

De spagaat van het EHRM in de zaak Lautsi

Mensenrechtenbescherming in het spanningsveld tussen internationaal toezicht en het primaat van de staat

Titia Loenen

1 Inleiding

De relatie tussen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de nationale staten met betrekking tot de bescherming van de mensenrechten staat volop in de schijnwerpers.¹ In het wetenschappelijke en publieke debat is de vraag centraal komen te staan of het Hof zich niet veel te vergaand bemoeit met de wijze waarop op nationaal niveau afwegingen worden gemaakt tussen de bescherming van mensenrechten en andere belangrijke normen en waarden of publieke belangen. Treedt het Hof niet op onacceptabele wijze in de soevereiniteit van de staat? Zou het zich niet veel terughoudender dienen op te stellen en het primaat van de mensenrechtenbescherming, dat in het systeem van het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) bij de nationale autoriteiten ligt, daadwerkelijk aan hen over moeten laten?

In de rechtspraak van het Hof vormt de doctrine van de *margin of appreciation* het instrument bij uitstek om vorm te geven aan een al dan niet terughoudende opstelling ten opzichte van de nationale autoriteiten.² In de context van de huidige discussie over de positie van het EHRM is de druk op het Hof groot om hen een ruime *margin of appreciation* toe te kennen. Dat geldt zeker met betrekking tot controversiële onderwerpen. Het lijkt er op dat het Hof gevoelig is gebleken voor die druk. Op het politiek zeer omstreden terrein van regulering van religie en religieuze uitingen heeft het Hof in ieder geval duidelijk gekozen voor een terughoudende opstelling. Was die

¹ Voor de discussie zie onder meer *NTM/NJCM-Bulletin* 2010 nr. 8, p. 975-979, 2011 nr. 1, p. 7-8 en 2011 nr. 4, p. 429-432.

² Zie over de functie van de *margin of appreciation* en de discussie daarover o.a. 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*, vol. 11, 2004-2005, p. 113-150; J. Gerards, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, *European Law Journal*, Vol. 17, No. 1, January 2011, p. 80-120; O. Gross & F. Ni Aoláin, *From discretion to scrutiny: revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of article 15 of the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Quarterly* 2001, p. 625-649; G. Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 26, 2006, Issue 4, p. 705-732; A.A. Ostrovsky, *What's so funny about peace, love and understanding? How the margin of appreciation doctrine preserves core human rights within cultural diversity and legitimizes international human rights tribunals*, *Hanse Law Review* 2005, p. 47-64; Y. Shanty, *Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?* *European Journal of International Law* 2006, p. 907-940; H.C. Yourow, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European human rights jurisprudence*, Kluwer Law International: The Hague 1996, p. 185-189.

lijn al ingezet met de uitspraak van het Hof in de zaak *Sahin tegen Turkije*³, de uitspraak van de Grote Kamer in de zaak *Lautsi tegen Italië*⁴ laat zien dat het Hof bereid is daarin heel ver te gaan. De nationale autoriteiten lijken welhaast volledig *carte blanche* te krijgen om op dit terrein regels te stellen. Het oordeel van de Grote Kamer in de laatste zaak is des te interessanter, omdat het getuigt van een opmerkelijke ommezwaai van het Hof ten opzichte van de eerdere, en nog wel unanieme, uitspraak van de Tweede Kamer. Daarin was geoordeeld tot een schending van het EVRM door de staat.⁵ Pikant detail is dat juist in de periode tussen beide uitspraken de discussie over de positie van het Hof echt was losgebarsten en er heel veel kritiek was gekomen op de uitspraak van de Kamer. De ommezwaai van het Hof kan dan haast geen toeval zijn zou je als buitenstaander denken, al zullen we dat waarschijnlijk nooit zeker weten.

Wat valt er voor en tegen die ommezwaai in de zaak *Lautsi* te zeggen in het licht van de huidige discussie over de rol en positie van het Hof? Daarop wil ik in deze bijdrage graag nader ingaan, na eerst een korte samenvatting te hebben gegeven van de uitspraken in de zaak *Lautsi*.

