

Guðrún Halla Daníelsdóttir

Sjálfstakvörðunarréttur einstaklingsins

-Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði -



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Umsjónarkennari: Björg Thorarensen, prófessor

Lagadeild Háskóla Íslands

Júní 2010

Formáli

Ritgerð þessi er lokaverkefni til meistaraprófs í lögfræði við lagadeild Háskóla Íslands og var unnin á vorönn ársins 2010. Hugmyndin að efni ritgerðarinnar kviknaði í samræðum mínum við Björgu Thorarensen, prófessor við lagadeildina og umsjónarkennara með ritgerðarsmíðinni. Henni vil ég færa mínar bestu þakkir fyrir gott samstarf og gagnlegar ábendingar. Þá vil ég þakka Ylfu Kristínu K. Árnadóttur fyrir yfirlestur.

Reykjavík 5. maí 2010

Guðrún Halla Daníelsdóttir

EFNISYFIRLIT

1 Inngangur	5
2 Breytilegt inntak sjálfsákvörðunarréttarins	6
3 Söguleg þróun hugmynda um sérstök grundvallarréttindi	7
3.1 Eilíf og óumbreytanleg gildi náttúruréttar	8
3.2 Hugmyndir Grikkja og Rómverja á fornöld	8
3.3 Birting náttúruréttar í kristindómi á miðöldum	10
3.4 Veraldarvæðing náttúruréttar	12
3.4.1 Ríki náttúrunnar og samfélagssáttmálinn	12
3.4.2 Uppspretta og réttlætning ríkisvaldsins	13
3.4.3 Þrískipting ríkisvaldsins	14
3.4.4 Hugmyndir um einstaklingsfrelsi og réttarríki	15
3.5 Samantekt	17
4 Trygging sjálfsákvörðunarréttarins	18
4.1 Uppruni og forsaga mannréttindaákvæða í vestrænum ríkjum	18
4.2 Mannréttindi á alþjóðavettvangi	20
4.2.1 Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna	21
4.2.2 Tveir meginsamningar Sameinuðu þjóðanna	22
4.2.3 Mannréttindasáttmáli Evrópu og Mannréttindadómstóllinn	25
4.2.4 Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins	27
4.2.5 Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks	28
4.2.6 Staða alþjóðlegra mannréttindasamninga að landsrétti	30
4.3 Trygging sjálfsákvörðunarréttarins í stjórnarskrá Íslands	31
5 Hvar og hvernig birtist vernd sjálfsákvörðunarréttarins?	32
5.1 Hugtakið sjálfsákvörðunarréttur sem grunnþáttur í einkalífi sérhvers manns	32
5.2 Réttur sérhvers manns til að ráða nafni sínu	37
5.3 Réttur sérhvers manns til að ráða útliti sínu og klæðnaði	41
5.4 Réttarvernd kynímyndar	43
5.5 Réttarvernd kynfrelsis og kynferðissambanda	44
5.6 Réttur til að stofna til hjúskapar	52
5.6.1 Réttarstaða samkynhneigðra	55
5.6.2 Réttarstaða einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerð	57
5.7 Skilyrði takmarkana á sjálfsákvörðunarrétti einstaklingsins	58
5.8 Jákvæðar skyldur ríkja til að tryggja að réttindi 8. gr. MSE verði virk í raun	62
5.9 Samantekt	64

6. Felur sjálfsákvörðunarrétturinn í sér að menn geti afsalað sér grundvallarréttindum?.....	65
6.1 Samþykki á skerðingu einkalífs.....	65
6.2 Samþykki brotþola á sviði refsiréttar.....	66
6.2.1 Manndráp og líkamsmeiðingar.....	67
6.2.2 Kynferðisbrot.....	69
6.3 Felur sjálfsákvörðunarrétturinn í sér rétt til að velja dauðann fremur en lífið?.....	73
6.3.1 Réttur til lífs.....	73
6.3.2 Réttur til að deyja?.....	75
7 Meðfæddur réttur manna til sjálfsákvörðunar.....	80
7.1 Hæfi til að eiga réttindi og bera skyldur - rétthæfi og réttaraðild.....	81
7.2 Hæfi til að fara með réttindi sín og ráðstafa þeim - gerhæfi.....	83
7.2.1 Sjálfsákvörðunarréttur barna.....	84
7.2.2 Sjálfsákvörðunarréttur einstaklinga sem haldnir eru andlegum annmarka.....	88
8 Lokaorð.....	92
HEIMILDASKRÁ.....	96
DÓMASKRÁ.....	100

1 Inngangur

Frá fornu fari hafa mennirnir talið sig njóta algjörRAR sérstöðu í sköpunarverkinu og álitni að þeim beri ákveðin réttindi í þeim krafti einum að vera menn. Þannig hafa mennirnir til að mynda talið sig hafa meðfæddan rétt til lífs og frelsis og til að ráða yfir lífi sínu og líkama og njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Þau grundvallarréttindi sem kveðið er á um í vestrænum stjórnarskrám og alþjóðlegum sáttmálum hafa þó sannarlega ekki alltaf verið talin til mikilvægustu reglna í skipulagi ríkja. Það er því eðlilegt að spurt sé: Hvert má rekja þá hugmynd að mönnum beri ákveðin meðfædd réttindi?

Í alþjóðlegum mannréttindasamningum hefur verið mælt fyrir um *sjálfsákvörðunarrétt þjóða*, eins og síðar verður vikið að. Hugtakið *sjálfsákvörðunarréttur einstaklingsins* virðist þó ekki hafa ratað inn í þau mannréttindaákvæði sem í dag gegna veigamiklu hlutverki sem ein af undirstöðum hvers lýðræðisþjóðfélags. Sú staðreynd virðist í fyrstu benda til þess að réttur einstaklingsins til að hafa fullt vald yfir sjálfum sér, líkama sínum og sál og frelsi til að taka ákvarðanir sem varða hann sjálfan sé ekki varinn í skipulagi ríkja. Við nánari umhugsun virðist slík ályktun þó óhugsandi. Er því lagt upp með það í þessari ritgerð að sjálfsákvörðunarréttur sérhvers manns njóti vissulega verndar, en hvar og hvernig birtist sú vernd? Hér verður leitast við að svara ofangreindum spurningum auk þess sem ýmis önnur nátengd álitamál verða tekin til umfjöllunar.

Efni ritgerðarinnar verður byggt upp með þeim hætti að í fyrstu köflunum verður fjallað um breytilegt inntak sjálfsákvörðunarréttarins (kafla 2) og sögulega þróun hugmynda um sérstök grundvallarréttindi (kafla 3).

Því næst verður gerð grein fyrir tryggingu sjálfsákvörðunarréttarins í stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands, sbr. stjórnskipunarlög nr. 33/1944 (stjórnarskráin), og þeim alþjóðlegu mannréttindasáttmálum sem máli skipta fyrir íslenskan rétt og síðari umfjöllun ritgerðarinnar (kafla 4).

Þar á eftir verður leitast við að svara spurningunni um hvar og hvernig vernd sjálfsákvörðunarréttarins birtist með því að greina inntak hugtaksins *einkalíf* í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og skoða skýringu og túlkun Mannréttindadómstóls Evrópu á sambærilegu hugtaki í 1. mgr. 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. samnefnd lög nr. 62/1994 (MSE). Þar sem ómögulegt er að gera grein fyrir öllum þeim sviðum þar sem reynt getur á sjálfsákvörðunarrétt manna var valin sú leið að takmarka umfjöllunina við valin álitaefni sem að mati höfundar varða mjög persónuleg málefni einstaklinga. Enn fremur verður gerð grein fyrir þeim skilyrðum 2. og 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 8. gr. MSE sem verða

að vera uppfyllt til að takmarka megi sjálfsákvörðunarrétt manna og jafnframt þeim jákvæðu skyldum sem ríki þurfa að uppfylla til að tryggja að réttindin samkvæmt 8. gr. MSE verði virk í raun (kaflí 5).

Þá verður þeirri spurningu velt upp hvort sjálfsákvörðunarrétturinn feli í sér að menn geti afsalað sér grundvallarréttindum sínum. Til að leita svara við því verða áhrif samþykkis brotþola á sviði refsiréttar skoðuð, einkum með tilliti til manndráps, líkamsmeiðinga og kynferðisbrota og vikið að afstöðu Mannréttindadómstólsins í dómi *MDE, Pretty gegn Bretlandi*, 29. apríl 2002 (2346/02) (kaflí 6).

Að því loknu verður fjallað um meðfæddan rétt manna til sjálfsákvörðunar og gerð grein fyrir hugtökunum *rétthæfi*, *réttaraðild* og *gerhæfi*. Sérstaklega verður fjallað um álitæfni sem snúa að sjálfsákvörðunarrétti barna og einstaklinga sem haldnir eru andlegum annmarka þar sem oft getur skort á að þessir einstaklingar njóti fulls gerhæfis til að taka sjálfir ákvarðanir um eigið líf (kaflí 7).

Að lokum verða helstu niðurstöður dregnar saman í lokaorðum (kaflí 8).

2 Breytilegt inntak sjálfsákvörðunarréttarins

Hugtakið *sjálfsákvörðunarréttur* (e. *autonomy*, *self-determination*) hefur breytilegt inntak eftir því samhengi sem það er sett í og hefur í raun ekki hlotið einhlíta skilgreiningu í lögfræðilegri merkingu. Upprunalega er hugtakið raunar komið frá félagsfræði en í dag er það notað á hinum ýmsu vísindasviðum. Í heimspeki og siðfræði er það notað yfir rétt einstaklingsins til að taka rökréttar og skynsamlegar ákvarðanir sem varða hann sjálfan en í lögfræði og stjórn málafræði hefur hugtakið fleiri merkingar. Sjálfsákvörðunarréttur einstaklingsins hefur þannig ekki sama inntak og það viðfangsefni lögfræðinnar sem fæst við sjálfsákvörðunarrétt þjóða.¹ Í 1. gr. stjórnarskrárinnar segir að Ísland sé lýðveldi með þingbundinni stjórn. Í lýðveldinu felst að þjóðhöfðinginn er ekki konungur sem hlýtur þá stöðu að erfðum, heldur forseti sem kjörinn er af borgurunum til fyrirfram ákveðins tíma með beinum eða óbeinum hætti. Auk þess felst í lýðveldinu að borgararnir kjósa þjóðþing landsins sem er aðalhandhafi löggjafarvalds. Íslensk stjórnskipun er þar af leiðandi byggð á því að frumuppspretta ríkisvaldsins sé hjá þjóðinni sem hafi sjálfsákvörðunarrétt og stjórnskipunin er lýðræðisleg þó að hvergi segi svo berum orðum í stjórnarskránni. Hugtakið *sjálfsákvörðunarréttur þjóða* er nátengt inntaki lýðræðishugtaksins sem felst í því að þjóðin velur sjálf valdhafa ríkisvaldsins og með samþykki hennar er ákveðið að fela þeim þær heimildir sem þeir hafa hverju sinni.

¹ Hans-Joachim Heintze: „On the Legal Understanding of Autonomy“, bls. 7.

Valdhafarnir starfa því í umboði þjóðarinnar og vanefni þeir samninginn við þjóðina getur hún ákveðið að afturkalla hann. Ríkisstjórnin skal starfa samkvæmt lögum, vera undir eftirliti Alþingis í störfum sínum og bera sjálf ábyrgð á gerðum sínum.² Af þessu má ráða að sjálfsákvörðunarréttur þjóðarinnar er grundvallarregla íslenskrar stjórnskipunar. Sú stefna lýsir sér einnig í því að tiltekin löggjafarmálefni skal bera undir þjóðina til atkvæðis, sbr. 3. mgr. 11. gr., 26. gr. og 79. gr. stjórnarskrárinnar.³ Sjálfsákvörðunarréttur þjóðarinnar lýtur þó ekki einungis að innri málefnum þjóðarinnar innan vébanda stjórnskipunar og ríkisvalds heldur snýr rétturinn einnig út á við og lýtur að afstöðu ríkisins gagnvart öðrum ríkjum í samfélagi þjóðanna. Sjálfsákvörðunarréttur þjóða gagnvart öðrum þjóðum er grunnhugtak á vettvangi þjóðaréttarins⁴ sem enn þann dag í dag hefur fremur óljóst og umdeilt inntak.⁵ Kjarni hugtaksins felur þó í sér rétt þjóða til að ákveða sjálfar stjórnmalalegar aðstæður sínar og frelsi til að framfylgja efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum markmiðum sínum.⁶ Þá skal ríkisstjórn ríkisins vera í fyrirsvari fyrir borgara sína sem einnig skulu frjálslir undan ofríki annarra ríkja.⁷

Eðli málsins samkvæmt er sjálfsákvörðunarréttur þjóða réttur sem þjóðin hefur og beitir sem heild til að móta ytra umhverfi sitt. Hver og einn einstakur meðlimur þjóðarinnar hefur hins vegar einnig rétt til að haga sér og lífi sínu eins og hann sjálfur kýs, eftir eigin sannfæringu og taka ákvarðanir sem varða hans eigið líf. Sá réttur, sjálfsákvörðunarréttur einstaklingsins, er umfjöllunarefni þessarar ritgerðar.

3 Söguleg þróun hugmynda um sérstök grundvallarréttindi

Grundvallarréttindi manna, sem við í dag þekkjum sem mannréttindi, hafa sannarlega ekki alltaf verið talin til mikilvægustu reglna í skipulagi ríkja. Það er því eðlilegt að við spyrjum hvert megi rekja þá hugmynd að mönnum beri skilyrðislaust ákveðin réttindi, á þeim grundvelli einum að vera menn. Svarið er að finna í kenningum meira en tvö þúsund ára gamallar hefðar sem nefnist náttúru réttur eða eðlisréttur (l. ius naturale/lex naturalis)⁸ en undir

² Björg Thorarensen: „Stjórnskipunarréttur“, bls. 26 og 27.

³ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 30.

⁴ Björg Thorarensen: „Stjórnskipunarréttur“, bls. 27 og 28.

⁵ Pétur Dam Leifsson: „Peoples' Right to Self-Determination According to Public International Law. Whose Right to Do What?“, bls. 268.

⁶ Rosalyn Higgins: *Problems & Process*, bls. 114. *Lögfræðiorðabók*, bls. 384. Sjálfsákvörðunarréttur þjóða er eitt af meginmarkmiðum Sameinuðu þjóðanna, sbr. 2. tölul. 1. gr. stofnskrárinnar frá 1945 og er auk þess verndaður í 1. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og 1. gr. Alþjóðasamnings um efnahagsleg-, félagsleg- og menningarleg réttindi eins og nánar verður vikið að í kafla 4.2.2.

⁷ Pétur Dam Leifsson: „Peoples' Right to Self-Determination According to Public International Law. Whose Right to Do What?“, bls. 268. Rosalyn Higgins: *Problems & Process*, bls. 112.

⁸ Björg Thorarensen: „Eðli mannréttindareglna í stjórnarskránni og eftirlitshlutverk dómstóla“, bls. 86. Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúru rétt“, bls. 248. Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*, bls. 60.

merkjum hans var það verðmætamat sem þjóðfélag okkar og menning byggir á borið fram til sigurs.⁹ Í ljósi þess merka og sögulega hlutverks sem náttúrurétturinn hefur gegnt í hugmyndasögu Vesturlanda fyrir sjálfsákvörðunarrétt sérhvers manns verður nú í stórum dráttum rakin þróun hans allt frá fornöld fram á okkar tíma og í því skyni gerð grein fyrir helstu kenningum og hugmyndum mestu hugsuða og heimspekinga veraldarsögunnar sem átt hafa þátt í mótun þessarar hefðar.

3.1 Eilíf og óumbreytanleg gildi náttúruréttar

Grundvöllur að náttúrurétti er talinn lagður í forngrískri heimspeki fyrir um tvö þúsund og fimm hundruð árum síðan. Síðustu orð sögupersónunnar Antígónu, í samnefndu leikriti eftir gríska harmleikjaskáldið Sófókles, lýsa vel þeim hugmyndum sem uppi voru um náttúruréttarhefðina í Grikklandi á þessum tíma. Þegar Antígóna hafði verið dæmd til dauða fyrir að óhlýðnast lagaboði Kreons konungs með því að ausa bróður sinn moldu sagði hún:

Já. Lög sem þessi hafði hvorki Seifur birt, né hefur gyðja réttvísinnar, sú sem fer með vald í dauðra ríki, lagt oss reglur þær; og ekki hugði ég, að nægðu nein þín boð, þú aðeins mennskur maður, til að leggja bann á óskráð lög sjálfs Himnaguðs, sem haggast ei og hvorki voru sett í gær né felld í dag, en eilíf ríkja; hvar þau eiga upphaf sitt, veit enginn maður. Aldrei verð ég sek við goð um brot á þeim, af ótta við neinn mennskan mann.¹⁰

Af orðum Antígónu sést vel sú hugmynd sem náttúrurétturinn býður að til séu ákveðnar óskráðar, eilífar og óumbreytanlegar grundvallarreglur sem séu æðri en mannanna lög. Að öðru leyti hefur í stórum dráttum gætt tveggja megin sjónarmiða um grundvöll náttúruréttar, annars vegar veraldlegs og hins vegar trúarlegs. Samkvæmt hinum trúarlegu kenningum féllu vísidómur guðanna og náttúruréttur saman en samkvæmt veraldlegum kenningum var náttúruréttur talinn eiga upptök sín í mannlegu eðli og mannlegri skynsemi einni saman.¹¹

3.2 Hugmyndir Grikkja og Rómverja á fornöld

Þrátt fyrir að hugtakið *náttúruréttur* hafi ekki verið notað á tímum Platóns (427-347 f. Kr.) voru sömu lögmál rædd í þá daga og náttúrurétturinn boðar í dag. Heimurinn laut ákveðnum eilífum og óumbreytanlegum lögmálum og hugtakið *náttúra* þýddi í augum Grikkja eðli hluta (g. fysis). Sókrates (469-399 f. Kr.), Platón og Aristóteles (384-322 f. Kr.) kenndu mönnum um dómgreind, réttlæti og algildar og ævarandi siðgæðisreglur en um miðja 5. öld f. Kr. varð til stétt svonefndra sófista eða fræðara sem kenndu flestir þvert á móti að réttlæti réðist af

⁹ Gaukur Jörundsson: „Um vernd mannréttinda og náttúrurétt“, bls. 15.

¹⁰ Sófókles: „Antígóna“, línur 450-459, bls. 331.

¹¹ Gaukur Jörundsson: „Um vernd mannréttinda og náttúrurétt“, bls. 8 og 9.

mannasetningum og að allir hlutir væru afstæðir.¹² Þessar kenningar sófistanna reyndi Platón að hrekja eftir fremsta megni.¹³ Sókrates var hins vegar líkt og sófistarnir frábitinn náttúruspekinni enda lærði hann mikið af rökfimi þeirra og leitaði sjálfsþekkingar í þeirri trú að besta leiðarstjarnan um breytni manna væri mannvitið.¹⁴ Þó töldu sófistarnir að frá náttúrunnar hendi væru allir menn jafnir og ber þeim því heiðurinn af því að hafa fyrstir manna orðið til að beina athyglinni fyrst og fremst að mannum sjálfum.¹⁵ Á meðan Platón og Aristóteles réttlættu þrælahaldið í grísku borgríkjunum á grundvelli náttúrulegs ójafnræðis manna á milli voru það hinir „siðspilltu“ sófistar sem gerðu kröfur um afnám þrælahalds og sérréttinda. Þessar kröfur reistu sófistarnir á þeim grundvelli að þær væru réttlátar samkvæmt náttúruarétti (g. fysis) en ekki lögum mannanna (g. nomos).¹⁶

Síðgríska heimspekistefnan stóuspekin, sem síðar varð lífsskoðun hinna menntaðri Rómverja, hafði einnig mikla þýðingu fyrir þróun náttúruaréttar. Hefur í því sambandi verið vísað til þess að eitt þýðingarmesta framlag stóuspekinganna til hugmyndasögu Vesturlanda hafi verið hugmynd þeirra og kenning um meðfætt jafnrétti allra manna. Þá voru stóumenn fyrstir til að láta hugmyndina um náttúruarétt ná lengra en til hinna afmörkuðu heima hvers borgríkis fyrir sig því samkvæmt kenningum þeirra náði hugmyndin um náttúruarétt yfir alla heimsbyggðina.¹⁷ Í fyrsta sinn hafði hugmyndin um alþjóðleg mannréttindi því litið dagsins ljós. Þá boðuðu stóumenn bræðralag allra manna og gildi mannsins sem slíks og aðhylltust hina ævafornu hugmynd, sem upphaflega kom fram hjá Herakleitosi (ca. 535-475 f. Kr.), einum af forverum Sókratesar, um að alheiminum væri stjórnað af náttúrulegum máli (logos). Samkvæmt því var heimurinn ein risastór lífvera og sál hans var Guð sem í öllu bjó. Maðurinn gat skilið náttúrulegum máli með því að laga sig að því þar sem sál mannsins var eins og neisti í eldlegum anda þess sem stýrði alheiminum, Guðs.¹⁸ Guð var höfundur eilífra og óumbreytanlegra laga sem var tjáskiptaformið milli mannanna.¹⁹ Náttúruaréttarkenning Rómarréttar endurspeglar vel í skrifum rómverska stjórnálmansins Cícero (106-43 f. Kr.). Í riti hans *De Re Publica* segir að sönn lög séu heilbrigð skynsemi sem sé í samræmi við náttúruna. Þau gildi alls staðar og séu óumbreytanleg og eilíf. Samkvæmt hugmyndum Rómarréttar var þó ekki litið svo á að náttúruaréttur væri æðri settum rétti ef þeir stönguðust á.

¹² Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúruarétt“, bls. 250-251. Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*, bls. 61.

¹³ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúruarétt“, bls. 251.

¹⁴ Platón: *Síðustu dagar Sókratesar*, bls. 12.

¹⁵ Gaukur Jörundsson: „Um vernd mannréttinda og náttúruarétt“, bls. 11.

¹⁶ Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, bls. 318.

¹⁷ Sama heimild, bls. 322-324.

¹⁸ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúruarétt“, bls. 253-254.

¹⁹ Sama heimild, bls. 255.

Mun Cíceró hafa verið fyrstur manna til að halda því fram.²⁰ Afríkumaðurinn Senón (336-265 f. Kr.) er yfirleitt talinn upphafsmaður heimspeki stóumanna en hugmyndir þeirra áttu miklu fylgi að fagna í um fimm aldir, upphaflega í Grikklandi og síðar í Rómarríki.²¹ Þá höfðu kenningar stóumanna einnig mikil áhrif á kristna heimspekinga á miðöldum.²²

3.3 Birting náttúruréttar í kristindómi á miðöldum

Páll postuli, ein mikilvægasta persóna Nýja testamentisins, hafði gríðarleg áhrif á túlkun og útbreiðslu kristinnar trúar. Hann var undir áhrifum frá kenningum stóumanna eins og ummæli hans um kröfu lögmálsins sem „ritað væri í hjörtu heiðingjanna“ bera merki um. Þá setti heilagur Ágústínus kirkjufaðir (354-430) fram þá kenningu að fram til syndafallsins hefði maðurinn búið við náttúrurétt og því ávallt verið frjáls. Eftir syndafallið hefði hann hins vegar verið dæmdur í fjötra synða og settra laga.²³ Náttúruréttur tók einnig að haldast í hendur við opinberun Guðs í Kirkjulögum Gratíanusar, *Decretum Gratiani*, en samkvæmt þeim voru boð Guðs óbreytanlegur sannleikur, æðri öðrum reglum sem maðurinn meðtók sem skynsemisvera og voru andstæðar reglur ógildar. Samkvæmt Gratíanusi var náttúrurétturinn þannig birtur í Gamla og Nýja testamentinu og endurspegladist einkum í hinni gullnu reglu kristinna manna: „Allt sem þér viljið að aðrir menn gjöri yður, það skuluð þér og þeim gjöra.“²⁴

Ítalski heimspekingurinn og miðaldaguðfræðingurinn Tómas frá Akvínó (1225-1274) var einn frægasti talsmaður kirkjunnar um þetta efni en hann er sá sem endanlega gaf náttúruréttinum það efni og snið sem við þekkjum í dag.²⁵ Samkvæmt kenningum hans réð hið eilífa lögmál, hin guðlega forsjá, yfir öllu.²⁶ Maðurinn gat öðlast tiltekna hlutdeild í þessum vísidómi og hlaut á þann hátt leiðsögn Guðs um rétta breytni. Vissar sjálfgefnar reglur gat maðurinn þannig uppgötvað með skynsemi sinni og kallaði Tómas þær eðlislög eða náttúrulög. Með skynseminni sæju menn þannig hvað væri eftirsóknavegt og þar með gott og hins vegar hvað væri illt og bæri þar af leiðandi að forðast. Eðlislögin voru siðferðilegur grundvöllur allra settra laga og mælikvarði á gildi þeirra en það sem var siðferðilega rétt var það sem var sanngjarnt og réttlátt.²⁷ Í heimspeki Tómasar endurspeglast því í fyrsta sinn sú kenning að maðurinn á þeim grundvelli einum að vera skynsemivera hafi ákveðin siðferðileg réttindi sem ekki megi brjóta gegn heldur beri að styrkja með lögum. Áherslan hjá honum lá

²⁰ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúrurétt“, bls. 256.

²¹ Sama heimild, bls. 254.

²² Sama heimild, bls. 255.

²³ Sama heimild, bls. 256.

²⁴ Sama heimild, bls. 257.

²⁵ Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, bls. 326.

²⁶ Tómas af Aquino: *Um lög*, bls. 75.

²⁷ Sama heimild, bls. 52 og 54-55.

þó frekar á skyldum ríkisins heldur en á náttúrulegum réttindum einstaklingsins.²⁸ Samkvæmt því sem nú hefur komið fram taldi Tómas að lögum væri skipt í þrjá flokka eftir þremur mismunandi gildissviðum: Alheiminum, einstaklingnum og ríkinu. Æðst voru eilífu lögin, hugur Guðs, sem stjórnðu alheiminum, þar á eftir eðlislögin eða náttúrulögin sem einstaklingurinn gat uppgötvað með skynsemi sinni og í þriðja lagi voru lög manna sem stjórnðu ríkinu. Fjórði flokkurinn, Guðslögin, sem meðal annars birtust í boðorðunum tíu sem bein fyrirmæli Guðs til manna voru í raun aðeins til öryggis, *ex tuto*.²⁹ Tómas var því þeirrar skoðunar að löggjafinn nyti ákveðins sköpunarfrelsis við að ákveða á hvaða sviðum væri nauðsynlegt að setja lagareglur og ákveða hvert efni þeirra ætti að vera. Mannanna lög væru sett fyrir sameiginlegan ávinning borgaranna með það að markmiði að stuðla að almannaheill.³⁰ Væru lögin hins vegar í ósamræmi við lögmál náttúruleganna og ekki skipuð til almannaheilla voru þau ekki siðferðilega bindandi.³¹ Þar með var þó ekki sagt að menn mættu tvímælalaust óhlýðnast lögnum.³² Af þeirri grundvallarreglu náttúru réttar um að forðast skyldi óróa og truflun á opinberri reglu leiddi að mótþróaréttur gegn slíkum lögum var aðeins heimill að hann væri framkvæmanlegur án meiriháttar tjóns fyrir samfélagið. Aldrei mættu mennirnir þó hlýða lögum sem brytu í bága við hin eilífu lög.³³ Í þessu samhengi er ekki úr vegi að minnast á það álitaefni sem uppi var í Þýskalandi eftir seinni heimsstyrjöldina (1939-1945) þegar taka þurfti afstöðu til þess hvort refsa bæri mönnum fyrir ýmsa verknaði sem leyfðir voru samkvæmt reglum nasista á meðan á stríðinu stóð. Sú lausn sem fyrir valinu varð var í anda skoðana Tómasar og þýska réttarheimspekingsins Radbruchs um mótþróaréttinn. Líkt og Tómas taldi Radbruchs að til gætu verið lög sem væru svo ranglát og skaðleg samfélaginu að þau gætu ekki á nokkurn hátt talist réttarlegs eðlis og því yrði að hafna gildi þeirra.³⁴ Síðar varð mótþróarétturinn einnig veigamikill liður í kenningum ýmissa sértrúarflokka, svo sem húgenotta og púritana sem höfðu mikil áhrif á kenninguna um meðfædd og óskerðanleg réttindi manna.³⁵

²⁸ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúru rétt“, bls. 257.

²⁹ Tómas af Aquino: *Um lög*, bls. 52.

³⁰ Sama heimild, bls. 156-157.

³¹ Sama heimild, bls. 172.

³² Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúru rétt“, bls. 258.

³³ Gaukur Jörundsson: „Um vernd mannréttinda og náttúru rétt“, bls. 13.

³⁴ Sama heimild, bls. 21.

³⁵ Sama heimild, bls. 14. Í sjálfstæðisyfirlýsingu Norður-Ameríku frá 1776 er einnig skírskotað til mótþróaréttarins með þeim hætti að það sé réttur manna og skylda að hringa frá handhöfum ríkisvaldsins þegar þeir með stöðugum yfirgangi hafa sýnt fram á að ætlunin sé að koma á fullkominni harðstjórn. Þá telst mótþróarétturinn einnig til æðstu mannréttinda samkvæmt 2. gr. frönsku mannréttindayfirlýsingarinnar frá 1789. Sjá sömu heimild.

Með endurreisnartímanum fór veraldarhyggjan hins vegar að segja til sín og véku þá hugmyndir miðalda um alheimshyggju fyrir hugmyndum um frjálsan vilja og frelsi einstaklingsins.³⁶ 17. og 18. öldin urðu blómaskeið hins nýja veraldlega náttúruréttar sem fékk nýjan byr óháðan almættinu.³⁷

3.4 Veraldarvæðing náttúruréttar

Á 17. og 18. öldinni kom fram sú kenning að á grundvelli mannlegs eðlis og mannlegrar skynsemi einni saman bæru menn ákveðin réttindi, svonefnd mannréttindi, sem valdhafar ríkisins mættu ekki skerða.³⁸ Skynsemisstefnan og síðar upplýsingastefnan höfðu þau áhrif að nú var farið að tala um veraldlegan náttúrurétt sem ekki var lengur talinn eiga upptök sín hjá Guði.³⁹ Sá sem almennt er talinn guðfaðir veraldarvæðingar náttúruréttarins var hollenski lögfræðingurinn og stjórnfræðingurinn Húgó Grótíus (1583-1645). Er oft vitnað til þeirrar lögspekikenningar sem kom fram í bók hans *De Jure belli ac pacis* að náttúrurétturinn myndi hafa gildi jafnvel þótt því yrði haldið fram, sem ekki væri samt unnt án þess að gerast sekur um hinn hræðilegasta glæp, að enginn Guð væri til eða að Guð léti sér málefni mannanna engu varða.⁴⁰ Grótíus setti auk þess fram þá kenningu að þær reglur væru eðlilegar og skynsamlegar sem gerðu mönnunum kleift að lifa saman í sátt og samlyndi og út frá þeirri forsendu mótaði hann kenninguna um alþjóðarétt og frið.⁴¹

3.4.1 Ríki náttúrunnar og samfélagssáttmálinn

Náttúruréttur óháður guðlegum forsendum þróaðist enn frekar í verkum síðari heimspekinga og endaði að lokum sem sjálfgefin og augljós staðreynd algjörlega óháð skírskotunum til Guðs. Þá fékk náttúrurétturinn hlutverk í veraldlegri stjórnmalabaráttu. Heimspekingarnir Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) og Rousseau (1712-1778) eru helstu kennismildir veraldlegs náttúruréttar.⁴² Hugsýn þeirra og kenning um ríki náttúrunnar er hluti af skýringu þeirra á því hvernig ríki verða til og hjá Locke er hún jafnframt leit að réttlætingu ríkisvaldsins. Kenningin gengur út á það að áður en borgaraleg þjóðfélög verði til þá búi menn við ákveðið ástand sem kallað er ríki náttúrinnar. Í huga Hobbes er ástandið afar dapurlegt. Menn eru í eðli sínu ruddalegir, eigingjarnir og grimmir hver við annan og líf þeirra þar af leiðandi dýrslegt og stutt. Locke og Rousseau sjá ríki náttúrunnar hins vegar sem

³⁶ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúrurétt“, bls. 258.

³⁷ Gaukur Jörundsson: „Um vernd mannréttinda og náttúrurétt“, bls. 8.

³⁸ Sama heimild, bls. 11.

³⁹ Sama heimild, bls. 9.

⁴⁰ Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, bls. 328.

⁴¹ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúrurétt“, bls. 259.

⁴² Sama heimild, bls. 259.

sælureit frjálsra og jafnra manna fyrir utan þann eina vankant að menn eru óöruggir þar sem hver og einn verður að gæta sín og eigna sinna sjálfur. Þá setti Hobbes fram svokallaða sáttmálakenningu um upphaf ríkisins. Samkvæmt henni leiddi sjálfsbjargarviðleitni mannsins til þess að hann gengi í bandalag við aðra menn um að setja lög sem síðan yrðu grundvöllur ríkis og friðar. Með sáttmálanum tryggðu menn þau náttúrulegu réttindi sem þeir hefðu í ríki náttúrunnar, svo sem réttinn til lífs, frelsis, eigna og jafnréttis en þessi réttindi voru samkvæmt Hobbes æðri veraldlegum lögum og trúarsetningum og voru til löngu áður en samfélög manna mynduðust.⁴³

3.4.2 Uppspretta og réttlætning ríkisvaldsins

John Locke byggði einnig á þeirri kenningu að mönnum væru samkvæmt náttúrulegu eðli ásköpuð viss réttindi og frelsi sem væru réttþærri en mannanna lög og að meginhlutverk ríkisvaldsins væri að tryggja borgurum sínum þessi réttindi.⁴⁴ Þessa hugmynd sína útfærði hann nánar í verkinu *Tvær ritgerðir um ríkisvald* (e. *Two Treatises of Government*) sem kom út árið 1689. Í huga Locke voru mannréttindi fyrst og fremst siðferðileg réttindi sem voru til óháð lagasetningu einstakra ríkja. Þar sem öllum mönnum var þannig náttúrulegt að vera frjálsir, sjálfstæðir og jafnir hver öðrum hefði ekkert ríkisvald rétt til þess að svipta mennina þessum réttindum sínum og setja þá undir lögsögu annars án þess að þeir gæfu samþykki sitt fyrir því. Á þessari kenningu byggði Locke svo hugmyndir sínar um uppsprettu og réttlætningu ríkisvaldsins. Samkvæmt þeim samþykktu borgararnir að selja sig undir bönd borgaralegs samfélags með því að veita ríkisvaldinu heimildir til að setja lög sem næðu jafnt yfir alla. Þetta gerðu borgararnir til að tryggja að þeir fengju notið þeirra réttinda sem þeim voru ásköpuð í ríki náttúrunnar og koma í veg fyrir að á þeim yrði troðið. Á þennan hátt sóttu handhafar ríkisvaldsins þannig vald sitt til borgaranna. Þar sem hlutverk ríkisins var fyrst og fremst að vernda líf þegnanna og frelsi treystu borgararnir því að lögin og framkvæmd þeirra færu ekki í bága við náttúruleg réttindi þeirra. Þá gerðu borgararnir samning við ríkisvaldið um að hlutlausir dómara myndu leysa úr ágreiningsefnum þeirra eftir settum lögum. Vanefndi það hins vegar samninginn við borgarana með því að bregðast skyldum sínum missti það umboð sitt.⁴⁵ Mannréttindum var á þennan hátt ætlað að draga mörkin á milli þess sem ríkisvaldinu var heimilt að gera borgurum sínum og þess sem því var ekki heimilt að gera

⁴³ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúru rétt“, bls. 260-261.

⁴⁴ David P. Forsythe.: *Human Rights in International Relations*, bls. 30.

⁴⁵ John Locke: *Ritgerð um ríkisvald*, einkum 95., 123.-127. mgr. og 134.-137. mgr., bls. 129, 154-156 og 162-165.

þeim. Með þessum hætti mátti einnig greina á milli harðstjórnar sem borgararnir mættu hrinda frá og réttmæts ríkisvalds sem borgurunum bæri að hlýða.⁴⁶

Svipaða sýn hafði Rousseau einnig. Samkvæmt hugmyndum hans leiddu ýmsar hindranir í ríki náttúrunnar, sem voru yfirsterkari en þeir kraftar sem einstaklingurinn réði yfir, til þess að mannkynið breytti lífsháttum sínum og myndaði samtök til að verja og vernda persónu og eignir hvers þess sem í hlut átti. Sérhver maður gæfi sig þannig öllum og þar með engum. Enginn þátttakendanna öðlaðist meiri rétt yfir öðrum en þeir yfir honum og því högnuðust allir til jafns við það sem þeir töpuðu og fengu jafnframt meiri mátt til að varðveita það sem þeir áttu í ríki náttúrunnar. Persóna sérhvers manns og allt hans vald var samkvæmt þessu lagt undir æðstu stjórn almannaviljans sem í sameiningu tók við sérhverjum meðlim sem óaðskiljanlegum hluta heildarinnar. Á svipstundu myndaði þetta bandalag samstæða og siðferðilega heild þar sem sérhver meðlimur hafði atkvæðisrétt.⁴⁷ Á þennan hátt átti ríkisvaldið tilvist sína að þakka helgi sáttmálans og því gat það ekki tekið á sig skuldbindingar sem brotið gátu gegn upphaflegu sammingsgerðinni, til dæmis með því að gangast öðru fullveldi á hönd eða með því að gefa eftir hluta af sjálfu sér. Um leið og fjöldinn hefði verið sameinaður í eina heild gat ríkisvaldið því ekki brotið gegn neinum þegn sínum án þess að með því væri einnig ráðist á heildina. Til að koma í veg fyrir að samfélagssamningurinn yrði lítið annað en orðin tóm fól hann í sér þá þöglu skuldbindingu að hver sá sem neitaði að gegna almannaviljanum yrði neyddur til hlýðni af allri heildinni. Sérhverjum einstaklingi yrði því í raun þröngvað til að vera frjáls því það skilyrði var í huga Rousseau í senn byggingarefni og gangverk samfélagsvélarinnar. Í huga hans var frelsi einstaklingsins það eina sem réttlætti borgaralegar skuldbindingar sem annars væru gerræðislegar, fíranlegar og ofurseldar takmarkalausri misbeitingu.⁴⁸

3.4.3 Þrískipting ríkisvaldsins

Samhliða kenningum um veraldarvæðingu náttúruréttar veltu helstu stjórnspekingar upplýsingastefnunnar, þeir Rousseau og Montesquieu (1689-1755), fyrir sér lýðræðis-hugtakinu og hvernig tempru mætti ríkisvaldið.⁴⁹ Árið 1748 gaf Montesquieu út ritið *De l'Esprit des lois* sem fjallaði um greiningu ríkisvaldsins í þrjá þætti: Löggjafarvald, framkvæmdarvald og dómvald. Kenningin var byggð á því að ef allt ríkisvaldið væri á einni hendi eða í höndum einnar stofnunar skapaðist hætta á ofríki og kúgun. Með því að skipta

⁴⁶ Atli Harðarson: „Er jafn kosningaréttur mannréttindi?“, bls. 182.

⁴⁷ Jean-Jacques Rousseau: *Samfélagsáttmálinn*, bls. 73-76.

⁴⁸ Sama heimild, bls. 78-80.

⁴⁹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 23.

ríkisvaldinu milli þriggja sjálfstæðra valdhafa yrði hins vegar komið í veg fyrir að nokkur þeirra yrði svo sterkur að hann gæti að eigin geðþótta svipt borgarana frelsi með ofríki þar sem hver aðili átti að takmarka eða tempra vald hins. Franskir stjórnarbyltingarmenn tileinkuðu sér kenningu Montesquieu sem barst í kjölfarið víða um lönd og hafði mikil áhrif á stjórnskipun frjálsra þjóða.⁵⁰ Hugmyndin lagði einnig grunn að nánari skilgreiningu á hlutverki dómstólanna og tryggingu á sjálfstæði þeirra til að þeim væri unnt að skera úr um hvort aðrir handhafar ríkisvaldsins hefðu misbeitt valdi sínu.⁵¹

Samkvæmt hugmyndum Rousseau er löggjafinn að öllu leyti einstakur í sinni röð innan ríkisins þar sem starf hans leggur grunn að lýðveldinu þó þess sjáist ekki merki í innngri gerð þess.⁵² Löggafarvaldið er þannig hjarta ríkisins en framkvæmdarvaldið heilinn sem sér öllum hlutum fyrir hreyfiafli.⁵³ Að hættir manna séu virtir á þann veg að náttúrulegur gangur mála og lögin fari ávallt saman í einstökum atriðum er, samkvæmt kenningum hans, það sem ræður því að skipan ríkis reynist varanleg og stöðug. Lögin eiga samkvæmt þessu að vera lítið annað en staðfesting og fylgifiskur þess sem náttúran hefur upp á að bjóða. Skjástlist löggjafanum hins vegar í starfi sínu á þann hátt að hann velji grunnreglu sem á sér ekki stoð í eðli hlutanna telur Rousseau að skipan ríkisins breytist og lögin veikist smátt og smátt. Að lokum verður við stöðugan ófrið að etja innan ríkisins sem að lokum eyðist eða tekur stakkaskiptum á þann hátt að ósigrandi náttúran nær völdum að nýju.⁵⁴

Á þessum tíma var náttúruréttur í raun kenning um mjög máttug, augljós og óhrekjanleg réttindi einstaklinga sem stjórnarbyltingar 18. aldar í Frakklandi og Norður-Ameríku sóttu réttlætningu í.⁵⁵

3.4.4 Hugmyndir um einstaklingsfrelsi og réttarríki

Eitt af grundvallarritum vestrænnar lýðræðishugsunar er ritið *Frelsið* (e. *On Liberty*) eftir breska heimspekinginn John Stuart Mill (1806-1873). Í ritinu, sem fyrst kom út í Englandi árið 1859, áréttaði Mill þá skoðun sína að frelsi einstaklingsins væri forsenda raunverulegs lýðræðis. Tilgangur ritsins var að setja fram eina ofureinfalda reglu sem skorið gæti úr því afdráttarlaust hvenær samfélaginu leyfðist að hlutast til um málefni einstaklingsins, hvort sem viðurlögin væru í formi siðferðilegrar þvingunar almenningsálitsins eða líkamlegs ofbeldis í mynd lagarefsinga. Reglan var þessi:

⁵⁰ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 25-26.

⁵¹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 23.

⁵² Jean-Jacques Rousseau: *Samfélagssáttmálinn*, bls. 109.

⁵³ Sama heimild, bls. 178.

⁵⁴ Sama heimild, bls. 126-127.

⁵⁵ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúrurétt“, bls. 161.

[Þ]ví aðeins er öllu mannkyni, einum manni eða fleirum, heimilt að skerða athafnafrelsi einstaklingsins, að um sjálfsvörn sé að ræða.

