

FRÍÐHELGI EINKALÍFS OG FJÖLSKYLDU OG RÉTTUR TIL AÐ STOFNA TIL HJÚSKAPAR

Björg Thorarensen

8. gr. Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu

1. Séhver maður á rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta.
2. 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 réttindum og frelsi annarra.

8.1. Inngangur

Í 8. gr. er verndaður rétturinn til friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta. Er 8. gr. sú fyrsta í röð nokkurra ákvæða sáttmálans sem á eftir koma (9., 10. og 11. gr.) þar sem framsetning réttinda og leyfilegra takmarkana á þeim er með áþekktum hætti. Þar er nánar tilgreindum réttindum lýst yfir í 1. mgr. en í 2. mgr. þeirra er fjallað um þriðjött skilyrði takmarkana á þeim réttindum; í fyrsta lagi að mælt sé fyrir um þær í lögum, í öðru lagi að þær stefni að einhverju þeirra markmiða sem talin eru í málsgreininni og loks í þriðja lagi að nauðsyn beri til þeirra í lýðræðislegu þjóðfélagi.¹

Í 17. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi er stefnt að því að vernda sambærileg réttindi og í 8. gr. MSE en fleiri atriði eru þó talin þar. Mæli 17. gr. SBSR þannig fyrir um að enginn skuli þurfa að þola geðþótta- eða ólögmatæ roskun á einkalífi, fjölskyldu, heimili eða bréfaskiptum, né ólögmatærarásir á heidur eða mannorð sitt en síðast nefndu atriðin teljast í raun þáttur í frið-

1 Sem dæmi um önnur ákvæði með sambærilega uppbyggingu eru 2. gr. 4. viðauka MSE um ferðafrelsi og 1. gr. 7. viðauka um réttarfarareglur um brottvísun útlendinga.

helgi einkalífs þótt þeirra sé ekki getið í 1. mgr. 8. gr. MSE. Engra skilgreindra takmarkana er getið í 17. gr. SBSR en í 2. mgr. segir að allir eigi rétt á lagavernd gegn slíkri röskun eða árásum. Þá eru sambærileg réttindi vernduð í 12. gr. Mannréttindayfirlýsingar SP með svipuðu orðalagi og í 17. gr. SBSR.

Gildissvið 8. gr. er afar víðtækt og hefur inntak greinarinnar vaxið verulega í meðförum Mannréttindadómstóls Evrópu á undanförunum áratugum bæði hvað varðar þau réttindi sem njóta verndar hennar og þeirra skyldna sem hún leggur á aðildarríki. Ljóst er að við gerð sáttmálans voru ekki séð fyrir öll þau fjöldamörgu viðfangsefni sem reynt hefur á við túlkun ákvæðisins enda voru mörg þeirra lítt eða ekki þekkt við samningsgerðina. Í því sambandi má nefna álitaeefni sem eru í dag stórir eða ört vaxandi þættir í vernd 8. gr. og tengjast skráningu og meðferð persónuupplýsinga, réttindum einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerð, réttindum samkynhneigðra, réttindum útlendinga til komu eða dvalar í landi og réttindum sem tengjast skipulags- og umhverfismálum svo nokkur dæmi séu nefnd. Að nokkru leyti hefur framkvæmd Mannréttindadómstólsins í slíkum málum tekið mið af þróun í aðildarríkjunum en stöðugt koma ný álitaeefni til skoðunar við mat á því hversu langt á að teygja vernd ákvæðisins.²

Í eftirfarandi umfjöllun verður lýst í meginatriðum inntaki þeirra ferns konar réttinda sem njóta skulu friðhelgi samkvæmt 1. mgr. 8. gr., þ.e. einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta. Stór hluti dómaframkvæmdar Mannréttindadómstólsins varðandi 8. gr. lýtur að því að afmarka hvaða réttindi falla undir þau víðtæku hugtök sem talin eru í ákvæðinu. Samhliða því verður lýst sjónarmiðum um skilyrði takmarkana á þessum réttindum og hvenær ríki teljast hafa gengið of langt í þeim efnun, en ekki síður um þær jákvæðu skyldur sem ákvæðið leggur aðildarríkjum á herðar svo að réttindin verði virk í reynd.

Því næst verður fjallað um reglur 12. gr. MSE um rétt til þess að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu sem tengjast að ýmsu leyti réttindum sem talin eru í 1. mgr. 8. gr. Þá verður einnig vikið að skyldum réttindum í 5. gr. 7. viðauka við Mannréttindasáttmálann um jafnrétti hjóna að því er varðar réttindi og skyldur að einkamálarétti sín í milli og í tengslum við börn sín, við giftingu, í hjónabandi og ef til hjónaskilnaðar kemur.

Með breytingu á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 var eldra ákvæði stjórnarskrárinnar um friðhelgi heimilisins í 66. gr. breytt verulega og gildissvið þess rýmkað, einkum með tilliti til 8. gr. MSE og 17. gr. SBSR.³ Verndar 71. gr. stjórnarskrárinnar nú sambærileg réttindi og þau sem talin er í 8. gr. MSE. Í lok þessa kafla verður fjallað um það hvernig

2 Hans Christian Krüger og Jörg Polakiewicz: "Proposals for a Coherent Human Rights Protection System in Europe", *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, Vol. 22, No. 1-4 2001, bls. 2.

3 Alþt. 1994-1995, A-deild, þskj. 389, bls. 2100.

réttindi samkvæmt 8. gr. eru tryggð að íslenskum rétti og lýst dómafrákvæmd íslenskra dómstóla þar sem þau hafa komið við sögu.

8.2. Hugtakið friðhelgi og jákvæðar skyldur aðildarríkja sem leiðir af 8. gr.

Ólíkt næstu ákvæðum á eftir 8. gr., sem mæla fyrir um rétt manna til ákveðinna athafna, mælir 8. gr. fyrir um rétt til friðhelgi einkalífs (e. *right to respect for private life*). Eins nýtur 2. mgr. 8. gr. nokkurrar sérstöðu þar sem hún kveður á um að opinber stjórnvöld skuli ekki ganga á þennan rétt. Er orðalagið þar nokkuð þrengra en þegar fjallað er um takmarkanir annarra réttinda, t.d. trúfrelsis í 9. gr. og tjáningarfrelsis í 10. gr. Í ljósi þeirrar grundvallarreglu sem kemur fram í 1. mgr. 8. gr. hafa eftirlitsstofnanir sáttmálans talið að ákvæðið leggi í ríkari mæli en önnur ákvæði sáttmálans jákvæðar skyldur á aðildarríkin að grípa til aðgerða til þess að tryggja að réttindi hans verði virk í reynd.⁴ Hitt er ljóst og margsinnis til þess vitnað í úrlausnum þeirra að upprunalegt markmið ákvæðisins sé að vernda einstaklinga fyrir hvers kyns geðþóttaafskiptum stjórnvalda af einkalífi þeirra.⁵

Stefnumarkandi dómur sem lagði grunninn að túlkun dómstólsins um jákvæðar skyldur aðildarríkja sem leiddi af 8. gr. er mál *Marckx* gegn *Belgiu* en þar kom til álita hvort aðildarríki bæri að tryggja með lögum ákveðin lagaleg tengsl á milli móður og óskilgetins barns. Í niðurstöðu Mannréttindadómstólsins sagði m.a. um þetta:

Með því að lýsa yfir í 1. mgr. rétti til friðhelgi fjölskyldulífs slær 8. gr. því föstu, í fyrsta lagi, að ríki skuli ekki hafa afskipti af þessum réttindum nema að uppfylltum hinum ströngu skilyrðum 2. mgr. [...] Þó leggur hún ekki einvörðungu þá skyldu á ríki að halda að sér höndum; auk þeirrar neikvæðu skyldu geta jákvæðar skyldur verið innifaldar til þess að tryggja „friðhelgi“ einkalífs. Þetta þýðir meðal annars 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 verði kleift að lifa venjulegu fjölskyldulífi. [...] Í þessu sambandi hefur ríki úr ýmsum kostum að velja, en löggjöf sem uppfyllir ekki þessi skilyrði brýtur gegn 1. mgr. 8. gr. án þess að nauðsynlegt sé að skoða hana í ljósi 2. mgr.⁶

4 Björg Thorarensen: „Einkaréttaráhrif Mannréttindasáttmála Evrópu og skyldur ríkja til athafna samkvæmt sáttmálanum“, *Afmælisrit – Gaukur Jörundsson sextugur*, bls. 108. Sjá einnig um dómafrákvæmd MDE varðandi skyldur sem leiðir af 8. gr. MSE í riti Alistair Mowbray: *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, bls. 127–187

5 Dómur MDE í máli *Airey* gegn *Írlandi* frá 9. október 1979, Series A. 32, mgr. 32. Í málinu var því haldið fram að synjun stjórnvalda á að veita kæranda gjafsóka til að krefjast skilnaðar fyrir írskum dómstólum bryti gegn rétti hennar til friðhelgi fjölskyldulífs, en aðeins var unnt að fá skilnað með dómi.

6 Dómur MDE frá 13. júní 1979, Series A. 31, mgr. 31. Dómur í máli *Airey* gegn *Írlandi* frá 9. október 1979 sem gekk sama ár var einnig stefnumarkandi fyrir jákvæðar skyldur sem

Kærumálum sem komið hafa til úrlausnar hjá eftirlitsstofnunum sáttmálans má samkvæmt framangreindu, með nokkurri einföldun þó, skipta í tvo meginflokk. Annars vegar þeim sem fjalla um hvort ríki hafi gengið of langt til að skerða réttindi með tilteknum aðgerðum eða afskiptum og hins vegar hvort ríki hafi gripið til nægilegra ráðstafana til að tryggja réttindi. Geti mörk þessara neikvæðu og jákvæðu skyldna verið óglögg. Þannig má benda á að þótt meginreglan sé að ríki eigi ekki að skipta sér af því hvornig einstaklingar haga innbyrðis samskiptum sínum, tilfinningasamböndum eða fjölskylduböndum þá hefur dómstóllinn margsinnis staðfest að þegar slík sambönd hafa á annað borð stofnast beri ríkinu að vernda þau með löggjöf eða öðrum aðgerðum.⁷ Eins hefur dómstóllinn slegið föstu að aðildarríkjum beri skylda til að grípa til aðgerða til þess að vernda friðhelgi einkalífsins, með löggjöf eða öðrum hætti, jafnvel í samskiptum einstaklinganna innbyrðis, eins og fram kom í máli *X og Y* gegn *Hollandi*. Kærendur í málinu voru andlega fötluð stúlka og faðir hennar. Kæruefnið var að vegna ágalla á hollenskri refsilöggjöf var ekki hægt að ákæra mann fyrir nauðgun gegn stúlkunni. Mannréttindadómstóllinn féllst á að ríkið hefði ekki uppfyllt skyldu sína til þess að tryggja að allir einstaklingar hefðu árangursríkt úrræði til að sækja rétt sinn vegna brota á friðhelgi einkalífs. Því hefði verið brotið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr. sáttmálans.⁸ Með niðurstöðu dómstólsins í þessu máli um að aðildarríkjum bæri að tryggja að brot á sáttmálanum ættu sér ekki stað í lögskiptum einstaklinga var tekið stórt skref við beitingu 8. gr. sem hefur haft mótandi áhrif á túlkun dómstólsins um þær skyldur sem ákvæðið leggur á aðildarríki. Jafnframt vakti dómurinn upp margvíslegar spurningar um það hversu langt verði hægt að teygja jákvæðar skyldur ríkisins að þessu leyti þannig að draga megi þau til ábyrgðar fyrir Mannréttindadómstólnum vegna brota sem framin eru af einkaaðilum.⁹

Á þeim tveimur áratugum sem liðnir eru hefur dómstóllinn margsinnis fengið slík álitaefni til úrlausnar en jafnframt tekið fram að þessum jákvæðu skyldum séu sett ákveðin mörk. Sem dæmi má benda á mál *Botta* gegn *Ítalíu*. Þar fjallaði dómstóllinn um kæru fatlaðs manns um brot á 8. gr. en hann hélt því fram að ítalska ríkið hefði vanrækt skyldu sína til þess að framfylgja löggjöf um aðgengi fyrir fatlaða með þeim afleiðingum að hann gat ekki sótt baðstrandarstaði í sumarfrí-

leiðir af 8. gr. MSE. Í því máli féllst dómstóllinn á að synjun stjórnvalda á að veita kæranda gjafsókn til að krefjast skilnaðar fyrir írskum dómstólum bryti gegn rétti hennar til friðhelgi fjölskyldulífs, en aðeins var unnt að fá skilnað með dómi. Series A. 32.

7 Donna Gomien, David Harris og Leo Zwaak: *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, bls. 229.

8 Dómur MDE frá 26. mars 1985, Series A. 91.

9 Andrew Clapham: *Human Rights in the Private Sphere*, bls. 214. Í því riti er fjallað ítarlega um svokölluð óbein „Drittwirkung“ áhrif (einkaréttaráhrif) 8. gr. og annarra ákvæða sáttmálans. Sjá einnig um þetta álitaefni: Björg Thorarensen: „Einkaréttaráhrif Mannréttindasáttmála Evrópu og skyldur ríkja til athafna samkvæmt sáttmálanum.“

um og notið þar félagslegra samvista við annað fólk. Mannréttindadómstóllinn áréttaði að þrátt fyrir að megintilgangur 8. gr. væri að vernda einstaklinga fyrir afskiptum stjórnvalda gæti ákvæðið einnig lagt jákvæðar skyldur á aðildarríki um að grípa til aðgerða jafnvel á vettvangi einkaréttarins. Komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að krafa kæranda til þess að fá sér tryggt fullt aðgengi að baðströnd fjarri heimili sínu á sumarleyfistíma væri þó svo víðtæks eðlis og svo óákveðin að ekki væru eðlileg tengsl á milli aðgerða sem ríkið hefði átt að grípa til gagnvart einkaaðilum og friðhelgi einkalífs kæranda. Af þessum sökum verndaði 8. gr. ekki rétt kæranda í þessu tilviki.¹⁰

Af nýlegri stefnumarkandi dómum þar sem fjallað er um skyldur ríkja til að tryggja friðhelgi einkalífs gagnvart brotum einkaaðila má benda á dóm í máli *von Hannover* gegn Þýskalandi. Kærandi í málinu var Karólína prinsessa af Mónakó sem krafðist viðurkenningar á því að þýska ríkið hefði brotið gegn skyldum sínum til að vernda friðhelgi einkalífs hennar samkvæmt 8. gr. með því að veita henni ekki lagavernd fyrir myndbirtingum fjölmiðla af henni í einkaerindum. Féllst dómstóllinn á að þýska ríkið hefði brotið gegn skyldum sínum til að tryggja friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr.¹¹

Þótt dómstóllinn slægi því föstu í *Marckx*-málinu að brot ríkis á jákvæðum skyldum sem leiddi af 1. mgr. 8. gr. til að setja löggjöf til að gera réttindi virk kallaði ekki á skoðun 2. mgr. eru aðferðir dómstólsins við að meta hvenær slík aðgerðaskylda ríkja vaknar, að mörgu leyti sambærilegar sjónarmiðum sem lögð eru til grundvallar varðandi skilyrði takmarkana samkvæmt 2. mgr. 8. gr.¹² Á þetta einkum við að því er varðar áhrif grundvallarreglunnar um meðalhóf. Dómstóllinn leggur því ekki einvörðungu mælistiku meðalhófs á *takmarkanir* sem gerðar eru á réttindum samkvæmt 2. mgr. heldur einnig þegar hann metur hvaða *jákvæðu skyldur* hvíla á aðildarríki samkvæmt 1. mgr. til þess að tryggja þau réttindi sem sáttmálin verndar. Þannig hefur dómstóllinn bent á að við ákvörðun um hvort skapast hefur athafnaskylda ríkis til þess að tryggja réttindi í ákveðnu tilviki, verði að *finna eðlilegt jafnvægi milli hagsmuna samfélagsins annars vegar og hagsmuna einstaklings hins vegar af því að ríkið gripi til sérstakra aðgerða til að tryggja honum réttindi samkvæmt sáttmálanum*. Jafnframt njóti ríki ákveðins svigrúms til mats í leit að slíku jafnvægi.¹³ Á síðari árum virðist sem dómstóllinn greini ekki lengur

sérstaklega á milli þess hvort fjallað er um brot á athafnaskyldum samkvæmt 1. mgr. eða hvort ríki hefur gengið of langt í takmörkunum þannig að ekki séu uppfyllt skilyrði 2. mgr. 8. gr. þar sem aðferðir við að skera úr um hvort brot hefur átt sér stað eru að mörgu leyti sambærilegar.¹⁴ Því hefur þó verið haldið fram að vísbendingar megi finna úr framkvæmd hans sem benda til að aðildarríkjum sé ját að meira svigrúm til mats þegar verið er að fjalla um jákvæðar skyldur þeirra til að tryggja réttindi heldur en þegar fjallað er um heimildir þeirra til að beita takmörkunum samkvæmt 2. mgr.¹⁵

Í eftirfarandi umfjöllun um framkvæmd eftirlitsstofnana MSE varðandi 8. gr. verður ekki leitast frekar við að greina á milli jákvæðra og neikvæðra skyldna ríkja samkvæmt ákvæðinu heldur fjallað jöfnum höndum um þessar tvenns konar aðstæður.

8.3. Friðhelgi einkalífs

8.3.1. Hugtakið einkalíf

Hugtakið einkalíf er mjög víðtækt og felur m.a. í sér þá þætti sem á eftir koma í 1. mgr. 8. gr., þ.e. fjölskyldu, heimili og öll tjáskipti milli manna. Það er því algengt að í málum um brot á 8. gr. komi til umfjöllunar bæði friðhelgi einkalífs og eitt eða fleiri eftirtalinnna þriggja atriða sem talin eru í 1. mgr. Enga skilgreiningu er að finna á hugtakinu einkalíf í ákvæðum Mannréttindasáttmálans eða annarra alþjóðlegra mannréttindasamninga um svipað efni.¹⁶ Verður því raunverulegt inn- tak hugtaksins aðeins fundið með því að kanna framkvæmd stofnana sáttmálans. Iðulega þarf Mannréttindadómstóllinn fyrst að taka afstöðu til þess hvort tiltekin réttindi falli undir vernd ákvæðisins sem er forsenda þess að hann meti hvort brotið hafi verið gegn 8. gr. með athöfnum eða athafnaleysi stjórnvalda.

Meðal stefnumarkandi ákvarðana Mannréttindanefndarinnar um skýringu á því hvað felst í einkalífi var í úrlausn hennar í máli X gegn Íslandi. Kærandi í málinu hélt því fram að íslenska ríkið hefði brotið gegn friðhelgi einkalífs hans með því að synja honum um að halda hund á heimili sínu í Reykjavík en á þeim tíma var

kvæmt 8. gr. MSE þar sem bresk stjórnvöld hefðu neitað að breyta opinberri skráningu á kyni í fæðingavottorði kæranda sem gengist hafði undir kynskiptaaðgerð. Var ekki talið, með vísan til þessa jafnvægis milli hagsmuna samfélagsins og hagsmuna einstaklingsins, að brotið hefði verið gegn réttindum hans samkvæmt 8. gr. Sams konar rökstuðningur má finna í dómunum í áðurgreindum málum, *Botta* gegn Ítalíu og *von Hannover* gegn Þýskalandi.

14 P. van Dijk og G.J.H van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 536.

15 Clare Ovey: "The Margin of Appreciation and Article 8 of the European Convention", *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, Vol. 19, No. 1 1998, bls. 10.

16 Þess má geta að í enskum texta 12. gr. Mannréttindayfirlýsingarinnar og í 17. gr. SBSR er notað orðið "privacy" en í 8. gr. MSE orðin "private life". Ekki er þó talið að um merkingarmun sé að ræða, sbr. J.G. Merrills og A.H. Robertson: *Human Rights in Europe. A Study of the European Convention on Human Rights*. bls. 137.

10 Dómur MDE frá 24. febrúar 1998, RJD 1998-I.

11 Dómur MDE frá 24. júní 2004.

12 Sbr. rökstuðning MDE í máli *Powell og Rayner* gegn Bretlandi þar sem fjallað var um hversu langt væri hægt að teygja skyldu stjórnvalda til að vernda friðhelgi einkalífs og heimilis fyrir hávaða af flugumferð um Heathrow-flugvöll, en nánar er fjallað um efni hans í kafla 8.5.3. Dómur MDE frá 21. febrúar 1990, Series A. 172.

13 Björg Thorarensen: „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“, *Lögberg, rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*, bls. 66. Í dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Rees* gegn Bretlandi frá 17. október 1996, Series A. 106, var kært fyrir brot á friðhelgi einkalífs sam-

hundahald bannað í Reykjavík. Í dómi Hæstaréttar í málinu í H 1975 601 hafði rétturinn tekið afstöðu til álítafnisins með þeim orðum að Mannréttindasáttmáli Evrópu hefði ekki lagagildi hér á landi, en auk þess færi bannið við hundahaldi í Reykjavík ekki í bága við 8. gr. Mannréttindanefnd Evrópu þurfti að skera úr um hvort réttur einstaklings til að eiga hund félli undir friðhelgi einkalífs sem verndaður væri af 8. gr. Hún tók fram að undir einkalíf félli ekki aðeins réttur manns til þess að einkamálefni hans væru ekki gerð opinber, heldur félli einnig þar undir réttur manna til þess að stofna til og þroska sambönd við aðrar manneskjur, sérstaklega tilfinningasambönd við aðra. Nefndin féllst hins vegar ekki á að undir vernd 8. gr. félli réttur manns til að stofna til hvers kyns sambands við umhverfi sitt, sem væri ekki fölgandi í tengslum við aðra manneskju. Þótt ekki léki vafi á því að samband manns og hunds hefði verið náð frá örófi alda gæti það eitt ekki gert hundaeign að þætti í einkalífi manns. Auk þess væri hundahald eins manns til þess fallið að hafa áhrif á aðra einstaklinga og opinbert líf (e. *public life*) og því ekki einkamál hans eins. Með hliðsjón af þessu taldi nefndin sýnt að 8. gr. verndaði ekki rétt kæranda til að eiga hund. Var kærán því ekki talin tæk til efnismeðferðar fyrir nefndinni.¹⁷ Þá sló Mannréttindanefndin því föstu ári síðar að ótakmarkaður réttur kvenna til fóstureyðinga gæti ekki verið þáttur í einkalífi þeirra sem nyti verndar 8. gr. enda væri slíkur réttur samofinn réttindum annarra.¹⁸

Mannréttindadómstóllinn hefur bent á að örðugt sé að skilgreina hugtakið einkalíf með tæmandi hætti eða finna hvar mörkin liggja á milli einkalífs og opinbers lífs. Í máli *Niemietz* gegn *Þýskalandi* kom til skoðunar hvort húsleit lögreglu á lögfræðiskrifstofu kæranda og atvinnustöð fæli í sér skerðingu á einkalífi hans sem þurfti að uppfylla skilyrði takmarkana 2. mgr. 8. gr. Dómstóllinn taldi að það væri engin ástæða til að undanskilja frá hugtakinu „einkalíf“ þætti í atvinnustarfsemi eða atvinnulífi einstaklings enda væri það svið þar sem meirihluti fólks stofnaði til margvíslegra sambanda við umheiminn og ekki væri hægt að greina á milli þátta sem tengdust einkalífi og annarra þátta sem væru aðeins af starfslegum toga.¹⁹ Í síðari úrlausnum hefur dómstóllinn reynt að draga saman þær meginreglur sem skapast hafa í framkvæmd hans um túlkun hugtaksins.²⁰ Auk þeirra atriða sem áður hafa verið rakin hefur ákvæðið verið talið fela í sér vernd á einkahögum manns og líkamlegu og andlegu sjálfræði hans (e. *integrity*).²¹ Einnig fel-

17 Ákvörðun MNE frá 18. maí 1976 í máli nr. 6825/74, D&R 5, bls. 86.

18 Skýrsla MNE frá 12. júlí 1977 í máli *Bruggeman og Scheuten* gegn *Þýskalandi*, D&R 10, bls. 100.

19 Dómur MDE frá 16. desember 1992, Series A. 251-B, mgr. 29.

20 Dæmi um ítarlegan rökstuðning um það hvað fellur undir einkalíf með vísan til eigin dómframkvæmdar má m.a. sjá í niðurstöðu dómstólsins í máli *P.G. og J.H.* gegn *Bretlandi*, mgr. 56–60, en í málinu var fjallað um heimildir lögreglu til að taka upp samtöl handtekinna manna. Dómur frá 25. september 2001, RJD 2001-IX.

21 Í dómi MDE í máli *Pretty* gegn *Bretlandi* frá 29. apríl 2002 útilokaði dómstóllinn ekki að í sjálfsákvörðunarrétti einstaklings um einkahagi sína fælist réttur hans til að binda enda á

ur það í sér vernd fyrir árásum á æru og mannröð, vernd á auðkennum og nafni og vernd fyrir leynilegu eftirliti eða nýsnum svo nokkuð sé nefnt.²²

Hér á eftir verða dregin saman nokkur svið þar sem algengt er að reyni á vernd á friðhelgi einkalífs í framkvæmd Mannréttindadómstólsins og sjónarmið sem lögð eru til grundvallar við mat á því hvort aðildarríki hafa brotið gegn réttindunum. Hafa verður í huga að þessi flokkun er hvorki tæmandi né einhlít þar sem þessi svið geta skarast verulega og koma oft fleiri en eitt þeirra til skoðunar í senn.

8.3.2. Skráning persónuupplýsinga og aðgangur að þeim

Þörfin fyrir vernd á friðhelgi einkalífs hefur vaxið verulega á síðustu áratugum í tæknivæddu nútímabjódfélagi þar sem möguleikar á öflun og skráningu persónuupplýsinga, bæði af hálfu stjórnvalda og einkaaðila fyrir tilstilli tölvutækni, hafa aukist verulega. Til þess að bregðast sérstaklega við hættum sem af þessu stafa gagnvart friðhelgi einkalífs hafa Evrópuríki komið á umfangsmikilli samvinnu og lagasamræmingu á þessu sviði. Í samningi Evrópuráðsins um vernd einstaklinga varðandi vélræna vinnslu persónuupplýsinga 28. janúar 1981 er lýst þeim tilgangi að tryggja einstaklingum virðingu fyrir réttindum hans og grundvallarfrelsi, einkum rétti hans til einkalífs að því er varðar vélræna vinnslu persónuupplýsinga um hann eða svokallaða persónuupplýsingavernd.

