



**คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ
หรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ**

เดือนมิถุนายน ๒๕๖๗

**กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ**

คำนำ

สำหรับเอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ ประจำเดือนมิถุนายน ๒๕๖๗ กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าสนใจ มานำเสนอ อาทิ กรณีการให้สถานะเพศที่สามกับกลุ่มคนข้ามเพศ (Transgender community) และการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดีย กรณีการรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (in vitro fertilization) ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก กรณีการช่วยเหลือเพื่อกระทำอวัยวะบริจาคในทุกรูปแบบขัดต่อสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย และกรณีการใช้สิทธิในการตอบโต้ข้อกล่าวหาผ่านสื่อมวลชนของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศฉบับนี้ จะเป็นแหล่งข้อมูลพื้นฐานที่ทำให้ทุกท่านได้ทราบถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของประเทศไทย รวมถึงเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและในการปฏิบัติงานต่อไป

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
มิถุนายน ๒๕๖๗

สารบัญ

หน้า

๑. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดีย
คำวินิจฉัยที่ AIR 2014 SC 1863 ลงวันที่ ๑๕ เมษายน ๒๕๕๗ (ค.ศ. ๒๐๑๔)
กรณีการให้สถานะเพศที่สามกับกลุ่มคนข้ามเพศ (Transgender community)
และการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ
๒. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก
คำวินิจฉัยที่ I. ÚS 1099/18 วันที่ ๘ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ (ค.ศ. ๒๐๑๘)
กรณีการรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (in vitro fertilization)
๓. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย
คำวินิจฉัยที่ G 139/2019-71 วันที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)
กรณีการช่วยเหลือเพื่อกระทำอัตวินิบาตกรรมในทุกรูปแบบขัดต่อสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง
๔. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย
คำวินิจฉัยที่ AUT-2023-1-001 ลงวันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๖๖
กรณีการใช้สิทธิในการตอบโต้ข้อกล่าวหาผ่านสื่อมวลชน

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดีย
คำวินิจฉัยที่ AIR 2014 SC 1863 ลงวันที่ ๑๕ เมษายน ๒๕๕๗ (ค.ศ. ๒๐๑๔)
กรณีการให้สถานะเพศที่สามกับกลุ่มคนข้ามเพศ (Transgender community)
และการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

นายกิตติภพ ทองศักดิ์
 คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดีย (The Supreme Court of India) ได้พิจารณาคำร้องของคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านกฎหมายแห่งชาติ (National Legal Services Authority: NALSA) สมาคมสงเคราะห์สตรี ปูจยา มาตา นาซิบ กอร์ จี (Poojaya Mata Nasib Kaur Ji Women Welfare Society) และลักษมี นารายัน ตริปาที (Luxmi Narayan Tripathy) หนึ่งในสมาชิกของกลุ่มฮิจระ (Hijras) ที่เรียกร้องให้มีการยอมรับอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มคนข้ามเพศทั้งในทางกฎหมายและทางสังคม โดยระบุว่า การไม่ให้การยอมรับต่ออัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มคนข้ามเพศนั้น ถือเป็นการละเมิดมาตรา ๑๔ และมาตรา ๒๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินเดีย และต้องการให้บุคคลข้ามเพศเหล่านี้อยู่ในสถานะเพศที่สาม ซึ่งจะได้รับสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด รวมไปถึงได้รับการปฏิบัติดูแลจากรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น ทั้งนี้ ศาลสูงสุดได้พิพากษาให้การรับรองกลุ่มคนข้ามเพศ (Transgender Community: TG Community) ให้มีสถานะเพศที่สาม (Third gender) ซึ่งจะได้รับสิทธิอันพึงมีตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินเดีย รวมถึงสั่งการให้รัฐบาลในสหภาพแห่งอินเดีย (Union of India) เป็นผู้รับผิดชอบโดยตรง และมีการจัดสรรดูแลบุคคลเหล่านี้อย่างจริงจัง

๒. สรุปข้อเท็จจริง

เมื่อวันที่ ๑๔ เมษายน พ.ศ. ๒๕๕๗ ศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดีย ได้พิจารณาคำร้องเลขที่ 400 of 2012 ของนายศรี ราจู รามจันทร์ (Shri Raju Ramachandran) ตัวแทนของคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านกฎหมายแห่งชาติ (National Legal Services Authority: NALSA) และคำร้องเลขที่ No. 604 of 2013 ของสมาคมสงเคราะห์สตรี ปูจยา มาตา นาซิบ กอร์ จี (Poojaya Mata Nasib Kaur Ji Women Welfare Society) รวมไปถึงข้อร้องเรียนของลักษมี นารายัน ตริปาที (Luxmi Narayan Tripathy) ที่เรียกร้องความชอบธรรมในสิทธิให้กับกลุ่มฮิจระ (Hijras) และกลุ่มกินนาระ (Kinnars) โดยต้องการให้มีการรับรองสถานะเพศที่สามให้กับกลุ่มคนข้ามเพศ หรือ Transgender Community: TG Community ซึ่งจะมีผลให้กลุ่มคนข้ามเพศ ได้รับสิทธิและการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ คำร้องระบุว่า การไม่ยอมรับอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มคนข้ามเพศนั้น เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๔ และมาตรา ๒๑ ซึ่งมีนัยยะกล่าวถึงหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่ว่าในสังคมของอินเดีย กลุ่มคนข้ามเพศ ได้รับการ

ปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมราวกับเป็นคนนอกของสังคมและวัฒนธรรม ซึ่งรวมไปถึงการถูกกีดกันสิทธิอันพึงจะได้รับในฐานะพลเมืองอินเดีย

กลุ่มคนข้ามเพศ (TG Community) เป็นคำเรียกกลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกและพฤติกรรมทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด โดยอาจหมายรวมถึงผู้ที่มีภาวะเพศกำกวม (Intersexuality) หรือผู้ที่มีอวัยวะเพศของทั้งสองเพศในคนเดียวกัน และผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ (Sex Re-Assignment Surgery: SRS) มาเรียบร้อยแล้ว ซึ่งกลุ่มคนข้ามเพศในสังคมอินเดียนั้นสามารถจำแนกออกได้เป็นหลายกลุ่ม ตัวอย่างเช่น ฮิจระ (Hijras) บัณเฑาะก์ (Eunuchs) โกธิ (Kothis) อราวีณี (Aravanis) โยคัปปา (Jogappas) ศิว-ศักติ (Shiv-Shaktis) เป็นต้น โดยตามข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ กลุ่มคนข้ามเพศเหล่านี้เป็นกลุ่มที่มีการปรากฏอยู่ในประวัติศาสตร์ของอินเดียอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในปรกรณ์ฮินดู เช่น คัมภีร์พระเวท คัมภีร์ปุราณะ หรือคัมภีร์ทางเพศอย่างกามาสูตรา (Kamasutra) อีกทั้งยังปรากฏในคัมภีร์ศาสนาอื่น ๆ เช่น พุทธศาสนา ศาสนาเชน รวมถึงมีบทบาทสำคัญในราชสำนักอิสลามในสมัยของราชวงศ์โมกุล (Mughal's era) ในฐานะคนรับใช้ในสถานที่หวงห้ามอย่างฮาเร็ม (Harem) ด้วย

ในทางประวัติศาสตร์ ฮิจระ ปรากฏอยู่ในมหากาพย์รามายณะ (Ramayana) โดยได้รับพรจากพระราม (Lord Rama) ให้มีอำนาจในการให้พรผู้คนในโอกาสมงคลต่าง ๆ เช่น การคลอดบุตรหรือการแต่งงาน หรือกลุ่มอราวีณีในรัฐทมิฬนาฑูร์ ซึ่งเชื่อว่าตนสืบเชื้อสายมาจากบุตรชายของอรชุน (Arjuna) อย่างอราวีณ (Aravan) ในมหากาพย์มหาภารตะ (Mahabharata) ที่ได้สมรสกับร่างนารายณ์อวตารลงมาเป็นนางโมหิณี (Mohini) ก่อนสังเวทตนเองให้กับพระแม่กาลี (Goddess Kali) เพื่อเป็นหลักประกันชัยชนะให้กับฝ่ายปาณฑพในสงครามทุ่งกุรุเกษตร (Kurukshetra War) โดยจะเห็นได้ว่า กลุ่มคนข้ามเพศเหล่านี้มีการถูกพูดถึงในแง่ของการเป็นที่เคารพศรัทธาในเชิงศาสนาของสังคมอินเดียมาตลอดหลายศตวรรษ

แต่เมื่อถึงศตวรรษที่ ๑๙ อินเดียตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ ฮิจระ และกลุ่มคนข้ามเพศอื่น ๆ ได้ถูกกีดกันออกจากสิทธิในการเป็นพลเมือง และมีความผิดตามกฎหมาย ด้วยเหตุผลว่าเป็นการขัดต่อกฎของธรรมชาติ (against the law of nature) รวมถึงการมาของแนวคิดแบบคริสเตียน ทำให้กลุ่มคนข้ามเพศเหล่านี้ถูกจัดให้อยู่ในหมวดหมู่ของชนเผ่า (Tribes) หรือชนชั้นที่แปลกแยกออกไปจากสังคมอินเดีย ด้วยความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ทำให้มีการกำหนดบรรทัดฐานทางเพศขึ้นมา โดยระบุถึงเพศที่ปกติจะมีเพียงแค่เพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ซึ่งกลุ่มรักร่วมเพศ (Homosexual) จะถูกจัดอยู่ในประเภทที่ไม่ปกติและผิดกฎหมาย ซึ่งหมายความว่ากลุ่มคนข้ามเพศเหล่านี้จะมีสถานะเป็นอาชญากรในความผิดที่ขัดต่อกฎของธรรมชาติ โดยระบุชัดเจนในประมวลกฎหมายของอินเดีย (The Indian Penal Code) ปี ๑๘๖๐ มาตรา ๓๗๗ ซึ่งระบุความผิดกลุ่มรักร่วมเพศไว้ว่า นอกเหนือจากการขัดต่อกฎของธรรมชาติแล้ว ยังเป็นสิ่งที่ไม่มีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นบาปมหันต์ (unholy and sinful) ซึ่งมาตราดังกล่าวได้ถูกใช้บังคับมาตลอดร่วมศตวรรษ และฝังรากลึกลงในฐานคิดทางสังคม ทำให้กลุ่มคนข้ามเพศ ไม่ได้รับสิทธิของพลเมืองอันพึงมีตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมไปถึงการไม่ได้รับสิทธิในการเลือกตั้งด้วย

