacht op wil vestigen is dat van Georg Vanberg dat hij ontwikkelde naar aanleiding van een analyse over de relatie tussen de wetgevende macht en het Grondwettelijk Hof in de Verenigde Staten.<sup>64</sup> Vanberg argumenteert dat naast de voorkeuren van de *Supreme Judges* ook het specifieke politieke klimaat cruciaal is voor de uitkomst van grondwettelijk toezicht. Hij werkte een model uit dat de anticipatie van de wetgevende macht op het grondwettelijk toezicht in kaart brengt, evenals hun reactie op een eventueel vernietigend oordeel van de *Supreme Judges*. De wijdverspreide idee dat grondwettelijk toezicht een dialoog is,<sup>65</sup> wordt op die manier op een interessante wijze geconcretiseerd.

De essentie van Vanberg's analyse zit in de stelling dat de mate waarin de publieke opinie het Grondwettelijk Hof steunt, de beslissingen van de grondwettelijke rechters in grote mate mee bepaalt. Door rekening te houden met incomplete informatie (zie ook 5.3.) slaagt hij er bovendien in een enorm compleet model uit te werken. Omwille van de gelijkenis tussen de taak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens en van een grondwettelijk hof

<sup>63</sup> A. DYEYRE, "Judicial Non-Compliance in the European Union", *Law, Society and Economy Working Papers*, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2204592>, (geraadpleegd op 28 april 2015);

<sup>64</sup> G. VANBERG, "Legislative-judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review", *American Journal of Political Science* 2001, Vol.45(2), 346-361.

<sup>65</sup> T.R.S. ALLAN, "Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review", *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, Vol.23(4), 563-584; B. FRIEDMAN, "Dialogue and Judicial Review", *Michigan Legal Review* 1993, 578-680; P.W. HOGG en A. A. BUSHELL, "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures", *Osgoode Hall Legal Journal* 2009, Vol.47(2), 235-286.



in het kader van grondwettelijk toezicht, zijn de overeenkomsten tussen zijn analyse en mijn model niet gering. Het werk van Vanberg bleek daarom een heel erg interessante basis om mee aan de slag te gaan.

## **4. EEN SPELTHEORETISCH MODEL VOOR DE TOEPASSING VAN DE MARGE VAN APPRECIATIE**

Na in deel III te hebben besproken waarom de huidige analyses van de Marge van Appreciatie er niet in slagen een sluitende verklaring te geven voor het gedrag van het Europees Hof van de Rechten de Mens, en in deel IV te hebben stilgestaan bij enerzijds waarom een realistische kijk op deze zaak interessant kan zijn en anderzijds welke rol speltheorie hierin kan spelen, doe ik in dit deel een poging zelf een model uit te werken.

### **4.1. DE SPELERS**

In theoretische modellen schuilt steeds het gevaar dat ze door hun hoge graad van abstractie gemakkelijk de link met de complexe realiteit verliezen en daarom relevantie missen. Hierin schuilt om te beginnen dus al een eerste grote uitdaging. Gelet op het feit dat de conventie moet worden uitgevoerd door het volledige staatsbestel van de verdragsstaat enerzijds en de enorme verscheidenheid aan staatsinrichtingen in de verdragsstaten anderzijds, zie ik mezelf genoodzaakt het in mijn model heel algemeen te hebben over de ‘de machten van de verdragsstaat die het verdrag toepassen’ (of ‘verdragsstatelijke machten’).

Ik ben me er heel goed van bewust dat er vanuit het perspectief van de verdragsstaat grote verschillen bestaan in de manier waarop zij grondrechten beschermen (zie 3.3.). De verhoudingen tussen deze statelijke actoren en hun interne dynamiek hebben ongetwijfeld invloed op hoe de staat grondrechten toepast. Naast het feit dat ik deze verscheidenheid niet genuanceerd kan comprimeren, is de voornaamste reden waarom ik hier toch aan voorbij ga, dat vanuit het standpunt van het Europees Hof het er in essentie om gaat of een verdragsstaat, in haar geheel, er al dan niet in slaagt om een bepaald grondrecht te beschermen. Voor het Hof maakt het heel weinig uit op welke manier ze dat doet. Het Hof is geen hiërarchische overste van de hoogste verdragsstatelijke rechtbank, ze spreekt zich uit over elke verdragsstatelijke praktijk die al dan niet de conventie schendt. Ook ik zal daarom de verdragsstaat beschouwen als één geheel die als het ware met één brein beslist hoe ze grondrechtenbescherming uitvoert.