Í framkvæmd eftirlitsstofnana sáttmálans hefur verið leyst úr ýmsum álítaefnum um skráningu persónuupplýsinga hjá stjórnvöldum, þótt ekki sé um vélræna vinnslu að ræða, og einnig að hvaða marki heimilt er að takmarka aðgang einstaklinga að upplýsingum um sjálfa sig á grundvelli atriða sem talin eru í 2. mgr. 8. gr. Í máli *Leander* gegn *Svíþjóð* staðfesti dómstóllinn að leynileg söfnun og skráning persónulegra upplýsinga um einstakling hjá lögreglu og synjun á aðgangi hans að slíkum upplýsingum fæli í sér takmörkun á friðhelgi einkalífs.²³ Kærandi í málinu hafði misst starf sitt hjá sænska sjóhernum eftir að hermálafyrirvöld fengu persónuupplýsingar um hann úr lögregluskrám. Krafðist hann aðgangs að lögregluskránum en var hafnað. Af hálfu sænska ríkisins var því haldið fram að þessar takmarkanir væru nauðsynlegar í þágu þjóðaröryggis. Dómstóllinn benti m.a. á að réttur til þess að fá starf hjá hinu opinbera væri ekki verndaður sem slíkur af ákvæðum sáttmálans auk þess sem takmörkunin hindraði ekki kæranda í því að haga einkalífi sínu að vild. Dómstóllinn féllst á að aðildarríki hefði vítt svigrúm til mats um það hvort rík þjóðfélagsleg þörf væri til að takmarka réttindi í þágu þjóðaröryggis og taldi ekki að þessar takmarkanir væru úr hófi miðað við það markmið sem þær

líft sitt og fá aðstoð til þess, en taldi takmarkanir á þessum rétti réttlætunarlegar á grundvelli skilyrðis 2. mgr. 8. gr. RJD 2002-III, einkum mgr. 69.

22 Um vernd æru og mannröðs er fjallað í ákvörðun MDE í máli *Kjartans Gunnarssonar* gegn *Íslandi* frá 20. október 2005, mál nr. 4591/04.

23 Dómur MDE frá 26. mars 1987, Series A. 116, mgr. 48.

stefndu að. Jafnframt væri sýnt fram á að öryggi upplýsinga væri nægilega tryggt gagnvart misnotkun. Því hefði ekki verið brotið gegn réttindum kæranda. Er þessi dómur í samræmi við þá afstöðu dómstólsins í fleiri málum að ríki hafi rýmra svigrúm til mats þegar takmarkanir eru gerðar í þágu þjóðaröryggis.²⁴

Stefnumarkandi dómur sem varðar sérstaklega rétt einstaklings til aðgangs að persónuupplýsingum var í máli *Gaskin gegn Bretlandi*. Þar fjallaði dómstóllinn um kærnu-manns sem stjórnvöld höfðu synjað um aðgang að upplýsingum um ákvarðanir barnaverndaryfirvalda um ráðstöfun hans í fóstur í barnæsku hjá ýmsum fósturfóreltrum. Kvörtun hans laut ekki að því að söfnun upplýsinga sem slík bryti gegn rétti hans til friðhelgi einkalífs eins og í *Leander*-málinu. Dómstóllinn nálgadist álitaefnið því ekki út frá spurningunni um hvort *takmarkanir* væru réttlæt-anlegar á grundvelli 2. mgr. 8. gr. heldur hvort ríki hefði brotið gegn jákvæðri skyldu sinni samkvæmt 1. mgr. til að *tryggja* friðhelgi einkalífs þegar stjórnvöld synjuðu honum um aðgang að gögnum. Um var að ræða persónuupplýsingar af öðrum toga en í máli *Leander* og lagði dómstóllinn áherslu á að þær væru afar persónulegs eðlis, þar sem þær vörðuðu æsku kæranda, þroska hans og uppvaxtarsögu og hann hefði veigamikla hagsmuni af því að fá aðgang að þeim. Dómstóllinn féllst á að við ákveðnar aðstæður gætu hagsmunir þriðja aðila réttlætt takmarkanir á aðgangi á upplýsingum. Í þessu tilviki hefðu stjórnvöld hins vegar ekki tryggt rétt kæranda við aðstæður þar sem óvissa væri um afstöðu þriðja aðila og hefðu kæranda ekki verið veitt nein úrræði til að fá úrlausn um það. Með því hefði ríkið brotið gegn rétti kæranda til friðhelgi einkalífs og fjölskyldulífs samkvæmt 8. gr.²⁵

Öðruvísi horfði við í nýlegum dómi, í máli *Odièvre gegn Frakklandi* þar sem vögust á hagsmunir kæranda af því að fá aðgang að upplýsingum um kynmóður sína og hagsmunir móðurinnar af því að nafnleynd yrði haldið. Hafði móðir gefið dóttur sína til ættleiðingar strax eftir fæðingu og tryggði frönsk löggjöf að fullri leynd yrði haldið um nafn móðurinnar. Dómstóllinn benti á að mál þetta væri frábrugðið *Gaskin*-málinu, að því leyti að kærandi væri uppvaðið kjörbarn, 38 ára gömul, sem vildi fá upplýsingar um annan einstakling, kynmóður sína sem fæddi hana og gaf til ættleiðingar með skýrum áskilnaði um að leynt yrði farið með upplýsingar um fæðinguna. Inngangsorð 1. mgr. 8. gr. um að „allir“ skuli njóta friðhelgi einkalífs ættu í þessu tilviki bæði við um dóttur og móður og erfitt væri að finna jafnvægi á milli hagsmuna þessara tveggja fullorðnu einstaklinga. Tekið var fram að kærandi hefði fengið upplýsingar um kynmóður sína að því marki sem unnt var án þess

að nafn eða auðkenni hennar væru gefin upp. Loks benti dómstóllinn á að ekki væri að finna samræmdar reglur í aðildarríkjunum um skráningu barna sem gefin væru til ættleiðingar og yrði því að játa ríkjum svigrúm til mats um skipan þeirra mála. Það var niðurstaða dómstólsins að aðgerðir franska ríkisins til þess að finna jafnvægi milli stríðandi hagsmuna sem vektu upp margvísleg flókin og viðkvæm álitaefni varðandi rétt til að þekkja uppruna sinn, rétt kynforeldra og fjölskyldubönd við kjörfjölskyldu gengju ekki of langt miðað við það markmið sem þær stefndu að. Var því ekki fallist á að brotið hefði verið gegn rétti kæranda samkvæmt 8. gr.²⁶

Þess má loks geta að opinber notkun viðkvæmra persónulegra upplýsinga hefur vakið álitaefni um brot gegn friðhelgi einkalífs. Í máli *Z gegn Finnlandi* var kærufnið að persónuupplýsingar úr sjúkraskrár kæranda höfðu verið lagðar fram án samþykkis hennar í refsímáli gegn eiginmanni hennar sem var ákærður fyrir útbreiðslu alnæmis. Dómstóllinn taldi að notkun viðkvæmra persónuupplýsinga með þessum hætti fæli í sér takmarkanir á friðhelgi einkalífs kæranda. Hins vegar taldi hann sýnt fram á, að takmarkanir sem gerðar voru í því markmiði að firra glundroða eða glæpum samkvæmt 2. mgr. 8. gr. hefðu ekki gengið lengra en nauðsynlegt mætti telja. Því hefði ekki verið brotið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr. með því að nota persónuupplýsingar með þeim hætti sem gert var í dómsmálinu.²⁷

8.3.3. Auðkenni

Auðkenni manns hans og sjálfsmynd og það sem einkennir hann sem persónu (e. *personal identity*) gagnvart umhverfi sínu og öðrum í samfélaginu eru mikilvægur þáttur í einkalífi hans. Undir þetta fellur réttur hans til þess að ráða nafni sínu, útliti og klæðnaði og kynímynd. Náteynd þessu eru álitaefni sem snúa að kynhneigð einstaklinga en síðar verður fjallað nánar um vernd kynferðissambanda sem þátt í einkalífi. Loks heyrir hér undir réttur manns til þess að þekkja uppruna og uppvaxtarsögu þar sem það getur haft áhrif á auðkenni hans sem persónu og sjálfsmynd eins og kom m.a. til skoðunar í *Gaskin*-málinu.²⁸

Nokkur fjöldi mála hefur komið til úrlausnar hjá eftirlitsstofnunum Mannréttindasáttmálans um það hvort aðildarríkjum sé skylt að viðurkenna með opinberri skráningu breytt kyn einstaklinga sem gengist hafa undir kynskiptaaðgerð. Í ljósi þess að engar samræmdar reglur gilda í aðildarríkjunum um skráningu einstaklinga sem skipt hafa um kyn hefur Mannréttindadómstóllinn játað aðildarríkjum vítt svigrúm til mats um leiðir sem þau velja til að bregðast við slíkum aðstæðum og bent

26 Dómur MDE frá 13. febrúar 2003, RJD 2003-III, mgr. 44 og 47–49.

27 Dómur MDE frá 25. febrúar 1997, RJD 1997-I. Um afhendingu persónuupplýsinga úr sjúkraskrár til stofnunar um almannatryggingar var einnig fjallað í dómi MDE frá 27. ágúst 1997 í máli *M.S. gegn Svíþjóð*, RJD 1997-IV og var þar einnig talið að takmarkanir væru réttlæt-anlegar með vísan til 2. mgr. 8. gr.

28 D.J. Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 307.

24 Iain Cameron: *National Security and the European Convention on Human Rights*, bls. 30.
25 Dómur MDE frá 7. júlí 1989, Series A. 160, mgr. 49. Sambærilegt úrlausnarefni um takmarkanir á aðgangi kæranda að upplýsingum um meðferð mála hans hjá barnaverndaryfirvöldum var til skoðunar í máli *M.G. gegn Bretlandi* og taldi dómstóllinn þá einnig brotið gegn réttindum hans samkvæmt 8. gr. Dómur MDE frá 24. september 2002, RJD 2003-III.

á að löggjöf þeirra á þessu sviði sé í mótun. Í einum fyrsta stefnumarkandi dóminum af þessum toga, í máli *Rees* gegn *Bretlandi*, fjallaði dómstóllinn um það hversu langt athafnaskylda ríkja næði til þess að tryggja réttindi þeirra sem breytt hafa um kyn. Kærandi taldi að brotið hefði verið friðhelgi einkalífs hans þegar honum var synjað um að breyta skráningu í fæðingarvottorði sínu sem bar með sér að hann væri af kvenkyni, þótt hann hefði gengist undir aðgerð þar sem kyni hans var breytt í karlkyn. Hafði kærandi eftir það þó verið kleift að breyta opinberri skráningu á kyni sínu að öðru leyti, t.d. í vegabréfi og öðrum opinberum skilríkjum sem honum voru nauðsynleg í daglegum samskiptum. Dómstóllinn benti á að stjórnvöld hefðu þegar brugðist við til að tryggja réttindi kæranda. Í ljósi þess svigrúms til mats sem ríki hefðu á þessu sviði og jafnvægis sem þyrfti að finna á milli hagsmuna samfélagsins af því að viðhalda opinberri skráningu í fæðingarskrám og hagsmuna kæranda í málinu var ekki talið að brotið hefði verið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr.²⁹ Öðruvísi horfði við í máli *B* gegn *Frakklandi* þar sem kæruefnið var einnig að einstaklingi sem skipt hafði um kyn var neitað um breytta opinbera skráningu á kynferði. Í þessu tilviki höfðu stjórnvöld hins vegar á engan hátt komið til móts við breyttar aðstæður kæranda með því að skrá breytt kyn í opinberum skrá og skilríkjum, t.d. í vegabréfi. Taldi dómstóllinn að þrátt fyrir svigrúm ríkja til mats um leiðir til að tryggja réttindi á þessu sviði væri sýnt að með því að bregðast ekki á neinn hátt við þessum breyttu högum kæranda, hefði ríkið ekki virt friðhelgi hans til einkalífs. Var því brotið gegn réttindum hans samkvæmt 8. gr.³⁰ Í nýlegri dómum hefur orðið stefnubreyting í niðurstöðum dómstólsins sem bendir til þess að svigrúm ríkja á þessu sviði fari minnkandi og skyldur þeirra til að viðurkenna að fullu breytt kyn einstaklinga í allri opinberri skráningu fari að sama skapi vaxandi.³¹

Misjafnt er að hvaða marki aðildarríki hafa sett reglur um nafnskráningu og um heimildir einstaklinga til að breyta skráningu á nafni.³² Dómstóllinn hefur staðfest að eftirnöfn manna falli undir friðhelgi einkalífs þeirra en jafnframt að almannahagsmunir séu tengdir því að almannaskráning í þjóðskrá sé áreiðanleg og því megi setja nafnbreytingum ákveðnar skorður. Jafnframt hefur hann vísað til þess að svigrúm ríkja til mats sé rúmt þar sem reglur um þetta efni séu breytilegar milli aðildarríkja.³³ Þó verða slíkar skorður að hvíla á hlutlægum og málefnalegum forsendum og mega ekki fela í sér mismunun á grundvelli kynferðis eða annarra atriða sem talin eru upp í 14. gr. MSE.³⁴

29 Dómur MDE frá 17. október 1986, Series A. 106. Sama niðurstaða varð um sambærilegt álitaeftni í máli *Cossey* gegn *Bretlandi*. Dómur frá 27. september 1990, Series A. 184.

30 Dómur MDE frá 25. mars 1992, Series A. 232-C.

31 Sbr. dóm MDE í máli *Christine Goodwin* gegn *Bretlandi* frá 11. júlí 2002, RJD 2002-VI.

32 Í 2. mgr. 24. gr. SBSR er mælt fyrir um skyldu aðildarríkja til að skrá börn þegar eftir fæðingu og að þau skuli bera nöfn. Ekki hefur reynt á hvort 8. gr. MSE felur í sér jákvæða skyldu ríkja til að tryggja að börn beri nafn.

33 Sbr. dóm MDE í máli *Stjerna* gegn *Finnlandi* frá 25. nóvember 1994, Series A. 299-B.

34 Sbr. dóm MDE í máli *Burghartz* gegn *Swiss* frá 22. febrúar 1994, Series A. 280-B.

8.3.4. Tilfinningasambönd og kynferðissambönd við aðra

Eins og áður er getið staðfesti Mannréttindanefndin snemma á ferli sínum að réttur manns til tilfinningalegra sambanda við aðrar manneskjur væri þáttur í einkalífi hans og á það sama við um kynferðissambönd. Af því leiðir að löggjöf eða aðrar aðgerðir aðildarríkja sem hafa áhrif á möguleika manna til þess að stofna til eða viðhalda slíkum samböndum takmarka rétt til einkalífs og þurfa að uppfylla skilyrði 2. mgr. 8. gr. Hafa af þessu sprottið ýmis álitaeftni um það að hvaða marki ríki geti haft afskipti af þessum rétti eða hvort því beri að vernda hann sérstaklega. Einkum hafa þessi álitaeftni reynst raunhæf hvað varðar sambönd samkynhneigðra einstaklinga en á því sviði eru löggjöf og viðhorf í aðildarríkjum ólík. Framan af búrast stofnunum sáttmálans fáar kærur sem tengdust réttindum samkynhneigðra. Eftir 1980 hefur hins vegar fjölgað verulega málum þar sem reynir á gildissvið og vernd 8. gr. gagnvart réttindum samkynhneigðra. Má segja að efni þeirra hafi í meginatriðum verið þrjú. Í fyrsta lagi hafa málin fjallað um refsilöggjöf þar sem mök samkynhneigðra hafa verið lýst refsiverð eða hærri aldur er áskilinn til samþykkis fyrir kynmökum samkynhneigðra en gagnkynhneigðra. Í öðru lagi kemur til álita hvort vernd sáttmálans á fjölskyldulífi nái yfir sambönd samkynhneigðra og rétt þeirra til að ganga í hjónaband samkvæmt 12. gr. MSE. Loks hafa í þriðja lagi komið til úrlausnar kærur um bann við því að samkynhneigðir gegni herþjónustu og brottrekstur úr hernum vegna samkynhneigðar.³⁵ Þegar niðurstöður stofnana sáttmálans á þessu sviði eru skoðaðar yfir nær þriggja áratuga tímabil sést glögg þróun í átt til þess að viðurkenna réttindi samkynhneigðra í ríkara mæli og þrengja svigrúm ríkja til mats varðandi takmarkanir á réttindum þeirra samhliða breyttum viðhorfum í aðildarríkjum og afnámi laga sem mismuna einstaklingum eftir kynhneigð.

Í fyrsta málinu sem kom til kasta Mannréttindadómstólsins af þessum toga árið 1981, *Dudgeon* gegn *Bretlandi*, tók dómstóllinn af skarið um að kynferðislíf manns væri einn af viðkvæmustu þáttunum í friðhelgi einkalífs hans og nyti verndar 8. gr. Var löggjöf á Norður-Írlandi, sem mælti fyrir um að kynmök samkynhneigðra væru refsiverður verknaður talin brjóta gegn friðhelgi einkalífs kæranda jafnvel þótt lögnum hefði ekki verið framfylgt gagnvart honum eða öðrum. Dómstóllinn taldi ekki sýnt fram á að bann við kynmökum samkynhneigðra væri nauðsynlegt til að tryggja siðgæði og vísaði m.a. til breyttra viðhorfa í aðildarríkjunum og aukins umburðarlyndis í garð samkynhneigðra í þeim efnum.³⁶ Þrátt fyrir

35 Samantekt um helstu úrlausnir stofnana Mannréttinasáttmálans varðandi málefni samkynhneigðra má m.a. sjá í skýrslu um réttarstöðu samkynhneigðra sem lögð var fyrir Alþingi á 131. löggjafarþingi 2004–2005, þskj. 381, bls. 19–24.

36 Dómur MDE frá 22. október 1981, Series A. 45. Í tveimur síðari dómum í málunum *Norris* gegn *Írlandi* frá 26. október 1988, Series A. 142, og *Modinos* gegn *Kýpur* frá 22. apríl 1993, Series A. 259, fékk Mannréttindadómstóllinn sambærileg álitaeftni til úrlausnar og áréttaði fyrri niðurstöðu sína um að refsilöggjöf, sem mælti fyrir um refsinámi kynmaka

skýra afstöðu um að lög sem leggja refsingu við kynmökum samkynhneigðra brjóti gegn friðhelgi einkalífs hefur ekki verið litið svo á að menn frá ríkjum, þar sem slík lög gilda, öðlist við það rétt til hælís í aðildarríkjum sáttmálans. Í máli *Z.B. gegn Bretlandi* frá 1990 taldi Mannréttindanefndin þannig að brottvísun kæranda til Kýpur, þar sem slík refsilöggjöf var við lýði, bryti ekki gegn réttindum hans samkvæmt 8. gr. enda vægi þyngra nauðsyn þess að framfylgja ákvæðum útlendingalöggjafarinnar en kærandi hafði um langt skeið dvalist ólöglega í landinu.³⁷

Í máli *Sutherland gegn Bretlandi* komst Mannréttindanefnd Evrópu að þeirri niðurstöðu að refsíákvæði í lögum, sem áskildi hærri aldur til samþykkis fyrir kynmökum samkynhneigðra (21 ár) en átti við í tilviki gagnkynhneigðra (16 ár), fæli í sér mismunun og þar með brot á 8. gr. og 14. gr. sáttmálans. Nefndin benti á að engin málefnaleg rök stæðu til þess að kynferðislegur samþykkisaldur væri annar þegar samkynhneigðir ættu í hlut.³⁸ Mannréttindadómstóllinn hefur nú í nýlegum úrlausnum staðfest þessa túlkun.³⁹

Loks er vert að taka fram að dómstóllinn hefur í nokkrum málum gegn breska ríkinu talið það brjóta gegn 8. gr. að banna samkynhneigðum að gegna herþjónustu. Stefnumarkandi dómar um þetta efni voru í málum *Lustig-Prean og Beckett gegn Bretlandi* og *Smith og Grady gegn Bretlandi*. Höfðu kærendur verið reknir úr breska hernum eftir nokkurra ára áfallalausán starfsferil þegar upp komst um samkynhneigð þeirra að undangenginni sérstakri rannsókn á vegum hersins um það. Bannið studdist við niðurstöður skýrslu sem breska varnarmálaráðuneytið hafði gert og fjallaði um ymis neikvæð áhrif af veru samkynhneigðra einstaklinga í hernum, m.a. á baráttugetu herafllans og siðferðisþrek hermanna. Vísaði breska ríkið til þess að þessi takmörkun væri nauðsynleg í þágu þjóðaröryggis og því réttlætanaleg samkvæmt 2. mgr. 8. gr. Mannréttindadómstóllinn fjallaði ítarlega um þær röksemdir sem komu fram í skýrslunni og benti á að takmarkanir, sem snertu persónulegustu þætti í einkalífi einstaklinga, þyrftu að byggjast á sérstaklega þungvægum rökum og nauðsyn þeirra að vera afar rík. Dómstóllinn taldi hins vegar að ekki væri sýnt fram á það með óyggjandi hætti að samkynhneigðir einstaklingar í herþjónustu myndu hafa þau áhrif sem haldið væri fram í skýrslunni enda hafði breska ríkið ekki fært fram nein dæmi því til stuðnings. Takmarkanir þessar væru því ekki nauðsynlegar í skilningi 2. mgr. 8. gr.⁴⁰

fullorðinna samkynhneigðra einstaklinga, bryti gegn friðhelgi einkalífs þeirra samkvæmt 8. gr. MSE. Af nýrri dómum um efnið má nefna *FL. gegn Austurríki* frá 17. febrúar 2005.

37 Ákvörðun MNE frá 10. febrúar 1990 í máli nr. 16106/90.

38 Skýrsla MNE frá 1. júlí 1997 í máli nr. 25186/94. Nefndin tók fram að m.a. í ljósi breyttra viðhorfa í aðildarríkjunum félli hún frá fyrri afstöðu sinni að hærri kynferðislegur samþykkisaldur samkynhneigðra væri réttlætanalegur á þeim grunni að slík refsilöggjöf stefndi að því að vernda réttindi annarra, sbr. skýrslu MNE frá 12. október 1978 í máli *X gegn Bretlandi* nr. 7215/75, D&R 19, bls. 66.

39 Sbr. tvo dóma MDE frá 9. janúar 2003 í málunum *S. og L. gegn Austurríki* og *L. og V. gegn Austurríki*, RJD 2003-I.

40 Tveir dómar MDE frá 27. september 1999, RJD 1999-VI.

Réttur einstaklings til að þurfa ekki að þola afskipti af kynferðislífi sínu er ekki takmarkalaus. Geta þar augljóslega vegist á aðrir hagsmunir og verið nauðsyn og jafnvel skylda aðildarríkja að vernda réttindi annarra, t.d. á grundvelli barnaverndarsjónarmiða eða vegna viðkvæmrar stöðu þeirra að öðru leyti.⁴¹ Einnig hefur verið litið svo á að kynlífsathafnir sem fela í sér ofbeldi og líkamsmeiðingar séu háðar takmörkunum og megi leggja refsingu við þeim jafnvel þótt um ræði fullorðna einstaklinga og að samþykki þolanda við slíkri meðferð liggi fyrir.⁴² Á hinn bóginn hefur dómstóllinn einnig staðfest að í einkalífi manna felist rétturinn til að stunda óáreitir kynlífsathafnir sem ekki stofna heilsu eða réttindum annarra í hættu og eiga sér stað bak við luktur dyr heimilisins án þess að eiga yfir höfði sér að vera refsað fyrir ósiðlegar athafnir. Slíkar takmarkanir teljast því ekki nauðsynlegar til verndar siðgæði samkvæmt 2. mgr. 8. gr.⁴³

8.4. Friðhelgi fjölskyldulífs⁴⁴

8.4.1. Hugtakið fjölskyldulíf

Hugtakið *fjölskyldulíf* er ekki skilgreint frekar en önnur hugtök í 1. mgr. 8. gr. og verður að skoða það í samhengi við önnur ákvæði sáttmálans sem fjalla um fjölskyldumálefni, í 12. gr. um rétt til að stofna fjölskyldu og í 5. gr. 7. viðauka varðandi jafnrétti hjóna. Merking hugtaksins er þó mun víðtækari en svo að hún taki aðeins til kjarnafjölskyldu með börn sem býr saman.⁴⁵ Í máli *Keegan gegn Írlandi* voru atvik þannig vaxin að móðir ráðstafaði barni, sem getið var í sambúð hennar með kæranda en fætt eftir sambúðarslit, til ættleiðingar án samþykkis kæranda og var samastað barnsins haldið leyndum fyrir honum. Um það hvort fjölskyldu-

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

42 Sbr. dóm MDE í máli *Laskey, Jaggard og Brown gegn Bretlandi* frá 19. febrúar 1997, RJD 1997-I. Þar féllst dómstóllinn á að refsing sem kærendum var gerð vegna sadó-masókskra kynlífsathafna hóps karlmanna sem komst upp um í kjölfar haldlagningar lögreglu á heima-gerðum myndböndum væri nauðsynleg takmörkun á einkalífi þeirra til verndar heilsu manna. Um sambærileg álitafni var fjallað í dómi MDE í máli *K.A. og A.D. gegn Belgíu* frá 17. febrúar 2005.

43 Sbr. dóm í máli *A.D.T. gegn Bretlandi* frá 31. júlí 2000, RJD 2000-IX. Þar hafði lögreglan, vegna rannsóknar á óskyldu máli, lagt hald á myndbandsupptökur í heimahúsi sem sýndu kynlífsathafnir samkynhneigðra karlmanna.

44 Í opinberri íslenskrí þýðingu ákvæðisins er rætt um friðhelgi „fjölskyldu“ sem gefur ekki fyllilega rétta mynd af frumtexta sáttmálans þar sem notuð eru ensku orðin „family life“ og á frönsku „vie familiale“. Nær lagi er því að tala um vernd „fjölskyldulífs“ og verður það orð því notað hér í framhaldinu. Sjá einnig um orðnotkun í þessu sambandi, Ármann Snævarr: „Fjölskyldan og fjölskyldulíf í ljósi 8. og 12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“, *Afmælisrit – Gaukur Jörundsson sextugur*, bls. 55.

45 Í þessu sambandi má benda á til hliðsjónar að 1. mgr. 23. gr. SBSR mælir fyrir um að fjölskyldan sé hin eðlilega grundvallarhópeining þjóðfélagsins og eigi rétt á vernd þjóðfélagsins og ríkisins.