Mill taldi að í menningarsamfélagi gæti nauðung við einstaklinginn aðeins helgast af þeim tilgangi að varna því að öðrum væri unnið mein. Hamingja og heill einstaklingsins sjálfs til sálar eða líkama gæti því aldrei verið næg ástæða til frelsisskerðingar. Þá væri einnig óréttlætlanlegt að neyða mann til að gera nokkuð eða láta ógert sökum þess að öðrum þætti skynsamlegt eða rétt að breyta svo. Hver maður hefði fullt vald yfir sjálfum sér, líkama sínum og sál og hefði því óskorað frelsi til allra gerða sem vörðuðu einungis hann sjálfan. Einstaklingurinn bæri hins vegar alltaf ábyrgð gagnvart samfélaginu á þeim athöfnum sínum sem vörðuðu aðra.⁵⁶ Mill var því augljóslega þeirrar skoðunar að sérhver maður hefði frá náttúrunnar hendi meðfæddan sjálfsákvörðunarrétt.⁵⁷ Engu ætti að skipta þótt öðrum kynni að finnast framferði hans heimskulegt, spilt eða rangt. Þá væri ekkert þjóðfélag fyllilega frjálst nema það virti þessi réttindi. Einstaklingurinn væri sjálfur best til þess fallinn að vaka yfir velferð sinni og mannkyninu væri meiri akkur í að leyfa mönnum að lifa eins og þeim sjálfum þætti best í stað þess að þröngva þeim til að lifa eins og allir aðrir töldu best. Allir menn hefðu nefnilega tilhneigingu til að þröngva eigin skoðunum og tilfinningum upp á aðra menn. Sérhver maður hefði frelsi um vild og viðleitni og til að lifa lífi sínu í samræmi við eigin skapgerð svo framarlega sem hann ylli öðrum ekki tjóni. Þá deildi Mill á kenningar hugsuða sem boðuðu aukið vald þjóðfélagsins yfir þegnum en í hópi þeirra var franskur heimspekingurinn Auguste Comte (1798-1857) sem boðaði kenningar um notkun siðferðis til að koma á fót ofríki þjóðfélagsins yfir einstaklingnum.⁵⁸ Mill lagði auk þess ríka áherslu á að menn hefðu frelsi til að mynda eigin skoðanir og láta þær afdráttarlaust í ljós. Væri slíkt frelsi ekki veitt væri það afar háskalegt andlegu lífi og siðferði manna.⁵⁹ Reglan um einstaklingsfrelsið næði þó aðeins til þeirra sem náð hefðu fullum andlegum þroska og tæki því ekki til barna og unglunga. Það helgaðist af því að þá sem telja mætti ómynduga að lögum yrði að vernda gegn eigin gerðum og ytri hættum.⁶⁰

Á 19. öldinni tóku einnig að mótast kenningar um réttaröryggi borgaranna eða réttarríkið (þ. *rechtsstaat*, e. *rule of law*). Fyrstu hugmyndir um réttarríkið voru viðbrögð við óheftu íhlutunar- og lagasetningarvaldi einveldisstjórna og miðuðu að því að sporna við slíkri

⁵⁶ John Stuart Mill: *Frelsið*, bls. 45.

⁵⁷ Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, bls. 335.

⁵⁸ John Stuart Mill: *Frelsið*, bls. 49-51.

⁵⁹ Sama heimild, bls. 111.

⁶⁰ Sama heimild, bls. 46.

valdbeitingu.⁶¹ Í hugtakinu *réttarríki* felst það grunnsjónarmið að allt ríkisvald sé bundið af lögum og öll afskipti af réttindum borgaranna verði að hvíla á skýrum lagaheimildum. Á þessum grunnsjónarmiðum hvílir einnig lögmætisreglan (d. *legalitetsprincippet*) og rétturinn til að leita úrlausnar sjálfstæðra og óvilhallra dómstóla telji borgararnir að gengið sé of nærri mannréttindum þeirra. Við slíka úrlausn eru dómstólarnir einungis bundnir af lögum og skipanir frá framkvæmdarvaldinu koma þar engu nærri.⁶² Inntak réttarríkishugtaksins felur einnig í sér hvernig lögín skuli úr garði gerð. Í formlegri merkingu er í meginatriðum samstaða um eftirfarandi grundvallaratriði: Lögín skulu vera almenn, framvirk, birt, stöðug, aðgengileg, skýr, afdráttarlaus, laus við mótsagnir og þannig orðuð að unnt sé að fara eftir þeim. Þar að auki verður að vera samræmi á milli ákvæða laga og athafna yfirvalda og stjórnarsýslufyrirmæli verða að eiga stoð í lögum.⁶³

3.5 Samantekt

Kenningar sem taldar eru til náttúru réttar eiga það sameiginlegt að þær skírskota allar til ákveðinna grundvallarreglna sem eru æðri en mannanna lög.⁶⁴ Náttúru réttur er þannig kenning um eðli laga og fjallar einnig um ákveðnar hlutlægar siðferðilegar meginreglur sem ná til allra manna. Þessar meginreglur eru reistar á mannlegu eðli og vísa til algildra, eilífra og óafsalanlegra gilda sem ekki er í mannlegu valdi að breyta. Maðurinn getur uppgötvað þessi gildi með skynsemi sinni en tilvist þeirra leiðir einfaldlega af gerð alheimsins þar sem þau eru hluti af honum. Þetta eru reglurnar sem stjórna mannlegri breytni, hvað sé rétt og rangt, gott og illt. Þar sem þær eru ævarandi og því alltaf til, óháð stað og stund, skiptir ekki máli þó að þær séu hunsaðar, misskildar, sniðgengnar eða brotnar því þær eru alltaf sannar. Þær geta því aldrei verið afstæðar í þeim skilningi að þær ráðist af þjóðfélagsháttum eða ákvörðunum löggjafans. Þá eiga mannanna lög að vera í samræmi við þessar meginreglur og taka mið af þeim gildum sem þær vernda. Þessar óhagganlegu grundvallarreglur eru þannig mælikvarðinn á þau lög sem stjórna lögskiptum manna í þjóðfélaginu og aðeins þær geta skorið úr um það hvað telst bindandi og gild réttarregla og hvert efni hennar eigi að vera.⁶⁵ Náttúru rétturinn boðar þannig að þau grundvallarmannréttindi sem nú hafa verið bundin í stjórnarskrár og ýmsa alþjóðlega mannréttindasáttmála séu meðfædd réttindi sérhvers manns sem ekki verða af honum tekin. Sú staðhæfing náttúru réttarmanna að reglur hefðarinnar séu algildar og hafin yfir mannanna lög hefur hins vegar verið þyrnir í augum andstæðinga náttúru réttar sem telja

⁶¹ Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*, bls. 56.

⁶² Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 24.

⁶³ Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*, bls. 51 og 52.

⁶⁴ Gaukur Jörundsson: „Um vernd mannréttinda og náttúru rétt“, bls. 7 og 8.

⁶⁵ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúru rétt“, bls. 248-249. Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*, bls. 61.

ekki annað felast í honum en snotrar umbúðir um þær skoðanir sem ráðist hafa af þörfum og þjóðfélagsháttum á hverjum tíma. Hvað þetta varðar skal þó hafa í huga að hvort sem við teljum að til séu reglur æðri stjórnarskrá, öðrum landslögum eða alþjóðaskuldbindingum myndi í raun fyrst þurfa að knýja á um svör að þessu leyti ef svo færi að hróflað yrði við þeim grundvallarmannréttindum sem þar eru talin.⁶⁶ Má í þessu sambandi einnig vitna til ummæla Gauks Jörundssonar:

[A]ð í raun sé sú vernd mannréttinda tryggust, sem fólgin er í lifandi sannfæringu manna um gildi þeirra verðmæta, sem mannréttindaákvæðum er ætlað að vernda, og því, að skerðing eða afnám þeirra sé í raun óhugsanleg, hvað sem öllum lögfræðilegum vangaveltum annars líður.⁶⁷

4 Trygging sjálfsákvörðunarréttarins

4.1 Uppruni og forsaga mannréttindaákvæða í vestrænum ríkjum

Mannréttindaákvæði þjóna í dag veigamiklu hlutverki sem ein af undirstöðum hvers lýðræðisþjóðfélags og eru mikilvægur hluti stjórnarskráa í vestrænum ríkjum.⁶⁸ Uppruna og forsögu mannréttindaákvæða í stjórnarskrám á Íslandi og á öðrum Norðurlöndum má rekja til þeirrar vakningar sem varð um mannréttindi og frelsishugsjónir á meginlandi Evrópu á síðari hluta 18. aldar og fyrri hluta 19. aldar. Hún átti ekki síst rætur að rekja til atburða í nýlendum Norður-Ameríku og sjálfstæðisyfirlýsingar þeirra árið 1776 þegar nýlendubúar lýstu yfir sjálfstæði sínu og Bandaríkjamenn settu sér stjórnarskrá árið 1787 og mannréttindaskrá í sérstökum viðauka við hana árið 1791, þar sem talin voru upp helstu borgaralegu og stjórnsmálalegu réttindi borgaranna. Varð franska réttindayfirlýsingin frá 1789 mikill áhrifavaldur en hún varð til í umróti frönsku stjórnarbyltingarinnar. Hún varð jafnframt fyrirmynd margra stjórnarskráa Evrópuríkja sem gerðar voru á fyrri hluta 19. aldar varðandi mannréttindi. Í henni var því lýst yfir að ákveðin réttindi væru náttúruleg og óafsalanleg réttindi mannsins og því næst talin upp helstu borgaralegu og stjórnsmálalegu réttindin sem enn í dag eru kjarni stjórnarskrárákvæða um mannréttindi í lýðræðisþjóðfélögum, þótt ýmis önnur réttindi hafi síðan bæst við.⁶⁹ Borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi, sem oft eru kölluð neikvæð réttindi, bera þess skýrlega merki að hafa mótast í baráttu einstaklinganna gegn ofurvaldi ríkisvaldsins enda einkennast þau af því markmiði að vernda einstaklinginn fyrir gerræðislegum ágangi og afskiptum ríkisins. Eitt helsta einkenni þessara réttinda er að ríkið á að halda að sér höndum og aðhafast ekkert sem brotið getur gegn réttindum einstaklinganna

⁶⁶ Gaukur Jörundsson: „Um vernd mannréttinda og náttúruleg“, bls. 14 og 15.

⁶⁷ Sama heimild, bls. 21.

⁶⁸ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2073.

⁶⁹ Sama heimild, bls. 2075.

sem þannig eiga að njóta óskoraðs frelsis.⁷⁰ Borgararnir eiga þannig að hafa rétt til að haga lífi sínu, skoðunum og athöfnum að eigin vild, innan vissra vébanda sem handhafar ríkisvaldsins mega ekki fara yfir nema sérstaklega standi á.⁷¹ Þetta er einmitt dæmigert eðli meirihluta þeirra réttinda sem varin eru í íslensku stjórnarskránni og birtast einkum í 63.-74. gr. hennar.⁷²

Áhugi og áhersla á annan flokk mannréttinda, svokölluð efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, eru síðar tilkomin en kröfur til að njóta lágmarks borgaralegra og stjórnámálalegra réttinda. Kröfur um að einstaklingunum séu einnig tryggð þessi réttindi eiga fyrst og fremst rætur að rekja til þess viðhorfs að ekki sé fullnægjandi að einstaklingurinn njóti réttar til að vera frjáls heldur verði ríkisvaldið að tryggja að hann geti lifað mannsæmandi lífi í þjóðfélaginu. Slík trygging sé undirstaða þess að hann geti notið frelsis síns. Þessi síðar tilkomnu réttindi krefjast hins vegar íhlutunar af hálfu ríkisins til að þau verði virk í raun, ólíkt borgaralegum og stjórnámálalegum réttindum. Hafa þau því oft fengið viðurnefnið jákvæð réttindi þar sem þau kalla á að ríkið grípi til vissra aðgerða til að tryggja borgurum sínum þessi réttindi. Þó er umdeilt hvort telja eigi jákvæð réttindi til grundvallarmannréttinda eða hvort telja beri þau eins konar viðbótarréttindi sem þróast hafa í kjölfar batnandi líf skjara nútímaþjóðfélaga. Skiptar skoðanir hafa því verið um það hvort finna eigi þessum réttindum stað í stjórnarskrám.⁷³ Þó að flestir séu sammála um mikilvægi þess að menn njóti mannsæmandi lífs hafa rökin á móti því að binda slík réttindi í stjórnarskrár verið þau að óframkvæmanlegt geti verið að fylgja þessum réttindum eftir fyrir dómstólum þar sem þau séu ekki lagaleg í eðli sínu og örðugt að slá föstu hvort brotið er gegn gegn þeim.⁷⁴ Slíkt krefjist tiltekins efnahagsástands í ríkjunum og varasamt geti verið að binda slíkar stefnuýfirlýsingar í stjórnskipunarlæg þar sem gildi annarra mannréttindaákvæða, sem felast í afskiptaleyri ríkisins, eigi í hættu á að rýrna.⁷⁵ Þrátt fyrir skiptingu mannréttinda í neikvæð og jákvæð réttindi verður að hafa í huga að þetta kennimark þeirra er ekki einhlítt og er aðgreiningin því nokkur einföldun. Á síðustu áratugum hefur þörfin fyrir að ríkið grípi til lagasetningar til verndar einstaklingunum í innbyrðis samskiptum þeirra á vettvangi borgaralegra og stjórnámálalegra réttinda aukist. Má sem dæmi nefna að ekki er nægjanlegt að ríkið tryggi að heimili borgaranna sé friðheilagt án þess að tryggja þann rétt með frekari aðgerðum á borð við setningu löggjafar sem lýsir húsbrot refsivert. Að vissu leyti hefur upprunalegt markmið þess að stjórnarskrárbinda borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi

⁷⁰ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2076.

⁷¹ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 448.

⁷² Sama heimild, bls. 450.

⁷³ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2076.

⁷⁴ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 451.

⁷⁵ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2076.

einstaklinga því rýmkast verulega frá því að vera fyrst og fremst vernd borgaranna gegn afskiptum og ofurvaldi ríkisins.⁷⁶

Að því er Ísland varðar hafa mannréttindi verið bundin í stjórnarskrá allt frá 5. janúar 1874 en þá var Íslendingum fyrst sett stjórnarskrá um hin sérstaklegu málefni Íslands að fyrirmynd grundvallarlaga Dana, frá árinu 1849.⁷⁷ Fyrirmynd grundvallarlaga Dana var hins vegar sótt í belgísku stjórnarskrána frá 1831 sem aftur var byggð á frönsku réttindayfirlýsingunni. Birtast því áhrif hennar einnig óbeint en ótvírætt í ákvæðum íslensku stjórnarskrárinnar frá 1874.⁷⁸

4.2 Mannréttindi á alþjóðavettvangi

Langt fram á 20. öld var sú afstaða viðtekin að meðferð ríkja á eigin borgurum teldist einungis til innanlandsmálefna hvers ríkis og félli því utan viðfangsefnis þjóðaréttarins. Einu afskiptin sem í raun voru viðurkennd af innanlandsmálefnum annarra ríkja voru diplómatískar verndarráðstafanir gagnvart eigin borgurum í erlendum ríkjum og þar að auki báru ríki aðeins gagnkvæma þjóðréttarlega ábyrgð á meðferð útlendinga á yfirráðasvæði eigin ríkis. Áhrifa mannréttinda gætti því ekki á alþjóðavettvangi fyrr en löngu eftir að ríki tóku að binda mannréttindaákvæði í stjórnarskrár sínar. Samvinna ríkja um vernd afmarkaðra réttinda einstaklinga og hópa tók þó að myndast á nokkrum sviðum. Þannig hófst ríkjasmvinna um afnám þrælahalds og þrælaverslunar á fyrri hluta 19. aldar sem leiddi til þess að ýmsir milliríkjasmningar og aðrar samþykktir litu dagsins ljós á þessu sviði. Auk þess var í lok fyrri heimsstyrjaldarinnar komið á fót samvinnu undir stjórn Þjóðabandalagsins (e. *League of Nations - LON*) um vernd minnihlutahópa og þjóðernisbrota og Alþjóðavinnuámalastofnunin (e. *International Labour Organization - ILO*) var sett á fót til þess að stuðla að bættu umhverfi og kjörum launþega á vinnumarkaði. Á síðari hluta 19. aldar hófst svo alþjóðleg samvinna um gerð ýmissa mannúðarreglna sem í fyrstu beindist að því að vernda sjúka og

⁷⁶ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2077. Þess má einnig geta að út frá sögulegri þróun hafa mannréttindi einnig verið flokkuð eftir svokölluðum kynslóðamælikvarða. Þannig hefur verið rætt um að stjórnmalaleg og borgaraleg réttindi teljist til fyrstu kynslóðar, efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi til annarrar kynslóðar og loks hefur verið rætt um að ákveðin hópréttindi, á borð við sjálfstjórnarrétt ríkja og rétt til þróunar, teljist til þriðju kynslóðarréttinda. Þó að skilin séu ekki alltaf glögg á milli þessarar flokkunar heldur einkum tveggja fyrstu flokkanna geta þau þó skipt nokkru máli varðandi gerð alþjóðasamninga, sbr. skiptingu réttinda í tvo megináttælinga Sameinuðu þjóðanna frá 1966 um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi annars vegar og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hins vegar. Endurspeglar skipting réttinda í þessa tvo flokka þann grundvallarmun á afstöðu ríkja til eðlis réttinda eftir því hvorum flokknum þau tilheyra og eru úrræðin til að framfylgja þeim einnig mismunandi. Við samningsgerðina birtist þessi greinarmunur ekki síst í áherslum vestrænna ríkja á ýmis frelsisréttindi einstaklinga á meðan sósíalísk ríki og þróunarríki lögðu meiri áherslu á efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og ýmis hópréttindi. Sjá Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 146 og 149-150.

⁷⁷ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2073.

⁷⁸ Sama heimild, bls. 2075.

særða hermenn í stríði en þróaðist síðar í ítarlegra regluverk um meðferð stríðsfanga og vernd borgara á stríðstímum. Þá var Alþjóða Rauði krossinn (e. *The International Red Cross and Red Crescent Movement*) stofnaður árið 1963 og með Genfarsamningi frá 1864 var grunnur lagður að mannréttum nútímans sem í dag er að mestu leyti skráður í fjórum Genfarsáttmálum á þessu sviði frá 1949 og viðaukum I og II við þá frá 1977.⁷⁹

4.2.1 Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna

Með Mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna (SP) frá 10. desember 1948⁸⁰ voru mörkuð endalok þeirra kenninga að mannréttindi væru innanríkismál sem væru óviðkomandi þjóðarétti. Með yfirlýsingunni, sem þó er ekki bindandi þjóðréttarsamningur eins og nafnið gefur til kynna, náðist samstaða ríkja um að telja upp helstu mannréttindi sem ríkjum bæri að virða og voru þau lýst algild. Var því um að ræða mikið tímamótaverk í alþjóðasamvinnu um mannréttindi þar sem komist var að samkomulagi um sameiginleg markmið sem ríkjum bæri að stefna að.⁸¹ Í inngangsorðum yfirlýsingarinnar er því lýst yfir að viðurkenna beri að hver maður sé jafnborinn til virðingar og óafsalanlegra réttinda sem ekki verði tekin af honum og að slík viðurkenning sé undirstaða frelsis, réttlætis og friðar í heiminum. Þar á eftir eru mannréttindi talin upp í þrjátíu greinum auk nokkurra almennra ákvæða, án nokkurs greinarmunar eftir eðli réttinda. Á meðal réttindanna eru bann við mismunun, réttur til lífs, bann við pyndingum, persónufrelsi, réttur til réttlátrar málsmeðferðar, bann við afturvirkni refsilaga, friðhelgi eignarréttar, tjáningarfrelsi, trúfrelsi og félagafrelsi, réttur til félagslegs öryggis, atvinnufrelsi, réttur til viðunandi lífshæðar, réttur til menntunar og til að taka frjálstan þátt í menningarlífi. Í 12. gr. yfirlýsingarinnar er svo að finna það ákvæði sem hvað mesta þýðingu hefur fyrir sjálfsákvörðunarrétt sérhvers manns en það er svohljóðandi ákvæði um friðhelgi einkalífs, fjölskyldulífs, heimilis og bréfaskrifta:

Eigi má að geðþótta raska einkalífi, fjölskyldulífi, heimili eða bréfaskriftum nokkurs einstaklings, né heldur ráðast á æru hans eða mannorð. Ber öllum lagavernd gagnvart slíkum afskiptum eða árásum.

Í fyrsta skipti á alþjóðavettvangi hafði þar með náðst samstaða ríkja um að tryggja sérhverjum manni rétt til að ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Þá má benda á að ákvæði 3. gr. yfirlýsingarinnar um að allir menn eigi rétt til lífs,

⁷⁹ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 146-147. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 73-74.

⁸⁰ Sjá ályktun Allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna 217(III) frá 10. desember 1948. Mannréttindayfirlýsingin er aðgengileg á vefsíðu utanríkisráðuneytisins, <http://www.utanrikisraduneyti.is>.

⁸¹ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 149.

frelsis og mannhelgi er í raun forsenda þess að einstaklingurinn fái notið annarra réttinda sem kveðið er á um í yfirlýsingunni. Menn sem sviptir hafa verið lífi sínu eða frelsi hafa augljóslega einnig verið sviptir réttinum til að taka ýmsar ákvarðanir um eigið líf.⁸²

Þar sem yfirlýsingin samanstóð af sameiginlegum markmiðum um mannréttindi, sem voru nýmæli á vettvangi þjóðaréttarins, var grunnur lagður að eftirfarandi samningsgerð. Urðu ákvæði yfirlýsingarinnar fyrirmynd fjölmargra stjórnarskráa þjóðríkja, auk þess sem hún hafði mikil áhrif á svæðasamvinnu mannréttinda í Evrópu, Ameríku og Afríku um og eftir miðja 20. öld. Hefur raunar verið gengið svo langt að halda því fram að með tímanum hafi ákvæði hennar þróast í þá átt að verða bindandi þjóðréttarskyldur.⁸³ Hvað sem því líður er á hinn bóginn ljóst að sum réttindi sem talin eru upp í yfirlýsingunni eru álitin vera af meiði svokallaðra grundvallarreglna (jus cogens) sem öll ríki eru bundin af án tillits til aðildar að þjóðréttarsamningum. Þær reglur sem hér er átt við eru einkum bann við mismunun í 2. gr., réttur til lífs, frelsis og mannhelgi í 3. gr., bann við þrældómi í 4. gr., bann við pyndingum í 5. gr. og bann við afturvirkni refsilaga í 11. gr. Eins og staðfest er í 2. mgr. 4. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi eru þessi réttindi talin slík grundvallarmannréttindi að hvorki neyðarréttur, stríðsástand né nokkrar aðrar ástæður geta nokkurn tíma réttlætt að vikið verði frá þeim.⁸⁴

Í seinni tíð hefur ítrekað verið vísað til þess að mannréttindi séu algild og óafsalanleg réttindi sérhvers einstaklings. Í þessu sambandi má til dæmis geta þess að í 5. gr. svonefndrar Vínaryfirlýsingar frá 1993 lýstu 171 ríki á heimsráðstefnu um mannréttindi því yfir að: "Öll mannréttindi væru algild, óaðskiljanleg, hvert öðru háð og innbyrðis tengd".⁸⁵

4.2.2 Tveir meginsamningar Sameinuðu þjóðanna

Í kjölfar Mannréttindayfirlýsingar SP var stefnt að því að binda þau mannréttindi sem þar voru talin í einn þjóðréttarsamning. Slík samstaða náðist þó ekki á milli ríkja og varð afrakstur samningsgerðarinnar því tveir samningar, Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmalaleg

⁸² Hjördís Björk Hákonardóttir: „Réttur til lífs“, bls. 89. Nánar verður fjallað um réttinn til lífs í kafla 6.3.1.

⁸³ Því til stuðnings hefur í fyrsta lagi verið bent á að þar sem ákvæði hennar séu beinlínis ætluð til fyllingar almennum ákvæðum stofnskrár Sameinuðu þjóðanna sem vísa til mannréttinda, einkum 55. og 56. gr. hennar, hafi þau fengið sama vægi og texti stofnskrárinnar. Í öðru lagi standa veigamikil rök fyrir því að stór hluti þeirra réttinda sem talin eru í yfirlýsingunni hafi fest sig í sessi sem bindandi þjóðréttarvenjur í ljósi ríkjaframkvæmdar um vernd þessara réttinda, svo sem með samþykkt alþjóðlegra og svæðisbundinna þjóðréttarsamninga um þessi réttindi. Þar að auki hefur ósjaldan verið vísað til yfirlýsingarinnar í ýmsum mannréttindasamningum og einnig í samþykktum Allsherjarpings og annarra aðalstofnana Sameinuðu þjóðanna og á ýmsum ríkjaráðstefnum hafa ríki verið hvött til að stefna að markmiðum hennar. Sjá Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 149. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 76.

⁸⁴ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 149. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 75-76.

⁸⁵ Sjá skjal A/CONF.157/23 frá 12. júlí 1993. Heimsráðstefnan var haldin dagana 14.-25. júní árið 1993.

réttindi (SBSR) og Alþjóðasamningur um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (SEFMR).⁸⁶ Þau sjónarmið sem búa að baki aðgreiningu réttindanna í tvo samninga eru þau að um eðlisólík mannréttindi er að ræða eftir því hvort um ræðir borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi eða efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi.⁸⁷ Hvor samningurinn verndar þannig þau réttindi sem nafn hans gefur til kynna og SBSR skilgreinir jafnframt með víðtækari hætti markmiðslýsingar Mannréttindayfirlýsingarinnar og þau skilyrði sem gerð eru fyrir heimilum takmörkunum á mannréttindum. Ákvæði SEFMR einkennast þó fremur af almennt orðuðum markmiðslýsingum þótt þau útfæri að nokkru marki fáorðar greinar Mannréttindayfirlýsingarinnar sem varða þau réttindi.⁸⁸ Ísland varð aðili að báðum samningunum árið 1979.⁸⁹ Segja má að aðrir samningar sem gerðir hafa verið á vegum Sameinuðu þjóðanna séu í raun nánari útfærsla á einstökum réttindum samninganna tveggja. Í þeim birtast þannig annað hvort ítarlegri reglur um ákveðin réttindi, á borð við bann gegn kynþáttamisrétti eða pyndingum, eða reglur sem hafa það markmið að tryggja sérstaklega réttindi ákveðinna hópa, til dæmis barna.⁹⁰

Í 1. gr. SBSR er sjálfsákvörðunarréttur þjóða verndaður en samhljóða ákvæði er einnig í 1. gr. SEFMR. Í greininni segir:

Allar þjóðir hafa sjálfsákvörðunarrétt. Vegna þess réttar ákveða þær frjálst stjórnmalalegar aðstæður sínar og framfylgja frjálst efnahagslegri, félagslegri og menningarlegri þróun sinni.

Allar þjóðir mega, í sínu eigin markmiði, ráðstafa óhindrað náttúruauðæfum og auðlindum sínum brjóti það ekki í bága við neinar skuldbindingar sem leiðir af alþjóðlegri efnahagssamvinnu, byggðri á grundvallarreglunni um gagnkvæman ábata, og þjóðarétti. Aldrei má svipta þjóð ráðum sínum til lífsviðurvaris.

Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum, þar með talin þau sem bera ábyrgð á stjórnun lendna sem ekki ráða sér sjálfar og gæsluverndarlendna, skulu stuðla að viðurkenningu á sjálfsákvörðunarrétti og skulu virða þann rétt í samræmi við ákvæði sáttmála Sameinuðu þjóðanna.

Sjálfsákvörðunarréttur þjóða er einnig eitt af meginmarkmiðum Sameinuðu þjóðanna sem lýst er í 2. tölul. 1. gr. stofnskrárinnar frá 1945. Þar er því markmiði lýst yfir að efla vinsamlega sambúð á milli þjóða sem byggir á virðingu fyrir grundvallaratriðum jafnréttis og sjálfsákvörðunarréttar og gera aðrar hæfilegar ráðstafanir til að styrkja alheimsfrið. Eins og

⁸⁶ Báðir samningarnir voru samþykktir á Allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna 16. desember 1966 með ályktun A/RES/2200A(XXI) og tóku báðir gildi árið 1976.

⁸⁷ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 454.

⁸⁸ Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“, bls. 87.

⁸⁹ Sbr. Stjórnartíðindi C-deild, nr. 10/1979. Auk þess hefur Ísland fullgilt tvær valfrjálsar bókanir við SBSR, sú fyrri er frá 1966 og fjallar um kæruleið einstaklinga til mannréttindanefndarinnar og sú síðari um afnám dauðarefsingar frá 1989, sbr. Stjórnartíðindi C-deild, nr. 11/1991. Báðir samningarnir, auk valfrjálsu bókananna, eru aðgengilegir í ritinu *Alþjóðlegir mannréttindasamningar sem Ísland er aðili að* (2003).

⁹⁰ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 454-455.

ákvæði 1. gr. SBSR gefur til kynna telst sjálfsákvörðunarréttur þjóða ekki til hefðbundinnar flokkunar mannréttinda, auk þess sem réttahafinn samkvæmt ákvæðinu er *þjóð* en ekki *einstaklingur*. Hann nýtur því óumdeilanlega ákveðinnar sérstöðu og var raunar umdeilt við sammingsgerðina hvort telja bæri réttinn til mannréttinda þar sem erfitt gæti reynst að skilgreina hugtökin *sjálfsákvörðunarréttur* og *þjóð*. Lítið hefur reynt á raunhæft gildi 1. gr. SBSR sem sjálfstæðs ákvæðis eða hvert sé inntak sjálfsákvörðunarréttar þjóða fyrir alþjóðlegum úrskurðaraðila.⁹¹ Í þessu sambandi má vísa til almenns álits Mannréttindanefndarinnar (e. *Human Rights Committee*)⁹² frá 1984 þar sem nefndin fjallaði á almennan og stutturorðan hátt um ákvæðið og markmið þess en leitaðist ekki við að skilgreina nánar þau lykilhugtök sem kveðið er á um í ákvæðinu.⁹³

Eins og áður sagði er réttahafinn samkvæmt ákvæðinu þjóð og er því ekki um einstaklingsbundinn rétt að ræða. Sá kæruréttur sem fjallað er um í valkvæðum viðauka við SBSR er eingöngu bundinn við *einstaklinga* sem telja brotið á sér en ekki *þjóðir* og á því ekki við um sjálfsákvörðunarrétt þjóða samkvæmt 1. gr. sammingsins.⁹⁴ Stefnumarkandi álit Mannréttindanefndarinnar varðandi þetta atriði var í máli *Kitok gegn Svíþjóð, 27. júlí 1988 (197/1985)* sem meðal annars fjallaði um réttindi Sama í Norður-Svíþjóð og sama niðurstaða var fengin í máli *Lubicon Lake Band gegn Kanada, 26. mars 1990 (167/1984)* sem fjallaði um eignarréttindi frumbyggja á landi. Í seinna álitinu var þó fallist á kærurétt einstaklinga vegna meintra brota á 27. gr. sammingsins sem fjallar um ýmis réttindi minnihlutahópa.

Í 17. gr. SBSR er hins vegar að finna það ákvæði sem hvað mesta þýðingu hefur fyrir tryggingu sjálfsákvörðunarréttar einstaklingsins en það er svohljóðandi ákvæði um friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta:

Enginn skal þurfa að þola geðþótta- eða ólögmæta röskun á einkalífi, fjölskyldu, heimili eða bréfaskiptum, né ólögmætar árásir á heiður eða mannorð sitt.
Allir eiga rétt á lagavernd gegn slíkri röskun eða árásum.

Önnur ákvæði SBSR hafa þó einnig sérstaka þýðingu fyrir rétt manna til ákvarðanatöku um eigið líf en þar má nefna 2. og 3. mgr. 23. gr. og 7. gr. SBSR. Í 7. gr. er meðal annars mælt

⁹¹ Björg Thorarensen: „Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnómálag réttindi“, bls. 46-47.

⁹² Mannréttindanefndin var stofnuð samkvæmt 28. gr. SBSR og kemur saman þrisvar sinnum á ári í Genf og New York. Nefndin er skipuð 18 sérfræðingum sem kjörnir eru á fundi aðildarríkja sammingsins og starfa þeir allir sem einstaklingar en ekki í nafni ríkisstjórnar þeirra ríkja sem þeir koma frá. Hlutverk Mannréttindanefndarinnar er að fylgjast með framkvæmd SBSR í aðildarríkjunum og hafa eftirlit með því að ríki uppfylli skyldur sínar samkvæmt samningnum. Um nánari umfjöllun um Mannréttindanefndina vísast til Bjargar Thorarensen: „Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnómálag réttindi“, bls. 37-42.

⁹³ Almenn álit nr. 12: The right to self-determination of peoples (Art. 1), frá 13. mars 1984, CCPR General Comment No. 12.

⁹⁴ Björg Thorarensen: „Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnómálag réttindi“, bls. 47.

fyrir um að enginn skuli án frjáls samþykkis hans sæta læknisfræðilegum eða vísindalegum tilraunum og í 2. mgr. 23. gr. er réttur manna til að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu verndaður. Þá segir í 3. mgr. 23. gr. að ekki skuli stofna til hjúskapar nema með frjálsum og fullkomnu samþykki hjónaefnanna sem einmitt undirstrikar kjarna sjálfsákvörðunarréttarins. Samkvæmt ákvæðinu hefur einstaklingurinn með öðrum orðum rétt til að taka ákvörðun um það hvort hann gangi í hjónaband og að sama skapi rétt til að þurfa ekki að þola að vera neyddur í hjónaband. Í ákvæðinu birtast því tvenns konar hliðar á sama peningnum með áherslunni á frjálsum og fullkomnu samþykki hjónaefnanna sem endurspeglar að ákvarðanataka að þessu leyti er hjá einstaklingnum sjálfum. Svipað ákvæði er að finna í 1. mgr. 10. gr. SEFMR en þar segir að mesta mögulega vernd skuli látin fjölskyldunni í té sem grundvallarhópeiningu þjóðfélagsins, sérstaklega við stofnun hennar og jafnframt segir að frjálst samþykki hjónaefna verði að vera fyrir hendi til stofnunar hjúskapar.

4.2.3 Mannréttindasáttmáli Evrópu og Mannréttindadómstóllinn

Við samningu Evrópusamnings um vernd mannréttinda og mannfrelsis, sem í daglegu tali er nefndur Mannréttindasáttmáli Evrópu, var að verulegu leyti horft til Mannréttindayfirlýsingar SP sem og þeirra frumdrátta sem þegar lágu fyrir að SBSR. Samningurinn var samþykktur af Evrópuráðinu árið 1950 og tók gildi þremur árum síðar, árið 1953. Síðan þá hafa fjórtán viðaukar verið gerðir við sáttmálann. Í sex þeirra var bætt við efnislegum réttindum en hinir sjö varða réttarfarsákvæði og meðferð kærumála.⁹⁵ Í dag eru 47 ríki aðilar að sáttmálanum en aðild að honum er skilyrði fyrir inngöngu ríkja í Evrópuráðið.⁹⁶ Ísland hefur verið aðili að sáttmálanum frá 29. júní árið 1953⁹⁷ en hann er jafnframt eini alþjóðlegi mannréttindasamningurinn sem Ísland hefur lögfest.⁹⁸

⁹⁵ Um aðild Íslands að samningum Evrópuráðsins vísast til ritsins *Safn Evrópusamninga* (2000) þar sem þeir eru birtir í íslenski þýðingu.

⁹⁶ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 81.

⁹⁷ Sbr. Stjórnartíðindi A-deild, nr. 11/1954. Auk þess hefur Ísland fullgilt fimm af sex viðaukum sem bæta efnisákvæðum við sáttmálann en sá síðasti nr. 13 frá 3. maí 2002 mælir fyrir um fortakslaut bann við dauðarefsingum. Þá hefur Ísland undirritað viðauka nr. 12 frá 4. nóvember 2000 um almennt bann við mismunun en ekki fullgilt hann.

⁹⁸ Sbr. lög um Mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994, eins og vikið var að í upphafi ritgerðarinnar. Lögfesting MSE í íslenskum rétti var einkum studd þeim rökum að með því myndu réttindi einstaklinga fá aukna vernd og réttaröryggi þeirra aukast. Bent var á að sum ákvæði sáttmálans mæltu fyrir um einstaka þætti mannréttinda með ítarlegri hætti en gert var í íslenski löggjöf þótt ákvæði sáttmálans ættu sér yfirleitt hliðstæðu í íslenskum lögum. Í dæmaskyni var nefnt að þágildandi 72. gr. stjórnarskrárinnar næði samkvæmt orðum sínum eingöngu til tjáningarfrelsis almennt en mælti ekki fyrir um prentfrelsi líkt og ákvæði 10. gr. MSE. Samkvæmt þessu yrði að lögfesta sáttmálann í heild sinni til að tryggja að fyllt yrði í eyður sem þessar í íslenski löggjöf. Einnig var bent á að eftir lögfestingu myndu einstaklingar eiga kost á að beina réttarreglum MSE fyrir dómi eða stjórnvöldum hérlendis án þess að þurfa að vísa til reglnanna sem leiðbeiningargagna við lögskýringar. Jafnframt gætu einstaklingar fengið dómsúrlausn íslenskra dómstóla um ýmis þau kærefni sem ella hefðu þurft að fara fyrir

Kjarnaákvæði sáttmálans eru flest borgaralegs og stjórnmalalegs eðlis og svipar því efni hans að miklu leyti til SBSR. Samsvarandi ákvæði 17. gr. SBSR um friðhelgi einkalífs, heimilis, fjölskyldu og bréfaskipta er svohljóðandi ákvæði 8. gr. MSE:

Sérhver maður á rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta.

Opinber stjórnvöld skulu eigi ganga á rétt þennan nema samkvæmt því sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, almannaheilla eða efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttinda og frelsi annarra.

Þá hefur einnig verið mælt sérstaklega fyrir um rétt manna til að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu í 12. gr. sáttmálans en greinin hefur þó ekki að geyma samsvarandi ákvæði og finna má í 3. mgr. 23. gr. SBSR um að ekki skuli stofna til hjúskapar nema með frjálsum og fullkomnu samþykki hjónaefnanna.⁹⁹

Við aðild að MSE taka samningsaðilarnir á sig þá skyldu sem mælt er fyrir um í 1. gr. sáttmálans, að tryggja öllum þeim sem dveljast á yfirráðasvæði ríkisins þau réttindi og frelsi sem sáttmálinn mælir fyrir um. Þar sem ekki er frekar tilgreint hvaða aðferðum skuli beitt til að ná því markmiði er það á valdi hvers ríkis að ákveða með hvaða hætti þeim skuldbindingum sem sáttmálinn mælir fyrir um verði fullnægt. Þá hafa tvær stofnanir verið settar á laggirnar til að hafa eftirlit með því að aðildarríkin uppfylli skyldur sínar samkvæmt sáttmálanum. Annars vegar Mannréttindanefnd Evrópu (MNE), sem hefur reyndar verið lögð niður í dag,¹⁰⁰ og hins vegar Mannréttindadómstóll Evrópu (MDE). Með því að gerast aðilar að sáttmálanum gangast ríki undir bindandi þjóðréttarlögsögu dómstólsins og dómar hans eru þjóðréttarlega bindandi um brot aðildarríkja á ákvæðum sáttmálans. Þannig geta bæði aðildarríkin og einstaklingar komið á framfæri kærnum um að ríki hafi brotið ákvæði sáttmálans og hefur dómstóllinn jafnframt vald til að dæma ríki til að greiða tjónþola bætur vegna slíkra brota, sbr. 41. gr. MSE. Þar að auki hefur Ráðherranefndinni verið falið sérstaklega að fullnusta dóma dómstólsins þrátt fyrir að breið pólitísk samstaða hafi almennt verið meðal aðildarríkjanna um að virða niðurstöður hans.¹⁰¹

stofnanir sáttmálans. Önnur Norðurlönd lögfestu sáttmálann um svipað leyti og Ísland og af svipuðum ástæðum. Sjá Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 86 og 88.

⁹⁹ Nánar verður vikið að 12. gr. MSE og 23. gr. SBSR í kafla 5.6.

¹⁰⁰ Þann 1. nóvember 1998 tók 11. viðauki við MSE gildi. Með honum var Mannréttindanefnd Evrópu lögð niður og reglum um Mannréttindadómstól Evrópu breytt í ýmsum veigamiklum atriðum. Ein helsta breytingin var sú að bindandi lögsaga dómstólsins varð ekki lengur valkvæð fyrir ríki.

¹⁰¹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 82. Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 147-148.

4.2.4 Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins

Á alþjóðavettvangi kom hugtakið *réttindi barna* fyrst fram í yfirlýsingu Þjóðabandalagsins um réttindi barna frá árinu 1924 og rúmlega þremur áratugum síðar, árið 1959, samþykkti Allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna yfirlýsingu um réttindi barnsins þar sem gengið var enn lengra í að viðurkenna sjálfstæð réttindi barna. Á árinu 1989 var þó samþykktur mikilvægasti alþjóðasamningurinn á þessu sviði, Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (Barnasáttmálinn),¹⁰² en með honum voru réttindi barna í fyrsta sinn færð í alþjóðalög. Barnasáttmálinn endurspeglar nýja og byltingarkennda sýn á börn sem sjálfstæða einstaklinga með eigin réttindi.¹⁰³ Jafnframt því að tryggja börnum sérstakan rétt til umönnunar og verndar var mikilvægasta nýjungin sem sáttmálinn hafði fram að færa sú áhersla sem lögð var á að börn yrðu virkir þátttakendur í samfélaginu með réttindi og ábyrgð eftir því sem aldur og þroski hvers og eins leyfði. Birtist sérstaða Barnasáttmálans því ekki síst í þeirri nýju áherslu á að börn hefðu rétt á að taka þátt í ákvörðunum sem vörðuðu líf þeirra.¹⁰⁴ Eitt mikilvægasta ákvæði Barnasáttmálans hvað þetta varðar er svohljóðandi ákvæði 1. mgr. 12. gr.:

Aðildarríki skulu tryggja barni sem myndað getur eigin skoðanir rétt til að láta þær frjálsglega í ljós í öllum málum sem það varða, og skal tekið réttmætt tillit til skoðana þess í samræmi við aldur þess og þroska.

Þau réttindi sem ákvæðið mælir fyrir um færa barninu vissulega ekki sjálfsákvörðunarrétt heldur einungis rétt til að eiga aðild að ákvarðanatöku í þeim málefnum sem varða barnið beinlínis. Rétturinn til þátttöku felur í sér að hafa skal samráð við barnið áður en ákvarðanir eru teknar og mætti því segja að um samráðsrétt sé að ræða. Þar að auki vísa 5. og 14. gr. sáttmálans til þess að foreldrum beri að veita barni sínu leiðsögn við að beita réttindum sínum samkvæmt samningnum í samræmi við vaxandi þroska þess og leggja þannig aukna áherslu á virðingu fyrir aukinni getu og þroska barnsins til að taka ákvarðanir. Réttur barnsins til að láta skoðanir sínar í ljós er þannig ekki bundinn neinum aldursmörkum enda gengi slíkt þvert á ákvæði 12. gr. Þá verður að hafa í huga að börn eru ekki einsleitur hópur og er mismunandi hvenær þau byrja að mynda sér skoðanir, auk þess sem skoðanir barna eru mismunandi.¹⁰⁵ Af

¹⁰² Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði barna“, bls. 736. Sjá ályktun Allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna A/RES/44/25 frá 20. nóvember 1989.

¹⁰³ *Barnasáttmálinn*, bls. 6. Þrátt fyrir að börn njóti vissulega verndar annarra mannréttindaákvæða í öðrum mannréttindasáttmálum og stjórnarskrá, sbr. til dæmis orðalag 65. gr. stjórnarskrárinnar: „Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda...“ þá þurfa börn oft á sérstakri vernd og umönnun að halda. Sú staðreynd var einmitt grundvöllur sérstaks sáttmála fyrir börn. Sjá sömu heimild.

¹⁰⁴ Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði barna“, bls. 737-738.

¹⁰⁵ *Barnasáttmálinn*, bls. 26 og 27.

öðrum greinum Barnasáttmálans sem skipta máli fyrir þátttöku barna má nefna 13. gr. sem fjallar um rétt barns til að láta skoðanir sínar í ljós, 14. gr. sem mælir fyrir um rétt barns til frjálsrar hugsunar, sannfæringar og trúar og 15. gr. sem fjallar um rétt barns til að mynda félög með öðrum og til að koma saman með öðrum friðsömum hætti. Þá er einnig vísað til þátttöku barna í 2. mgr. 9. gr., a-lið 21. gr. og iv-lið b-liðar 2. mgr. 40. gr. Barnasáttmálans. Sérstaklega er svo mælt fyrir um friðhelgi einkalífs í svohljóðandi 16. gr.:

Eigi má láta barn sæta gerræðislegum eða ólögmetum afskiptum af einkalífi þess, fjölskyldu, heimili eða bréfum, né ólögmetri árás á sæmd þess eða mannorð.