Ons spel zal daarom gespeeld worden door twee spelers, met name het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, en de verdragsstatelijke machten.

### **4.2. WINST EN VERLIES**

Ik ga ervan uit dat de rechters van het Europees Hof steeds verkiezen hun eigen interpretatie toe te kunnen passen op een geschil over grondrechten. In de eerste plaats heeft het hof inhoudelijk een voorkeur, en ook het effectief kunnen uitoefenen van zijn macht weegt hier door. De eigen interpretatie kunnen uitdragen, waardeer ik aan de hand van de waarde alfa ( $\alpha$ ). Een logisch gevolg is dat indien het Hof verhinderd wordt zelf te interpreteren en een beroep moet doen op de Marge van Appreciatie, de winst op dit vlak 0 is.

Anderzijds willen de rechters van het Hof vermijden beslissingen te nemen die ervoor zorgen dat de publieke opinie in de verdragsstaten (meer bepaald: belangrijke media, invloedrijke rechtsleer en de politieke klasse) zich tegen hen kant. Dit kan hun autoriteit en reputatie namelijk in grote mate ondermijnen en, in extreme gevallen, leiden tot het inperken van hun bevoegdheden aangezien de verdragsstaten steeds kunnen overgaan tot het amenderen van de conventie.<sup>66</sup> Voor de inwerkingtrede van Protocol nr. 14 zetten de rechters ook hun herbenoeming op het spel. Nu speelt deze factor niet meer mee aangezien de benoemingen van de rechters niet hernieuwbaar zijn.<sup>67</sup> In elk geval, publieke tegenkating tegen het zich inmengen van het Hof in een bepaalde zaak, geef ik weer aan de hand van min bèta ( $-\beta$ ). Aangezien de publieke opinie zelden of nooit inmenging van het Hof in significante mate steunt, zet ik daar tegenover publieke neutraliteit, die voor het Hof de waarde 0 heeft.

	<b>Eigen Interpretatie / Marge van Appreciatie</b>	<b>Publieke Tegenkating / Neutraliteit</b>
<b>EHRM</b>	$\alpha / 0$	$-\beta / 0$

Ook voor de verdragsstaat zijn er twee factoren die haar strategie zullen bepalen. Enerzijds hebben ook zij een voorkeur om de conventie van hun eigen interpretatie te voorzien, wat opnieuw deels gegrond is in inhoudelijke voorkeuren op basis van hun historische gegroeide socio-culturele eigenheid, en deels in het kunnen uitoefenen van een zekere macht. Deze winst zal ik waarderen door gamma ( $\gamma$ ). Indien het zich schikt naar de rechtspraak van het Hof (of deze een andere interpretatie oplegt) dan verdwijnt deze winst en wordt deze 0.

Aan de andere kant is een veroordeling van het Europees Hof van de Rechten van de mens natuurlijk een situatie die zowel kosten als reputatieverlies met zich meebrengt en dus een situatie die te vermijden is. De negatieve gevolgen die aan een veroordeling door het Europees Hof verbonden zijn, waardeer ik aan de hand van min thèta ( $-\theta$ ). Indien het Hof echter een beslissing van de

<sup>66</sup> Ibid 54.

<sup>67</sup> Voordien konden rechters herverkozen worden, maar protocol 14 stelde daar een eind aan. De rechters van het EHRM worden nu voor een niet-hernieuwbare termijn van 9 jaar verkozen.

verdragsstaten overeind laat en een Marge van Appreciatie toekent, is er geen verlies (0).

	<b>Eigen Interpretatie / Interpretatie Hof</b>	<b>Veroordeling EHRM / Marge van Appreciatie</b>
<b>Verdragsstatelijke machten</b>	$\gamma / 0$	$- \theta / 0$

Er kan opgemerkt worden dat publieke opinie, in tegenstelling tot het geval van het Europees Hof van de Rechten van de Mens, niet in rekening wordt gebracht voor de verdragsstatelijke machten. Ik ga er echter vanuit dat dankzij de democratische systemen van verdragsstaten deze publieke opinie al verwerkt is in de interpretatieve voorkeur van de verdragsstatelijke machten ( $\gamma$ ). Dit zal uiteraard meer het geval zijn indien een wetgevende macht een grondrecht interpreteert dan een onafhankelijk grondwettelijk hof, maar zelf in dit laatste geval heeft G. Vanberg aangetoond dat de plaatselijke publieke opinie doorweegt in het oordeel van de rechters. Om die redenen heb ik besloten om mijn model niet nodeloos ingewikkelder te maken, en het dus gehouden bij een algemene voorkeur tot eigen interpretatie ( $\gamma$ ).