2 De uitspraken in de zaak *Lautsi*

In deze Italiaanse zaak klaagt mevrouw Lautsi zich, mede namens haar kinderen, over het feit dat in alle klaslokalen van de openbare lagere school waar de kinderen les krijgen kruisbeelden hangen. Zij acht dat in strijd met artikel 2 van het Eerste Protocol van het EVRM in samenhang met artikel 9 EVRM.⁶ De praktijk is gebaseerd op twee nog van kracht zijnde Italiaanse decreten uit de jaren twintig van de vorige eeuw, die openbare scholen verplichten om in ieder klaslokaal een kruisbeeld op te hangen. In de nationale procedures heeft het Constitutionele Hof zich onbevoegd verklaard om een uitspraak te doen over de vraag of deze praktijk in strijd is met het beginsel van secularisme, aangezien het Hof naar Italiaans recht niet de competentie bezit om dit soort lagere regelgeving aan de constitutie te toetsen. In de daarop volgende bestuursrechtelijke uitspraken is mevrouw Lautsi in het ongelijk gesteld op grond van de overweging dat een kruisbeeld een symbool is van waarden als vrijheid, gelijkheid en tolerantie die verknoot zijn met de Italiaanse geschiedenis, cultuur en identiteit. Het ophangen van een kruisbeeld in een klaslokaal is op grond daarvan niet in strijd met de vereiste seculariteit van de staat.

In 2009 komt de Tweede Kamer van het EHRM tot de conclusie dat de Italiaanse praktijk in strijd is met het EVRM. Het Hof is van oordeel dat het kruisbeeld in de klas

³ EHRM (Grote Kamer) 10 november 2005, *Sahin t. Turkije*, appl. no. 44774/98, *NTM/NJCM-Bulletin* 2006, p. 213-233, m.nt. M.L.P. Loenen & A.B. Terlouw.

⁴ EHRM (Grote Kamer) 18 maart 2011, *Lautsi t. Italië*, appl. no. 30814/06, *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, p. 471-489, m.nt. M.L.P. Loenen.

⁵ EHRM 3 november 2009, *Lautsi t. Italië*, appl. no. 30814/06, *NTM/NJCM-Bulletin* 2010, p. 295-304, m.nt. A.C. Hendriks & A.B. Terlouw.

⁶ Artikel 2 van het Eerste protocol beschermt het recht van ouders 'zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen'. Artikel 9 garandeert de godsdienstvrijheid.

primair als een religieus symbool moet worden gezien.⁷ Vervolgens onderzoekt het Hof de vraag of het ophangen van het kruisbeeld een ontoelaatbare inbreuk maakt op de in het EVRM en het Eerste Protocol neergelegde rechten. Het Hof is van oordeel dat het beschermen van pluralisme essentieel is voor het behoud van de democratische samenleving en dat dit meebrengt dat de staat gehouden is om in het openbaar onderwijs 'an open school environment' te garanderen, waarin geen misseactiviteiten of prediking voorkomen of andere vormen van indoctrinatie 'that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions'.⁸ Het Hof concludeert dat de staat in het onderhavige geval die grens overschrijdt:

'The presence of the crucifix may easily be interpreted by pupils of all ages as a religious sign, and they will feel that they have been brought up in a school environment marked by a particular religion. What may be encouraging for some religious pupils may be emotionally disturbing for pupils of other religions or those who profess no religion. That risk is particularly strong among pupils belonging to religious minorities. Negative freedom of religion is not restricted to the absence of religious services or religious education. It extends to practices and symbols expressing, in particular or in general, a belief, a religion or atheism. That negative right deserves special protection if it is the State which expresses a belief and dissenters are placed in a situation from which they cannot extract themselves if not by making disproportionate efforts and acts of sacrifice.'⁹

De Grote Kamer van het Hof komt ruim een jaar later tot een geheel andere uitkomst. Ook nu benadert het Hof het kruisbeeld als primair een religieus symbool, maar anders dan in de Kameruitspraak is het Hof er niet van overtuigd dat de staat met het ophangen daarvan in de klas de grenzen heeft overschreden die het EVRM stelt. Het Hof acht in deze uitspraak namelijk geen sprake van indoctrinatie. Hoewel het volgens het Hof begrijpelijk is dat een leerling een kruisbeeld kan opvatten als gebrek aan respect voor andere overtuigingen is de subjectieve perceptie van betrokkene niet doorslaggevend om tot een schending van artikel 2 van het Eerste Protocol te concluderen.¹⁰ Er is geen bewijs dat het tonen van een religieus symbool aan de muur leerlingen beïnvloedt.