Ílf hefði verið til staðar milli kæranda og barnsins sagði dómstóllinn m.a. eftirfarandi:

Dómstóllinn bendir á að hugtakið „fjölskylda“ í þessu ákvæði tekur ekki eingöngu til sambanda sem byggja á hjúskap og getur það náð til annarra raunverulegra fjölskyldubanda utan hjúskapar [...]. Barn sem fæðist við slíkar aðstæður er ipso jure hluti af þeirri fjölskyldueiningu frá fæðingu. Þannig stofnast milli barns og foreldra þess samband sem jafnað verður til fjölskyldulífs jafnvel þótt foreldrar þess búi ekki saman á því tímamarki sem það fæðist eða sambandi þeirra er þá lokið. [...] Í þessu máli hafði samband kæranda staðið í tvö ár, annað árið í sambúð. Að auki höfðu þau ákveðið að eignast barn saman og stefndu að því að ganga í hjúskap. [...] Af þessu leiðir að frá fæðingu barnsins var til staðar samband á milli kæranda og dóttur hans sem verður jafnað til fjölskyldulífs.⁴⁶

Sá skilningur sem stofnanir Mannréttindasáttmálans hafa lagt í hugtakið fjölskyldulíf í 1. mgr. 8. gr. er dæmigerður fyrir það hvernig breytt viðhorf í aðildarríkjunum geta leitt til breyttrar túlkunar á inntaki hugtaka í sáttmálanum og hefur það öðlast sjálfstæða merkingu í meðförum dómstólsins án þess að skilgreining landslaga ráði þar úrslitum. Yrði efnisinntak 8. gr. brotkennt ef löggjöf hvers ríkis réði þar úrslitum, enda geta skilgreiningar landsréttar á fjölskyldutengslum verið sundurleitar.⁴⁷ Því verður ekki gerð krafa um að tilteknum formsatriðum sé fullnægt, t.d. skilyrðum um hjúskap eða sambúð eins og áður segir, heldur er kannað hvert er raunverulegt eðli sambands milli tveggja eða fleiri einstaklinga og hvernig það hefur þróast til þess að skera úr um hvort fjölskyldulíf hefur stofnast sem nýtur verndar ákvæðisins. Þannig myndi hjúskapur sem augljóslega er komið á til málamynda, t.d. til þess að komast fram hjá skilyrðum útlendingalöggjafar um dvalarleyfi, falla utan verndar ákvæðisins ef ekki er sýnt fram á að stefnt sé að raunverulegu fjölskyldulífi með honum.⁴⁸ Þá má nefna sem dæmi að þótt blóðbönd séu á milli tveggja einstaklinga, s.s. kynföður og kynbarns sem kunna að skapa ákveðin lagaleg tengsl á milli þeirra er ekki sjálfgefið að fjölskyldulíf hafi stofnast með þeim. Þá skapar sæðisgjöf til tæknifrjógunar á konu ekki ein og sér sjálfstæðan rétt sæðisgjafans til fjölskyldulífs með barninu.⁴⁹

Þótt algengustu álitafnin um skilgreiningu fjölskyldulífs líti að sambandinu milli karls og konu og á milli foreldra og barna einskorðast vernd 8. gr. ekki við slík sambönd. Ákvæðið verndar einnig fjölskyldulíf á milli systkina og getur átt við um aðra ættingja svo sem tengsl barns við ömmu og afa eða jafnvel fjarskyldari ættingja, allt eftir því hvernig sambandi milli þeirra er háttað í hverju tilvik.

46 Dómur MDE frá 26. maí 1994, Series A. 290, mgr. 44 og 45.

47 Ármann Snævarr, bls. 57.

48 Harris, O'Boyle og Warbrick, bls. 312–313.

49 Sbr. ákvörðun MNE frá 8. febrúar 1993 í máli nr. 16944/90, *J.R.M. gegn Hollandi*, D&R 74, bls. 120.

Fjölskyldulíf samkvæmt ákvæðinu getur einnig stofnast út frá félagslegum þáttum þótt hvorki sé um að ræða líffræðileg né lagaleg tengsl milli einstaklinga eins og dómstóllinn staðfesti í máli *X, Y og Z gegn Breilandi*. Málið fjallaði um kröfu X sem skipt hafði um kyn, úr kvenkyni í karlkyn, til þess verða skráður sem faðir barnsins Z sem sambyliskona hans Y hafði eignast eftir tæknifrjógungun með gjafasæði. Þar sem X hafði verið í sambúð með Y sem karlmaður um árabíl, þau höfðu sameiginlega ákveðið að Y gengist undir tæknifrjógunaráðgerð og hann hafði alið upp barnið Z sem faðir þess var talið að fjölskyldulíf hefði stofnast þeirra á milli.⁵⁰ Í ljósi þeirra flóknu lagalegu, siðferðislegu og félagslega álitafna sem vöknudu um áhrif kynskiptaaðgerða taldi dómstóllinn þó ekki að jákvæð skylda hvíldi á stjórnvöldum samkvæmt 8. gr. til að skrá X sem lagalegan föður barnsins.

Loks er vert að benda á að þótt nefndin og dómstóllinn hafi slegið föstu að sambönd samkynhneigðra séu þáttur í fríðhelgi einkalífs hafa þau verið varkár að viðurkenna að vernd fjölskyldulífs ná til samkynhneigðra para.⁵¹ Á síðari árum gættir þó ákveðinnar stefnubreytingar á þessu sviði eftir því sem kærumálum af þessum toga hefur fjölgað og viðhorf hafa breyst í aðildarríkjunum, svo sem nánar verður rakið hér á eftir.

8.4.2. Forsjá, umgengnisréttur og barnaverndarráðstafanir

Eitt megininntak réttarins til fjölskyldulífs er að fjölskyldan fái að vera saman án afskipta og verði ekki aðskilin gegn vilja þeirra sem henni tilheyra. Einnig getur rétturinn til fjölskyldulífs lagt þá skyldu á aðildarríki að stuðla að sameiningu kynforeldris við barn sitt jafnvel þótt þau búi ekki saman eða hafi ekki búið saman. Í álitamálaum um gagnkvæman rétt foreldra og barna til að njóta samveru geta vegist á hagsmunir foreldris og barns þar sem ævinlega verður að taka mið af því hvað barninu er fyrir bestu. Þegar annað eða bæði foreldri hafa verið svipt forsjá barns er ljóst að réttur til fjölskyldulífs hefur verið skertur. Við mat á því hvort takmörkun sé nauðsynleg á grundvelli 2. mgr. 8. gr. hefur dómstóllinn fallist á að aðildarríki hafi nokkuð svigrúm til mats.⁵² Þannig er á því byggt að stjórnvöld í aðildarríkjunum séu í betri stöðu að því leyti að þau eru í beinu sambandi við alla aðila málsins og að Mannréttindadómstóllinn geti ekki sett sig í spor stjórnvalda aðildarríkjanna við ákvarðanatöku þeirra varðandi forsjá og umgengnisrétt.⁵³

Slíkt svigrúm er þó ekki takmarkalaust því lítið er til málsmeðferðarinnar fyr-

50 Dómur MDE frá 22. apríl 1997, RJD 1997-II.

51 Hrefna Friðriksdóttir: „Leyfilegar og óleyfilegar fjölskyldur. Mannréttindi og lagaleg staða samkynhneigðra fjölskyldna“ í Rannveig Traustadóttir og Þorvaldur Kristinsson (ritstj): *Samkynhneigðir og fjölskyldulíf*, bls. 53.

52 Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 1–10)*, bls. 404.

53 Sbr. t.d. dóma MDE í máli *Elsholz gegn Þýskalandi* frá 13. júlí 2000, mgr. 48, RJD 2000-VIII og í máli *Hokkanen gegn Finnlandi*, frá 23. september 1994, Series A. 299-A, mgr. 55.

ir innlendum stjórnvöldum, hvort gætt hafi verið réttar þess foreldris sem takmörkunin beinist að til að koma þar að sjónarmiðum sínum, leitað hafi verið álits sérfræðinga um málið og afstöðu barnsins ef unnt er. Séu alvarlegir ágallar á meðferð málsins að þessu leyti getur niðurstaðan orðið sú að brotið sé gegn rétti manns til fjölskyldulífs.⁵⁴ Er þá málsmeðferðin að öðru jöfnu skoðuð sem þáttur í skilyrðum lögmætra takmarkana samkvæmt 2. mgr. 8. gr. án þess að 6. gr. MSE um réttláta málsmeðferð þurfi jafnframt að koma til úrlausnar en það er þó ekki einhlítt í framkvæmd dómstólsins.

Það getur brotið gegn rétti manns til fjölskyldulífs ef ákvörðun stjórnvalda um forsjá barns hvílir á ómálefnalegum eða ólögmætum sjónarmiðum sem t.d. fela í sér mismunun gagnvart öðru foreldri en þá getur jafnframt reynt á 14. gr. MSE um bann við mismunun. Í máli *Salgueiro da Silva Mouta* gegn *Portúgal* varð niðurstaða dómstólsins að það bryti gegn 14. gr. og friðhelgi fjölskyldulífs samkvæmt 8. gr. að líta til kynhneigðar foreldris við mat á því hvort það ætti að hafa forsjá barns síns.⁵⁵

Dómstóllinn hefur ítrekað staðfest að 8. gr. leggi skyldu á ríki til þess að grípa til ákveðinna aðgerða til að tryggja rétt foreldris til að njóta samveru við börn sín og nánar skilgreint inntak slíkrar skyldu. Þannig nægir ekki að mæla fyrir um slíkan rétt í lögum ef ekki eru veitt þar virk úrræði til þess að framfylgja honum. Í því sambandi má nefna dóm í máli *Sophiu Guðrúnar Hansen* gegn *Tyrklandi*. Kæra hennar laut að því að tyrkneska ríkið hefði brotið gegn rétti hennar til fjölskyldulífs með því að framfylgja ekki ákvörðunum tyrkneskra dómstóla um umgengnisrétt við tvær dætur hennar í Tyrklandi á árabílinu 1992–1997. Á þessu tímabili fór kærandi margtírekað á heimili dætra sinna hjá föður þeirra í Tyrklandi til að neyta umgengnisréttar samkvæmt ákvörðun tyrkneskra dómstóla en ávallt án árangurs vegna andstöðu föðursins sem faldi dæturnar og upplýsti ekki um dvalarstað þeirra. Mannréttindadómstóllinn benti á að við úrlausn þess hvort tyrknesk stjórnvöld hefðu uppfyllt skyldu sína til að tryggja rétt kæranda þyrfti að líta til þess hversu skjótt þau brugðust við þegar ljóst varð að faðirinn hugðist hunska ákvarðanir dómstóla og einnig hversu virk úrræðin voru í raun. Dómstóllinn tók fram að þótt kærandi hefði fengið fylgd embættismanna á heimili dætranna í árangurslausum ferðum sínum þangað, væri það ekki nægilegt. Stjórnvöld hefðu ekki gert neinar virkar ráðstafanir til að bregðast við háttsemi föðursins til að gera kær-

54 Sbr. t.d. áðurgreindan dóm frá 13. júlí 2000 í máli *Elsholz* gegn *Þýskalandi*, mgr. 52 og 53.

55 Dómur frá 21. desember 1999, RJD 1999-IX. Einnig má benda á dóm í máli *Hoffmann* gegn *Austurríki* frá 23. júní 1993 þar sem trúarskoðanir móður, sem var Vottur Jehóva, réðu úrslitum um að föður var úrskurður forsjá barns. Taldi Mannréttindadómstóllinn að með þessu hefði verið brotið gegn rétti hennar samkvæmt 8. og 14. gr. MSE, Series A. 255-C. Um mismunun á að veita feðrum umgengnisrétt eftir því hvort börn hafa fæðst í hjónabandi eða utan hjónabands er fjallað í tveimur dómum frá 11. október 2001 í málum *Sahin* og *Sommersfeld* gegn *Þýskalandi*, sbr. dóma yfirdeildar frá 8. júlí 2003, RJD 2003-VIII.

anda kleift að hitta dætur sínar, t.d. reynt að hafa uppi á samastað barnanna eða gripið til þvingunarráðstafana. Lágur sektir sem lagðar voru á föðurinn vegna brota á umgengnisréttinum voru ekki virk úrræði að mati dómsins. Með því að stjórnvöld brugðust þeirri skyldu sinni að grípa til viðeigandi og virkra úrræða til að framfylgja rétti kæranda til umgengni við börn sín brutu þau gegn rétti hennar til friðhelgi fjölskyldulífs.⁵⁶

Eins og áður segir getur tillit til hagsmuna barns vegið þyngra en réttur foreldris til umgengni og verður ríki þá að sýna fram á að uppfyllt séu skilyrði 2. mgr. 8. gr. um að slíkar takmarkanir á rétti foreldris til fjölskyldulífs séu nauðsynlegar. Í máli *Þorbergs Þorbergssonar* gegn *Íslandi* tók Mannréttindanefndin til skoðunar hvort svipting umgengnisréttar föður við barn sitt sem dvaldi hjá fósturforeldrum uppfyllti skilyrði 2. mgr. 8. gr. Taldi nefndin að með tilliti til hagsmuna barnsins og aðstæðna í málinu væri sýnt fram á að takmörkunin á réttindum kæranda væri nauðsynleg með eftirfarandi orðum:

Nefndin telur að innanlandsdómstólar hafi skoðað vandlega kröfu kæranda um umgengni við dóttur sína. Vegna þeirra örðugleika sem skapast höfðu varð niðurstaða þeirra sú að það væri mikilvægt fyrir velferð barnsins að vera haldið utan við þá. Nefndin fellst á að við þessar aðstæður geti takmörkun sem kærnan varðar, synjun umgengnisréttar kæranda, verið vegna hagsmuna barnsins og að við ákvörðun þess hafi dómstólar ekki farið út fyrir heimild sína til mats. Nefndin hefur ekki lítið framhjá aðstæðum kæranda. Fjarvera barns getur valdið foreldri umtalsverðum þjáningum. Þegar til staðar er alvarleg togstreita, eins og í þessu máli, sem aðeins er hægt að leysa þannig að hagsmunir annars verði að vikja, þá er réttmætt samkvæmt 8. gr. að láta hagsmuni barnsins ganga fyrir.⁵⁷

Meðal alvarlegustu afskipta stjórnvalda af fjölskyldulífi eru barnaverndarráðstafanir þar sem foreldrar eru sviptir forsjá barns síns um lengri eða skemmri tíma til að tryggja velferð þess. Þótt ríki njóti hér sem endranær ákveðins svigrúms til mats þarf að vera sýnt fram á að sérstaklega ríkar ástæður séu fyrir slíkum ráðstöfunum, að vægari úrræði hafi ekki dugað til að ná sama markmiði og að beit-

56 Dómur MDE frá 23. september 2003. Þar sem kærandi í þessu máli var íslenskur ríkisborgari ákvað ríkisstjórn Íslands að nýta sér rétt sinn samkvæmt 1. mgr. 36. gr. MSE til að skila athugasemdum til dómstólsins til stuðnings kröfum hennar. Á vanrækslu ríkis á að bregðast við ólögmætu brottnámi foreldris á barni með skjótum og virkum aðgerðum reyndi einnig í dómi í máli *Ignaccolo-Zenide* gegn *Rúmeníu* frá 25. janúar 2000, RJD 2000-I. Einnig má benda á mál *Hokkanen* gegn *Finnlandi* frá 23. september 1994, Series A. 299-A. Þar taldi dómstóllinn að brotið hefði verið gegn rétti föður til fjölskyldulífs þegar stjórnvöld framfylgdu ekki umgengnisrétti hans við barn sitt sem hafði verið í umsjá foreldra móður eftir dauða hennar.

57 Málið var af þessari ástæðu ekki tækt til efnismeðferðar samkvæmt ákvörðun MNE frá 11. janúar 1994 í máli nr. 22597/93. Um atvikin og ákvarðanir stjórnvalda og dómstóla sem urðu tilefni kærunnar gegn íslenska ríkinu er fjallað í dómi *Hæstaréttar í H 1993 226*.

ing úrræðanna hafi ekki verið þungbærari en nauðsynlegt var. Við þessar aðstæður eru áhrif grundvallarreglunnar um meðalhöf mikil og eftir því sem umfang réttindaskerðingar er meira, þeim mun meira knýjandi verða ástæður hennar að vera og sýnt fram á að önnur vægari úrræði nægi ekki.⁵⁸ Jafnvel þótt fallist verði á að nauðsynlegt hafi verið að taka barn frá foreldrum sínum vegna velferðar þess er einnig mikilvægt að ráðstafanir hafi verið gerðar í kjölfarið sem miða að því að aflétta slíku ástandi og sameina fjölskyldu á nýjan leik. Í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* taldi dómstóllinn að sú ráðstöfun barnaverndaryfirvalda að taka þrjú systkin úr umsjá foreldra og setja þau á fósturheimili hvert í sínum landshlutanum, þar sem fjarlægð á milli þeirra innbyrðis og við foreldrana var mikil, hafi brotið gegn 8. gr. Var m.a. litið til þess að forsjársviptingin var tímabundin en á sama tíma skorti á að stjórnvöld gerðu ráðstafanir sem miðuðu að því að sameina fjölskylduna aftur.⁵⁹

Í máli *Eriksson* gegn *Svíþjóð* hafði móðir verið svipt forsjá barns við fæðingu þess árið 1978 og var því komið fyrir á fósturheimili. Þótt móðirin krefðist þess allt frá árinu 1980 að fá barnið aftur og hefði frá árinu 1983 verið metin hæf til að annast það, var kröfu hennar hafnað, auk þess sem henni var neitað um umgengnisrétt við barnið. Taldi dómstóllinn að sú ákvörðun sænskra yfirvalda að heimila ekki umgengni móður við barnið auk þess að ákveða vistun þess á fósturheimili í samfelld sex ár hafi falið í sér takmarkanir á rétti hennar sem gengu lengra en nauðsyn bar til.⁶⁰ Dómstóllinn hefur ítrekað tekið fram í úrlausnum sínum að ákvarðanir barnaverndaryfirvalda um forsjársviptingu eigi að mæla fyrir um tímabundna aðgerð nema fullreynt sé að ekki muni takast að breyta aðstæðum eða grípa til ráðstafana til að gera foreldrum kleift að annast börn sín. Ef sýnt er að markmið barnaverndaryfirvalda frá upphafi er að rjúfa böndin milli foreldra og barns, t.d. með viðvarandi umgengnisbanni þeirra á milli, er því ekki gætt meðalhófs.⁶¹

Mannréttindadómstóllinn hefur sett fram nokkur sjónarmið sem gæta ber að í meðferð mála um forsjársviptingu til þess að takmörkunin uppfylli skilyrði 2. mgr. 8. gr. Eitt af grundvallaratriðum sem þar getur ráðið úrslitum er að foreldrum sé tryggð aðild að slíkum málum og að sjónarmiðum þeirra verði komið að hjá því stjórnvaldi sem tekur ákvörðun í málinu.⁶²

Af framkvæmd Mannréttindadómstólsins í málum sem varða forsjársviptingu má loks leiða þá almennu reglu, að þrátt fyrir ákveðið svigrúm sem ríki hafa til mats vegna nálægðar þeirra við atvik máls og aðila þess, sé rík áhersla lögð á mikilvægi þess að rjúfa ekki varanlega fjölskyldubönd sem hafa stofnast á milli barna og kynforeldra.⁶³

8.4.3. Málefni útlendinga, synjun um dvalarleyfi, brottvísanir o.fl.

Það er meginregla í þjóðarétti að ríki hafi sjálfsákvörðunarrétt um það hverjum þau heimila komu og dvöl á yfirráðasvæði sínu og hvernig þau haga reglum á því sviði gagnvart öðrum en eigin ríkisborgurum. Mannréttindasáttmáli Evrópu veitir útlendingum því engan sjálfstæðan rétt til að koma til eða dvelja í aðildarríkjunum. Á hinn bóginn geta ákvarðanir stjórnvalda á grundvelli útlendingalöggjafar skert rétt útlendinga til fjölskyldulífs samkvæmt 8. gr. vegna rofa á fjölskylduböndum við maka, börn eða aðra sem fjölskyldulíf hefur stofnast með eða vegna hindrunar við því að fjölskylda sameinist.⁶⁴ Af þessari ástæðu hefur mikill fjöldi mála komið til úrlausnar hjá stofnunum sáttmálans um það hvernig ríki beitir valdi sínu samkvæmt útlendingalöggjöf eða reglum um innflytjendur.⁶⁵

Stofnanir sáttmálans hafa lengst af varast að þrængja heimildir aðildarríkja til að móta stefnu um innflytjendamálefni og setja lög og reglur á því sviði. Hefur í því sambandi verið tekið tillit til þess hvort reglur stefna að því að sporna við misnotkun, t.d. koma í veg fyrir málamyndahjónabönd eða líta til þess hvort útlendingi var ljóst frá öndverðu að hjúskapur myndi ekki veita rétt til dvalar í landi. Hefur dómstóllinn þannig ekki kveðið afdráttarlaust á um það hvort jákvæð skylda hvíli á aðildarríkjum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. til að leyfa útlendingum komu til lands til að sameina fjölskyldur og hafa aðildarríkin þar allmikið svigrúm til mats. Stefnumarkandi dómur um þetta var í máli *Abdulaziz, Cabales og Balkandali* gegn *Bretlandi* þar sem sagði m.a.:

Sérstaklega á því sviði sem hér er til skoðunar getur umfang á skyldum ríkisins til að leyfa komu ættingja innflytjenda til landsins verið breytilegt og byggt á atvikum hvers máls. Að auki getur dómstóllinn ekki litið fram hjá því að mál þetta snertir ekki einvörðungu fjölskyldulíf heldur einnig innflytjendamálefni, en samkvæmt viðurkenndum reglum þjóðaréttarins og skyldum samkvæmt þjóðréttarsamningum hefur ríki rétt til þess að setja reglur um komu útlendinga inn á yfirráðasvæði sitt.⁶⁶

58 van Dijk og van Hoof, bls. 537.

59 Dómur MDE frá 24. mars 1988, Series A. 130.

60 Dómur MDE frá 22. júní 1989, Series A. 156.

61 Sbr. dóma MDE í máli *K. og T.* gegn *Finnlandi* frá 12. júlí 2001, RJD 2001-VII og máli *K. og A.* gegn *Finnlandi* frá 14. janúar 2003.

62 Sbr. fimm dóma MDE frá 8. júlí 1987 í málum *O, H, W, B og R* gegn *Bretlandi*, Series A. 120 og 121, þar sem dómstóllinn taldi að málsmeðferð hefði ekki tryggt nægilega aðkomu foreldra að ákvörðunum um forsjársviptingu og þar með hefði verið brotið gegn rétti þeirra til fjölskyldulífs samkvæmt 8. gr. Í tveimur málanna (*H* og *O*) var einnig talið að brotið hefði verið gegn rétti kæranda til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE.

63 Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen og Vedsted-Hansen, bls. 412.

64 Ákvarðanir um brottvísun eða framsal útlendinga til ríkja þar sem þeirra biður hætta á pyndingum eða ómannúðlegri meðferð hafa einnig vakið upp álítaefni um brot á 3. gr. MSE eins og nánar er fjallað um í 3. kafla, sbr. dóm MDE í máli *Soering* gegn *Bretlandi*, frá 7. júlí 1989, Series A. 161.

65 Umfjöllun um framkvæmd stofnana MSE varðandi þessi álítaefni má finna í ritgerð G. Dýrleifar Kristjánadóttur: *Rétturinn til friðhelgi fjölskyldulífs samkvæmt 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu og áhrif hans á réttindi útlendinga í tengslum við brottvísun úr ríki eða komu til ríkis*. Ritgerð til embættisprófs í lögfræði við Lagaeild Háskóla Íslands. Febrúar 2004.

66 Dómur MDE frá 28. maí 1985, Series A. 94, mgr. 67.

Mál þetta fjallaði um kærðu þriggja innflytjendakvenna sem höfðu dvalarleyfi í Bretlandi en eiginmönnum þeirra hafði verið synjað um dvalarleyfi á grundvelli innflytjendalöggjafar. Töldu þær að synjunin bryti gegn rétti þeirra til fjölskyldulífs. Dómstóllinn féllst hins vegar ekki á að jákvæð skylda hvíldi á breska ríkinu samkvæmt 1. mgr. 8. gr. að veita eiginmönnum dvalarleyfi til að tryggja að friðhelgi fjölskyldulífs þeirra væri virt. Var í því sambandi m.a. litið til þess að engar hindranir væru við því að kærendur lifðu fjölskyldulífi með eiginmönnum sínum í heimaríkjum þeirra. Jafnframt hefði þeim mátt vera ljóst þegar þær gengu í hjúskap að eiginmenn þeirra höfðu ekki þá og myndu ekki öðlast rétt samkvæmt innflytjendalöggjöfni til að dvelja í landinu. Á hinn bóginn taldi dómstóllinn ekki nein málefnaleg eða hlutlæg sjónarmið réttlæta þá mismunun sem lögin gerðu á grundvelli kynferðis, að *eiginkonur* erlendra innflytjenda nytu betri réttar að þessu leyti og gætu því fengið dvalarleyfi vegna hjúskaparins. Dómstóllinn féllst ekki á þau rök breska ríkisins að mismunun þessi byggði á sjónarmiðum um vernd vinnu- markaðarins þar sem ekki væri gert ráð fyrir atvinnuþátttöku eiginkvenna. Var því talið að brotið hefði verið gegn rétti kæranda samkvæmt 8. gr. og 14. gr. MSE um bann við mismunun. Dómurinn lagði grunninn að þeirri túlkun Mannréttindadómstólsins á 8. gr. að ákvæðið verndi ekki sjálfstæðan rétt útlendinga til þess að koma til aðildarríkis.⁶⁷

Í nýrri ákvörðunum virðist sem Mannréttindadómstóllinn hafi gengið lengra í þá átt að viðurkenna að jákvæðar skyldur hvíli á aðildarríkjum til að heimila útlendingi dvöl í landi til að tryggja rétt til fjölskyldulífs. Í máli *Sen* gegn *Hollandi* féllst dómstóllinn á það í fyrsta skipti að 8. gr. legði þá skyldu á aðildarríki að leyfa einstaklingi að koma til ríkisins til að sameinast fjölskyldu sinni þar. Málavextir voru þeir að maður fæddur í Tyrklandi hafði 12 ára gamall flust til fjölskyldu sinnar í Hollandi árið 1977. Árið 1982 kvæntist hann konu í Tyrklandi en hún fluttist ekki til hans og 1983 fæddist þeim dóttir. Þegar konan fluttist til Hollands árið 1986 varð dóttirin eftir í umsjá systur hennar. Árið 1992 óskuðu hjónin eftir því að dóttirin fengi einnig að koma til Hollands en yfirvöld höfnuðu því, m.a. með vísan til þess að barnið tilheyrði nú fjölskyldu móðursysturinnar. Mannréttindadómstóllinn féllst ekki á rök um að fjölskyldan gæti valið að búa saman í Tyrklandi og benti á að verulegar hindranir væru við því að fjölskyldan flyttist aftur til Tyrklands. Þau hefðu dvalist löglega í Hollandi um árabíl og eignast þar og alið upp tvö börn. Ekki væri hægt að slá föstu að ákvörðun um að skilja dótturina eftir í Tyrklandi hefði verið endanleg og vegna ungs aldurs stúlkunnar var henni talið nauðsynlegt að sameinast fjölskyldu sinni í

67 Hefur þessi afstaða síðan ítrekað komið fram í úrlausnum dómstólsins, t.d. í máli *Gül* gegn *Sviss*, frá 19. febrúar 1996, RJD 1996-I. Einnig í máli *Ahmut* gegn *Hollandi* frá 2. nóvember 1996, RJD 1996-VI. Í báðum þessum tilvikum hafði niðurstaða Mannréttindaneftinnar orðið önnur og taldi nefndin að ríkin hefðu brotið gegn jákvæðum skyldum sínum til að tryggja réttindi samkvæmt 8. gr. með því að synja barni um að flytja til foreldra sinna sem höfðu flust til þessara ríkja.