#### 4.3. INCOMPLETE INFORMATIE

De mate waarin de ene speler belang hecht aan het zelf kunnen interpreteren van de conventie zal nooit volledig gekend zijn door de andere speler. Ook weet het Hof nooit helemaal hoe de publieke opinie zich precies zal verhouden ten opzichte van haar inmenging. Deze incomplete informatie heeft niet onbelangrijke gevolgen voor hoe het spel gespeeld zal worden. In het geval van complete informatie kan elke speler namelijk de uitkomst (of de uitkomsten) van het spel precies inschatten, anticiperend op de rationele keuzes die de andere speler zal maken. Bij incomplete informatie zal elke speler zijn keuze steeds moeten steunen op wat hij denkt dat bepaalde waarden zullen zijn. Hiervoor zal hij dus bewust of onbewust een beroep moeten doen op kansrekenen.<sup>68</sup> Ik ga in dit werk niet dieper in op de wiskundige implicaties hiervan, maar het is wel van groot belang in te zien dat de spelers de waarden van verschillende factoren steeds zullen moeten inschatten, wat kan leiden tot foutieve keuzes.

#### 4.4. STRATEGIEËN

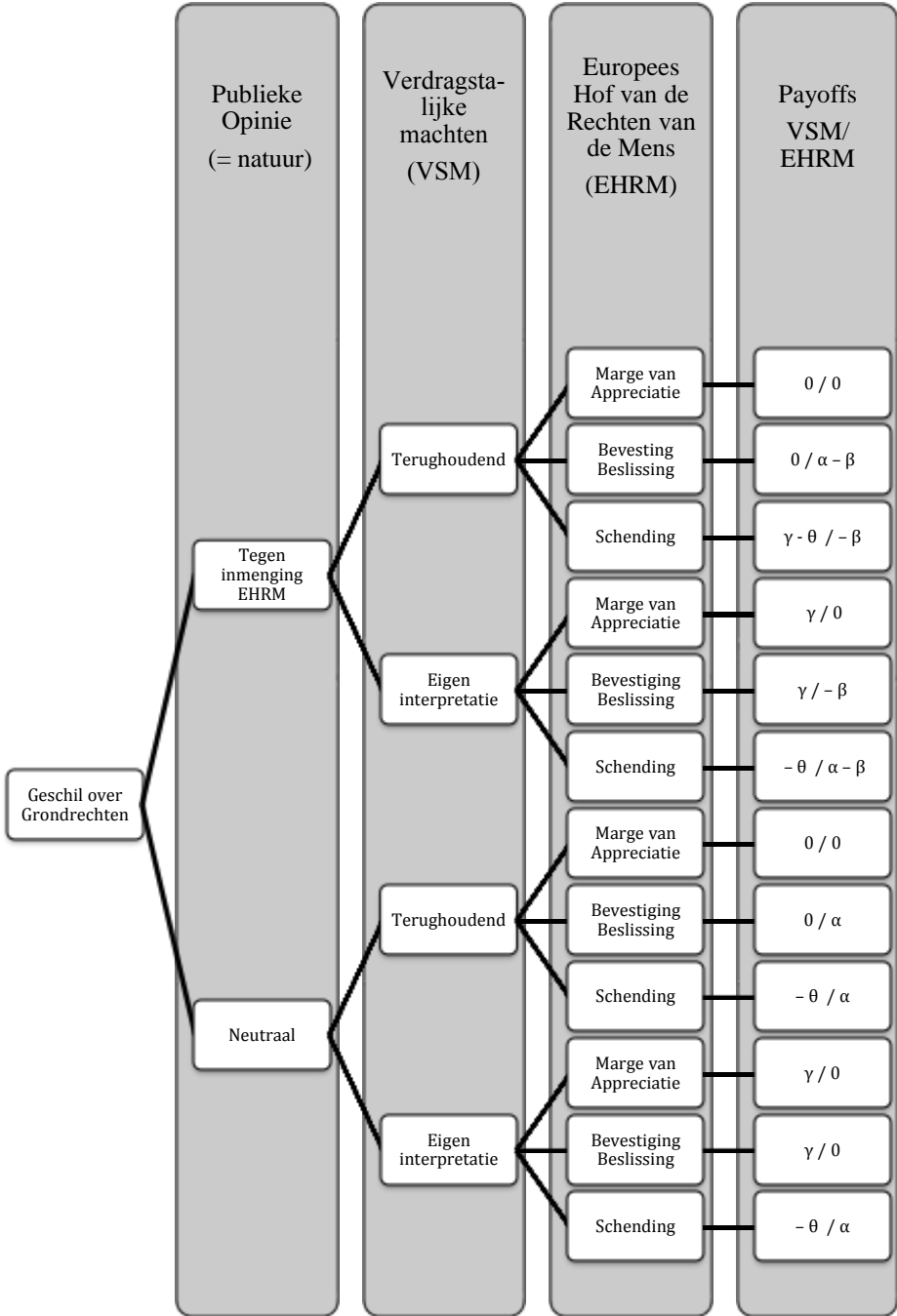
Nu we de voorkeuren van de spelers kennen en ons bewust zijn van de incomplete informatie, kunnen we nagaan hoe dit spel gespeeld zal worden. In Figuur 1 kunnen alle mogelijke combinaties van situaties en strategieën met hun uitkomsten teruggevonden worden. Ik zal deze figuur hier echter niet