Barn á rétt á vernd laganna fyrir slíkum afskiptum og árásum.

Einnig ber að hafa í huga að af orðalagi ákvæða 17. gr. SBSR, 8. gr. MSE og 71. stjórnarskrárinnar er ljóst að vernd þeirra nær einnig til barna, sbr. til dæmis orðalag 71. gr. stjórnarskrárinnar: „Allir skulu njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu.“

Ísland undirritaði Barnasáttmálann 26. janúar 1990 og með ályktun 13. maí 1992 heimilaði Alþingi ríkisstjórninni að fullgilda samninginn, öðlaðist hann gildi að því er Ísland varðar 27. nóvember 1992.¹⁰⁶ Þá má geta þess að til stendur að lögfesta sáttmálann í heild sinni í íslenskum rétti innan tíðar.¹⁰⁷

4.2.5 Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks

Þann 13. desember 2006 samþykkti Allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna alþjóðlegan samning sem gengur undir nafninu Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks.¹⁰⁸ Samkvæmt 1. gr. samningsins tekur hann jafnt til einstaklinga sem eru líkamlega, andlega eða vitsmunalega skertir sem og þeirra sem hafa skerta skynjun til frambúðar sem kann, þegar víxlverkun verður milli þessara þátta og tálma af ýmsu tagi, að koma í veg fyrir fulla og virka þátttöku þeirra í samfélaginu á jafnréttisgrundvelli. Vissulega njóta fatlaðir einstaklingar þeirra mannréttinda sem mælt er fyrir um í íslensku stjórnarskránni, MSE og SBSR til jafns

¹⁰⁶ Sbr. Stjórnartíðindi C-deild, nr. 18/1992. Þá hefur Ísland einnig fullgilt valfrjálsa bókun um þátttöku barna í vopnuðum átökum frá árinu 2000, sbr. Stjórnartíðindi C-deild, nr. 35/2001 og valfrjálsa bókun um sölu á börnum, barnavændi og barnaklám frá sama ári, sbr. Stjórnartíðindi C-deild, nr. 29/2001 og 12/2002. Barnasáttmálinn, auk valfrjálsu bókananna, er aðgengilegur í ritinu *Barnasáttmálinn. Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi* (2007).

¹⁰⁷ Frumvarp til laga um Samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins liggur nú fyrir í samræmi við þingsályktun sem samþykkt var á Alþingi 16. mars 2009, sbr. þskj. 13, 136. lögb. 2008-09 (enn óbirt í A-deild Alþt.). Ragna Árnadóttir dómsmála- og mannréttindaráðherra hefur kynnt frumvarpið, sem samið var af Þórhildi Líndal, fyrrum umboðsmanni barna, fyrir ríkisstjórn og stefnt er að framlagningu þess á Alþingi innan tíðar. Frumvarpið er aðgengilegt á vefsíðu dómsmála- og mannréttindaráðuneytisins, <http://www.domsmlaraduneyti.is>.

¹⁰⁸ Sjá ályktun Allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna A/RES/61/106 frá 13. desember 2006. Samninginn og valfrjálsa bókun við hann má nálgast á vefsíðu félags- og tryggingamálaráðuneytisins, <http://www.felagsmlaraduneyti.is>.

við aðra menn.¹⁰⁹ Sú staðreynd að gerður var sérstakur samningur með það að leiðarljósi að vernda réttindi þessara einstaklinga sérstaklega gefur þó glöggt til kynna að talin var þörf á því að ráða bót á skipulagi mannréttindaverndar sem ekki var talið nægilega vel til þess fallið að vernda og styðja við réttindi og reisn einstaklinga með fötlun. Samningurinn var undirbúinn og saminn í nánú samstarfi við fatlaða sjálfa og ýmis hagsmunasamtök sem láta sig réttindi þeirra varða. Í honum endurspeglast gildandi viðmið sem ríkja um mannréttindi sem sérstaklega eru skoðuð út frá stöðu einstaklinga með fötlun og grundvallast samningurinn á því meginmarkmiði að fatlaðir eigi rétt á því að njóta allra mannréttinda og mannfrelsis til jafns við aðra sem ófatlaðir eru. Í formálsorðum samningsins segir að aðildarríkin viðurkenni gildi þess fyrir fatlaða að vera sjálfráðir og sjálfstæðir einstaklingar sem felist meðal annars í frelsi þeirra til að taka eigin ákvarðanir. Fatlaðir eiga þannig að hafa kost á því að eiga virka aðild að ákvörðunum um stefnumið og áætlanir sem varða þá með beinum hætti. Þessi yfirlýsing er einmitt ein af grundvallarmeginreglunum í 3. gr. sáttmálans og er sjálfsákvörðunarrétturinn og réttur fatlaðra til að fá ákvörðun sína virta af öðrum þannig sá grundvöllur sem önnur réttindi samningsins byggjast á. Með honum er þannig leitast við að tryggja að fatlaðir geti tekið jafnan þátt í samfélaginu á við aðra einstaklinga. Lögð er áhersla á að samfélagið veiti fötluðum nauðsynlegan stuðning til að geta greint frá vilja sínum og nýtt réttinn til að taka ákvarðanir um eigið líf. Þá er mikilvæg vernd sjálfsákvörðunarréttarins fólgin í 22. og 23. gr. sáttmálans sem lýsir yfir rétti fatlaðra til friðhelgi einkalífs, heimils og fjölskyldu. Í þeirri vernd felst meðal annars að fatlaðir eiga jafnan rétt á við aðra til að stunda kynlíf, stofna til hjónabands og eignast börn.¹¹⁰

Samningur SP um réttindi fatlaðs fólks var undirritaður fyrir Íslands hönd þann 30. mars árið 2007 sem og valfrjáls bókun við samninginn. Til stendur að fullgilda hvoru tveggja innan tíðar en í febrúar árið 2008 skipaði þáverandi félags- og tryggingamálaráðherra¹¹¹ nefnd sem kanna átti hvort lög og reglugerðir á Íslandi uppfylltu þær kröfur sem lagðar eru á þau ríki sem hyggjast fullgilda samninginn.¹¹² Nánar verður fjallað um samninginn og tillögur

¹⁰⁹ Það má þó velja því fyrir sér af hverju fötlun var ekki tilgreind sérstaklega sem óheimill grundvöllur mismununar í 65. gr. stjórnarskrárinnar. Í frumvarpi til stjórnskipunarlaganna nr. 97/1995 er þó tekið fram að ekki sé um að ræða tæmandi talningu þeirra atriða sem þar er getið í dæmaskyni, sbr. orðalag greinarinnar: „...og stöðu að öðru leyti“ og er raunar sérstaklega tekið fram að undir þessi niðurlagsorð geti fallið fjölmörg atriði á borð við heilsufar manna eða líkamlegt ástand. Sjá Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2086. Auk þess má benda á að í *Hrd.* 1999, bls. 390 (177/1998) og *Hrd.* 1999, bls. 2015 (151/1999) var beinlínis vísað til þess að íslenska ríkið hefði brotið gegn jákvæðum skyldum sínum samkvæmt 65. gr. til að tryggja að annars vegar blindur og hins vegar heyrnarskertur einstaklingur gætu notið réttinda sinna að fullu til jafns við aðra. Það er því óumdeilt að fötlun er einnig óheimill grundvöllur mismununar samkvæmt 65. gr. stjórnarskrárinnar þótt þess sé ekki getið í ákvæðinu.

¹¹⁰ Helga Baldvinsdóttir Bjargardóttir: „Hver maður er borinn frjáls og jafn öðrum að virðingu“, bls. 22-23.

¹¹¹ Jóhanna Sigurðardóttir.

¹¹² Tillögur nefndarinnar má finna á vefsíðu félagsmálaráðuneytisins, <http://www.felagsmalaraduneyti.is>.

nefndarinnar í kafla 7.2.2 þegar sérstaklega verða tekin fyrir álitaeefni varðandi sjálfsákvörðunarrétt einstaklinga sem haldnir eru andlegum annmarka.

4.2.6 Staða alþjóðlegra mannréttindasamninga að landsrétti

Þjóðréttarlegir mannréttindasamningar njóta um margt sérstöðu miðað við hina hefðbundnu þjóðréttarsamninga þar sem skuldbindingar samkvæmt þeim lúta fyrst og fremst að háttsemi ríkja gagnvart *einstaklingum* sem staddir eru á yfirráðasvæði þeirra. Af því leiðir að samningsskyldur aðildarríkja verða aðeins uppfylltar með því að ríkin tryggja einstaklingum á yfirráðasvæði sínu þau réttindi sem samningurinn kveður á um. Mannréttindasamningar teljast því almennt til réttarskapandi samninga vegna sérstaks eðlis þeirra. Auk þess eru þeir yfirleitt til þess fallnir að hafa bein réttaráhrif en í því felst að texti þeirra er nægilega skýr og óskilyrtur til þess að hægt sé að byggja rétt á þeim, til dæmis fyrir dómstólum innanlands eða alþjóðlegum úrskurðaraðila.¹¹³ Afstaða ríkja til samspils þjóðaréttar og landsréttar getur þó verið afar ólík þar sem stjórnskipunarlæg og alþjóðlegar skuldbindingar einstakra ríkja veita þjóðarétti ólíkan sess sem réttarheimild í landsrétti viðkomandi ríkis. Hugmyndin um eineðli (monolism) og tvíeðli (dualism) landsréttar og þjóðaréttar lýsa tveimur öndverðum sjónarhornum í þessum efnum.¹¹⁴ Í flestum ríkjum á meginlandi Evrópu er stjórnskipan ríkis svo háttáð að litið er á þjóðarétt og landsrétt sem hluta af eina og sama réttarkerfinu. Slík ríki eru almennt talin fylgja kenningunni um eineðli en í því felst að ekki þarf að koma til atbeini þeirra stofnana sem almennt fara með löggjafarvaldið til að leiða ákvæði þjóðréttarlegrar skuldbindingar inn í landsrétt. Sé hins vegar litið á þjóðarétt og landsrétt sem aðskilin réttarkerfi í stjórnskipan ríkis, eins og gert er á Íslandi og á hinum Norðurlöndunum, eru slík ríki talin fylgja kenningunni um tvíeðli. Samkvæmt tvíeðliskenningunni öðlast þjóðréttarlegar skuldbindingar ekki lagagildi að landsrétti nema sérstakar aðgerðir löggjafarvaldsins komi til. Hafi þær ekki komið til er ekki hægt að byggja rétt eða skyldu beint á ákvæðum slíkrar skuldbindingar að landsrétti né myndu dómstólar beita henni eins og lögum í landinu.¹¹⁵ Þó er það svo, burtséð frá því hvort landsréttur ríkja einkennist fremur af sjónarmiðum um eineðli

¹¹³ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 147. Þó ber að benda á að þrátt fyrir að mannréttindasamningar séu yfirleitt til þess fallnir að hafa bein réttaráhrif er það ekki einhlítt. Sú kenning hefur til að mynda verið ríkjandi að ákvæði alþjóðasamninga um efnahagsleg og félagsleg réttindi séu orðuð of óljóst með almennri tilvísun til skyldna ríkja og því sé ekki um „lagaleg“ réttindi að ræða í þeim skilningi að hægt sé að byggja á þeim rétt fyrir innanlandsdómstólum eða alþjóðlegum dómstólum og nefndum sem taka til meðferðar kærur um mannréttindabrot aðildarríkja frá einstaklingum. Sjá sömu heimild.

¹¹⁴ Sama heimild, bls. 12.

¹¹⁵ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 85. Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 12. Þó skal hafa í huga að þrátt fyrir að réttarkerfi einstakra ríkja beri í ýmsu tilliti ríkara svipmót af eineðli eða tvíeðli er þessu afar misjafnlega farið og því er yfirleitt nauðsynlegt að kanna hvert og eitt réttarkerfi með tilliti til afstöðu þess til réttarheimilda þjóðaréttar á borð við þjóðréttarvenjur og þjóðréttarsamninga. Sjá Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 12.

eða tvíeðli, að þorri ríkja viðurkennir þá almennu lögskýringarleið að túlka beri landsrétt til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar ríkisins en ekki í andstöðu við þær. Hér á landi eru því ákvæði þjóðréttarsamninga ótvíræð lögskýringargögn þó að samningurinn hafi ekki öðlast lagagildi að landsrétti en verða þó að víkja stangist þau beinlínis á við landslög sem þá ganga frammar. Þegar svo er ástatt er þó hætt við að Ísland hafi brotið gegn þeirri þjóðréttarlegu skyldu sem stofnaðist við fullgildingu samningsins að hafa landsrétt í samræmi við ákvæði hans.¹¹⁶ Þeir alþjóðlegu mannréttindasamningar sem nú hefur verið fjallað um, að undanskildum Mannréttindasáttmála Evrópu, hafa ekki verið lögfestir í íslenskum landsrétti. Af aðild Íslands að þessum samningum leiðir þó, eins og nú hefur verið gert grein fyrir, að Ísland er skuldbundið af þjóðarétti til að virða og uppfylla ákvæði þessara samninga. Þá verða ákvæði íslenskra laga, einkum ákvæði stjórnarskrárinnar, skýrð með hliðsjón af þeim meginreglum sem mótask hafa um sambærileg ákvæði MSE í meðförum Mannréttindadómstóls Evrópu.

4.3 Trygging sjálfsákvörðunarréttarins í stjórnarskrá Íslands

Með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 voru gerðar breytingar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar sem efnislega höfðu staðið nánast óbreytt allt frá setningu fyrstu stjórnarskrár landsins árið 1874.¹¹⁷ Í greinargerð með þingsályktuninni frá 17. júní 1994 voru færðar fram þrenns konar ástæður fyrir breytingunum. Í fyrsta lagi var talin þörf á að samræma, samhæfa og efla mannréttindaákvæði þannig að þau gegndu betur því hlutverki sínu að vera vörn almennings í samskiptum við ríkisvaldið. Í öðru lagi var talin þörf á að færa ýmis mannréttindaákvæði kaflans í nútímalegra horf og loks var í þriðja lagi talið tímabært að endurskoða mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar með tilliti til þeirra alþjóðlegu skuldbindinga sem Ísland hafði gengist undir.¹¹⁸ Með 9. gr. frumvarpsins kom nýtt ákvæði um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu í 71. gr. stjórnarskrárinnar sem er svohljóðandi:

Allir skulu njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu.

Ekki má gera líkamsrannsókn eða leit á manni, leit í húsakynnum hans eða munum, nema samkvæmt dómsúrskurði eða sérstakri lagaheimild. Það sama á við um rannsókn á skjölum, póstsendingum, símtölum og öðrum fjarskiptum, svo og hvers konar sambærilega skerðingu á einkalífi manns.

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. má með sérstakri lagaheimild takmarka á annan hátt friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra.

¹¹⁶ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 13 og 14. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 85.

¹¹⁷ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2074.

¹¹⁸ Sama heimild, bls. 2073.

Nýja ákvæðið breytti í verulegum atriðum eldra ákvæði 66. gr. um friðhelgi heimilis þar sem reglur eldra ákvæðisins höfðu ekki kveðið berum orðum á um vernd einkalífs og fjölskyldu. Voru þær því mun þrengri en reglur nýja ákvæðis 71. gr. Þó má geta þess að fyrir breytinguna hafði samt sem áður verið litið svo á að einkalíf manna og fjölskylda væri friðheilagt samkvæmt óskráðum grundvallarreglum íslenskrar löggjafar. Má í því sambandi nefna að í *Hrd. 1968, bls. 1007* staðfestu dómstólar að einkalíf manna og æra nytu verndar samkvæmt grunnreglum laga um þagnarvernd einkalífs, grundvallarreglum um persónuvernd í *Hrd. 1975, bls. 578* og grunnreglum um einkalífsvernd í *Hrd. 1989, bls. 28*. Engu að síður var talið eðlilegt að orða þessi réttindi skýrlega meðal mannréttindaákvæða og skipa þeim saman í ákvæðinu um friðhelgi heimilis, enda um réttindi af sama toga að ræða sem tengjast innbyrðis. Þá var einnig stefnt að því með breytingunni að færa ákvæðið til samræmis við 8. gr. MSE og 17. gr. SBSR þó að fleiri atriði væru talin upp í SBSR, svo sem heiður og mannorð manns.¹¹⁹ Verndar 71. gr. stjórnarskrárinnar því nú sambærileg réttindi og talin eru í þessum ákvæðum. Þar sem 71. gr. verður skýrð með hliðsjón af þeim meginreglum sem mótast hafa í meðförum Mannréttindadómstólsins við skýringu á 8. gr. MSE¹²⁰ verður vísað jafnt til dómaframkvæmdar hans sem og íslensks réttar í nánari umfjöllun um sjálfsákvörðunarrétt einstaklingsins.

5 Hvar og hvernig birtist vernd sjálfsákvörðunarréttarins?

5.1 Hugtakið sjálfsákvörðunarréttur sem grunnþáttur í einkalífi sérhvers manns

Hugtakið *einkalíf* í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar er mjög víðtækt og í raun eins konar yfirhugtak sem verndar bæði atriðin sem talin eru á eftir því í ákvæðinu, þ.e. heimilislíf og fjölskyldulíf. Þá nær vernd ákvæðisins einnig til bréfaskipta sem lýst er í 2. mgr. 71. gr. og þar að auki tekur það til alls þess sem lýtur að persónulegum högum einstaklingsins. Kjarni hugtaksins felst í því að sérhver maður hefur rétt til að ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi, svo og að tilfinningalíf hans, samskipti og tilfinningasambönd við aðra skuli njóta verndar fyrir afskiptum annarra einstaklinga eða stjórnvalda.¹²¹ Ríkinu er þannig skylt að setja reglur í löggjöf til verndar einstaklingunum í innbyrðis samskiptum þeirra, til dæmis með því að tryggja vernd einkalífs með ákvæðum refsilaga sem gera brot annarra einstaklinga á þessum réttindum refsiverð.¹²² Auk þess ber ríkinu að setja reglur um bótarétt einstaklinga vegna ólöglegra afskipta af einkalífi þeirri,

¹¹⁹ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2099.

¹²⁰ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 286.

¹²¹ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2099.

¹²² Sama heimild, bls. 2100.

heimili eða fjölskyldu.¹²³ Þá falla hér undir ýmis tjáskipti milli manna, svo sem bréfaskipti og tjáskipti augliti til auglits eða í síma, svo og orðaskipti í símskeytum, skjölum sem fara í myndsendum, tölvupóstum og önnur slík fjarskipti, en um takmörkun þessara réttinda er sérregla í 2. mgr. 71. gr.¹²⁴

Eftirlitsstofnanir Mannréttindasáttmálans hafa skilgreint hugtakið einkalíf í 8. gr. MSE á áþekkan hátt og hugtakið í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og varða ýmsar úrlausnir þeirra inntak þess. Þó hafa eftirlitsstofnanirnar aldrei gert hugtakinu tæmandi skil og hefur Mannréttindadómstóllinn raunar ítrekað vísað til þess í úrlausnum sínum að slíkt sé ógerlegt.¹²⁵

Í yfirlýsingu Ráðgjafarþings Evrópuráðsins um fjölmiðla og mannréttindi frá árinu 1970,¹²⁶ sem tekin var upp í ályktun þingsins um rétt til einkalífs frá árinu 1998,¹²⁷ er svohljóðandi skilgreining gefin á hugtakinu einkalíf:

Rétturinn til einkalífs samanstendur í grundvallaratriðum af réttinum til að lifa sínu eigin lífi með lágmarks afskiptum annarra.

Lagaprófessor við Háskólann í Leiden í Hollandi, Henricus J. Snijders, hefur haldið því fram að þegar hugtakið hefur verið skilgreint með þessum hætti megi í raun draga þá ályktun að hægt sé að aðgreina þau réttindi sem talin eru í 8. gr. sáttmálans enn frekar. Það er að segja á þann hátt að í vernd einkalífs felist ekki einungis rétturinn til að lifa sínu eigin lífi með lágmarks afskiptum annarra (e. *right to be left alone, right to intimacy*) heldur einnig rétturinn til sjálfstjórnar (e. *personal autonomy*) sem í raun sé réttur til sjálfsákvörðunar (e. *right to self-determination*). Þá telur hann að rétturinn til að stofna til og þroska sambönd við aðrar manneskjur, sem raunar er ekki getið í ákvæðinu sjálfu en eftirlitsstofnanir sáttmálans hafa engu að síður ítrekað vísað til að falli innan einkalífs sérhvers manns,¹²⁸ sé að því marki sem við getur átt þáttur í sjálfsákvörðunarréttinum.¹²⁹

¹²³ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 285. Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 536.

¹²⁴ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2100.

¹²⁵ Sjá til dæmis ummæli í dómi *MDE, Niemietz gegn Þýskalandi*, 16. desember 1992 (13710/88), mgr. 29, *MDE, Peck gegn Bretlandi*, 28. janúar 2003 (44647/98), mgr. 57, og *MDE, Bensaid gegn Bretlandi*, 6. febrúar 2001 (44599/98), mgr. 47.

¹²⁶ Sjá 2. gr. c-liðar ályktunar Ráðgjafarþings Evrópuráðsins 428 (1970).

¹²⁷ Sjá 4. gr. ályktunar Ráðgjafarþings Evrópuráðsins 1165 (1998). Þess má geta að yfirlýsingin var gefin í kjölfar banaslyss Díönu prinsessu af Wales.

¹²⁸ Sjá til dæmis ákvörðun *MNE, X gegn Íslandi*, 18. maí 1976 (6825/74). Í málinu féllst nefndin þó ekki á að undir vernd 8. gr. félli réttur manns til að stofna til hvers kyns sambands við umhverfi sitt sem ekki væri fólgið í tengslum við annan einstakling. Gæti til að mynda það eitt að samband manns og hunds hefði frá örófi alda verið náð ekki gert hundaeign að þætti í einkalífi manns. Var kærinni, er laut að viðurkenningu á því að synjun borgarastjórans í Reykjavík um leyfi til að halda hund á heimili kæranda bryti gegn 8. gr. MSE, því vísað frá.

¹²⁹ Henricus J. Snijders: „Privacy of contract“, bls. 106.

Mannréttindadómstóllinn lagði í fyrsta skipti ríka áherslu á mikilvægi sjálfstjórnarréttarins sem þáttar í friðhelgi einkalífs árið 2002 í stefnumarkandi dómi *MDE, Pretty gegn Bretlandi*, 29. apríl 2002 (2346/02):

Jafnvel þótt fyrri dómafrankvæmd hafi hingað til ekki staðfest nokkurn rétt til sjálfsákvörðunar sem þátt í 8. gr. sáttmálans, álitur dómurinn að hugmyndin um rétt til sjálfsstjórnar sé mikilvæg regla sem er grundvöllur túlkunar á þeim réttindum sem greinin tryggir.¹³⁰

Henricus J. Snijders telur að með þessum ummælum hafi dómstóllinn ekki eingöngu viðurkennt að sjálfsstjórnarrétturinn eða sjálfsákvörðunarrétturinn sé þáttur í einkalífi sérhvers manns heldur sé með síðustu áherslunni „...grundvöllur túlkunar á þeim réttindum sem greinin tryggir“ einnig slegið föstu að hann sé þáttur í hinum þremur réttindunum, þ.e. rétti til fjölskyldulífs, heimilislífs og bréfaskipta.¹³¹ Varðandi sjálfsákvörðunarréttinn sem þátt í rétti til bréfaskipta ber að hafa í huga að bréfaskipti geta verið mikilvægur þáttur í rétti manns til að stofna til og þroska sambönd við aðrar manneskjur. Eins og komið hefur fram telur Henricus J. Snijders að slík tilfinningasambönd falli undir sjálfsákvörðunarrétt manna. Má hér nefna dóm *MDE, A.B. gegn Hollandi*, 29. janúar 2002 (37328/97). Kærufnið varðaði það hvort fangelsisyrifvöld hefðu takmarkað rétt kæranda, sem var fangi í tilteknu fangelsi, til bréfaskipta. Í ljósi þess að kæranda hafði verið frjálst að senda vikulega tvö til þrjú bréf, þar sem kostnaðurinn við sendingarnar var greiddur af fangelsismálayfirvöldum, og hefði á öllum tímum verið frjálst að móttaka bréf frá öðrum var ekki fallist á að réttur hans til bréfaskipta hefði verið brotinn á þann hátt að kæranda hefði verið ógerlegt að halda sambandi bréfleidis við aðra menn utan fangelsisins.¹³²

Fjórum árum áður en Mannréttindadómstóllinn mælti fyrir um mikilvægi sjálfstjórnarréttarins sem grundvöll túlkunar á 8. gr. sáttmálans í dóminum um *Pretty* hafði einn dómari í máli *MDE, Sheffield og Horsham gegn Bretlandi*, 30. júlí 1998 (22985/93, 23390/94) vísað til sjálfsákvörðunarréttar einstaklingsins á þessa leið:

Það sem mesta þýðingu hefur, er að hér er í húfi grundvallarrétturinn til sjálfsákvörðunar: ef einstaklingi líður eins og hann tilheyri öðru kyni en því sem upphaflega var skráð og hefur undirgengist meðferð til að öðlast einkenni þess kyns sem honum finnst hann tilheyra, að því marki sem læknisfræðilega er mögulegt, þá á hann rétt á lagalegri viðurkenningu á því kyni sem honum finnst best svara sinni sjálfsvitund (e. *identity*). Ekki hefur verið gerð sérstaklega grein fyrir sjálfsákvörðunarréttinum í Mannréttinasáttmálanum né hans getið berum orðum, heldur er hann undirstöðuatriði í ýmsum réttindum sem þar er getið, sérstaklega í réttinum til frelsis samkvæmt 5. gr. og réttinum til friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr. Enn fremur er hann mikilvægur þáttur í því að sérhver maður er jafnborinn til virðingar (e. *inherent dignity*) sem,

¹³⁰ Sjá mgr. 61.

¹³¹ Henricus J. Snijders: „Privacy of contract“, bls. 107.

¹³² Sjá mgr. 91.

samkvæmt inngangsorðum Mannréttindayfirlýsingar SP, er undirstaða frelslis, réttlætis og friðar í heiminum.¹³³

Af þessum ummælum er ljóst að dómariinn telur að sérhver maður hafi meðfæddan rétt til að taka sjálfur ákvarðanir um eigið líf og að þrátt fyrir að ekki hafi verið gerð grein fyrir sjálfsákvörðunarréttinum í Mannréttinasáttmálanum né hans getið beinlínis þar, þegar dómurinn var kveðinn upp, sé hann undirstöðuatriði í ýmsum réttindum sem sáttmálinn mælir fyrir um.

Þá má auk þess nefna ummæli í dómi *MDE, Kück gegn Þýskalandi, 12. júní 2003* (35968/97). Í málinu var atvikum svo háttað að kærandi, Van Kück, hafði fyrir þýskum dómstólum krafði sjúkratryggingafyrirtæki um endurgreiðslu á heildarkostnaði við hormónameðferð og helmingi þess kostnaðar sem hún hafði greitt fyrir kynskiptaaðgerð sem hún hafði áður undirgengist. Þeirri kröfu hafði hins vegar verið hafnað á öllum dómstigum í Þýskalandi á þeim grundvelli að ekki hefði verið um nauðsynlega læknisfræðilega meðferð að ræða þar sem kærandi hefði ekki reynt sálfræðimeðferð áður en hún greip til framangreindra úrræða. Komst þýski áfrýjunardómstóllinn enn fremur svo að orði að með því að hefja inntöku kvenhormóna án læknisfræðilegrar ráðgjafar hefði áfrýjandi sjálf valdið sjúkdómi sínum.¹³⁴ Taldi kærandi að með þessu hefði verið brotið gegn kynferðislegri sjálfsvitund (e. *sexual identity*) hennar sem nyti verndar 8. gr. MSE og kærði niðurstöðu þýska áfrýjunardómstólsins til MDE.¹³⁵ Aðalúrlausnarefni Mannréttindadómstólsins um 8. gr. varðaði þó fyrst og fremst þau viðmið sem þýski dómstóllinn studdist við þegar hann komst að þeirri niðurstöðu að kærandi ætti ekki rétt á endurgreiðslu frá sjúkratryggingafyrirtækinu en ekki lögmati slíkra viðmiðana almennt. Tók dómstóllinn þar að auki fram að réttur kæranda til endurgreiðslu skipti í raun ekki höfuðmáli við úrlausn málsins heldur þau áhrif sem ákvörðun þýska áfrýjunardómstólsins hafði haft á rétt kæranda til kynferðislegrar sjálfsákvörðunar (e. *sexual self-determination*) sem væri grundvallarþáttur í einkalífi kæranda samkvæmt 8. gr. sáttmálans.¹³⁶ Taldi dómstóllinn að í ljósi þess að kynferði manna væri það auðkenni sem væri hvað persónulegast í einkalífi sérhvers manns virtist það ekki samrýmast 8. gr. að leggja á kæranda að sanna að læknisfræðileg nauðsyn hefði staðið til þess að hún hóf töku kvenhormóna og gekkst undir kynskiptaaðgerð, enda væri orsök kynskiptahneigðar óljós.¹³⁷ Ekki hefði verið gætt að því að samræma þá ólíku hagsmuni sem uppi voru í málinu,

¹³³ Sjá sérálit dómarans Mr. P. Van Dijk.

¹³⁴ Sjá mgr. 23.

¹³⁵ Sjá mgr. 67.

¹³⁶ Sjá mgr. 73 og 78.

¹³⁷ Sjá mgr. 56, 81 og 82.

þ.e. annars vegar hagsmuni tryggingafélagsins og hins vegar hagsmuni einstaklingsins. Þýska ríkið hefði þar með farið út fyrir það svigrúm sem ríkjum væri almennt játað til mats um val á leiðum til að tryggja að réttindi einstaklinga samkvæmt sáttmálanum væru virt. Var það niðurstaða dómstólsins að við mat á rétti kæranda til fyrrgreindrar endurgreiðslu hefði verið brotið gegn kynferðislegum sjálfsákvörðunarrétti hennar samkvæmt 8. gr. sáttmálans.¹³⁸

Að lokum má svo nefna ummæli um sjálfsákvörðunarréttinn sem þátt í friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr. í séráliti eins dómarans í dómi *MDE, Riener gegn Búlgaríu*, 23. maí 2006 (46343/99):

Jafnvel þótt ég hafi greitt atkvæði gegn því að brotið hafi verið gegn 8. og 13. gr. sáttmálans að því er varðar neitun á beiðni kæranda um að afsala sér búlgörsku ríkisfangi, er önnur röksemdafærsla mín með því að brotið hafi verið gegn 8. gr. sáttmálans. Í mínum augum er ríkisfang partur af því sem einkennir einstaklinginn sem persónu (e. *identity*). Ef vernd 8. gr. nær yfir sjálfsákvörðunarrétt einstaklingsins, til dæmis að því er varðar kynhneigð o.s.frv., nær vernd hennar án nokkurs vafa einnig yfir þann sjálfsákvörðunarrétt að fá viðurkenningu á þjóðerni og ríkisfangi. Það er rétt að sáttmálinn verndar ekki rétt manna til ríkisfangs. En það leiðir af almennum hugmyndum um frelsi, frelsi til að velja og sjálfsákvörðunarrétti manna að það ætti að vera til réttur til að sækja um ríkisfang og einnig réttur til að afsala sér því. Þetta er hluti af félagslegum, menningarlegum og stjórnmalalegum sjálfsákvörðunarrétti einstaklingsins, sem í mínum huga fellur einnig undir vernd 8. gr. sáttmálans.¹³⁹

Af þeim ummælum Mannréttindadómstólsins sem nú hafa verið rakin má draga þá ályktun að réttur sérhvers manns til að taka ákvarðanir sem varða hann sjálfan sé grundvöllur túlkunar á 8. gr. sáttmálans og jafnvel fleiri réttindum sem rakin eru í sáttmálanum. Telur Henricus J. Snijders að grundvallarrétturinn til friðhelgi einkalífs sem verndaður er í 8. gr. taki þannig yfir margs konar réttindi. Annars vegar nái vernd greinarinnar til þeirra fjögurra réttinda sem beinlínis er mælt fyrir um í 1. mgr., þ.e. rétt til einkalífs, fjölskyldulífs, heimilislífs og bréfaskipta. Hins vegar sé einnig hægt að horfa á greinina frá öðru sjónarhorni, með því að líta á þessi fjögur réttindi sem tvö aðskilin réttindi, þ.e. réttinn til að lifa sínu eigin lífi með lágmarks afskiptum annarra og sjálfsákvörðunarréttinn.¹⁴⁰ Eins og dómarinn í máli *Sheffield og Horsham* benti á er sjálfsákvörðunarréttinn þó fyrst og fremst að rekja til meðfædds réttar sérhvers manns sem meðal annars birtist í inngangsorðum Mannréttindayfirlýsingar SP í yfirlýsingunni um að hver maður sé jafnborinn til virðingar og óafsalanlegra réttinda og að slík viðurkenning sé undirstaða frelssis, réttlætis og friðar í heiminum.

Verður nú vísað til dómaframkvæmdar Mannréttindadómstólsins á völdum sviðum þar sem reynt hefur á rétt manna til ákvarðanatöku um eigið líf. Þar sem ómögulegt er að gera

¹³⁸ Sjá mgr. 84, 85 og 86.

¹³⁹ Sjá sérálit dómarans Mr. R. Maruste.

¹⁴⁰ Henricus J. Snijders: „Privacy of contract“, bls. 108.

grein fyrir öllum þeim sviðum þar sem reynt getur á sjálfsákvörðunarrétt manna var valin sú leið að takmarka umfjöllunina við valin álitafni sem að mati höfundar varða mjög persónuleg málefni einstaklinga.¹⁴¹ Þá verður einnig gerð grein fyrir þeim skilyrðum sem verða að vera uppfyllt til að takmarka megi sjálfsákvörðunarrétt manna samkvæmt 8. gr. MSE og þeim jákvæðu skyldum sem ríki þurfa að uppfylla til að tryggja að réttindin sem greinin verndar verði virk í raun.

5.2 Réttur sérhvers manns til að ráða nafni sínu

Mikilvægur þáttur í einkalífi sérhvers manns eru auðkenni hans og sjálfsmynd og það sem einkennir hann sem persónu (e. *personal identity*) gagnvart umhverfi sínu og öðrum í samfélaginu. Undir þetta fellur meðal annars réttur manna til að ráða nafni sínu, útliti, klæðnaði og kynímynd.¹⁴² Á meðan einstaklingnum er nánast algjörlega frjálst að stjórna sumum þessara þátta án takmarkana, eins og við getur átt um rétt hans til að ráða útliti sínu og klæðnaði, er öðrum þáttum, eins og rétti manna til að ráða nafni sínu, oft stjórnað með fyrirmælum í lögum.¹⁴³ Því er hins vegar misjafnlega farið að hvaða marki aðildarríkin hafa sett reglur um nafnaskráningu og heimildir einstaklinga til að breyta skráningu á nafni.¹⁴⁴

Í sumum alþjóðasamningum er sérstaklega vikið að nöfnum og réttindum tengdum þeim. Þetta á til dæmis við um 2. mgr. 24. gr. SBSR og 7. og 8. gr. Barnasáttmálans. Í þessum ákvæðum er mælt fyrir um skyldu aðildarríkjanna til að skrá börn þegar eftir fæðingu og að þau skuli bera nöfn. Hvergi er þó vikið að nöfnum í Mannréttindasáttmála Evrópu og ekki hefur reynt á það fyrir Mannréttindadómstólnum hvort 8. gr. MSE feli í sér skyldu til að tryggja að börn beri nafn. Þrátt fyrir það hafa bæði Mannréttindanefnd og Mannréttindadómstóll Evrópu slegið föstu að nöfn manna falla undir vernd 8. gr. MSE, sbr. til dæmis dóm *MDE, Bensaid gegn Bretlandi*, 6. febrúar 2001 (44599/98).¹⁴⁵

Í dómi *MDE, Burghartz gegn Sviss*, 22. febrúar 1994 (16213/90) voru kærendur svissnesk hjón sem höfðu gift sig í Þýskalandi. Tóku þau í kjölfarið ákvörðun um að taka upp fjölskyldunafnið, Burghartz, og gekk það eftir á grundvelli þýskra laga. Þegar hjónin sneru síðar aftur til Sviss sóttu þau um að halda nafninu áfram sem fjölskyldunafni en jafnframt sótti maðurinn um að fá að nota fyrrum eftirnafn sitt, Schnyder, á undan sameiginlega fjölskyldunafninu. Svissnesk stjórnvöld höfnuðu umsókn eiginmannsins á grundvelli

¹⁴¹ Þess má til dæmis geta að jafnvel skylduáðild að lífeyrissjóðum hefur verið talin fela í sér skerðingu á sjálfsákvörðunarrétti, sbr. sératkvæði Péturs Kr. Hafstein í *Hrd*. 1996, bls. 2584.

¹⁴² Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 295.

¹⁴³ David J. Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 366.

¹⁴⁴ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 296.

¹⁴⁵ Sjá mgr. 47.

svissneskra laga sem hins vegar kváðu á um að eiginkonum væri heimilt að nota fyrrum eftirnafn sitt á undan sameiginlegu fjölskyldunafni. Töldu hjónin að með þessu hefði svissneska ríkið brotið gegn réttindum eiginmannsins samkvæmt 8. gr. MSE, sbr. einnig 14. gr. sáttmálans. Mannréttindadómstóllinn tók fram að auðkenni manna á borð við nöfn væru þáttur í einkalífi sérhvers manns sem nyti verndar 8. gr. sáttmálans. Þrátt fyrir það gæti ríkið haft gildar ástæður fyrir því að takmarka með reglusetningu rétt manna til að nota ákveðin nöfn.¹⁴⁶ Skorður á rétti manna til að ráða nafni sínu yrðu hins vegar að byggjast á hlutlægum og málefnalegum forsendum og mættu ekki fela í sér mismunun á grundvelli kynferðis eða annarra atriða sem talin væru upp í 14. gr. sáttmálans. Í þessu tiltekna máli taldi dómstóllinn að svissneska ríkinu hefði ekki tekist að sýna fram á að réttlæt看legt væri að hafa mismunandi reglur um rétt karla og kvenna til eftirnafna að þessu leyti. Taldi dómstóllinn því að svissneska ríkið hefði brotið gegn ákvæðum 8. gr. MSE, sbr. 14. gr. sáttmálans.¹⁴⁷

Í öðru máli *MDE, Stjerne gegn Finnlandi, 25. nóvember 1994 (18131/91)* kærði finnskur ríkisborgari þá ákvörðun finnskra yfirvalda að neita kæranda um að breyta eftirnafni sínu, Stjerne, í Tavaststjerna. Af þessu tilefni tók Mannréttindadómstóllinn sérstaklega til skoðunar hvort um takmörkun á rétti kæranda samkvæmt 8. gr. sáttmálans hefði verið að ræða. Komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að neitun finnskra yfirvalda á því að leyfa kæranda að breyta eftirnafni sínu þyrfti ekki endilega að leiða til þess að um afskipti af einkalífi hans væri að ræða, eins og hins vegar myndi gilda um það tilvik ef yfirvöld hefðu lagt á kæranda að breyta eftirnafni sínu. Þrátt fyrir þá niðurstöðu gæti samt sem áður legið jákvæð skylda á ríkinu að virða einkalíf kæranda að þessu leyti. Benti dómstóllinn á að þrátt fyrir aukna notkun kennitalna í Finnlandi sem og í öðrum aðildarríkjum sáttmálans gegndu nöfn manna samt sem áður mikilvægu hlutverki sem auðkenni. Með því að viðurkenna þannig að eðlilegar ástæður gætu legið að baki því að menn óskuðu eftir að fá nafni sínu breytt viðurkenndi dómstóllinn samt sem áður að takmarkanir í lögum á slíkum möguleika manna gætu verið réttlæt看legar. Þannig væru til að mynda almannahagsmunir tengdir því að almannaskráning í þjóðskrá væri áreiðanleg og því mætti setja nafnabreytingum ákveðnar skorður. Þar sem lítill sameiginlegur grunnur væri hins vegar um takmarkanir af þessu tagi í aðildarríkjum sáttmálans yrði að játa ríkjum vilt svigrúm til mats í þessum efnum.¹⁴⁸ Í ljósi þess að kæranda hafði staðið til boða að taka upp önnur nöfn en nafnið Tavaststjerna og þar sem dómstóllinn taldi finnska ríkið hafa verið innan þess svigrúms sem ríkjum væri almennt játað til mats í þessum efnum var

¹⁴⁶ Sjá mgr. 24.

¹⁴⁷ Sjá mgr. 26-29.

¹⁴⁸ Sjá mgr. 38 og 39.

niðurstaðan sú að finnska ríkið hefði ekki haft afskipti af þeim réttindum sem kæranda væru tryggð í 8. gr. sáttmálans.¹⁴⁹

Þá má nefna að réttur foreldra til að velja barni sínu nafn telst einnig falla undir einkalíf þeirra samkvæmt 1. mgr. 8. gr. MSE, sbr. dóm *MDE, Johansson gegn Finnlandi*, 6. september 2007 (10163/02). Dómstóllinn taldi hins vegar að takmarka mætti slíkan rétt vegna hagsmuna barnsins.¹⁵⁰ Þar sem nafnið sem þeim var neitað um að skrá var hins vegar hvorki talið afkárlegt né óviðeigandi og vel hægt að bera það fram á finnsku var ástæða neitunarinnar, að nafnið samræmdest ekki finnskum nafnavenjum, ekki talin hvíla á lögmætum grunni.¹⁵¹

Í dómi *MDE, Daróczy gegn Ungverjalandi*, 1. júlí 2008 (44378/05) var hins vegar um það að ræða að ungversk yfirvöld höfðu lagt á kæranda að breyta nafni sínu. Aðdraganda málsins var að rekja til þess að í framhaldi af hjúskaparstofnun kæranda og maka hennar árið 1950 hafði kærandi tekið upp nafnið, Tiborné Daróczy, eftir eiginmanni sínum, Tibor Ipoly Daróczy. Samkvæmt ungverskum lögum sem voru í gildi á þessum tíma var konum hins vegar einungis heimilt að taka upp fullt nafn eiginmannsins. Samkvæmt lögnum hefði kærandi því réttilega átt að taka upp nafnið, Tibor Ipolyné Daróczy. Við hjúskaparstofnunina var því ekki veitt eftirtekt að nafnið samræmdest ekki gildandi lögum og var nafnið, Tiborné Daróczy, því skráð á hjúskaparvottorðið. Árið 1984 var hins vegar nafnið, Tibor Ipolyné Daróczy, skráð hjá skráningarstofu ríkisins í samræmi við lögin en kærandi sótti um að fá að halda nafninu sem upphaflega hafði verið skráð á hjúskaparvottorðið. Beiðni hennar var hafnað. Taldi kærandi að með synjuninni hefði ungverska ríkið brotið gegn friðhelgi einkalífs hennar samkvæmt 8. gr. MSE og kærði málið til Mannréttindadómstólsins.¹⁵² Af þessu tilefni lagði dómstóllinn áherslu á að jafnvel þótt aðildarríkjunum væri veitt vítt svigrúm til mats um hvernig reglusetningu mannanafna væri háttáð mættu þau samt sem áður ekki virða að vettugi mikilvægi mannanafna í lífi sérhvers manns. Allar takmarkanir á rétti manna til að bera eða breyta nafni sínu án réttlætanagera og viðeigandi ástæðna væru ekki í samræmi við markmið 8. gr. sáttmálans. Markmið greinarinnar væri að vernda sjálfsákvörðunarrétt einstaklingsins og persónulegan þroska hans. Gætu formlegar tilvísanir til lögmætra markmiða á borð við þá sem uppi var í málinu, að tryggja áreiðanleika upplýsinga í skráningarstofu ríkisins, ekki réttlætt takmarkanir á þessum rétti nema sýnt væri fram á að hagsmunir annarra krefðust

¹⁴⁹ Sjá mgr. 44 og 45.