Hollandi. Eftir að hafa skorið úr um að 1. mgr. 8. gr. verndaði í þessu tilviki réttinn til að koma til landsins mat dómstóllinn hvort skilyrði takmörkunar á þeim rétti samkvæmt 2. mgr. væru uppfyllt. Var vísað til þess að hollenska ríkið hefði í raun sett foreldra í þá stöðu að velja á milli lífs síns í Hollandi og dóttur sinnar. Taldi dómstóllinn að yfirvöld hefðu ekki fundið sanngjarnt jafnvægi á milli hagsmuna kæranda og þess markmiðs takmörkunar að framfylgja innflytjendalöggjöfni og því hefði verið brotið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr.⁶⁸

Ef um ræðir brottvísun manna til annarra ríkja hafa stofnanir sáttmálans metið rof á fjölskylduböndum sem af því leiðir á grundvelli skilyrða 2. mgr. 8. gr. Hefur þar reynt á margvísleg álitaeftni sem varða m.a. markmið takmarkana samkvæmt 2. mgr. Misjafnt er að hvaða markmiðum er stefnt með brottvísun. Algengt er að vísað sé til þess að með brottvísun útlendinga í kjölfar sakfellingar eða afplánunar fyrir refsivert brot sé stefnt að því að *firra glundroða eða glæpum* samkvæmt 2. mgr.⁶⁹ Eins getur komið til álita að takmörkunin byggist á *þjóðaröryggi* eða *almannaheillum*. Þá má finna dæmi þess að fallist sé á að brottvísun útlendinga í kjölfar sakfellingar hans fyrir fíkniefnabrot stefni að því markmiði að *vernda heilsu manna*.⁷⁰ Loks hafa aðildarríki vísað til þess að brottvísun útlendinga sem hafa komið ólöglega til lands eða dvelja þar ólöglega geti verið í *þágu efnalegrar farsældar þjóðarinnar* samkvæmt 2. mgr. 8. gr. með tilliti til ástands á vinnumarkaði.⁷¹ Þótt dómstóllinn endurskoði venjulega ekki ákvörðun aðildarríkis um markmið takmarkana eru gerðar ríkar kröfur um að meðalhófs sé gætt og takmarkanir séu ekki úr hófi miðað við það markmið sem stefnt er að. Er í því sambandi eðlilegt að líta til alvarleika brots sem útlendingur hefur framið og yrðu minniháttar brot ekki talin réttlæta sviptingu dvalarleyfis og brottvísun úr landi.

Mannréttindaneftinn tók snemma á ferli sínum þá afstöðu að brottvísun eiginmanns eða eiginkonu bryti ekki gegn 8. gr. ef makinn gæti fylgt með til þess ríkis sem manni var vísað til og hægt væri að ætlast til þess af honum með sanngirni. Hefur dómstóllinn einnig byggt á því viðhorfi.⁷² Á þessari reglu eru þó ýmsir fyrirvarar eins og síðar hefur komið í ljós í dómaframkvæmd. Hafi útlendingur sem á að vísa úr landi dvalist þar mjög lengi og stofnað fjölskyldu má ætla að maki hans og börn óski ekki eftir því að flytjast með honum til annars lands. Því ræður ekki úrslitum möguleikinn einn að fjölskylda *geti* flust með. Þá hefur mikla þýðingu að hvaða marki útlendingur hefur myndað tengsl við aðildarríkið eða hvort hann er ólöggráða og mikilvægt fyrir hann að njóta samvista við foreldra og aðra nánustu fjölskyldu.⁷³

68 Dómur MDE frá 21. desember 2001.

69 Gomiën, Harris og Zwaak, bls. 244.

70 Sbr. dóm í máli *Ezzouhdi* gegn *Frakklandi* frá 13. febrúar 2001, mgr. 29.

71 Sbr. dóm í máli *Berrehab* gegn *Hollandi* frá 21. júní 1988, Series A. 138, mgr. 26.

72 Sbr. t.d. ummæli í fyrrgreindu máli *Abdulaziz o.fl.* og einnig dóm í máli *Cruz Varas o.fl.* gegn *Svíþjóð* frá 20. mars 1991, Series A. 201, mgr. 87–89.

73 van Dijk og van Hoof, bls. 516.

Í málum þar sem fjallað er um réttindi innflytjanda af svokallaðri annarri kynslóð í aðildarríkjum sáttmálans hefur Mannréttindadómstóllinn gert enn ríkari kröfur um meðalhóf og ekki er víst að jafnvel alvarlegur afbrotaverill útlendingis við þær aðstæður réttlæti brottvísun hans til að koma í veg fyrir glundroða eða glæpi, sbr. 2. mgr. 8. gr. Þetta sést t.d. í máli *Moustaquim* gegn *Belgíu*. Þar var fjallað um ákvörðun belgískra stjórnvalda um að vísa úr landi marokkóskum ríkisborgara vegna langs brotaferils hans og líkinda á að hann héldi uppteknum hætti í afbrotum. Dómstóllinn tók til ítarlegrar skoðunar aðstæður kæranda en brotaferill hans náði aftur til unglingsára. Höfðu foreldrar hans og allir nánustu ættingjar búið í Belgíu um langt skeið. Hann sjálfur flutti þangað innan við tveggja ára aldur og hafði búið þar í meira en tvo áratugi. Hann hafði aðeins tvisvar sinnum komið til Marokkó í sumarleyfi og öll skólaganga hans hafði farið fram í Belgíu á franskri tungu. Þegar metnar voru afleiðingar brottvísunar fyrir kæranda miðað við það markmið sem hún stefndi að taldi dómstóllinn að meðalhófs hefði ekki verið gætt og brotið væri gegn friðhelgi fjölskyldulífs hans með þessari ráðstöfun.⁷⁴

Af þessu má ráða að úrslitum getur ráðið hvort útlendingur hefur myndað sterk tengsl við aðildarríkið og lítil eða engin tengsl við landið sem á að vísa honum til. Á síðari árum er þróun í þá átt að dómstóllinn telji að brottvísun við þessar aðstæður skerði ekki aðeins rétt manns til fjölskyldulífs heldur einnig að hún skerði friðhelgi einkalífs hans.⁷⁵ Af framkvæmd Mannréttindadómstólsins í fjöldamörgum dómum sem tengjast því hvort brottvísun útlendingis vegna afbrota brjóti gegn rétti hans til fjölskyldulífs hafa verið dregin saman nokkur meginatriði sem lítið er til, en það eru:

- Tengsl útlendingis við landið sem hann dvelur í, þar með talinn dvalartíminn, aldur hans við komu til landsins, hjúskapar- eða sambúðarstaða, hvort makinn er ríkisborgari í dvalarlandinu, hvort þau eiga börn og hver staða þeirra er í dvalarlandinu auk annarra tengsla útlendingis við landið, s.s. vegna atvinnu eða menntunar.
- Tengsl útlendingis við upprunaland sitt, auk þess að hafa þar ríkisborgararétt, t.d. hvort hann hefur dvalist þar og hversu lengi, hvort hann skilur, talar eða les tungumál þess, hefur hlotið menntun þar eða tileinkað sér menningu þess, hvort hann á þar ættingja og hver tengsl hans eru við þá eða annað fólk í því landi.
- Eðli og tíðni þeirra afbrota sem hann hefur framið í dvalarlandinu, umfang þeirra og refsing og ítrekun í kjölfar refsisdóms.⁷⁶

Erfitt er að draga eina algilda reglu af þessum atriðum um mörk takmarkana auk þess sem vægi hvers og eins þáttar ræðst af kringumstæðum í hverju máli.

74 Dómur MDE frá 18. febrúar 1991, Series A, 193. Sjá einnig sambærilegt úrlausnarefni í máli *Beljoudi* gegn *Frakklandi* í dómi frá 26. mars 1992, Series A, 234-A.

75 Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen og Vedsted-Hansen, bls. 412, sbr. t.d. dóm MDE í máli *Bouchelkia* gegn *Frakklandi* frá 29. janúar 1997, RJD 1997-I, mgr. 41.

76 Sama heimild, bls. 415.

Tengsl á milli foreldris og barns, jafnvel þótt þau búi ekki saman, geta leitt til þess að brottvísun brjóti gegn rétti til fjölskyldulífs. Í máli *Berrehab* gegn *Hollandi* voru málsatvik þau að kæranda, sem var innflytjandi frá Marokkó, var vísað úr landi þegar hann missti dvalarleyfi sitt eftir skilnað við hollenska eiginkonu. Kærandi hafði verið í reglulegu sambandi við dóttur þeirra sem fæddist eftir skilnaðinn. Dómstóllinn taldi að fjölskyldulíf hefði stofnast á milli föður og dóttur og að brottvísun hans takmarkaði þessi réttindi. Lítið var til þess að kærandi hafði búið um árabíl í Hollandi og stundað þar atvinnu, háttsemi hans í landinu var ekki áfátt og samband hans við dótturina var náð. Taldi dómstóllinn að brottvísun hans úr landi eftir að dvalarleyfið rann út væri skerðing á fjölskyldulífi hans þar sem meðalhófs hefði ekki verið gætt og því brot á 8. gr.⁷⁷

8.4.4. Réttur samkynhneigðra til fjölskyldulífs

Réttur tveggja samkynhneigðra einstaklinga til að fá samband sitt viðurkennt sem þátt í fjölskyldulífi sem nýtur verndar 8. gr. MSE hefur ekki verið staðfestur með afdráttarlausum hætti í dómum Mannréttindadómstólsins, þótt hann hafi ítrekað staðfest að samband þeirra sé þáttur í friðhelgi einkalífs svo sem rakið var að framan. Er hér um að ræða svið þar sem lögum og reglum í aðildarríkjum er ólíkt hátt að og eins og algengt er við þær aðstæður hefur dómstóllinn játað ríkjum nokkuð svigrúm til mats um hvernig þau skipa þeim málum í löggjöf. Í sumum aðildarríkjum sáttmálans, t.d. á Norðurlöndum, hefur verið gengið langt í því að veita sambúðarformi samkynhneigðra lagalega stöðu með sambærilegum réttaráhrifum og hjúskap á meðan önnur ríki hafa engin skref tekið í þá átt.⁷⁸

Allmörg álitaeftni hafa komið til úrlausnar hjá Mannréttindanefndinni og Mannréttindadómstól Evrópu um það hvort samband samkynhneigðra para falli undir hugtakið fjölskyldulíf og njóti verndar 1. mgr. 8. gr. sáttmálans. Í slíkum málum er gjarnan einnig vísað til 12. gr. MSE um rétt til að ganga hjónaband og stofna fjölskyldu, eins og nánar verður vikið að í umfjöllun um það ákvæði sáttmálans hér á eftir. Niðurstöður Mannréttindanefndarinnar í fyrstu málunum af þessum toga voru afdráttarlausar um að 8. gr. verndaði ekki fjölskyldulíf samkynhneigðra para en nýrri niðurstöður dómstólsins benda til sveigjanlegru afstöðu.

Í máli *X og Y* gegn *Bretlandi* frá 1983 fjallaði nefndin um kæru sem laut að því að bresk stjórnvöld töldu að samband tveggja samkynhneigðra karlmannna félli ekki undir fjölskyldulíf sem veitti maka rétt til dvalar í landinu og var öðrum þeirra vísað brott úr landi á grundvelli útlendingalöggjafarinnar. Mannréttindanefndin féllst ekki á að slíkt samband félli undir fjölskyldulíf sem nyti verndar 1. mgr. 8. gr. sátt-

77 Dómur MDE í máli *Berrehab* gegn *Hollandi* frá 21. júní 1988, Series A, 138, mgr. 26.

78 Samantekt um þróun löggjafar Norðurlanda og nokkurra Evrópuríkja um sambúðarform samkynhneigðra má finna í skýrslu nefndar forsætisráðherra um réttarstöðu samkynhneigðra sem lögð var fyrir Alþingi á 131. löggjafarþingi 2004–2005, þskj. 381, bls. 28–43.

málans, þrátt fyrir breytt viðhorf gagnvart samkynhneigðum í aðildarríkjunum. Hins vegar tók nefndin fram að réttur X og Y til að vera saman félli undir *fríðhelgi einkalífs* þeirra en jafnframt að þessar takmarkanir væru innan leyfilegra marka samkvæmt 2. mgr. ákvæðisins og því hefði brot ekki átt sér stað á réttindum kæranda.⁷⁹ Í máli *Simpson gegn Bretlandi* frá 1986 fjallaði Mannréttindanefndin um kæru lesbískrar konu sem hafði verið neitað um að ganga inn í leigusamning eftir fráfali sambýliskonu sinnar sem hún hafði átt áralanga sambúð með, en leigulöggjöf mælti fyrir um slíkan rétt í tilvikum þar sem um var að ræða hjónaband, sambúð karls og konu eða nán fjölskyldutengsl. Taldi kærandi að með þessu hefði verið brotið gegn rétti hennar til fríðhelgi einkalífs, fjölskyldulífs og heimilis samkvæmt 8. gr. sáttmálans af þeirri ástæðu einni að hún væri ekki af réttu kyni og að þessi takmörkun á réttindum væri ekki nauðsynleg af neinni þeirri ástæðu sem getið væri í 2. mgr. 8. gr. Nefndin benti á að markmið leigulaganna væri að vernda fjölskyldu leigutaka sem félli frá, með þeim hætti að hún gæti áfram búið á sama stað. Nefndin vísaði til fyrri ákvörðunar sinnar um að þótt viðhorf gagnvart samkynhneigðum hefðu breyst, væri ekki hægt að fallast á að samband samkynhneigðra einstaklinga félli undir hugtakið fjölskyldulíf í skilningi 1. mgr. 8. gr. sáttmálans.⁸⁰

Árið 2003 gekk stefnumarkandi dómur hjá Mannréttindadómstól Evrópu sem bendir til að hann fallist nú á nokkuð rýmri túlkun á hugtakinu „fjölskyldulíf“ en leiða má af fyrri framkvæmd hans. Í máli *Karner gegn Austurríki* fékk dómurinn til úrlausnar kæru samkynhneigðs karlmanns sem hafði verið í sambúð með öðrum karlmanni í leiguíbúð í sex ár þegar hinn síðarnefndi féll frá en sá hafði jafnframt verið leigutaki samkvæmt leigusamningi. Hafði kæranda verið gert að flytja úr íbúðinni eftir það og var ekki fallist á það af austurrískum dómstólum að austurrísk lög sem veittu maka, sambúðarmanni og nánnum ættingjum rétt til að ganga inn í leigusamning, gætu átt við um aðstæður kæranda. Hann byggði kæru sína á því að réttindi hans samkvæmt 8. gr. og 14. gr. sáttmálans hefðu verið brotin og benti á að markmið leigulaganna væri að veita eftirlifandi sambýlismanni leigutaka sem félli frá ákveðið efnahagslegt og félagslegt öryggi. Dómstóllinn benti á að lagavernd fjölskyldunnar sem takmarkaðist við hefðbundin fjölskylduform gæti verið réttlætunleg en skoða þyrfti í hverju tilviki hvort meðalhófs væri gætt. Taldi

79 Ákvörðun MNE frá 3. maí 1983 í máli nr. 9369/81, D&R 32, bls. 220. Sama niðurstaða varðandi beitingu ákvæða útlendingalöggjafar varð í máli *C. og L.M. gegn Bretlandi* frá 1989. Taldi nefndin að það bryti ekki gegn banni sáttmálans við mismunun að bresk útlendingalöggjöf veitti hefðbundnu fjölskylduformi sérstaka vernd við beitingu ákvæða um brottvísun og að samband tveggja lesbía félli ekki undir fjölskyldulíf. Ákvörðun MNE frá 9. október 1989 í máli nr. 14753/89.

80 Ákvörðun MNE frá 14. maí 1986 í máli nr. 11716/85, D&R 47, bls. 274. Sama niðurstaða varð í ákvörðun nefndarinnar í máli *Rösli gegn Þýskalandi* þar sem málsatvik voru sambærileg, sbr. ákvörðun MNE frá 15. maí 1996 í máli nr. 28318/95, D&R 85, bls. 149.

dómstóllinn að ekki væri sýnt fram á nauðsyn þess að gera þann greinarmun á einstaklingum sem byggðist á kynhneigð að ákvæði leigulaganna gætu ekki náð yfir samband samkynhneigðra sambúðarmanna. Varð því niðurstaðan sú að brotið hefði verið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr. og 14. gr. MSE.⁸¹

Um afstöðu samkynhneigðra para til barna hefur verið fjallað í nokkrum úrlausnum nefndarinnar og dómstólsins, m.a. um það hvort maki kynforeldris barns í slíkum tilvikum eigi rétt á því að njóta sömu lagalegu stöðu og stjúpforeldri gagnvart barni makans að því er varðar möguleika á að hafa forsjá barns. Þessu hafnaði nefndin í máli *Kerkhoven, Hinke og Stijn Hinke gegn Hollandi*, en kændur voru tvær lesbískar konur sem bjuggu saman ásamt syni annarrar þeirra. Kændur kvörtuðu yfir því að samkvæmt hollenskum lögum væri þeim ókleift að hafa sameiginlega forsjá yfir syninum en slíkt væri aðeins mögulegt fyrir stjúpforeldri í sambúð gagnkynhneigðs pars. Kændur töldu brotið gegn rétti sínum til fríðhelgi einkalífs og heimilis samkvæmt 8. gr. með því að ekki væri hægt að stofna til lagalegra tengsla við stjúpbarn í tilviki samkynhneigðra og slík mismunun bryti einnig gegn 14. gr. sáttmálans. Mannréttindanefndin vísaði á ný til fyrri ákvarðana sinna um að samband tveggja samkynhneigðra einstaklinga félli ekki undir fjölskyldulíf í skilningi 1. mgr. 8. gr. og nyti því ekki verndar ákvæðisins. Þar fyrir utan væru engar takmarkanir á rétti kærundanna þriggja til að búa saman. Við mat á því hvort mismunun hefði átt sér stað í skilningi 14. gr. benti Mannréttindanefndin á að þegar forsjá barns væri til skoðunar væri ekki hægt að jafna saman stöðu karls og konu annars vegar og tveggja kvenna hins vegar. Niðurstaða nefndarinnar var að engin brot hefðu átt sér stað á réttindum kæranda.⁸²

Í máli *Salgueiro da Silva Mouta gegn Portugal* sló Mannréttindadómstóll Evrópu því föstu að það bryti gegn banni við mismunun og fríðhelgi fjölskyldunnar að líta til kynhneigðar foreldris í ákvörðun um forsjá barns síns við mat á því hvað væri barninu fyrir bestu.⁸³

Álitaefni um rétt samkynhneigðra til að ætleiða börn kom til úrlausnar hjá Mannréttindadómstólnum í fyrsta skipti í máli *Fretté gegn Frakklandi*. Kærandi var samkynhneigður einhleypur karlmaður sem frönsk stjórnvöld höfðu neitað um leyfi til ætleiðingar að undangenginni athugun á aðstæðum hans og högum til að ala upp barn. Mannréttindadómstóllinn tók fram að sáttmálinn verndaði ekki sjálfstætt rétt manna til að ætleiða börn en mismunun um það á grundvelli ómálefna-legra sjónarmiða gæti þó falið í sér brot á fríðhelgi einkalífs einstaklinga samkvæmt 8. gr. og brot á 14. gr. Dómstóllinn féllst á að aðildarríki væru ekki samstíga varðandi álitaefnið hvort samkynhneigðir ættu sama rétt og aðrir til að ætleiða börn, um viðkvæmt málefni væri að ræða og veita yrði ríkjum rúmt svigrúm til mats um

81 Dómur MDE frá 24. júlí 2003.

82 Ákvörðun MNE frá 19. maí 1992 í máli nr. 15666/89.

83 Dómur MDE frá 21. desember 1999, RJD 1999-IX.

það atriði. Dómstóllinn tók fram að markmið ættleiðingar væri að útvega barni fjölskyldu en ekki að útvega fjölskyldu barn og nauðsynlegt væri að sjá til þess að barninu yrði boðið upp á bestu mögulegar aðstæður. Eins benti dómstóllinn á að sérfræðinga á sviði barnasálfræði og barnageðlækninga greindi á um mögulegar afleiðingar þess fyrir velferð barns að það væri ættleitt af einum eða fleiri samkynhneigðum einstaklingum, en vísindarannsóknir um efnið væru enn af mjög skornum skammti. Taldi dómstóllinn með hliðsjón af þessu að sá greinarmunur, sem gerður hefði verið á stöðu kæranda miðað við aðra, virtist byggður á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum og því væri ekki um að ræða ólögmetna mismunur í skilningi 14. gr. sáttmálans.⁸⁴

8.4.5. Sérstakar aðstæður fanga

Maður sem sviptur er frelsi við afplánun fangelsisdóms eða í varðhaldi verður óhjákvæmilega fyrir víðtækum takmörkunum á rétti til þess að njóta fjölskyldulífs. Þótt fallist verði á að slíkar takmarkanir séu almennt réttlætanager á grundvelli 2. mgr. 8. gr. þýðir það ekki að svipta megja fanga færi á að hafa samband við fjölskyldu sína. Evert á móti verður að gera honum kleift að viðhalda slíku sambandi með það í huga að fjölskyldan sameinist á ný að lokinni afplánun. Í viðurlagakerfum aðildarríkja sáttmálans er jafnan gert ráð fyrir því að fangar eigi þess kost að halda sambandi við fjölskyldu sína og þiggja heimsóknir ættingja sinna og vina. Nánari útfærsla á þeim reglum er þó breytileg á milli aðildarríkja og hefur þeim verið ját að nokkuð rúmt svigrúm til mats um það hvert skuli vera nákvæmt inntak réttar til heimsókna og annarra samskipta.⁸⁵

Við mat á því hvort of langt er gengið í takmörkunum á rétti fanga til þess að njóta samvasta við fjölskyldu sína var í framkvæmd Mannréttindanefndarinnar m.a. litið til þess hvort takmarkanir sem fangi sætti á samskiptarétti væru víðtækari en það sem almennt gengur og gerist með fanga.⁸⁶ Jafnvel þótt sú væri raunin virtist sem aðildarríkjum væri gefið nokkurt svigrúm til mats um nauðsyn þess að setja sérstakar takmarkanir út frá því markmiði sem stefnt væri að með takmörkun. Þannig féllst nefndin t.d. á að bann við því að börn undir ákveðnum aldri heim-sæktu foreldra í fangelsi mætti réttlæta með vísan til siðgæðisverndar fyrir ólög-ráða börn.⁸⁷

Ýmsar kærur hafa borist nefndinni og dómstólnum sem lúta að einstaka ákvörðunum fangelsisyrivalda um hvort fangar fái leyfi til að vera viðstaddir mikilvæga við-

84 Dómur MDE frá 26. febrúar 2002, RJD 2002-I.

85 Merrills og Robertson, bls. 153.

86 Sbr. ákvörðun MNE frá 18. júlí 1974 í máli nr. 5712/72, X gegn *Bretlandi*, Collection 46, bls. 112.

87 Sbr. t.d. ákvörðun MNE frá 19. júlí 1966 í máli nr. 2306/64, X gegn *Austurríki*, Collection 21, bls. 23, og ákvörðun frá 21. maí 1976 í máli nr. 6564/74, X gegn *Bretlandi*, D&R 2, bls. 105.

burði í fjölskyldunni, t.d. brúðkaup, skírn eða jarðarför ættingja í nánustu fjölskyldu. Er afstaða til þessara álítaefna langoftast tekin í ákvörðun um meðferðarhæfi máls og því liggja fáir dómur dómstólsins fyrir um efnið. Í flestum tilvikum hafa kærur af þessu tagi ekki verið tækar til efnislegrar meðferðar. Hefur Mannréttindanefndin yfirleitt talið að ekki hafi verið sýnt fram á að stjórnvöld hafi ekki haft næga ástæðu til að telja nauðsynlegt að takmarka rétt fanga til að sækja slíka viðburði.⁸⁸ Frávik frá þessu má þó finna í dómi í máli *Ploski gegn Póllandi*, þar sem fjallað var um kærur gæsluvarð-haldsfanga vegna synjunar stjórnvalda um að hann fengi að sækja jarðarför foreldra sinna sem létust með minna en mánaðar millibili. Vísaði dómstóllinn til viðtekinna framkvæmdar sinnar að þessu leyti en bætti jafnframt við að gæta yrði meðalhófs:

Dómstóllinn ítrekar að 8. gr. veitir einstaklingi í varðhaldi ekki ótakmarkaðan rétt til að sækja jarðarför ættingja. Verða yfirvöld að meta hverja beiðni þar um út frá efni sínu. Athugun dómstólsins á slíkum ákvörðunum einskorðast við að meta þessar takmarkanir í samhengi við önnur réttindi kæranda samkvæmt sáttmálanum, að teknu tilliti til svigrúms aðildarríkja til mats. Dómstóllinn telur að miðað við sérstök atvik þessa máls og þrátt fyrir svigrúm ríkja til mats að höfnun á beiðni kæranda um að sækja jarðarför foreldra sinna hafi ekki verið „nauðsynlegar í lýðræðislegu þjóðfélagi“ þar sem ekki hafi verið knýjandi þjóðfélagsleg þörf á þeim og þær hafi ekki verið í réttu hlutfalli við það lögmetna markmið sem stefnt var að. Því hefur verið brotið gegn 8. gr. sáttmálans.⁸⁹

Yfirvöldum ber að leita leiða til þess að fangi afpláni dóm á stað þar sem fjölskyldu hans er kleift að heimsækja hann, nema sérstaklega ríkar ástæður séu til þess að vista hann annars staðar. Ef afplánunarstaður leiðir til þess að slíkar heimsóknir eru í raun útilokaðar kann það að hafa þau áhrif að það teljist brotið gegn rétti fanga til fjölskyldulífs.⁹⁰ Á hinn bóginn er yfirvöldum rétt að setja nánari reglur um inntak heimsóknar-réttar. Hefur þannig ekki verið fallist á að fangi eigi rétt á að eiginkona hans dveljist hjá honum í fangelsi yfir helgi til að gera þeim kleift að lifa saman hjónalífi.⁹¹

8.5. Friðhelgi heimilis

8.5.1. Hugtakið heimili

Réttur til friðhelgi heimilisins skarast gjarnan við friðhelgi einkalífsins og er al-gengt að bæði atriðin komi til skoðunar saman án sérstakrar aðgreiningar við úr-lausn kærumála um brot á 8. gr. Hugtakið *heimili* er ekki skilgreint í ákvæðum sáttmálans og ekki er að finna ákvæðnar eða tæmandi skilgreiningar á því í dóma-

88 Sbr. t.d. ákvörðun MNE í máli nr. 4623/70, X gegn *Bretlandi*, Yearbook XV (1972), bls. 370.

89 Dómur MDE frá 12. nóvember 2002, mgr. 38 og 39.

90 van Dijk og van Hoof, bls. 522.