<sup>68</sup> J. C., HARSANYI, "Games with Incomplete Information Played by Bayesian Players." *Management Science* 1967/1968, Vol. 14 (3), 159-183.

uitgebreid bespreken. Veel van deze uitkomsten zijn namelijk puur theoretische mogelijkheden en komen, onder andere wegens een gebrek aan gunstige uitkomsten voor beide spelers, niet of amper in de werkelijkheid voor. Ik concentreer mij daarom louter op de belangrijkste afwegingen die het Hof en de verdragsstatelijke machten moeten maken in de meest realistische scenario's.

Mijn conclusie hieruit zal luiden dat zowel de verdragsstatelijke machten als het Europees Hof steeds een afweging zullen moeten maken tussen aan de ene kant het belang dat het Hof hecht aan de eigen interpretatie en aan de andere kant de mate van publieke tegenkanting. Indien het tweede groter is dan het eerste, dan zal het Hof de Marge van Appreciatie toepassen. De reden waarom het Hof een beroep zal doen op de Marge van Appreciatie en niet gewoon op basis van inhoudelijke redenen de klacht verwerpt, is dat ook in het laatste geval het Hof zich inmenkt omdat het een bepaald criterium moet hanteren om de afwijzing hard te maken, wat nog steeds een aantal landen tegen de borst kan stoten. De Marge van Appreciatie fungeert derhalve als sluier om gewoonweg geen beslissing te nemen (zie 3.6.), wat onder andere impliceert dat het Hof in zekere zin aan rechtswijgering doet.

Eerst en vooral zal 'de natuur' (of een samenspel van factoren waar de spelers in de context van het spel weinig of geen vat op hebben) bepalen of de Europese publieke opinie met betrekking tot een bepaald grondrecht neutraal staat tegen inmenging van het Europees Hof, dan wel het eerder afkeurt.



Figuur 1

4.4.1. Neutrale publieke opinie

Indien een bepaald grondrecht eerder technisch is of aan de abstracte kant en hierdoor weinig aanwezig is in de publieke debatten, zal de publieke opinie neutraal zijn ten aanzien van eventuele inmenging in de interpretatie van dit recht door het Europees Hof. De uitkomst van het spel is dan niet zo moeilijk te voorspellen. Gelet op het feit dat het Europees Hof nooit rekening moet houden met eventuele tegenkanting van het publiek, staat haar weinig in de weg om haar eigen interpretatie op te leggen aan de verdragsstaten. Ze wint hier namelijk steeds  $\alpha$  bij, zonder een kans op  $-\beta$  verlies. In de wetenschap dat de dominante strategie van het Hof dus zal zijn haar eigen interpretatie opleggen (door een schending vast te stellen of een beslissing te bevestigen), zou de verdragsstaat moeten inzien dat het weinig zin heeft in te gaan tegen de heersende mening van het Hof. Incomplete informatie over de publieke opinie maakt het echter niet altijd even duidelijk in welke mate een bepaald grondrecht aanwezig is in de maatschappelijke debatten, en het Hof durft zich hier wel eens in te vergissen.