¹⁵⁰ Sjá mgr. 33 og 36.

¹⁵¹ Sjá mgr. 38 og 39.

¹⁵² Sjá mgr. 7-13.

þess.¹⁵³ Þar sem ungverska ríkinu hafði ekki tekist að sýna fram á að slíkir hagsmunir væru til staðar sem stæðu framar hagsmunum kæranda af því að heita því nafni sem hún hafði borið í yfir fimmtíu ár var fallist á það með kæranda að brotið hefði verið gegn sjálfsákvörðunarrétti hennar samkvæmt 8. gr. sáttmálans þegar lögð var sú skylda á hana að breyta nafni sínu.¹⁵⁴

Um reglusetningu mannanafna í íslenskum rétti gilda í dag lög um mannanöfn nr. 45/1996. Í frumvarpi til laganna var tekið fram að brýnt væri að vinna að varðveislu íslenska mannanafnafordans og íslenskra nafnasiða en að yfirleitt væri þó farsælla að vinna að því markmiði með fræðslu og áróðri en með lögboði. Var á það bent að nafn manns væri einn mikilvægasti þáttur sjálfsímyndar hans og varðaði fyrst og fremst einkahagi hans sjálfs fremur en almannahag. Að sama skapi væri réttur foreldra til að velja börnum sínum nafn ríkur og réttur löggjafans til afskipta af nafnagjöfum að sama skapi takmarkaður. Þó væru sumir nafnasiðir, eins og íslenski kenninafnasiðurinn,¹⁵⁵ þess eðlis að þeir snertu ekki síður veigamikla hagsmuni samfélagsins en einkahagi manna og af þeim sökum væri réttur löggjafans til afskipta af þeim rýmri. Þá var bent á að í gildistíð eldri laga um mannanöfn nr. 37/1991 hefði 2. gr. þeirra laga sætt harðri gagnrýni fyrir þær sakir að með henni hefði í fyrsta sinn verið tekið alveg fyrir að ný tökunöfn næðu að skjóta rótum hér á landi auk þess sem ekki hefði verið kveðið á um heimild fyrir millinöfnum í greininni. Eitt þeirra markmiða sem stefnt var að með nýju lögunum var þar af leiðandi að auka frelsi í nafngiftum frá því sem heimilt hafði verið, einkum með því að heimila aðlöguð erlend nöfn þótt þau hefðu ekki áunnið sér hefð í íslensku máli og með því að heimila millinöfn.¹⁵⁶ Þrátt fyrir að veigamiklar breytingar hafi verið gerðar á eldra fyrirkomulagi með tilkomu nógildandi laga um mannanöfn mæla lögin þó enn fyrir um veigamiklar takmarkanir á frjálsræði manna í nafngiftum. Mönnum er til að mynda einungis heimilt að bera þrjú eiginnöfn, sbr. 1. mgr. 4. gr. og eitt millinafn, sbr. 1. mgr. 6. gr. og mega eiginnöfn og millinafn aldrei vera fleiri en þrjú samtals, sbr. 2. mgr. 1. gr. Auk þess eru nöfn sem einungis hafa áunnið sér hefð sem eiginnöfn karla eða kvenna ekki heimil sem millinöfn, sbr. 2. mgr. 6. gr., nema í undantekningartilvikum, sbr. 3. mgr. sömu greinar. Þá skulu eiginnöfn geta tekið íslenska eignarfallsendingu eða hafa áunnið sér hefð í íslensku máli og mega ekki brjóta í bága við íslenskt málkerfi eða vera ritað á annan hátt en samræmist ritreglum íslensks máls, nema hefð sé fyrir öðrum rithætti, sbr. 1. mgr. 5. gr. Þar að auki er óheimilt að taka upp nýtt ættarnafn hér á landi, sbr. 7. mgr. 8. gr. og íslenskum ríkisborgara er ekki heldur heimilt að taka sér

¹⁵³ Sjá mgr. 26 og 32.

¹⁵⁴ Sjá mgr. 33-35.

¹⁵⁵ Samkvæmt 8. gr. laganna eru kenninöfn tvenns konar, föður- og móðurnöfn og ættarnöfn.

¹⁵⁶ Alþt. 1995-96, A-deild, bls. 668-669.

ættarnafn maka síns, sbr. 1. mgr. 9. gr. Að lokum má svo geta þess að takmarkanir eru á því hversu oft menn geta breytt nafni sínu þar sem 17. gr. laganna mælir fyrir um að nafnabreytingar séu einungis heimilaðar einu sinni nema sérstaklega standi á.

Í 1. tölul. 1. mgr. 22. gr. er mælt fyrir um að sérstök nefnd, mannanafnanefnd, skuli semja skrá um þau eiginnöfn og millinöfn sem heimil skulu teljast samkvæmt 5. og 6. gr. og er nefndinni meðal annars falið það hlutverk að skera úr álita- eða ágreiningsefnum sem upp kunna að koma um nafngjafir og nafnritun, sbr. 3. tölul. 1. mgr. sömu greinar. Komi upp sú staða að eiginnafn eða millinafn er ekki á mannanafnaskrá skal vísa málinu til mannanafnanefndar, sbr. 3. gr. og 4. mgr. 8. gr. og kveður nefndin upp úrskurði í þeim málum, sbr. 23. gr.

Af því sem nú hefur verið rakið sést að nógildandi lög um mannanöfn mæla enn fyrir um veigamiklar takmarkanir á frjálstræði manna til nafngifta sem virðast flestar stefna að því markmiði að varðveita íslenska mannanafnaforðann og íslenska nafnasiði. Eflaust þykir flestum sem annt er um íslenska tungu slík markmið göfug en í ljósi þess að nafn manns er talið til mikilvægustu þátta sjálfsímyndar hans verður þó að telja fremur athyglisvert að ekki reyni meira á ágreiningsmál varðandi takmarkanir á nafngiftum manna fyrir íslenskum dómstólum en raun ber vitni.

5.3 Réttur sérhvers manns til að ráða útliti sínu og klæðnaði

Þrátt fyrir að það leiði af sjálfsákvörðunarrétti sérhvers manns samkvæmt 8. gr. MSE að honum sé frjálst að ráða útliti sínu og klæðnaði leiðir það af 2. og 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 8. gr. MSE að slíkum rétti er hægt að setja takmörk. Sem endranær verða slíkar takmarkanir að byggja á lögum, vera nauðsynlegar, stefna að lögmætum markmiðum og uppfylla skilyrðið um meðalhóf. Sjaldgæft er að reyni á slíkar takmarkanir á sjálfsákvörðunarrétti manna en þó má geta tveggja ákvarðana Mannréttindanefndar Evrópu.

Í ákv. MNE, *McFeeley gegn Bretlandi*, 15. maí 1980 (8317/78) tók Mannréttindanefndin að eigin frumkvæði (ex officio) fyrir athugun á því hvort tilteknar reglur fangelsisyrvalda, sem áskildu að fangar klæddust sérstökum fangabúningum, gætu talist afskipti af friðhelgi einkalífs fanganna samkvæmt 8. gr. MSE. Um þetta segir í ákvörðuninni:

Mannréttindanefndin telur að slíkur áskilnaður teljist til afskipta af friðhelgi einkalífs samkvæmt 1. mgr. 8. gr. Á hinn bóginn veitir hún því athygli að tilgangurinn með fangabúningunum er sá að auðvelda fangelsisyrvöldum að bera kennsl á fangana, meðal annars til að koma í veg fyrir að þeir flyi eða til að auðvelda að þeim verði náð í kjölfar flóttu. Í öðru lagi gegnir búningurinn því hlutverki að auðvelda fangelsisyrvöldum að greina á milli fangasamfélagsins og gesta sem

klæðast venjulegum fatnaði. Mælt er fyrir um áskilnaðinn um að fangar klæðist fangabúningi í reglum fangelsisyrvalda. Fellst Mannréttindanefndin því á að takmörkunin uppfylli skilyrði 2. mgr. 8. gr. sáttmálans um að vera „nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi til að tryggja þjóðaröryggi... og firra glæpum“.¹⁵⁷

Í ákv. MNE, *Sutter gegn Sviss*, 1. mars 1979 (8209/78) voru tildrög málsins með þeim hætti að kærandi, sem var svissneskur ríkisborgari, hafði ítrekað neitað að klippa hár sitt með þeim hætti sem áskilið var í reglum svissnesku herþjónustunnar á meðan hann gegndi herþjónustu. Var honum í framhaldinu gert að sæta agaviðurlögum. Hélt kærandi því fram fyrir Mannréttindanefndinni að með þessu hefði verið brotið gegn friðhelgi einkalífs hans samkvæmt 8. gr. MSE þar sem reglurnar hefðu það í för með sér að honum væri ókleift að haga hári sínu eftir eigin smekk. Hefði það óneitanlega áhrif á rétt kæranda til að tjá eigin persónuleika. Um þetta sagði Mannréttindanefndin:

Að því leyti sem ákvæði svissnesku herþjónustureglanna eru réttilega taldar fela í sér afskipti af friðhelgi einkalífs kæranda telur nefndin hins vegar að þessi afskipti séu réttlæt看leg á grundvelli 2. mgr. 8. gr. Mælt var fyrir um regluna í lögum og má fallast á að hún hafi verið nauðsynleg til að tryggja heilsuvernd með því að stuðla að hreinlæti.

Að sama skapi geta önnur ákvæði Mannréttinasáttmálans réttlætt takmarkanir á rétti manna til að ráða útliti sínu og klæðnaði. Sem dæmi af þessu tagi má nefna dóm *MDE, Leyla Sahin gegn Tyrklandi*, 10. nóvember 2005 (44774/98). Kærandi í málinu var múslímskrar trúar og hafði hulið hár sitt með íslamskri höfuðslæðu samfleytt í fjögur ár meðan hún stundaði nám í læknisfræði við Háskólann í Bursa. Á fimmta ári námsins hafði hún hins vegar fengið inngöngu í Háskólann í Istanbúl. Eftir að kærandi hafði hafið nám við þann skóla voru gefnar út skólareglur sem bönnuðu íslamskar höfuðslæður á fyrirlestrum og í kennslustundum. Var kæranda í kjölfarið meinað að taka munnlegt próf þar sem hún hafði ekki hlýtt reglunum og mætt í prófið með höfuðslæðu. Fyrir Mannréttindadómstólnum taldi kærandi að með þessu hefði meðal annars verið brotið gegn hugsana-, samvisku- og trúfrelsi hennar samkvæmt 9. gr. MSE.¹⁵⁸ Mannréttindadómstóllinn taldi hins vegar að tyrkneska ríkið hefði verið innan þeirra leyfilegu takmarkana sem mælt er fyrir um í 2. mgr. 9. gr. Nauðsynlegt væri að taka tillit til sanngjarns jafnvægis milli þeirra hagsmuna sem uppi voru í málinu, það er að segja réttar og frelsis annarra, allsherjarreglu, fjölhyggju og þess að forðast óróa.¹⁵⁹ Þá taldi dómstóllinn að með tilliti til meginreglna tyrkneska ríkisins um að ríkið byggði ekki á trú, meginreglunnar um jafnrétti karla og kvenna og áhrif slæðuburðar á aðrar konur í skólanum að bannið við því

¹⁵⁷ Sjá mgr. 83.

¹⁵⁸ Sjá mgr. 14-28 og 70.

¹⁵⁹ Sjá mgr. 110.

að konur bæru slæður í háskólanum í Istanbúl væri nauðsynlegt í lýðræðisþjóðfélagi til verndar allsherjarreglu og réttar og frelsis annarra.¹⁶⁰ Með hliðsjón af þessu og því rúma svigrúmi sem aðildarríkjum sáttmálans væri almennt játað til mats um leiðir sem þau velja til að uppfylla skyldur sínar samkvæmt sáttmálanum taldi Mannréttindadómstóllinn að tyrkneska ríkið hefði uppfyllt skilyrði 2. mgr. 9. gr. fyrir leyfilegum takmörkunum á hugsana-, samvisku- og trúfrelsi manna.¹⁶¹

Þess má geta að svipuð sjónarmið eiga við um beitingu þeirra takmarkana sem getið er í 2. mgr. 9. gr. og sambærilegra málsgreina 8., 10. og 11. gr. sáttmálans og er oft leitað til framkvæmdar dómstólsins varðandi þær til leiðbeiningar um hvernig beita skuli 2. mgr. 9. gr.¹⁶² Þá er einnig ljóst að dómstóllinn hefur játað aðildarríkjunum vítt svigrúm til mats við beitingu 2. mgr. 9. gr. líkt og dómstóllinn hefur játað ríkjunum við beitingu 2. mgr. 8. gr. sáttmálans.¹⁶³

5.4 Réttarvernd kynímyndar

Álitaefni varðandi skyldu ríkja til að viðurkenna með opinberri skráningu breytt kyn þeirra einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerð hafa komið til úrlausnar hjá eftirlitsstofnunum Mannréttindasáttmálans í þó nokkrum fjölda mála. Framan af veitti Mannréttindadómstóllinn aðildarríkjunum vítt svigrúm til mats um val á leiðum til að bregðast við slíkum aðstæðum og vísaði í því sambandi til þess að engar samræmdar reglur giltu í aðildarríkjunum um skráningu einstaklinga sem skipt höfðu um kyn og að löggjöf þeirra á þessu sviði væri enn í mótun.¹⁶⁴

Einn fyrsti stefnumarkandi dómurinn af þessum meiði er dómur *MDE, Rees gegn Bretlandi, 17. október 1986 (9532/81)* en í honum var einmitt fjallað um hversu langt athafnaskylda ríkja næði til þess að tryggja réttindi þeirra einstaklinga sem breytt höfðu um kyn. Var atvikum í málinu svo háttáð að kærandi sem fæðst hafði kvenkyns hafði gengist undir aðgerð sem breytti kyni hans í karlkyn. Hélt kærandi því meðal annars fram að breska ríkið hefði brotið gegn rétti hans samkvæmt 8. gr. MSE þegar honum var synjað um að breyta skráningu á fæðingarvottorði sínu sem bar með sér að kærandi væri af kvenkyni. Mannréttindadómstóllinn var hins vegar ekki á sama máli og kærandi og vísaði til þess að

¹⁶⁰ Sjá mgr. 107, 108, 114 og 116.

¹⁶¹ Sjá mgr. 122 og 123.

¹⁶² Ragnhildur Helgadóttir: „Hugsana-, samvisku- og trúfrelsi, bls. 352.

¹⁶³ Sjá ummæli í dómi *MDE, Leyla Sahin gegn Tyrklandi, 10. nóvember 2005 (44774/98)*, mgr. 109: „Þar sem um er að ræða spurningar varðandi samband ríkis og trúarbragða, en um það geta verið mjög skiptar skoðanir í lýðræðisríkjum, verður að gefa hlutverki löggjafans sérstakan gaum.“

¹⁶⁴ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 295-296.

bresk yfirvöld hefðu uppfyllt skyldur sínar um að tryggja réttindi kæranda samkvæmt 8. gr. sáttmálans þar sem þau hefðu þegar brugðist við með því að breyta skráningu á kyni kæranda að öðru leyti. Með þessu var dómstóllinn að vísa til þess að skráningu hafði þegar verið breytt í vegabréfi og öðrum opinberum skilríkjum sem kæranda voru nauðsynleg í daglegum samskiptum. Með þessum rökum taldi dómstóllinn að breska ríkið hefði verið innan þess svigrúms sem ríkjum væri almennt játað til mats í þessum efnum og hefði þar af leiðandi ekki verið brotið gegn rétti kæranda samkvæmt 8. gr. sáttmálans.¹⁶⁵

Niðurstaða Mannréttindadómstólsins varð hins vegar önnur í máli *MDE, B. gegn Frakklandi*, 25. mars 1992 (13343/87). Í málinu laut kæruefnið að því hvort franska ríkið hefði brotið gegn rétti kæranda samkvæmt 8. gr. sáttmálans með því að neita honum um breytta opinbera skráningu á kynferði. Í þessu tiltekna máli höfðu stjórnvöld alfarið neitað að koma á nokkurn hátt til móts við breyttar aðstæður kæranda með því að skrá breytt kyn í opinberum skrá og skilríkjum á borð við vegabréf hans. Var það mat dómstólsins að jafnvel þótt aðildarríkjunum væri játað vítt svigrúm til mats um leiðir til að tryggja réttindi á þessu sviði væri alveg ljóst að franska ríkið hefði ekki virt rétt kæranda til friðhelgi einkalífs þegar ríkið neitaði alfarið að bregðast við breyttum högum hans. Komst dómstóllinn þar með að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr. Mannréttinasáttmálans.¹⁶⁶

Dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins hefur í seinni tíð stefnt í þá átt að minnka svigrúm ríkja á þessu sviði og auka skyldur aðildarríkja sáttmálans til að viðurkenna að fullu breytt kyn einstaklinga í allri opinberri skráningu.¹⁶⁷ Farið verður yfir fleiri stefnumarkandi dóma á þessu sviði í kafla 5.6.2 þar sem umfjölluninni verður sérstaklega beint að rétti einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerðir til að ganga í hjónaband og skyldu aðildarríkjanna til að virða og tryggja þennan rétt manna samkvæmt 12. gr. sáttmálans.

5.5 Réttarvernd kynfrelsis og kynferðissambanda

Í íslenskri dómaframkvæmd hefur lítið borið á því að dómstólar skírskoti til hugtaksins *sjálfsákvörðunarréttar* sem þáttar í friðhelgi einkalífs. Engu að síður hefur hugtakinu brugðið fyrir í dómaframkvæmd án slíkrar tengingar. Má í því sambandi vísa til dómsniðurstöðu *Hérd. Rvk. 22. júní 2009 (S-299/2009)* þar sem komist var svo að orði að ákærði hefði brotið gegn sjálfsákvörðunarrétti brotaþola með því að hafa við hana kynferðismök. Hvað varðar tilvísun til sjálfsákvörðunarréttar brotaþola í kynferðisafbrotamálum hafa íslenskir dómstólar

¹⁶⁵ Sjá mgr. 35, 42, 44, 46 og 47.

¹⁶⁶ Sjá mgr. 56-63.

¹⁶⁷ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 296.

þó einnig vísað til þess að brotið hafi verið gegn *kynfrelsi* brotaþola. Í kynfrelsinu, sem tengist réttinum til frelsis og mannhelgi og til að ráða yfir eigin líkama, felst í raun réttur einstaklingsins til að velja og hafna kynferðislegu samneyti.¹⁶⁸ Mætti því skilgreina kynfrelsi manna sem kynferðislegan sjálfsákvörðunarrétt.¹⁶⁹ Í þessu sambandi má vísa til *Hrd. 2005, bls. 3465 (49/2005)*. Í málinu krafðist kona skaðabóta á grundvelli þess að brotið hefði verið gegn kynfrelsi hennar. Til stuðnings bótakröfunni vísaði hún meðal annars til 71. gr. stjórnarskrárinnar, 17. gr. SBSR og 8. gr. MSE. Fallist var á að með því að hafa samfarir við konuna gegn vilja hennar hefði verið brotið gegn frelsi hennar og persónu og voru henni því dæmdar miskabætur á grundvelli b-liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993. Af þessum dómi má ráða að það fer ekki á milli mála að íslenskir dómstólar viðurkenna kynferðislegan sjálfsákvörðunarrétt manna sem mikilvægan þátt í einkalífi þeirra samkvæmt 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. MSE.¹⁷⁰

Á grundvelli reynslu sinnar hafa konur skilgreint nauðgun sem kynferðisofbeldi karla þar sem sjálfsákvörðunarréttur kvenna er virtur að vettugi og réttur þeirra til sjálfstjórnar er brotinn á bak aftur.¹⁷¹ Af 194. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hgl.) er þó alveg ljóst að ákvæðið verndar ekki einungis kynfrelsi kvenna heldur einnig karla. Þá hefur Mannréttindadómstóll Evrópu einnig vísað til þess að nauðgun brjóti gegn sjálfsákvörðunarrétti manna sem njóti verndar 8. gr. MSE um friðhelgi einkalífs, sbr. ummæli í dómi *MDE, M.C. gegn Búlgaríu, 4. desember 2003 (39272/98)*.¹⁷² Það ber þó að hafa í huga að kynferðisofbeldi getur birst í mismunandi formi en það sem slík brot eiga öll sameiginlegt er að kynferðislegum athöfnum er beitt gegn vilja þess sem fyrir ofbeldinu verður og veldur skaða.¹⁷³ Af því leiðir að það er ekki einungis nauðgun sem brotið getur gegn kynfrelsi manna heldur geta ýmsar aðrar athafnir fallið hér undir.

Eins og fjallað verður um síðar varðandi jákvæðar skyldur aðildarríkja Mannréttinasáttmálans til að tryggja að einkalíf manna njóti verndar hvílir sú skylda á ríkjunum að setja lagaákvæði sem lýsa brot á kynfrelsi manna refsiverð. Í þessu tilliti ber ríkjunum að taka sérstakt tillit til hagsmuna barna og ungmenna sem og annarra einstaklinga

¹⁶⁸ Atli Gíslason og Jóhanna Katrín Magnúsdóttir: „Réttarvernd kynfrelsis“, bls. 23. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 288.

¹⁶⁹ Stephen J. Schulhofer: *Unwanted Sex*, bls. 99.

¹⁷⁰ Einnig má geta *Hrd. 2002, bls. 1627 (52/2002)* þar sem þó var ekki sérstaklega byggt á 71. gr. stjórnarskrárinnar né fyrrgreindum ákvæðum MSE og SBSR. Vísaði dómurinn til þess að ákærði hefði brotið gegn kynfrelsi brotaþola með því að eiga við hana kynferðismök.

¹⁷¹ Guðrún Sigríður Jónsdóttir: *Nauðganir*, bls. 8.

¹⁷² Sjá mgr. 166. Þá segir í séráliti dómarans Mrs. F. Tulkens að nauðgun brjóti ekki einungis gegn 3. gr. MSE heldur einnig gegn sjálfræðisrétti manna samkvæmt 8. gr. sáttmálans.

¹⁷³ Guðrún Sigríður Jónsdóttir: *Nauðgun*, bls. 4.

sem eru í viðkvæmri stöðu og þarfnast sérstakrar verndar fyrir kynferðislegri misnotkun, sbr. til dæmis ákvæði 200.-202. gr., sbr. 204. gr. hgl. sem stefna sérstaklega að réttarvernd barna.¹⁷⁴ Í þessu sambandi má víkja að fyrrnefndum dómi *M.C. gegn Búlgaríu* þar sem Mannréttindadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að búlgarska ríkið hefði brotið gegn jákvæðum skyldum sínum samkvæmt 3. og 8. gr. Mannréttinasáttmálans með því að tryggja ekki að landslög í Búlgaríu og framkvæmd þeirra veittu næga vernd gegn nauðgunum og kynferðislegri misnotkun.¹⁷⁵

Í íslenskum rétti hefur ákvæðum af þessu tagi verið fundinn staður í XXII. kafla hgl. en þau eiga það sameiginlegt að varða á einhvern hátt kynlíf fólks og veita athafnafrelsi á því sviði vernd. Sumum ákvæðanna er ætlað að vernda kynfrelsi fólks almennt á meðan önnur stefna að því að vernda kynfrelsi þeirra sem á einhvern hátt eru í veikri stöðu og þarfnast sérstakrar verndar. Þeir einstaklingar sem svo er ástatt um þarfnast slíkrar verndar, hvort sem það er vegna ungs aldurs, andlegs sjúkleika eða þess að þeir eru öðrum háðir. Þá miða sum ákvæðanna að því að veita vernd gegn persónulegri og fjárhagslegri hagnýtingu og vernda almenna þjóðfélagshagsmuni. Enn önnur byggjast á viðteknum siðferðis- og siðgæðissjónarmiðum og eiga að vernda tilfinningar fólks, auk almennra þjóðfélagshagsmuna og miða því ekki beint að því að vernda tiltekna einstaklinga. Ákvæðum kaflans er samkvæmt þessu skipt upp í mismunandi flokka í samræmi við hefðbundin sjónarmið um þá hagsmuni sem þeim er ætlað að vernda. Rétt er þó að áréttá að sameiginlegt meginmarkmið þeirra allra er að vernda kynfrelsið, sjálfsákvörðunarrétt, frelsi og friðhelgi einstaklingsins á sviði kynlífsins.¹⁷⁶

Þá stefna ýmsar alþjóðaskuldbindingar að því að vinna gegn kynferðisbrotum og vernda kynfrelsi manna. Má þar fyrst nefna Barnasáttmálann frá árinu 1989, sem fyrr var vikið að, ásamt valfrjálsri bókun við hann um sölu á börnum, barnavændi og barnaklámi frá 2000 og Samning Sameinuðu þjóðanna um afnám allrar mismununar gagnvart konum frá 1979.¹⁷⁷ Frá vettvangi Sameinuðu þjóðanna má einnig nefna yfirlýsingu Allsherjarþingsins um afnám ofbeldis gagnvart konum¹⁷⁸ auk þess sem Evrópuráðið hefur hvatt ríki þess að tryggja næga vernd gegn kynferðisbrotum í löggjöf. Þá var samþykkt yfirlýsing um aðferðir til að berjast gegn ofbeldi gegn konum í Evrópu og ályktun um nauðgun og kynferðislega misnotkun kvenna á þriðja evrópska ráðherrafundinum um jafnrétti kvenna og karla sem haldinn var í

¹⁷⁴ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 293. Sjá einnig ummæli í dómi *MDE, M.C. gegn Búlgaríu*, 4. desember 2003 (39272/98), mgr. 149-151, 153 og 166.

¹⁷⁵ Dómur *MDE, M.C. gegn Búlgaríu*, mgr. 178 og 185-187.

¹⁷⁶ Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 519.

¹⁷⁷ Sbr. Stjórnartíðindi C-deild, nr. 4/2001.

¹⁷⁸ Yfirlýsing Allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna nr. 48/104 frá 20. desember 1993.

Róm 21.-22. október árið 1993.¹⁷⁹ Þar kemur fram að hvers kyns kynferðisleg háttsemi gagnvart þeim sem er háttseminni ekki samþykkur skuli vera refsiverð og skipti ekki máli þótt þolandinn veiti atlögunni ekki mótspyrnu. Einnig er þar tekið fram að kynferðisleg misnotkun skuli vera refsiverð, einkum fullorðins einstaklings gagnvart barni.¹⁸⁰

Eins og áður hefur verið getið telst réttur manns til að stofna til og þroska sambönd við aðrar manneskjur og þá sérstaklega tilfinningasambönd við aðra þáttur í einkalífi hans. Hið sama á við um kynferðissambönd. Nauðsynlegt er því að löggjöf og aðrar aðgerðir aðildarríkja sem miða að því að takmarka rétt manna til að stofna til eða viðhalda slíkum samböndum uppfylli skilyrði 2. mgr. 8. gr. MSE. Ýmis álitafni hafa sprottið um hvort ríkjum beri að vernda sérstaklega rétt manna til kynferðissambanda og að hvaða marki ríki geti haft afskipti af slíkum samböndum. Hafa slík álitafni einkum reynst raunhæf varðandi sambönd samkynhneigðra einstaklinga en á því sviði eru viðhorf og löggjöf aðildarríkja ólík. Kærur til eftirlitsstofnana sáttmálans tengdar réttindum samkynhneigðra gagnvart gildissviði 8. gr. MSE voru framan af fremur fáar en eftir 1980 fjölgaði slíkum kærum hins vegar töluvert. Í meginatriðum má segja að efni þeirra hafi einkum verið þríþætt. Í fyrsta lagi hafa borist kærur varðandi refsilöggjöf aðildarríkja sem lýsa kynmök samkynhneigðra refsiverð eða áskilja hærri aldur til samþykkis fyrir kynmökum samkynhneigðra heldur en gagnkynhneigðra. Í öðru lagi hafa kærur varðað það álitafni hvort vernd sáttmálans á fjölskyldulífi taki jafnt yfir sambúð samkynhneigðra og gagnkynhneigðra sem og rétt þeirra til að ganga í hjónaband samkvæmt 12. gr. MSE. Þá hafa í þriðja lagi borist kærur varðandi bann við því að samkynhneigðir gegni herþjónustu og brottrekstur samkynhneigðra úr hernum. Þegar skoðaðar eru niðurstöður stofnana sáttmálans í málum á þessu sviði yfir nær þriggja áratuga tímabil sést glögg að þróunin er í þá átt að viðurkenna réttindi samkynhneigðra í ríkari mæli og þrengja að sama skapi svigrúm ríkja til mats varðandi takmarkanir á réttindum þeirra að þessu leyti. Þessi þróun hefur einkum orðið samfara breyttum viðhorfum í aðildarríkjunum og afnámi laga sem mismuna einstaklingum eftir kynhneigð.¹⁸¹

Fyrsta málið sem kom til kasta Mannréttindadómstólsins af þessum toga er dómur *MDE, Dudgeon gegn Bretlandi*, 22. október 1981 (7525/76). Í dóminum sló dómstóllinn því föstu að kynferðislíf manna nyti verndar 8. gr. sáttmálans um friðhelgi einkalífs og væri jafnframt sá þáttur einkalífsins sem væri hvað viðkvæmastur. Þar af leiðandi yrði að gera ríkar kröfur til

¹⁷⁹ Tilmæli Ráðherranefndar Evrópuráðsins frá 3. maí 2002, (Rec. (2002)5) um varnir gegn ofbeldi sem beinist að konum.

¹⁸⁰ Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 519-520.

¹⁸¹ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 297.

þess að takmarkanir á þeim rétti manna byggðu á fullnægjandi réttlætingu.¹⁸² Var talið að löggjöf á Norður-Írlandi sem mælti fyrir um að kynmök samkynhneigðra væri refsiverður verknaður bryti gegn friðhelgi einkalífs kæranda, jafnvel þótt að lögunum hefði ekki verið framfylgt gagnvart honum eða öðrum mönnum.¹⁸³ Taldi dómstóllinn að bann gegn kynmökum samkynhneigðra væri ekki nauðsynlegt til að tryggja siðgæði og vísaði til breyttra viðhorfa í aðildarríkjunum og aukins umburðarlyndis í garð samkynhneigðra í þessum efnum.¹⁸⁴ Af þessu má ráða að dómstóllinn hefur tekið skýra afstöðu til þess að aðildarríkjunum sé óheimilt að leggja refsingu við kynmökum samkynhneigðra. Slík löggjöf brýtur gegn friðhelgi einkalífs og frelsi manna til kynferðislegra athafna samkvæmt 8. gr. MSE.

Þrátt fyrir þessa afstöðu dómstólsins hefur mönnum frá ríkjum þar sem slík lög gilda ekki verið játaður sjálfkrafa réttur til hælís í öðrum aðildarríkjum sáttmálans.¹⁸⁵ Í þessu sambandi má geta niðurstöðu Mannréttindanefndar Evrópu í ákv. *MNE, Z.B. gegn Bretlandi, 10. febrúar 1990 (16106/90)*. Tildrög málsins voru þau að kærandi hafði sótt um hæli í Bretlandi í maí árið 1988 á þeim grundvelli að hann óttaðist málshöfðun í heimalandi sínu, Kýpur, þar sem löggjöf þar í landi lýsti kynmök samkynhneigðra refsiverð. Kærandi hafði þá búið í Bretlandi samfleytt frá því síðla árs 1977 en dvalarleyfi hans hafði runnið út í október árið 1979. Komst Mannréttindanefndin að þeirri niðurstöðu að ákvörðun breskra yfirvalda um að leggja á kæranda að sæta brottvísun til heimalands síns bryti ekki í bága við réttindi hans samkvæmt 8. gr. MSE. Vægi þyngra nauðsyn þess að framfylgja ákvæðum útlendingalöggjafarinnar en kærandi hafði dvalið ólöglega í landinu frá því í október 1979.

Bæði Mannréttindanefndin og Mannréttindadómstóllinn hafa þar að auki komist að þeirri niðurstöðu að lög sem áskilja hærri aldur til samþykkis fyrir kynmökum samkynhneigðra heldur en gagnkynhneigðra feli í sér mismunun og brjóti í bága við 8., sbr. 14. gr. sáttmálans. Í *skýrslu MNE, Sutherland gegn Bretlandi, 1. júlí 1997 (25186/94)* tók nefndin fram að hún félli frá fyrri afstöðu sinni um að hærri kynferðislegur samþykkisaldur samkynhneigðra væri réttlætanlegur á þeim grundvelli að slík refsilöggjöf stefndi að því að vernda réttindi annarra, sbr. *skýrslu MNE, X gegn Bretlandi, 12. október 1978 (7215/75)*. Benti nefndin á að engin málefnaleg rök stæðu til þess að hærri kynferðislegur samþykkisaldur væri áskilinn þegar samkynhneigðir ættu í hlut. Þessa afstöðu Mannréttindanefndarinnar staðfesti Mannréttindadómstóllinn í dómi *MDE, L. og V. gegn Austurríki, 9. janúar 2003 (39392/98)*,

¹⁸² Sjá mgr. 52.

¹⁸³ Sjá mgr. 41 og 63.

¹⁸⁴ Sjá mgr. 60.

¹⁸⁵ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 297-298.

39829/98). Í málinu héldu kærendur því fram að austurrísk löggjöf sem áskildi hærri kynferðislegan samþykkisaldur fyrir kynmökum samkynhneigðra karlmannna heldur en krafist var af gagnkynhneigðum einstaklingum og samkynhneigðum konum bryti í bága við 8., sbr. 14. gr. MSE. Taldi dómstóllinn að ekki hefði verið sýnt fram á neinar röksemdir sem hugsanlega gætu réttlætt þá mismunun sem lögin kváðu á um og hefði breska ríkið því brotið gegn fyrrnefndum ákvæðum sáttmálans.¹⁸⁶

Þá má geta þess að Mannréttindadómstóllinn hefur einnig talið í nokkrum málum gegn breska ríkinu að það brjóti gegn 8. gr. MSE að banna samkynhneigðum að gegna herþjónustu. Í málum *MDE, Lustig-Prean og Beckett gegn Bretlandi*, 27. september 1999 (31417/96, 32377/96) og *MDE, Smith og Grady gegn Bretlandi*, 27. september 1999 (33985/96, 33986/96) höfðu kærendur verið reknir úr breska hernum eftir að hafa sinnt herþjónustu í nokkur ár áfallalaust. Var brottvísunina að rekja til þess að upp komst um samkynhneigð kærenda að undangenginni sérstakri rannsókn á vegum hersins. Bannið við því að samkynhneigðir gegndu herþjónustu var byggt á niðurstöðu skýrslu sem breska varnarmálaráðuneytið hafði látið gera og fjallaði um ýmiss konar neikvæð áhrif af veru samkynhneigðra einstaklinga í hernum, meðal annars á baráttugetu heraflans og siðferðisþrek hermanna. Byggði breska ríkið á því að um nauðsynlega takmörkun væri að ræða sem réttlættist af því markmiði að vernda þjóðaröryggi. Takmörkunin væri því réttlætanagerleg samkvæmt 2. mgr. 8. gr. MSE. Mannréttindadómstóllinn fór ítarlega yfir þær röksemdir sem fram komu í skýrslu breska varnarmálaráðuneytisins og lagði áherslu á að allar takmarkanir á persónulegum þáttum í einkalífi sérhvers einstaklings yrðu að byggjast á sérstaklega þungvægum rökum og afar ríkri nauðsyn.¹⁸⁷ Komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að breska ríkinu hefði ekki tekist að sýna fram á með óyggjandi hætti að samkynhneigðir einstaklingar í herþjónustu gætu haft þau áhrif sem haldið var fram í skýrslunni. Var takmörkunin því ekki talin nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi í skilningi 2. mgr. 8. gr. MSE og var breska ríkið talið hafa brotið gegn 8. gr. sáttmálans með því að víkja kærendum úr hernum á grundvelli hennar.¹⁸⁸

Þó að kynfrelsi og kynferðislíf sérhvers manns njóti verndar 8. gr. MSE hefur Mannréttindadómstóllinn þó tekið fram að þar með sé ekki sagt að allar kynferðislegar athafnir manna njóti verndar. Getu þar augljóslega vegist á aðrir hagsmunir sem krefjast þess

¹⁸⁶ Sjá mgr. 53 og 54.

¹⁸⁷ Dómur *Lustig-Prean og Beckett gegn Bretlandi*, mgr. 65 og 82. Dómur *Smith og Grady gegn Bretlandi*, mgr. 89 og 90.

¹⁸⁸ Dómur *Lustig-Prean og Beckett gegn Bretlandi*, mgr. 103-105. Dómur *Smith og Grady gegn Bretlandi*, mgr. 105 og 110-112.

að aðildarríkin verndi sérstaklega með því að leggja takmarkanir á kynferðislegar athafnir manna. Réttur sérhvers einstaklings til að þurfa ekki að þola afskipti af kynferðislífi sínu er því ekki algerlega takmarkalaus. Þannig geta til að mynda barnaverndarsjónarmið og ráðstafanir sem stefna að því að vernda hagsmuni einstaklinga í viðkvæmri stöðu verið grundvöllur slíkra takmarkana.¹⁸⁹ Að sama skapi hefur verið litið svo á að takmarka megi kynlífsathafnir manna sem fela í sér líkamsmeiðingar og ofbeldi og að heimilt sé að leggja refsingu við slíkum athöfnum, jafnvel þótt um sé að ræða fullorðna einstaklinga sem gefið hafa samþykki sitt fyrir því að þola slíka meðferð. Má um þetta geta dóms *MDE, Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi*, 19. febrúar 1997 (21627/93, 21826/93, 21974/93). Aðdraganda málsins var að rekja til þess að nokkru áður hafði breska lögreglan lagt hald á heimagerð myndbönd sem höfðu að geyma sadó-masókískar kynlífsathafnir hóps karlmanna. Athafnirnar fólust að mestu í barsmíðum og misþyrmingum á kynfærum þátttakenda þar sem meðal annars var notast við heitt vax, sandpappír, nálar og gaddabelti. Þá kom fyrir að þátttakendur voru brennimerktir og veittir slíkir áverkar að þeim blæddi í kjölfarið. Áverkar voru veittir eftir ákveðnum reglum en þó gátu þátttakendur stöðvað misþyrmingarnar á tilteknu dulmáli.¹⁹⁰ Í framhaldi af haldlagningu lögreglu á myndböndunum höfðu bresk yfirvöld gert kærendum að sæta refsingu fyrir þátttöku sína í athöfnunum. Fyrir Mannréttindadómstólnum héldu kærundur því fram að í ljósi þess að allir þátttakendur hefðu verið fullorðnir einstaklingar sem veitt hefðu samþykki sitt fyrir þeirri meðferð sem myndböndin sýndu hefði breska ríkið brotið gegn friðhelgi einkalífs kæranda samkvæmt 8. gr. MSE. Tóku kærundur meðal annars fram að engin alvarleg eða varanleg meiðsli eða sýkingar hefðu hlotist af meðferðinni og yrði því að líta á athafnirnar sem kynferðislega tjáningu en ekki ofbeldi. Þá héldu þeir því fram að takmörkunin hefði ekki verið nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.¹⁹¹ Dómstóllinn féllst hins vegar ekki á röksemdir kæranda. Voru röksemdir hans á þessa leið:

Við mat á því hvort telja beri takmörkunina nauðsynlega í lýðræðislegu þjóðfélagi verður að líta til þess að aðildarríkjunum er játað vítt svigrúm til mats við að meta hvort nauðsyn beri til að takmarka friðhelgi einkalífs manna samkvæmt 8. gr. MSE. Dómstóllinn hefur þó alltaf lokaorðið um það hvort þetta mat aðildarríkjanna sé í samræmi við skuldbindingar sáttmálans. Umfang þess svigrúms sem aðildarríkjunum er játað til mats er þó ekki alltaf hið sama í hverju máli heldur er það breytilegt eftir þeim aðstæðum sem uppi eru hverju sinni. Viðeigandi þættir sem meta þarf í þessu samhengi eru einkum eðli þeirra réttinda sem eru til skoðunar, mikilvægi þeirra fyrir einstaklinginn og eðli þeirrar háttsemi sem við er að etja.¹⁹²

¹⁸⁹ Clare Ovey og Robin C.A. White: *The European Convention on Human Rights*, bls. 222.

¹⁹⁰ Sjá mgr. 8.

¹⁹¹ Sjá mgr. 36, 38 og 39.

¹⁹² Sjá mgr. 42.

Að mati dómstólsins er það óvefengjanlega eitt af hlutverkum aðildarríkisins að leitast við að hafa stjórn á athöfnum manna sem hafa í för með sér þjáningar vegna líkamlegra áverka. Hvort sem athafnirnar sem til skoðunar eru hverju sinni hafi átt sér stað við kynferðislegt athæfi eða ekki.¹⁹³

Það er fyrst og fremst undir aðildarríkinu komið að meta hversu verulegir áverkarnir þurfi að vera til að teljast refsiverðir í þeim tilvikum þegar samþykki þess sem hlaut áverkana liggur fyrir þar sem hér eru andstæðir hagsmunir í húfi. Hér vegast á sjónarmið um að vernda heilsu manna og fyrirbyggja ákveðna háttsemi með refsilöggjöf við sjónarmið um sjálfræðisrétt einstaklingsins.¹⁹⁴

Við mat á því hvort sakfella bæri kærundur í málinu var aðildarríkinu rétt að taka ekki einungis til skoðunar þá áverka sem þátttakendur urðu fyrir við þær athafnir sem áður var lýst heldur einnig mögulega áverka sem hefðu getað hlotist af athöfnunum.¹⁹⁵

Af þessum ummælum dómsins má ráða að mönnum er einfaldlega ekki frjálst að samþykkja beitingu sadó-masókískrar meðferðar á eigin líkama að því marki sem slík meðferð gæti hugsanlega valdið viðkomandi alvarlegum líkamlegum meiðslum í kjölfarið. Ákvörðun breskra yfirvalda um að ákæra kærundur í málinu vegna athafnanna var því að mati dómsins nauðsynleg takmörkun á einkalífi þeirra til verndar heilsu manna, sbr. 2. mgr. 8. gr. MSE.¹⁹⁶

Að lokum má þó geta þess að Mannréttindadómstóllinn hefur á hinn bóginn talið að réttur manna til að stunda óáreiðar kynlífsathafnir sem ekki stofna réttindum eða heilsu annarra einstaklinga í hættu og eiga sér stað bak við luktur dyr heimilisins njóti verndar 8. gr. sáttmálans. Menn eiga því að geta stundað slíkar kynlífsathafnir bak við luktur dyr heimilisins ef þeim sýnist svo án þess að þurfa að eiga yfir höfði sér refsingu fyrir athafnir sínar. Takmarkanir á slíkum athöfnum yrðu því ekki taldar nauðsynlegar til verndar siðgæði samkvæmt 2. mgr. 8. gr. MSE.¹⁹⁷ Í þessu sambandi má benda á dóm *MDE, A.D.T. gegn Bretlandi*, 31. júlí 2000 (35765/97). Málsatvik voru með svipuðum hætti og í máli *Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi* að því leyti að lögreglan hafði einnig lagt hald á myndbandsupptökur í heimahúsi kæranda sem sýndu kynlífsathafnir samkynhneigðra karlmannna. Höfðu bresk yfirvöld í kjölfarið gert kæranda að sæta refsingu fyrir þátttöku sína í athöfnunum.¹⁹⁸ Það sem hins vegar greindi á milli í þessum tveimur málum var sú staðreynd að í máli *A.D.T. gegn Bretlandi* var ekki um að ræða svo grófar kynlífsathafnir eins og við átti í fyrra málinu auk þess sem breska ríkið hafði ekki lagt fram nein gögn til stuðnings því að hætta væri á að myndbandsupptökurnar kæmust í dreifingu. Yrði að telja afar ósennilegt að kærandi hefði ætlað myndböndin til annars en einkanota í ljósi þess að hann hefði í gegnum

¹⁹³ Sjá mgr. 43.

