



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Intensity of review in international courts and tribunals

*A comparative analysis of deference*

Fahner, J.H.

**Publication date**

2018

**Document Version**

Other version

**License**

Other

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Fahner, J. H. (2018). *Intensity of review in international courts and tribunals: A comparative analysis of deference*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam, Université du Luxembourg].

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## Samenvatting

Internationale gerechtshoven en tribunalen krijgen steeds vaker het verzoek om een oordeel te vellen over aangelegenheden die vanouds werden gerekend tot de binnenlandse bevoegdheidssfeer van staten. Met name op het vlak van de mensenrechten, het investeringsrecht en het handelsrecht worden internationale tribunalen regelmatig verzocht om een oordeel te vellen over beslissingen van nationale autoriteiten die zijn genomen in het kader van democratische procedures en publieke beraadslaging. Dit werpt de vraag op of internationale gerechtshoven en tribunalen dergelijke beslissingen volledig mogen heroverwegen (*de novo*) of dat zij slechts een marginale toetsing mogen uitoefenen. In veel binnenlandse rechtsordes voeren rechtbanken geen volledige heroverweging uit met betrekking tot besluiten van de wetgevende en de uitvoerende macht, omdat dit hen in staat zou stellen de bevoegdheden van andere overheidsinstellingen naar zich toe te trekken. In plaats daarvan oefenen rechtbanken een beperkte vorm van toetsing uit, door bijzonder gewicht toe te kennen ('by exercising deference') aan de overwegingen van de oorspronkelijke besluitnemer. Deze dissertatie onderzoekt of internationale rechters een vergelijkbare terughoudendheid betrachten en of zij dat zouden moeten doen.

Het eerste deel van dit proefschrift biedt een vergelijkende analyse van de intensiteit van de toetsing die internationale hoven en tribunalen uitoefenen wanneer zij het handelen van staten toetsen aan het internationale recht. Het onderzoek betreft de rechtspraktijk van zes permanente gerechtshoven (het Internationaal Gerechtshof, de Europese, Inter-Amerikaanse en Afrikaanse mensenrechtenrechtenhoven, het geschillenbeslechtingssysteem van de Wereldhandelsorganisatie en het Internationaal Zeerechttribunaal) en van arbitrage-tribunalen in het investeringsrecht. Hoewel rechtszaken in deze verschillende hoven in veel opzichten van elkaar verschillen, wordt elk van hen met regelmaat gevraagd om binnenlandse besluitvorming te toetsen aan internationale regels. De vergelijkende analyse laat zien hoe de verschillende instanties hebben gereageerd op het gebruikelijke betoog van verwerende staten dat internationale rechters hun handelen enkel marginaal mogen toetsen. De argumenten die daarbij worden aangevoerd hebben vaak betrekking op kwesties die relevant zijn in elk van de verschillende rechtsgebieden, zoals staatssoevereiniteit, beleidsvrijheid en democratische legitimiteit. In de vergelijkende analyse wordt onderzocht of internationale rechtbanken en tribunalen een vergelijkbaar antwoord geven op deze argumenten en of een gedeelde benadering is ontstaan ten aanzien van de intensiteit van toetsing.

De uitkomst van de vergelijkende analyse toont een grote variëteit in de wijze waarop internationale hoven en tribunalen de intensiteit van hun toetsing bepalen. Sommige instanties hebben verfijnde methodes ontwikkeld, die acht slaan op de superieure capaciteiten van

binnenlandse autoriteiten en de directe democratische legitimiteit van hun beslissingen en op het open karakter van veel internationale rechtsregels. Internationale rechters beperken de intensiteit van hun toetsing met name in de context van de vaststelling van feiten, technische beoordelingen en de interpretatie en toepassing van nationaal recht. *Deference* is minder gebruikelijk wanneer rechters een oordeel geven over beleidskeuzes of over verdragsinterpretaties die door de gedaagde staat worden verdedigd. De vergelijkende analyse toont verder dat rechters in uiteenlopende rechtsgebieden vergelijkbare formuleringen gebruiken om *deference* te uiten. De *margin of appreciation* evenals de normen van redelijkheid en goede trouw worden door verschillende internationale hoven en tribunalen gebruikt om te verduidelijken hoe zij een inhoudelijke toetsing uitvoeren terwijl ze tegelijkertijd een zekere mate van *deference* toekennen aan de gedaagde staat. Een rigoreuze analyse van deze methodes toont echter dat zij niet veel duidelijkheid geven ten aanzien van de specifieke test die door de rechter wordt toegepast en hoe de intensiteit van toetsing wordt beperkt. Dit leidt tot de conclusie dat het concept van *deference* zinvol is om aan te geven dat de rechter tot op zekere hoogte bereid is om de beslissingen van binnenlandse autoriteiten goed te keuren, maar dat pogingen om de intensiteit van toetsing in meer preciese termen te kwantificeren of te kwalificeren geen bevredigende resultaten opleveren.