De aangevoerde rechtvaardiging van de staat, dat het ophangen van een kruisbeeld in de klas tegemoet komt aan de wens om een traditie te handhaven die verwijst naar de grondslagen van de democratie en de westerse beschaving, wordt gehonoreerd. Die valt binnen de *margin of appreciation* die aan de staat toekomt. Het Hof overweegt daarbij dat de Italiaanse rechters die zich over deze materie hebben uitgesproken uiteenlopende oordelen hebben gegeven en dat het niet aan het

⁷ EHRM 3 november 2009, *Lautsi t. Italië*, par. 51 en 52.

⁸ *Idem*, par. 47.

⁹ *Idem*, par. 55.

¹⁰ EHRM (Grote Kamer) 18 maart 2011, *Lautsi t. Italië*, par. 66.

Hof is om daar een positie over in te nemen.¹¹ Het Hof voegt daar aan toe dat het uitgangspunt dat deze materie binnen de *margin of appreciation* valt, wordt gesteund door het feit dat er 'no European consensus' bestaat over de aanwezigheid van religieuze symbolen in openbare scholen.¹²

De grens van de *margin of appreciation* wordt volgens het Hof pas bereikt als er sprake zou zijn van een vorm van indoctrinatie. De aanwezigheid van een symbool dat verwijst naar het christendom is echter niet voldoende om dat aan te nemen. De Grote Kamer geeft met betrekking tot dit aspect nadrukkelijk aan dat het de benadering van de Kamer niet deelt.¹³ De Grote Kamer acht het kruisbeeld, anders dan het dragen van een hoofddoek door een islamitische docente, geen 'powerful external symbol', maar slechts een 'essentially passive symbol'. Dat kan dan ook geen invloed op leerlingen hebben die op een lijn te stellen is met indoctrinatie.¹⁴

Verder is volgens het Hof relevant om tot een ander oordeel te komen dat de aanwezigheid van een kruisbeeld niet geassocieerd kan worden met een of andere vorm van proselitisme of het opdringen van een bepaalde godsdienst. Daar komt bij dat het recht van de ouders om hun eigen overtuiging aan hun kinderen over te brengen niet wordt aangetast. De conclusie is dan ook dat Italië binnen de *margin of appreciation* is gebleven.

3 De ommezwaai van het Hof nader beschouwd

Laat ik vooropstellen dat ik de ommezwaai van het Hof inhoudelijk en principieel niet heel erg overtuigend vind. Dat hangt vooral samen met twee cruciale punten. In de eerste plaats wil de Grote Kamer de conclusie van de Tweede Kamer niet accepteren dat mevrouw Lautsi's perceptie van het kruisbeeld als een teken dat de staat een voorkeur voor een bepaalde godsdienst zou hebben niet zomaar een subjectieve opvatting is, maar ook in geobjectiveerde zin zo kan worden opgevat. De Grote Kamer zet haar perceptie weg als 'subjectief' en daarmee niet maatgevend.

In de tweede plaats besteedt de Grote Kamer nauwelijks aandacht aan de vraag welk publiek belang er in het geding is: welk belang heeft de staat nu feitelijk bij het ophangen van een kruisbeeld in de klas? Als het kruisbeeld voor niets anders staat dan culturele normen en waarden dan zijn er ook andere symbolen die dat kunnen laten zien. Als het daarentegen juist toch om het kruisbeeld als symbool gaat, dan heeft dat blijkbaar een bijzondere betekenis en is er juist wel gevaar van een indoctrinerende symboliek.

Hoe dit ook zij, het lijkt duidelijk dat bij een striktere toets geconcludeerd zou zijn tot een schending van het EVRM. Het is enkel de ruime *margin of appreciation* die het Hof aan Italië laat die dat voorkomt. Maar hoe moeten we die ruime *margin* beoordelen in het licht van de argumenten die daar vaak voor en tegen worden aangevoerd?

¹¹ Idem, par. 68.

¹² Idem, par. 70.

¹³ Idem, par. 73.

¹⁴ Idem, par. 72.