¹⁹⁴ Sjá mgr. 44.

¹⁹⁵ Sjá mgr. 46.

¹⁹⁶ Sjá mgr. 46, 48 og 50. Um svipað álitaefni var fjallað í máli *MDE, K.A. og A.D. gegn Belgíu*, 17. febrúar 2005 (42758/98, 45558/99).

¹⁹⁷ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 299.

¹⁹⁸ Sjá mgr. 8-10.

tíðina kosið að halda samkynhneigð sinni leyndri og hefði óskað nafnleyndar fyrir dómstólnum. Taldi dómstóllinn því að breska ríkið hefði brotið gegn friðhelgi einkalífs kæranda samkvæmt 8. gr. MSE.¹⁹⁹

Í íslenskum rétti er lítið að finna af ákvæðum sem lúta að kynhegðun manna eða persónulegum samböndum þeirra, enda er hér komið út á svið þar sem mikilvægt er að stjórnvöld haldi afskiptum sínum í lágmarki. Hafa flest lagaákvæði sem fela í sér afskipti af slíkum persónulegum högum manna því verið afnumin úr íslenskum lögum. Sem dæmi má nefna að refsíákvæði við mökum samkynhneigðra sem finna mátti í flestum Evrópuríkjum og sumum langt fram á 20. öld hafa fyrir löngu verið felld brott úr almennum hegningarlögum.²⁰⁰

5.6 Réttur til að stofna til hjúskapar

Sem fyrr segir vernda 12. gr. MSE og 2. mgr. 23. gr. SBSR þann rétt kvenna og karla, sem náð hafa hjúskaparaldri, til að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu í samræmi við landslög um þessi réttindi. Á sumum sviðum hefur sérstaka þýðingu að skoða saman ákvæði MSE og SBSR þar sem síðarnefndi samningurinn hefur stundum að geyma víðtækari vernd en ákvæði MSE, að minnsta kosti samkvæmt orðanna hljóðan.²⁰¹ Í þessu sambandi má vekja athygli á því að 23. gr. SBSR verndar ekki einungis rétt einstaklingsins til að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu heldur einnig rétt hans til að þurfa ekki að þola að vera neyddur til slíks. Í 3. mgr. greinarinnar segir nánar tiltekið að ekki skuli stofnað til hjúskapar nema með frjálsum og fullkomnu samþykki hjónaefnanna sem einmitt undirstrikar kjarna sjálfsákvörðunarréttarins um að ákvarðanataka að þessu leyti er hjá einstaklingnum.²⁰² Sambærilegt ákvæði er hins vegar ekki að finna í 12. gr. MSE og vaknar því sú spurning hvort 23. gr. SBSR veiti rýmri vernd að þessu leyti. Hvað sem þessum vangaveltum líður verður þó sérstaklega beint sjónum að ákvæði 12. gr. MSE og dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu hvað hana varðar.²⁰³

Þau réttindi sem 12. gr. MSE verndar eru nátengd friðhelgi einkalífs og fjölskyldu samkvæmt 8. gr. sáttmálans en þó er ákveðinn grundvallarmunur á gildissviði þessara tveggja

¹⁹⁹ Sjá mgr. 25 og 36-39.

²⁰⁰ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 293. Með lögum nr. 40/1992 voru felld brott síðustu refsíákvæðin sem stóðu í 203. gr. hgl. og gerðu greinarmun á refsingu fyrir kynferðisbrot ef um ræddi kynferðismök við einstakling af sama kyni.

²⁰¹ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttinasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 38.

²⁰² Eins og fyrr var vikið að er svipað ákvæði í 10. gr. SEFMR.

²⁰³ Nánar er fjallað um jafnrétti hjóna í 5. gr. samningsviðauka nr. 7., sbr. breytingar á 2. gr. samningsviðauka nr. 11. Viðaukinn var undirritaður af Íslands hálfu 19. mars 1985 og fullgiltur 22. maí 1987, sbr. Stjórnartíðindi C-deild, nr. 6/1987 og 9/1988. Þar að auki mælir 16. gr. Samnings Sameinuðu þjóðanna um afnám allrar mismununar gagnvart konum, frá 1979, fyrir um að aðildarríkin skulu meðal annars tryggja konum og körlum sama rétt til að velja sér maka og stofna til hjúskapar einungis með frjálsum og fullkomnu samþykki. Auk þess ber að tryggja konum og körlum sömu réttindi og skyldur á meðan á hjúskap stendur og við slit.

greina. Ákvæði 12. gr. verndar aðeins réttinn til að koma á hjúskap, sem er ákvæðið lögformlegt samband sem leggur grunn að fjölskyldu, en vernd 8. gr. nær hins vegar yfir fjölskyldulíf sem þegar hefur komist á, án formlegra skilyrða.²⁰⁴ Þar að auki nær vernd 12. gr. aðeins til þeirra sem hafa náð hjúskaparaldri en 8. gr. verndar hins vegar alla án tillits til aldurs. Að þessu leyti er gildissvið 12. gr. minna og merking orðsins *fjölskylda* mun þrengri heldur en í 1. mgr. 8. gr. Þá ber að geta þess að engra takmarkana er getið í 12. gr. líkt og gildir um 2. mgr. 8. gr. og er því ljóst að tilvísun til landslaga um þau réttindi sem ákvæðið verndar veitir aðildarríkjunum í raun víðtækar heimildir til að setja lög og reglur um skilyrði og réttaráhrif hjúskapar.²⁰⁵ Að því er varðar friðhelgi einkalífs í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar má benda á að ætlast er til þess að vernd réttarins til að stofna fjölskyldu falli þar undir en ekki er kveðið með berum orðum á um réttinn til að ganga í hjúskap.²⁰⁶

Ætla má að upprunalegt markmið 12. gr. hafi verið að bæði réttindin, þ.e. rétturinn til að ganga í hjónaband og rétturinn til að stofna fjölskyldu, yrðu skoðuð í samhengi. Hefur dómstóllinn raunar vísað til þess að markmið greinarinnar sé einkum að vernda hjónabandið sem grundvöll fjölskyldustofnunar. Vissulega geta þó risið álitafni um hvorn réttinn fyrir sig. Má í því sambandi nefna, að því er varðar réttinn til að stofna fjölskyldu, að það er nokkuð ljóst að það teldust afskipti af þeim rétti ef menn væru skyldaðir með lögum til að nota getnaðarvarnir eða gangast undir ófrjósemisaðgerðir gegn vilja sínum. Myndu slíkar aðgerðir einnig vekja upp spurningar um lögmati þeirra undir 3. gr. MSE sem kveður á um vernd manna gegn ómannúðlegri meðferð.²⁰⁷ Hins vegar hefur dómstóllinn slegið því föstu að 12. gr. verndi ekki sjálfstætt rétt manna til að ættleiða barn.²⁰⁸ Í þessu sambandi má vísa til dóms *MDE, Fretté gegn Frakklandi, 26. febrúar 2002 (36515/97)*. Komst dómurinn svo að orði að ættleiðing fæli í sér að barni væri fundin fjölskylda en ekki að fjölskyldu væri fundið barn og því myndu hagsmunir barnsins ávallt ganga frammar hagsmunum þeirra sem óskuðu eftir að ættleiða barn.²⁰⁹ Engu að síður myndi dómstóllinn meta hvernig skilyrðum fyrir ættleiðingu væri háttað þar sem landslög á annað borð heimila mönnum að ættleiða barn, til dæmis hvort þau feli í sér mismunun eða séu óvenjulega þröng.²¹⁰

Jafnvel þótt ekki megi leiða af 12. gr. hvernig efni löggjafar eigi að vera um þau réttindi sem ákvæðið verndar er ljóst að heimildir aðildarríkjanna eru ekki án takmarkana á þessu

²⁰⁴ Clare Ovey og Robin C.A. White: *The European Convention on Human Rights*, 252.

²⁰⁵ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 324.

²⁰⁶ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2100.

²⁰⁷ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 324-325.

²⁰⁸ Clare Ovey og Robin C.A. White: *The European Convention on Human Rights*, bls. 259.

²⁰⁹ Sjá mgr. 42.

²¹⁰ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 325.

sviði.²¹¹ Má af ummælum í dómi *MDE, Rees gegn Bretlandi, 17. október 1986 (9532/81)* leiða þá viðmiðun að fallast megi á að tiltekin formskilyrði séu sett fyrir stofnun hjúskapar svo lengi sem ekki sé höggvið of nærri kjarna réttarins.²¹² Þá myndi dómstóllinn einnig almennt kanna hvort meðalhófsreglan hafi verið lögð til grundvallar og kanna markmið þeirra lagareglna sem takmarka réttindin.²¹³ Hvað þetta varðar má benda á að þegar eftirlitsstofnanir Mannréttindasáttmálans meta hvort hjúskaparskilyrði séu of ströng hefur aðildarríkjunum jafnan verið veitt rúmt svigrúm til mats en þó myndi dómstóllinn einnig líta til þess hvort gengið hafi verið of nærri kjarna réttarins sem 12. gr. verndar.²¹⁴ Um álitafni tengd skilyrðum aðildarríkja fyrir stofnun hjúskapar má nefna *ákv. MNE, X gegn Pýskalandi, 18. desember 1974 (6167/73)*. Í málinu kom til kasta Mannréttindanefndarinnar að meta hvort þýsk yfirvöld hefðu brotið gegn 12. gr. sáttmálans með því að viðurkenna ekki að gildur hjúskapur hefði stofnast við hjónavígslu sem kærandi hafði sjálfur framkvæmt í samræmi við ákvæði Mósebókar í Gamla testamentinu. Hélt kærandi því fram að stjórnvöld hefðu brotið gegn rétti kæranda með því að lögbinda það skilyrði að hjúskap skyldi skrá hjá stjórnvaldi til að öðlast gildi samkvæmt lögum. Mannréttindanefndin var hins vegar á öðru máli og tók að þessu tilefni fram að kæranda hefði ekki verið neitað um réttinn til að ganga í hjúskap. Honum hefði einungis verið gert að nýta þann rétt samkvæmt þýskum lögum. Taldi nefndin að skilyrðin sem lögin kváðu á um fyrir löglegri stofnun hjúskapar hefðu verið innan leyfilegra marka, enda algengt fyrirkomulag í öllum aðildarríkjunum að formleg skilyrði stæðu til stofnunar hjúskapar að lögum.

Þá skal hafa í huga að 12. gr. MSE leggur þá skyldu á aðildarríkin að tryggja að ekki verði brotið gegn þeim réttindum sem ákvæðið verndar í samskiptum manna á einkaréttarlegum vettvangi. Þannig hvílir til að mynda sú skylda á aðildarríkjunum að koma í veg fyrir að menn sæti þvingun af hálfu einkaaðila sem beinist gegn réttindum ákvæðisins. Má sem dæmi um slíka þvingun nefna ef einkaaðili segði manni upp starfi vegna þess eins að viðkomandi gekk í hjúskap. Fengi sá sem þvingunin beindist að ekki bætt úr brotinu heima fyrir væri ekki útilokað að aðildarríkið yrði dregið til ábyrgðar fyrir Mannréttindadómstólnum.²¹⁵

Að lokum má víkja að áhugaverðu álitafni varðandi 12. gr. sem uppi var í dómi *MDE, Johnston o.fl. gegn Írlandi, 18. desember 1986 (9697/82)*. Í málinu hélt kærandi því fram að írsk löggjöf sem bannaði hjónaskilnaði bryti gegn 12. gr. sáttmálans á þeim grundvelli að

²¹¹ Clare Ovey og Robin C.A. White: *The European Convention on Human Rights*, 251.

²¹² Sjá mgr. 50.

²¹³ Þess má geta að séu slík skilyrði uppfyllt hefur til að mynda verið talið að takmarka megi rétt fanga til að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu, sbr. *ákv. MNE, X gegn Bretlandi, 2. febrúar 1970 (3898/68)*.

²¹⁴ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 325.

²¹⁵ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 325.

ákvæðið verndaði einnig réttinn til að fá skilnað. Dómstóllinn sló því hins vegar föstu að 12. gr. legði ekki skyldu á aðildarríkin að tryggja réttinn til að slíta hjúskap. Til stuðnings þeirri niðurstöðu var meðal annars vísað til og gagnályktað frá 16. gr. Mannréttindayfirlýsingu SP sem sérstaklega tilgreinir slit hjúskapar en auk þess benti dómstóllinn á að skýr afstaða væri tekin gegn því að 12. gr. gildi um skyldu aðildarríkja að tryggja hjúskaparslit í undirbúningsgögnum við gerð Mannréttinasáttmálans.²¹⁶ Það má hins vegar velta því fyrir sér hvort sama niðurstaðan fengist í dag og þá sérstaklega með tilliti til 8. gr. sáttmálans.

Í íslenskum rétti er mælt fyrir um skilyrði fyrir stofnun hjúskapar í II. kafla hjúskaparлага nr. 31/1993. Þar segir í 7. gr. að „karl og kona“ megi stofna til hjúskapar þegar þau hafa náð 18 ára aldri en þó geti dóms- og kirkjumálaráðuneytið²¹⁷ veitt yngra fólki leyfi til að ganga í hjúskap að því gefnu að fyrir liggja afstaða forsjárforeldra til hjúskaparstofnunarinnar. Þá getur lögræðissviptur maður ekki stofnað til hjúskapar án samþykkis lögráðamanns síns en bera má synjun um samþykki til dóms- og kirkjumálaráðuneytisins sem leyft getur hjónavígsluna ef ekki þykir gild ástæða til synjunar, sbr. 8. gr. Þá leiðir af 9. gr. að hvorki má vígja skyldmenni í beinan legg né systkini en í athugasemdum með greininni í frumvarpi til laganna má þó ráða að greinin taki ekki til hjónavígslu hálf systkina. Um slík tilvik segir í frumvarpinu að sifjalaganefnd hafi ekki talið rök standa til þess að breyta efni greinarinnar á þann hátt að hún tæki einnig til hjónavígslu hálf systkina þar sem tilvik af þeim toga væru ugglaust fágæt. Vafalaust myndi hjúskapur hálf systkina víða um lönd vera talinn brjóta gegn meginreglum laga og siðferðisviðhorfum (ordre public) og því ekki vera viðurkenndur þar en hér á landi sýndist yfirleitt ekki vera þörf á reglum sem að þessu líta.²¹⁸ Þá ber að geta þess að samkvæmt 10. gr. laganna mega kjörforeldri og kjörbarn ekki giftast hvort öðru nema ættleiðing hafi áður verið felld niður og samkvæmt 11. gr. má ekki vígja mann sem þegar er í hjúskap. Um þá sem áður hafa verið í hjúskap segir í 12. gr. að eigi megi vígja þá í hjónaband nema opinber skipti séu hafin eða einkaskiptum lokið vegna fjárskipta þess manns og fyrri maka.

5.6.1 Réttarstaða samkynhneigðra

Samkvæmt orðanna hljóðan takmarkast vernd 12. gr. MSE við *karla og konur* á hjúskaparaldri. Ákvæðið virðist því ekki taka til tveggja einstaklinga af sama kyni,²¹⁹ enda

²¹⁶ Sjá mgr. 52.

²¹⁷ Dóms- og kirkjumálaráðuneytið hefur í dag hlotið heitið dómsmála- og mannréttindaráðuneytið.

²¹⁸ Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 2487.

²¹⁹ Clare Ovey og Robin C.A. White: *The European Convention on Human Rights*, bls. 251.

vafalaust ekki haft í huga við samningsgerðina að ákvæðið gæti átt við í slíkum aðstæðum.²²⁰ Í þessu sambandi má einnig geta ákv. MNE, C. og L.M. gegn Bretlandi, 9. október 1989 (14753/89) þar sem Mannréttindanefndin hafnaði því að 12. gr. MSE verndaði rétt samkynhneigðra til að ganga í hjónaband þar sem ákvæðið tæki einungis til karla og kvenna á hjúskaparaldri. Ef orðið „allir“ hefði verið sett í staðinn fyrir orðin „karlar og konur“ hefði líkast til verið auðveldara fyrir eftirlitsstofnanir Mannréttindasáttmálans að draga þá ályktun að ákvæðið tæki ekki eingöngu til karla og kvenna á hjúskaparaldri heldur einnig til einstaklinga af sama kyni.²²¹

Í seinni tíð hefur baráttan fyrir jöfnum rétti samkynhneigðra farið stigvaxandi í alþjóðasamfélaginu og ný löggjöf stuðlað að breyttum viðhorfum til þeirra. Fjölskyldulíf samkynhneigðra hefur einnig orðið sýnilegra og öðlast umtalsverða viðurkenningu.²²² Samfara þessum breyttu viðhorfum hefur þróunin í aðildarríkjunum því verið sú að veita sambúð eða sambandi einstaklinga af sama kyni lögformlega viðurkenningu sambærilega réttaráhrifum hjúskapar.²²³ Í norrænni löggjöf hefur slík lögformleg viðurkenning gengið undir heitinu *staðfest samvist*, sbr. til dæmis 5. gr. laga um staðfesta samvist nr. 87/1996 í íslenskum rétti. Bæði Noregur og Svíþjóð hafa þó stigið skrefið til fulls, líkt og fleiri ríki, og heimila nú samkynhneigðum að ganga í hjónaband samkvæmt almennum lagareglum um hjúskap.²²⁴ Fyrsta skrefið hvað þetta varðar var hins vegar stigið af Hollandi með lögum sem tóku gildi 1. apríl 2001. Lögum í Danmörku hefur hins vegar ekki verið breytt með sama hætti. Meirihluti biskupa þar í landi tók hins vegar ákvörðun árið 2005 um að leyfa blessun samvistar samkynhneigðra og við slíka athöfn er notast við svipaða helgisiði og þá sem má sjá í hjónavígslum. Þá gilda lög frá 2001 í Finnlandi sem eru sambærileg við lög um staðfesta samvist.²²⁵ Í dag liggur fyrir frumvarp á Alþingi til laga um breytingar á íslensku hjúskaparlögum og fleiri lögum og um brottfall laga um staðfesta samvist.²²⁶ Segir í athugasemdum við frumvarpið að nú sé svo komið að rétt þyki að afmá þann mun sem felst í mismunandi löggjöf vegna staðfestrar samvistar tveggja einstaklinga af sama kyni annars

²²⁰ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 326.

²²¹ Clare Ovey og Robin C.A. White: *The European Convention on Human Rights*, bls. 251 og 252.

²²² Þskj. 836, 138. lögþ. 2009-10, bls. 14 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²²³ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 326.

²²⁴ Hjúskaparlögum nr. 47/1991 var breytt í Noregi með lögum nr. 53/2008 en þau gengu í gildi 1. janúar 2009. Þá var sænskum hjúskaparlögum nr. 230/1987 breytt með lögum nr. 253/2009 og tóku þau gildi 1. maí 2009. Markmið breytinganna á norsku og sænsku hjúskaparlögum var að tryggja fullt jafnrétti samkynhneigðra og gagnkynhneigðra, meðal annars með því að gera samkynhneigðum kleift að ganga í hjónaband. Jafnframt voru lög, sambærileg íslensku lögum um staðfesta samvist, numin úr gildi. Sjá þskj. 836, 138. lögþ. 2009-10, bls. 15 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²²⁵ Þskj. 836, 138. lögþ. 2009-10, bls. 15 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

²²⁶ Sbr. þskj. 836, lögþ. 2009-10 (enn óbirt í Alþt.).

vegar og hjúskapar karls og konu hins vegar. Hafi komið fram í stefnuyfirlýsingu ríkisstjórnarinnar að markmiðið sé að ein hjúskaparlög verði lögfest.²²⁷

5.6.2 Réttarstaða einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerð

Annað mikilvægt álitafni varðandi gildissvið 12. gr. snýr að þeirri spurningu hvort ákvæðið verndi rétt þeirra einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerð (e. *transsexuals*) til að ganga í hjúskap. Álitafnið er sprottið af kærumálum til dómstólsins frá einstaklingum sem skipt höfðu um kyn en gátu ekki gengið í hjúskap sökum þess að fyrri skráningu á kynferði hafði ekki verið breytt í opinberum skrá.²²⁸ Í fyrrnefndum dómi *MDE, Rees gegn Bretlandi*, 17. október 1986 (9532/81) byggði kærandi einnig á því að leiða mætti af 12. gr. sáttmálans að breskum stjórnvöldum væri skylt að breyta opinberri skráningu um kynferði hans á fæðingarvottorði, eftir að hann hafði gengist undir kynskiptaaðgerð þar sem kyni hans var breytt í karlkyn. Taldi kærandi að með synjuninni hefði verið brotið á rétti hans samkvæmt 12. gr. til að ganga í hjúskap þar sem honum var að óbreyttri skráningu ókleift að ganga í hjónaband með konu þar sem enn mætti leiða af fæðingarvottorði að kærandi væri kvenkyns. Dómstóllinn komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að í ljósi markmiðs 12. gr. legði ákvæðið ekki skyldu á stjórnvöld til að breyta skráningunni. Réttur til að ganga í hjónaband samkvæmt 12. gr. vísaði til hefðbundins hjúskapar milli einstaklinga af *gagnstæðu* kyni. Birtist sú túlkun einkum í orðalagi ákvæðisins sem gæfi skýrt til kynna að 12. gr. verndaði hjónabandið sem grundvöll fjölskyldunnar.²²⁹ Sambærilegt mál kom til úrlausnar dómstólsins fjórum árum síðar í dómi *MDE, Cossey gegn Bretlandi*, 27. september 1990 (10843/84). Í því máli taldi dómurinn að jafnvel þótt þróun hefði orðið í þá átt að sum aðildarríkin viðurkenndu nú að einstaklingar í stöðu kæranda hefðu rétt til að ganga í hjónaband við þessar aðstæður þýddi það ekki að upprunalegu markmiði 12. gr. hefði verið hafnað á þann hátt að dómstóllinn yrði að snúa frá fyrri fordæmum sínum um efnið.²³⁰ Í báðum málunum tók dómurinn þó fram að hann gerði sér vel grein fyrir alvarleika þeirra vandamála sem kærendur stæðu frammi fyrir og því álagi sem þeir þyrftu að líða fyrir vikið. Minnti hann því á að alltaf þyrfti að leitast við að túlka og beita ákvæðum Mannréttindasáttmálans í ljósi líðandi kringumstæðna og því væri mikilvægt að skoða reglulega hvort þörf væri á endurskoðun lagaúrræða á þessu sviði.²³¹

²²⁷ Þskj. 836, lögb. 2009-10, bls. 9 (enn óbirt í Alpt.).

²²⁸ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 326.

²²⁹ Sjá mgr. 49.

²³⁰ Sjá mgr. 46.

²³¹ Dómur *MDE, Rees gegn Bretlandi*, mgr. 47. Dómur *MDE, Cossey gegn Bretlandi*, mgr. 42. Í dómi *MDE, Sheffield og Horsham gegn Bretlandi*, 30. júlí 1998 (22985/93, 23390/94) var enn og aftur áréttuð sama niðurstaðan og fengin var í fyrrnefndu málunum.

Stefnumarkandi niðurstöður urðu hins vegar í tveimur dómum frá árinu 2002. Annars vegar í dómi *MDE, Christine Goodwin gegn Bretlandi*, 11. júlí 2002 (28957/95) og hins vegar í dómi *MDE, I. gegn Bretlandi*, 11. júlí 2002 (25680/94). Í niðurstöðum dómanna var því slegið föstu að með því að neita kændum, sem skipt höfðu um kyn, um breytta skráningu kynferðis í fæðingarvottorði þeirra hefði réttur þeirra til friðhelgis einkalífs samkvæmt 8. gr. og réttur þeirra til að ganga í hjónaband samkvæmt 12. gr. verið brotinn. Vísaði dómurinn einkum til þess að óeðlilegt væri að halda því fram að um enga íhlutun væri að ræða á réttinum til að ganga í hjónaband. Einstaklingum sem skipt hefðu um kyn væri eftir sem áður frjálst að lögum að giftast einstaklingum af gagnstæðu kyni við það kynferði sem skráð var á fæðingarvottorð kæranda. Slíkt fyrirkomulag væri óeðlilegt í ljósi þess að kændur hefðu breytt um kyn.²³²

Niðurstöðurnar í málum *Goodwin* og *I* benda til þess að svigrúm ríkja á þessu sviði fari nú minnkandi og skyldur þeirra til að viðurkenna að fullu breytt kyn þeirra einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerð í allri opinberri skráningu fari að sama skapi vaxandi.²³³

5.7 Skilyrði takmarkana á sjálfsákvörðunarrétti einstaklingsins

Samkvæmt 2. og 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 8. gr. MSE er hægt að setja friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu ýmsar takmarkanir að nánar tilteknum skilyrðum uppfylltum. Þar sem sjálfsákvörðunarréttur manna er þáttur í friðhelgi einkalífs og nýtur þar með verndar þessara greina verða takmarkanir á þeim rétti ekki gerðar nema uppfyllt séu þau skilyrði sem greinarnar mæla fyrir um. Í 2. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar er að finna sérreglu um heimild til að gera líkamsrannsókn og leit á manni, leit í húsakynnum hans eða munum, að því gefnu að dómsúrskurður eða sérstök lagaheimild liggja fyrir. Hið sama gildir um rannsókn á skjölum og póstsendingum, símtölum og öðrum fjarskiptum svo og hvers konar sambærilega skerðingu á einkalífi manna. Þær takmarkanir sem um ræðir í 2. mgr. tengjast einkum rannsóknar- og þvingunaraðgerðum lögreglu í tengslum við sakamál en þó er ekki algilt að aðgerðirnar komi til vegna slíkra mála þar sem í niðurlagi ákvæðisins er rætt um *sambærilega skerðingu* á einkalífi manns. Í 3. mgr. 71. gr. er að finna almenna reglu um að í undantekningartilvikum megi takmarka friðhelgi þeirra réttinda sem lýst er í 1. mgr. greinarinnar. Samkvæmt 3. mgr. má með sérstakri lagaheimild takmarka á annan hátt friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra. Tilgangurinn með þessari takmörkun beinist hvað helst að tilvikum þar sem afskipti af heimili

²³² Dómur *MDE, I. gegn Bretlandi*, mgr. 81. Dómur *MDE, Christine Goodwin gegn Bretlandi*, mgr. 101.

²³³ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 296.

og fjölskyldulífi manna eru nauðsynleg til að vernda hagsmuni barna. Þörfin fyrir að tryggja velferð barna getur þannig kallað á ýmsar takmarkanir á réttindum 1. mgr. 71. gr. þar sem réttindi barna geta orðið þeim réttindum sem þar eru talin yfirsterkari. Þá má nefna að undir takmarkanir 3. mgr. 71. gr. geta einnig fallið heimildir í löggjöf um fullnustugerðir. Slíkar heimildir geta einkum tengst framkvæmd fjárnáms, nauðungarsölu eða gjaldþrotaskipta og geta því leitt til röskunar á þeim réttindum sem talin eru í 1. mgr. 71. gr.²³⁴

Sambærilega sérreglu og mælt er fyrir um í 2. mgr. 71. gr. er ekki að finna í 2. mgr. 8. gr. MSE. Almennu skilyrðin í 3. mgr. 71. gr. eru hins vegar sambærileg þeim sem 2. mgr. 8. gr. MSE mælir fyrir um að því undanskildu að fleiri takmörkunarástæður eru nefndar í 2. mgr. 8. gr. MSE en í takmörkunarákvæðum 71. gr. Verður nú nánar fjallað um almennu skilyrðin fyrir takmörkunum á sjálfsákvörðunarrétti manna samkvæmt 71. gr. en skýra verður takmörkunarákvæðin tvö í 2. og 3. mgr. í samhengi.

Eins og við á um allar takmarkanir sem gerðar eru á mannréttindum er það grundvallarskilyrði að lagaheimild standi til þeirra. Þannig er til að mynda ekki nóg að dómsúrskurður standi til takmörkunarréttindanna ef hann er ekki reistur á lagaheimild. Í 2. mgr. 71. gr. felst því fyrst og fremst að við skerðingu réttindanna sem þar er lýst kunni að þurfa bæði lagaheimild og dómsúrskurð til að heimildinni verði beitt í tilteknu tilviki en það ræðst af því hvort lög áskilja einnig dómsúrskurð.²³⁵ Eitt af einkennum þvingunarráðstafana er að þær skerða mannréttindi sem öll njóta verndar VII. kafla stjórnarskrárinnar. Skilyrðin sem sett eru fyrir einstökum þvingunarráðstöfunum eru þó ólík allt eftir því hvers eðlis aðgerðin er. Þær aðgerðir sem taldar eru ganga hvað lengst í þá átt að skerða réttindi manna krefjast þannig, auk lagaheimildar, sérstaks dómsúrskurðar en í öðrum tilvikum er ekki þörf á því.²³⁶

Af lögmætisreglunni leiðir að jafnframt verður að gera þá kröfu til lagaheimildarinnar að hún sé nægilega skýrt orðuð og fyrirjáanleg til að vitað sé til hvaða tilvika henni er ætlað að ná til.²³⁷ Þá er í meginatriðum einnig samstaða um að lagaheimildin skuli vera almenn, framvirk, birt, stöðug og aðgengileg, afdráttarlaus, laus við mótsagnir og þannig orðuð að unnt sé að fara eftir henni eins og gerð var grein fyrir í umfjölluninni um réttarríkishugtakið í kafla 3.4.4.²³⁸ Þá ber að hafa í huga að með lagaheimild er átt við sett lög frá Alþingi en dómstólar hafa sett nokkuð strangar skorður við framsali lagasetningarvalds til

²³⁴ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2102.

²³⁵ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 294.

²³⁶ Eiríkur Tómasson: *Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls*, bls. 8.

²³⁷ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 294.

²³⁸ Sigurður Línadal: *Um lög og lögfræði*, bls. 51 og 52.

framkvæmdarvaldsins.²³⁹ Í þessu sambandi má vísa til *Hrd. 2003, bls. 4153 (151/2003)* þar sem deilt var um hvort takmarkanir á friðhelgi einkalífs samkvæmt lögum um gagnagrunn á heilbrigðissviði nr. 139/1998 brytu í bága við 71. gr. stjórnarskrárinnar. Niðurstaða Hæstaréttar var sú að gera yrði ríkar kröfur til þess að lögin sjálf mæltu fyrir um takmarkanirnar og væri löggjafanum því óheimilt að eftirláta framkvæmdarvaldshöfum víðtækt svigrúm til að setja nánari reglur um mikilvæg atriði sem tengjast friðhelgi einkalífs manna.²⁴⁰

Eins og komið hefur fram eru almennu skilyrðin í 3. mgr. 71. gr. sambærileg þeim sem 2. mgr. 8. gr. MSE mælir fyrir um að því undanskildu að fleiri takmörkunarástæður eru nefndar í 2. mgr. 8. gr. MSE en í takmörkunarákvæðum 71. gr. stjórnarskrárinnar. Samkvæmt 3. mgr. 71. gr. er heimilt að takmarka friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu vegna réttinda annarra en samkvæmt 2. mgr. 8. gr. MSE má þar að auki leggja takmarkanir á friðhelgi einkalífs ef markmið þeirra er að stefna að þjóðaröryggi, almannaheill eða efnalegri farsæld þjóðarinnar, að því að firra glundroða eða glæpum eða vernda heilsu manna eða siðgæði. Sú spurning hlýtur því að vakna hvort einnig megi líta til þeirra takmörkunarástæðna í 2. mgr. 8. gr. MSE við skýringu á 2. og 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í þessu sambandi er rétt að benda á að samkvæmt 53. gr. MSE skal ekkert ákvæði í sáttmálanum túlkað þannig að það takmarki eða rýri nokkur þau mannréttindi og mannfrelsi sem tryggð kunna að vera í löggjöf aðila sáttmálans eða með öðrum samningi sem aðildarríkin eru aðili að. Í þessu felst að Mannréttindasáttmáli Evrópu hefur að geyma lágmarksskyldur og að honum verður ekki beitt til að draga úr vernd sem betur er tryggð með öðrum hætti.²⁴¹ Það má því velta fyrir sér hvort beiting þeirra takmörkunarástæðna sem getið er í 2. mgr. 8. gr. MSE kynni í ljósi framangreinds að teljast ósamrýmanleg þeirri réttindavernd sem getið er í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar þar sem 2. og 3. mgr. 71. gr. kveða ekki á um þessar takmörkunarástæður berum orðum. Í þessu sambandi ber þó að líta til þess að markmið þeirra takmarkana sem taldar eru í 2. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar stefna í reynd einkum að því að firra glundroða eða glæpum eða eru í þágu almannaheilla, auk þess sem þær kunna að vera í þágu þjóðaröryggis án þess að það sé tilgreint berum orðum í stjórnarskrárákvæðinu sjálfu. Töldu dómstólar raunar heimilt fyrir stjórnarskrárbreytingarnar 1995 að setja réttindum takmarkanir í þágu þessara markmiða að því gefnu að lagaheimild stæði til þeirra og meðalhófs væri gætt,

²³⁹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 294.

²⁴⁰ (Nefna má fleiri dóma þar sem Hæstiréttur hefur staðfest þá niðurstöðu að virða beri að vettugi ákvæði reglugerða sem annaðhvort skortir stoð í lögum eða ganga í berhögg við lög, sbr. til dæmis *Hrd. 1986, bls. 1723*, *Hrd. 1989, bls. 488*, *Hrd. 1986, bls. 1022*, *Hrd. 1988, bls. 1381* og *Hrd. 1996, bls. 3002*.)

²⁴¹ Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“, bls. 38.

sbr. *Hrd.* 1989, bls. 28.²⁴² Það hefur því verið talið að líta megi til þeirra takmörkunarástæðna sem mælt er fyrir um í 2. mgr. 8. gr. MSE við skýringu 2. og 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar.²⁴³

Að síðustu ber að geta þess að ávallt verður að gæta meðalhófs þegar takmarkanir eru gerðar á þeim réttindum sem verndaðar eru í 1. mgr. 71. gr. eins og endranær þegar takmarkanir eru gerðar á mannréttindum. Þannig segir í 3. mgr. 71. gr. að heimilt sé að takmarka réttindin í 1. mgr. ef *brýna nauðsyn ber til* vegna réttinda annarra og gildir þetta skilyrði einnig um takmörkunarákvæði 2. mgr. 71. gr., þó að skilyrðið komi ekki beinlínis fram í því ákvæði. Við mat á því hvort meðalhófs hafi verið gætt við takmörkun réttindanna horfa dómstólar einkum til nokkurra undirstöðureglna stjórnarsýsluréttarins og þá einkum meðalhófsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.²⁴⁴ Í henni felst að stjórnvald skal því aðeins taka íþyngjandi ákvarðanir þegar lögsmætu markmiði sem að er stefnt verður ekki náð með öðru vægara móti. Skal stjórnvaldið þá gæta þess að fara ekki strangar í sakirnar en nauðsyn ber til. Í þessu felst annars vegar að þegar stjórnvöld hafa val um fleiri en eina leið til að ná tilteknu markmiði verður að velja vægasta úrræðið og hins vegar verður við beitingu þess úrræðis sem valið er að stilla því í hóf eins og kostur er.²⁴⁵ Í *Hrd.* 2001, bls. 1188 (354/2000) komu sjónarmið um þetta skýrt fram. Í dóminum var deilt um þær aðgerðir tollstjórans í Reykjavík að opna allar bókasendingar frá öðrum löndum í því skyni að nálgast vörureikninga svo ákvarða mætti virðisaukaskatt af vörunni. Vógust því á réttur stefnanda til friðhelgi einkalífs og sjónarmið um skilvirka skattheimtu og hvort gengið hefði verið of langt til að ná þessu markmiði. Var það niðurstaða Hæstaréttar að þrátt fyrir að stefndi hefði haft rúmar heimildir að lögum til skoðunar á innfluttum varningi til að ná því lögsmæta markmiði að innheimta aðflutningsgjöld hefði hann ekki sýnt fram á það við þessar aðstæður að nauðsynlegt hefði verið að opna reglubundið og fyrirvaralaust póstsendingar að utan án þess að spyrja viðtakendurna. Þá hefði stefndi ekki heldur sýnt fram á að ekki hafi verið kostur á öðrum aðferðum við að ná þessu markmiði. Var því fallist á að með aðgerðum sínum hefði tollstjórinn brotið gegn einkalífsvernd stjórnarskrárinnar og meðalhófsreglu stjórnarsýsluréttarins.

²⁴² Í dóminum var fjallað um heimildir ríkisendurskoðunar til að fá aðgang að sjúkraskrá til að bera saman við gjaldskráreikninga fyrir læknisverk. Í dóminum sagði meðal annars: „Lögskýringargögn þau í þjóðréttarsamningum um mannréttindi sem fyrr eru nefndir, gera ráð fyrir undantekningum frá reglum um friðhelgi einkalífs vegna annarra þjóðfélagsmuna.“

²⁴³ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 296.

²⁴⁴ Sama heimild, bls. 297.

²⁴⁵ Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnarsýslulaga“, bls. 511.

Að lokum má geta þess að yfirlýsingin um friðhelgi í 1. mgr. 71. gr., sem komin er frá upprunalega ákvæðinu um friðhelgi heimilisins í stjórnarskránni frá 1874, áréttar ekki einungis mikilvægi þeirra réttinda sem ákvæðið verndar heldur gefur hún einnig til kynna að allar takmarkanir á þeim skuli túlka þröngt. Sú túlkunarleið á sérstaklega við þegar stjórnvöldum eru veittar heimildir til að skerða þessi réttindi.²⁴⁶

5.8 Jákvæðar skyldur ríkja til að tryggja að réttindi 8. gr. MSE verði virk í raun

Eins og áður hefur komið fram felst það í jákvæðum skyldum aðildarríkja sáttmálans að þeim er skylt að setja reglur í löggjöf til að einstaklingarnir njóti verndar í innbyrðis samskiptum sínum. Þeim ber því til að mynda að tryggja vernd einkalífs með ákvæðum refsilaga sem gera brot annarra einstaklinga á þessum réttindum refsiverð.²⁴⁷ Þar að auki ber ríkjunum að setja reglur um bótarétt einstaklinga vegna ólöglegra afskipta af einkalífi þeirri, heimili eða fjölskyldu.²⁴⁸ Í íslenskri löggjöf er að finna fjölda ákvæða sem stefna að því að tryggja að einkalíf manna njóti þeirrar verndar sem fólgin er í yfirlýsingunni um friðhelgi þess. Sem dæmi um slík ákvæði má nefna að í XXV. kafla hgl. eru ákvæði sem meðal annars lýsa það refsivert að hnýsast í bréf og önnur gögn sem varða einkamálefni manna, sbr. 228. gr., skýra opinberlega frá einkamálefnum annars manns, sbr. 229. gr., brjóta þagnarskyldu þegar það á við, sbr. 230. gr., ryðjast heimildarlaust inn í hús, sbr. 231. gr., brjóta gegn nálgunarbanni, sbr. 232. gr., eða á annan hátt að meiða æru annars manns með móðgun í orðum eða athöfnum, sbr. 234. gr. Þá mælir 26. gr. skaðabótalaga fyrir um að heimilt sé að greiða miskabætur úr hendi þess sem ber ábyrgð á ólögmatrí meingerð gegn frelsi, friði, æru eða persónu annars manns, sbr. *Hrd.* 2005, bls. 3465 (49/2005) sem nánar verður vikið að síðar. Þá er alltaf ákveðin hættu á því að gengið verði of langt í afskiptum af persónulegum málefnum manna á tilteknum sviðum. Þetta á til dæmis við í tengslum við söfnun og skráningu persónulegra upplýsinga um einstaklinga þar sem sífellt opnast fyrir fleiri möguleika á að safna og halda saman upplýsingum um einkamálefni manna á kerfisbundinn hátt. Víðtæk alþjóðleg samvinna, einkum á vettvangi Evrópuráðsins og Evrópusambandsins, hefur því komist á um rafræna vinnslu persónuupplýsinga og hefur íslenski löggjafinn tekið tillit til þessarar alþjóðasamvinnu með því að lögfesta sérstök lög um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 77/2000. Með lögnum eru settar skýrar heimildir um söfnun og meðferð persónuupplýsinga og er Persónuvernd falið það hlutverk að hafa eftirlit með

²⁴⁶ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 285.

²⁴⁷ Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2100. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 285.

²⁴⁸ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 285. Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 536.

framkvæmd laganna. Ýmsar sérreglur eru einnig í lögum sem stefna að því að tryggja rétt manna til upplýsinga við ýmsar aðstæður, hvort sem er frá stjórnvöldum eða öðrum aðilum. Sem dæmi um ákvæði af þessum meiði má nefna ákvæði II. kafla laga nr. 74/1997 um réttindi sjúklinga og 27. gr. laga um ættleiðingar nr. 130/1999.²⁴⁹

Þeim kærumálum sem komið hafa til úrlausnar hjá eftirlitsstofnunum sáttmálans má með nokkurri einföldun skipta í tvo flokka. Annars vegar er um að ræða kærumál sem varða það hvort ríki hafi gengið of langt í skerðingu þeirra réttinda sem sáttmálinn mælir fyrir um með ákveðnum aðgerðum eða afskiptum og hins vegar kærumál sem varða það hvort ríki hafi gripið til nægilegra ráðstafana til að tryggja þessi réttindi. Mörkin þarna á milli eru þó ekki alltaf glögg. Má í því sambandi benda á að þó að meginreglan sé að einstaklingarnir skuli njóta friðar um lífshætti sína og haga innbyrðis samskiptum sínum, tilfinningasamböndum eða fjölskylduböndum án afskipta frá ríkinu hefur dómstóllinn margoft staðfest að þegar slík sambönd hafa á annað borð stofnast hvílir sú skylda á ríkinu að vernda þau með löggjöf eða öðrum hætti.²⁵⁰ Hafa eftirlitsstofnanir Mannréttindasáttmálans raunar talið í ljósi þeirrar grundvallarreglu sem fram kemur í 1. mgr. 8. gr. að ákvæðið leggi í ríkari mæli en önnur ákvæði sáttmálans jákvæðar skyldur á aðildarríkin að grípa til aðgerða til að tryggja að réttindi hans verði virk í raun.²⁵¹

Sá dómur sem lagði grundvöllinn að túlkun dómstólsins um jákvæðar skyldur aðildarríkja samkvæmt 8. gr. er dómur *MDE, Marckx gegn Belgíu, 13. júní 1979 (6833/74)*. Í málinu var það álitafni til úrlausnar hvort stjórnvöldum í Belgíu hefði borið að tryggja með lögum ákveðin lagaleg tengsl á milli móður og óskilgetins barns. Í dóminum segir meðal annars um þetta að auk þess sem 1. mgr. 8. gr. leggi þá neikvæðu skyldu á aðildarríkin að halda að sér höndum þá geti jákvæðar skyldur verið innifaldar til þess að tryggja friðhelgi einkalífs. Af því leiði að þegar ríki setur löggjöf sem varðar ákveðin fjölskyldutengsl, eins og á milli ógiftrar móður og barns hennar, þá verður hún að vera þannig úr garði gerð að þeim sé kleift að lifa venjulegu fjölskyldulífi. Í þessu sambandi hefur ríkið úr mörgum kostum að velja en löggjöf sem ekki uppfyllir þessi skilyrði brýtur gegn 1. mgr. 8. gr. án þess að nauðsynlegt sé að skoða hana í ljósi 2. mgr.²⁵²

Dómstóllinn hefur þó margoft talið að þessum jákvæðu skyldum ríkja séu þó sett ákveðin mörk. Í þessu sambandi má vísa til ákv. *MDE, Sentges gegn Hollandi, 8. júlí 2003 (27677/02)*

²⁴⁹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 290-292.

²⁵⁰ Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, bls. 289.

²⁵¹ Björg Thorarensen: „Einkaréttaráhrif Mannréttindasáttmála Evrópu og skyldur ríkja til athafna samkvæmt sáttmálanum“, bls. 108.