ผู้ร้องและคณะยังระบุว่า มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและคุ้มครองความต้องการของกลุ่มคนข้ามเพศ ยังคงขาดหายไปอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญหลายประการ โดยเฉพาะในเรื่องของสิทธิในชีวิตและเสรีภาพ (the right to life and freedom) สิทธิในการแสดงออกอย่างเสรี (the right to freedom of expression) และสิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ (the right to discrimination) โดยผู้ร้องระบุว่า มาตรา ๑๔ ของรัฐธรรมนูญได้ยกระดับสิทธิในความเท่าเทียม (right to equality) ซึ่งรวมไปถึงความเท่าเทียมในทางกฎหมายด้วย (equality before law) ซึ่งผู้ร้องระบุว่า หากพิจารณาในตัวบทบัญญัติก็จะสามารถนำไปใช้ปกป้องกลุ่มคนข้ามเพศจากการถูกเลือกปฏิบัติได้ ในขณะเดียวกัน มาตรา ๑๕ ยังให้ความสำคัญกับการได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ อันเนื่องมาจากความแตกต่างทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ซึ่งรวมไปถึงการคุ้มครองในสถานที่สาธารณะต่าง ๆ เช่น โรงพยาบาล รถโดยสารสาธารณะ เป็นต้น

นอกจากนี้ มาตรา ๑๖ ระบุถึงสิทธิของพลเมืองที่จะได้รับการจ้างงานโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากความแตกต่างทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ โดยจะเห็นได้ว่า การไม่ยอมรับกลุ่มคนข้ามเพศในสถานะเพศที่สาม ทำให้กลุ่มคนข้ามเพศ ไม่สามารถได้รับการจ้างงานได้ ซึ่งผู้ร้องได้ยกประเด็นในมาตรานี้ว่า การไม่รับรองสถานะเพศที่สามให้กับกลุ่มคนข้ามเพศ ทำให้กลุ่มบุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับการจ้างงาน อันเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๖ อีกด้วย แต่ในทางกลับกัน มาตรา ๑๙ ของรัฐธรรมนูญ กลับยืนยันว่า พลเมืองอินเดียมีสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรี และได้รับอนุญาตให้มีการรวมกลุ่มกันอย่างถูกกฎหมาย แต่ทว่าในกลุ่มคนข้ามเพศกลับถูกลิดรอนสิทธิเหล่านั้นจากการไม่ได้ถูกยอมรับตามกฎหมาย ซึ่งรวมไปถึงไม่ได้รับสิทธิในการจัดตั้งกลุ่มในการช่วยเหลือซึ่งกันและกันอีกด้วย โดยผู้ร้องยังได้ยกประเด็นมาตรา ๒๑ ที่ระบุถึงสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองชีวิตในฐานะมนุษย์ โดยเรียกร้องให้กลุ่มคนข้ามเพศ ได้รับการยอมรับและเคารพในสิทธิของกันและกันโดยปราศจากการถูกคุกคาม

ทั้งนี้ รัฐบาลสหภาพแห่งอินเดีย (Union of India) ผู้ถูกร้อง ได้มีการโต้แย้งในเบื้องต้นว่า รัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นได้มีการจัดตั้ง คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญด้านบุคคลข้ามเพศ (Expert Committee on Relating to Transgender) โดยจะทำหน้าที่ในการศึกษาปัญหาของกลุ่มคนข้ามเพศในเชิงลึก เพื่อป้องกันการถูกเลือกปฏิบัติ และมุ่งเน้นไปที่การยกระดับคุณภาพชีวิตและการจัดสรรทรัพยากรที่ใช้ในการดำรงชีวิต ซึ่งรวมไปถึงการดูแลในเรื่องของสวัสดิการของกลุ่มคนข้ามเพศ ให้ดีขึ้นอยู่แล้ว

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญอินเดีย^๑

^๑ Constitution of India

Article 14 The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India

Article 15 (1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them.

มาตรา ๑๔ รัฐจะไม่ปฏิเสธความเท่าเทียมของบุคคลภายใต้กฎหมายหรือการคุ้มครองตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันในอาณาเขตของอินเดีย

มาตรา ๑๕ (๑) รัฐย่อมไม่เลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ วรรณะ เพศ หรือถิ่นกำเนิด หรือประการใดประการหนึ่ง

(๒) บทบัญญัติใด ๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรานี้ หรือในวรรค (๒) ของมาตรา ๒๙ ย่อมมิได้ห้ามมิให้รัฐตราบทบัญญัติพิเศษใด ๆ เพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของพลเมืองผู้ด้อยโอกาสทางสังคมและการศึกษา หรือเพื่อชนชั้นจัณฑาล และชนเผ่า

มาตรา ๑๖ (๑) พลเมืองทุกคนจะต้องมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในเรื่องของการจ้างงาน หรือตำแหน่งใด ๆ ภายในรัฐ

(๒) พลเมืองย่อมไม่เสียสิทธิหรือถูกเลือกปฏิบัติใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน หรือตำแหน่งใด ๆ ภายในรัฐ เพียงแต่ด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ วรรณะ เพศ หรือถิ่นกำเนิด หรือประการใดประการหนึ่ง

มาตรา ๑๙ (๑) พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิ

(a) เสรีภาพในทางการพูดและการแสดงความคิดเห็น

มาตรา ๒๑ บุคคลย่อมไม่ถูกลิดรอนชีวิตหรือเสรีภาพส่วนบุคคล เว้นแต่จะได้เป็นไปตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด

๓.๒ ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย พ.ศ. ๒๔๐๓ (ค.ศ. ๑๘๖๐)^๒

(2) Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.

Article 16 (1) There shall be equality of opportunity for all citizens in matters relating to employment or appointment to any office under the State.

(2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, descent, place of birth, residence or any of them, be ineligible for, or discriminated against in respect of, any employment or office under the State.

Article 19 (1) All citizens shall have the right—

(a) to freedom of speech and expression.

Article 21 No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.

^๒ The Indian Penal Code 1860

Section 377 Unnatural offences. —Whoever voluntarily has carnal intercourse against the order of nature with any man, woman or animal, shall be punished with imprisonment for life or with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, and shall also be liable to fine.

มาตรา ๓๗๗ ความผิดที่ผิดธรรมชาติ—บุคคลใดสมัครใจกระทำการร่วมประเวณีที่ผิดธรรมชาติกับชายหญิง หรือสัตว์ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือต้องระวางโทษจำคุกตามที่กำหนดระยะเวลาที่อาจขยายได้ถึงสิบปี และต้องระวางโทษปรับ

๓.๓ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)^๗

ข้อบทที่ ๖ (๑) มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ย่อมได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ

ข้อบทที่ ๗ บุคคลจะถูกทรมาน หรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีมิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บุคคลจะถูกใช้ในการทดลองทางการแพทย์หรือทางวิทยาศาสตร์โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้นมิได้

ข้อบทที่ ๑๖ บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายในทุกแห่งหน

ข้อบทที่ ๑๗ (๑) บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกหลอกล่อเกียรติยศและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้

ข้อบทที่ ๑๘ (๑) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้ย่อมหมายรวมถึงเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตน และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของตนโดยการสักการบูชา การปฏิบัติ การประกอบพิธีกรรม และการสอน ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือในชุมชนร่วมกับผู้อื่น และไม่ว่าต่อสาธารณชน หรือเป็นการส่วนตัว

^๗ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

Article 6 (1) Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

Article 7 No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

Article 16 Everyone shall have the right to recognition everywhere as a person before the law.

Article 17 (1) No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honor and reputation.

Article 18 (1) Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.

Article 19 (1) Everyone shall have the right to hold opinions without interference.

Article 26 All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

ข้อบทที่ ๑๙ (๑) บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง

ข้อบทที่ ๒๖ บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้ กฎหมายย่อมห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติและย่อมต้องคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด พื้นเพทางชาติหรือทางสังคม ทรัพย์สิน ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ

๓.๔ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน^๔

ข้อบทที่ ๒ ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ ไม่ว่าจากเหตุ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือทางสังคม ทรัพย์สิน ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่นใด นอกจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกบนพื้นฐานของสถานะทางการเมืองทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนที่บุคคลนั้นสังกัด ไม่ว่าดินแดนนั้นจะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด

^๔ Universal Declaration of Human Rights

Article 2 Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

Article 3 Everyone has the right to life, liberty and the security of person.

Article 5 No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Article 6 Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law.

Article 7 All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.

Article 19 Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

Article 23 (1) Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favorable conditions of work and to protection against unemployment.

(2) Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work.

(3) Everyone who works has the right to just and favorable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection.

(4) Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

ข้อบทที่ ๓ ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงแห่งบุคคล

ข้อบทที่ ๕ บุคคลจะถูกกระทำทรมาน หรือถูกปฏิบัติหรือถูกลงโทษโดยวิธีการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีมิได้

ข้อบทที่ ๖ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับทุกแห่งหนว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย

ข้อบทที่ ๗ ทุกคนย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน อีกทั้งยังมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติที่เป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว

ข้อบทที่ ๑๙ ทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา ได้รับ และแจ้งข้อมูลข่าวสารและข้อคิดผ่านสื่อโดยปราศจากพรมแดน

ข้อบทที่ ๒๓ (๑) ทุกคนมีสิทธิในการทำงาน ในการเลือกงานอย่างอิสระ ในเงื่อนไขที่ยุติธรรมและเอื้ออำนวยต่อการทำงาน และได้รับการคุ้มครองจากการว่างงาน

(๒) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกัน สำหรับงานที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด

(๓) ทุกคนที่ทำงานมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนที่ยุติธรรมและเพียงพอต่อการประกันความเป็นอยู่สำหรับตนเองและครอบครัวอย่างมีคุณค่า และหากจำเป็นก็จะได้รับการคุ้มครองทางสังคมในรูปแบบอื่นเพิ่มเติมด้วย

(๔) ทุกคนมีสิทธิที่จะจัดตั้งและที่จะเข้าร่วมสหภาพแรงงานเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของตน

๓.๕ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี^๔

ข้อบทที่ ๒ (๑) ให้รัฐภาคีและละรัฐดำเนินมาตรการต่างๆ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการหรือมาตรการอื่นๆ ที่มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่เป็นการทรมานในอาณาเขตใดซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน

^๔ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
Article 2 (1) Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.