Terwijl sommige rechters expliciet kiezen voor een bepaalde vorm van marginale toetsing, weigeren anderen uitdrukkelijk om de intensiteit van hun toetsing te beperken. Een gebruikelijke rechtvaardiging voor volledige toetsing is de vaststelling dat staten zich vrijwillig hebben onderworpen aan internationale toetsing. Rechters die een terughoudende toetsing afwijzen overwegen dat hun mandaat vereist dat zij op een onafhankelijke en neutrale wijze toetsen of staten het internationale recht naleven. Wanneer hoven en tribunalen een volledige toetsing uitvoeren geven zij echter zelden een uitgebreide rechtvaardiging voor die keuze. Dat suggereert dat deze rechters *de novo* toetsing beschouwen als een rechtmatige uitvoering van hun mandaat en dat terughoudende toetsing een rechtvaardiging zou vereisen.

De uitkomsten van de vergelijkende analyse tonen dat de keuze voor een terughoudende of volledige toetsing niet volledig afhangt van de procedurele eigenschappen van de betreffende rechtsinstantie of van de inhoud van het betreffende rechtsgebied. Deze factoren kunnen niet verklaren waarom verschillende tribunalen in het investeringsrecht of verschillende regionale mensenrechtenhoven uiteenlopende benaderingen kiezen. De keuze voor een volledige of terughoudende toetsing blijkt samen te hangen met normatieve perspectieven ten aanzien van de juiste balans tussen internationale toetsing enerzijds en respect voor de bevoegdheden van binnenlandse autoriteiten anderzijds.

Het normatieve gedeelte van deze dissertatie bespreekt de vraag of internationale hoven en tribunalen zich zouden moeten beperken tot een marginale toetsing wanneer zij het handelen van staten toetsen aan het internationale recht. Ik poneer een onderscheid tussen *epistemic deference*, gerechtvaardigd door de superieure capaciteiten van binnenlandse autoriteiten ten aanzien van feitelijke en technische beoordelingen, en *constitutional deference*, gebaseerd op de democratische legitimiteit van binnenlandse besluitvorming. Ik concludeer dat *epistemic deference* een verstandige erkenning is van de beperkte expertise van rechters inzake niet-juridische beslissingen. *Epistemic deference* leidt echter niet noodzakelijk tot een algehele beperking van de intensiteit van toetsing die ten goede komt aan de gedaagde staat. Aangezien deze vorm van *deference* afhangt van expertise, kan zij ook toegekend worden aan een andere partij in het geschil of aan onafhankelijke deskundigen.

De meer controversiële kwestie van *constitutional deference* roept een variëteit van argumenten op die aansluiten bij andere debatten in het internationale recht. Ter verdediging van *deference* wordt betoogd dat *deference* democratische besluitvorming beschermt, de soevereiniteit van Staten respecteert en uitvoering geeft aan het principe van subsidiariteit en de daarbij horende voorkeur voor lokale besluitvorming. Deze argumenten moeten worden afgewogen tegen het betoog dat *deference* een bedreiging vormt voor de neutraliteit en effectiviteit van internationale toetsing, voor de gelijkheid tussen de partijen en voor de uniformiteit van de interpretatie en toepassing van het internationale recht. Veel van deze argumenten zijn incommensurabel maar vormen op zichzelf ook geen doorslaggevende rechtvaardiging voor de toepassing of afwijzing van *deference*.

In antwoord op het democratische argument kan betoogd worden dat rechterlijke toetsing een tegenwicht biedt aan besluitvorming door de meerderheid en op die manier de belangen van minderheden beschermt. Bovendien is in een goed functionerende democratie het besluit van een staat om zich te onderwerpen aan de rechtsmacht van een internationaal hof of tribunaal een vorm van zelfbinding die democratische steun geniet. Een vergelijkbaar argument kan ten aanzien van soevereiniteit worden aangevoerd: de aanvaarding van internationale verplichtingen is uiteraard een beperking van staatssoevereiniteit, maar deze keuze is in zichzelf een soevereine beslissing. Derhalve kan de onderwerping aan de rechtsmacht van een internationale rechter, die grenzen stelt aan binnenlandse democratie en soevereiniteit, berusten op een democratische, soevereine keuze. In antwoord op argumenten betreffende subsidiariteit kan betoogd worden dat de oprichting van een internationaal hof of tribunaal op zich reeds suggereert dat een internationale rechter een rol speelt die niet door binnenlandse rechters kan worden vervuld; Staten zouden anders geen reden hebben om zulke instituties te creëren.