Een goed voorbeeld van een grondrecht waarover de publieke opinie zich relatief weinig laat horen, zijn de procedurele waarborgen van artikel 6 van de conventie. Het gevolg is dat Hof geen rekening moet houden met eventuele publieke tegenkanting en vrij concrete minimumstandaarden kan uittekenen en opleggen aan de verdragsstaten. In verband met deze rechtspraak kan verwezen worden naar de uitspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens in de zaak *Salduz* tegen Turkije.<sup>69</sup> In deze zaak stelde het Hof dat wanneer een verdachte verhoord wordt door de politie deze steeds moet bijgestaan worden door een advocaat. Ondanks het feit dat de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie vrij ingrijpend was, stelden de lidstaten het gezag van het Hof met betrekking tot deze materie weinig of niet in vraag. In België was het zelfs zo dat enkel de nationale wetgeving die werd opgesteld naar aanleiding van het vonnis onder vuur kwam te liggen, niet de rechtspraak van het Hof.<sup>70</sup>

Nu, indien we het bovenstaande in verband brengen met de Marge van Appreciatie is een eerste conclusie waartoe we komen dat de Marge van Appreciatie niet zal worden toegepast indien het Hof niet moet vrezen om steun te verliezen van de publieke opinie. Het Hof zal dan duidelijk minimumstandaarden formuleren waaraan de verdragsstaten zich moeten houden.

---

<sup>69</sup> EHRM, 27 november 2008, nr. 36391/02, *Salduz t. Turkije*.

<sup>70</sup> P. PONSAERS, M. DE WAELE, "Het EHRM en de zaak *Salduz*: een steeds indringender vraag naar juridische bijstand tijdens het politieverhoor." in M. BOCKSTAELE, E. DEVROE en P. PONSAERS, *Salduz: bijstand van advocaten bij verhoren*, Antwerpen, Maklu, 2011, 13-26; C. VAN DEUREN, "De *Salduz*-wet: enkele bedenkingen", *N.C.* 2011, Vol.6, 310; M. DE SWAEF en A. VANDEPLAS, "De *Salduz*-story: lof der redelijkheid?", *RW* 2011-12, nr.1, 89-92.

#### 4.4.2. Publieke tegenkanting

In het geval dat de Europese publieke opinie gehecht is aan een plaatselijke traditie en niet wil dat deze eigenheid verdwijnt als gevolg van een uniforme interpretatie van een grondrecht door het Hof, dan zijn de kaarten anders geschud. Indien het Hof winst wil halen door haar eigen interpretatie op te leggen aan de verdragsstaten ( $\alpha$ ), zal het steeds rekening moeten houden met publiek protest ( $-\beta$ ). Uiteindelijk zal het resultaat afhangen van hoe veel het de eigen interpretatie waardeert (of hoe groot  $\alpha$  is) en in welke mate het de Europese publieke opinie tegen zich in het harnas zou jagen door deze interpretatie op te leggen (of hoe groot  $-\beta$  is). Indien:  $\alpha - \beta > 0$ , dan zal het Hof zijn eigen interpretatie toch opleggen. Indien aan de andere kant  $\alpha - \beta < 0$ , dan zal het Hof een beroep doen op de Marge van Appreciatie. Deze formule is wat ik in de inleiding De Wet van de Luidste noemde. Opnieuw moet benadrukt worden dat als gevolg van de imperfecte informatie deze overweging geen exacte wetenschap is. De afweging die het Hof zal maken zal onvermijdelijk steunen op een eigen inschatting van de publieke tegenkanting, of, wiskundig uitgedrukt, op een kansberekening daarvan.<sup>71</sup>

Om deze afweging goed te illustreren zal ik de Lautsi zaak uitgebreid bespreken en nadien aantonen dat in een gelijkaardige zaak, met name Folgerø et al. t. Noorwegen, het Hof andere standaarden hanteerde omwille van verschillende waarden van  $\alpha$  en  $\beta$ .