(2) No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.

(3) An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.

(๒) ไม่มีพฤติการณ์พิเศษใด ไม่ว่าจะ เป็นสภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่เกิดจากสงคราม การขาด เสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ที่ยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างสำหรับการ ทรมาณได้

(๓) คำสั่งจากผู้บังคับบัญชาหรือหน่วยงานของรัฐ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างสำหรับการ ทรมาณได้

๓.๖ หลักการโยกยาการ์ตา^๖

^๖ The Yogyakarta Principles

Principle 1 The Right to the Universal Enjoyment of Human Rights

All human beings are born free and equal in dignity and rights. Human beings of all sexual orientations and gender identities are entitled to the full enjoyment of all human rights.

Principle 2 The Right to Equality and Non-discrimination

Everyone is entitled to enjoy all human rights without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity. Everyone is entitled to equality before the law and the equal protection of the law without any such discrimination whether or not the enjoyment of another human right is also affected. The law shall prohibit any such discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against any such discrimination.

Discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity includes any distinction, exclusion, restriction or preference based on sexual orientation or gender identity which has the purpose or effect of nullifying or impairing equality before the law or the equal protection of the law, or the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis, of all human rights and fundamental freedoms. Discrimination based on sexual orientation or gender identity may be, and commonly is, compounded by discrimination on other grounds including gender, race, age, religion, disability, health and economic status.

Principle 3 The Right to Recognition and Equality before the Law

Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. Persons of diverse sexual orientations and gender identities shall enjoy legal capacity in all aspects of life. Each person's self-defined sexual orientation and gender identity is integral to their personality and is one of the most basic aspects of self-determination, dignity and freedom. No one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilization or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity. No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent the legal recognition of a person's gender identity. No one shall be subjected to pressure to conceal, suppress or deny their sexual orientation or gender identity.

Principle 4 The Right to Life

Everyone has the right to life. No one shall be arbitrarily deprived of life, including by reference to considerations of sexual orientation or gender identity. The death penalty shall not be imposed on any person on the basis of consensual sexual activity among persons who are over the age of consent or on the basis of sexual orientation or gender identity.

ข้อบทที่ ๑ สิทธิในการใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล

มนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมเสรีภาพและด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิเสมอภาคกัน ไม่ว่าจะวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศแบบใด ย่อมมีสิทธิมนุษยชนอย่างครบถ้วนสมบูรณ์เช่นเดียวกัน

ข้อบทที่ ๒ สิทธิในความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติ

มนุษย์ทุกคนสมควรได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างสมบูรณ์โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ มนุษย์ทุกคนสมควรได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ไม่ว่าสิทธิมนุษยชนข้ออื่นใดจะถูกละเมิดด้วยหรือไม่ก็ตาม กฎหมายต้องบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติดังกล่าว และรับประกันความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าวอย่างได้ผลและเสมอภาคต่อมนุษย์ทุกคน

การเลือกปฏิบัติจากเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศหมายรวมถึงการแบ่งแยก การกีดกัน การยกเว้น การกีดกัน หรือการเลือกที่รักมักที่ชังโดยอาศัยเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ อันมีจุดประสงค์หรือมีผลทำให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือความคุ้มครองเสมอภาคกันโดยกฎหมาย หรือการยอมรับในการมีสิทธิ การใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานทั้งหมดอย่างสมบูรณ์ต้องหมดสิ้นหรือขาดตกบกพร่องไป การเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมักจะเกิดขึ้นพร้อมกันกับการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุอื่นๆ รวมทั้ง เพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา ความพิการ สถานะด้านสุขภาพ และฐานะทางเศรษฐกิจ

ข้อบทที่ ๓ สิทธิในการรับรองทางกฎหมาย

มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะบุคคล ในทุกแห่งหน ผู้มีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศทุกรูปแบบต้องได้รับสิทธิทางกฎหมายในทุกด้านของชีวิต วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แต่ละคนกำหนดเอง ย่อมเป็นส่วนสำคัญของบุคคลิกภาพ และเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของ

Principle 6 The Right to Privacy

Everyone, regardless of sexual orientation or gender identity, is entitled to the enjoyment of privacy without arbitrary or unlawful interference, including with regard to their family, home or correspondence as well as to protection from unlawful attacks on their honour and reputation. The right to privacy ordinarily includes the choice to disclose or not to disclose information relating to one's sexual orientation or gender identity, as well as decisions and choices regarding both one's own body and consensual sexual and other relations with others.

Principle 9 The Right to Treatment with Humanity while in Detention

Everyone deprived of liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person. Sexual orientation and gender identity are integral to each person's dignity.

Principle 18 Protection from Medical Abuses

No person may be forced to undergo any form of medical or psychological treatment, procedure, testing, or be confined to a medical facility, based on sexual orientation or gender identity. Notwithstanding any classifications to the contrary, a person's sexual orientation and gender identity are not, in and of themselves, medical conditions and are not to be treated, cured or suppressed.

การกำหนดวิถีชีวิต ศักดิ์ศรี และเสรีภาพ ห้ามมิให้มีการบีบบังคับผู้ใดให้รับกระบวนการทางการแพทย์ รวมถึงการผ่าตัดแปลงเพศ การทำหมัน หรือการรักษาด้วยฮอร์โมน เพราะเป็นเงื่อนไขเพื่อให้ได้รับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย ต้องไม่มีการนำเอาสถานะอื่น ๆ เช่น การเป็นคู่สมรส หรือบุพการี มาใช้อ้างเพื่อกีดกันมิให้อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับการรับรองตามกฎหมาย ต้องมิให้ผู้ใดถูกกดดันให้ต้องปิดบัง เก็บระงับ หรือปฏิเสธวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตน

ข้อบทที่ ๔ สิทธิในชีวิต

มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในชีวิต ต้องห้ามมิให้ผู้ใดถูกลิดรอนชีวิตโดยพลการ รวมถึงห้ามการอ้างวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้นั้นเป็นเหตุ ต้องไม่มีการลงโทษประหารชีวิตบุคคล โดยอ้างเหตุจากการมีเพศสัมพันธ์โดยยินยอมพร้อมใจระหว่างบุคคลที่มีวัยตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดอนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ หรือโดยอ้างเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้นั้น

ข้อบทที่ ๖ สิทธิในความเป็นส่วนตัว

มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะมีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นรูปแบบใด ย่อมมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยปราศจากการแทรกแซงโดยพลการ หรือโดยมิชอบ ไม่ว่าจะในครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการติดต่อสื่อสาร รวมไปถึงความคุ้มครองจากการถูกทำลายเกียรติยศและชื่อเสียง สิทธิในการความเป็นส่วนตัวโดยปกติรวมถึงสิทธิในการเลือกที่จะเปิดเผย หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตนรวมทั้งการตัดสินใจและทางเลือกเกี่ยวกับร่างกายของตนและการมีเพศสัมพันธ์โดยยินยอมพร้อมใจ หรือมีความสัมพันธ์แบบอื่นๆ กับผู้ใดก็ตาม

ข้อบทที่ ๙ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติด้วยความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว

มนุษย์ที่ถูกจำกัดเสรีภาพทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและอย่างเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล

ข้อบทที่ ๑๘ ความคุ้มครองจากการกระทำที่มีขอบทางการแพทย์

มิให้ผู้ใดถูกบังคับหรือให้รับการรักษา ทดสอบ หรือการปฏิบัติอื่นใดทางการแพทย์หรือทางจิตวิทยา หรือถูกกักกันในสถานพยาบาลโดยการอ้างเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ไม่ว่าทางการแพทย์จะมีการจัดวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศไว้ในกลุ่มใด จักต้องถือว่าวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลไม่ใช่อาการเจ็บป่วย จึงไม่ต้องได้รับการรักษา แก่ไขหรือระงับบรรเทา

๔. คำพิพากษาของศาลสูงสุด

ศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดียได้กำหนดประเด็นเบื้องต้นในการพิจารณา จำนวน ๓ ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่ ๑: อัตลักษณ์ทางเพศและรสนิยมทางเพศ (Gender Identity and Sexual Orientation)

ศาลสูงสุดได้พิจารณาในประเด็นอัตลักษณ์ทางเพศและรสนิยมทางเพศโดยระบุว่า อัตลักษณ์ทางเพศเป็นหนึ่งในองค์ประกอบพื้นฐานของชีวิต ซึ่งหมายถึงประสบการณ์ภายในของแต่ละบุคคลเกี่ยวกับความเป็นชาย-หญิง

หรือไม่ตรงกับเพศที่กำหนดในตอนแรกเกิด ซึ่งอาจจะรวมถึงความรู้สึกต่อร่างกายของตนเอง โดยอาจจะมีการปรับเปลี่ยนลักษณะทางร่างกายหรือหน้าที่ด้วยวิธีการทางการแพทย์ การผ่าตัด หรือวิธีอื่น ๆ และการแสดงออกทางเพศอื่น ๆ เช่น เสื้อผ้า การพูด และกิริยาท่าทาง ซึ่งอาจเป็นปัญหาในทางกฎหมายในเรื่องของการยอมรับอัตลักษณ์ทางเพศและการเลือกปฏิบัติโดยมีพื้นฐานจากอัตลักษณ์ทางเพศ

นอกจากนี้ ศาลสูงสุดยังได้พิจารณาในประเด็นรสนิยมทางเพศเอาไว้ด้วยว่า เป็นความตั้งใจดูใจทางร่างกายและ/หรือทางอารมณ์ที่เกิดขึ้นของบุคคลต่อผู้อื่น รสนิยมทางเพศครอบคลุมถึงบุคคลข้ามเพศและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศสภาพที่มีรสนิยมทางเพศที่ชัดเจน โดยรสนิยมทางเพศเหล่านี้ อาจเปลี่ยนแปลงหรือไม่เปลี่ยนแปลงก็ได้ เช่น กลุ่มคนรักเพศเดียวกัน (homosexuals) คนรักทั้งสองเพศ (bisexuals) คนรักเพศตรงข้าม (heterosexuals) เป็นต้น อนึ่ง อัตลักษณ์ทางเพศและรสนิยมทางเพศเป็นแนวคิดที่แตกต่างกัน รสนิยมทางเพศที่แต่ละบุคคลนิยามให้ตัวเองและอัตลักษณ์ทางเพศ ล้วนเป็นองค์ประกอบสำคัญของมนุษย์ และเป็นหนึ่งในพื้นฐานที่สำคัญของการกำหนดชะตากรรม ศักดิ์ศรี และเสรีภาพ และบุคคลไม่ควรถูกบังคับให้เข้ารับการรักษาทางการแพทย์ รวมถึงการผ่าตัดแปลงเพศ หรือการใช้ฮอร์โมนบำบัด เพื่อเป็นเงื่อนไขสำหรับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย

ทั้งนี้ ศาลสูงสุดยังได้ยกหลักความร่วมมือระหว่างประเทศในกรณีของการรับรองอัตลักษณ์และรสนิยมทางเพศมาประกอบการพิจารณาด้วย โดยระบุว่า องค์การระหว่างประเทศอย่างสหประชาชาติ (United Nations) ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการผลักดันการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของกลุ่มหลากหลายทางเพศ รวมถึงกลุ่มคนข้ามเพศ ได้มีการระบุไว้ในข้อบทที่ ๖ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) และข้อบทที่ ๑๖ ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) โดยมีใจความสำคัญว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิโดยธรรมชาติในการมีชีวิตอยู่ และสิทธิเหล่านี้จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และจะไม่มีผู้ใดถูกพรากสิทธิเหล่านั้นโดยพลการ บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการรับรองในฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมาย

อีกทั้งในข้อบทที่ ๑๗ ของกติกา ICCPR ยังระบุไว้อีกว่า บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัวยุติธรรม หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกหลอกลวงเกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ รวมไปถึงหลักการยกยอการรดา อันเป็นหลักการที่พัฒนาขึ้นเพื่อใช้กับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการละเมิดสิทธิมนุษยชนบนพื้นฐานรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งศาลสูงสุดได้ใช้หลักการดังกล่าวเป็นหลักในการพิจารณาคำร้อง

ประเด็นที่ ๒: การแปลงเพศในคำตัดสินของศาลต่างประเทศ

ศาลสูงสุดได้ยกคำตัดสินของศาลต่างประเทศในคดีที่เกี่ยวข้องเข้ามาประกอบการพิจารณา อาทิ กรณีของศาลสูงแห่งอังกฤษและเวลส์ (High Court of England and Wales) ในคดี *Corbett v. Corbett*^๗ ซึ่งเป็นการ

^๗ 2nd February 1970: *Corbett v Corbett (otherwise Ashley)* source: <https://sex-matters.org/wp-content/uploads/2023/04/Corbett-v-Corbett-judgment.pdf>

กำหนดบรรทัดฐานในคดีที่เกี่ยวกับการข้ามเพศของบุคคล โดยเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับเพศของบุคคลข้ามเพศ จากชายเป็นหญิงในกรณีของการแต่งงาน ซึ่งคำพิพากษาของศาลดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับเพศในทางชีววิทยา (Biological sex) มากกว่าเพศในทางจิตวิทยา (Psychological sex) กล่าวคือ ศาลได้ใช้การตรวจสอบลักษณะทางกายภาพ ประกอบด้วย การทดสอบทางโครโมโซม (chromosomal test) ต่อมเพศ (gonadal test) และ อวัยวะเพศ (genital test) มากกว่าอัตลักษณ์ทางเพศของแต่ละบุคคล

นอกจากนี้ ศาลสูงสุดยังได้ยกตัวอย่างคดี Attorney-General v. Otahuhu Family Court^๔ ของศาลสูงแห่งนิวซีแลนด์ในการพิจารณาด้วย ซึ่งคำพิพากษาของศาลสูงแห่งนิวซีแลนด์มีความน่าสนใจในแง่ที่ศาลได้พิจารณาคดีของกลุ่มคนข้ามเพศที่คล้ายกัน แต่คำพิพากษาค่อนข้างแตกต่างกัน โดยระบุว่าเมื่อบุคคลข้ามเพศเข้ารับการผ่าตัดแล้ว บุคคลนั้นจะไม่สามารถทำหน้าที่ในเพศเดิมได้อีกต่อไป ดังนั้น การทดสอบที่เพียงพอ คือ บุคคลนั้นได้เข้ารับการผ่าตัดและเข้ารับการรักษาทางการแพทย์ที่ทำให้บุคคลนั้นมีสรีระทางกายภาพของเพศที่ระบุไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานในทางกฎหมายสำหรับการตีความคดีที่เกี่ยวกับกลุ่มคนข้ามเพศของนิวซีแลนด์ รวมไปถึงคำตัดสินของศาลในประเทศอื่น ๆ อีกด้วย

จากคำตัดสินของศาลต่างประเทศข้างต้นจะเห็นว่า กลุ่มคนข้ามเพศคือบุคคลที่มีร่างกายเป็นเพศใดเพศหนึ่ง แต่มีจิตใจที่เชื่อว่าตนเองเป็นอีกเพศหนึ่ง ซึ่งอาจจะนอกเหนือไปจากเพศทวิลักษณ์ (Binary sex) จึงเข้ารับการรักษาทางการแพทย์เพื่อเปลี่ยนแปลงร่างกายและอวัยวะเพศของตนให้ตรงกับสิ่งที่จิตใจของตนเชื่อมั่น ดังนั้น ศาลสูงสุดจึงพิจารณาว่า การพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับกลุ่มคนข้ามเพศที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศเรียบร้อยแล้ว ต้องคำนึงถึงการทดสอบปัจจัยทางจิตวิทยา (Psychological test) มากกว่าปัจจัยทางชีววิทยา (Biological test) โดยศาลสูงสุดระบุว่าปัจจัยทางจิตวิทยาเป็นสิ่งที่ส่งผลต่อพฤติกรรม และบ่งบอกถึงอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น

ประเด็นที่ ๓: ข้อกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับคนข้ามเพศ

ศาลสูงสุดระบุว่ามีความจำเป็นในการพิจารณาสีทธิที่จะได้รับการคุ้มครองของกลุ่มคนข้ามเพศ อันหมายรวมถึงสิทธิในการเป็นเพศที่สาม โดยต้องมีการอ้างอิงถึงกฎหมายในต่างประเทศที่มีการคุ้มครองกลุ่มคนข้ามเพศ โดยศาลสูงสุดระบุถึงกระแสกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่หลายประเทศได้ออกกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของกลุ่มคนข้ามเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ เช่น สหราชอาณาจักร เนเธอร์แลนด์ เยอรมนี ออสเตรเลีย แคนาดา อาร์เจนตินา เป็นต้น โดยสหราชอาณาจักรได้ออกพระราชบัญญัติการรับรองทั่วไป (General Recommendation Act) ซึ่งความน่าสนใจของพระราชบัญญัตินี้คือการระบุถึงผลประโยชน์ทางกฎหมายในด้านต่าง ๆ ของกลุ่มคนข้ามเพศซึ่งไม่จำเป็นว่าจะต้องได้รับการผ่าตัดหรือไม่ก็ตาม เช่น การแต่งงาน การเป็นพ่อ-แม่ การสืบทอดทรัพย์สินสิทธิในประกันสังคมและเงินบำนาญ เป็นต้น

^๔ New Zealand Attorney General v. Family Court at Otahuhu source: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/07/New-Zealand-Attorney-General-v.-Family-Court-at-Otahuhu-High-Court-of-New-Zealand.pdf>

ในประเทศออสเตรเลีย มีกฎหมายสองฉบับที่เกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sex Discrimination Act) พ.ศ. ๒๕๒๗ (ค.ศ. ๑๙๘๔) และพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ (แก้ไขเพิ่มเติมเรื่องรสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และสถานะเพศกำกวม) พ.ศ. ๒๕๕๖ (ค.ศ. ๒๐๑๓) โดยกำหนดนิยามอัตลักษณ์ทางเพศว่าเป็นลักษณะที่ปรากฏ หรือลักษณะอื่นที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคล (ไม่ว่าจะผ่านวิธีการทางการแพทย์หรือไม่ก็ตาม) โดยไม่ต้องคำนึงถึงเพศกำเนิด ขณะเดียวกัน รัฐสภายุโรปได้มีมติเห็นชอบในญัตติของการต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มคนข้ามเพศ และสั่งการให้รัฐสมาชิกมีส่วนร่วมในการป้องกันและคุ้มครองต่อกลุ่มคนข้ามเพศ และร่างกฎหมายเพิ่มเติม ซึ่งตามมาด้วยประเทศฮังการีได้ประกาศใช้รัฐบัญญัติการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและส่งเสริมโอกาสที่เท่าเทียม (Equal Treatment and the Promotion of Equal Opportunities Act) พ.ศ. ๒๕๔๖ (ค.ศ. ๒๐๐๓) ซึ่งรวมถึงอัตลักษณ์ทางเพศอันเป็นหนึ่งในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

ในส่วนของสหรัฐอเมริกา กฎหมายบางฉบับที่รัฐต่าง ๆ บังคับใช้นั้นมีลักษณะที่ขัดแย้งกันเอง กฎหมายของรัฐบาลกลางที่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลข้ามเพศ อันได้แก่ รัฐบัญญัติป้องกันอาชญากรรมจากความเกลียดชัง (Matthew Shepard and James Byrd Jr. ค.ศ. ๒๐๑๕) ซึ่งขยายขอบเขตของกฎหมายอาชญากรรมจากความเกลียดชังของรัฐบาลกลาง โดยให้ครอบคลุมความผิดที่เกิดจากอัตลักษณ์ทางเพศที่แท้จริง รวมถึงกรณีของรัฐสภาแอฟริกาใต้ได้ออกรัฐบัญญัติการแก้ไขคำอธิบายเพศและสถานะเพศ (Alteration of Sex Description and Sex Status Act) ค.ศ. ๒๐๐๓) ซึ่งอนุญาตให้บุคคลข้ามเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ บุคคลที่มีลักษณะทางเพศที่เปลี่ยนแปลงไปโดยธรรมชาติ หรือบุคคลเพศกำกวม ยื่นคำขอต่ออธิบดีกรมกิจการภายในประเทศเพื่อขอเปลี่ยนแปลงคำอธิบายเพศในทะเบียนเกิดได้