De argumenten tegen *deference* zijn evenmin doorslaggevend. Verwijzingen naar het principe van *equality of arms* veronderstellen een gelijkheid tussen partijen die feitelijk noch juridisch bestaat wanneer één van beide een staat is. *Deference* onderkent dat een staat bijzondere verantwoordelijkheden heeft die een private partij niet heeft. Het principe van *equality of arms* levert ook geen doorslaggevend argument op wanneer beide partijen staten zijn, omdat de eisende partij van een gelijke *deference* zal profiteren wanneer zij in een ander dispuut de gedaagde partij is. Argumenten gebaseerd op de universaliteit en uniformiteit van het internationale recht gaan voorbij aan het belang dat veel internationale rechtsregels hechten aan de aanpassing van deze regels aan lokale omstandigheden. Het argument dat marginale toetsing een verzaking van de rechterlijke taak inhoudt, overdrijft het effect van *deference*. Internationale rechterlijke instanties moeten uiteraard hun gezag uitoefenen maar dat betekent niet dat de opdracht om het internationale recht te interpreteren en toe te passen nooit met binnenlandse autoriteiten gedeeld kan worden.

Verschillende van de tot nu toe genoemde argumenten zijn nogal dubbelzinnig. Een bepaald argument kan voor sommigen een rechtvaardiging vóór *deference* betekenen, maar voor anderen een argument tegen. Sommigen vinden het bijvoorbeeld problematisch als internationale rechters een oordeel vellen over binnenlandse democratische beslissingen, terwijl anderen dit juist een voorwaarde vinden voor een legitieme machtsuitoefening. Op vergelijkbare wijze bekritisieren sommigen de negatieve gevolgen van *deference* voor de uniforme toepassing van het internationale recht, terwijl anderen waarde hechten aan de diversiteit en het pluralisme dat door *deference* mogelijk wordt gemaakt. In reactie op deze complexiteit richt ik mij op het principe van de scheiding der machten als de doorslaggevende motivering voor marginale toetsing. Dit resulteert in een nieuw argument tegen *constitutional deference* in internationale hoven en tribunalen, met uitzondering van de mensenrechtshoven.

In de binnenlandse rechtsorde vereist het principe van de scheiding der machten dat rechters een delicate rol spelen: enerzijds moeten zij het handelen van andere machten controleren en begrenzen, maar anderzijds mogen ze zelf niet te veel macht naar zich toetrekken, omdat dit ook een bedreiging zou vormen voor de scheiding der machten. *Constitutional deference* is een oplossing voor dit dilemma, doordat het rechters in staat stelt andere instituties te controleren zonder hun bevoegdheden over te nemen. Op het internationale vlak werkt deze logica niet op dezelfde wijze: aangezien internationale hoven en tribunalen per definitie een beperkte macht hebben is er geen reden voor *constitutional deference*.

In tegenstelling tot de uitspraken van binnenlandse rechters hebben uitspraken van internationale rechters zelden een direct gevolg in de binnenlandse rechtsorde. De meeste internationale rechters spreken enkel declaratoire vonnissen uit; deze laten aan staten de vrijheid

om te beslissen of de onrechtmatig bevonden maatregel wordt opgeheven of aangepast. Bovendien focussen verschillende internationale regimes op de betaling van schadevergoeding, of staan zij dat toe, hetgeen het staten mogelijk maakt de gewraakte maatregel te handhaven en toch te gehoorzamen aan het internationale recht. Op deze wijze staat het internationale recht staten toe om invloed uit te oefenen op de implementatie van internationale vonnissen. Daarnaast toont de realiteit van de internationale politiek dat staten er ook voor kunnen kiezen om vonnissen te negeren en weigeren uit te voeren, of zelfs om het regime te verlaten. Ik wil met deze vaststelling geen rechtvaardiging geven voor niet-naleving, maar enkel de beperkte macht van internationale hoven en tribunalen tonen.

Terwijl binnenlandse rechtbanken hun toetsing uitvoeren ter handhaving van een constitutionele scheiding der machten die helpt om de uitoefening van staatsgezag te legitimeren, hebben de meeste internationale rechters een meer beperkte missie. Afgezien van de regionale mensenrechtenhoven hebben internationale hoven en tribunalen niet de taak om de uitoefening van overheidsgezag te legitimeren, maar om geschillen te beslechten in sectoriële rechtsgebieden met meer instrumentele doeleinden. De toetsing door deze rechters betreft geen algemene evaluatie van de uitoefening van publiek gezag in het licht van verschillende publieke en private belangen. Daarom is er minder reden om bezorgd te zijn over constitutionele vragen betreffende democratische legitimiteit en de verdeling van overheidsgezag over verschillende instanties; vragen die in de binnenlandse context marginale toetsing rechtvaardigen.