91 Sbr. ákvörðun MNE í máli X gegn *Austurríki*, mál nr. 2306/64, Collection 21, bls. 23, og

framkvæmd Mannréttindadómstólsins enda er rökstuðningur hans um þetta oft atviksbundinn.

Ýmis álitaefni geta vaknað þegar afskipti eru höfð af vinnustað manns, t.d. við húsleit lögreglu við rannsókn opinbers máls, hvort slíkir staðir falli undir „heimili“ í skilningi 8. gr. Ef starfsstöð manns er jafnframt heimili hans leikur þó enginn vafi á því að staðurinn nýtur friðhelgi heimilis en slíkar kringumstæður eru þó að líkindum tiltölulega sjaldgæfar.⁹² Framan af sló dómstóllinn engu föstu um að vinnustaður manns nyti friðhelgi heimilis. Í máli *Niemietz* gegn *Þýskalandi* sem rakið var að framman í umfjöllun um inntak hugtaksins *einkalíf* kom til álita hvort húsleit lögreglu á lögfræðiskrifstofu kæranda og atvinnustöð fæli í sér skerðingu á friðhelgi *einkalífs* eða *heimilis* eða á hvoru tveggja. Dómstóllinn dró ekki skýra línu á milli þess hvor réttindin hefðu verið skert og benti jafnframt á að mörk á milli þeirra væru ekki glögg. Jafnframt tók hann fram að með því að fella undir þessi hugtök staði þar sem atvinnustarfsemi eða atvinnulíf einstaklinga færi fram væri byggt á því grundvallarmarkmiði 8. gr. sáttmálans að vernda einstaklinga fyrir geðþóttaafskiptum yfirvalda.⁹³

Í nýrri framkvæmd dómstólsins virðist tekin afdráttarlausari afstaða til þess að starfsstöðvar falli undir hugtakið heimili og byggir það einkum á fyrrgreindri markmiðsskýringu á 8. gr.⁹⁴ Jafnframt hefur dómstóllinn slegið því föstu að ekki aðeins einstaklingar heldur einnig lögpersónur geti borið fram kæru um brot á friðhelgi heimilis við þessar aðstæður. Í dómi í máli *Société Colas o.fl.* gegn *Frakklandi* voru kærendur þrjú fyrirtæki sem kvörtuðu undan húsleit og haldlagningu gagna vegna rannsóknar á brotum á samkeppnislöggjöfnni og töldu að aðgerðirnar hefðu brotið gegn friðhelgi heimilis. Í rökstuðningi sínum um það hvort fyrirtæki nytu verndar 8. gr. að þessu leyti beitti Mannréttindadómstóllinn framsækinni skýringu á 8. gr. með eftirfarandi orðum:

Dómstóllinn ítrekar að sáttmálann er lifandi tæki sem verður að túlka í ljósi aðstæðna í nútímanum [...]. Hvað varðar þá vernd sem sáttmálann veitir rétti fyrirtækja, skal bent á að dómstóllinn hefur þegar viðurkennt rétt fyrirtækja til bóta

fyrir ófjárhagslegt tjón vegna brota á rétti þeirra samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sáttmálans (sjá mál Comingersoll gegn Portúgal [GC], No. 35382/97, §§ 33–35, ECHR 2000-IV). Með því að byggja á framsækinni túlkun á sáttmálanum, telur dómstóllinn tímabært að fallast á að við ákveðnar aðstæður megi túlka 8. gr. með þeim hætti að hún verndi einnig friðhelgi skráðra skrifstofa fyrirtækja, útibúa þeirra og annarra starfsstöðva.⁹⁵

Kæru um brot á friðhelgi heimilis geta skarast við álitaefni um brot á eignarrétti samkvæmt 1. gr. 1. viðauka við sáttmálann í tilvikum þar sem deilt er á afskipti stjórnvalda af notkun fasteigna. Við mat á því hvort hús eða landareign telst vera heimili manns og hvort slíkar takmarkanir skerði þá í senn eignarrétt hans og friðhelgi heimilis lítur dómstóllinn til kringumstæðna og hvort maður hefur raunverulega átt heimili á fasteigninni. Í máli *Louizidou* gegn *Tyrklandi* fékk dómstóllinn til úrlausnar hvort óbyggt land í eigu kæranda á norðurhluta Kýpur, þar sem kærandi hugðist reisa sér hús til búsetu, félli undir vernd 8. gr. um friðhelgi heimilis. Vegna hernáms tyrkneska hersins á Norður-Kýpur og þar með á landareigninni varð kæranda ókleift að hrinda þeim áformum í framkvæmd. Dómstóllinn hafnaði því að ákvæði 8. gr. sáttmálans um friðhelgi heimilisins næði til þessara aðstæðna með eftirfarandi orðum:

Dómstóllinn lítur til þess að kærandi átti ekki heimili á umræddu landi. Að mati dómstólsins myndi það teygja merkingu hugtaksins „heimili“ út fyrir mörk sín ef undir það félli landareign sem áformað væri að byggja íbúðarhúsnæði á. Ekki verður heldur hægt að túlka hugtakið þannig að það nái til landsvæðis þar sem maður hefur alist upp og rætur fjölskyldunnar liggja ef enginn býr þar lengur. Af þessari ástæðu hefur engin skerðing átt sér stað á réttindum kæranda samkvæmt 8. gr.⁹⁶

Það er ekki skilyrði fyrir því að búsetustaður manns teljist heimili í skilningi 8. gr. að hann sé eigandi húsnæðisins eða eigi þar fasta búsetu eins og var staðfest

ákvörðun MDE frá 18. september 2001 í máli *Kalashnikov* gegn *Rússlandi*, mál nr. 47095/99.

92 Sbr. t.d. dóm MDE í máli *Chappell* gegn *Bretlandi* frá 30. mars 1989 sem síðar verður nánar reifaður.

93 Dómur MDE frá 16. desember 1992 í máli *Niemietz* gegn *Þýskalandi*, Series A. 251-B, mgr. 30 og 31. Dómstóllinn benti einnig á í þessu sambandi að hugtakið „heimili“ hefði ólíka merkingu í landsrétti aðildarríkja og í Þýskalandi hefði það verið túlkað rúmt. Jafnframt var til þess vísað að ákveðinn munur sé að þessu leyti á opinberum textum sáttmálans, þar sem franska hugtakið „domicile“ sé rýmra en enska hugtakið „home“.

94 Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen og Vedsted-Hansen, bls. 422. Má í því sambandi benda á ákvörðun MDE frá 8. janúar 2002 í máli nr. 51578/99, *Keslassy* gegn *Frakklandi* og ákvörðun MDE frá 27. apríl 1999 í máli nr. 36876/97, *Banco de finanzas e inversiones S.A.* gegn *Spáni*.

95 Dómur MDE frá 16. apríl 2002, mgr. 41.

96 Dómur MDE frá 18. desember 1996, RJD 1996-VI, mgr. 66. Dómstóllinn taldi hins vegar sýnt fram á að tyrkneska ríkið hefði brotið gegn eignarrétti kæranda samkvæmt 1. gr. 1. viðauka við MSE vegna þessara takmarkana. Margvísleg ágreiningsefni komu til úrlausnar Mannréttindaneftdarinnar vegna hernáms Tyrkja á norðurhluta Kýpur sem staðið hefur frá árinu 1974 og leiddi meðal annars til þess að um 170.000 manns þurftu að flýja heimili sín á hernámssvæðinu án þess að eiga afturkvæmt. Í skýrslu MNE varðandi kærurálf *Kýpur* gegn *Tyrklandi* frá 10. júlí 1976 taldi nefndin að tyrkneska ríkið hefði ekki aðeins brotið gegn 8. gr. sáttmálans með meðferð á borgurum heldur einnig 2., 3., 5., 13. og 14. gr. svo og 1. gr. 1. viðauka, mál nr. 6780/74 og 6950/75. Sem dæmi um tilvik þar sem brotið var í senn gegn eignarrétti kæranda samkvæmt 1. gr. 1. viðauka og friðhelgi heimilis hans samkvæmt 8. gr. má benda á dóm MDE í máli *Selçuk* og *Asker* gegn *Tyrklandi*, frá 20. apríl 1998, RJD 1998-II.

í dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Mentes o.fl. gegn Tyrklandi*.⁹⁷ Í máli *Gill-ow gegn Bretlandi* voru kærendur hjón sem höfðu reist sér hús á Ermarsundseyjunni Guernsey. Þau fluttu frá eyinni og leigðu húsið öðrum þegar maðurinn fór til starfa hjá alþjóðastofnun. Þegar þau ákváðu níján árum síðar að flytjast þangað aftur og búa í húsi sínu tilkynntu yfirvöld þeim að þau uppfylltu ekki lengur skilyrði sérstakrar löggjafar um búseturétt og þyrftu leyfi frá yfirvöldum til að búa í húsinu. Voru þau síðar sakfelld í refsímáli fyrir að hafa ekki tilskilin leyfi til búsetu. Taldi dómstóllinn sýnt að þótt kærendur hefðu ekki búið í húsinu um langt skeið hefði það verið markmið þeirra að flytjast þangað aftur og að um heimili þeirra hefði verið að ræða í skilningi 8. gr. Var talið að þessar aðgerðir stjórnvalda gegn þeim hefðu farið úr hófi fram og ekki verið nauðsynlegar í skilningi 2. mgr. 8. gr.⁹⁸

8.5.2. Rannsóknaraðgerðir stjórnvalda

Meðal dæmigerðra takmarkana á friðhelgi heimilisins er þegar lögregla, samkeppnisyfyrvöld eða önnur stjórnvöld gera húsleit vegna rannsókna á ætluðum brotum einstaklinga eða lögaðila. Þá getur haldlagning gagna vegna slíkra rannsókna skert friðhelgi bréfastipta sem nýtur sérstakrar verndar samkvæmt niðurlagi 1. mgr. 8. gr. og fjallað verður um síðar. Kæur um brot á friðhelgi heimilisins fjalla því oft um það hvort stjórnvöld hafi gengið of langt í slíkum rannsókna- eða þvingunaraðgerðum. Við úrlausn þessara mála ræður einnig úrslitum hvort meðalhófs hafi verið gætt við framkvæmd eða umfang aðgerðanna en einnig hvort lagaheimildir fyrir þeim hafi verið nægilega skýrar og afdráttarlaugar þannig að uppfylltur sé áskilnaður 2. mgr. 8. gr. um að lög skuli mæla fyrir um takmarkanir.⁹⁹

Í máli *Chappell gegn Bretlandi* kom til skoðunar hvort húsleit og haldlagning á heimili kæranda hefðu farið fram úr því sem nauðsynlegt teldist samkvæmt 2. mgr. 8. gr. og hvort takmarkanirnar hvíldu á nægilega skýrri lagaheimild. Kærandi rak myndbandaleigu og vegna gruns um brot á höfundaréttarlögum höfðu rétthafar myndbanda fengið dómsúrskurð um heimild til húsleitar hjá honum til að leggja hald á ólögleg myndbönd. Var sú heimild veitt á grundvelli sérstakrar tilskipunar sem heimilaði þvingunaraðgerðir við öflun sönnunargagna í höfundaréttarmálum og svipuðum málum. Á sama tíma fékk lögregla heimild til þess að leita og leggja hald á myndbönd með ólöglegu klámeftni. Fór húsleit fram í þágu beggja rannsókna samtímis á heimili kæranda sem var jafnframt starfsstöð hans og var hún framkvæmd af hópi lögreglumanna og lögmanna rétthafa í höfundaréttarmálinu. Dómstóllinn taldi sýnt fram á að umdeild tilskipun sem beitt hafði verið af dómstólum

97 Dómur MDE frá 28. nóvember 1997, RJD 1997-VIII. Þá getur eitt herbergi sem maður leigir talist heimili hans, sbr. dóm frá 16. desember 1997 í máli *Camenzind gegn Sviss*, RJD 1997-VIII.

98 Dómur MDE frá 24. nóvember 1986, Series A. 109.

99 Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen og Vedsted-Hansen, bls. 421.

um langa hríð væri nægilega skýr lagaheimild fyrir húsleit og markmið hennar væri að vernda réttindi annarra, þ.e. rétthafa. Fallist var á að ýmsir ágallar hefðu verið á framkvæmd húsleitarinnar, sem enskir dómstólar höfðu gert athugasemdir við, m.a. að kæranda var ekki veittur kostur á að neita rétthöfum um aðgang að heimili sínu enda voru þeir í fylgd lögreglu sem hafði húsleitarheimild til að leggja hald á klámeftni. Taldi dómstóllinn þó að ekki hefði verið sýnt fram á að ágallar þessir væru svo alvarlegir að aðgerðin öll hefði verið úr hófi fram miðað við það markmið sem hún stefndi að. Því var ekki talið að brotið hefði verið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr.¹⁰⁰

Það getur ráðið úrslitum um það hvort rannsóknaraðgerðir lögreglu hafa brotið gegn rétti til friðhelgi heimilisins að þolendum slíkra aðgerða séu veitt virk úrræði til að bregðast við misnotkun. Ef stjórnvöldum eru veittar of rúmar heimildir til að meta þörf á þvingunaraðgerðum svo sem um það hversu lengi þær standa, t.d. símhleranir eða leynilegt eftirlit, getur bæði komið til álita hvort uppfylltur er áskilnaður 2. mgr. 8. gr. um að takmarkanir skuli hvíla á lagaheimild og áskilnaður um nauðsyn aðgerða.¹⁰¹

8.5.3. Áhrif reglna um skipulags- og umhverfismál

Á síðustu árum hafa gengið nokkrir athyglisverðir dómur sem lúta að áhrifum laga og reglna um skipulag og umhverfismál á heimili manna og einkalíf og hvort með þeim séu skert réttindi sem 8. gr. verndar. Eru þetta svið sem dómstóllinn játaði aðildarríkjum framan af svigrúm til mats. Í síðari dómum hefur verið vísað til þess að þrátt fyrir slíkt svigrúm verði ríki að finna sanngjarnt jafnvægi á milli þeirra hagsmuna sem skipulagsreglum er ætlað að stefna að og hagsmuna einstaklinga sem skerðast af þeim sökum. Hér á eftir verður lýst nokkrum stefnumarkandi dómum á þessu sviði.¹⁰²

Í máli *Buckley gegn Bretlandi* var til umfjöllunar hvort neitun stjórnvalda á því að veita kæranda, sem var sígaumi, leyfi til að búa í vagni á landareign sinni bryti gegn réttindum hans samkvæmt 8. gr. en neitunin var byggð á ákvæðum skipulagslaga og skipulagi fyrir landsvæðið. Dómstóllinn benti á að vernd 8. gr. á friðhelgi heimilis væri ekki háð því að heimilið eða staðsetning þess uppfyllti ákveðin lagaskilyrði. Var því talið að þessi ákvörðun fæli í sér takmörkun á friðhelgi heimilis kæranda. Á hinn bóginn var fallist á að mælt væri fyrir um takmörkunina í lögum og skipulagslögjöfin stefndi að réttmætum markmiðum, þ.e. efna-

100 Dómur MDE frá 30. mars 1989, Series A. 152-A.

101 Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen og Vedsted-Hansen, bls. 421. Sbr. einnig dóm MDE í máli *Crémieux gegn Frakklandi* frá 25. febrúar 1993, Series A. 256-B og í máli *Murray gegn Bretlandi* frá 28. október 1994, Series A. 300-A.

102 Samantekt um dómaframkvæmd MDE þar sem umhverfismál og skipulagsreglur koma við sögu má m.a. sjá í riti Maguelonne Déjeant-Pons og Marc Pallemarts: *Human Rights and the Environment*, bls. 34-46.

legri farsæld þjóðarinnar og til verndar heilsu og réttindum annarra samkvæmt 2. mgr. 8. gr. Loks taldi dómstóllinn að þessar takmarkanir gengju ekki lengra en nauðsyn bæri til miðað við það markmið sem stefnt var að. Í því sambandi vísaði dómstóllinn til þess að málsmeðferð við slíka ákvarðanatöku yrði að vera réttlát þar sem tekið væri tillit til hagsmuna þeirra sem takmörkunin beindist að.¹⁰³

Nokkrum árum síðar leysti Mannréttindadómstóllinn úr sambærilegum kærúmálum sígauna gegn breska ríkinu þar sem fjallað var frekar um réttindi þessa þjóðfélags-hóps og áhrif skipulagslöggjafar á lífshætti þeirra. Kærendur höfðu keypt land með það í huga að búa þar í vögnum sínum en var neitað um það af yfirvöldum vegna ákvæða skipulagsreglna og vegna skipulags fyrir svæðið. Kært var fyrir brot á friðhelgi einkalífs, fjölskyldulífs og heimilis samkvæmt 1. mgr. 8. gr. MSE. Í þessum málum lögðu kærendur þó ríkari áherslu á mikilvægi þess að vernda þyrftu rétt minnihlutahópa eins og sígauna til að viðhalda menningu sinni, auðkennum og lífsstíl sem væri þáttur í einkalífi þeirra. Dómstóllinn vék þó ekki frá fyrri fordæmi sínu og taldi þessar takmarkanir á réttinum uppfylla skilyrði 2. mgr. 8. gr. eftir að hafa vegið og metið þá hagnun sem tókust á og fallist á að réttinda kærenda hefði verið gætt við málsmeðferðina.¹⁰⁴

Óþægindi eða ónáði sem heimili manns verður fyrir vegna atvinnustarfsemi í nágrenni þess geta óhjákvæmilega truflað friðhelgi þess. Við þær aðstæður geta vaknað spurningar um það hversu rík skylda hvílir á aðildarríkjum samkvæmt 8. gr. til að vernda heimilið fyrir óþægindum og hvort vanræksla á að grípa til aðgerða brjóti gegn réttindum sem ákvæðið verndar. Í máli *Powell og Rayner gegn Bretlandi* var fjallað um kærú tveggja íbúa á svæði í nágrenni Heathrow-flugvallar sem héldu því fram að hávaði af völdum flugumferðar skerti friðhelgi einkalífs þeirra og heimilis og bryti því gegn 8. gr. Dómur Mannréttindadómstólsins var stefnumarkandi að því leyti að hann sló föstu að 8. gr. *gæti átt við* í tilvikum sem þessum og að hávaðinn hefði óhjákvæmilega áhrif á einkalíf og friðhelgi kærenda. Á hinn bóginn taldi dómstóllinn að starfræksla flugvallarinn væri nauðsynleg fyrir efnalega farsæld þjóðarinnar, sbr. 2. mgr. 8. gr., og jafnframt að stjórnvöld hefðu gripið til allra tiltækra ráðstafana til þess að draga úr þeim óþægindum sem hann ylli íbúum í nágrenninu.¹⁰⁵

103 Dómur MDE frá 25. september 1996, RJD 1996-IV.

104 Fimm dómur MDE í málum, *Chapman gegn Bretlandi*, RJD 2001-I, svo og *Beard, Coster, Lee og Smith gegn Bretlandi*, allir kveðnir upp 18. janúar 2001. Dómarnir voru kveðnir upp í yfirdeild en sjö dómur skiluðu sérakvæði með annarri niðurstöðu og töldu að brotið hefði verið gegn réttindum kærenda þar sem takmörkunin væri ekki nauðsynleg og hægt hefði verið að neyta vægari úrræða gagnvart þeim. Í því sambandi var tekið fram að stjórnvöldum bæri skylda til að tryggja þann rétt sígauna sem 8. gr. verndaði að viðhalda hefðbundnum lífsháttum sínum. Sjá einnig Ovey og White, bls. 252–253. Hvað varðar fleiri mál sem fjalla um áhrif skipulags- og húsnæðislöggjafar á friðhelgi heimilis má vísa til dómsins í máli *Gillow gegn Bretlandi* sem rakinn var að framan í kafla 8.5.1. Dómur MDE frá 24. nóvember 1986, Series A. 109.

105 Dómur MDE frá 21. febrúar 1990, Series A. 172.

Í dómi í máli *Hatton o.fl. gegn Bretlandi* var aftur fjallað um brot á 8. gr. út af óþægindum sem íbúar í nágrenni Heathrow-flugvallar höfðu af hávaða vegna flugumferðar en nú sökum þess að yfirvöld aflétu banni á næturflugi um flugvöllinn og olli það kærendum alvarlegum svefntruflunum. Í dómi yfirdeildar dómstólsins var ítarlega fjallað um það hvort yfirvöld hefðu gætt nægilega hagsmuna þeirra sem næturflugði hafði áhrif á miðað við það markmið að næturflugði væri í þágu efnalegrar farsældar þjóðarinnar og hvort þessi takmörkun á friðhelgi einkalífs og heimilis væri nauðsynleg í skilningi 2. mgr. 8. gr. Fallist var á að stjórnvöld hefðu gripið til allra tiltækra ráðstafana til þess að draga úr óþægindum íbúa auk þess sem engir alvarlegir ágallar hefðu verið á málsmeðferð áður en ákvörðun var tekin um að breyta reglunum. Því var ekki fallist á að brotið hefði verið gegn réttindum kærenda samkvæmt 8. gr.¹⁰⁶

Af þessu má ráða að ákveðin skylda hvíli á stjórnvöldum til þess að draga úr skaðlegum áhrifum umhverfisins á heimili fólks og geti það ráðið úrslitum um hvort ríki teljist hafa brotið gegn 8. gr. Í því sambandi hvílir ábyrgð á ríkinu, ekki aðeins til að sjá til þess að stjórnvöld eða stofnanir á þess vegum valdi ekki óþægindum heldur einnig að hindra að einkafyrirtæki valdi þeim.¹⁰⁷ Var því slegið föstu í máli *Lopez Ostra gegn Spáni*. Kærandi kvartaði undan því að endurvinnslustöð var byggð aðeins spólkorn frá heimili hennar á landi sveitarfélagsins og með styrk frá ríkinu en var annars einkarekin. Stafaði mikil og heilsuspillandi mengun, bæði loftmengun og hávaði, frá starfsemi þar sem fram fór vinnsla margvíslegra hættulegra eiturfena og leiddi það að lokum til þess að kærandi og fjölskylda hennar þyrftu að flytjast í annað húsnæði sem sveitarfélagið útvegaði henni. Kærði hún spænska ríkið fyrir að hafa brotið gegn friðhelgi heimilis síns með vanrækslu sinni á því grípa til aðgerða til að verjast menguninni. Dómstóllinn lýsti því yfir að alvarleg umhverfismengun gæti skert friðhelgi heimilis fólks, jafnvel þótt hún væri ekki alvarlega heilsuspillandi. Dómstóllinn féllst ekki á þau rök spænska ríkisins að starfræksla verksmiðjunnar réttlætist af skilyrðum 2. mgr. 8. gr. og væri nauðsynleg í þágu efnalegrar farsældar almennings. Það varð því niðurstaða hans að ríkið hefði ekki fundið sanngjarnt jafnvægi á milli hagsmuna bæjarfélagsins annars vegar af því að heimila rekstur endurvinnslustöðvarinnar og grípa ekki til aðgerða til að draga úr áhrifum hennar og hins vegar til réttar kærenda til að njóta friðhelgi einkalífs heimilis og fjölskyldu, Hafði ríkið því brotið gegn 8. gr. sáttmálans.¹⁰⁸

106 Dómur MDE frá 8. júlí 2003, RJD 2003-VIII. Fimm dómur skiluðu séráliti og töldu að 8. gr. hefði verið brotin. Í dómi deildar MDE frá 2. október 2001 í sama máli hafði niðurstaða meirihluta dómara orðið að breska ríkið hefði brotið gegn 8. gr. þar sem stjórnvöld hefðu ekki uppfyllt þær jákvæðu skyldur sem á þeim hvíldu til að grípa til aðgerða til að tryggja réttindi kærenda samkvæmt 8. gr. Af dómunum tveimur í þessu máli má sjá að skiptar skoðanir eru um það hvar mörk jákvæðra skyldna ríkja liggja í þessum efnum.

107 Alastair Mowbray: *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, bls. 385.

108 Dómur MDE frá 9. desember 1994, Series A. 303-C, mgr. 58. Sjá einnig dóm í máli *Fadeyeva gegn Rússlandi* frá 9. júní 2005.

Í máli *Guerra o.fl. gegn Ítalíu* voru kærendur hópur íbúa í bæ sem var í klómetra fjarlægð frá efnaverksmiðju þar sem unnið var með hættuleg eiturefni. Staðfest var að mengun hafði stafað frá verksmiðjunni um árabíl en íbúum í nágrenninu höfðu ekki verið veittar neinar upplýsingar frá stjórnvöldum um skaðsemi verksmiðjunnar fyrir umhverfið. Kært var fyrir brot á bæði 10. gr. sáttmálans þar sem stjórnvöld hefðu vanrækt skyldu til að veita upplýsingar og einnig fyrir brot á 8. gr. þar sem upplýsingar þessar hefðu mikla þýðingu fyrir þau réttindi sem þar væru vernduð. Mannréttindadómstóllinn féllst ekki á að 10. gr. sáttmálans, sem kveður á um rétt til að taka við upplýsingum, legði þá almennu skyldu á stjórnvöld að veita aðgang að upplýsingum. Á hinn bóginn benti dómstóllinn á að alvarleg umhverfismengun geti haft áhrif á heilsu og líðan einstaklinga og á heimili þeirra og truflað einkalíf þeirra og fjölskyldulíf. Kærendur í þessu máli hefðu árum saman krafist gagna með upplýsingum sem hefðu gert þeim kleift að meta áhættuna af því að þeir og fjölskyldur þeirra byggju áfram í nágrenni verksmiðjunnar. Þær upplýsingar leiddu meðal annars í ljós að bærinn var í sérstakri hættu ef óhöpp yrðu í verksmiðjunni. Þar sem ítalska ríkið uppfyllti ekki þá skyldu sína að tryggja rétt kærenda til að fá upplýsingarnar hafði það brotið gegn friðhelgi einkalífs þeirra og fjölskyldu samkvæmt 8. gr. sáttmálans.¹⁰⁹

Af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins frá síðasta áratug þar sem fjallað er um óþægindi sem einkalíf, fjölskylda og heimili fólks verða fyrir vegna áhrifa atvinnustarfsemi á umhverfið má sjá að gildissvið 8. gr. MSE hefur verið rýmkað verulega. Er þessi málaflokkur gott dæmi um svið sem tæplega var séð fyrir við gerð sáttmálans en hefur nú öðlast verulegt gildi varðandi þá vernd sem 8. gr. veitir í nútímapjöðfélagi þar sem umhverfis- og skipulagsmál skipta miklu. Ljóst er að við úrlausn þess hvort ríki hefur brotið gegn skyldum sínum á þessu sviði er lagt til grundvallar annars vegar hvernig stjórnvöld hafa borið sig að til að draga úr óþægindum en hins vegar hversu almenn, alvarleg og viðvarandi óþægindin eru í raun. Verði sýnt fram á að jafnvægi skorti á milli þessara þátta eru líkur á því að ríki teljist hafa vanrækt skyldur sínar samkvæmt 8. gr. Þó er ljóst að ekki er ávallt einhugur innan dómsins um það hvar þessi mörk liggja, eins og glögg má sjá af mismunandi niðurstöðum deildar og yfirdeildar hans í máli *Hatton o.fl. gegn Bretlandi*, sem raktar voru að framan.