ขณะที่กรณีของอาร์เจนตินา วุฒิสภาได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งรับรองสิทธิในการรับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง รวมถึงเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองตามอัตลักษณ์ทางเพศ และสามารถร้องขอให้มีการแก้ไขเพศที่บันทึกไว้ในทะเบียนราษฎร รวมถึงการเปลี่ยนชื่อและภาพลักษณ์เบื้องต้นได้เมื่อใดก็ตามที่ไม่ตรงกับอัตลักษณ์ทางเพศที่รับรู้ของตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าได้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศหรือเข้ารับการรักษาด้วยฮอร์โมน หรือเข้ารับการรักษาทานจิตใจหรือทางการแพทย์อื่นๆ และในประเทศเยอรมนีมีการบังคับใช้กฎหมายใหม่ โดยเริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ ๕ พฤศจิกายน ๒๕๕๖ โดยอนุญาตให้ผู้ปกครองสามารถแจ้งเกิดบุตรที่เกิดมาพร้อมภาวะเพศกำกวม (intersex variation) โดยสามารถระบุได้ว่า ยังไม่สามารถระบุเพศได้ (not specified)

จากการอ้างอิงแนวคำตัดสินและข้อกฎหมายในต่างประเทศ ศาลสูงสุดเห็นว่าเป็นการชี้ให้เห็นถึงกระแสและแนวโน้มการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล และการรับประกันความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศหรือการแสดงออกทางเพศนั้น มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นและได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลจึงเห็นควรมีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในประเทศไทยด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ ศาลสูงสุดยังเห็นว่า สถานการณ์ของกลุ่มคนข้ามเพศในประเทศไทยที่ต้องเผชิญกับการกดขี่

ในหลายรูปแบบ การเลือกปฏิบัติอย่างรุนแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการดูแลสุขภาพ การจ้างงาน การศึกษา และยังไม่รวมไปถึงการถูกกีดกันทางสังคม โดยศาลได้ยกรายงานการติดเชื้อ HIV ที่มีแนวโน้มที่พุ่งสูงมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งเป็นการเน้นย้ำถึงความจำเป็นในการดำเนินการเร่งด่วนเพื่อปรับปรุงและแก้ไขปัญหาสุขภาพทางเพศ สุขภาพจิต และปัญหาที่กีดกันทางสังคมของบุคคลกลุ่มดังกล่าว

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดียได้ยกบทบัญญัติและอนุสัญญาความร่วมมือระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณา โดยระบุว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ข้อตกลง หรืออนุสัญญาใด ๆ ที่ไม่ขัดแย้งกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญจะถูกนำมาปรับใช้ในการพิจารณา ซึ่งศาลได้ยกกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี รวมไปถึงหลักการยอร์กยาคาร์ตา มาใช้ในการพิจารณา โดยเห็นว่า อินเดียยังไม่มีกฎหมายที่รองรับกลุ่มคนข้ามเพศ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการวางกรอบกฎหมายเพื่อรองรับปัญหาของบุคคลข้ามเพศต่อไป

นอกจากนี้ ศาลสูงสุดยังเห็นว่า การระบุเพศของบุคคลไม่ควรที่จะอยู่บนพื้นฐานของเพศทางชีววิทยาหรือเพศที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด แต่ควรให้ความสำคัญกับเพศทางจิตวิทยา หรืออัตลักษณ์ทางเพศที่แต่ละบุคคลสามารถระบุเองได้ ดังนั้น จึงพิพากษาว่า **อิจระ บัณฑะเกิร์ หรือเพศที่นอกเหนือจากเพศทวิลักษณ์ (Binary sex) สามารถระบุตนว่าเป็นเพศที่สามได้อย่างเป็นทางการ** ซึ่งเป็นสิทธิที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๔ (๑) (a) ซึ่งคุ้มครองสิทธิในการแสดงความคิดเห็น รวมไปถึงการแสดงอัตลักษณ์และวิถีทางเพศได้อย่างเสรี อีกทั้งยังเน้นย้ำถึงสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (the right to self-determination) ซึ่งเป็นสิทธิในการมีชีวิตและดำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีของตนเองว่าได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๒๑ ของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า การบังคับให้บุคคลเข้ารับการรักษาหรือการผ่าตัด เช่น การผ่าตัดแปลงเพศ (SRS) เพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับอัตลักษณ์ทางเพศ ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๑ ด้วย

ขณะเดียวกัน ศาลสูงสุดได้พิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยระบุว่า กลุ่มคนข้ามเพศ จะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับพลเมืองชาวอินเดียอื่น ๆ ซึ่งได้รับการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาตรา ๑๔ ระบุเกี่ยวกับสิทธิที่เท่าเทียมของบุคคล โดยไม่คำนึงถึงอัตลักษณ์หรือรสนิยมทางเพศ รวมไปถึงการสิทธิอันเท่าเทียมในการรักษาพยาบาล การศึกษา การจ้างงาน ตามมาตรา ๑๖ (๑) ซึ่งการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยมีพื้นฐานจากอัตลักษณ์หรือรสนิยมทางเพศนั้น ถือเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา ๑๔ ซึ่งเป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง เช่นเดียวกับที่ระบุไว้ในมาตรา ๑๕ (๔) ซึ่งศาลตีความมาตรานี้ว่า รัฐจะต้องสนับสนุนและเยียวยากลุ่มคนข้ามเพศ อันเกิดจากปัญหาการถูกเลือกปฏิบัติมานานนับศตวรรษ ทำให้มีสังคมและการศึกษาที่ล่าช้า ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องดำเนินการเยียวยาอย่างเหมาะสม

ด้วยเหตุนี้ ศาลสูงสุดจึงได้วินิจฉัยสั่งการให้รัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นเป็นผู้รับผิดชอบและเยียวยากลุ่มคนข้ามเพศ ในฐานะผู้ที่ประสบความล่าช้าทางสังคมและการศึกษา และขยายโอกาสทางการศึกษาและการรับบุคคลกลุ่มนี้ให้เข้าทำงานได้มากขึ้น รวมถึงการจัดตั้งศูนย์เฝ้าระวังเชื้อ HIV ด้วยกลุ่มคนข้ามเพศเหล่านี้

ประสบปัญหาสุขภาพทางเพศหลายราย ตลอดจนสร้างการรับรู้และรับทราบถึงปัญหาที่กลุ่มคนข้ามเพศต้องประสบพบเจออย่างจริงจัง อาทิ แรงกดดันทางสังคม โรคซึมเศร้า การคิดฆ่าตัวตาย การถูกตีตราทางสังคม รวมถึงการบังคับให้ผ่าตัดแปลงเพศ เพื่อยืนยันอัตลักษณ์ทางเพศอันเป็นการกระทำที่ไร้ศีลธรรมและผิดกฎหมาย โดยรัฐบาลควรจัดตั้งโครงการสวัสดิการสังคมเพื่อยกระดับคุณภาพชีวิต โดยเฉพาะการให้บริการทางการแพทย์ การจัดสรรห้องน้ำและสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่กลุ่มคนข้ามเพศอย่างเป็นสัดส่วน เพื่อให้มั่นใจว่า กลุ่มคนข้ามเพศจะได้รับการปฏิบัติในฐานะส่วนหนึ่งของสังคม และได้รับความเคารพในสถานะที่เคยได้รับในครั้งอดีต และสั่งการให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญด้านบุคคลข้ามเพศให้ทำการศึกษาเพื่อการแก้ไขปัญหาอย่างละเอียด และให้มีการรายงานผลการศึกษาอย่างต่อเนื่อง

REPORTABLE

IN THE SUPREME COURT OF INDIA

CIVIL ORIGINAL JURISDICTION

WRIT PETITION (CIVIL) NO.400 OF 2012

National Legal Services Authority ...

Petitioner

Versus

Union of India and others ...

Respondents

WITH

WRIT PETITION (CIVIL) NO.604 OF 2013

J U D G M E N T

J U D G M E N T

K.S. Radhakrishnan, J.

1. Seldom, our society realizes or cares to realize the trauma, agony and pain which the members of Transgender community undergo, nor appreciates the innate feelings of the members of the Transgender

community, especially of those whose mind and body disown their biological sex. Our society often ridicules and abuses the Transgender community and in public places like railway stations, bus stands, schools, workplaces, malls, theatres, hospitals, they are sidelined and treated as untouchables, forgetting the fact that the moral failure lies in the society's unwillingness to contain or embrace different gender identities and expressions, a mindset which we have to change.

2. We are, in this case, concerned with the grievances of the members of Transgender Community (for short 'TG community') who seek a legal declaration of their gender identity than the one assigned to them, male or female, at the time of birth and their prayer is that non-recognition of their gender identity violates Articles 14 and 21 of the Constitution of India. Hijras/Eunuchs, who also fall in that group, claim legal status as a third gender with all legal and constitutional protection.

3. The National Legal Services Authority, constituted under the Legal Services Authority Act, 1997, to provide

free legal services to the weaker and other marginalized sections of the society, has come forward to advocate their cause, by filing Writ Petition No. 400 of 2012. Poojaya Mata Nasib Kaur Ji Women Welfare Society, a registered association, has also preferred Writ Petition No. 604 of 2013, seeking similar reliefs in respect of Kinnar community, a TG community.

4. Laxmi Narayan Tripathy, claimed to be a Hijra, has also got impleaded so as to effectively put across the cause of the members of the transgender community and Tripathy's life experiences also for recognition of their identity as a third gender, over and above male and female. Tripathy says that non-recognition of the identity of Hijras, a TG community, as a third gender, denies them the right of equality before the law and equal protection of law guaranteed under Article 14 of the Constitution and violates the rights guaranteed to them under Article 21 of the Constitution of India.

5. Shri Raju Ramachandran, learned senior counsel appearing for the petitioner - the National Legal Services

Authority, highlighted the traumatic experiences faced by the members of the TG community and submitted that every person of that community has a legal right to decide their sex orientation and to espouse and determine their identity. Learned senior counsel has submitted that since the TGs are neither treated as male or female, nor given the status of a third gender, they are being deprived of many of the rights and privileges which other persons enjoy as citizens of this country. TGs are deprived of social and cultural participation and hence restricted access to education, health care and public places which deprives them of the Constitutional guarantee of equality before law and equal protection of laws. Further, it was also pointed out that the community also faces discrimination to contest election, right to vote, employment, to get licences etc. and, in effect, treated as an outcast and untouchable. Learned senior counsel also submitted that the State cannot discriminate them on the ground of gender, violating Articles 14 to 16 and 21 of the Constitution of India.