Mijn afwijzing van *constitutional deference* in internationale hoven en tribunalen wordt verder versterkt door de conceptuele verwarring die door marginale toetsing ontstaat. Zowel rechters als academici overwegen gewoonlijk dat *deference* de rechterlijke toetsing niet vervangt, maar enkel beperkt. In de praktijk is het echter moeilijk om op kwalitatieve of kwantitatieve wijze uit te drukken hoe beperkte *deference* werkt. Naarmate een toetsingsstandaard genuanceerder en verfijnder wordt, raakt deze meer verweven met de interpretatie van de toepasselijke rechtsregel. Dit suggereert dat wanneer rechters reden zien om de eisen van een internationaal regime af te wegen tegen concurrerende binnenlandse belangen, een restrictieve interpretatie van de relevante regel een betere oplossing biedt dan *deference*. In tegenstelling tot *deference*, waardoor de inhoud en reikwijdte van een internationale verplichting onbepaald blijft omdat de interpretatie en toepassing van de regel ten minste ten dele worden overgelaten aan binnenlandse autoriteiten, geeft een restrictieve interpretatie een duidelijk antwoord op de juridische vraag die voor de rechter ligt.

Hoewel mijn conclusie *constitutional deference* in het algemeen afwijst voor internationale hoven en tribunalen, maak ik een uitzondering voor de mensenrechtenhoven, omdat de verschillende argumenten genoemd in het licht van de scheiding der machten anders uitpakken in

de context van de mensenrechten. De jurisprudentie van de mensenrechtenhoven heeft gewoonlijk een grotere impact op binnenlandse rechtsordes dan die van andere internationale rechters, omdat de mensenrechten betrekking kunnen hebben op elk aspect van publiek beleid en omdat de mensenrechtenhoven in toenemende mate assertief geworden zijn in het opleggen van specifieke maatregelen. Dit heeft tot gevolg dat er hier meer reden is voor bezorgdheid over indringende rechterlijke toetsing. Bovendien nemen de mensenrechtenhoven, in tegenstelling tot andere internationale rechters, deel aan het constitutionele mandaat van binnenlandse rechters om de uitoefening van publiek gezag te legitimeren. Staten die internationale mensenrechtenverdragen ondertekenen, besteden dit constitutionele mandaat deels uit aan internationale rechters, vanuit het bewustzijn dat binnenlandse autoriteiten mogelijk niet altijd in staat zijn om hun mandaat als gewenst uit te voeren. Hierdoor worden mensenrechtenhoven geconfronteerd met hetzelfde dilemma als binnenlandse rechters: zij worden geacht een vorm van toetsing uit te oefenen die de machtsuitoefening van andere instanties begrenst maar niet vervangt. *Constitutional deference* is een oplossing voor dit dilemma. Tegelijkertijd is de onzekerheid waartoe *deference* kan leiden minder problematisch op het vlak van de mensenrechten dan elders. In overeenstemming met het principe van subsidiariteit worden mensenrechten niet zozeer gerealiseerd door het opleggen van bepaalde beslissingen van bovenaf, maar eerder door een internalisatie op het lokale niveau. *Constitutional deference* draagt hieraan bij door binnenlandse besluitvormers inspraak te geven in de interpretatie en toepassing van de mensenrechten.

Het debat over de intensiteit van toetsing in internationale hoven en tribunalen is ten diepste een variatie op meer algemene debatten over de juiste balans tussen de doelstellingen van het internationale recht en de aanspraken van soevereine staten. In deze dissertatie concentreer ik mij op het principe van de scheiding der machten om te bepalen of marginale toetsing een behulpzaam instrument is om dit evenwicht te vinden. Ik concludeer dat dit in het algemeen niet het geval is. Wanneer eenmaal is vastgesteld dat de cruciale factor om te bepalen of *deference* gepast is ligt in de indringendheid van de maatregelen die door een internationale rechter kunnen worden opgelegd, wordt duidelijk dat er in de meeste internationale regimes geen reden is voor *constitutional deference*, omdat het internationale recht en de internationale politiek staten een scala aan mogelijkheden bieden om te reageren op internationale vonnissen. Bovendien is het in het belang van een helder begrip van het internationale recht dat rechters een ondubbelzinnige interpretatie van rechtsregels formuleren. In de context van de mensenrechten is een zekere betrokkenheid van binnenlandse autoriteiten bij de interpretatie en toepassing van internationale rechtsregels constructief, maar andere internationale hoven en tribunalen moeten duidelijk vaststellen waar de grens tussen staatssoevereiniteit en verdragsverplichtingen ligt.