²⁵² Sjá mgr. 31.

þar sem kærandi var haldinn alvarlegum vöðvarýrnunarsjúkdómi sem orsakaði það að hann gat hvorki staðið, gengið né lyft höndunum. Var hann því háður rafknúnum hjólastól til að komast leiða sinna og þurfti að reiða sig á hjálp annarra við daglegar athafnir. Sumarið 1999 sótti kærandi um að fá kostnaðinn af rafknúnum handstýribúnaði greiddan úr sjúkratryggingum sínum en þeirri beiðni var hafnað. Hélt kærandi því fram að með neituninni hefði hollenska ríkið brotið gegn jákvæðum skyldum sínum á grundvelli 8. gr. sáttmálans. Án búnaðarins væri sjálfsákvörðunarréttur hans skertur að verulegu leyti þar sem hann væri háður aðstoð annarra við allar athafnir sínar og af því leiddi einnig að kærandi var ekki sjálfráður um að velja við hvaða manneskjur hann stofnaði og þroskaði sambönd við. Hefði kærandi hins vegar kost á því að nota rafknúinn handstýribúnað ætti hann mun auðveldara með að nýta sjálfsákvörðunarréttinn og stofna til og þroska sambönd við aðra en þá sem önnuðust hann. Lagði kærandi þó áherslu á að gera yrði greinarmun á jákvæðum skyldum ríkja eftir því hvort um væri að ræða einstaklinga sem nytu einkalífs með vægum takmörkunum eða einstaklinga í svipaðri stöðu og kærandi sem gátu alls ekki nýtt þau réttindi sem 8. gr. mælir fyrir um. Tók dómstóllinn fram að fallast mætti á jákvæðar skyldur ríkja í þeim tilvikum þar sem eðlileg tengsl væru á milli aðgerða ríkisins og friðhelgi einkalífs einstaklinga. Í þessu máli taldi dómstóllinn hins vegar að í ljósi þess að ríkið hafði orðið kæranda út um hjólastól með handknúnum handstýribúnaði hefði ríkið ekki farið út fyrir það svigrúm sem því væri játað til mats um leiðir til að tryggja að réttindi sáttmálans yrðu virk í reynd. Þar sem skilyrði þóttu ekki uppfyllt til að taka málið til meðferðar var kærinni vísað frá á grundvelli 35. gr. sáttmálans.²⁵³

5.9 Samantekt

Í þeim málum sem komið hafa fyrir Mannréttindadómstóllinn og varða sjálfsákvörðunarrétt manna samkvæmt 8. gr. sáttmálans hefur dómstóllinn játað aðildarríkjunum vítt svigrúm til mats um leiðir sem þau velja til að uppfylla skyldur sínar samkvæmt sáttmálanum. Ríkin njóta því töluverðs svigrúms þegar takmarkanir eru gerðar á þeim réttindum sem sáttmálinn verndar og hefur dómstóllinn verið tregur við að hrófla við mati ríkja að þessu leyti.²⁵⁴ Þó ber að minnast á þau ummæli dómsins í fyrrnefndu máli *Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi* að dómstóllinn hefur lokaorðið um það hvort mat aðildarríkjanna samræmist skuldbindingum sáttmálans. Þá sé svigrúmið sem aðildarríkjunum er játað til mats ekki alltaf hið sama heldur sé það breytilegt eftir aðstæðum hverju sinni. Viðeigandi þættir sem meta þarf í því samhengi

²⁵³ Sjá einnig dóm *MDE, Botta gegn Ítalíu*, 24. febrúar 1998 (21439/93), einkum mgr. 34 og 35.

²⁵⁴ David J. Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 363.

eru einkum eðli þeirra réttindi sem til skoðunar eru, mikilvægi þeirra fyrir einstaklinginn og eðli þeirrar háttsemi sem við er að etja.²⁵⁵ Af því leiðir að á sumum sviðum hefur dómstóllinn talið að þessu mati aðildarríkjanna séu settar þrengri skorður en á öðrum. Þetta á til dæmis við á þeim sviðum sem varða mjög viðkvæma þætti í einkalífi manna á borð við kynferðislíf þeirra,²⁵⁶ sbr. niðurstöðu dómstólsins í málum *Dudgeon gegn Bretlandi*²⁵⁷ og *A.D.T. gegn Bretlandi*.²⁵⁸

6. Felur sjálfsákvörðunarrétturinn í sér að menn geti afsalað sér grundvallarréttindum?

6.1 Samþykki á skerðingu einkalífs

Eins og áður hefur komið fram felur kjarninn í inntaki einkalífs í sér að sérhver maður hefur rétt til að ráða yfir lífi sínu og líkama. Af því leiðir ekki einungis að mönnum er frjálst að athafna sig að vild, innan leyfilegra takmarkana, heldur er mönnum einnig frjálst að samþykkja takmarkanir á eigin frelsi og jafnvel afsala sér því í ákveðnum tilvikum. Þegar slíkt samþykki hefur verið gefið þurfa skilyrðin í 2. og 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 8. gr. MSE almennt ekki að vera uppfyllt þar sem einstaklingurinn sem takmörkunin beinist að ákveður sjálfur að samþykkja hana. Hann er því í raun að nýta það athafnafrelsi sem verndað er í 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. MSE til að ráða yfir eigin lífi og líkama.²⁵⁹ Eins og tekið var fram í *Hrd. 1988, bls. 1532*, verða lagaákvæði sem takmarka mannréttindi að vera ótvíræð.²⁶⁰ Sé svo ekki ber að túlka þau einstaklingi í hag þar sem mannréttindaákvæði eru sett til verndar einstaklingum en ekki stjórnvöldum. Að sama skapi verður þess krafist að samþykki á að gefa eftir mannréttindi sé upplýst og ótvírætt.²⁶¹

Þó skal hafa í huga að þrátt fyrir að sérhver maður geti þannig að meginstefnu samþykkt skerðingu á einkalífi sínu er þó ekki þar með sagt að hann geti afsalað sér grundvallarmannréttindum sínum.²⁶² Í þessu sambandi skal hafa í huga yfirlýsinguna í inngangsorðum Mannréttindayfirlýsingar SP um að mannréttindi séu óafsalanleg réttindi einstaklingsins. Persónuleg réttindi sérhvers einstaklings, á borð við rétt manna á líkama sínum og lífi, frelsi, æru og sumum greinum tilfinningalífs og einkalífs, eru þannig talin svo

²⁵⁵ Dómur MDE, *Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi*, 19. febrúar 1997 (21627/93, 21826/93, 21974/93), mgr. 42. Sjá einnig dóm MDE, *Pretty gegn Bretlandi*, 29. apríl 2002 (2346/02), mgr. 70.

²⁵⁶ Dómur MDE, *Pretty gegn Bretlandi*, mgr. 71.

²⁵⁷ Dómur MDE, *Dudgeon gegn Bretlandi*, 22. október 1981 (7525/76), mgr. 52.

²⁵⁸ Dómur MDE, *A.D.T. gegn Bretlandi*, 31. júlí 2000 (35765/97), mgr. 37.

²⁵⁹ Sjá til hliðsjónar Henricus J. Snijders: „Privacy of contract“, bls. 115.

²⁶⁰ Sjá bls. 1535 í dómnum.

²⁶¹ Atli Gíslason og Jóhanna Katrín Magnúsdóttir: „Réttarvernd kynfrelsis“, bls. 23.

²⁶² Henricus J. Snijders: „Privacy of contract“, bls. 115-116.

nátengd andlegu og líkamlegu lífi manna að þau verða ekki frá því greind.²⁶³ Þessum persónulegu réttindum er auk þess veitt ríkari lögvernd en réttindum af fjárhagslegum meiði sem helgast af því að þessi réttindi eru mönnum dýrmætari en fjármunir.²⁶⁴ Önnur grundvallarréttindi einstaklingsins sjálfs geta því staðið í vegi fyrir heimild hans til að gefa samþykki á skerðingu einkalífs síns. Í þessu sambandi má benda á fyrrnefndan dóm *Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi* þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að í sjálfsákvörðunarréttinum fælist ekki réttur til að samþykkja beitingu sadó-masókískrar meðferðar á eigin líkama að því marki sem slík meðferð gæti hugsanlega valdið viðkomandi alvarlegum líkamlegum meiðslum í kjölfarið.²⁶⁵

6.2 Samþykki brotþola á sviði refsiréttar

Á sviði refsiréttar hefur einnig verið viðurkennt að brotþoli geti ráðstafað vissum hagsmunum með samþykki sínu á þann hátt að slíkt leiði til refsibrottfalls, refsislækkunar eða málsbóta gerandans.²⁶⁶ Jónatan Þórmundsson hefur skilgreint samþykki brotþola á þann hátt að með því sé átt við undanfarandi eða samtímis viljatjáningu þess sem afbrot bitnar á um að hann fallist á framkvæmd verksins. Þessi almenna skilgreining segir þó ekkert til um hvaða réttaráhrif samþykkið hefur í för með sér, hversu víðtækt það er eða hvort því er lýst í settum lögum eða ekki.²⁶⁷ Engin almenn regla er til um réttaráhrif samþykkis og eru réttaráhrifin afar mismunandi eftir refsíákvæðum og aðstæðum hverju sinni. Almenna reglan er þó sú að teljist samþykki gilt verður verknáður, sem ella væri ólögmatúr, lögmatúr eins og á stendur og bakar gerandanum því ekki refsíabyrgð enda er þá ekki þörf á refsivernd réttinda.²⁶⁸ Hafa ber þó í huga að einstaklingurinn getur almennt ekki samþykkt að brotið sé gegn dýrmætustu grundvallarréttindum sínum eins og nánar verður vikið að og yrði því að skoða í hverju tilviki hvort samþykki teldist gilt undir slíkum kringumstæðum.²⁶⁹

Um nánari útlistun á einstökum efnisatriðum skilgreiningarinnar á samþykki brotþola má nefna að viljatjáninguna eða viljayfirlýsinguna má gefa hvort sem er með berum orðum eða í formi munnlegrar eða skriflegrar yfirlýsingar en hún þarf þó ekki að vera formbundin með neinum hætti. Samþykki getur því bæði verið gefið með einhvers konar látbragði eða jafnvel þögn sem skýra má sem samþykki. Styrkleiki og víðfeðmi slíkrar viljatjáningar getur þó verið

²⁶³ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 9.

²⁶⁴ Sama heimild, bls. 10.

²⁶⁵ Dómur *MDE, Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi*, 19. febrúar 1997 (21627/93, 21826/93, 21974/93) mgr. 46, 48 og 50.

²⁶⁶ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð III*, bls. 165-166.

²⁶⁷ Sama heimild, bls. 164.

²⁶⁸ Sama heimild, bls. 165.

²⁶⁹ Sjá til hliðsjónar sömu heimild, bls. 168.

afar mismunandi. Í 213. gr. hgl., sem kveður á um að hver sem sviptir annan mann lífi fyrir *bryna beiðni* hans skuli sæta fangelsi allt að 3 árum, er til að mynda áskilin þrengri gerð samþykkis en almennt tíðkast. Þá getur einungis reynt á reglur um samþykki að einhverjum sérgreindum brotaþola sé til að dreifa, einum eða fleiri, en sá er talinn brotaþoli sem brotið bitnar beinlínis á eða misgert er við. Að lokum verður samþykkið að vera gefið áður en verknaðurinn hefur átt sér stað eða samtímis miðað við einstakan afmarkaðan verknað. Yfirleitt verður að sýna fram á að raunverulegt samþykki hafi verið gefið og nægir því ekki að gefið sé skilyrt samþykki. Þó getur svokallað pútatívt samþykki haft sömu réttaráhrif og raunverulegt samþykki að því gefnu að gerandinn hafi haft réttmæta ástæðu til að ætla að samþykki lægi fyrir þó að það hafi í raun ekki verið gefið.²⁷⁰

6.2.1 Manndráp og líkamsmeiðingar

Samkvæmt lögum njóta líf, líkami, frelsi og heilsa manna víðtækrar friðhelgi og verndar og geta menn almennt ekki samþykkt að brotið sé gegn þessum dýrmætustu grundvallarréttindum sínum. Gildissvið samþykkis sem refsileysisástæðu er því fremur takmarkað fyrir þá sök að ýmsum refsivernduðum hagsmunum verður ekki ráðstafað eða afsalað með samþykki brotaþola. Brot gegn þessum hagsmunum eru talin svo alvarleg í eðli sínu að ekki þykir fært að láta samþykki við þeim leiða til refsileysis gerandans.²⁷¹ Þó eru frá þessu mikilvægar undantekningar í íslenskum refsirétti í 213. gr. og 2. mgr. 218. gr. b. hgl. Eins og áður sagði er í 213. gr. hgl. að finna sérákvæði um manndráp sem framið er fyrir bryna beiðni brotaþola. Undir slíkum kringumstæðum skal sá sem verknaðinn fremur sæta fangelsi allt að 3 árum. Af greininni má þannig sjá að refsimörkin eru mun mildari en refsimörk almenna manndrápsákvæðisins í 211. gr., sem mælir fyrir um allt frá 5 ára fangelsi upp í 16 ára fangelsi eða ævilangt. Í 2. mgr. 218. gr. b. er svo að finna ákvæði sem mælir fyrir um réttaráhrif þess þegar samþykki er gefið til líkamsmeiðinga. Kveður ákvæðið á um að sé samþykki veitt til líkamsárásar sem mælt er fyrir um í 218. gr. (meiriháttar líkamsmeiðingar) veldur það því að refsingu, sem ella væri unnið til, má lækka en sé samþykki veitt til líkamsárásar sem getið er um í 217. gr. (minniháttar líkamsmeiðingar) skuli refsing falla niður.²⁷² Jónatan tekur sem dæmi að þannig væri til að mynda heimilt að samþykkja þann verknað að láta bora gat í ýmsa líkamshluta fyrir hringi eða annað skraut gerandanum að refsilausu. Þó skal hafa í huga að jafnvel þótt samþykki hafi verið gefið til slíkrar aðgerðar

²⁷⁰ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsiaðbyrgð III*, bls. 164.

²⁷¹ Sama heimild, bls. 168.

²⁷² Ólögfest regla um refsileysi var áður talin gilda um líkamsmeiðingarbrot gegn 217. gr. hgl. en með lögum nr. 20/1981 var reglan í fyrsta sinn lögfest. Sjá sömu heimild, bls. 165.

getur verknaðurinn engu að síður orðið refsiverður ef hann er framkvæmdur með hættulegu verkfæri eða ef ekki er gætt nauðsynlegrar varúðar sem ætlast má til að sé viðhöfð.²⁷³ Sjaldan hefur reynt á ákvæði 2. mgr. 218. gr. b. eða fyrirrennara þess ákvæðis sem áður var í 2. mgr. 218. gr. a. en má þó nefna *Hérd. Rvk. 20. febrúar 1987*. Í málinu hafði brotaþoli hlotið minniháttar líkamsmeiðingar af völdum ákærða og þótti verknaðurinn varða við 217. gr. hgl. Þar sem brotaþoli hafði hins vegar beðið ákærða um að framkvæma verknaðinn var ákærði sýknaður með stoð í eldra ákvæði 2. mgr. 218. gr. a. hgl. Var tekið fram í dóminum að ekkert hefði komið fram í málinu sem benti til þess að brotaþoli hefði verið ófær um að gefa samþykki sitt til verknaðarins, þótt fjarstæðukenndur væri.

Þá má nefna að ýmsar áhættusamar athafnir geta falist í ýmiss konar starfsemi, lækniaðgerðum, leikjum og íþróttum sem geta haft í för með sér meiðsli og jafnvel dauða. Þeir sem taka þátt í slíkum athöfnum eru yfirleitt meðvitaðir um þá áhættu sem felst í viðkomandi athöfn en kjósa engu að síður að taka þátt í henni. Miklu varðar þá að farið sé eftir viðurkenndum leikreglum hvort sem um er að ræða viðurkenndar læknisfræðilegar aðferðir eða til dæmis leikreglur í íþróttum. Ef farið er eftir viðurkenndum reglum kunna þær afleiðingar sem af hljótast að vera refsilausar með öllu. Annað gildir að sjálfsögðu ef reglurnar eru ekki viðhafðar eða glæfraleikur er hafður í frammi, til dæmis kappakstur á vegum, eða ef leikur er bannaður með lögum, sbr. lög um að banna hnefaleika nr. 92/1956.²⁷⁴ Í þessu sambandi má geta ummæla í óáfrýjuðum dómi *Hérd. Reykn. 24. mars 2000* (S-1889/1999). Í dóminum var tekist á um brot á leikreglum í knattspyrnu og hugsanleg áhrif þess á refsíabyrgð vegna líkamsmeiðsla sem af brotinu hlaust. Var ákærða gefið að sök að hafa rennt sér harkalega í fæturnar á brotaþola með þeim afleiðingum að fótleggurinn þverbrotnaði og var brotið talið varða við 1. mgr. 218. gr. hgl. Í dóminum var tekið fram að leikir og ýmsar íþróttir á borð við knattspyrnu feli í sér áhættusamar athafnir sem geti haft alvarleg meiðsli í för með sér. Þátttakendur í þeim séu meðvitaðir um þessa áhættu en kjósi engu að síður að taka þátt í leiknum. Síðan segir orðrétt:

Í þessu sambandi ber að hafa í huga að líf, líkami og heilsa manna njóta víðtækrar friðhelgi að lögum og að samþykki þess er fyrir broti verður dugir yfirleitt ekki til að leysa geranda undan refsíabyrgð. Ef háttsemi er viðhöfð í leik eins og knattspyrnu sem við aðrar aðstæður væri refsiverð, er þó viðurkennt að afleiðingar slíkrar háttsemi kunni að vera refsilausar með öllu ef háttsemin á sér stað innan marka venjulegs leiks og er í beinum tengslum við sjálfan leikinn. Að mati dómsins hefur það ekki úrslitapýðingu að þessu leyti hvort leikreglur hafi verið brotnar eða ekki, heldur hitt hvort um ásetnings- eða gáleysisbrot hafi verið að ræða, svo og það hvort

²⁷³ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð III*, bls. 174.

²⁷⁴ Þó ber að geta þess að áhugamannahnefaleikar eru leyfðir, sbr. lög um áhugamannahnefaleika nr. 9/2002 en eldri bannlögin við hnefaleikum gilda engu að síður um annars konar hnefaleika.

háttsemin hafi verið á þann veg sem hafi mátt vænta við iðkun viðkomandi íþróttar. Verður því að meta hvert tilvik heildstætt út frá þeim aðstæðum sem fyrir hendi voru hverju sinni.

6.2.2 Kynferðisbrot

Í XXII. kafla hgl. er fjallað um kynferðisbrot en réttaráhrif samþykkis eru talsvert mismunandi eftir einstökum ákvæðum kaflans. Af sumum ákvæðunum leiðir að sé samþykki gefið fyrir verknaðinum hlýtur það engu að síður að vera ógilt vegna ólöglegar verknaðaraðferðar gerandans. Sem dæmi af þessu tagi má nefna ákvæði 198. gr. laganna. Í ákvæðinu segir að hver sá sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við mann með því að misnota freklega þá aðstöðu sína að hann er honum háður fjárhagslega, í atvinnu sinni eða sem skjólstæðingur hans í trúnaðarsambandi skuli sæta fangelsisrefsingu allt að 3 árum eða, sé maðurinn yngri en 18 ára, allt að 6 árum. Af greininni má ráða að samþykki brotapolans hefur enga þýðingu fyrir refsíabyrgð gerandans vegna þeirrar ólöglegu verknaðaraðferðar að beita misneytingu við framkvæmd brotsins. Önnur refsíákvæði eru enn fremur þess eðlis að þeim er beinlínis ætlað að sporna við því að brotapolí geti samþykkt kynferðismök þannig að áhrif hafi á refsíabyrgð gerandans. Ákvæði af þessu tagi eru til dæmis í 197., 200., 201. og 202. gr. hgl.²⁷⁵

Í 197. gr. er mælt fyrir um að allt að fjögurra ára fangelsisrefsing liggja við því að umsjónarmaður eða starfsmaður á tilteknum stofnunum hafi samræði eða önnur kynferðismök við vistmann á stofnuninni. Samkvæmt ákvæðinu er bann við kynmökum algert og getur samþykki vistmanns ekki undir neinum kringumstæðum leyst gerandann undan refsíabyrgð. Ekki þarf að sýna fram á að um misneytingu hafi verið að ræða í einstökum tilfellum og engu máli skiptir heldur þótt vistmaður hafi átt framkvæði að mökunum. Rökin hér að baki eru þau að eigi starfsmaður í kynferðislegu sambandi við vistmann við þær aðstæður sem nefndar eru í ákvæðinu er alltaf hætt á að slíkt samband leiði af misneytingu og það vill löggjafinn forðast. Með greininni er því reynt að stemma stigu við því að starfsmenn misnoti aðstöðu sína og vald gagnvart vistmönnum og notfæri sér aðstæður þeirra. Hafa skal einnig í huga að flestar þær stofnanir sem nefndar eru í ákvæðinu eru þess eðlis að þar vistast menn oftast gegn vilja sínum og yrði brot starfsmanns gegn vistmönnum auk þess talið mikið trúnaðarbrot. Hagsmunir vistmanna eru því í húfi sem sjálfsagt er að vernda með þessum hætti.²⁷⁶

Annað gildir um áhrif samþykkis þegar um brot er að ræða þar sem nauðung er viðhöfð sem verknaðaraðferð, sbr. til dæmis 194. gr. hgl. sem fjallar um nauðgun og skyld brot. Með nauðung, sem um ræðir í ákvæðinu, er fyrst og fremst átt við að brotapolí er þvingaður til

²⁷⁵ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð III*, bls. 172-173.

²⁷⁶ Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 527.

tiltekinna athafna eða til að þola ákveðnar athafnir með tilteknum verknaðaraðferðum sem taldar eru upp í ákvæðinu. Gefi brotaþoli hins vegar gilt samþykki á einhverju stigi verknaðarins kann að mega líta svo á að refsínæmri nauðung sé þar með lokið sem leysir gerandann undan refsíabýrgð.²⁷⁷

Í 200. gr. hgl. er svo fjallað um sífjaspellsbrot. Hugtakið *sífjaspell* hefur misvíðtæka merkingu í almennri umræðu en skilgreining hugtaksins í íslenskum refsirétti er samkvæmt greininni sú háttsemi að eiga samræði eða önnur kynferðismök við barn sitt eða annan niðja, sbr. 1. og 2. mgr., auk slíkra maka milli systkina, sbr. 3. mgr.²⁷⁸ Greinin er ókynbundin eins og öll önnur ákvæði kaflans og tekur því jafnt til athafna milli karla, kvenna og fólks af sama kyni.²⁷⁹ 1. og 2. mgr. ná bæði yfir brot gegn skilgetnum og óskilgetnum börnum auk brota kynforeldris gegn barni sínu sem hefur verið ættleitt af öðrum og þar að auki tekur 3. mgr. jafnt til alsystkina sem hálsystkina.²⁸⁰ Að baki refsínæmi sífjaspella hafa verið taldir liggja margþættir verndarhagsmunir. Í gegnum tíðina hefur bann við sífjaspellum þannig byggst á erfðafræðilegum, trúarlegum og siðferðilegum sjónarmiðum en í dag vega þyngst sjónarmið um siðferði og barnavernd. Í sjónarmiðinu um að vernda þurfi börn felst fyrst og fremst það markmið að vernda börn sem alast upp á heimilinu fyrir kynferðislegri ásókn fullorðinna heimilismanna.²⁸¹ Áður fyrr var háttsemi sem heyrir til sífjaspella nefnd blóðskömm en takmarkanir á kynferðislegu sambandi milli skyldra og tengdra aðila hafa lengi verið við lýði í flestóllum menningarsamfélögum.²⁸² Svörin við spurningunni um hvaða rök búi þar að baki hafa þó ekki alltaf verið afdráttarlaus og má í því sambandi líta til nokkurra umfjallana norræna fræðimanna. Árið 1971 taldi danski fræðimaðurinn Carl Torp að erfðafræðilegar afleiðingar, sem áður þóttu vega þungt, gætu varla lengur talist mikilvæg rök fyrir því að gera sífjaspell refsiverð þótt ekki léki vafi á að náinn skyldleiki foreldra gæti valdið hættu á ýmsum sjúkdómum afkomenda. Að mati Torp voru mikilvægari þær röksemdir að með slíkum ákvæðum væri stefnt að því að vernda þá þjóðfélagslegu hagsmuni sem fælust í því að kynferðislegt samband milli tiltekinna náinna ættingja væri útilokað því aðeins þannig gæti sambúð fjölskyldunnar verið eðlileg og frjáls.²⁸³ Samlandi hans, Stephan Hurwitz, telur þar að auki að líta verði til hefðbundinnar tilfinningabundinnar andstöðu gegn samböndum náskyldra

²⁷⁷ Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabýrgð III*, bls. 173.

²⁷⁸ Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 538-539.

²⁷⁹ Alþt. 1991-92, A-deild, bls. 788.

²⁸⁰ Sama heimild, bls. 790.

²⁸¹ Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 539.

²⁸² Ragnheiður Bragadóttir: „Ákvæði 200. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um sífjaspell“, bls. 476.

²⁸³ Carl Torp: *Betænkning*, bls. 183.

manna, einkum þeirra sem skyldir eru í beinan legg.²⁸⁴ Þá telja norsku fræðimennirnir Johannes Andenæs og Anders Bratholm það vera umdeilt og erfitt úrlausnarefni að fá úr því skorið hversu langt eigi að ganga í að refsa fyrir sífjaspell. Lítið sé vitað um tíðni slíkra sambanda og gera verði ráð fyrir duldum brotum. Auk þess séu almenn varnaðaráhrif slíkra refsíákvæða lítil. Sjálfsagt sé að refsa föður fyrir samræði við unga dóttur sína en annað geti átt við ef báðir aðilar eru fullorðnar manneskjur sem hefðu samræði af fúsum og frjálsum vilja. Þeir eru þó báðir sammála um að með tilliti til heilbrigðs fjölskyldulífs séu þjóðfélagslegir hagsmunir af því að sambönd af þessu tagi séu háð algeru og ófrávíkjanlegu banni og geti refsihótun stuðlað að því að viðhalda slíkri afstöðu.²⁸⁵ Að lokum má geta afstöðu sænska fræðimannsins Nils Jareborg um að refsinaemi sífjaspella eigi rætur að rekja til vanþóknunar þjóðfélagsins og áherslu á að sambönd af þessu tagi séu óeðlileg og óheilbrigð.²⁸⁶

Samkvæmt 200. gr. hgl. skiptir samþykki þolanda brots engu máli. Afkomendum samkvæmt greininni er veitt alger vernd sem þeir geta ekki hafnað auk þess sem siðferðileg og trúarleg sjónarmið liggja til grundvallar ákvæðinu. Samþykki barns eða gagnkvæmur vilji og samþykki systkina hefur því ekki þýðingu og leiðir ekki til sýknu. Skiptir heldur engu máli þótt barnið væri orðið fullorðið og hefði jafnvel frumkvæði að kynmökunum. Foreldrinu yrði refsað engu að síður. Rökin að baki því eru einkum þau sömu og áður hafa verið nefnd varðandi 197. gr. laganna að ella væri hætt við að menn gætu misnotað aðstöðu sína gagnvart afkomendum sínum og gert þá háða sér á skaðlegan hátt.²⁸⁷

1. og 2. mgr. 200. gr. hgl. taka þó ekki til brota kjörforeldris gegn kjörbarni né heldur til brota stjúpforeldris gegn stjúpbarni. Um brot gegn þeim börnum gilda ákvæði 201. gr. hgl. Í greininni er mælt fyrir um að hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við barn yngra en 18 ára sem er kjörbarn hans, stjúpbarn, fósturbarn, sambúðarbarn eða tengt honum þannig fjölskylduböndum í beinan legg eða barn sem honum hefur verið trúað fyrir til kennslu eða uppeldis skuli sæta fangelsi. Með gagnályktun frá ákvæðinu má ætla að þeir aðilar sem ákvæðið mælir fyrir um geti veitt samþykki sitt til kynmaka við þessar aðstæður hafi þeir náð 18 ára aldri.

Í grein sinni um sífjaspell samkvæmt 200. gr. hgl. veltir Ragnheiður Bragadóttir því upp hvort nú á tímum, þegar áhrif trúar og kirkju á refsilöggjöf hafa dvínað mjög, sé ástæða til að hafa í lögum ákvæði sem leggja refsingu við kynmökum náskyldra fullorðinna einstaklinga

²⁸⁴ Stephan Hurwitz: *Den danske kriminalret*, bls. 215.

²⁸⁵ Johannes Andenæs og Anders Bratholm: *Spesiell strafferett*, bls. 123.

²⁸⁶ Nils Jareborg: *Brotten*, bls. 324.

²⁸⁷ Ragnheiður Bragadóttir: „Ákvæði 200. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um sífjaspell“, bls. 483.

sem fara fram af fúsum og frjálsum vilja. Í því sambandi bendir hún á að rétt sé að hafa í huga að refsingar eru þyngstu viðurlög réttarins sem einungis beri að beita standi brýn nauðsyn til. Vafasamt verði að teljast að refsingar fyrir kynmök náskylds fullorðins fólks hafi nokkur almenn eða sérstök varnaðaráhrif og refsingar því væntanlega lítt til þess fallnar að sporna gegn þeirri háttsemi. Þá vísar hún að því að sú háttsemi sem fjallað er um í 200. gr. hgl. sé fremur fátíð og að hafa verði í huga að háttsemi geti að almenningssáliti talist óæskileg, óeðlileg eða ósiðleg þótt refsilaus sé.²⁸⁸ Taka má undir þessi sjónarmið en hafa ber þó í huga að hér vegast á ólíkir hagsmunir. Refsiákvæði um sifjaspell stefna almennt að því að vernda heilbriggt fjölskyldulíf og þjóðfélagslega hagsmuni með því að gera sambönd af þessu tagi háð algeru og ófrávíkjanlegu banni og slík ákvæði vegast óneitanlega á við rétt einstaklingsins til að ráða sér sjálfur. Verður að viðurkenna að þörfin fyrir refsiákvæði sem stuðla að vernd barna og ungmenna gegn misnotkun, heilbrigðu fjölskyldulífi og þjóðfélagslegum hagsmunum vegur afar þungt á vogarskálunum í þessu sambandi.

Í 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 14. gr. stjórnskipunarlaganna nr. 97/1995, er mælt fyrir um að börnum skuli tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst. Ákvæðið sækir meðal annars fyrirmynd sína til 3. gr. Barnasáttmálans og að nokkru leyti einnig til 24. gr. SBSR en með því er lögð sú skylda á löggjafann að setja lög til að tryggja vernd barna.²⁸⁹ Öll ákvæðin í 194.-199. gr. hgl. taka til brota gegn börnum jafnt sem fullorðnum en auk þess er ákvæðum 200.-202. gr., sbr. 204. gr. hgl. sérstaklega ætlað að vernda börn og unglinga fyrir kynferðislegri misnotkun og áreitni. Einnig er að finna ákvæði í 98. gr. laga um vernd barna og ungmenna nr. 80/2002 (bvl.) sem mælir fyrir um refsingu þess manns sem hefur barn í sinni umsjá og misbýður því kynferðislega eða á annan hátt. Þá mælir 1. mgr. 19. gr. Barnasáttmálans fyrir um að aðildarríkin skuli gera allar viðeigandi ráðstafanir á sviði löggjafar til að vernda börn gegn hvers kyns ofbeldi, þar á meðal kynferðislegri misnotkun og í 34. gr. sáttmálans er að finna ákvæði sem stefnir að því sama. Þar sem kynferðisleg misnotkun á börnum á sér stað óháð kynferðislegum lögaldri barna nær vernd barna á þessu sviði til 18 ára aldurs. Ýmis sjónarmið hafa verið nefnd sem grundvöllur refsiábyrgðar í þessum tilvikum. Þar má nefna að börn og unglinga skorti almennt andlegan og líkamlegan þroska til kynferðislegra athafna og því þurfi að vernda þau sérstaklega gegn slíkum athöfnum. Kynferðissambönd við börn geti verið skaðleg fyrir þau auk þess sem hætta geti skapast á að fólk reyni að hafa áhrif á afstöðu þeirra og beiti jafnvel nauðung og fortöllum sem erfitt geti verið að sanna. Í dag vegur þyngst það sjónarmið að kynmök við barn séu í eðli

²⁸⁸ Ragnheiður Bragadóttir: „Ákvæði 200. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um sifjaspell“, bls. 487-488.

²⁸⁹ Alpt. 1994-95, A-deild, bls. 2110.

sínu gróft ofbeldi gagnvart barninu og megi því ekki undir neinum kringumstæðum eiga sér stað.²⁹⁰ Til að sporna við slíkri misnotkun hefur í 1. mgr. 202. gr. hgl. verið mælt fyrir um að kynferðismök við barn undir 15 ára aldri séu fortakslaust bönnuð. Barn undir 15 ára aldri getur því aldrei gefið samþykki sitt fyrir kynmökum og myndi slíkt samþykki því ekki leysa gerandann undan refsíabyrgð.²⁹¹

Þess má geta að með 11. gr. laga. nr. 61/2007 var kynferðislegur lágmarksaldur barna hækkaður úr 14 árum í 15 ár. Við umræður um breytingarnar á Alþingi voru þær ástæður nefndar fyrir hækkuninni að almennt teldu menn 14 ár of lágan aldur þar sem svo ungt barn væri ekki fært um að ákveða sjálft hvort það hefði mök við lögráða einstakling eða ekki. Hætt væri við að sá sem eldri væri reyndi að notfæra sér þann aðstöðumun sem fælist í auknum þroska og líffreynslu og væri þörf á að sporna við slíku. Þar að auki var meðal annars vísað til þess sjónarmiðs að samræma þyrfti kynferðislegan lágmarksaldur við önnur aldursviðmið í íslenskri löggjöf og réttarstöðu barna annars staðar á Norðurlöndunum þar sem kynferðislegur lágmarksaldur væri alls staðar 15 eða 16 ár.²⁹²

6.3 Felur sjálfsákvörðunarrétturinn í sér rétt til að velja dauðann fremur en lífið?

6.3.1 Réttur til lífs

Almennt er líf mannsins talið allra gæða dýrmætast. Lífið er einnig grundvöllur þess að einstaklingurinn fái notið annarra réttinda því ef hann glatar lífi sínu þá er sjálfgefið að hann glatar þar að auki frelsi sínu og öðrum réttindum sem hægt er að njóta í lýðræðislegu samfélagi.²⁹³ Það er því ekki að tilefnislausu að fyrst sé fjallað um rétt sérhvers manns til lífs á undan öðrum réttindum í Mannréttindasáttmála Evrópu. Þó segir ekki berum orðum í 2. gr. að menn eigi rétt til lífs heldur segir þar að rétturinn til lífs skuli verndaður með lögum og að bannað sé að taka líf manns, nema í sérstökum undantekningartilvikum. Fyrri hluti ákvæðisins mælir þannig fyrir um jákvæða skyldu ríkisins en seinni hlutinn um neikvæða skyldu.²⁹⁴ Eins og vikið var að í kafla 4.2.1 var rétturinn til lífs fyrst samþykktur sem alþjóðleg grundvallarmannréttindi í Mannréttindayfirlýsingu SP frá árinu 1948 en þar segir í 3. gr.:

²⁹⁰ Alþt. 2006-07, A-deild, bls. 538.

²⁹¹ Í þessu sambandi má benda á *Hrd. 2000, bls. 1117 (31/2000)*. Í dóminum reyndi á það álitaefni hvort 15 ára gömul stúlka sem ákærði hafði ráðið til fyrirsætustarfa og mátunar á fatnaði hefði veitt samþykki sitt fyrir athöfn ákærða sem þótti hafa brotið gegn 209. gr. hgl. með því að særa blygðunarsemi stúlkunnar. Taldi dómurinn að vegna ungs aldurs stúlkunnar og þeirrar aðstöðu sem hún var í gagnvart ákærða hafi honum hlotið að vera ljóst, þrátt fyrir athugasemdir hans um misskilning, að stúlkan hefði ekki veitt gilt samþykki fyrir því sem fram fór. Hafa skal í huga að dómurinn er frá þeirri tíð þegar kynferðislegur lágmarksaldur var 14 ár.

²⁹² Alþt. 2006-07, B-deild, bls. 7030.

²⁹³ Í þessu sambandi má vekja athygli á því sem segir í 13. viðauka við MSE að aðildarríkin eru „sannfærð um að réttur allra manna til lífs sé ein af undirstöðunum í lýðræðisþjóðfélagi“. Ísland fullgilti viðaukann 10. nóvember 2004 og öðlaðist hann gildi að því er Ísland varðar 1. mars 2005, sbr. Stjórnartíðindi C-deild, nr. 65/2004.

²⁹⁴ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Réttur til lífs“, bls. 89.

„Allir menn eiga rétt til lífs, frelsis og mannhelgi“. Auk Mannréttindasáttmála Evrópu hafa ófáir aðrir mannréttindasamningar staðfest þennan sama rétt.²⁹⁵

Þegar talað er um lífið sem grundvöll annarra réttinda eða ákveðna undirstöðu almennra hugmynda um mannréttindi þá er í raun verið að vísa til hins líffræðilega lífs, þ.e. líkamans og starfsemi hans. Þar sem líkaminn er tæki einstaklingsins til að skynja og bregðast við tilverunni og til að beita skynseminni og nýta hæfileika sína safnast í reynslu-, þekkingar- og tilfinningabanka hans eftir því sem lífinu vindur fram. Að þessu leyti má því segja að lífið sé tilvera sem náí út fyrir hið líffræðilega og áþreifanlega líf. Það er einmitt vegna þessara eiginleika einstaklingsins að talað er um að mannlífið hafi sérstakt gildi og verðmæti í sjálfu sér en í því felst að einstaklingurinn fái að dafna og þroskast án afskipta og meiðsla af völdum annarra manna. Annars vegar er því í raun talað um líf í merkingunni lífandi líkami eða lífsandi og hins vegar í merkingunni ævi eða æviskeið. Þessi tvöfalda merking orðsins *líf* varpar þannig ákveðnu ljósi á þá staðreynd að mörkin milli réttarins til lífs og annarra réttinda sem Mannréttindasáttmálinn kveður á um, á borð við friðhelgi einkalífs og fjölskyldu eða bann við pyndingum og ómannúðlegri meðferð, eru ekki alltaf afdráttarlaus.²⁹⁶

Í 2. gr. MSE er þó hvergi skilgreint hvenær rétturinn til lífs hefjist. Í 1. másl. 1. mgr. 2. gr. segir einungis að vernda skuli rétt *hvers manns* til lífs og í 2. másl. að *engan mann* skuli svipta lífi af ásettu ráði. Hvort þessi hugtök náí einnig til fósturs þannig að réttur þeirra til lífs sé einnig verndaður hefur hvorki Mannréttindadómstóllinn né Mannréttindanefndin tekið af skarið um.²⁹⁷ Í *skýrslu MNE, Brüggemann og Scheuten gegn Þýskalandi, 12. júlí 1977 (6959/75)* héldu tvær konur því fram að löggjöf sem skilyrti fóstureyðingar bryti gegn rétti þeirra til friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr. MSE. Mannréttindanefndin taldi hins vegar að ekki væri hægt að skýra 8. gr. þannig að þungun og fóstureyðing vörðuðu að meginreglu eingöngu einkalíf konunnar og var það niðurstaða nefndarinnar að lög í Þýskalandi sem takmörkuðu rétt kvenna til að gangast undir fóstureyðingu brytu ekki í bága við 8. gr. sáttmálans. Þá tók nefndin fram að hún teldi ónauðsynlegt að taka afstöðu til þess hvort 2. gr. MSE verndaði rétt fósturs til lífs enda væri hvergi að finna tilvísun til þess að það hafi verið ætlun aðildarríkja sáttmálans að slá því föstu hvenær rétturinn til lífs hæfist.²⁹⁸

Í *ákv. MNE, X gegn Bretlandi, 13. maí 1980 (8416/78)* tók Mannréttindanefndin enn fremur fram að almenn notkun á hugtakinu *hvers manns* í 2. gr. MSE benti til þess að

²⁹⁵ Sjá til dæmis 1. mgr. 6. gr. SBSR sem mælir fyrir um að sérhver maður hafi meðfæddan rétt til lífs og 1. mgr. 6. gr. Barnasáttmálans sem kveður á um að sérhvert barn hafi meðfæddan rétt til lífs.

²⁹⁶ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Réttur til lífs“, bls. 90-91.

²⁹⁷ Sama heimild, bls. 103.

²⁹⁸ Sjá mgr. 59-61, 64 og 66.

hugtakið næði ekki yfir ófædd fóstur. Að því er varðaði túlkun á hugtakinu *líf* og þá sérstaklega upphafi lífs benti nefndin á að túlkunin væri mjög mismunandi eftir aðildarríkjum. Bætti hún við að á meðan sumir teldu að réttur til lífs hæfist strax við getnað legðu aðrir áherslu á það tímamark þegar fóstrið hefði náð lífvænlegum þroska eða jafnvel ekki fyrr en það fæddist.²⁹⁹ Tók nefndin þar að auki fram að í málinu væri aðeins fjallað um stöðu fósturs á fyrstu stigum meðgöngunnar en ekki á allri meðgöngunni. Réttur konu til lífs og heilsu gengi framur hugsanlegum rétti fósturs við slíkar aðstæður.³⁰⁰ Þá má einnig vísa til *ákv. MNE, H. gegn Noregi 19. maí 1992 (17004/90)*. Í málinu vísaði nefndin til þess að löggjöf aðildarríkjanna um fóstureyðingar væri margbreytileg og að á jafn umdeildu og viðkvæmu sviði og fóstureyðingar væru yrðu aðildarríkin að hafa visst svigrúm við ákvörðun þeirra skilyrða sem sett væru í lögum fyrir fóstureyðingum. Var það niðurstaða nefndarinnar að norska ríkið hefði ekki farið út fyrir það svigrúm sem aðildarríkjunum væri almennt játað að þessu leyti. Að lokum má benda á dóm *MDE, Vo gegn Frakklandi, 8. júlí 2004 (53924/00)*. Í málinu höfðu heilbrigðisstarfsmenn í Frakklandi orðið fóstur kæranda að bana fyrir þau mistök að framkvæmd var á henni fóstureyðing í stað annarrar konu sem bar sama eftirnafn og kærandi og mætt hafði í reglulega mæðraskoðun. Kom málið til kasta dómstólsins fyrir þær sakir að ekki var hægt að ákæra heilbrigðisstarfsmennina undir refsilöggjöf ríkisins fyrir manndráp af gáleysi þar sem ekki var hægt að líta á fóstur sem brotþola undir frönskum lögum. Dómstóllinn vék sér hins vegar undan því að skera úr um það hvort líta bæri á fóstur sem einstakling sem nyti réttar til lífs samkvæmt 2. gr. sáttmálans og tók fram að játa yrði aðildarríkjunum rúmt svigrúm til mats í þessum efnum til að ákveða undir lögum ríkisins hvenær rétturinn til lífs hæfist. Minnti dómstóllinn þó enn og aftur á að alltaf þyrfti að leitast við að túlka og beita ákvæðum Mannréttindasáttmálans í ljósi líðandi kringumstæðna.³⁰¹

6.3.2 Réttur til að deyja?

Þó að 2. gr. MSE verndi rétt sérhvers manns til lífs sló Mannréttindadómstóllinn því hins vegar föstu í dómi *MDE, Pretty gegn Bretlandi, 29. apríl 2002 (2346/02)* að greinin verndaði ekki rétt manna til að deyja. Í málinu var atvikum svo háttað að kærandi, Pretty, þjáðist af ólæknandi hrörnunarsjúkdómi sem olli því að vöðvar hennar höfðu stigvaxandi orðið veikari. Á þeim tíma þegar málið kom fyrir Mannréttindadómstólinn var hún orðin lömuð fyrir neðan háls og var nánast ófær um að tjá sig lengur í töluðu máli eða matast eðlilega svo að alla næringu þyrfti að gefa henni í gegnum slöngu. Þrátt fyrir þessar alvarlegu afleiðingar

²⁹⁹ Sjá mgr. 9 og 12.