6. Shri Anand Grover, learned senior counsel appearing for the Intervener, traced the historical background of the third gender identity in India and the position accorded to them in the Hindu Mythology, Vedic and Puranic literatures, and the prominent role played by them in the royal courts of the Islamic world etc. Reference was also made to the repealed Criminal Tribes Act, 1871 and explained the inhuman manner by which they were treated at the time of the British Colonial rule. Learned senior counsel also submitted that various International Forums and U.N. Bodies have recognized their gender identity and referred to the Yogyakarta Principles and pointed out that those principles have been recognized by various countries around the world. Reference was also made to few legislations giving recognition to the transsexual persons in other countries. Learned senior counsel also submitted that non-recognition of gender identity of the transgender community violates the fundamental rights guaranteed to them, who are citizens of this country.

7. Shri T. Srinivasa Murthy, learned counsel appearing in I.A. No. 2 of 2013, submitted that transgender persons have to be declared as a socially and educationally backward classes of citizens and must be accorded all benefits available to that class of persons, which are being extended to male and female genders. Learned counsel also submitted that the right to choose one's gender identity is integral to the right to lead a life with dignity, which is undoubtedly guaranteed by Article 21 of the Constitution of India. Learned counsel, therefore, submitted that, subject to such rules/regulations/protocols, transgender persons may be afforded the right of choice to determine whether to opt for male, female or transgender classification.

JUDGMENT

8. Shri Sanjeev Bhatnagar, learned counsel appearing for the petitioner in Writ Petition No.604 of 2013, highlighted the cause of the Kinnar community and submitted that they are the most deprived group of transgenders and calls for constitutional as well as legal protection for their identity and for other socio-economic

benefits, which are otherwise extended to the members of the male and female genders in the community.

9. Shri Rakesh K. Khanna, learned Additional Solicitor General, appearing for the Union of India, submitted that the problems highlighted by the transgender community is a sensitive human issue, which calls for serious attention. Learned ASG pointed out that, under the aegis of the Ministry of Social Justice and Empowerment (for short "MOSJE"), a Committee, called "Expert Committee on Issues relating to Transgender", has been constituted to conduct an in-depth study of the problems relating to transgender persons to make appropriate recommendations to MOSJE. Shri Khanna also submitted that due representation would also be given to the applicants, appeared before this Court in the Committee, so that their views also could be heard.

10. We also heard learned counsel appearing for various States and Union Territories who have explained the steps they have taken to improve the conditions and status of the members of TG community in their respective States

and Union Territories. Laxmi Narayan Tripathy, a Hijra, through a petition supported by an affidavit, highlighted the trauma undergone by Tripathy from Tripathy's birth. Rather than explaining the same by us, it would be appropriate to quote in Tripathy's own words:

"That the Applicant has born as a male. Growing up as a child, she felt different from the boys of her age and was feminine in her ways. On account of her femininity, from an early age, she faced repeated sexual harassment, molestation and sexual abuse, both within and outside the family. Due to her being different, she was isolated and had no one to talk to or express her feelings while she was coming to terms with her identity. She was constantly abused by everyone as a 'chakka' and 'hijra'. Though she felt that there was no place for her in society, she did not succumb to the prejudice. She started to dress and appear in public in women's clothing in her late teens but she did not identify as a woman. Later, she joined the *Hijra* community in Mumbai as she identified with the other *hijras* and for the first time in her life, she felt at home.

That being a *hijra*, the Applicant has faced serious discrimination throughout her life because of her gender identity. It has been clear to the Applicant that the complete non-recognition of the identity of *hijras*/transgender persons by the State has resulted in the violation of most of the fundamental rights guaranteed to them under the Constitution of India...."

Siddarth Narrain, eunuch, highlights Narrain's feeling, as follows:

"Ever since I can remember, I have always identified myself as a woman. I lived in Namakkal, a small town in Tamil Nadu. When I was in the 10th standard I realized that the only way for me to be comfortable was to join the hijra community. It was then that my family found out that I frequently met hijras who lived in the city. One day, when my father was away, my brother, encouraged by my mother, started beating me with a cricket bat. I locked myself in a room to escape from the beatings. My mother and brother then tried to break into the room to beat me up further. Some of my relatives intervened and brought me out of the room. I related my ordeal to an uncle of mine who gave me Rs.50 and asked me to go home. Instead, I took the money and went to live with a group of hijras in Erode."

Sachin, a TG, expressed his experiences as follows:

"My name is Sachin and I am 23 years old. As a child I always enjoyed putting make-up like 'vibhuti' or 'kum kum' and my parents always saw me as a girl. I am male but I only have female feelings. I used to help my mother in all the housework like cooking, washing and cleaning. Over the years, I started assuming more of the domestic responsibilities at home. The neighbours started teasing me. They would call out to me and ask: 'Why don't you go out and work like a man?' or 'Why are you staying at home like a girl?' But I liked being a girl. I felt shy about going out and working. Relatives would also mock and scold me on this score. Every day I would go out of the house to bring water. And as I walked back with the water I would always be teased. I felt very ashamed. I even felt suicidal. How could I live like that? But my parents never protested. They were helpless."

We have been told and informed of similar life experiences faced by various others who belong to the TG community.

11. Transgender is generally described as an umbrella term for persons whose gender identity, gender expression or behavior does not conform to their biological sex. TG may also take in persons who do not identify with their sex assigned at birth, which include Hijras/Eunuchs who, in this writ petition, describe themselves as “third gender” and they do not identify as either male or female. Hijras are not men by virtue of anatomy appearance and psychologically, they are also not women, though they are like women with no female reproduction organ and no menstruation. Since Hijras do not have reproduction capacities as either men or women, they are neither men nor women and claim to be an institutional “third gender”. Among Hijras, there are emasculated (castrated, nirvana) men, non-emasculated men (not castrated/akva/akka) and inter-sexed persons (hermaphrodites). TG also includes

persons who intend to undergo Sex Re-Assignment Surgery (**SRS**) or have undergone **SRS** to align their biological sex with their gender identity in order to become male or female. They are generally called transsexual persons. Further, there are persons who like to cross-dress in clothing of opposite gender, i.e transvestites. Resultantly, the term “transgender”, in contemporary usage, has become an umbrella term that is used to describe a wide range of identities and experiences, including but not limited to pre-operative, post-operative and non-operative transsexual people, who strongly identify with the gender opposite to their biological sex; male and female.

HISTORICAL BACKGROUND OF TRANSGENDERS IN INDIA:

12. TG Community comprises of *Hijras*, eunuchs, *Kothis*, *Aravanis*, *Jogappas*, *Shiv-Shakthis* etc. and they, as a group, have got a strong historical presence in our country in the Hindu mythology and other religious texts. The Concept of *tritiya prakrti* or *napunsaka* has also been an

integral part of vedic and puranic literatures. The word 'napunsaka' has been used to denote absence of procreative capability.

13. Lord Rama, in the epic Ramayana, was leaving for the forest upon being banished from the kingdom for 14 years, turns around to his followers and asks all the 'men and women' to return to the city. Among his followers, the hijras alone do not feel bound by this direction and decide to stay with him. Impressed with their devotion, Rama sanctions them the power to confer blessings on people on auspicious occasions like childbirth and marriage, and also at inaugural functions which, it is believed set the stage for the custom of *badhai* in which hijras sing, dance and confer blessings.

14. Aravan, the son of Arjuna and Nagakanya in Mahabharata, offers to be sacrificed to Goddess Kali to ensure the victory of the Pandavas in the Kurukshetra war, the only condition that he made was to spend the last night of his life in matrimony. Since no woman was willing to marry one who was doomed to be killed, Krishna

that the TGs are also part of vulnerable groups and marginalized section of the society, we are only bringing them within the fold of aforesaid rights recognized in respect of other classes falling in the marginalized group. This is the minimum riposte in an attempt to assuage the insult and injury suffered by them so far as to pave way for fast tracking the realization of their human rights.

128. The aforesaid, thus, are my reasons for treating TGs as 'third gender' for the purposes of safeguarding and enforcing appropriately their rights guaranteed under the Constitution. These are my reasons in support of our Constitution to the two issues in these petitions.

JUDGMENTJ.
(A.K.Sikri)

129. We, therefore, declare:

- (1) Hijras, Eunuchs, apart from binary gender, be treated as "third gender" for the purpose of safeguarding their rights under Part III of our Constitution and the laws made by the Parliament and the State Legislature.

- (2) Transgender persons' right to decide their self-identified gender is also upheld and the Centre and State Governments are directed to grant legal recognition of their gender identity such as male, female or as third gender.
- (3) We direct the Centre and the State Governments to take steps to treat them as socially and educationally backward classes of citizens and extend all kinds of reservation in cases of admission in educational institutions and for public appointments.
- (4) Centre and State Governments are directed to operate separate HIV Sero-surveillance Centres since Hijras/ Transgenders face several sexual health issues.
- (5) Centre and State Governments should seriously address the problems being faced by Hijras/Transgenders such as fear, shame, gender dysphoria, social pressure, depression, suicidal tendencies, social stigma, etc. and any insistence for SRS for declaring one's gender is immoral and illegal.
- (6) Centre and State Governments should take proper measures to provide medical care to TGs in the hospitals and also provide them separate public toilets and other facilities.

- (7) Centre and State Governments should also take steps for framing various social welfare schemes for their betterment.
- (8) Centre and State Governments should take steps to create public awareness so that TGs will feel that they are also part and parcel of the social life and be not treated as untouchables.
- (9) Centre and the State Governments should also take measures to regain their respect and place in the society which once they enjoyed in our cultural and social life.

130. We are informed an Expert Committee has already been constituted to make an in-depth study of the problems faced by the Transgender community and suggest measures that can be taken by the Government to ameliorate their problems and to submit its report with recommendations within three months of its constitution. Let the recommendations be examined based on the legal declaration made in this Judgment and implemented within six months.

131. Writ Petitions are, accordingly, allowed, as above.

.....J.
(K.S.

Radhakrishnan)

.....J.
(A.K. Sikri)

New Delhi,
April 15, 2014.