Het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld is de zaak Lautsi tegen Italië.<sup>72</sup> De zaak werd tot bij het Hof gebracht door Mevrouw Soile Lautsi die vond dat zowel de godsdienstvrijheid van haar kinderen als haar recht om haar kinderen op te voeden volgens haar eigen overtuigingen (artikel 2, Eerste Protocol) geschonden werd, doordat er een wettelijke verplichting rustte op Italiaanse staatsscholen om een kruisbeeld te voorzien in elke klas. De zaak kwam eerst voor de tweede kamer van het Europees Hof en deze gaf mevrouw Lautsi gelijk.<sup>73</sup> Het Hof zal wel begrepen hebben dat de zaak gevoelig lag in Italië (het Hof anticepeerde dus op een zekere  $-\beta$ ) maar de schending van de conventie was volgens het Hof te klaarblijkelijk (de waarde van  $\alpha$  overtrof  $\beta$  met andere woorden zodat:  $\alpha - \beta > 0$ ) en dus liet het Hof het niet na deze schending van het Europees verdrag ook effectief vast te stellen, waarbij het een ongewoon concrete neutraliteitsverplichting formuleerde.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Ibid 66.

<sup>72</sup> EHRM, 2 november 2009, nr. 30814/06, Lautsi t. Italië (1) / EHRM, 18 maart 2011, nr. 30814/06, Lautsi t. Italië (2).

<sup>73</sup> EHRM 2 november 2009, nr. 30814/06, Lautsi t. Italië.

<sup>74</sup> Ibid 71; RONCHI P., "Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in *Lautsi v Italy*", *Ecc Lj* 2011, Vol.13, 287-290; M. ZHURNALOVA-JUPPUNOV, "Religious Displays at public schools – Courts, Crucifixes and Masters of Identities", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2011, 481.

De storm van kritiek na de beslissing van het Europees Hof was enorm, en bleef niet beperkt tot enkel Italië.<sup>75</sup> Berlusconi, de toenmalige eerste minister van Italië gaf zelfs te kennen dat hij de beslissing van het Hof gewoon naast zich neer zou leggen.<sup>76</sup> Ook het Vaticaan, toch niet zonder invloed in het overwegend katholieke Europa, sprak van een schande.<sup>77</sup> Italië ging in beroep tegen de beslissing, en toen de Grote Kamer in Straatsburg zich in 2011 opnieuw over de zaak zou uitspreken, keek de hele wereld vol spanning toe naar wat de 17 rechters van het Hof ditmaal zouden beslissen. Gelet op de hoeveelheid kritiek die het Hof over zich heen had gekregen na het eerste arrest, zou volgens de Wet van de Luidste de waarde van  $\beta$  zo groot zijn geworden zodat  $\alpha - \beta < 0$ , en het Hof er beter aan doen zich niet over de zaak uit te spreken en de lidstaten een Marge van Appreciatie toe te staan. Ondanks dat het hiervoor is moeten terugkomen op de beslissing van de Tweede Kamer, is dit uiteindelijk wat het Hof ook gedaan heeft.<sup>78</sup>

In de zaak Folgerø en anderen tegen Noorwegen<sup>79</sup> stonden dezelfde grondrechten op het spel, maar waren de belangen minder groot en de stem van de publieke opinie minder luid, waardoor het Hof hier wel een schending van de conventie vaststelde. In deze zaak ging het over de samenstelling van een schoolcurriculum, dat volgens Folgerø, gelet op het feit dat er in bepaalde lessen meer nadruk werd gelegd op één religie, zijn recht op godsdienstvrijheid (art. 9) en een vrije opvoeding (art 2, Eerste Protocol) ontzegde. Het Hof gaf Folgerø gelijk, en oordeelde dat het desbetreffende schoolcurriculum niet verenigbaar was met artikel 2 van het Eerste Protocol. De motivatie van het arrest (zie paragraaf 84 van het arrest) verschilt niet veel van het eerste Lautsi-arrest, wat doet vermoeden dat de Grote Kamer in feite uitging van dezelfde principes, maar wegens een gebrek aan manifeste publieke tegenkanting ( $\beta$  is niet groter dan  $\alpha$  waardoor  $\alpha - \beta > 0$ ) kon het deze mening nu wel in de praktijk brengen.