³⁰⁰ Sjá mgr. 22 og 23.

³⁰¹ Sjá mgr. 82.

sjúkdómsins hafði hann ekki haft áhrif á hæfni hennar til að taka vitsmunalegar ákvarðanir. Lífslíkur hennar voru afar litlar og var séð fram á að síðustu stig sjúkdómsins yrðu afar þungbær. Þar sem hún var ófær um að taka eigið líf án aðstoðar og þar sem hún óttaðist niðurlægingu og hjálparleysi lokastigs sjúkdómsins óskaði hún eftir því að fá hjálp frá eiginmanni sínum við að aðstoða sig við að fremja sjálfsvíg. Eiginmaður hennar vildi hjálpa henni en samkvæmt breskum lögum var aðstoð við sjálfsmorð refsiverð. Þar sem ríkissaksóknarinn í Bretlandi hafði neitað beiðni hennar um að undanþiggja eiginmanninn saksókn ef til þess kæmi kærði hún málið til Mannréttindadómstólsins þar sem hún hélt því fram að brotið hefði verið gegn rétti sínum samkvæmt 2., 3., 8., 9. og 14. gr. MSE. Verður hér sérstaklega beint sjónum að þeirri umfjöllun dómsins sem sneri að 2. og 8. gr. sáttmálans.

Að því er varðaði 2. gr. sáttmálans hélt kærandi því fram að greinin verndaði ekki einungis réttinn til lífs heldur einnig þann rétt manna til að ákveða sjálfir hvort þeir héldu áfram að lifa eða ekki. Að heimila kæranda að fá aðstoð eiginmanns síns við að fremja sjálfsvíg gæti ekki stangast á við 2. gr. þar sem ella myndu þau ríki sem heimila slíka aðstoð með lögum teljast hafa brotið gegn sáttmálanum. Samkvæmt 2. gr. væri það einstaklingsins að velja hvort hann lifði eða ekki til að komast undan óumflýjanlegri þjáningu og niðurlægingu. Jafnframt hafnaði kærandi því að mál *MDE, Keenan gegn Bretlandi*, 3. apríl 2001 (27229/95) hefði fordæmisgildi að þessu leyti með þeim rökstuðningi að þar hefði átt í hlut einstaklingur sem haldinn var geðsjúkdómi. Hann hefði því ekki verið fær um að taka sjálfur ígrundaða ákvörðun um að enda líf sitt.³⁰² Um þetta sagði dómurinn:

Í öllum málum fyrir dómstólnum hefur sú samkvæma áhersla verið lögð á að ríkin uppfylli þá skyldu sína samkvæmt sáttmálanum að vernda líf. Dómurinn fellst ekki á að „rétturinn til lífs“ sem verndaður er í 2. gr. sáttmálans geti verið túlkaður á þann hátt að í honum felist einnig réttur af öndverðum meiði. Á meðan til dæmis 11. gr. sáttmálans hefur verið túlkuð á þann hátt að í félag- og fundarfrelsi manna felist ekki einungis réttur til að ganga í félag heldur einnig samsvarandi réttur til að vera ekki neyddur til að ganga í félag vekur dómurinn athygli á því að hugmyndin um frelsi í ákvæðinu gengur út frá því að einstaklingurinn hafi ákveðið val þegar hann nýtir réttinn.³⁰³ 2. gr. sáttmálans er hins vegar orðuð á annan hátt. Hún tekur ekki á álitaefnum sem snúa að lífsgæðum manna eða vali þeirra á því hvernig þeir lifa sínu eigin lífi. Að því marki sem þessi álitaefni krefjast verndar frá afskiptum ríkisins geta þau hins vegar notið verndar annarra greina sáttmálans, eða greina í öðrum mannréttindasamningum. 2. gr. sáttmálans getur ekki, án afbökunar á merkingu orðanna, verið túlkuð á þann hátt að hún taki yfir gjörsamlega öndverðan rétt, nánar tiltekið „réttinn til að deyja“, né verndar hún rétt til sjálfsákvörðunar í þeim skilningi að hún nái yfir rétt einstaklingsins til að velja dauðann fremur en lífið.³⁰⁴

³⁰² Sjá mgr. 35.

³⁰³ Sjá til dæmis dóm *MDE, Sigurður A. Sigurjónsson gegn Íslandi*, 30. júní 1993 (16130/90), mgr. 35.

³⁰⁴ Sjá mgr. 39 í dómnum.

Komst dómstóllinn þar með að þeirri niðurstöðu að réttur til að deyja verður ekki byggður á 2. gr. MSE. Bresk löggjöf sem mælti fyrir um að aðstoð við sjálfsvíg væri refsiverður verknaður var því ekki talin brjóta gegn greininni. Af niðurstöðunni er ljóst að menn eiga ekki, á grundvelli 2. gr., rétt á því að þeim sé veitt aðstoð við að fremja sjálfsvíg, jafnvel þótt viðkomandi hafi gefið upplýst og óumdeilt samþykki sitt fyrir því. Þá verndar 2. gr. ekki heldur rétt manna til að fremja sjálfsvíg án aðstoðar. Dómurinn tók hins vegar ekki afstöðu til þess hvort löggjöf í þeim ríkjum sem leyfa refsilaust aðstoð við sjálfsvíg brjóti í bága við 2. gr. Í því sambandi benti dómurinn á að það væri allt önnur spurning en sú spurning sem uppi var í málinu um hvort það stangaðist á við 2. gr. að leyfa það ekki.³⁰⁵

Að því er varðaði 8. gr. sáttmálans hélt kærandi því fram að jafnframt því að sjálfsákvörðunarréttur manna gengi líkt og rauður þráður í gegnum sáttmálann sem heild væri það 8. gr. hans sem hvað skýrast viðurkenndi og verndaði þann rétt manna. Ljóst væri að í sjálfsákvörðunarréttinum fælist réttur til að taka ákvarðanir varðandi eigin líkama og hvernig með hann skyldi fara og þá jafnframt réttur til að taka ákvarðanir um það hvenær og hvernig einstaklingurinn kysi að deyja. Ekkert væri jafn nátegt því hvernig einstaklingurinn kysi að haga sínu lífi eins og það hvernig hann kysi að haga dauða sínum og tímasetningu hans. Á grundvelli þessara röksemda taldi kærandi að breska lögjöfin sem lýsti aðstoð við sjálfsvíg refsiverða og sú ákvörðun breskra yfirvalda að neita kæranda um að undanþiggja eiginmann hennar saksókn, ef til þess kæmi, hefði brotið gegn sjálfsákvörðunarrétti hennar sem viðurkenndur væri og tryggður í 8. gr. sáttmálans. Hefði breska ríkið ekki sýnt fram á að þessar takmarkanir væru nauðsynlegar auk þess sem ekkert tillit hefði verið tekið til þeirra sérstöku aðstæðna sem uppi voru í málinu.³⁰⁶ Um þetta sagði dómurinn meðal annars:

Dómurinn vekur athygli á því að geta einstaklingsins til að haga lífi sínu eins og hann sjálfur kys getur einnig náð yfir þau tilvik þar sem sóst er eftir því að taka þátt í athöfnum sem geta verið líkamlega eða siðferðilega skaðlegar eða hættulegar fyrir viðkomandi. Spurningin um það hversu langt þvingunarvald ríkis ná til að vernda fólk frá afleiðingum eigin gerða hefur lengi verið siðferðilegt og lögfræðilegt umræðuefni og sú staðreynd að takmörkunin er yfirleitt talin skarast á við einkalíf einstaklingsins hefur ýtt undir þessa umræðu. Hvað sem því líður hefur dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins staðfest að takmarkanir aðildarríkja á einkalífi manna verði að uppfylla skilyrði 2. mgr. 8. gr. sáttmálans, jafnvel í þeim tilvikum þegar takmörkuninni er stefnt að því að koma í veg fyrir athafnir sem eru hættulegar heilsu manna eða eru jafnvel lífshættulegar.³⁰⁷

³⁰⁵ Sjá mgr. 41.

³⁰⁶ Sjá mgr. 58.

³⁰⁷ Sjá mgr. 62. Í þessu sambandi vísaði dómurinn sérstaklega til dóms *MDE, Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi*, 19. febrúar 1997 (21627/93, 21826/93, 21974/93).

Kjarni Mannréttindasáttmálans byggir á virðingu fyrir einstaklingnum og frelsi hans og án þess að dregið sé úr mikilvægi þess að veita lífinu friðhelgi telur dómurinn að það sé samkvæmt 8. gr. sáttmálans sem hugmyndin um gæði lífsins fari að hafa sérstaka þýðingu.³⁰⁸

Eina álítaefnið sem uppi er í málinu varðar það hvort sú takmörkun sem deilt er um hafi verið nauðsynleg, þar sem enginn ágreiningur er um það að hún hafi byggst á lögum með það að markmiði að tryggja líf og þar með réttindi annarra.³⁰⁹

Dómurinn er þeirrar skoðunar að aðildarríkjunum sé heimilt að stjórna með lögum athöfnum manna sem eru skaðlegar lífi og öryggi annarra einstaklinga og telur að því alvarlegri sem afleiðingar athafnanna geti verið því meira vægi fái markmiðið að stuðla að almennri heilsu manna og öryggi á kostnað sjálfsákvörðunarrettarins. Án nokkurs vafa er ástand langvarandi sjúkra einstaklinga mismunandi. En margir þeirra eru berskjaldaðir/viðkvæmir (e. *vulnerable*) og það er einmitt á þeim grundvelli sem lögin eru réttlætanager. Það er fyrst og fremst í höndum ríkisins að meta áhættuna og líkindi á misnotkun ef slakað yrði á almennu banni við aðstoð sjálfsvíga eða ef veitt yrði undanþága í einhverjum tilvikum á því banni. Hrein og bein misnotkun getur átt sér stað þrátt fyrir að því megi halda fram að hægt sé að fylgjast með og tryggja að slíkt eigi sér ekki stað.³¹⁰

Niðurstaða dómsins varð því sú að takmörkun breska ríkisins hefði verið nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi til að tryggja réttindi annarra og var ríkið því ekki talið hafa brotið gegn 8. gr. sáttmálans.

Líknardráp (e. *euthanasia*) hefur lengi verið umdeilt mál í landsrétti margra ríkja. Af 2. gr. MSE má þó leiða að ekki er gerð krafa um að gera líknardráp sem valdið er með aðgerðarleysi (e. *passive euthanasia*) að refsiverðum verknaði. Slíkur líknardauði getur til dæmis átt sér stað í þeim tilvikum þar sem einstaklingi er beinlínis leyft að deyja með því að láta hjá líða að veita honum viðeigandi meðferð, til dæmis með því að hætta lyfjagjöf. Í þessu sambandi má benda á ákv. MNE, *Widmer gegn Sviss, 10. febrúar 1993 (20527/92)* þar sem Mannréttindanefndin komst að þeirri niðurstöðu að það að leyfa einstaklingi að deyja með því að veita honum ekki læknishjálp bryti ekki í bága við 2. gr. sáttmálans, né leiddi af greininni að gerð væri krafa um að ríki lýstu líknardráp með athafnaleysi refsivert í löggjöf. Annað gildir hins vegar um líknardráp sem leiðir af tiltekinni athöfn (e. *active euthanasia*). Í slíkum tilvikum skiptir þó samþykki sjúklingsins meginmáli. Hefur 2. gr. MSE verið skilin á þá leið að líknardráp án samþykkis viðkomandi einstaklings (e. *involuntary euthanasia*) sé refsiverður verknaður jafnvel í þeim tilvikum þegar raunverulega er stefnt að því að líkna viðkomandi. Af því leiðir að 2. gr. leggur þá skyldu á aðildarríkin að tryggja til að mynda andlega og líkamlega fötluðum einstaklingum refsivernd gegn slíku líknardrápi með því að gera slíka verknaði refsiverða að landsrétti. Öðru máli kann að gegna um þau tilvik þar sem viðkomandi hefur gefið samþykki sitt fyrir líknardauða. Þó að 2. gr. feli vissulega ekki í sér að menn eigi rétt til aðstoðar við sjálfsvíg hefur eins og áður sagði enn ekki reynt á það fyrir

³⁰⁸ Sjá mgr. 65.

³⁰⁹ Sjá mgr. 69.

³¹⁰ Sjá mgr. 74.

Mannréttindadómstólnum hvort 2. gr. heimili að mönnum sé veitt slík aðstoð eða hvort greinin leggi þá kröfu á aðildarríkin að gera slíka verknaði refsiverða með löggjöf. Af almennri framkvæmd í Evrópu má þó leiða að 2. gr. MSE leggi ekki þá skyldu á aðildarríkin að gera sjálfsvíg að refsiverðum verknaði.³¹¹ Eins og fram hefur komið byggði kærandi í dómi *Pretty gegn Bretlandi* á því að ef komist væri að þeirri niðurstöðu að 2. gr. verndaði ekki rétt manna til að deyja myndi sú niðurstaða leiða til þess að þau ríki sem í dag heimiluðu aðstoð við sjálfsvíg hefðu brotið gegn greininni. Dómstóllinn tók ekki afstöðu til þessa álitafnis og tók fram að jafnvel þótt komist yrði að þeirri niðurstöðu að þau ríki sem heimiluðu aðstoð við sjálfsvíg hefðu ekki brotið gegn skuldbindingum sínum samkvæmt 2. gr. með því að heimila slíkt með lögum myndi það ekki hjálpa kæranda í þessu tiltekna máli að komast að þeirri niðurstöðu að bresk lög brytu í bága við 2. gr. ef þau leyfðu ekki aðstoð við sjálfsvíg.³¹² Þess má geta að í dag eru þrjú Evrópuríki sem heimila með lögum aðstoð við sjálfsvíg en það eru Holland, Belgía og Lúxemborg.³¹³

Íslenska stjórnarskráin mælir ekki fyrir um réttinn til lífs og aldrei hefur reynt á 2. gr. MSE fyrir íslenskum dómstólum. Í 2. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar segir þó að í lögum megi aldrei mæla fyrir um dauðarefsingu. Í 2. gr. laga nr. 15/1991 um ákvörðun dauða segir að maður teljist vera látinn þegar öll heilastarfsemi hans er hætt og engin ráð eru til að heilinn starfi á ný. Álitamál um líknardráp ættu því ekki að kvikna eftir að svo er komið fyrir mönnum. Þá tryggir 24. gr. laga um réttindi sjúklunga dauðvona sjúklingi rétt til að deyja með reisu og ber að virða ósk sjúklingsins um að meðferð sem lengir líf hans verði ekki beitt, né endurlífgun reynd. Sé dauðvona sjúklingur ófær um að taka slíka ákvörðun sjálfur ber læknum að leitast við að hafa samráð við vandamenn sjúklingsins og samstarfsfólk sitt áður en hann ákveður framhald eða lok meðferðar.³¹⁴

³¹¹ David J. Harris o.fl.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 38 og 39.

³¹² Sjá mgr. 41.

³¹³ Lög sem heimila aðstoð við sjálfsvíg tóku gildi 1. apríl 2002 í Hollandi, 23. september 2002 í Belgíu og 1. mars 2009 í Lúxemborg. Um ítarlega umfjöllun um lagaframkvæmdina í Hollandi og Belgíu vísast til John Griffiths, Heleen Weyers og Maurice Adams: *Euthanasia and Law in Europe* (2008) og John Griffiths, Alex Bood og Heleen Weyers: *Euthanasia and Law in the Netherlands* (1998).

³¹⁴ Þess má geta að inni á heimasíðu landlæknisembættisins má nálgast skjal sem nefnist lífsskrá. Skjalinu er ætlað að greina frá óskum fólks um meðferð við lífslok geti það ekki sjálft tekið þátt í ákvörðunum um þá meðferð vegna andlegs eða líkamlegs ástands. Lífsskrá tekur hins vegar ekki gildi fyrir en viðkomandi er ekki lengur hæfur til að kveða upp úr um vilja sinn. Nánari upplýsingar um lífsskrá má nálgast á vefsíðu landlæknisembættisins, landlaeknir.is.

7 Meðfæddur réttur manna til sjálfsákvörðunar

Eins og fyrr segir liggja rætur mannréttinda í kenningum náttúrulettar um viss ásköpuð réttindi einstaklingsins sem ekki verða frá honum skilin vegna náttúrulegs eðlis hans. Þrátt fyrir slíkar göfugar yfirlýsingar um náttúrulegt eðli, jafnrétti og frelsi voru þó ekki allir á eitt sáttir um hverjir nytu þeirra grundvallarréttinda sem ratað höfðu í stjórnarskrár vestrænna ríkja á síðari hluta 18. aldar og á 19. öld. Á þeim tíma þótti eðlilegt að takmarka mannréttindi við tiltekinn hóp manna í samfélaginu. Þannig öðluðust menn til að mynda ekki kosningarétt nema uppfylla tiltekin skilyrði um efnahag, þjóðfélagsstöðu, aldur og ekki síst kynferði og ýmis forréttindi voru einnig bundin við ætterni.³¹⁵ Þá var þrælshald ekki afnumið í Bandaríkjunum fyrr en árið 1865 og konur, efnaminni menn og verkafólk nutu mun lakari réttinda en karlmenn í þeim ríkjum sem settu sér stjórnarskrá á 18. öld. Má geta þess að í pólitískri umræðu í Evrópu á seinni hluta 19. aldar voru klassískar hugmyndir Aristótelesar, um að einungis þeir sem væru félagslega og fjárhagslega sjálfstæðir og hæfir til að velja skynsamlega gætu notið fulls þegnréttar, túlkaðar á þann veg að einungis karlkyns landeigendur gætu uppfyllt þessi skilyrði.³¹⁶ Þá takmörkuðu einnig mörg ríki sem tekið höfðu mannréttindaákvæði í stjórnarskrár sínar á 19. öld. slík réttindi við eigin ríkisborgara þrátt fyrir að engin málefnaleg rök stæðu til þess að útlendingar nytu minni verndar en aðrir menn á yfirráðasvæði ríkisins.³¹⁷ Þannig viðgekkst margvísleg mismunun á grundvelli þjóðfélagsstöðu, kynferðis og þjóðernis sem fólst í því að einungis sumir nutu í raun þeirra grundvallarmannréttinda sem náttúruletturinn boðaði að væru ásköpuð öllum mönnum án nokkurrar mismununar. Í vestrænum lýðræðisríkjum heyrta þessi viðhorf nú sögunni til.

Að því leyti sem við getur átt nær vernd mannréttinda þó ekki eingöngu til einstaklinga heldur einnig til félaga, fyrirtækja og annarra lögpersóna jafnvel þótt réttindi þeirra séu ekki byggð á meðfæddu og náttúrulegu eðli eins og á við um mennina. Rökin að baki því eru þau að lögpersónur hafa einnig þörf á sérstakri vernd fyrir geðþóttaákvörðunum stjórnvalda og er því nauðsynlegt að setja ríkinu sambærilegar hömlur í samskiptum við þá. Þó reynir tæplega á ýmis réttindi sem eingöngu geta átt við um einstaklinga, sbr. til dæmis 67. og 68. gr.

³¹⁵ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 41.

³¹⁶ Guðmundur Hálfðanarson: *Íslenska þjóðríkið*, bls. 141.

³¹⁷ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 42. Hér á landi, eins og víðast hvar annars staðar, hefur þó verið fallist á að í vissum tilvikum geti verið málefnalegt að takmarka réttindi útlendinga til ýmissa stjórnmalalegra réttinda á borð við kosningarétt og kjörgengi til Alþingis- og forsetakosninga. Þau rök sem að baki þessu búa byggjast á því að sporna þurfi við erlendum áhrifum á stjórn ríkisins og jafnvel því að erlend ríki seilist til valda hér á landi. Gaukur Jörundsson: „Mannréttindaákvæði íslensku stjórnarskrárinnar“, bls. 43. Þá hefur einnig talist málefnalegt að útlendingar uppfylli tiltekin skilyrði til að mega koma til landsins og dvelja hér og heimilar 2. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar þar að auki að setja megi skorður við heimildum útlendinga til að eiga atvinnufyrirtæki eða fasteignaréttindi hér á landi. Sjá Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 42.

stjórnarskrárinnar þar sem lögpersónur verða eðli málsins samkvæmt ekki sviptar frelsi eða pyndaðar.³¹⁸

7.1 Hæfi til að eiga réttindi og bera skyldur - rétt hæfi og réttaraðili

Sérhver maður sem á réttindi og ber skyldur er réttaraðili. Til þess að geta verið réttaraðili verður viðkomandi hins vegar að hafa rétt hæfi sem felur í sér að hann verður að uppfylla tiltekin persónuleg skilyrði til þess að geta átt réttindi eða borið skyldur.³¹⁹ Í rétt hæfinu felst ekki aðeins hæfi til að vera réttaraðili heldur er því einnig samfara réttur til að krefjast og njóta opinberrar hagsmunaverndar sem mælt er fyrir um í réttarskipun þjóðfélagsins á hverjum tíma.³²⁰ Eins og vikið var að í kafla 6.3.1. er hvergi skilgreint í 2. gr. MSE hvenær fóstur öðlast rétt til lífs sem er einmitt grundvöllur þess að það fái notið annarra mannréttinda.³²¹ Hefur aðildarríkjunum verið játað rúmt svigrúm til mats í þessum efnum til að ákveða undir lögum ríkisins við hvaða tímamark beri að miða.³²² Það er því fyrst við fæðingu sem allir menn öðlast afdráttarlaust rétt hæfi.³²³ Þar sem fóstur er í raun maður á tilteknu þróunarstigi sem hefur möguleika á því að fæðast lifandi hefur þó verið gengið út frá því að fóstur hafi skilyrt rétt hæfi sem felst í því að með lögum er því veitt ákveðin lögvernd, sbr. til dæmis 216. gr. hgl., og í sumum tilvikum hafa því verið áskilin ákveðin réttindi, að því gefnu að það fæðist lifandi, sbr. til dæmis 21. gr. erfðalaga nr. 8/1962.³²⁴ Að sama skapi geta allir menn borið skyldur án þess að fullnægja öðrum skilyrðum en þeim einum að vera á lífi. Ungabarn sem öðlast hefur arf við fæðingu ber til að mynda skylda til að greiða af honum lögmælt skatta.³²⁵ Þá lýkur rétt hæfi manna við dauða.³²⁶ Látinn maður er þar af leiðandi ekki réttaraðili þrátt fyrir að sumir hagsmunir sem tengdir voru við hann kunni vissulega að njóta tiltekinna verndar að honum látnum, sbr. til dæmis 240. gr. hgl. (ærumeiðingar að látnum manni) og 124. gr. hgl. (röskun á grafarhelgi og ósæmileg meðferð á líki). Um ævina getur þó enginn maður svo gilt sé afsalað sér rétt hæfi sínu, sbr. *Hrd. 1940, bls. 352*³²⁷ og enginn maður verður heldur sviptur sínu rétt hæfi þrátt fyrir að búið sé að dæma hann í lífstíðarfangelsi. Að

³¹⁸ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*, bls. 42-43.

³¹⁹ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 12.

³²⁰ Sama heimild, bls. 14.

³²¹ Hjördís Björk Hákonardóttir: „Réttur til lífs“, bls. 89 og 103.

³²² Sjá dóm *MDE, Vo gegn Frakklandi*, 8. júlí 2004 (53924/00), mgr. 82.

³²³ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 24.

³²⁴ Sama heimild, bls. 14.

³²⁵ Sama heimild, bls. 16.

³²⁶ Sama heimild, bls. 26.

³²⁷ Í málinu voru félagar í stúkum góðtemplara ekki taldir geta, með bindandi hætti, afsalað sér almennt rétti sínum til að leita úrlausna dómstóla um árásir á mannorð sitt innan vébanda félagsskapar þeirra með því að gangast undir reglur svonefndrar „Lögbókar Góðtemplara“ um að ágreining bæri að leysa af dómstólum I.O.G.T (e. *International Organisation of Good Templars*) en ekki af hinum almennu dómstólum.

sama skapi heldur lögræðissviptur maður eftir sem áður rétt hæfi sínu þó að ráðstöfunarréttur yfir honum sjálfum og fé hans hafi færst á aðrar hendur.³²⁸ Þar að auki getur sérhver maður leitað aðstoðar þjóðfélagsins til verndar réttindum sínum ef þörf krefur.³²⁹ Þetta tengist einmitt hugmyndum um að ákveðin grundvallarréttindi manna séu algild og óafsalanleg. Þá kveður jafnræðisregla 65. gr. stjórnarskrárinnar á um að allir menn skuli vera jafnir fyrir lögum. Þessi grundvallarregla íslensks réttar felur hins vegar ekki í sér að sérhver maður geti verið aðili að hvers kyns réttarsambandi. Í lögum eru til dæmis oft sett skilyrði á borð við aldur, þekkingu, ríkisborgararétt og óflekkað mannorð fyrir því að menn geti orðið aðilar að tilteknum réttindum. Af þessum sökum hefur verið greint á milli þess sem nefnt hefur verið almennt rétt hæfi sem öllum er játað og sérstaks rétt hæfis sem menn verða að hafa til að geta átt eða áunnið sér tiltekin réttindi. Jafnræðisreglan felur hins vegar í sér að allir menn geta verið aðilar að hvers konar réttindum ef sérstök persónuleg skilyrði fyrir aðildinni hafa ekki verið sett samkvæmt lögum eða eðli máls. Þar sem skilyrði fyrir aðildinni hafa verið sett hefur sérhver aðili sem uppfyllir skilyrðin jafnan rétt á við aðra menn sem eins er ástatt um. Þar að auki ber þjóðfélaginu skylda til þess að veita mönnum jafnan rétt til að ávinna sér skilyrðin að því marki sem geta og vilji einstaklinganna leyfir.³³⁰

Í ýmsum tilvikum er réttindum og skyldum hins vegar þannig háttáð að enginn ákveðinn einstaklingur, einn eða fleiri, eða óákveðinn fjöldi manna getur talist eiga aðild að þeim. Þetta gildir til að mynda um réttindi og skyldur ríkisins og sveitarfélaga en einnig um ýmiss konar sjóði, stofnanir og félög. Ríkið, sveitarfélagið, sjóðurinn eða stofnunin sem er ópersónulegur aðili fer þá með aðildina þar sem hún er bundin við lögpersónuna en ekki tiltekinn einstakling.³³¹ Lögpersónur geta því átt réttindi og borið skyldur og njóta því rétt hæfis.³³² Þá telja sumir fræðimenn að dýr geti í tilteknum samböndum verið réttaraðilar en þó aðeins þannig að þau geti átt réttindi en ekki borið skyldur. Verður þó fremur að ætla að rætur laga um dýravernd nr. 15/1994 séu fremur að rekja til þess að ill meðferð á dýrum særir tilfinningalíf manna.³³³

³²⁸ Þess má geta að samkvæmt Grágásarlögum voru menn sem hlotið höfðu skóggangsrefsingu algerlega sviptir rétt hæfi og nefndir vargar þar sem þeir voru réttlausir með öllu eins og villidýr. Þá voru þeir einnig firrtir allri réttarvernd, „óalandi og óferjandi og óráða öllum bjargráðum“. Jafnvel þrælur á mestu réttleysistímum nutu góðs af almennri vernd eignarréttar gagnvart eiganda sínum, þó að þeir hafi að mestu leyti verið réttlausir gagnvart öðrum mönnum. Sjá Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 13.

³²⁹ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 14-16.

³³⁰ Sama heimild, bls. 17.

³³¹ Sama heimild, bls. 15.

³³² Sjá í þessu sambandi til dæmis 1. mgr. 16. gr. einkamála laga nr. 91/1991 um aðildarhæfi að dómsmálum: „Aðili dómsmáls getur hver sá verið, einstaklingur, félag eða stofnun, sem getur átt réttindi eða borið skyldur að landslögum.“

³³³ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 15.

7.2 Hæfi til að fara með réttindi sín og ráðstafa þeim - gerhæfi

Til að menn geti, svo gilt sé að lögum, ráðið sér og réttindum sínum sjálfir verða þeir að hafa það sem nefnt er gerhæfi (l. *habilitas*). Í gerhæfinu felst hæfi til að fara með raunveruleg (faktisk) umráð réttindanna og hæfi til að stofna rétt sér til handa og skapa sér skyldur, hvort sem er með sjálfs síns gerðum eða aðgerðarleysi í lögskiptum við aðra menn.³³⁴ Í hverju mannlegu samfélagi gildir sú meginregla að sérhver maður ber ábyrgð á eigin gjörðum. Suma menn skortir hins vegar hæfi til að meta eðli gerða sinna og afleiðingar þeirra. Almenn miðast því gerhæfi manna við að viðkomandi hafi náð nægilegum aldursþroska til að gera sér grein fyrir ráðstöfunum sínum eða að viðkomandi hafi náð lögmeðum aldri þar sem gerhæfi er bundið við tiltekinn aldur. Augljóst er til dæmis að nýfætt barn skortir aldur og þroska til að sjá um sig sjálft og tæmist því arfur skortir það að sama skapi hæfi til að fara með umráð eigna sinna og ráðstafa þeim. Þá má viðkomandi ekki hafa verið sviptur gerhæfi sínu, þar sem heimild er til sviptingar, og loks verður að miða við að viðkomandi hafi nægilegt heilbrigði til að hafa skilning á því hvaða réttaráhrif ráðstafanir hans hafa fyrir hann, þannig að bindandi sé að lögum. Skilyrði gerhæfis eru breytileg eftir því um hvaða ráðstafanir er að ræða og getur maður því haft gerhæfi á sumum sviðum réttarins þó að hann skorti gerhæfi á öðrum.³³⁵ Samkvæmt þessu njóta ekki allir menn gerhæfis þó að allir menn njóti vissulega rétthæfis.

Rétthæfi og gerhæfi eru hvoru tveggja persónuleg réttindi sem veita mönnum þann rétt að vera fullgildir þátttakendur í mannlegu samfélagi og eru þar af leiðandi meðal dýrmætustu grundvallarréttinda manna.³³⁶ Ekki má þó blanda saman því sem felst í takmörkuðu rétthæfi og gerhæfisskort. Í því fyrrnefnda er átt við það sem áður var fjallað um að réttarskipunin fyrirmunar mönnum að eiga ákveðin réttindi eða bera ákveðnar skyldur ef skortir á að uppfyllt séu þau skilyrði sem löggjöfin setur fyrir aðild að slíkum réttindum, til dæmis skilyrði um tiltekinn aldur. Með gerhæfisskort er hins vegar átt við að viðkomandi getur vissulega verið aðili að ákveðnum réttarsamböndum en honum er engu að síður fyrirmunað að ráðstafa þeim með sjálfs síns gerðum, hvort sem slíkt felst í að stofna til þeirra, breyta þeim eða slíta. Að baki takmörkunum á rétthæfi manna er yfirleitt leitast við að vernda opinbera hagsmuni, sbr. til dæmis skilyrði um kosningarétt, kjörgengi, embættisgengi, aldursskilyrði o.fl. Aftur á móti eru reglur um gerhæfisskort yfirleitt settar til að vernda hagsmuni hlutaðeigandi einstaklings

³³⁴ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 42.

³³⁵ Sama heimild, bls. 43-44.

³³⁶ Sama heimild, bls. 12 og 13.

þar sem hann brestur hæfi til að skapa sér rétt eða skyldur með lögskiptum sínum og fara með réttindi sín. Um þau efni er hann settur undir forráð annarra.³³⁷

Verður nú sérstaklega fjallað um álitafni sem snúa að sjálfsákvörðunarrétti barna og einstaklinga sem haldnir eru andlegum annmarka þar sem oft getur skort á að þessir einstaklingar njóti fulls gerhæfis.

7.2.1 Sjálfsákvörðunarréttur barna

Með lögræðislögum nr. 71/1997 var sjálfræðisaldur hækkaður úr 16 árum í 18 ár, sbr. 1. gr. laganna. Tvö þingmannafrumvörp sem gerðu ráð fyrir hækkun sjálfræðisaldurs úr 16 árum í 18 ár voru lögð fram á 120. löggjafarþingi.³³⁸ Á 121. löggjafarþingi samræmdu flutningsmenn sjónarmið sín í greinargerð og nýtt frumvarp var lagt fram um sama efni.³³⁹ Þann 15. mars 1993 skipaði þáverandi dómsmálaráðherra³⁴⁰ nefnd sem taka átti til heildarendurskoðunar þágildandi lögræðislög nr. 68/1984. Nefndin tók upphaflega ekki afstöðu til þess hvort hækka bæri lögræðisaldur úr 16 árum í 18 ár og taldi því rétt að ganga svo frá málinu að semja tvö efnislega eins frumvörp að öðru leyti en því er varðaði þetta álitafni. Í greinargerð með frumvörpunum var ítarlega farið yfir rök með og á móti hækkun sjálfræðisaldurs. Þau rök voru meðal annars nefnd gegn hækkuninni að með henni væri verið að svipta stóran hóp ungmenna rétti til að takast á við sjálfsábyrgð. Ungt fólk vildi sjálft taka ákvarðanir í eigin málum og myndi breytingin því mæta verulegri andstöðu hjá þeim. Helstu rökin sem færð voru fyrir hækkuninni voru hins vegar breyttar þjóðfélagsaðstæður, þörf fyrir menntun ungmenna og samræmingarsjónarmið við alþjóðlega sáttmála og löggjöf í nágrannaríkjum Íslands, barnaverndarsjónarmið og sjónarmið varðandi aukna möguleika á að grípa í taumana hvað varðar afbrot og vímuefnaneyslu ungmenna.³⁴¹ Þáverandi dómsmálaráðherra ákvað að leggja fram frumvarpið þar sem gert var ráð fyrir óbreyttum sjálfræðisaldri og lýsti þeirri skoðun sinni að allur þorri ungmenna væri vel fær um að axla þá ábyrgð við 16 ára aldur sem sjálfræðinu fylgdi, þ.e. að ráða persónulegum högum sínum og dvalarstað auk þess sem hann taldi þá ábyrgð sem sjálfræðið færði ungmennum á eigin lífi jákvæða og uppbyggilega og ungu fólki til góða.³⁴² Í meðförum þingsins var frumvarpinu hins vegar breytt á þann veg að sjálfræðisaldur var hækkaður í 18 ár.³⁴³

³³⁷ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 42-43 og 13.

³³⁸ Alþt. 1995-96, A-deild, bls. 3813 og 3815.

³³⁹ Alþt. 1996-97, A-deild, bls. 665.

³⁴⁰ Þorsteinn Pálsson.

³⁴¹ Alþt. 1996-97, A-deild, bls. 3677 og 3678.

³⁴² Alþt. 1996-97, B-deild, bls. 4591-4593.

³⁴³ Alþt. 1996-97, A-deild, bls. 5634.

Í grein sinni um sjálfræði og réttindi barna gagnrýndi Hrefna Friðriksdóttir hins vegar að við mat nefndarinnar sem samdi frumvörpin hefði hvergi verið vikið að því hver væru raunveruleg réttindi barna, óháð aldri og sjálfræði, né því hver væri sjálfsákvörðunarréttur barna. Þá benti hún á að við umræður um samræmingu íslenskrar löggjafar við löggjöf nágrannaríkjanna hefði engin grein verið gerð fyrir mismunandi reglum í lögum hinna Norðurlandanna um sjálfsákvörðunarrétt barna og ungmenna né rétt þeirra til þátttöku í ákvarðanatökum.³⁴⁴ Þrátt fyrir það var tillagan um hækkun sjálfræðisaldurs í 18 ár samþykkt. Sú spurning vaknar því hvort með þessari breytingu hafi stærstur hluti íslenskra ungmenna verið sviptur réttindum.

Í íslenskri löggjöf má víða finna ákvæði sem mæla fyrir um skyldu til að leita sjónarmiða barns sem náð hefur tilteknum aldri áður en ákvarðanir eru teknar um persónuleg málefni þess. Má sem dæmi nefna að í 1. mgr. 26. gr. laga um réttindi sjúklinga er mælt fyrir um að sjúk börn skuli höfð með í ráðum, eftir því sem kostur er, þegar tekin er ákvörðun um nauðsynlega meðferð þeirra og ávallt eftir að þau hafa náð 12 ára aldri. Samkvæmt 2. mgr. 25. gr. sömu laga skal þess gætt að alltaf skuli veita sjúkum börnum upplýsingar um heilsufar þeirra og meðferð að teknu tilliti til aldurs þeirra og þroska. Þá segir í 1. gr. bvl. að börn skuli njóta réttinda í samræmi við aldur sinn og þroska og 2. mgr. 4. gr. sömu laga mælir fyrir um að barnaverndaryfirvöld skuli taka tillit til sjónarmiða og óska barna eftir því sem aldur þeirra og þroski gefur tilefni til. Í 1. mgr. 82. gr. bvl. er lögð áhersla á að heimili og stofnanir samkvæmt 79. gr. laganna skuli rekin þannig að barn sem þar dvelst geti sjálft ráðið persónulegum högum sínum og haft þau samskipti við aðra sem það óskar, allt eftir því sem samræmist best aldri og þroska þess, tilganginum með vistuninni og ábyrgð á öryggi barnsins og velferð. Í athugasemdum við 82. gr. í frumvarpi með lögum um vernd barna og ungmenna er einmitt tekið fram að með greininni sé verið að leggja áherslu á að taka skuli tillit til sjálfsákvörðunarréttar og vilja barnsins og þannig áréttað að sjálfsákvörðunarréttur barnsins um persónuleg málefni þess sé meginregla sem þó hljóti eðli málsins samkvæmt að sæta takmörkunum þar sem um er að ræða einstakling sem sé ósjálfráða.³⁴⁵ Í 1. mgr. 43. gr. barnalaga nr. 76/2003 (bl.) er mælt fyrir um að veita skuli barni sem náð hefur nægilegum þroska kost á að tjá sig um mál sem varða ágreining um forsjá þess nema sýnt sé að það geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit máls og í 6. mgr. 28. gr. sömu laga segir að afstaða barns skuli fá aukið vægi eftir því sem það er eldra og þroskaðra. Í

³⁴⁴ Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“, bls. 734-735.

³⁴⁵ Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 1868. Af öðrum ákvæðum bvl. sem mæla fyrir um að taka skuli tillit til sjónarmiða barns má geta 2. mgr. 23. gr., 2. mgr. 46. gr. og 3. mgr. 70. gr.

athugasemndum við síðastnefndu greinina í frumvarpi til barnalaga var tekið fram að ekki þætti heppilegt að afmarka nánar í lögnum sjálfsákvörðunarrétt barna í tilteknum málum heldur bæri að leggja á það áherslu að barn nyti almennt stigvaxandi réttinda, sbr. 1. mgr. 12. gr. Barnasáttmálans.³⁴⁶ Í barnarétti er því viðurkennt það sjónarmið að eftir því sem barn verður eldra hefur það ríkari rétt til að ráða persónulegum högum sínum.

Í raun fjalla reglur um stigvaxandi réttindi barna um sífellt aukinn rétt til þátttöku, bæði hvað varðar ákvarðanir um eigið líf og til almennra skoðanaskipta.³⁴⁷ Að börnum sé veittur réttur til þátttöku er ekki síst mikilvægt til að stuðla að því að börn öðlist persónulegan og samfélagslegan þroska. Við mat á því hversu mikils þroska er rétt að krefjast til tiltekinnna athafna verður að taka mið af þeim athöfnum sem um er að ræða og hverjar afleiðingar þær kunna að hafa.³⁴⁸ Þannig er til dæmis augljóst að heimild unglings til að ráðstafa sjálfur daglaununum sínum skiptir mun minna máli en heimild til að festa kaup á fasteign.

Á sumum sviðum réttarins er gerhæfi barna þó ekki miðað við tiltekinn þroska heldur bundið tilteknum aldurskilyrðum.³⁴⁹ Í einstökum tilvikum eru þannig beinlínis lögfestar reglur um meðákvörðunar- eða sjálfsákvörðunarrétt barna en því hefur verið haldið fram að eina leiðin til að framfylgja réttindum barna og móta inntak forsjár sé einmitt með því að fastmóta reglur um einstök tilvik.³⁵⁰ Af ákvæðum sem mæla fyrir um meðákvörðunarrétt barna má nefna 1. mgr. 6. gr. laga um ættleiðingar þar sem segir að ekki megi ættleiða barn sem orðið er 12 ára nema með samþykki þess.³⁵¹ Þá segir í 8. mgr. 14. gr. laga um mannanöfn að óheimilt sé að breyta kenninafni barns sem náð hefur 12 ára aldri án samþykkis þess og í 3. tölul. 2. mgr. 13. gr. laga um ráðgjöf og fræðslu varðandi kynlíf og barneignir og um fóstureyðingar og ófrjósemisaðgerðir nr. 25/1975 (fóstureyðingarlög) segir að sé kona sem sækir um fóstureyðingu yngri en 16 ára eða svipt sjálfræði skulu foreldrar eða lögráðamaður taka þátt í umsókn um fóstureyðingu með henni nema sérstakar ástæður mæli gegn því.

Af ákvæðum sem beinlínis mæla fyrir um sjálfsákvörðunarrétt barna má nefna 2. og 3. mgr. 75. gr. lögræðislaga þar sem segir að ófjárráða einstaklingur ráði sjálfur gjafafé sínu og því sjálfsaflafé sem hann hefur þegar unnið fyrir. Þá segir í 1. mgr. 8. gr. laga um skráð

³⁴⁶ Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 915.

³⁴⁷ Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“, bls. 741.

³⁴⁸ Skaðabótaábyrgð barna er til dæmis ekki bundin við tiltekin aldursmörk heldur miðast hún við það hvort venjulegt barn á sama aldri og tjónvaldur hefði verið líklegt til að skilja að tiltekin háttsemi væri hættuleg og líkleg til að valda tjóni. Mælikvarðinn er því áþekkur bonus pater mælikvarðanum. Sjá Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 402.

³⁴⁹ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 44. Þannig miðast til dæmis refsábyrgð barna við 15 ára aldur, sbr. 14. gr. hgl.

³⁵⁰ Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“, bls. 745.