SUPREME COURT OF INDIA



JUDGMENT

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก
คำวินิจฉัยที่ I. ÚS 1099/18 วันที่ ๘ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ (ค.ศ. ๒๐๑๘)
กรณีการรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (in vitro fertilization)

นายนิติกร จิรฐิติกาลกิจ
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญ โดยองค์คณะที่ ๑ ได้พิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญของผู้ร้อง H.P. ซึ่งโต้แย้งคำพิพากษาของศาลแขวงเมืองพิลเซน (the District Court in Pilsen) ศาลภูมิภาคเมืองพิลเซน (the Regional Court in Pilsen) และศาลสูงสุด (the Supreme Court) และร้องขอให้เพิกถอนบทบัญญัติมาตรา ๖ และมาตรา ๘ (๒) ของรัฐบัญญัติ เลขที่ ๓๗๓/๒๐๑๑ ว่าด้วยการให้บริการด้านสุขภาพเฉพาะทาง (Act No. 373/2011 Coll., on Specific Health Services) ซึ่งคดีนี้ถือเป็นครั้งแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (In vitro fertilization - IVF) ซึ่งผู้ร้องได้เข้ารับรักษาภาวะมีบุตรยากที่สถาบันรักษาภาวะมีบุตรยาก และต่อมาสามีของผู้ร้องได้เสียชีวิตแต่ได้ให้ความยินยอมในการเก็บรักษาเชื้ออสุจิเพื่อใช้ในการรักษาภาวะมีบุตรยากของผู้ร้อง อย่างไรก็ตาม สถาบันรักษาภาวะมีบุตรยากได้ปฏิเสธที่จะดำเนินการรักษาให้แก่ผู้ร้องเนื่องจากเหตุผลว่าผู้ร้องไม่ได้รับความยินยอมโดยถูกต้องจากสามี

ในการพิจารณาของศาลยุติธรรม (ศาลแขวงเมืองพิลเซน (the District Court in Pilsen) ศาลภูมิภาคเมืองพิลเซน (the Regional Court in Pilsen) และศาลสูงสุด (the Supreme Court)) ผู้ร้องได้เรียกร้องให้สถาบันรักษาภาวะมีบุตรยากดำเนินการตามหน้าที่และทำการรักษาผู้ร้องโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ (reproductive cell) ของผู้ร้อง และเชื้ออสุจิที่เก็บรักษาไว้ของสามีที่เสียชีวิต อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาเนื่องจากเห็นว่า คำตัดสินของศาลยุติธรรมขัดแย้งรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังมีข้อสงสัยด้วยว่าสามีของผู้ร้องที่เสียชีวิตมีความประสงค์ที่จะเป็นพ่อคนภายหลังจากที่เสียชีวิตแล้วหรือไม่ นอกจากนี้ สิทธิในการคุ้มครองชีวิตครอบครัว (the right to protection of family life) เป็นสิทธิที่ให้การคุ้มครองไม่เพียงแต่เฉพาะความต้องการที่จะเริ่มต้นครอบครัว (a wish to start a family) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการดำรงอยู่ของครอบครัว (the existence of a family) ด้วย อย่างไรก็ตาม ความเป็นครอบครัวของผู้ร้องได้สิ้นสุดลงนับตั้งแต่การเสียชีวิตของสามี ขณะเดียวกันกระบวนการรักษาภาวะมีบุตรยากก็มิได้มีการดำเนินการในรูปแบบเดียวกันทั่วทั้งภูมิภาคยุโรป เนื่องจากขึ้นอยู่กับหลักศีลธรรม วัฒนธรรม ศาสนา รวมถึงคุณค่าทางจริยธรรมของแต่ละสังคม ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า ควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์สำหรับการดำรงอยู่ของชีวิตที่เกิดขึ้นมาโดยวิธีการที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ (an artificial way)

๒. สรุปข้อเท็จจริง

ในการพิจารณาของศาลแขวงเมืองพิลเซน (the District Court in Pilsen) ผู้ร้องได้ขอให้สถาบันรักษาภาวะมีบุตรยากซึ่งเป็นคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งให้ดำเนินการปฏิสนธิเทียม (artificial fertilization) โดยการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้ร้อง (germ cell) และเชื้ออสุจิที่ถูกแช่แข็งไว้ของนาย P.P. ผู้เป็นสามีซึ่งเสียชีวิตแล้ว ทั้งนี้ ผู้ร้องระบุ

ว่า ตนและสามีที่เสียชีวิตเป็นคนไข้ของสถาบันดังกล่าว โดยขณะที่เข้ารับการรักษา สถาบันฯ ได้เสนอให้ตนและสามีเข้ารับการรักษาภาวะมีบุตรยากแบบส่วนบุคคล (an individual infertility treatment procedure) รวมทั้งให้ข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนที่เกี่ยวข้อง ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๖ เมษายน ๒๕๕๗ สามีที่ของผู้ร้องได้ลงชื่อในแบบให้ความยินยอมเพื่อแช่แข็งเชื้ออสุจีก่อนที่จะเริ่มกระบวนการรักษาภาวะมีบุตรยาก ซึ่งการให้ความยินยอมดังกล่าว สามีของผู้ร้องเห็นชอบด้วยกับการที่จะต้องเก็บรักษาเชื้ออสุจิโดยวิธีการแช่แข็ง เพื่อที่จะนำไปใช้ในขั้นตอนต่อไป นอกจากนี้ ผู้ร้องได้ลงชื่อในแบบให้ความยินยอมเพื่อเข้ารับการรักษาภาวะมีบุตรยากโดยวิธีการปฏิสนธิภายนอก ร่างกาย (IVF) เมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๕๗ อีกทั้งผู้ร้องและสามีต่างก็ให้การยินยอมในการละลายเชื้ออสุจิแช่แข็งเพื่อนำไปใช้ในกระบวนการรักษาภาวะมีบุตรยากด้วย และในวันเดียวกันนั่นเอง สามีของผู้ร้องยังได้ลงชื่อในแบบให้ความยินยอมในการฉีดเชื้ออสุจิเพื่อผสมเทียม (an intracytoplasmic sperm injection) โดยจะดำเนินการภายหลังจากที่ผู้ร้องได้เริ่มขั้นตอนในการฉีดฮอร์โมนอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม สามีของผู้ร้องได้เสียชีวิตลงเมื่อวันที่ ๑๖ มิถุนายน ๒๕๕๘ โดยผู้ร้องระบุว่าเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้สภาพจิตใจของตนทรุดโทรมลงอย่างหนัก และไม่สามารถที่จะดำเนินการฉีดฮอร์โมนและการเก็บไข่ได้ภายหลังจากที่สามีเสียชีวิต อีกทั้งสถาบันฯ ก็ปฏิเสธที่จะดำเนินกระบวนการปฏิสนธิเทียมในขั้นตอนต่อไป เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีความยินยอมที่ถูกต้องจากสามีของผู้ร้อง

ต่อมาศาลแขวงได้พิพากษาว่า ระเบียบกฎหมายอนุญาตให้ดำเนินการกระบวนการปฏิสนธิได้กับเฉพาะคู่สมรสเท่านั้น และในขณะที่ผู้ร้องยื่นคำร้องนั้น ผู้ร้องมิได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับสามี จึงทำให้ไม่สามารถที่จะเข้ารับกระบวนการช่วยเหลือการเจริญพันธุ์ได้ (the assisted reproduction performed) นอกจากนี้ แม้ว่าสามีที่เสียชีวิตของผู้ร้องจะยินยอมให้มีการปฏิสนธิเทียมได้ก็ตาม แต่กระนั้นศาลก็เห็นว่า กรณีไม่อาจคาดหมายได้ถึง ความประสงค์ของสามีที่จะเกิดขึ้นในระหว่างการรักษา ดังนั้น จึงยังไม่มีเหตุเพียงพอที่ผู้ร้องจะยื่นคำร้องต่อศาลได้ แม้ต่อมาผู้ร้องจะยื่นอุทธรณ์ต่อศาลภูมิภาคแห่งเมืองพิลเซน (the Regional Court of Pilsen) ก็ตาม แต่กระนั้น ศาลภูมิภาคก็พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น โดยเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่ปรากฏยังมีอาจทำให้ศาลเห็นพ้องด้วยกับคำร้องของผู้ร้อง

ขณะที่การพิจารณาของศาลสูงสุด ศาลพิพากษายกฟ้อง โดยเห็นว่า กรณีมีอาจตัดสินได้ว่าการละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวของผู้ร้อง (the Petitioner's right to private and family life) อีกทั้งศาลยังเห็นว่า กระบวนการตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิพาทนั้นอนุญาตให้ดำเนินการได้เฉพาะระหว่างผู้ที่ยังมีชีวิตเท่านั้น (Inter vivos หรือ between the alive) เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งครอบคลุมไปถึงความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากกระบวนการปฏิสนธิเทียมโดยการใช้เชื้ออสุจิของผู้เสียชีวิต ไม่สามารถที่จะอนุমানได้โดยตัวบทบัญญัติของกฎหมายหรือโดยคำอธิบายกฎหมาย อีกทั้งเมื่อเปรียบเทียบกฎหมายภายในของประเทศอื่น ๆ เช่น เบลเยียมหรือเนเธอร์แลนด์ จะเห็นว่า กฎหมายของเช็กนั้นไม่อนุญาตให้มีการปฏิสนธิเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของผู้ที่เสียชีวิต ขณะที่ในกรณีของฝรั่งเศสหรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายของประเทศดังกล่าวมิได้ห้ามการปฏิสนธิเทียม รวมถึงมิได้กำหนดว่าจะต้องมีแบบแจ้งความประสงค์จากผู้ให้วัตถุชีวภาพ (the provider of the biological material) ที่จะให้ดำเนินการกับวัตถุดังกล่าวอย่างไรหากผู้นั้นได้เสียชีวิต ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา ๘ ของรัฐบัญญัติการให้บริการด้านสุขภาพเฉพาะทาง (Act on Specific Health Services) ขณะเดียวกัน บทบัญญัติมาตรา ๓ (๑) (a) ของรัฐบัญญัติดังกล่าวก็เกี่ยวข้องกับการให้ความช่วยเหลือการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีการปฏิสนธิเทียมเพื่อรักษาภาวะการมีบุตรยากอันเกิดจากฝ่ายหญิงหรือฝ่ายชาย และบทบัญญัติมาตรา ๖ (๑) ของรัฐบัญญัติเดียวกัน ได้กำหนดให้ การปฏิสนธิเทียมจะกระทำได้ในกรณีที่ผู้หญิงอยู่ใน