3.1 *Argumenten voor en tegen een ruime margin of appreciation*

Het meest principiële argument dat in de discussies wordt genoemd om te pleiten voor een ruime *margin of appreciation* betreft het gebrek aan democratische legitimatie van het EHRM in vergelijking met de nationale autoriteiten.¹⁵ In de onderhavige casus is er wat dit betreft een bijzondere situatie. Het decreet waarop het beleid is gebaseerd dateert nog uit de tijd van Mussolini. Het is daarmee geen toonbeeld van een democratisch tot stand gekomen decreet. Belangrijker wellicht is dat de Italiaanse rechterlijke organen geheel verschillende posities innemen ten opzichte van het ophangen van kruisbeelden in de publieke ruimte. De hoogste bestuursrechter die een oordeel heeft geveld over de zaak *Lautsi*, de *Consiglio di Stato*, deelt de benadering van de regering dat het kruisbeeld ondanks zijn religieuze wortels gezien kan worden als een symbool dat de seculiere waarden van tolerantie, wederzijds respect en dergelijke representeert. Het kan daarom niet in strijd met het Italiaanse grondwettelijke beginsel van seculariteit worden geacht. Daartegenover staat de uitspraak van het Italiaanse Hof van Cassatie, dat het ophangen van een kruisbeeld in een stemlokaal in strijd met het beginsel van seculariteit en de godsdienstvrijheid had geoordeeld vanwege de betekenis die aan een kruisbeeld moet worden toegekend. Het is wat dat betreft dan ook heel spijtig dat het Italiaanse Constitutionele Hof geen uitspraak heeft kunnen doen over de zaak *Lautsi*. Een verzoek daartoe is in 2004 niet-ontvankelijk verklaard, omdat de aan het beleid ten grondslag liggende decreten naar Italiaans recht niet aan grondwettelijke toetsing kunnen worden onderworpen, omdat ze niet de status van wetgeving hebben. Hier lijkt dus sprake van een lacune in de nationale rechtsbescherming. Juist gezien dit feit zou men kunnen redeneren dat er alle reden voor het EHRM was om dit gat te vullen en een knoop door te hakken, juist vanwege de uiteenlopende benaderingen van de twee Italiaanse rechterlijke colleges en het ontbreken van de mogelijkheid van een uitspraak van het Constitutionele Hof.

Een tweede argument dat vaak ten faveure van een ruime *margin of appreciation* wordt genoemd, betreft het door het Hof te betrachten respect voor pluriformiteit in de staten en het daarmee verwante argument dat de nationale autoriteiten in een betere positie verkeren om een afweging te maken wat in die context wel of niet verantwoord en vereist is. Als we dat als invalshoek nemen in de zaak *Lautsi*, dan moeten we constateren dat er ook binnen Italië veel verdeeldheid over deze zaak was en is. Overigens geldt dat ten aanzien van dit soort kwesties vermoedelijk steeds meer in het algemeen in Europese samenlevingen. Er is sprake van minder homogeniteit en meer strijd en discussies over de nationale identiteit. In die context is het gevaar van repressie van minderheidsperspectieven en -identiteiten groot. De vraag laat zich stellen of tegen die achtergrond een externe blik zoals het EHRM die biedt dan misschien juist wel veel 'objectiever' is dan een interne.

Daarmee zijn we aangeland bij het mijns inziens belangrijkste argument *tegen* een ruime *margin of appreciation*: het gevaar van uitholling van het niveau van de mensenrechtenbescherming. Nationale autoriteiten blijken niet altijd de beste hoe-

¹⁵ De in deze paragraaf genoemde argumenten zijn ontleend aan de in noot 2 opgenomen literatuur, die een goed overzicht biedt van de discussies over de argumenten voor en tegen een ruime *margin of appreciation*.

ders van de mensenrechten, ook niet in over het algemeen goed functionerende democratische staten zoals we die in Europa kennen.

In hoeverre is dat in deze zaak ook aan de orde? Wat dit betreft lijkt me hier wel een verschil te bestaan met de zaak *Sahin*, waarin het Hof op grond van een ruime *margin of appreciation* concludeerde dat er geen sprake was van een schending van het EVRM: Turkije mocht studenten verbieden om op de staatsuniversiteit een hoofddoek of andere religieuze symbolen te dragen. De aantasting van de godsdienstvrijheid in de zaak *Lautsi* is van een andere orde en is minder ernstig en ingrijpend. Het raakt het eigen handelen naar godsdienstige overtuiging niet rechtstreeks, zoals in *Sahin*. In die zin is een ruime *margin of appreciation* in de zaak *Lautsi* beter verdedigbaar dan in *Sahin*. Daar komt bij dat een indringende toetsing door het EHRM in dit soort gevallen kan leiden tot een mate van detaillering en verfijning van mensenrechtelijke verplichtingen op grond van het EVRM die tot averechtse effecten kunnen leiden wat betreft de status van de mensenrechten en het gezag van het Hof.¹⁶