8.6. Friðhelgi bréfaskipta

Í niðurlagi 1. mgr. 8. gr. er mælt fyrir um friðhelgi bréfaskipta. Í því felst í meginatriðum réttur manns til þess að njóta leyndar um hvers kyns samskipti sín við aðra. Það teljast vera afskipti af þessum rétti ef t.d. bréf eru opnuð, sími hleraður, tölvupóstur opnaður eða skráningu haldið um samskipti án þess að fyrir liggi sam-

109 Dómur MDE frá 19. febrúar 1998, RJD 1998-I, 60. mgr.

þykki þeirra sem þau eiga.¹¹⁰ Er því verndin í reynd mun víðtækari en orðið bréfaskipti gefur til kynna og einskorðast hún ekki við bréfleg samskipti milli manna eins og dómstóllinn hefur ítrekað staðfest.¹¹¹ Álitæfni um takmarkanir á bréfaskiptum geta skarast við réttindi manns til þess að skila áfram upplýsingum sem vernduð eru af tjáningarfrelsisákvæðinu í 1. mgr. 10. gr. MSE. Hefur þá verið litið svo á að réttur til friðhelgi bréfaskipta sé sérregla um þessi tilvik sem gengur framur 10. gr. og verði staðfest að brotið hafi verið gegn 8. gr. að þessu leyti þurfi ekki jafnframt að skera úr um hvort brotið var gegn 10. gr.¹¹²

Skilyrði 2. mgr. 8. gr. verða að vera uppfyllt til þess að hafa megi afskipti af eða takmarka bréfaskipti og önnur samskipti en ella telst brotið gegn ákvæðinu. Sérstök álitæfni hafa vaknað um heimildir fangelsisyrvalda til þess að skerða bréfaskipti og önnur samskipti fanga út fyrir fangelsið. Í fyrstu ákvörðunum Mannréttindanefndarinnar um þetta atriði var talið að réttur til bréfaskipta gæti ekki átt við um fanga þar sem afskipti af bréfaskiptum þeirra leiddi óhjákvæmilega af stöðu þeirra í fangelsisvist.¹¹³ Í síðari málum vék nefndin þó frá þeirri afstöðu og í dómi sínum í máli *Golder gegn Bretlandi*, lagði Mannréttindadómstóllinn áherslu á mikilvægi þess að fangi nyti réttar til þess að hafa samband við lögmann til að fá ráðgjöf um einkamál sem hann hugðist höfða fyrir dómstólum. Einnig sló dómstóllinn því föstu að „afskipti“ gætu verið fölginn í öðru en að opna eða stöðva bréfasendingar og hafnaði þeirri málsvörn að engin afskipti hefðu verið af „bréfaskiptum“ fangans þar sem *ekkert bréf* hafði verið ritað en fanganum aðeins tilkynnt að *bannað væri* að senda bréf til lögmanns. Mat dómstóllinn takmarkanir þessar út frá skilyrðum 2. mgr. 8. gr. og taldi að ekki væri sýnt fram á nauðsyn þess að takmarka rétt kæranda til bréfaskipta í þessu tilviki. Í því sambandi var sérstaklega bent á að bréfaskipti fangans við lögmanninn væru þáttur í rétti hans til að höfða einkamál fyrir dómstólum sem verndaður væri af 6. gr. MSE.¹¹⁴ Ljóst er af framkvæmd dómstólsins að sérstaklega ríkar ástæður þarf til að réttlæta takmarkanir á bréfaskiptum fanga við lögmann sinn og það sama gildir um bréfaskipti fanga við Mannréttindadómstóllinn. Í máli *Campbell gegn Bretlandi* komu bæði þessi atriði til skoðunar. Taldi dómstóllinn að fangelsisyrfirvöldum væri aðeins heimilt að opna bréf sem færu á milli fanga og lögmanns þar sem rökstudd ástæða væri til að ætla

110 Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen og Vedsted-Hansen, bls. 425.

111 Í máli *Klass gegn Pýskalandi* sló dómstóllinn því föstu að þótt símhleranir væru ekki nefndar berum orðum í 1. mgr. 8. gr. yrði að skoða hugtakið bréfaskipti í samhengi við hugtakið einkalíf í upphafi ákvæðisins. Dómur MDE frá 6. september 1978, Series A. 28. Síðar staðfesti dómstóllinn í máli *Malone gegn Bretlandi* með sambærilegum rökum að verndin næði einnig til skráningar um notkun síma. Dómur MDE frá 2. ágúst 1984, Series A. 82.

112 Dómur MDE í máli *Silver o.fl. gegn Bretlandi* frá 25. mars 1983, Series A. 61, mgr. 107.

113 Sbr. ákvörðun MNE frá 7. febrúar 1967 í máli *X gegn Pýskalandi* nr. 2375/64, Collection 22, bls. 45–47. Sjá einnig van Dijk og van Hoof, bls. 528.

114 Dómur MDE frá 21. febrúar 1975, Series A. 18, mgr. 43–45.

að efni þeirra tengdist refsiverðri háttsemi og aðeins væri heimilt að lesa þau í undantekningartilvikum. Ekki var sýnt fram að bréf kæranda til Mannréttindanefndarinnar hefðu verið opnuð, en dómstóllinn tók fram að sú framkvæmd að opna bréf sem færu milli fanga og nefndarinnar, hvort sem þau væru lesin eða ekki, bryti gegn rétti fangans til bréfastipta enda væru líkur á misnotkun slíkra sendinga hverfandi.¹¹⁵

Margvísleg álitæfni hafa komið til skoðunar varðandi eftirlit og afskipti fangelsisyrvalda af bréfastiptum fanga við aðra en lögmann sína eða dómstóla og hafa stofnanir sáttmálans fallist á heimildir ríkja til að setja þeim ýmsar takmarkanir.¹¹⁶ Í máli *Silver o.fl. gegn Bretlandi* sem áður var nefnt féllst dómstóllinn á að stöðvun fangelsisyrvalda á nokkrum bréfasendingum tiltekinna hættulegra fanga sem geymdu m.a. hótanir um ofbeldi mætti réttlæta á grundvelli 2. mgr. 8. gr. þar sem slíkar takmarkanir væru nauðsynlegar vegna almannaheilla og til að firra glundroða og glæpum. Kerfisbundin stöðvun annarra bréfa, þar sem efni var ekki ólöglegt, var hins vegar ekki talin nauðsynleg takmörkun í skilningi 2. mgr. og því brotið gegn rétti fanganna á friðhelgi bréfastipta í þeim tilvikum.¹¹⁷ Þótt stöðvun bréfa gangi of langt í einstaka tilvikum eins og raunin varð í *Silver*-málinu hefur dómstóllinn talið að ríki hafi nokkurt svigrúm við mat á nauðsyn þess að fangelsisyrvöld skoði bréfasendingar til og frá föngum, þegar ekki er um að ræða samskipti þeirra við lögmann sína eða atriði sem tengjast lögfræðilegri aðstoð.¹¹⁸

Að frátöldum álitæfnum um sérstöðu fanga hefur annar stór hluti kærumála um brot á friðhelgi bréfastipta fjallað um heimildir lögreglu eða annarra stjórnvalda til þess að hafa leynilegt eftirlit með samskiptum manna í þágu rannsóknar opinberra mála, s.s. með símhlerunum, skráningu fjarskipta eða opnun póstsendinga. Þar sem um ræðir í senn alvarlegt inngríp gagnvart bréfastiptum og einkalífi manna hefur dómstóllinn lagt áherslu á að sýnt sé fram á ríka nauðsyn slíkra aðgerða auk þess

115 Dómur MDE frá 25. mars 1992, Series A. 233, mgr. 62. Í dóminum var einnig vísað til Evrópusamnings um málefni þátttakenda í málflutningi fyrir Mannréttindanefnd og Mannréttindadómstól Evrópu frá 6. maí 1969 sem nú hefur verið leystur af hólmi með Evrópusamningi um málefni þátttakenda í málflutningi fyrir Mannréttindadómstól Evrópu frá 5. mars 1996. Samkvæmt 2. mgr. 3. gr. samningsins skulu aðildarríki tryggja mönnum sem eru í haldi rétt til að eiga frjáls bréfastipti við dómstóllinn og er sá réttur nánar útfærður í ákvæðinu. Um rétt fanga til að hafa samband við lögmann var einnig fjallað í dómi í máli *Schönberger og Durmaz* gegn *Sviss* frá 20. júní 1988, Series A. 137.

116 Gomien, Harris og Zwaak, bls. 250.

117 Dómur MDE í máli *Silver o.fl. gegn Bretlandi* frá 25. mars 1983, Series A. 61, mgr. 105. Einnig má benda á dóm MDE í máli *Pfeifer og Plankl* gegn *Austurríki*. Kæran laut að því að fangelsisyrvöld ritskoðuðu bréf sem fóru á milli fanga innanhúss og þurrkuðu út ummæli með athugasemdum um fangaverði í fangelsinu. Í ljósi þess að um einkabréf var að ræða sem voru aðeins lesin af ritskoðurum fangelsisins auk móttakandans, taldi dómstóllinn að ekki væri sýnt fram á nauðsyn slíkra takmarkana. Dómur MDE frá 25. febrúar 1992, Series A. 227.

118 Gomien, Harris og Zwaak, bls. 250.

sem lagaheimild fyrir þeim þurfi að vera afdráttarlaus og skýr. Stefnumarkandi dómur um vernd 8. gr. við þessar aðstæður var í máli *Klass* gegn *Þýskalandi*. Í málinu var lagt mat á það hvort þýsk löggjöf sem heimilaði opnun bréfa og símhleranir vegna rannsóknar á brotum sem beindust gegn þjóðaröryggi og heimilaði algera leynd aðgerðanna stæðist lagaáskilnaðarkröfu 2. mgr. 8. gr. Eftir ítarlega skoðun á lagaheimildum og framkvæmd laganna komust bæði nefndin og dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að nægilega væri mælt fyrir um takmarkanirnar í lögum, þar á meðal um skilyrði þeirra og að þær væru nauðsynlegar í þágu þjóðaröryggis.¹¹⁹ Af þessu má einnig draga þá ályktun að lagaáskilnaði 2. mgr. 8. gr. er ekki fullnægt ef lagaheimildir til hlerana eða sambærilegra skerðinga eru opnar eða almennar án skýrt tilgreindra skilyrða. Eins mega stjórnvöld ekki hafa of rúmar heimildir til að ákveða beitingu slíkra aðgerða, umfang þeirra og tímallengd, auk þess sem réttarfarleg úrræði verja að vera til staðar til að bregðast við misnotkun heimildanna. Voru þessi megin sjónarmið um lagaáskilnað samkvæmt 2. mgr. 8. gr. m.a. staðfest í málinu *Malone* gegn *Bretlandi*, en þar var talið að brotið hefði verið á réttindum kæranda samkvæmt 8. gr.¹²⁰

Þegar fyrir liggur að nægilega sé mælt fyrir um takmarkanir í lögum reynir á skilyrði 2. mgr. 8. gr. um það hvort meðalhófs hafi verið gætt í aðgerðum, þ.e. hvort takmörkun hafi verið nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélagi. Venjulega eru símhleranir og svipaðar aðgerðir lögreglu vegna rannsóknar sakamála réttlættar með vísan til þess að þær stefni að því að firra glundroða eða glæpum eða séu í þágu þjóðaröryggis. Við mat á því hvort meðalhófs hafi verið gætt skoðar dómstóllinn eins og endrænar í því sambandi hversu alvarleg brotin eru, sem verið er að rannsaka, hvert er umfang rannsóknaraðgerðanna og hvort sama markmiði hefði mátt ná með vægari aðgerðum. Dómstóllinn hefur viðurkennt að lýðræðisþjóðfélögum nútímans standi ógn af háþróaðri glæpastarfsemi, svo og hryðjuverkastarfsemi, sem ríki verða að bregðast við og geti verið nauðsynlegt að hafa leynilegt eftirlit með þeim sem liggja undir grun. Þá getur ráðið úrslitum í þessu sambandi, með vísan til grundvallarreglna í réttarríki, að til staðar séu úrræði til að fá skorið úr um lögmati aðgerðanna og virkt eftirlit haft með beitingu þeirra.¹²¹ Dómstóllinn hefur jafnframt tekið tillit til þess að þeim sem stunda alvarleg afbrot eigi að vera ljós áhættan af því að lögreglan hefji rannsókn og leynilegt eftirlit með brotastarfsemi.¹²²

119 Dómur MDE frá 6. september 1978. Series A. 28. Sbr. einnig van Dijk og van Hoof, bls. 531.

120 Dómur MDE frá 2. ágúst 1982. Series A. 82. Enn frekari rökstuðning fyrir kröfunni um skýrar lagaheimildir við þessar aðstæður má finna í dómum MDE í málum *Kruslin* og *Huvig* gegn *Frakklandi*, báðum kveðnum upp 24. apríl 1990, Series A. 176-A og 176-B. Af nýrri dómum um efnið má nefna dóm í máli *Halford* gegn *Bretlandi* frá 25. júní 1997, RJD 1997-III. Sjá einnig *Kopp* gegn *Sviss* frá 25. mars 1998, RJD 1998-II, og *Amann* gegn *Sviss* frá 16. febrúar 2000, RJD 2000-II.

121 Sbr. dóm MDE frá 24. ágúst 1998 í máli *Lambert* gegn *Frakklandi*, RJD 1998-V.

122 Sbr. dóm MDE frá 15. júní 1992 í máli *Lüdi* gegn *Sviss*, Series A. 238.

8.7. Réttur til að stofna til hjúskapar og stofna fjölskyldu samkvæmt 12. gr.

8.7.1. Inngangur

12. gr. Réttur til að stofna til hjúskapar

Karlar og konur á hjúskaparaldri hafa rétt á að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu í samræmi við landslög um þessi réttindi.

Ákvæðið byggist að nokkru leyti á fyrirmynd í 16. gr. Mannréttindayfirlýsingar SP en tilgreindir þó ekki sérstaklega bann við mismunun vegna kynþáttar, þjóðernis eða trúarbragða eins og 16. gr. auk þess sem það fjallar ekki um jafnrétti hjóna við stofnun og slit hjúskapar. Úr því síðarnefnda hefur verið bætt síðar með sérstöku ákvæði í 5. gr. 7. viðauka við MSE sem nánar verður fjallað um hér á eftir en ætla má að 14. gr. MSE veiti að öðru leyti vernd fyrir mismunun á grundvelli kynþáttar, þjóðernis eða trúarbragða.¹²³

Í 23. gr. SBSR er ákvæði um sambærileg réttindi. Það gengur þó lengra í ýmsum atriðum og mælir m.a. fyrir um að fjölskyldan eigi rétt á vernd þjóðfélagsins og ríkisins og að ekki skuli stofnað til hjúskapar nema með frjálsu og fullkomnu samþykki hjónaefnanna.

8.7.2. Gildissvið ákvæðisins og heimilar takmarkanir á réttindum

Réttindin sem 12. gr. verndar eru nátengd friðhelgi einkalífs og fjölskyldu samkvæmt 8. gr. Þó er ákvæðinn grundvallarmunur á gildissviði þeirra þar sem 12. gr. verndar aðeins réttinn til þess að koma á ákveðnu lögformlegu sambandi, hjúskap, sem leggur grunn að fjölskyldu en 8. gr. verndar fjölskyldulíf sem komist hefur á án nokkurra formlegra skilyrða. Auk þess takmarkast vernd 12. gr. við fólk á hjúskaparaldri en 8. gr. verndar alla án tillits til aldurs. Af þessari ástæðu er merking orðsins *fjölskylda* mun þrengri í 12. gr. heldur en í 1. mgr. 8. gr. og gildissvið 12. gr. að sama skapi minna.¹²⁴ Þá ber að hafa í huga að í 12. gr. er ekkert takmörkunarákvæði eins og finna má í 2. mgr. 8. gr. en ljóst er að tilvísun til *landslaga* um þessi réttindi veitir aðildarríkjum í raun víðtækar heimildir til að setja lög og reglur um hjúskaparskilyrði og réttaráhrif hjúskapar.

Ekki er fyllilega skýrt af orðalagi 12. gr. hvaða „réttindi“ er miðað við að sett verði lög um og hvort greint er á milli réttar *til að ganga í hjónaband* annars vegar og réttar *til að stofna fjölskyldu* hins vegar. Telja má víst að upprunalegt markmið ákvæðisins hafi verið að bæði réttindin yrðu skoðuð í samhengi. Hefur dómstóllinn vísað til þess að markmið 12. gr. sé einkum að vernda *hjólabandið* sem grundvöll *fjölskyldustofnunar*.¹²⁵ Þó geta álitaefni um réttinn til að stofna fjölskyldu komið til

skoðunar ein og sér. Þannig teidust það afskipti af þeim rétti ef lög mæltu fyrir skyldu manna til að nota getnaðarvarnir eða gangast undir ófrjósemisaðgerðir gegn vilja sínum. Slíkar aðgerðir myndu reyndar einnig vekja upp spurningar um vernd 3. gr. MSE varðandi ómannúðlega meðferð. Dómstóllinn hefur slegið því föstu að 12. gr. verndi ekki sjálfstætt réttinn til þess að ætteleiða barn. Á hinn bóginn lítur hann til þess hvernig skilyrðum fyrir ætteleiðingu er háttað í landslöggjöf þar sem ætteleiðing er heimiluo á annað borð, t.d. hvort þau eru óvenjulega þröng eða fela í sér mismunun.¹²⁶

Þótt 12. gr. mæli ekki fyrir um hvert skuli vera efni löggjafar um rétt til að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu eru heimildir aðildarríkja ekki takmarkalaugar á þessu sviði enda væri þá vernd 12. gr. orðin tóm. Er því fallist á að reglur séu settar um ákveðin formskilyrði fyrir stofnun hjúskapar svo lengi sem ekki sé höggvið nærri kjarna réttarins.¹²⁷ Almennt myndi dómstóllinn einnig leggja meðalhófsregluna til grundvallar, kanna markmið lagareglna sem takmarka réttindin og leggja mat á hvort of langt gengið til að ná því markmiði. Kærum um að hjúskaparskilyrði séu of ströng hafa nokkrum sinnum komið til skoðunar hjá stofnunum MSE. Er þá aðildarríkjum jafnan veitt rúmt svigrúm til mats en þó litið til þess að þær gangi ekki of nærri kjarna réttarins sem áður segir. Í þessu sambandi má nefna ákvörðun Mannréttindanefndarinnar í máli X gegn *Þýskalandi*. Kærandi kvartaði yfir því að hjónavígsla sem hann sjálfur framkvæmdi í samræmi við ákvæði Mósebókar í Gamla testamentinu væri ekki viðurkennd af þýskum yfirvöldum sem gildur hjúskapur. Þýsk löggjöf setti skilyrði um að hjúskapur þyrfti að verða skráður hjá stjórnvaldi til að öðlast gildi samkvæmt lögum, en kærandi taldi það brjóta gegn 12. gr. MSE. Nefndin taldi takmörkunina vera innan þess ramma sem ætla mætti að 12. gr. vísi til, enda dæmigert fyrirkomulag í öllum aðildarríkjum að setja slík formleg skilyrði fyrir því að hjúskapur teljist stofnaður að lögum.¹²⁸

Rétturinn til að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu leggur þá skyldu á aðildarríki að tryggja að ekki verði brotið gegn honum í samskiptum manna á vettvangi einkaréttarins. Þannig gæti þungbær þvingun sem maður sætir af hálfu einkaaðila og beinist gegn réttindunum, t.d. uppsögn á starfi vegna þess að hann gengur í hjúskap, hugsanlega leitt til þess að aðildarríki verði dregið til ábyrgðar fyrir Mannréttindadómstólnum, fái hann ekki bætt úr brotinu heima fyrir.¹²⁹

eintölu og segir í niðurlaginu: „...according to the national laws governing the exercise of this right.”

126 Harris, O'Boyle og Warbrick, bls. 441.

127 Sbr. ummæli í ofangreindum dómi í máli *Rees*, mgr. 50.

128 Ákvörðun MNE frá 18. desember 1974 í máli nr. 6167/73, D&R 1, bls. 64. Sjá einnig Merrills og Robertson, bls. 190. Í skýrslu MNE frá 13. desember 1979 í máli *Hamer* gegn *Bretlandi* kom til skoðunar réttur fanga til þess að ganga í hjúskap en þar áréttaði nefndin afstöðu sína varðandi heimild aðildarríkja til þess að setja reglur um það hvernig menn nýta sér þann rétt. Mál nr. 7114/75, D&R 24, bls. 5.

129 van Dijk og van Hoof, bls. 602. Hér geta því skapast svokölluð óbein Drittwirkung áhrif (einkaréttaráhrif) sem fjallað var um í kafla 8.2. að framan.

123 Merrills og Robertson, bls. 190.

124 Gomien, Harris og Zwaak, bls. 254.

125 van Dijk og van Hoof, bls. 613 og dómur MDE í máli *Rees* gegn *Bretlandi* frá 17. október 1996. Series A. 106. Í enskum texta 12. gr. MSE er rætt um „rétt“ samkvæmt ákvæðinu í

Álitaefni hafa komið upp um það hvort 12. gr. verði réttinn til að fá skilnað að sama skapi og réttinn til að ganga í hjónaband. Hér vaknar því spurning um það hvort um er að ræða tvær hliðar á sama rétti, einnig með tilliti til þess að skilnaður sé forsenda þess að hægt sé að ganga í nýtt hjónaband. Í máli *Johnston* gegn *Írlandi* var umkvörtunarefnið að vegna írskrar löggjafar sem bannaði hjónaskilnaði væri brotið gegn 12. gr. Þar sló Mannréttindadómstóllinn því hins vegar föstu að 12. gr. legði ekki þá skyldu á aðildarríki að tryggja réttinn til slíta hjónabandi. Til rökstuðnings þeirri niðurstöðu var m.a. vísað til og gagnályktað frá 16. gr. Mannréttindafirlýsingar SP sem tilgreinir sérstaklega slit hjúskapar einnig benti dómstóllinn á ummæli í undirbúningsgögnum við gerð Mannréttindasáttmálans sem tækju skýra afstöðu gegn því að 12. gr. gildi um hjúskaparslit.¹³⁰ Í máli *F* gegn *Sviss* var einnig fjallað um tengsl reglna um skilnað og réttar til að giftast á ný en aðstæður voru þó aðrar en í *Johnston*-málinu. Kæruefnið var að svissnesk löggjöf setti þau skilyrði að skilnaður sem varð vegna hjúskaparbrots kæranda, leiddi til þess að hann gat ekki gengið í hjúskap á ný fyrr en þremur árum síðar. Dómstóllinn hafnaði þeim rökum svissneska ríkisins að takmörkunin væri nauðsynleg til þess að tryggja stöðugleika í hjónaböndum og til verndar réttindum annarra og varð niðurstaðan að brotið hefði verið gegn 12. gr. MSE.¹³¹

8.7.3. *Gildissvið ákvæðisins gagnvart tveimur einstaklingum af sama kyni*
Ljóst er að samkvæmt orðanna hljóðan er vernd 12. gr. MSE takmörkuð við „karla og konur“ á hjúskaparaldri og vafalaust var ekki haft í huga við gerð samningsins að 12. gr. gæti átt við tvo einstaklinga af sama kyni. Á hinn bóginn er ljóst að samhliða breyttum viðhorfum í aðildarríkjunum gagnvart samkynhneigðum og afnámi mismununar gagnvart þessum þjóðfélagshópi er ákveðin þróun í þá átt að veita sambúð eða sambandi einstaklinga af sama kyni lögformlega viðurkenningu samþærilega réttaráhrifum hjúskapar.¹³²

Fyrstu úrlausnarefni um gildi 12. gr. gagnvart einstaklingum af sama kyni spruttu einkum í kærumálum þeirra sem skipt höfðu um kyn en gátu ekki gengið í hjúskap vegna fyrri skráningar á kynferði í opinberum skráum. Í dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Rees* gegn *Bretlandi* laut kæruefnið þannig að rétti einstaklings sem fæddist kvenkyns en hafði gengist undir kynskiptaaðgerð. Hann vildi síðar ganga í hjóna-

band með konu en reyndist það ókleift, þar sem fæðingavottorð hans sýndi að hann hafði fæðst kvenkyns og bresk yfirvöld neituðu að breyta þeirri skráningu. Kærandi hélt því fram að neitunin bryti gegn rétti hans til að ganga í hjónaband samkvæmt 12. gr. Dómstóllinn taldi ekki að 12. gr. legði þá skyldu á stjórnvöld að breyta skráningunni þegar litið væri til markmiðs ákvæðisins með eftirfarandi rökum:

Réttur til að ganga í hjónaband vísar til hefðbundins hjúskapar milli einstaklinga af gagnstæðu kyni. Þetta birtist einnig í orðalagi ákvæðisins sem gefur skýrt til kynna að 12. gr. verndar einkum hjónabandið sem grundvöll fjölskyldunnar.