---

<sup>75</sup> J. HOOPER, "Human Rights ruling against classroom crucifixes angers Italy", *The Guardian*, 3 november 2009; P. AGNEW, "Ruling against crucifixes in Italian schools sparks anger", *Irish times*, 4 november 2009; in Spanje rapporteerde El País het volgende over de controverse, J. G. BEDOYA, "El Gobierno deja a los centros la decision sobre el crucifijo", *El Pais*, 25 november 2008; zie ook: Mancini, S., "The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty", *EuConst* 2010, Vol.6, 6-27.

<sup>76</sup> De Standaard, 6 november 2011, "Berlusconi niet van plan kruisbeelden weg te halen uit klassen".

<sup>77</sup> P. PULLELLA, "Vatican in uproar over court crucifix ruling", *Reuters*, 3 november 2009, <http://www.reuters.com/article/2009/11/03/us-italy-court-crucifix-idUSTRE5A249120091103> (laatst bezocht op 12 mei 2015).

<sup>78</sup> RONCHI P., "Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in *Lautsi v Italy*", *Ecc Lj* 2011, Vol.13, 290-292.

<sup>79</sup> EHRM 29 Juni 2007, nr. 15472/02, Folgerø et al. t. Noorwegen.



## 5. CONCLUSIES

Het blijkt enorm moeilijk om op grond van juridische argumenten, laat staan rechtsfilosofische analyses, de toepassing van de Marge van Appreciatie door het Europees Hof van de Rechten van de Mens te verklaren. Niet alleen raakt de rechtsleer het niet eens met elkaar, ook in de praktijk blijkt het Europees Hof te wegen met verschillende maten en gewichten. Dit is niet verwonderlijk. Gelet op de bestuursrechtelijke oorsprong van de Marge van Appreciatie leent dit concept zich niet tot het spelen van een rol in mensenrechtenbescherming, zelfs niet in een supranationale context. Een ernstig te nemen gevolg is dat door zich op de Marge van Appreciatie te beroepen, het Europees hof in feite aan een variant van rechtsweigering waagt, en het hierdoor nalaat de belangen van minderheden te beschermen tegenover die van de meerderheid. Dit zou nochtans de hoofdtaak moeten zijn van een stelsel van grondrechtenbescherming.

Wat echter niet ontkend kan worden is dat rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens het diverse karakter van de Europese constitutionele tradities in niet onbelangrijke mate onder druk zet. De Verdragsstaten uiten zich hier meermaals kritisch over uit en durven weleens te dreigen met het nemen van maatregelen zoals de conventie de rug toekeren of de bevoegdheden van het Hof inperken. Dit in het achterhoofd houdend en gelet op de onbepaalde aard van grondrechten, lijkt een rechtsrealistische benadering van deze kwestie op zijn plaats. Dit betekent dat we niet blind mogen zijn voor andere dan de louter juridische factoren die een invloed uitoefenen op de rechtspraak van het Europees Hof en dus de vorming van de Marge van Appreciatie.

Door deze externe factoren in een speltheoretisch model te gieten, kan vastgesteld worden dat de toepassing van de Marge van Appreciatie neerkomt op de volgende afweging: in die gevallen dat de publieke opinie zich in zulke mate tegen inmenging van het Europees Hof kant zodat het verlies aan steun van de publieke opinie de winst die het haalt uit de conventie zelf te kunnen interpreteren, overstijgt, zal het Hof zich terughoudend opstellen en een beroep doen op de Marge van Appreciatie. Dit inzicht, dat ik de Wet van de Luidste heb genoemd, werd heel erg duidelijk geïllustreerd door Lautsi-zaak. De Tweede Kamer schatte in eerste instantie de mate van publieke tegenkanting verkeerd in en ging daarom over tot het concreet interpreteren van de conventie. Omdat deze beslissing echter een storm aan protest losweekte, keerde de Grote Kamer zijn kar en beriep zich op de Marge van Appreciatie om geen concrete uitspraak meer in de zaak te doen. Het verschil met de gelijkaardige Folgerø zaak, waar het Hof wel een schending vaststelde aan de hand van concrete criteria, is dat deze tweede zaak minder grote commotie teweeg bracht waardoor het Hof hier wel ruimte had om de conventie concreet te interpreteren.