Tot welke nogal bizarre benaderingen zulke vergaande detaillering kan leiden, laat de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof (*Supreme Court*) over religieuze symbolen in het publieke domein zien. Waar het de relatie tussen staat en religie betreft, staat in de VS de *Establishment Clause* centraal: 'Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free expression thereof...'. Deze bepaling bedoelt te garanderen dat de staat zich neutraal opstelt ten aanzien van godsdienst door geen enkele religie te bevorderen of daar voorkeur aan te geven, laat staan een staatsgodsdienst in het leven te roepen. Het Amerikaanse Hooggerechtshof heeft zich verschillende keren geconfronteerd gezien met de vraag of het op een openbare plek neerzetten van een kerststal door een gemeentelijke overheid in strijd komt met de *Establishment clause*. Tast dat de neutraliteit van de staat aan? Het antwoord van het Hooggerechtshof stelt de context waarin de kerststal een rol speelt centraal. Als uitsluitend een kerststal wordt opgesteld is dat volgens het Hooggerechtshof niet acceptabel, maar als de stal onderdeel is van een meer gevarieerde tentoonstelling van symbolen van diverse religies en/of seculiere symbolen ligt dat anders. Te denken valt aan een combinatie met een arrenslee, een kerstman of kerstboom.¹⁷ Hoewel het Hooggerechtshof met deze benadering uiteindelijk wellicht tot een gebalanceerde benadering is gekomen, lijkt de constructie wel erg gekunsteld. In een samenleving die doordrenkt is van een christelijke geschiedenis is het uitbannen van alle mogelijke christelijke symbolen en referenties niet echt een optie. Voor een internationale rechter als het EHRM lijkt me dit soort casus een moeras te vormen waarin deze zich niet moet willen begeven. Het mensenrechtelijke belang is uiteindelijk immers beperkt en men kan zich met recht afvragen of ook de meerderheid, binnen grenzen uiteraard, niet recht heeft op

¹⁶ Zie E.A. Alkema, *De minimus non curat praetor? – Verregaande verfijning in de rechtspraak*, in: N.J.H. Huls (red), *Grenzen aan mensenrechten*, Stichting NJCM-Boekerij: Leiden 1995, nr. 26, p. 63-76. Over hoe dat mechanisme via de 'prismawerking' van de mensenrechten zijn beslag krijgt zie J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten*, Oratie Radboud Universiteit Nijmegen 2011, p. 21 e.v.

¹⁷ *Lynch v. Donnelly*, 465 US 668 (1984) en *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*, 492 US 573 (1989).

expressie van de eigen, historisch gegroeide identiteit die vaak verweven is met religie en levensovertuiging.

4 Conclusie

De zaak *Lautsi* laat zien in welke spagaat het EHRM soms terecht komt als het enerzijds zijn rol als mensenrechtelijke waakhond waar wil maken, maar anderzijds ook de staat alle ruimte wil laten om, zeker in politiek uiterst gevoelige zaken, zijn eigen afwegingen te maken bij het beperken van mensenrechten. De diametraal tegenovergestelde uitkomst van de twee Straatsburgse uitspraken in de zaak *Lautsi* getuigen daarvan. In het huidige debat over de positie van het Hof is een meer terughoudende opstelling wellicht onvermijdelijk wil het Hof niet verder inboeten aan gezag bij de staten en het grote publiek. Vanuit die optiek is de uitspraak van de Grote Kamer in *Lautsi* begrijpelijk, zij het niet erg sterk qua motivering. Verder komt de uitkomst in deze zaak tegemoet aan de kritiek dat het Hof moet waken voor een te vergaande verfijning van de mensenrechtenstandaarden. Wat het specifieke onderwerp van religieuze symbolen in de openbare ruimte betreft, lijkt het me bovendien een goede zaak als het EHRM er voor zorgt dat het uit het moeras blijft waarin het Amerikaanse Hoogerechtshof met de 'kerststalzaken' terecht is gekomen.