Auk þess mælir 12. gr. fyrir um að rétturinn skuli háður skilyrðum sem sett eru í landslögum aðildarríkis. Slík skilyrði megi ekki vera svo ströng að þau takmarki kjarna réttindanna. Ekki verður þó fallist á að lagaskilyrði í Bretlandi um að einstaklingar í hjónabandi séu líffræðilega af gagnstæðu kyni hafi slík áhrif.¹³³

Í dómi í sambærilegu kærumáli, *Cossey* gegn *Bretlandi*, taldi dómstóllinn að þótt þróun væri í þá átt að sum aðildarríki viðurkenndu að einstaklingar sem skipt höfðu um kyn gengju í hjónaband við þessar aðstæður, þýddi það ekki að upprunalegu markmiði 12. gr. hefði verið hafnað þannig að dómstóllinn yrði að hverfa frá fyrri fordæmum sínum um efnið.¹³⁴ Á síðustu árum hefur hins vegar orðið stefnubreyting hjá dómstólum hvað varðar rétt einstaklinga, sem hafa skipt um kyn til breyttrar skráningar á því. Í máli *Christine Goodwin* gegn *Bretlandi* frá árinu 2002 sló dómstóllinn því föstu að það bryti gegn friðhelgi einkalífs samkvæmt 8. gr. og rétti til að ganga í hjónaband samkvæmt 12. gr. að neita kæranda, sem skipt hafði um kyn, um breytta skráningu í fæðingavottorði sem var forsenda þess að hann gæti gengið í hjónaband.¹³⁵

Í máli *C. og L.M.* gegn *Bretlandi* hafnaði Mannréttindanefndin því að 12. gr. MSE verndaði rétt samkynhneigðra til að ganga í hjónaband þar sem ákvæðið verndaði aðeins rétt *karla og kvenna* á hjúskaparaldri.¹³⁶

8.8. Jafnrétti hjóna samkvæmt 5. gr. 7. viðauka

5. gr. 7. viðauka. Jafnrétti hjóna

Hjón skulu njóta jafnréttis að því er varðar réttindi og skyldur að einkamála-rétti sín í milli og í tengslum sínum við börn sín, við giftingu, í hjónabandi og ef til hjónaskilnaðar kemur. Þessi grein skal ekki vera því til fyrirstöðu að ríki geri ráðstafanir sem nauðsynlegar eru vegna hagsmuna barnanna.

133 Dómur MDE frá 17. október 1986, Series A. 106, mgr. 49 og 50. Með þessu var áréttuð fyrri afstaða dómstólsins um þetta atriði sem fram kom í máli *van Oosterwijck* gegn *Belgíu*, dómur frá 6. nóvember 1980, Series A. 40.

134 Dómur MDE frá 27. september 1990, Series A. 184, mgr. 46.

135 Dómur MDE frá 11. júlí 2002, RJD 2002-VI.

136 Ákvörðun MNE frá 9. október 1989 í máli nr. 14753/89. Sbr. einnig Harris, O'Boyle og Warbrick, bls. 439.

130 Dómur MDE frá 18. desember 1986, Series A, 112, mgr. 52.

131 Dómur MDE frá 18. desember 1987, Series A. 128.

132 Hefur Holland gengið lengst í þessum efnum og heimilar nú samkynhneigðum að ganga í hjónaband samkvæmt almennum lagareglum um hjúskap á meðan t.d. norræn löggjöf veitir samkynhneigðum einstaklingum kost á sérstöku sambúðarformi, *staðfestri samvist*, með svipuðum réttaráhrifum og hjúskapur en undir öðru heiti. Sjá nánar skýrslu nefndar forsætisráðherra um réttarstöðu samkynhneigðra sem lögð var fyrir Alþingi á 131. löggjafarþingi 2004–2005, þskj. 381, bls. 40.

Eins og fram kemur í ákvæðinu er gildissvið þess takmarkað við einkaréttarleg réttindi og skyldur á milli hjóna innbyrðis og gagnvart börnum sínum. Í undirbúningsgögnum með 7. viðauka er sérstaklega tekið fram að ákvæðið eigi ekki við á vettvangi opinbers réttar, svo sem á sviði stjórnslulaga, skattalöggjafar, refsilöggjafar, félagsmálagjafar og vinnulöggjafar.¹³⁷ Samkvæmt þessu eru skyldur aðildarríkja því fyrst og fremst fólgnar í því að tryggja jafnrétti hjóna með lögum eða öðrum ráðstöfunum. Verði sýnt fram á að þau hafi vanrækt slíka skyldu geta þau sætt ábyrgð fyrir Mannréttindadómstólnum fyrir brot á 5. gr.¹³⁸

Réttindi sem 5. gr. 7. viðauka fjallar um eru að stórum hluta vernduð af 8. gr., einkum ef hún er skoðuð í samhengi við 14. gr. MSE sem fjallar um bann við mismunum. Eru kærur um brot á ákvæðinu einnig sjaldgæfar og enginn stefnumarkandi dómur hefur verið kveðinn upp sem varpar ljósi á inntak réttindanna sem það verndar. Í máli *Hokkanen gegn Finnlandi* sem rakið var að framan í umfjöllun um vernd 8. gr. á rétti foreldra til forsjár og umgengni, var einnig kært fyrir brot á 5. gr. 7. viðauka vegna mismununar sem faðir taldi sig hafa verið beittan í tengslum við umgengnisrétt við dóttur sína. Taldi dómstóllinn að í málinu hefði verið brotið gegn friðhelgi fjölskyldulífs kæranda samkvæmt 8. gr. og þyrfti ekki að skoða 5. gr. 7. viðauka frekar.¹³⁹

Hafa verður í huga að efni 5. gr. 7. viðauka varðar ekki tímabilið fyrir hjúskap eða skilyrði sem sett eru í lögum fyrir því að ganga í hjúskap en slík álitæfni falla undir 12. gr. MSE eins og rakið var að framan. Sem dæmi má nefna að ef lög mæltu fyrir um mismunandi lágmarksaldur karla og kvenna til að ganga í hjúskap kæmi sú aðstaða væntanlega til skoðunar út frá vernd 12. gr., sbr. 14. gr. MSE. Þá gefur orðalag 5. gr. „ef til hjónaskilnaðar kemur“ ekki til kynna að með því sé verndaður rétturinn til hjónaskilnaðar. Samkvæmt þessu beinist vernd ákvæðisins aðeins að þeim áhrifum sem stofnast við það að ganga í hjúskap og meðan á hjúskap stendur annars vegar og hins vegar að réttaráhrifum hjónaskilnaðar.¹⁴⁰

Niðurlag 5. gr. 7. viðauka felur í sér að þrátt fyrir meginregluna um jafnrétti hjóna geti ríki gert ráðstafanir sem nauðsynlegar eru vegna hagsmuna barna. Undirbúningsgögn með viðaukanum gefa engar vísbendingar um það með hvaða hætti getur reynt á þessa undantekningu en ætla má að eins og endranær í ákvörðunum um málefni barna búi hér að baki sjónarmið um að stefna beri að því sem er barninu fyrir bestu.

137 Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, mgr. 35. ETS No. 117.

138 Harris, O'Boyle og Warbrick, bls. 569.

139 Dómur MDE frá 23. september 1994, Series A. 29, mgr. 66.

140 Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, mgr. 36–39. ETS No. 117. Sjá einnig van Dijk og van Hoof, bls. 693.

8.9. Vernd einkalífs, heimilis og fjölskyldu samkvæmt íslenskum rétti

8.9.1. Inngangur

Þau mannréttindi sem fjallað hefur verið um í þessum kafla eru tryggð með ýmsum hætti í íslenski löggjöf og reglum. Ber þar fyrst að telja að friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldulífs njóta stjórnskipulegrar verndar samkvæmt 71. gr. stjkskr. 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 og 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 eða fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra.

Ákvæði þetta leysti af hólmi eldri 66. gr. stjkskr. með breytingum sem voru gerðar á mannréttindaákvæðum hennar með stjkskr. nr. 97/1995, en síðarnefnda ákvæðið mælti aðeins fyrir um friðhelgi heimilisins og setti rannsóknaraðgerðum stjórnvalda ákveðnar skorður.¹⁴¹ Við breytingar á þessu stjórnarskrárákvæði var sérstaklega litið til 8. gr. MSE og 17. gr. SBSR og að því stefnt að 71. gr. verndaði sömu réttindi.¹⁴² Í umfjöllun um inntak hugtakanna *einkalífs, heimilis og fjölskyldu* í athugasemdum sem fylgdu frumvarpinu er vísað til áþekkra sjónarmiða og hefur áður verið lýst um 8. gr. MSE. Bent er á að hugtakið einkalíf sé víðtækt og felist í reynd í því bæði atriðin sem talin eru á eftir. Það vísi þó fyrst og fremst til réttar manns til að ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Jafnframt er litið svo á að tilfinningalíf og tilfinningasambönd við aðra njóti verndar samkvæmt ákvæðinu. Lýst er því markmiði ákvæðisins að vernda menn fyrir afskiptum ríkisins af einkalífi þeirra og persónulegum högum. Þó er tekið fram að hættan á að slík friðhelgi sé rofin stafi ekki eingöngu frá ríkinu heldur einnig frá öðrum einstaklingum og einkaaðilum. Af þessum sökum feli krafan um friðhelgi einkalífs í sér að löggjafanum beri að setja lög til verndar einstaklingunum í innbyrðis samskiptum þeirra. Þá kemur fram í athugasemdunum með frumvarpinu að ákvæðinu sé einnig ætlað að vernda réttinn til þess að stofna fjölskyldu þótt ekki sé vísað berum orðum í 12. gr. MSE í því sambandi.¹⁴³ Loks ber að hafa í huga að þótt vernd *bréfaskipta* sé ekki tilgreind berum orðum í 1. mgr. 71. gr.,

141 Dómstólar höfðu þó áður staðfest að einkalíf manna og æra nytu verndar samkvæmt grunnreglum laga um þagnarvernd einkalífs, sbr. *H 1968 1007*, grundvallarreglum um persónuvernd, sbr. *H 1975 578* og grunnreglum um einkalífsvernd, sbr. *H 1989 28*.

142 Alþt. 1994–1995, A-deild, þskj. 389, bls. 2101.

143 Sama heimild, bls. 2100–2101.

eins og í 8. gr. MSE, er ljóst að þau yrðu talin falla undir hugtakið einkalíf, enda er vikið sérstaklega að takmörkunum á bréfaskiptum í 2. mgr. 71. gr.

Þrátt fyrir augljósan skyldleika 71. gr. stjkskr. við 8. gr. MSE er uppbygging 71. gr. enn í stórum dráttum svipuð hinu eldra stjórnarskrárákvæði í 66. gr. og er fjallað sérstaklega um tilteknar rannsóknaraðgerðir í 2. mgr. hennar eins og áður. Í 3. mgr. 71. gr. sem bættist við með breytingunum 1995 er auk þess aðeins veitt heimild til þess að takmarka friðhelgi einkalífs, fjölskyldu og heimilis vegna réttinda annarra. Því vaknar spurning um hvort fleiri takmörkunarástæður sem taldar eru í 2. mgr. 8. gr. MSE sem stefna að þjóðaröryggi, almannavegum eða efnalegri farsæld þjóðarinnar, að firra glundroða eða glæpum eða til verndar heilsu manna eða siðgæði komi ekki til álitá þar sem þær eru ekki taldar í stjórnarskrárákvæðinu. Hér ber að hafa í huga að fyrir stjórnarskrárbreytingarnar 1995 var talið að setja mætti réttindum takmarkanir í þágu þessara markmiða svo lengi sem þær byggðu á lagaheimild og meðalhöfs væri gætt.¹⁴⁴ Við skýringu á 71. gr. má því líta til þeirra skilyrða sem 2. mgr. 8. gr. MSE setur við takmörkunum á friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu þótt einstakra atriða þar sé ekki getið í 3. mgr. 71. gr.

Þar sem gildissvið 71. gr. stjkskr. er augljóslega mjög rúmt eins og 8. gr. MSE verða ákvæði almennra laga sem útfæra nánar þessi réttindi eða takmarka þau ekki fundin á einum stað í löggjöfni eða talin með tæmandi hætti. Hægt er að benda á fjölda lagaákvæða sem stefna að því að tryggja réttindin eða hafa áhrif á þau á einn eða annan hátt. Hér á eftir verður fjallað um nokkur svið þar sem einkum reynir á vernd réttinda samkvæmt 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE í íslenskum rétti þótt því efni verði ekki gerð tæmandi skil. Jafnframt verða raktir nokkrir mikilvægir dómur úr framkvæmd íslenskra dómstóla, aðallega eftir stjórnarskrárbreytingarnar 1995, þar sem álitafni um friðhelgi einkalífs, heimilis eða fjölskyldu hafa komið við sögu. Í þeim dómum er misjafnt hvort vísað er í senn til 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE, en oftast er þó látið sitja við tilvísun til stjórnarskrárákvæðisins.

8.9.2. Vernd æru og einkamálefna

Í ákvæðum XXV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 sem ber yfirskriftina *ærumeiðingar og brot gegn friðhelgi einkalífs* er æru og einkalífi veitt sérstök refsivernd. Þar er gert refsivert að hnýsast í bréf og önnur gögn sem varða einkamálafni manna, skýra opinberlega frá einkamálefnum annars manns, ryðjast heimildarlaust inn í hús, raska friði annars manns með því að ofsækja hann með bréfum, símhringingum eða á annan hátt og meiða æru annars manns með móðgun í orðum eða athöfnum. Í þessum ákvæðum má finna undirstöðu meiðyrðalöggjafarinnar einkum í 229. gr., 234. gr. til 237. gr. svo og 240. gr. alm. hgl. Samkvæmt þess-

144 Í *H 1989 28* sem fjallaði um heimildir ríkisendurskoðunar til að fá aðgang að sjúkraskrár til að bera saman við gjaldskrárreikninga fyrir læknisverk, sagði m.a.: „Lögskýringargögn þau í þjóðréttarsamningum um mannréttindi sem fyrr eru nefndir, gera ráð fyrir undantekningum frá reglum um friðhelgi einkalífs vegna annarra þjóðfélagsmuna.“

um ákvæðum er lögð refsing, sektir eða fangelsi allt að einu ári við því að meiða æru annars manns með móðgun í orði og athöfnum og drótta að öðrum manni svo að virðingu hans verði til hnekkis. Jafnframt er lögð þyngrri refsing, fangelsi allt að tveimur árum, við því að bera ærumeiðandi aðdróttanir út gegn betri vitund.

Í meiðyrðamálum vegast einatt á rétturinn til friðhelgi einkalífs samkvæmt 71. gr. og tjáningarfrelsið sem verndað er af 73. gr. stjkskr. og 10. gr. MSE. Þarf að skera úr því í hverju tilviki hvor rétturinn skuli vega þyngra.¹⁴⁵ Fjöldi dóma hefur gengið um þetta atriði í meiðyrðamálum sem ekki verða raktir hér en þar kemur venjulega einkum til skoðunar hvort skilyrði takmarkana á tjáningarfrelsinu eru uppfyllt en minna er fjallað um áhrif 71. gr. stjkskr. í því sambandi. Hér verða þó nefndir tveir dómur sem lýsa vel hvornig dómstólar beita 71. gr. í málum þar sem þessi tvenns konar réttindi vegast á og þar sem réttur einstaklings til að njóta einkalífsverndar hefur vegið þyngra.

Í *H 1999 857* var til úrlausnar refsímál sem höfðað var gegn ritara ævisögu geðlæknis þar sem birt var frásögn af einkamálefnum sjúklings. Var rithöfundurinn ákærður fyrir hlutdeild í broti læknisins á þagnarskylduákvæði 230. gr. alm. hgl. en hann bar því við að hann nyti sérstaklega ríkrar verndar á tjáningarfrelsi sem rithöfundur og blaðamaður. Féllst Hæstiréttur ekki á þá málsvörn og taldi friðhelgi einkalífs vega þyngra með eftirfarandi orðum:

Í máli því, sem hér um ræðir, braut læknir trúnað sjúklings síns með því að birta einkamálefni sjúklingsins, sem hann komst að í starfi sínu, og vanvirða minningu hans. Við ákvörðun á mörkum tjáningarfrelsis hefur í dómaframkvæmd hin síðari ár verið litið mjög til þess að vegna lýðræðishefða verði að tryggja að fram geti farið þjóðfélagsleg umræða. Gildir þetta meðal annars við úrlausn um mörk tjáningarfrelsis rithöfunda og blaðamanna, sem ákærði hefur skírskotað til í mála-tilbúnaði sínum. Í málinu eru ekki í húfi neindir slíkir hagsmunir, sem réttlætt geti að gengið sé svo harkalega á friðhelgi einkalífs eins og hér var gert með því að birta ummæli þau, sem ákært er fyrir. Sákfelling ákærða fyrir brot gegn ákvæði 230. gr. laga nr. 19/1940 er því samrýmanleg heimild 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, svo og ákvæði 2. mgr. 10. gr. samnings um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994, sem er af sama toga og nefnt ákvæði stjórnarskrárinnar.¹⁴⁶

Þá má nefna dóm *H 2002 1212*. Þar var til umfjöllunar skaðabótamál stúlku, sem kært hafði föður sinn fyrir kynferðisbrot, gegn verjanda föðursins í opinberu máli sem höfðað var vegna kæru hennar. Skaðabótamálið var höfðað vegna ummæla verjandans á opinberum vettvangi um hana í kjölfar sýknudóms Hæstaréttar í kynferðisbrotamálinu sem mikil opinber umræða varð um. Þar sætti dómur-

145 Björg Thorarensen: „Áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu á vernd tjáningarfrelsis að íslenskum rétti.“ *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 2003, bls. 379.

146 Áherslumerkingar hér og í öðrum tilvitnuðum texta úr dómum héðan í frá eru höfundar.

inn m.a. sætti harðri gagnrýni og fjölyrt var um sekt föðurins þrátt fyrir sýknu-dóminn. Hafði lögmaðurinn tekið til andvara fyrir skjólstæðing sinn í fjölmiðil-um þar sem hann lét ýmis ummæli falla í garð stúlkunnar. Í málinu reyndi á vanda-samt hagsmunamat milli tjáningarfrelsis lögmannsins sem naut verndar 73. gr. stjkskr. og 10. gr. MSE og friðhelgi einkalífs stúlkunnar og æruverndar sem 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE tóku til. Segir síðan m.a. í dóminum:

Andspænis þessum atriðum, sem áhrif geta haft við mat á frelsi áfrýjanda til að tjá sig á þann hátt, sem um ræðir í málinu, standa hagsmunir stefndu af vernd einkalífs síns og æru. Hún var tvítug að aldri þegar umræðan um mál föður hennar stóð hæst. Þótt áðurgreind kæra hennar á hendur föður sínum hafi leitt til sak-sökunar þurfti hún ekki að búast við því að persóna hennar og einkahagir yrðu gerð-ir að umtalfefni í almennri umræðu að gengnum dómi í málinu. [...]

Þá voru þær skýringar, sem áfrýjandi færði fram sem hugsanlega ástæðu fyrir framferði stefndu, að auki á ýmsan veg niðrandi í hennar garð. Réttur stefndu til friðhelgi einkalífs og æruverndar verður í þessu efni að ganga framár rétti áfrýjanda til að viðhafa þessi ummæli um hana í almennri umræðu.

Það var niðurstaða dómisins að hluti ummæla lögmannsins fæli í sér ólögme-ta meingerð gagnvart stúlkunni í skilningi 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 og var hann dæmdur til greiðslu miskabóta af þeim sökum.¹⁴⁷

8.9.3. Skráning persónuupplýsinga og aðgangur að þeim

Umfangsmestu lagareglurnar sem stefna að því vernda einkalíf manna fyrir söfn-un og meðferð persónulegra upplýsinga um þá eru í lögum um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 77/2000. Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi til laganna kemur fram að með þeim séu uppfylltar ýmsar alþjóðlegar mannrétt-indaskuldbindingar um persónuvernd, m.a. 8. gr. MSE og 17. gr. SBSR auk samninga Evrópuráðsins um þær lágmarkskröfur sem gera beri til þeirra sem með persónuupplýsingar fara.¹⁴⁸ Lögin um persónuvernd eru ítarleg og gilda bæði um raf-ræna og handvirka vinnslu persónuupplýsinga sem eru eða er ætlað að vera hluti af skrá. Samkvæmt lögnum sinnir sérstök stjórnslustofnun, Persónuvernd, því hlutverki að hafa eftirlit með framkvæmd þeirra.

147 Þess má geta að niðurstaðan var kærð til Mannréttindadómstóls Evrópu vegna meints brots á 10. gr. MSE. Málið var ekki tekt til efnismeðferðar, sbr. ákvörðun MDE frá 20. október 2003 í máli *Jóns Steinars Gunnlaugssonar gegn Íslandi* nr. 22459/02. Af öðrum nýlegum dómum þar sem fjallað er sérstaklega um mörk friðhelgi einkalífs samkvæmt 71. gr. og tján-ingarfrelsis samkvæmt 73. gr. stjkskr. má benda á dóm *Hæstaréttar frá 25. mars, 2004* í máli nr. 382/2003, en þar voru ummæli í dómnefndarálitum um háskólakennara talin ærumeiðandi og brot á 234. og 235. gr. alm. hgl.

148 Lögin byggja í meginráttum á ákvæðum tilskipunar Evrópusambandsins 95/46/EC um sama efni frá 24. október 1995.

Í ýmsum sérákvæðum laga er tryggður réttur manns til aðgangs að persónu-legum upplýsingum eða öðrum gögnum sem varða hagsmunir hans og jafnframt verndaður réttur hans til njóta leyndar um persónuleg málefni sín. Samkvæmt 15. gr. stjórnslulaga á aðili stjórnslumáls rétt á því að kynna sér skjöl og önnur gögn sem málið varða. Þá veita ákvæði upplýsingalaga nr. 50/1996 almenningi víð-tækan aðgang að gögnum um mál sem eru til meðferðar í stjórnslu ríkis og sveit-arfélaga, en sá upplýsingaréttur er þó háður takmörkunum samkvæmt 5. gr. lag-anna vegna tillits til einkahagsmuna. Er því óheimilt að veita almenningi aðgang að gögnum um einka- eða fjárhagsmálefni einstaklinga sem sanngjarnt er og eðli-legt að leynt fari, nema sá samþykki sem í hlut á. Loks má nefna sérstök ákvæði í 14. og 15. gr. laga um réttindi sjúklinga nr. 74/1997 sem tryggja bæði rétt sjúk-linga til aðgangs að upplýsingum í sjúkraskrá sem þá varða og leynd upplýsinga gagnvart öðrum, nema sérstakar lögmaeltar undantekningar séu gerðar frá því.

Álitaefni geta komið upp um gildi lagaákvæða sem meina manni aðgang að per-sónulegum upplýsingum um sjálfan sig vegna hagsmuna annarra. Má nefna sem dæmi 2. mgr. 4. gr. laga um tæknifjörgun nr. 55/1996 þar sem fram kemur að kyn-frumugjafi geti óskað nafnleyndar er hann gefur kynfrumu til tæknifjörgunar. Í þessu tilviki vegast á hagsmunir kynfrumugjafans er hann krefst nafnleyndar, og réttur barns sem fæðist eftir slíka kynfrumugjöf til þess að fá upplýsingar um líf-fræðilegt foreldri sitt.¹⁴⁹ Ekki hefur þó reynt á úrlausn um þetta efni fyrir dómstól-um hér á landi.¹⁵⁰ Samkvæmt 27. gr. ættleiðingarlaga nr. 130/1999 á kjörbarn sem náð hefur 18 ára aldri rétt á að fá tiltækar upplýsingar frá dómismálaráðuneytinu um það hverjir séu kynforeldrar þess eða fyrri kjörforeldrar. Loks má geta þess að í 1. gr. barnalaga nr. 76/2003 er kveðið á um rétt barns til að þekkja báða foreldra sína og mælt fyrir um að móður sé skylt að feðra barn sinn. Er þetta nýmæli í lög-um en ekki er kveðið á um sérstakar þvingunaraðgerðir eða viðurlög gagnvart móð-ur ef hún sinnir ekki þessari skyldu. Í athugasemdum með frumvarpinu til barna-laga er um þetta atriði vísað 7. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barns-ins sem kveður á um rétt þess til að þekkja foreldra sína frá fæðingu eftir því sem unnt er.¹⁵¹ Ljóst er að hér er stefnt að því að vernda auðkenni barns sem er mikil-vægur þáttur í friðhelgi einkalífs.

Við mat á því hvort takmarkanir á friðhelgi einkalífs samkvæmt 71. gr. séu rétt-lætanlegar virðast íslenskir dómstólar líta til sambærilegra skilyrða og fram koma í 2. mgr. 8. gr. MSE. Því verður takmörkunin að styðjast við skýra lagaheimild og stefna að réttmætu markmiði en jafnframt þarf að sýna fram á að meðalhófs hafi

149 Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 538.

150 Í þessu sambandi mætti skoða til leiðbeiningar rökstuðning MDE í máli *Odièvre gegn Frakk-landi* sem rakið var í kafla 8.3.3. að framan og fjallaði um rétt kæranda til upplýsinga um kynmóður sína sem hafði gefið hana til ættleiðingar með áskilnaði um nafnleynd. Dómur frá 13. febrúar 2003, RJD 2003-III.

151 Barnalög ásamt greinargerð, bls. 25.

verið gætt. Í H 2003 4153 voru til umfjöllunar takmarkanir á friðhelgi einkalífs samkvæmt lögum um gagnagrunn á heilbrigðissviði nr. 139/1998. Markmið laganna er að heimila gerð og starfrækslu miðlægs gagnagrunns með ópersónugreinanlegum heilsufarsupplýsingum, sem berast frá heilbrigðisstofnunum, í þeim tilgangi að auka þekkingu til þess að bæta heilsu og efla heilbrigðisþjónustu. Við meðferð skráa, annarra gagna og upplýsinga skal fylgt þeim skilyrðum sem Persónuvernd metur nauðsynleg hverju sinni. Sjúklingur getur ákveðið að upplýsingar um hann verði ekki fluttar í gagnagrunninn á heilbrigðissviði og skal hann tilkynna landlækni um þá ákvörðun sína. Í dómnum var fjallað um kröfu konu á hendur íslenska ríkinu um að ógilt yrði synjun landlæknis á beiðni hennar um að ekki yrðu færðar í gagnagrunn á heilbrigðissviði heilsufarsupplýsingar, sem skráðar hefðu verið í sjúkraskrár um látinn föður hennar. Hæstiréttur leit til þess að í sjúkraskrár væru yfirgripsmiklar upplýsingar um heilsufar manna, læknis-meðferð, sem þeir sæta, lífnaðarhætti og félagslegar aðstæður, atvinnu og fjölskylduhagi, ásamt nákvæmri tilgreiningu á því hver sá maður er sem upplýsingarnar varða. Ótvírætt var talið að ákvæði 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar tæki til slíkra upplýsinga og veitti sérhverjum manni friðhelgi um einkalíf sitt að þessu leyti. Fallist var á að svokölluð dulkóðun persónuupplýsinga í eina átt geti verið framkvæmd með slíku öryggi að nánast megi telja útilokað að lesa dulritaðar upplýsingar. Til þess yrði á hinn bóginn að líta að í lögum nr. 139/1998 væri hvergi tiltekið nánar hvaða upplýsingar úr sjúkraskrár verði að dulkóða á þennan hátt fyrir flutning þeirra í gagnagrunninn eða hvort tiltekna upplýsingar, sem komi fram í sjúkraskrár, verði ekki fluttar þangað. Segir síðan í dómnum:

Í einstaka ákvæðum laga nr. 139/1998 er ítrekað skírskotað til þess að heilsufarsupplýsingar í gagnagrunni á heilbrigðissviði eigi að verða ópersónugreinanlegar. Eins og fyrrnefndum reglum um þau atriði, sem um ræðir í 7. gr. og 10. gr. laganna, er háttað *skortir á hinn bóginn mjög á að tryggt sé nægilega með ákvæðum settra laga að þessu yfirlýsta markmiði verði náð. Vegna þeirra skyldna, sem 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar leggur samkvæmt áðursögðu á löggjafann til að tryggja friðhelgi einkalífs, getur ekki komið hér í staðinn ýmiss konar eftirlit með gerð og starfrækslu gagnagrunns á heilbrigðissviði, sem lagt er í hendur opinberra stofnana og nefnda án þess að þær hafi við ákveðnar og lögmæltar viðmiðanir að styðjast í störfum sínum. Nægir heldur ekki í þessu skyni að leggja í hendur ráðherra að setja skilmála í rekstrarleyfi eða fela öðrum handhöfum opinbers valds að setja eða samþykkja um þessi efni verklagsreglur, sem á öllum stigum geta verið breytingum háðar innan þeirra lítt afgerandi marka, sem ákvæði laga nr. 139/1998 setja.*

Af dómnum má ráða að starfræksla gagnagrunnsins sem slíks verði ekki talin andstæð 71. gr. stjkskr. Hins vegar eru strangar kröfur gerðar til þess að lögin sjálf verði að mæla fyrir um þau skilyrði sem starfrækslunni eru sett. Það var þannig

talið brjóta gegn 71. gr. stjórnarskrárinnar að fela framkvæmdarvaldshöfum að setja nánari reglur um svo mikilvæg atriði er tengjast friðhelgi manna til einkalífs.