³⁵¹ Þó þarf ekki að leita eftir samþykki barns sem náð hefur 12 ára aldri ef andlegum högum þess er svo farið að það geti ekki gefið marktækt samþykki eða ef varhugavert þykir vegna hagsmuna barnsins að leita eftir því.

trúfélög nr. 108/1999 að barn sem náð hefur 16 ára aldri geti sjálft tekið ákvörðun um inngöngu í skráð trúfélag eða úrsögn úr trúfélagi. Eins og komið hefur fram er kynferðislegur lágmarksaldur eða samþykkisaldur barna 15 ár, sbr. 1. mgr. 202. gr. hgl. Þó getur einstaklingur sem ekki hefur náð 18 ára aldri ekki samþykkt kynmök við tilteknar aðstæður jafnvel þótt kynferðislegum lágmarksaldri hafi verið náð, sbr. til dæmis 201. gr. hgl. og jafnvel þótt 18 ára aldri hafi verið náð getur einstaklingur ekki undir neinum kringumstæðum samþykkt kynferðismök við þær aðstæður sem greint er frá í 200. gr. hgl. Þá má geta þess að með gagnályktun frá 1. mgr. 26. gr. laga um réttindi sjúklinga getur barn sem náð hefur 16 ára aldri sjálft tekið ákvörðun um hvort það hljóti meðferð þar sem ekki þarf samþykki foreldra nema barn sé yngra en 16 ára. Með gagnályktun frá 3. tölul. 2. mgr. 13. gr. fóstureyðingarlaga mætti einnig ætla að þunguð stúlka sem náð hefur 16 ára aldri geti sjálf tekið ákvörðun um það hvort hún sækir um fóstureyðingu án þess að samþykki foreldra þurfi að koma til. Má þá einnig benda á að almennt er viðurkennt að einstaklingar undir 18 ára aldri fari með forsjá barna sem þeir kunna að eignast og ráða því persónulegum högum barna sinna í sama mæli og foreldrar almennt.³⁵² Þegar aðildarríkin að Barnasáttmálanum hafa með þessum hætti ákveðið að setja ákveðin aldursmörk varðandi ýmis réttindi barna hefur Barnaréttarnefndin lagt áherslu á að ríkin leitist við að finna jafnvægi milli verndarinnar sem barninu ber og annarra réttinda sem samræmast vaxandi þroska þess.³⁵³

Þegar fengist er við spurningar um þátttöku og sjálfsákvörðunarrétt barna verður annars vegar að hafa í huga að réttur barnsins til að vera hafður með í ráðum við ákvarðanatöku sem varðar barnið sjálft er ekki réttur til að ráða og ávallt verður að leggja áherslu á að finna ásættanlegt hlutfall milli verndarsjónarmiða og þátttökuréttar barnsins. Í sumum málum eiga börn að ráða en í öðrum ekki og í enn öðrum verða foreldrar að leitast við að finna sameiginlega niðurstöðu með barninu. Í einhverjum tilvikum er hægt að fastmóta reglur um meðákvörðunar- eða sjálfsákvörðunarrétt með því að binda gerhæfi barna við tiltekin aldursmörk en alltaf munu koma upp aðstæður þar sem ákvörðunarréttur barnsins verður að miðast við almenn viðmið um réttarstöðu barna.³⁵⁴

Af því sem nú hefur verið rakið hlýtur að blasa við að hækkun sjálfræðisaldursins snerist ekki um fullkominn rétt annars vegar og réttleysi hins vegar. Í sjálfræðisaldrinum felst að einstaklingurinn ræður öllum persónulegum högum sínum sjálfur og ber auk þess einn ábyrgð á öllum ákvörðunum sem hann tekur. Spurningin um hver sjálfræðisaldurinn eigi að vera

³⁵² Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 106. Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“, bls. 745.

³⁵³ *Barnasáttmálinn*, bls. 9 og 61.

³⁵⁴ Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“, bls. 739.

snýst því fyrst og fremst um það við hvaða aldur yfirgnæfandi fjöldi barna hefur öðlast fullnægjandi þroska til að taka ein og óstudd allar ákvarðanir um persónuleg málefni sín.³⁵⁵ Þá má ekki líta fram hjá því að með hækkun sjálfræðisaldursins framlengdist forsjárskylda foreldra til 18 ára aldurs. Í 1. gr. bvl. er mælt fyrir um forsjárskyldur foreldra. Í greininni segir að börn eigi rétt á vernd og umönnun og að þau skuli njóta réttinda í samræmi við aldur sinn og þroska. Allir sem hafi uppleiddi og umönnun barna með höndum skuli sýna þeim virðingu og umhyggju og óheimilt sé með öllu að beita börn ofbeldi eða annarri vanvirðandi háttsemi. Foreldrum beri að sýna börnum sínum umhyggju og nærfærni og gegna forsjár- og uppleiddisskyldum við börn sín svo sem best hentar hag og þörfum þeirra. Þá ber þeim að búa börnum sínum viðunandi uppleiddisaðstæður og gæta velfarnaðar þeirra í hvívetna. Með hækkun sjálfræðisaldursins voru réttindi barna því betur tryggð að þessu leyti með áframhaldandi forsjárskyldum foreldra.

7.2.2 Sjálfsákvörðunarréttur einstaklinga sem haldnir eru andlegum annmarka

Andlega vanheilir einstaklingar njóta réttshæfis eins og allir aðrir menn. Þá skortir hins vegar oft skilning til að taka skynsamlegar ákvarðanir og njóta því oft ekki gerhæfis líkt og átt getur við um börn. Samkvæmt Samningi SP um réttindi fatlaðs fólks ber aðildarríkjunum að vernda, tryggja og stuðla að því að fatlaðir njóti allra mannréttinda og mannfrelsis til fulls og jafns við aðra sem ófatlaðir eru og virða mannlega reisn þeirra. Fatlaðir eiga þannig rétt á því að ríkin virði sjálfstæði þeirra og frelsi til að taka eigin ákvarðanir. Ýmsar greinar sáttmálans mæla síðan nánar fyrir um sjálfsákvörðunarrétt fatlaðra til að taka ýmsar ákvarðanir sem varða eigið líf þeirra. Taka þær jafnt til líkamlega og andlega fatlaðra einstaklinga eins og áður hefur komið fram. Skulu nú nokkrar greinar nefndar í dæmaskyni. Í 19. gr. er mælt fyrir um að fatlaðir eigi sama rétt og aðrir til að lifa í samfélaginu og hafi rétt til að velja og hafna til jafns við aðra. Aðildarríkin skulu gera árangursríkar og viðeigandi ráðastafanir til að fatlaðir megi njóta þessa réttar til fulls og stuðla að fullri þátttöku í samfélaginu án aðgreiningar. Skal meðal annars tryggja að fatlaðir geti valið sér búsetuform og tekið sjálfir ákvarðanir um hvar þeir búa og með hverjum og eiga þeir því ekki að þurfa að sæta því að vera þvingaðir til að búa í tilteknu búsetuformi, sbr. a-lið. greinarinnar. Þá ber fötluðum réttur til þjónustu og ýmissa stuðningsúræða til að geta tekið virkan þátt í samfélaginu og skal samfélagsþjónusta og önnur aðstaða fyrir almenning standa þeim til boða og svara þörfum þeirra til jafns við aðra, sbr. b- og c-lið. sömu greinar. Þá er eins og áður sagði mælt fyrir um rétt fatlaðra til einkalífs, heimilis og fjölskyldu í 22. og 23. gr. sáttmálans. Þessar greinar

³⁵⁵ Sjá til hliðsjónar Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“, bls. 748.

gegna mikilvægu hlutverki í að tryggja sjálfsákvörðunarrétt fatlaðra í ýmsum málum sem snúa að einkalífi þeirra og fjölskyldu. Þannig er nánar tiltekið lagt á aðildarríkin að gera árangursríkar og viðeigandi ráðstafanir til þess að uppræta mismunun gagnvart fötluðum í öllum málum sem lúta að hjónabandi, fjölskyldu, foreldrahlutverki og samböndum á sama hátt og gildir um aðra, sbr. 1. mgr. 23. gr. Virða skal rétt allra fatlaðra, sem náð hafa tilskildum aldri, til að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu með frjálsum og fullu samþykki hjónaefnanna, sbr. a-lið 1. mgr. sömu greinar. Samkvæmt b-lið 1. mgr. skal tryggja að réttur fatlaðs fólks til óheftrar og ábyrgrar ákvarðanatöku um fjölda barna og tíma milli fæðinga og til að hafa aðgang að upplýsingum og fræðslu um getnað og fjölskylduáætlanir sé viðurkenndur og að því séu tiltæk nauðsynleg ráð sem gera því kleift að nýta sér þennan rétt. Þá er ekki síst mikilvægt ákvæði c-liðar 1. mgr. þar sem kveðið er á um rétt fatlaðra, þar með talið fatlaðra barna, til að halda frjósemi sinni til jafns við aðra. Þá segir í 2. mgr. 23. gr. að aðildarríkin skuli veita fötluðum viðeigandi aðstoð við að uppfylla skyldur sínar sem uppalendur barna og í 4. mgr. sömu greinar er svo fyrir mælt að ekki sé réttlæt看legt undir neinum kringumstæðum að taka barn af foreldrum sínum á þeim forsendum einum að foreldrarnir séu fatlaðir. Þá skal réttur fatlaðra til menntunar tryggður, sbr. 24. gr. og samkvæmt 27. gr. ber fötluðum auk þess réttur til að velja sér vinnu að eigin vali til jafns við aðra. Samkvæmt 29. gr. skal tryggt að fatlaðir geti tekið þátt í stjórnámálum og opinberu lífi. Skulu aðildarríkin til að mynda tryggja að fatlaðir geti tekið þátt í leynilegri atkvæðagreiðslu í kosningum og þjóðaratkvæðagreiðslum og greiða fyrir notkun hjálpartækja og nýrrar tækni þar sem við á. Fatlaðir eiga þannig að geta látið vilja sinn óþvingað í ljós sem kjósendur og skal heimila í þessu skyni eftir því sem nauðsyn krefur að ósk fatlaðra, að þeir njóti aðstoðar einstaklinga að eigin vali við að greiða atkvæði. Samkvæmt 30. gr. ber aðildarríkjunum að tryggja að fatlaðir geti tekið þátt í menningarlífi, tómsunda-, frístunda- og íþróttastarfi. Skulu aðildarríkin í þessu skyni gera allar viðeigandi ráðstafanir til þess að fatlaðir fái tækifæri til að þroska og nota sköpunargáfu sína og listræna og vitsmunalega getu. Þá má að lokum nefna að samkvæmt 5. mgr. 12. gr. er mælt fyrir um rétt fatlaðra til að eiga og erfa eignir til jafns við aðra og rétt þeirra til að stjórna eigin fjármálum og hafa jafnan aðgang að bankalánnum, veðlánnum og annars konar fjárhagslegum lánnum.

Í íslenskum rétti er á grundvelli II. kafla lögræðis laga heimilt að svipta menn lögræði með úrskurði dómara, sjálfræði einu sér, fjárræði einu sér eða hvoru tveggja. Í a-d-lið 4. gr. er nánar mælt fyrir um eftirfarandi skilyrði sem verða að vera uppfyllt til að hægt sé að grípa til lögræðissviptingar:

- a. Ef hann er ekki fær um að ráða persónulegum högum sínum eða fé vegna andlegs vanþroska, ellisljóleika eða geðsjúkdóms eða vegna annars konar alvarlegs heilsubrests.
- b. Ef hann sökum ofdrykkju eða ofnotkunar ávana- og fíkniefna er ekki fær um að ráða persónulegum högum sínum eða fé.
- c. Ef hann vegna líkamlegs vanþroska, heilsubrests eða annarra vanheilinda á óhægt með að ráða persónulegum högum sínum eða fé og æskir sjálfur lögræðissviptingar af þeim sökum.
- d. Ef nauðsyn ber til að vista hann án samþykkis hans í sjúkrahúsi sökum fyrirmæla í heilbrigðislöggjöfni.

Þá er mælt fyrir um takmarkaða lögræðissviptingu í 5. gr. og lögræðissviptingu til bráðabirgða í 6. gr. Heimild sem þessi til sviptingar gerhæfis fulltíða manna, sem ekki eru færir um að ráðstafa sér eða réttindum sínum sjálfir, nær þó aðeins til tiltekinna ráðstafana á afmörkuðum réttarsviðum. Alger svipting gerhæfis sem tekur til allra réttarsambanda er ekki heimil.³⁵⁶ Að því er varðar lögræðissviptingu einstaklinga sem haldnir eru andlegum annmarka má benda á að í 12. gr. sáttmálans er að finna mikilvægt ákvæði um réttarstöðu fatlaðra sem snertir ákvarðanatöku um eigið líf. Samkvæmt 2. og 3. mgr. ber aðildarríkjunum að viðurkenna að fatlaðir njóti gerhæfis til jafns við aðra á öllum sviðum mannlífsins og gera viðeigandi ráðstafanir til þess að fatlaðir geti leitað eftir aðstoð sem þeir kunna að þarfnast þegar þeir nýta gerhæfi sitt. Þá segir í 4. mgr. að tryggja beri að allar ráðstafanir sem varða beitingu gerhæfis feli í sér viðeigandi og árangursríkar verndarráðstafanir til þess að koma í veg fyrir misnotkun í samræmi við alþjóðleg mannréttindalög. Skal með slíkum verndarráðstöfunum, sem varða beitingu gerhæfis, tryggja að réttindi, vilji og séróskir viðkomandi einstaklings séu virtar. Slíkar ráðstafanir megi ekki leiða til hagsmunaárekstra eða hafa ótilhlýðileg áhrif heldur verði þær að vera við hæfi sérhvers einstaklings og sniðnar að aðstæðum viðkomandi hverju sinni. Þær verði að gilda í sem skemmstan tíma og skulu endurskoðaðar reglulega af til þess bæru, sjálfstæðu og hlutlausu yfirvaldi eða stofnun á sviði dómsmála. Að því marki sem slíkar ráðstafanir hafa áhrif á réttindi og hagsmuni viðkomandi einstaklings ber að gæta meðalhófs við gerð verndarráðstafana.

Eins og tekið var fram í kafla 4.2.5 var í byrjun árs 2008 skipuð nefnd af þáverandi félags- og tryggingamálaráðherra til að kanna hvort lög og reglugerðir á Íslandi uppfylltu þær kröfur sem lagðar eru á ríki sem hyggjast fullgilda sáttmálann. Að því er varðar þá umfjöllun sem nú hefur verið gerð grein fyrir um sjálfsákvörðunarrétt fatlaðra samkvæmt ákvæðum sáttmálans verða nú helstu tillagna nefndarinnar getið um breytingar á íslenskri löggjöf til að fullgilding sáttmálans geti farið fram.

Fyrst ber að nefna þá tillögu nefndarinnar að við næstu endurskoðun stjórnarskrárinnar verði bann við mismunun á grundvelli *fötunar* tryggt sérstaklega en auk þess hefur nefndin

³⁵⁶ Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*, bls. 44.

lagt til að ráðist verði í heildarendurskoðun á núgildandi lögum um málefni fatlaðra nr. 59/1992. Til að tryggja rétt þeirra einstaklinga sem eiga í erfiðleikum með að beita gerhæfi sínu til að fá aðstoð við að beita því, sbr. 12. gr. sáttmálans, leggur nefndin til að sett verði ákvæði í íslenska löggjöf um persónulega talsmenn. Ákvæði IV. kafla lögræðislaga um ráðsmenn komi ekki að gagni hvað þetta varðar þar sem þau eru afmörkuð við heimildir ráðsmanns til að ráðstafa tilteknum eignum manns sem ekki getur séð um eigin fjármál vegna veikinda eða fötlunar. Með ákvæðum um persónulega talsmenn yrði hins vegar stuðlað að því markmiði sáttmálans að fatlaðir fengju aðstoð við að rækja gerhæfi sitt á fleiri réttarsviðum.³⁵⁷ Ákvæði um persónulega talsmenn myndu að þessu leyti óneitanlega stuðla betur að því að einstaklingar sem eiga í erfiðleikum með að beita gerhæfi sínu án aðstoðar geti sjálfir tekið ákvarðanir á grundvelli meðfæddis sjálfsákvörðunarrettar síns.

Hvað snertir sjálfsákvörðunarrett fatlaðra til að velja sér búsetustað og taka eigin ákvarðanir um það hvar þeir kjósi að búa og með hverjum, sbr. 19. gr. sáttmálans, telur nefndin meðal annars að mæla verði skýrlega fyrir um efni greinarinnar í lögum. Tryggja verði með lögum að fötluðum sé ekki einungis boðin búseta á sambýlum eða í sambýli við hóp fatlaðs fólks, aldraða o.s.frv. heldur verði þeim að standa til boða að velja um sjálfstæða búsetu og gefast kostur á viðeigandi þjónustu þar. Leggur nefndin til að félags- og tryggingamálaráðuneytið miði að því að öllum fötluðum einstaklingum standi slíkt val til boða í síðasta lagi árin 2015 til 2020.³⁵⁸

Til að tryggja betur réttindi fatlaðra til þeirra réttinda sem mælt er fyrir um í 22. og 23. gr. sáttmálans hefur nefndin gert ýmsar tillögur til úrbóta. Hefur hún meðal annars beint því til Lýðheilsustöðvar að gengist verði fyrir markvissu átaki í kynfræðslu fatlaðs fólks og lagt til að felld verði úr gildi lög um að heimila í viðeigandi tilfellum aðgerðir á fólki, er koma í veg fyrir, að það auki kyn sitt nr. 16/1938. Með því að fella lögin úr gildi í heild sinni sé betur tryggður sá réttur fatlaðra til að halda frjósemi sinni.³⁵⁹

Þá hefur nefndin mælt með því að mennta- og menningarmálaráðherra kalli eftir greinargerðum frá framhalds- og háskólastigum þar sem koma skuli fram úttekt á því hvaða skriflegu verklagsreglur séu til staðar um nám fatlaðs fólks. Skoða verði að hve miklu leyti skólarnir teljist fullnægja þeim skyldum sínum að koma í veg fyrir mismunun svo að réttur fatlaðra til menntunar samkvæmt 24. gr. sáttmálans verði sem best tryggður.³⁶⁰ Í þessu

³⁵⁷ Tillögur nefndar um fullgildingu Samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, bls. 13.

³⁵⁸ Sama heimild, bls. 15.

³⁵⁹ Sama heimild, bls. 16. Með 33. gr. laga nr. 25/1975 voru lögin að mestu felld úr gildi nema að því leyti sem varðar afkynjanir. Telur nefndin að ganga verði skrefið til fulls til að réttindi fatlaðra séu betur tryggð.

³⁶⁰ Sama heimild, bls. 17.

sambandi skal þó hafa í huga að þrátt fyrir að andlega fatlaðir einstaklingar eigi rétt til menntunar til jafns við þá sem eru andlega heilbrigðir getur hagsmunum þeirra verið betur borgið með því að sækja menntun í sérskóla í stað almenns skóla. Má í þessu sambandi vísa til *Hrd. 13. desember 2007 (169/2007)*. Í dóminum tók Hæstiréttur fram að þrátt fyrir að meginreglan væri sú að nám fatlaðra nemenda færi fram í heimaskóla, sbr. 3. mgr. 37. gr. laga nr. 66/1995 um grunnskóla væri ljóst af athugasemdum með frumvarpi til laganna að fötlun nemanda kynni að vera slík að hann gæti ekki stundað nám í almennum grunnskóla. Mat á því hvort barn fengi notið kennslu við sitt hæfi í heimaskóla ætti samkvæmt ákvæðinu bæði undir foreldra barnsins, kennara við skólann og aðra sérfræðinga. Fælist það í forsjárskyldum foreldra að afla yrði barninu lögmæltrar fræðslu og ráða persónulegum högum þess. Þessum skyldum bæri foreldrum að gegna svo sem best hentaði hag barnsins og væru þannig bundin við ákvarðanir í þessum efnum að taka tillit til mats sérfræðinga á vegum skólayfirvalda um hvaða tilhögun væri barninu fyrir bestu. Var því ekki fallist á með kærendum í málinu að dóttir þeirra, sem bæði var þroskaheft og flogaveik og haldin einkennum einhverfu, ætti fortakslausan rétt á því að njóta aðgangs að almennum grunnskóla í heimabyggð.

Að því er varðar réttindi fatlaðra til að velja sér starf samkvæmt 27. gr. hefur nefndin lagt til að félags- og tryggingamálaráðherra feli Vinnumálastofnun að gera áætlun um hvernig markmiðum greinarinnar verði best náð.³⁶¹ Að lokum má nefna hvað varðar rétt fatlaðra til þátttöku í stjórnámum og opinberu lífi hefur nefndin mælt fyrir um að sérstaklega verði gerð grein fyrir ákvæði 29. gr. samningsins í lögum sem fjalla um réttindi fatlaðs fólks.³⁶²

8 Lokaorð

Í upphafi ritgerðarinnar var fjallað um breytilegt inntak sjálfsákvörðunarréttarins og gerð grein fyrir því að hugtakið hefur í raun ekki hlotið einhlíta skilgreiningu í lögfræðilegri merkingu. Þá var bent á að sjálfsákvörðunarréttur þjóða er eðli málsins samkvæmt réttur sem þjóðin hefur og beitir sem heild og er því ekki um einstaklingsbundinn rétt að ræða. Sjálfsákvörðunarréttur einstaklingsins lýtur hins vegar að rétti sérhvers manns til að ráða yfir lífi sínu og líkama og taka ákvarðanir sem varða hann sjálfan.

Því næst var komist að því að rekja megi hugmyndir manna um að þeim beri ákveðin meðfædd réttindi til kenninga náttúrulegtar um viss ásköpuð réttindi einstaklingsins sem ekki verða frá honum skilin vegna náttúrulegs eðlis hans. Vísað var til þess að náttúrulegt væri kenning um eðli laga sem skírskotar til ákveðinna grundvallarreglna sem eru æðri en

³⁶¹ Tillögur nefndar um fullgildingu Samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, bls. 20.

³⁶² Sama heimild, bls. 21.

mannanna lög. Hann byggir á því að ákveðnar meginreglur séu reistar á mannlegu eðli og vísar til algildra, eilífra og óafsalanlegra gilda sem ekki er í mannlegu valdi að breyta. Náttúruréttur boðar þannig að þau grundvallarmannréttindi sem bundin eru í stjórnarskrár og ýmsa alþjóðlega mannréttindasáttmála í dag séu meðfædd réttindi sérhvers manns sem ekki verða af honum tekin.

Þar á eftir var fjallað um tryggingu sjálfsákvörðunarréttarins í stjórnarskránni og í ýmsum alþjóðlegum mannréttindasáttmálum. Gerð var grein fyrir því að með 12. gr. Mannréttindayfirlýsingar SP hafði í fyrsta skipti á alþjóðavettvangi náðst samstaða ríkja um að tryggja sérhverjum manni rétt til að ráða yfir lífi sínu og líkama og njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Þá var einnig vikið að mikilvægi 3. gr. yfirlýsingarinnar þar sem réttur til lífs og frelsis er í raun forsenda þess að einstaklingurinn fái notið annarra mannréttinda. Því næst voru helstu ákvæðum SBSR, SEFMR, MSE, Barnasáttmálans og Samnings SP um réttindi fatlaðs fólks, sem hafa þýðingu fyrir sjálfsákvörðunarrétt sérhvers manns, gerð skil. Í framhaldinu var gerð grein fyrir því að af aðild Íslands að þessum samningum leiðir að Ísland er skuldbundið að þjóðarétti til að virða og uppfylla ákvæði þessara samninga auk þess sem ákvæði MSE hafa verið lögfest í íslenskum rétti. Þá verða ákvæði íslenskra laga, einkum ákvæði stjórnarskrárinnar, skýrð með hliðsjón af þeim meginreglum sem mótaast hafa um sambærileg ákvæði MSE í meðförum Mannréttindadómstólsins.

Að því loknu var leitast við að svara spurningunni um hvar og hvernig vernd sjálfsákvörðunarréttarins birtist. Byrjað var á því að greina inntak hugtaksins *einkalíf* í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og skoðuð túlkun Mannréttindadómstólsins á sambærilegu hugtaki 1. mgr. 8. gr. MSE. Með vísan til yfirlýsingar Ráðgjafarþings Evrópuráðsins um fjölmiðla og mannréttindi frá árinu 1970,³⁶³ túlkunar Mannréttindadómstólsins á 8. gr. MSE í hinum ýmsu dómum og ályktunar lagaprófessorsins Henricus J. Snijders var komist að þeirri niðurstöðu að sjálfsákvörðunarréttur manna nýtur vissulega verndar 8. gr. sáttmálans. Eins og dómstóllinn tók fram í dómi *Pretty gegn Bretlandi* er réttur sérhvers manns til sjálfsstjórnar grundvöllur túlkunar á þeim réttindum sem greinin tryggir. Jafnframt megi fallast á það með dómaranum í máli *Sheffield og Horsham gegn Bretlandi* að sjálfsákvörðunarrétturinn sé einnig undirstöðuatriði í ýmsum öðrum réttindum sáttmálans á borð við rétt til frelsis í 5. gr. Hann megi þó fyrst og fremst rekja til meðfædds réttar sérhvers manns sem meðal annars birtist í inngangsorðum Mannréttindayfirlýsingar SP í yfirlýsingunni um að hver maður sé jafnborinn

³⁶³ Sem fyrr segir er svohljóðandi skilgreining gefin á hugtakinu einkalíf í yfirlýsingunni: „Rétturinn til einkalífs samanstendur í grundvallaratriðum af réttinum til að lifa sínu eigin lífi með lágmarks afskiptum annarra.“ Eins og áður hefur komið fram var yfirlýsingin tekin upp í ályktun þingsins um rétt til einkalífs frá árinu 1998,

til virðingar og óafsalanlegra réttinda. Þá var einnig komist að því, meðal annars með vísan til athugasemda við 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar í greinargerð með stjórnskipunarlægum nr. 97/1995, að kjarni hugtaksins *einkalíf* felst í því að sérhver maður hafi rétt til að ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Sjálfsákvörðunarrétturinn nýtur því einnig verndar 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í framhaldi af því var vísað til dómaframkvæmdar Mannréttindadómstólsins á völdum sviðum þar sem reynt hefur á rétt manna til ákvarðanatöku um eigið líf. Fjallað var um rétt manna til að ráða nafni sínu, útliti og klæðnaði, réttarvernd kynímyndar, kynfrelsis og kynferðissambanda og rétt manna til að stofna til hjúskapar, þar sem sérstaklega var vikið að réttarstöðu samkynhneigðra og einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerðir. Ennfremur var gerð grein fyrir þeim skilyrðum sem verða að vera uppfyllt til að takmarka megi sjálfsákvörðunarrétt manna og þeim jákvæðu skyldum sem ríki þurfa að uppfylla til að tryggja að réttindin samkvæmt 8. gr. MSE verði virk í raun. Að lokum var sú ályktun dregin af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins að dómstóllinn játar aðildarríkjunum vítt svigrúm til mats um leiðir sem þau velja til að uppfylla skyldur sínar samkvæmt sáttmálanum. Ríkin njóta því töluverðs svigrúms þegar takmarkanir eru gerðar á þeim réttindum sem sáttmálinn verndar og hefur dómstóllinn verið tregur til að hrófla við mati ríkja að þessu leyti. Var sérstaklega vikið að ummælum dómsins í dómi *Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi* um að dómstóllinn hefur lokaorðið um það hvort mat aðildarríkjanna samræmist skuldbindingum sáttmálans. Svigrúmið sem aðildarríkjunum er játað sé þó ekki alltaf hið sama heldur sé það breytilegt eftir aðstæðum hverju sinni. Viðeigandi þættir sem meta þarf í því samhengi eru einkum eðli þeirra réttinda sem eru til skoðunar, mikilvægi þeirra fyrir einstaklinginn og eðli þeirrar háttsemi sem við er að etja. Af því leiði að á sumum sviðum hefur dómstóllinn talið að þessu mati aðildarríkjanna séu settar þrengri skorður en á öðrum. Eigi það til dæmis við á þeim sviðum sem varða mjög viðkvæma þætti í einkalífi manna á borð við kynferðislíf þeirra, sbr. niðurstöðu dómstólsins í málum *Dudgeon gegn Bretlandi* og *A.D.T. gegn Bretlandi*.

Þá var leitast við að svara þeirri spurningu hvort sjálfsákvörðunarrétturinn fæli í sér að menn gætu afsalað sér grundvallarmannréttindum sínum. Til að leita svara við því voru áhrif samþykkis á sviði refsiréttar skoðuð, einkum með tilliti til manndráps, líkamsmeiðinga og kynferðisbrota. Gerð var grein fyrir því, meðal annars með vísan til inngangsorða Mannréttindayfirlýsingar SP, að mannréttindi eru óafsalanleg réttindi einstaklingsins. Persónuleg réttindi sérhvers manns, á borð við rétt manna á líkama sínum og lífi, frelsi, æru og sumum greinum tilfinningalífs og einkalífs eru svo nátengd andlegu og líkamlegu lífi manna að þau verða ekki frá því greind. Samkvæmt lögum njóti líf, líkami, frelsi og heilsa

manna víðtækrar friðhelgi og verndar og geta menn því almennt ekki samþykkt að brotið sé gegn þessum dýrmætustu grundvallarmannréttindum sínum. Verði því að skoða í hverju tilviki fyrir sig hvort samþykki telst gilt undir slíkum kringumstæðum sem þá myndi leiða til refsibrottfalls, refsilækkunar eða málsbóta gerandans. Þá var sérstaklega vikið að rétti manna til lífs og bent á það að líf manna og frelsi er í raun grundvöllur þess að einstaklingurinn fái notið annarra réttinda. Um upphaf lífs var þó vísað til þess að bæði Mannréttindanefndin og Mannréttindadómstóllinn hafa játað aðildarríkjunum rúmt svigrúm til að ákveða undir lögum ríkisins hvenær rétturinn til lífs hefist. Að lokum var svo tekið til skoðunar hvort leiða mætti af 2. eða 8. gr. MSE að menn hefðu rétt til að deyja. Í þessu sambandi var afstaða Mannréttindadómstólsins tekin til skoðunar í dómi *Pretty gegn Bretlandi*. Komist var að því að réttur til að deyja yrði hvorki leiddur af 2. né 8. gr. sáttmálans og var bresk löggjöf sem mælti fyrir um að aðstoð við sjálfsvíg væri refsiverður verknaður talin nauðsynleg til að tryggja réttindi annarra. Dómurinn tók hins vegar ekki afstöðu til þess hvort löggjöf í þeim ríkjum sem heimila sjálfsvíg bryti gegn 2. gr. Mannréttinasáttmálans.

Að lokum var fjallað um meðfæddan rétt manna til sjálfsákvörðunar og gerð grein fyrir hugtökunum *rétthæfi*, *réttaraðild* og *gerhæfi*. Vísað var til þess að suma menn skortir hæfi til að meta eðli gerða sinna og afleiðingar þeirra og gæti þar af leiðandi skort gerhæfi. Skilyrði gerhæfis séu þó breytileg eftir því um hvaða ráðstafanir er að ræða og getur maður því haft gerhæfi á sumum sviðum réttarins þótt hann skorti það á öðrum. Í framhaldinu var vikið að álitaeftum sem snúa að sjálfsákvörðunarrétti barna og einstaklinga sem haldnir eru andlegum annmarka þar sem skort getur á að þessir einstaklingar njóti fulls gerhæfis. Gerð var grein fyrir mikilvægum ákvæðum Barnasáttmálans sem varða þátttöku barna í ákvarðanatökum, einkum 12. gr., auk þess sem fjallað var um ýmis ákvæði í íslenskri löggjöf sem beinlínis lögfesta reglur um meðákvörðunar- eða sjálfsákvörðunarrétt barna. Að sama skapi var vísað til mikilvægra ákvæða, sem máli skipta fyrir vernd sjálfsákvörðunarréttar fatlaðra, í Samningi SP um réttindi fatlaðs fólks og gerð grein fyrir helstu tillögum um úrbætur á íslenskri löggjöf svo hægt verði að fullgilda samninginn í íslenskum rétti.

HEIMILDASKRÁ

Alf Ross: *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Kaupmannahöfn 1971.

Alþingistíðindi.

Alþjóðlegir mannréttindasamningar sem Ísland er aðili að. Ritstj. Björg Thorarensen. Reykjavík 2003.

Atli Gíslason og Jóhanna Katrín Magnúsdóttir: „Réttarvernd kynfrelsis“. *Guðrúnarbók. Afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur 3. maí 2006*. Ritstj. Pétur Kr. Hafstein o.fl. Reykjavík 2006, bls. 21-49.

Atli Harðarson: „Er jafn kosningaréttur mannréttindi?“. *Skírnir, tímarit Hins íslenska bókmenntafélags*, 170. árg. 1996, bls. 181-187.

Barnasáttmálinn. Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi. Ritstj. Þórhildur Líndal. Reykjavík 2007.

Björg Thorarensen: „Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi“. *Mannréttindasamningar Sameinuðu þjóðanna. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2009, bls. 35-105.

Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 2001, bls. 75-105.

Björg Thorarensen: „Eðli mannréttindareglna í stjórnarskránni og eftirlitshlutverk dómstóla“. *Afmælisrit lagadeildar Háskóla Íslands*. Ritstj. María Thejll. Reykjavík 2008, bls. 83-154.

Björg Thorarensen: „Einkaréttaráhrif Mannréttindasáttmála Evrópu og skyldur ríkja til athafna samkvæmt sáttmálanum“. *Afmælisrit. Gaukur Jörundsson sextugur 24. september 1994*. Ritstj. Katrín Jónasdóttir o.fl. Reykjavík 1994, bls. 83-119.

Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 286-341.

Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*. 2. útgáfa. Reykjavík 2005.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Mannréttindi*. Reykjavík 2008.

Björg Thorarensen: „Stjórnskipunarréttur“. *Um lög og rétt. Helstu greinar íslenskrar lögfræði*. 2. útgáfa. Ritstj. Róbert R. Spanó. Reykjavík 2009, bls. 21-97.

Carl Torp: *Betænkning angaaende de af den undir 11. August 1905 nedsatte Straffelovskommission udarbejdede. Forslag indeholdende Udkast til Love vedrørende den Borgerlige Straffelovgivning med Motiver*. Kaupmannahöfn 1917.

Clare Ovey og Robin C.A.White: *Jacobs & White. The European Convention on Human Rights*. 4. útgáfa. Oxford, New York 2006.

David J. Harris o.fl.: *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*. 2. útgáfa. New York 2009.

David P. Forsythe: *Human Rights in International Relations*. 2. útgáfa. Cambridge og New York 2006.

Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen. Reykjavík 2005, bls. 29-88.

Eiríkur Tómasson: „Þvingunarráðstafanir í þágu meðferðar sakamáls“. *Sakamálaréttarfar. Ritsafn*. Reykjavík 2010, bls.1-89.

„Frumvarp til laga um Samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins“, <http://www.domsmalaraduneyti.is> (skoðað 4. maí 2010).

Gaukur Jörundsson: „Mannréttindaákvæði íslensku stjórnarskrárinnar“. *Úlfjótur*, 1. tbl. 1969, bls. 38-48.

Gaukur Jörundsson: „Um vernd mannréttinda og náttúruvétt“. *Úlfjótur*, 1. tbl. 1966, bls. 5-21.

Guðmundur Hálfðanarson: *Íslenska þjóðríkið. Uppruni og endimörk*. Reykjavík 2001.

Guðrún Sigríður Jónsdóttir: *Nauðganir*. Reykjavík 2001.

Guðrún Sigríður Jónsdóttir: *Nauðgun*. Reykjavík 1993.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. 2. útgáfa. Reykjavík 1999.

Hans-Joachim Heintze: „On the Legal Understanding of Autonomy“. *Autonomy. Applications and Implications*. Ritstj. Markku Suksi. Haag 1998, bls. 7-32.

Helga Baldvinsdóttir Bjargardóttir: „Hver maður er borinn frjáls og jafn öðrum að virðingu. Sáttmáli Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðra“. *Proskahjálp*, 4. tbl. 2006, bls. 22-23.

Henricus J. Snijders: „Privacy of contract“. *Human Rights and Private Law. Privacy as Autonomy*. Ritstj. Katja S. Ziegler. Oxford, Portland 2007, bls. 105-116.

Hjördís Björk Hákonardóttir: „Réttur til lífs“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 89-109.

Hjördís Björk Hákonardóttir: „Um náttúruvétt“. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 1995, bls. 248-268.

Hrefna Friðriksdóttir: „Sjálfræði og réttindi barna“. *Úlfjótur*, 4. tbl. 1997, bls. 731-750.

Jean-Jacques Rousseau: *Samfélagssáttmálinn eða frumatriði stjórnáráttar*. Björn Þorsteinsson og Már Jónsson (þýð.). Reykjavík 2004.

Johannes Andenæs og Anders Bratholm: *Spesiell strafferett. Utvalgte emner*. Oslo 1983.

John Griffiths, Alex Bood og Heleen Weyers: *Euthanasia and Law in the Netherlands*. Amsterdam 1998.

John Griffiths, Heleen Weyers og Maurice Adams: *Euthanasia and Law in Europe*. 2. útgáfa. Oxford 2008.

John Locke: *Ritgerð um ríkisvald*. Atli Harðarson (þýð.). 2. útgáfa. Reykjavík 1993.

John Stuart Mill: *Frelsið*. Jón Hnefill Aðalsteinsson og Þorsteinn Gylfason (þýð.). 3. útgáfa. Reykjavík 2000.

Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð III*. Reykjavík 2004.

„Lífsskrá“, <http://www.landlaeknir.is> (skoðað 4. maí 2010).

Lögfræðiorðabók með skýringum. Ritstj. Páll Sigurðsson. Reykjavík 2008.

„Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna“, <http://www.utanrikisraduneyti.is> (skoðað 4. maí 2010).

Nils Jareborg: *Brotten. Första häftet. Grundbegrepp. Brotten mot person*. Stokkhólmur 1984.

Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“. *Lögberg. Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. Ritstj. Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson. Reykjavík 2003, bls. 503-533.

Pétur Dam Leifsson: „Peoples' Right to Self-Determination According to Public International Law. Whose Right to Do What?“. *Afmælisrit Háskólans á Akureyri 2007*. Ritstj. Hermann Óskarsson. Akureyri 2007, bls. 265-277.

Plátón: *Síðustu dagar Sókratesar*. Sigurður Nordal og Þorsteinn Gylfason (þýð.). 4. útgáfa. Reykjavík 1996.

Ragnheiður Bragadóttir: „Ákvæði 200. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 um sífjaspell“. *Líndæla. Sigurður Líndal sjötugur 2. júlí 2001*. Ritstj. Garðar Gíslason o.fl. Reykjavík 2001, bls. 475-489.

Ragnhildur Helgadóttir: „Hugsana-, samvisku- og trúfrelsi“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Ritstj. Björg Thorarensen o.fl. Reykjavík 2005, bls. 342-358.

Rosalyn Higgins: *Problems & Process. International Law and How We Use it*. Oxford, New York 1994.

Safn Evrópusamninga. Strassborg 2000.

„Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks og valfrjáls bókun við samninginn“, <http://www.felagsmalaraduneyti.is> (skoðað 4. maí 2010).

Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði. Grundvöllur laga - réttarheimildir*. 2. útgáfa. Reykjavík 2007.

Sófókles: „Antígóna“. *Grískir Harmleikir. Æskílos, Sófókles, Evrípídes*. Helgi Hálfánarson (þýð.). Reykjavík 1990, bls. 319-354.

Stephan Hurwitz: *Den danske kriminalret. Speciel del*. Kaupmannahöfn 1970.

Stephen J. Schulhofer: *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. London 1998.

„Tillögur nefndar um fullgildingu Samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks“, <http://www.felagsmalaraduneyti.is> (skoðað 4. maí 2010).

Tómas af Aquino: *Um lög*. Þórður Kristinsson (þýð.). Reykjavík 2004.

Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*. Reykjavík 2005.

Þórður Eyjólfsson: *Persónuréttur*. 2. útgáfa. Reykjavík 1967.

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar:

Hrd. 1940, bls. 352
Hrd. 1968, bls. 1007
Hrd. 1975, bls. 578
Hrd. 1986, bls. 1022
Hrd. 1986, bls. 1723
Hrd. 1988, bls. 1381
Hrd. 1989, bls. 28
Hrd. 1989, bls. 488
Hrd. 1996, bls. 2584
Hrd. 1996, bls. 3002
Hrd. 1999, bls. 390 (177/1998)
Hrd. 1999, bls. 2015 (151/1999)
Hrd. 2000, bls. 1117 (31/2000)
Hrd. 2001, bls. 1188 (354/2000)
Hrd. 2002, bls. 1627 (52/2002)
Hrd. 2003, bls. 4153 (151/2003)
Hrd. 2005, bls. 3465 (49/2005)
Hrd. 13. desember 2007 (169/2007)

Dómar héraðsdóms:

Hérd. Rvk. 20. febrúar 1987
Hérd. Reykn. 24. mars 2000 (S-1889/1999)
Hérd. Rvk. 22. júní 2009 (S-299/2009)

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:

MDE, A.B. gegn Hollandi, 29. janúar 2002 (37328/97)
MDE, A.D.T. gegn Bretlandi, 31. júlí 2000 (35765/97)
MDE, B. gegn Frakklandi, 25. mars 1992 (13343/87)
MDE, Bensaid gegn Bretlandi, 6. febrúar 2001 (44599/98)
MDE, Botta gegn Ítalíu, 24. febrúar 1998 (21439/93)
MDE, Burghartz gegn Sviss, 22. febrúar 1994 (16213/90)
MDE, Christine Goodwin gegn Bretlandi, 11. júlí 2002 (28957/95)
MDE, Cossey gegn Bretlandi, 27. september 1990 (10843/84)
MDE, Daróczy gegn Ungverjalandi, 1. júlí 2008 (44378/05)
MDE, Dudgeon gegn Bretlandi, 22. október 1981 (7525/76)
MDE, Fretté gegn Frakklandi, 26. febrúar 2002 (36515/97)
MDE, I. gegn Bretlandi, 11. júlí 2002 (25680/94)
MDE, Johansson gegn Finnlandi, 6. september 2007 (10163/02)
MDE, Johnston o.fl. gegn Írlandi, 18. desember 1986 (9697/82)
MDE, K.A. og A.D. gegn Belgíu, 17. febrúar 2005 (42758/98, 45558/99)
MDE, Keenan gegn Bretlandi, 3. apríl 2001 (27229/95)
MDE, Kück gegn Þýskalandi, 12. júní 2003 (35968/97)
MDE, L. og V. gegn Austurríki, 9. janúar 2003 (39392/98, 39829/98)
MDE, Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi, 19. febrúar 1997 (21627/93, 21826/93, 21974/93)
MDE, Leyla Sahin gegn Tyrklandi, 10. nóvember 2005 (44774/98)
MDE, Lustig-Prean og Beckett gegn Bretlandi, 27. september 1999 (31417/96, 32377/96)

MDE, M.C. gegn Búlgaríu, 4. desember 2003 (39272/98)
MDE, Marckx gegn Belgíu, 13. júní 1979 (6833/74)
MDE, Niemietz gegn Þýskalandi, 16. desember 1992 (13710/88)
MDE, Peck gegn Bretlandi, 28. janúar 2003 (44647/98)
MDE, Pretty gegn Bretlandi, 29. apríl 2002 (2346/02)
MDE, Rees gegn Bretlandi, 17. október 1986 (9532/81)
MDE, Riener gegn Búlgaríu, 23. maí 2006 (46343/99)
MDE, Sheffield og Horsham gegn Bretlandi, 30. júlí 1998 (22985/93, 23390/94)
MDE, Sigurður A. Sigurjónsson gegn Íslandi, 30. júní 1993 (16130/90)
MDE, Smith og Grady gegn Bretlandi, 27. september 1999 (33985/96, 33986/96)
MDE, Stjerne gegn Finnlandi, 25. nóvember 1994 (18131/91)
MDE, Vo gegn Frakklandi, 8. júlí 2004 (53924/00)

Ákvarðanir Mannréttindadómstóls Evrópu:

MDE, Sentges gegn Hollandi, 8. júlí 2003 (27677/02)

Skýrslur Mannréttindanefndar Evrópu:

MNE, Brüggemann og Scheuten gegn Þýskalandi, 12. júlí 1977 (6959/75)
MNE, H. gegn Noregi 19. maí 1992 (17004/90)
MNE, Sutherland gegn Bretlandi, 1. júlí 1997 (25186/94)
MNE, X gegn Bretlandi, 12. október 1978 (7215/75)

Ákvarðanir Mannréttindanefndar Evrópu:

MNE, C. og L.M. gegn Bretlandi, 9. október 1989 (14753/89)
MNE, McFeeley gegn Bretlandi, 15. maí 1980 (8317/78)
MNE, Sutter gegn Sviss, 1. mars 1979 (8209/78)
MNE, Widmer gegn Sviss, 10. febrúar 1993 (20527/92)
MNE, X gegn Bretlandi, 2. febrúar 1970 (3898/68)
MNE, X gegn Bretlandi, 13. maí 1980 (8416/78)
MNE, X gegn Íslandi, 18. maí 1976 (6825/74)
MNE, X gegn Þýskalandi, 18. desember 1974 (6167/73)
MNE, Z.B. gegn Bretlandi, 10. febrúar 1990 (16106/90)

Álit Mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna í kærumálum:

Kitok gegn Svíþjóð, 27. júlí 1988 (197/1985)
Lubicon Lake Band gegn Kanada, 26. mars 1990 (167/1984)