8.9.4. Foreldrar og börn

Í löggjöf eru ýmis ákvæði sem stefna að því að vernda réttindi barna og veita stjórnvöldum heimildir til þess að hafa afskipti af fjölskyldulífi og heimili verði talið að velferð barns sé í hættu. Í þessu sambandi má einnig benda á að stjórnarskráin leggur þær skyldur á löggjafann í 3. mgr. 76. gr. að tryggja börnum með lögum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst.

Verndarákvæði af þessum toga eru einkum í barnaverndarlögum nr. 80/2002 og barnalögum nr. 76/2003. Í 2. gr. barnaverndarlaga er lýst því markmiði þeirra að tryggja að börn sem búa við óviðunandi aðstæður eða börn sem stofna heilsu sinni og þroska í hættu fái nauðsynlega aðstoð. Jafnframt segir að leitast skuli við að ná þessum markmiðum með því að styrkja fjölskyldur í uppeldishlutverki sínu og beita úrræðum til verndar einstökum börnum þegar það á við. Í VI. kafla laganna er fjallað um aðstæður sem réttlæta afskipti af börnum og ráðstafanir barnaverndaryfirvalda. Er þar byggt á því meginsjónarmiði að alvarlegustu ráðstafanir eins og taka barns af heimili samkvæmt 24. gr. laganna eða svipting forsjar samkvæmt 29. gr. verði því aðeins gerðar þegar vægari úrræði hafa verið reynd. Í 2. mgr. 29. gr. segir að kröfu um sviptingu forsjar skuli því aðeins gera að ekki sé unnt að beita öðrum og vægari úrræðum til úrbóta eða slíkar aðgerðir hafi verið reyndar án viðunandi árangurs. Ítarleg ákvæði eru í lögunum um málsmeðferð sem stefna að því að vernda rétt foreldra til að koma að sjónarmiðum sínum auk þess að úrræði sem gripið er til án samþykkis foreldra séu tímabundnar.

Í H 2002 3424 voru til umfjöllunar valdheimildir stjórnvalda til þess að taka barn af heimili frá föður á grundvelli 24. barnaverndarlaga. Höfðu félagsmálayfirvöld farið inn á heimili, að beiðni dansks kjöræðismanns sem gætti hagsmuna danskrar móður barnsins. Í málinu lá fyrir að ekkert amaði að barninu hjá föðurnum. Taldi dómurinn að ekki hefði verið sýnt fram á að nauðsyn hefði borið til að taka barnið af heimilinu með vísan til 24. gr. þágildandi barnaverndarlaga nr. 58/1992. Sú aðgerð, að fara inn á heimilið til þess að ná í barnið án undangenginnar könnunar á öllum aðstæðum, var því ekki talin eiga sér lagastöð, en móðir barnsins hefði átt að leita til héraðsdómara með beiðni um að forsja yrði komið á með aðfarargerð samkvæmt ákvæðum barnalaga. Með því að tveir fulltrúar félagsmálanefndar höfðu komið fram sem stjórnvald er þeir fengu inngöngu á heimili föður barnsins fóru aðgerðir þeirra fram í skjóli valdheimildar, sem ekki var fyrir hendi. Segir síðan í dómnum:

Ríkar kröfur verður að gera til þeirra, sem gegna opinberum störfum, um að sýna fyllstu aðgæslu við störf sín og kanna mál til hlítar, áður en gripið er til aðgerða. Verður að telja, að framangreind háttsemi stefndu hafi falið í sér brot gegn 1. mgr.

71. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu og 8. gr. samnings um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu.

Í barnalögum nr. 76/2003 eru reglur um forsjá barna og umgengnisrétt, úrlausn deilumála um þessi efni og um þvingunarúrræði til að fylgja eftir ákvörðunum. Eins og endranær ber við slíkar ákvarðanir að byggja á því hvað barninu sjálfu er fyrir bestu. Í 47. gr. laganna er fjallað um úrskurði sýslumanns um umgengni og er þar vísað til þessarar grundvallarreglu. Samkvæmt 7. mgr. 47. gr. getur sýslumaður ákveðið að umgengnisréttar njóti ekki við ef sérstök atvik valda því að umgengni barns við foreldri sé andstæð hag og þörfum barnsins. Í *H 1993 226* var fjallað um sviptingu umgengnisréttar kynföður við dóttur sína sem hafði verið í fóstri á grundvelli barnaverndarlaga. Féllust dómstólar á að réttindi barnsins yrðu að vega þyngra en réttur föðursins, með eftirfarandi rökstuðningi:

Sýnt er, að umgengni áfrýjanda við barn sitt hefur skapað mjög erfiðar aðstæður, sem ekki reyndist unnt að færa til betra horfs þrátt fyrir ítrekaðar tilraunir barnaverndaryfirvalda. Þá er leitt í ljós, að barnið sýndi ekki beinan vilja til þess að umgangast föður sinn á þann hátt, sem hann krafðist. Leiddi þetta til mikillar spennu og erfiðleika í fjölskyldulífi barnsins á heimili fósturforeldra þess. *Var því svo komið, að velja varð á milli þess, hvort ætti að vera þyngra á metum, hagsmunir barns eða föður.*

Þegar þetta er virt og hafður í huga *tilgangur með vistun barns í varanlegt fóstur*, verður að telja, að svo veigamikil rök hafi legið til úrskurðar stefnda barnaverndarráðs, sem var vandlega undirbúinn og studdur sérfræðilegum álitsgerðum, að hann skuli vera óraskaður.¹⁵²

Þótt dómurinn hafi gengið áður en 71. gr. kom inn í stjórnarskrá í núverandi mynd er ljóst að sjónarmið sem hann byggir á eru mjög sambærileg því sem sjá má í nýrri dómum sem byggjast einkum á meðalhófsreglu.¹⁵³

8.9.5. Útlendingalög og vernd fjölskyldulífs

Eins og fram kom í kafla 8.4.3. að framan fjallar vaxandi hluti kærumála fyrir Mannréttindadómstólnum um brot á 8. gr. MSE um það hvort eða að hvaða marki ákvæðið verndi rétt útlendinga til að koma til aðildarríkja til að sameinast fjölskyldum sínum eða um skordur-við brottvísun þeirra. Útlendingar hafa engan sjálfstæðan rétt samkvæmt stjórnarskránni eða almennum lögum til að koma hingað til lands. Er þetta í samræmi við meginregluna um óskoraðan yfirráðarétt ríkis yfir

¹⁵² Eins og rakið var að framan í kafla 8.4. var þessi niðurstaða kærð til Mannréttindanefndar Evrópu á þeim grundvelli að brotið hefði verið gegn 8. gr. MSE. Nefndin vísaði málinu frá, sbr. ákvörðun frá 11. janúar 1994 í máli nr. 22597/93.

¹⁵³ Sjá einnig sjónarmið um skýringu 3. mgr. 71. gr. í *H 1996 3575* varðandi *brýna nauðsyn* á takmörkunum á friðhelgi einkalífs vegna réttinda barna.

landi sínu og er það á forræði hvers ríkis að ákvarða heimildir útlendinga til að koma til og dvelja á yfirráðasvæði þess.¹⁵⁴ Í 2. mgr. 66. gr. stjkskr. er hins vegar mælt fyrir um að *með lögum* skuli skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hverjar sakir sé hægt að vísa þeim úr landi. Ítarlegar reglur um þessi atriði er að finna í lögum um útlendinga nr. 96/2002. Taka lögin að mörgu leyti mið af útlendingalöggjöf í nágrannalöndunum, en einnig ber að hafa í huga að sérreglur gilda samkvæmt VI. kafla laganna um heimildir útlendinga sem falla undir reglur EES-samningsins auk sérstakra reglna sem gilda um afnám landamæraeftirlits á milli ríkja í Schengen-samstarfinu sem Ísland á aðild að.

Í III. kafla laganna um útlendinga er fjallað um dvöl og búsetu og eru skilyrði dvalarleyfis rakin í 11. gr. Í 13. gr. laganna er sérstakt ákvæði um dvalarleyfi fyrir nánustu aðstandendur útlendinga sem hér dvelst löglega. Er hugtakið *nánustu aðstandendur* skilgreint í ákvæðinu, en með því er átt við maka, sambúðarmaka og samvistarmaka eldri en 24 ára, niðja yngri en 18 ára sem eru á framfæri viðkomandi og ættmenni hans eða maka að feðgatali eldri en 66 ára á þeirra framfæri. Þá eru í 3. gr. heimildir til þess að bregðast við grun um misnotkun þessa ákvæða. Ef rökstuddur grunur er um að til hjúskapar hafi verið stofnað í þeim tilgangi einum að afla dvalarleyfis, og ekki er sýnt fram á annað með óbyggjandi hætti, veitir hann ekki rétt til dvalarleyfis. Sama gildir ef rökstuddur grunur er um að ekki hafi verið stofnað til hjúskapar með vilja beggja hjóna.

Af ákvæðum útlendingalaganna má ráða að réttur útlendinga til að sameinast fjölskyldu sinni hér á landi sé tryggður en þó séu honum settar ákveðnar takmarkanir sem eru nánar tilgreindar í lögnum. Ekki hefur enn komið til kasta íslenskra dómstóla að skera úr um hvort eða að hvaða marki 71. gr. stjkskr. verndar þennan rétt sérstaklega eða hvort takmarkanir á réttindum ganga of langt. Augljóslega geta margvísleg álitafni sprottið upp um það hvort lögin tryggi þennan rétt nægilega, eins og reynslan sýnir af þeim fjölbreytilegu kæruefnum sem borist hafa Mannréttindadómstól Evrópu á þessu sviði á undanförunum tveimur áratugum. Er ekki ólíklegt að á þetta reyni hér á landi á komandi árum samfara stóruáttum flutningi útlendinga hingað til lands og jafnframt því fjölgun hælisleitenda, en þeir síðarnefndu njóta sérstakrar réttarstöðu samkvæmt VII. kafla laganna sem byggir á ákvæðum samnings um stöðu flóttamanna frá 28. júlí 1951 og viðauka við hann frá 31. janúar 1967.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Sjá um þetta m.a. álit umboðsmanns Alþingis frá 29. desember 2003 (mál nr. 3820/2003), SUA 2003:223.

¹⁵⁵ Í álit umboðsmanns Alþingis frá 16. maí 2001 (mál nr. 3137/2000), SUA 2001:225, frá gildistíð eldri laga um útlendinga 45/1965 vakti umboðsmaður m.a. athygli á því að vegna hjúskaparstöðu hælisleitanda kynni við úrlausn á réttarstöðu hans að vera nauðsynlegt að hafa til hliðsjónar þau sjónarmið um friðhelgi fjölskyldunnar sem yrðu leidd af fyrirætlunum 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. laga nr. 62/1994.

8.9.6. Rannsóknaraðgerðir lögreglu og annarra stjórnvalda

Samkvæmt 2. mgr. 71. gr. stjkskr. er aðeins heimilt að gera líkamsrannsókn og leit á manni, leit í húsakynnum hans eða munum að fyrir liggi dómsúrskurður eða sérstök lagaheimild standi til þess. Það sama gildir um rannsókn á bréfaskiptum og öðrum tjáskiptum manna sem talin eru í ákvæðinu.

Hér reynir fyrst og fremst á ýmsar þvingunaraðgerðir sem lögregla framkvæmir í þágu rannsóknar opinbers máls. Mikilvægustu heimildir til þeirra takmarkana sem taldar eru í 2. mgr. 71. gr. er að finna í X. og XI. kafla oml. sem fjalla um hald, leit o.fl. Þegar rætt er um að þessar aðgerðir fari ekki fram nema samkvæmt dómsúrskurði eða sérstakri lagaheimild er átt við að dómsúrskurð þurfi jafnan til þessara athafna nema sérstök undantekning sé gerð þar frá í lögum.¹⁵⁶ Þá mælir 75. gr. laganna fyrir um að bera megi undir dómara ágreining um lögmæti rannsóknarathafna lögreglu eða ákæranda.

Í 78. oml. er veitt almenn heimild til haldlagningar á munum, þar með talið á skjölum, án þess að dómsúrskurðar sé þörf, en í 79. gr. er sérregla um að vörsluhafa munar sé tryggður réttur til að bera haldlagningu undir dóm, án þess þó að slíkt fresti haldlagningunni. Sérreglur gilda samkvæmt 80. gr. um haldlagningu bréfa, símskeyta og annarra sendinga sem eru í vörslum Pósts og síma. Ef rannsaka á efni slíkra sendinga svo og ef leggja á hald á prentað mál til undirbúnings upptöku samkvæmt ákvæðum prentlaga er dómsúrskurðar þörf.

Samkvæmt a- og c-lið 86. gr. oml. er lögreglu heimilt í þágu rannsóknar að hlusta á eða taka upp símtöl við tiltekinn síma svo og að taka upp samtöl milli manna eða taka myndir af mönnum án vitundar þeirra. Samkvæmt 87. gr. oml. þarf ávallt úrskurð dómara til þessara aðgerða. Samkvæmt b-lið 86. gr. er lögreglu heimilt að fá upplýsingar hjá síma- eða fjarskiptafyrirtækjum um símtöl eða fjarskipti við tiltekinn síma eða fjarskiptatæki.¹⁵⁷ Er dómsúrskurðar þá ekki þörf ef umráðamaður þess samþykkir þessar aðgerðir sbr. 1. mgr. 87. gr. Dómstólar gera strangar kröfur til þess að lagaheimildunum verði ekki beitt nema rökstuddur grunur sé fyrir hendi um að *tiltekinn* sími eða fjarskiptatæki hafi verið notuð í tengslum við refsivert brot eins og staðfest var í dómi Hæstaréttar í *H 2001 1339* þar sem sagði:

Við úrlausn málsins verður að leggja til grundvallar að heimildum til að beita rannsóknarræðum samkvæmt 86. gr. og 87. gr. laga nr. 19/1991 eru settar þröngar

skorður vegna tillits til friðhelgi einkalífs manna, sbr. 71. gr. stjórnarskrárinnar. Með kröfu sóknaraðila er gengið lengra en rúmast innan þessara heimilda og verður henni því hafnað.

Aðgerðir sem taldar eru í 86. gr. oml. mega aðeins fara fram samkvæmt 87. gr. laganna ef ástæða er til að ætla að upplýsingar, sem skipt geta verulegu máli fyrir rannsókn máls fáist með þeim hætti. Auk þess er gerð krafa um að rannsókn beinist að broti sem varðað getur að lögum átta ára fangelsi eða ríkir almannahagsmunir eða einkahagsmunir krefjist aðgerðarinnar, en segja má að síðarnefndi valkosturinn dragi nokkuð úr fyrirsjáanleika þess við hvaða aðstæður verður gripið til aðgerða af þessum toga. Jafnframt er dómstólum hér veitt mikið svigrúm til þess að meta hvenær ríkir hagsmunir eru til staðar. Á hinn bóginn er tryggt samkvæmt niðurlagi 1. mgr. 87. gr. að þessum aðgerðum sé fyrirfram markaður tími í dómsúrskurði og ákvörðun um það er því ekki í höndum lögreglunnar. Þótt aðgerð af þessu tagi fari eðli málsins samkvæmt fram með leynd skal þeim sem hún beinist að tilkynnt um hana þegar henni er lokið samkvæmt 2. mgr. 88. gr. Ákvæðið tiltekur ekki afdráttarlaus tímamörk en úrskurð skal birta svo fljótt sem verða má eftir lok aðgerðar, þó þannig að það skaði ekki frekari rannsókn málsins. Í framkvæmd virðist sem skyldu þessari sé lítið eða ekki sinnt af hálfu lögreglu. Ein ástæða þess að sérstaklega vandmeðfarið er að sinna skyldunni er að þeir sem slíkar aðgerðir beinast að eru gjarnan áfram undir grun eftir að þeim lýkur og þær eru í mörgum tilvikum framlengdar með nýjum úrskurði. Með því að tilkynna um símhlerun lögreglu eftir að henni lýkur gæti það dregið verulega úr árangri slíks rannsóknarræðis síðar gagnvart sama einstaklingi. Á hinn bóginn má halda því fram að réttaröryggi verði stefnt í hættu með því að fylgja ekki eftir fyrirmælum 2. mgr. 88. gr. opl.¹⁵⁸

Í ákvæðum oml. um húsleit í 89.–91. gr. og leit og líkamsrannsókn á manni í 93. og 94. gr. er byggt á þeirri meginreglu að dómsúrskurðar sé þörf til aðgerðanna nema sá sem í hlut á samþykki. Sú undantekning er þó gerð að aðgerðir geti farið fram án samþykkis eða úrskurðar ef hættu er á að bið eftir honum valdi sakarspjöllum. Loks er í 96. gr. oml. vísað til þess að haldast skuli sérákvæði í lögum um húsleit og líkamsleit, svo og um líkamsrannsóknir. Sem dæmi um slík sérákvæði má nefna 43.–45. gr. tollalaga nr. 55/1987 þar sem fjallað er um heimildir tollgæslumanna til að gera leit og líkamsrannsókn á mönnum og skoðun á vörum sem koma til landsins.

Í framkvæmd dómstóla má finna nokkur dæmi þess að reynt hafi á 71. gr. stjórnarskrárinnar í málum sem fjalla um haldlagningu, leit og tengdar rannsóknaraðgerðir. Getur þá ráðið úrslitum hvort lögregla eða annað stjórnvald hefur gengið of langt í aðgerðum sínum og hvort brotið hafi verið gegn meðalhófsreglu 12. gr.

158 Skýrsla um sérstakar rannsóknaraðferðir lögreglu, bls. 25.

156 Gunnar G. Schram, bls. 541.

157 Fyrir breytingar sem gerðar voru á 86. gr. oml. með lögum nr. 86/2004 kvað b-liður á um heimild til að fá upplýsingar hjá *yfirvöldum*. Álitaefni sköpuðust um það hvemig bæri að skilja orðið *yfirvöld* og hvort einkafyrirtæki sem veita fjarskiptabjónustu væru undanþegin skyldu til að afhenda upplýsingar samkvæmt b-lið 86. gr. Í *H 1998 3740* var tekið af skarið um að lagakvæðið gildi jafnt í báðum tilvikum. Var til þess vísað að við setningu oml. árið 1992 hafi það ekki verið á færi annarra en yfirvalda að veita upplýsingar af umræddum toga en á því hefðu orðið breytingar. Því var b-lið 86. gr. beitt með lögjöfnun um einkafyrirtæki. Sama niðurstaða um þetta álitaefni varð í dómi *H 2002 549* en eftir fyrrgreindar lagabreytingar er orðalag ákvæðisins nú skýrt um þetta atriði.

stjórnsýslulaga nr. 37/1993.¹⁵⁹ Í dómi Hæstaréttar í H 2001 1188 var deilt um þá framkvæmd tollstjórans í Reykjavík að opna allar bókasendingar frá öðrum löndum í því skyni að nálgast vörureikninga svo ákveða mætti virðisaukaskatt af vör- unni. Í málinu vógust á réttur stefnanda til friðhelgi einkalífs og sjónarmið um skilvirka skattheimtu eins og sjá má af eftirfarandi ummælum í dómnum:

Ótvírætt er, að stefndi hefur víðtæka heimild samkvæmt 1. mgr. 45. gr. tollalaga til að skoða og rannsaka hvers konar varning, sem til landsins er fluttur. Tilgangur tollmeðferðar innflutningsvara hlýtur annars vegar að vera sá að koma í veg fyrir ólögmætan innflutning og hins vegar að tryggja rétta álagningu og skil aðflutningsgjalda lögum samkvæmt. Þessu valdi tollgæslunnar verða þó sett mál- efnaleg mörk, er dregin verða af ákvæðum stjórnarskrár og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar auk annarra laga um réttarstöðu borgaranna. [...]

Af hálfu stefnda hefur hin umdeilda tollmeðferð á bókasendingum frá öðrum löndum einkum verið réttlætt með því, að ríka nauðsyn beri til skilvirkrar innheimtu virðisaukaskatts af innfluttum varningi, en virðisaukaskattur sé ein helsta tekjulind ríkissjóðs og varði örugg innheimta hans efnahagslega velsæld þjóðarinnar. [...]

Af þessu er ljóst, að skattheimtusjónarmið hafa aðallega ráðið þeirri tollframkvæmd, sem hér um ræðir. Póstsendingar til manna hér á landi frá öðrum löndum falla undir ákvæði 71. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi einkalífs og eiga viðtakendur þeirra að öðru jöfnu rétt á því, að aðrir menn fái ekki án þeirra samþykkis vitneskju um innihaldið. Afskipti af póstsendingum verða því að eiga sér skýra og ótvíræða lagastöð og ríka réttlættingu. Engu skiptir, þótt mönnum kunnir að falla slík framkvæmd og hér um ræðir misvel í geð og sumum standi á sama um hana. Aðferðin sem slík er til þess fallin að þrengja að friðhelgi einkalífs og nægir það ekki eitt út af fyrir sig, að starfsmenn við tollgæslu séu bundnir þagnarskyldu. Þótt stefndi hafi rúmar heimildir að lögum til skoðunar á innfluttum varningi hefur hann ekki sýnt fram á það við þessar aðstæður, að nauðsynlegt hafi verið að opna reglubundið og fyrirvaralaust póstsendingar að utan að viðtakendum fornspurdum til að ná því lögmæta markmiði að innheimta aðflutningsgjöld og ekki hafi verið kostur á öðrum aðferðum í því skyni. Að öllu þessu virtu þykir stefndi með þeirri tollframkvæmd, sem áfrýjandi ber brögður á, hafa gengið í berhögð við einkalífsvemd stjórnarskrárinnar auk meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins.

Þá skoða dómstólar valdbeitingarheimildir lögreglunnar í ljósi umfangs rannsóknaraðgerða sem skerða réttindi samkvæmt 1. mgr. 71. gr. stjkskr. Slíkt álitafni var uppi í H 2002 1639 og H 2002 1652. Deilt var um hvort lögregla hefði gætt meðalhófs í aðgerðum sínum við framkvæmd húsleitar og haldlagningar á gögnum hjá tveimur olufélögum á grundvelli dómsúrskurðar sem gekk að kröfu Samkeppnisstofnunar. Af hálfu fyrirtækjanna var sérstaklega deilt á lögmæti haldlagn-

159 Björg Thorarensen: „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“, *Lögberg, rit Lögastofnunar Háskóla Íslands*, bls. 59–60.

ingar lögreglu á gögnum, þ.m.t. rafræn afrit af verulegum og ótilgreindum fjölda skjala sem vistuð voru á tölvutæku formi, ýmist í miðlægum kerfum eða einstökum útstöðvum starfsmanna. Meðal þeirra gagna voru persónuleg skjöl starfsmanna sem ýmist voru vistuð sem tölvupóstur, ritvinnsluskjöl eða töflureiknisskjöl. Var því haldið fram að brotið hefði verið gegn reglum 1. mgr. 78. gr. oml. um framkvæmd húsleitar og auk þess hefði verið brotið gegn lögfestum og ólögfestum reglum um meðalhóf. Með þessari framkvæmd haldlagningar hefði verið brotið gegn friðhelgi einkalífs þeirra starfsmanna sem áttu í hlut, en þau réttindi væru vernduð af 71. gr. stjórnarskrárinnar. Um það hvort hófs hefði verið gætt í beitingu úræðisins sagði í dómi Hæstaréttar:

Við framkvæmd rannsóknar á skrifstofum varnaraðila afritaði sóknaraðili meðal annars verulegan fjölda tölvutækra gagna án þess að athuga nánar efni þeirra þá þegar. Þótt ætla verði að sóknaraðili hafi með þessu tekið í vörslur sínar mikið af gögnum, sem geta ekki varðað rannsókn hans, verður ekki horft fram hjá því að athugun allra tölvutækra gagna á vettvangi hefði bersýnilega tekið langan tíma og truflað mjög starfsemi varnaraðila. Að þessu gættu er ekki unnt að líta svo á að aðgerðir sóknaraðila hafi farið úr hófi, enda helgaðist heimild hans til húsleitar af því að á skrifstofum varnaraðila kynni að mega finna gögn, sem vörðuðu rannsókn hans, þar á meðal í tölvutæku formi.

Samkvæmt þessu varð það niðurstaða dómsins að ekki hefði verið farið út fyrir heimilar takmarkanir á réttindum sem vernduð væru af 71. gr. stjkskr.¹⁶⁰

160 Svipað álitafni um umfang rannsóknaraðgerða skatranssóknarstjóra komu til skoðunar í dómi Hæstaréttar frá 19. janúar 2004 í máli nr. 487/2003. Var ekki talið að brotið hefði verið gegn 71. gr. stjkskr.

Mannréttindasáttmáli Evrópu

Meginreglur, framkvæmd og
áhrif á íslenskan rétt

RITSTJÓRN

Björg Thorarensen
Davíð Þór Björgvinsson
Guðrún Gauksdóttir
Hjördís Björk Hákonardóttir



Mannréttindastofnun Háskóla Íslands
Lagadeild Háskólans í Reykjavík

REYKJAVÍK 2005