วัยเจริญพันธุ์และมีอายุไม่เกิน ๔๙ ปี โดยจะต้องมีคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรจากทั้งฝ่ายหญิงและฝ่ายชายว่า ประสงค์จะดำเนินกระบวนการดังกล่าวร่วมกัน ในฐานะ “คูรักรที่มีบุตรยาก” (an “infertile couple”) ดังนั้น กรณีจึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่า การเสียชีวิตของฝ่ายชาย ผู้ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของคูรักรที่มีบุตรยากนั้นส่งผลให้ไม่สามารถพิจารณาได้ว่าความสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองนั้นยังคงเป็นคูรักรที่มีบุตรยากได้อีกต่อไป ดังนั้น จึงไม่สามารถที่จะ “ปฏิบัติ” ต่อบุคคลดังกล่าวเช่นเดียวกับคูรักรที่มีบุตรยากได้

นอกจากนี้ กรณียังไม่อาจพิจารณาได้ว่า ระยะเวลาหกเดือนตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๖ (๑) ประโยคที่สอง ก่อนเครื่องหมายทวิภาค (semicolon) ของรัฐบัญญัติการให้บริการด้านสุขภาพเฉพาะทาง ถือเป็นระยะเวลาสูงสุดในการเก็บรักษาวัตถุทางชีวภาพของคูรักรที่มีบุตรยากได้ เพราะการที่บัญญัติกำหนดให้ต้องมีการให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคูรักรที่มีบุตรยากไม่เกินกว่าหกเดือนนั้น ย่อมเป็นการคุ้มครองฝ่ายชายที่ได้ให้วัตถุชีวภาพสำหรับการตั้งครรรภ์ให้สามารถเพิกถอนความยินยอมเมื่อใดก็ได้ อย่างไรก็ตาม ข้อสงสัยเกี่ยวกับเจตนาที่แท้จริงของสามีที่เสียชีวิตของโจทก์ที่จะต้องกลายเป็นพ่อคนภายหลังจากการเสียชีวิตก็เป็นสิ่งที่ไม่สามารถตัดออกจากการพิจารณาได้ อีกทั้งการให้ความยินยอมในการเก็บรักษาเชื้ออสุจียังมีการระบุเงื่อนไขที่ชัดเจนเกี่ยวกับการทำลายวัตถุชีวภาพภายหลังจากการเสียชีวิตเอาไว้ด้วย ซึ่งนั่นหมายความว่า เชื้ออสุจิที่เก็บรักษาไว้ของฝ่ายชายที่เป็นคูรักรที่มีบุตรยากนั้นไม่สามารถที่จะนำมาใช้สำหรับคูรักรดังกล่าวภายหลังจากการเสียชีวิตได้ แม้ว่าขอบเขตของระยะเวลาหกเดือนจะยังไม่สิ้นสุดลงภายหลังจากการเสียชีวิตของฝ่ายชายก็ตาม

ในคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ร้องเห็นว่า คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยังมีข้อบกพร่อง เนื่องจากอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด ทั้งนี้ ผู้ร้องเห็นว่า คำตัดสินดังกล่าวละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวของผู้ร้อง (right to private and family life) อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ นอกจากนี้ยังระบุอีกว่า บรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลสูงสุดและศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาก็อนุมานได้ว่า การดำรงอยู่ของครอบครัวนั้นมีได้กำหนดว่าจะต้องมีทั้งพ่อและแม่ (both parents) และยังเห็นว่า คำร้องของตนไม่ควรถูกปฏิเสธด้วยเหตุที่อาศัยแต่เฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่า สามีของตนได้เสียชีวิตหลังจากได้ให้ความยินยอมในการปฏิสนธิเทียมด้วยการใช้เชื้ออสุจิแช่แข็ง ซึ่งหากศาลตัดสินว่าจะต้องคาดหมายถึงเจตนาของสามีในการทำปฏิสนธิเทียม ผู้ร้องก็เห็นว่า ความเห็นดังกล่าวของศาลนั้นละเลยที่จะให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริงซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งคดี เนื่องจาก นาย P.P. ได้ให้ความยินยอมในเอกสารโดยปราศจากเงื่อนไขจำกัด (an unlimited term) และไม่เคยเพิกถอนความยินยอมดังกล่าว นอกจากนี้ การดำเนินการปฏิสนธิเทียมด้วยการใช้เซลล์ของสามีที่เสียชีวิตไปแล้วก็ได้สร้างความเสียหายหรือเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น ซึ่งผู้ร้องเห็นว่า คำพิพากษาของศาลยุติธรรมขัดต่อมาตรา ๑๐ (๒) ของธรรมนูญสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (the Charter of Fundamental Rights and Freedoms) และมาตรา ๘ ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)

อนึ่ง ผู้ร้องเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา ๖ และมาตรา ๘ (๒) ของรัฐบัญญัติเลขที่ ๓๗๓/๒๐๑๑ ว่าด้วยการให้บริการด้านสุขภาพเฉพาะทาง (Act No. 373/2011 Coll., on Specific Health Services) ไม่สามารถจำกัดสิทธิของผู้ร้องที่จะดำเนินกระบวนการปฏิสนธิเทียมด้วยการใช้เชื้ออสุจิของสามีที่เสียชีวิตแล้วได้ อีกทั้งยังเห็นว่า ตนมิใช่ตัวประกัน (hostage) ของรัฐบัญญัติดังกล่าวที่มีได้มีบทบัญญัติที่จะสามารถแก้ไขเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในชีวิตของผู้ร้องได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องจึงเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา ๖ และมาตรา ๘ (๒) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการให้บริการ

ด้านสุขภาพเฉพาะทาง ขัดต่อมาตรา ๑๐ (๒) ของธรรมนูญสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และขอให้ศาลเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว

ในส่วนของคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนั้น ศาลแขวงเมืองฟิลาเซนเห็นว่า คำร้องดังกล่าวไม่มีมูลเพียงพอ และเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา ๖ (๑) ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการให้บริการด้านสุขภาพเฉพาะทางที่ผู้ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ขณะที่ศาลภูมิภาค (the Regional Court) ซึ่งพิจารณาอุทธรณ์นั้นเห็นว่า การพิจารณาคัดสินของศาลชั้นต้นมิได้มีการละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวของผู้ร้อง ดังนั้น จึงมีอาจรับคำร้องอุทธรณ์ของผู้ร้องไว้พิจารณาได้ นอกจากนี้ ในส่วนของศาลสูงสุดเห็นว่า กรณีของผู้ร้องนั้นจะต้องพิจารณาจากแง่มุมที่ว่า สารสำคัญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องในคำร้องนั้นมีผลเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวที่ได้รับการรับรองตามมาตรา ๘ ของว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) หรือไม่ ซึ่งจากการพิจารณาแล้ว ศาลสูงสุดเห็นว่า ระบบกฎหมายของสาธารณรัฐเช็กมิได้ละเมิดสิทธิของผู้ร้องในการที่จะมีบุตร (the right to have a child) แต่อย่างใด อีกทั้งเฉพาะกรณีการปฏิสนธิเทียม (artificial fertilization) เห็นได้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายไม่อนุญาตให้ใช้เชื้ออสุจิแช่แข็งของสามีที่เสียชีวิตของผู้ร้อง เนื่องจากไม่อาจถือได้ว่าเป็น “คูรัก” (couple) ที่จะสามารถได้รับการรักษาภาวะมีบุตรยากได้ นอกจากนี้ ศาลสูงสุดก็ไม่อาจตัดสินได้ว่าจะมีวิธีการอื่นใดที่จะสามารถบรรลุความประสงค์ของผู้ร้องหรือไม่ เช่น วิธีการรักษาอื่นที่อยู่นอกเหนือระบบประกันสุขภาพ ทั้งนี้ ศาลสูงสุดเห็นว่า แม้จะไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนสำหรับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่ผู้ร้องจะสามารถดำเนินการได้ แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวของผู้ร้อง ตามที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา ๘ ของอนุสัญญาดังกล่าว

ต่อมาผู้ร้องได้ใช้สิทธิโต้แย้งคำให้การของคุณความและชี้ให้เห็นว่า ในช่วงแรกที่มีการปฏิสัมพันธ์กับคุณความนั้น กรณีปรากฏว่าผู้ร้องยังมีสถานะของ “คูรัก” ซึ่งประสงค์ที่จะมีบุตรด้วยการใช้เชื้ออสุจิแช่แข็ง (cryopreserved sperm) ซึ่งจากเอกสารของศาลสูงสุดจะเห็นว่า ผู้ร้องอ้างว่าอาจมีการละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวว่า ตนเข้าใจผิดพลาดเกี่ยวกับเงื่อนไขระยะเวลา ๖ เดือนในการให้การยินยอมการปฏิสนธิเทียม เนื่องจากเงื่อนไขดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กในการรับรู้เกี่ยวกับผู้ปกครอง (the child's right to know their parents) ซึ่งผู้ร้องเห็นว่า กรณีดังกล่าวขัดแย้งกับอีกกรณีหนึ่งซึ่งเป็นสถานการณ์ที่เซลล์ไข่ของผู้เป็นแม่ถูกปฏิสนธิกับเชื้ออสุจิของผู้บริจาคนิรนาม (an anonymous donor) ผู้ซึ่งมิได้มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงกับหญิงผู้เป็นแม่ และมีได้มีความประสงค์ที่จะสร้างครอบครัวกับหญิงคนดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งจากกรณีดังกล่าวจะเห็นว่า คู่ชีวิตของหญิงผู้เป็นแม่ (the mother's partner) จะต้องกลายเป็นบิดาตามกฎหมายโดยปราศจากอิทธิพลทางชีวภาพที่มีต่อการรับรู้ของเด็ก (a biological influence on the child's conception) ดังนั้น สถานการณ์ดังกล่าวจึงไม่เหมือนกับกรณีของผู้ร้องซึ่งประสงค์จะมีบุตรร่วมกับสามีที่เสียชีวิตแล้ว โดยผู้ร้องถูกห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการปฏิสนธิเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของสามีที่เสียชีวิตแล้ว อย่างไรก็ตาม ในมุมมองของผู้ร้อง สถานการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมอยู่ในระดับเดียวกับสถานการณ์ของผู้บริจาคนิรนามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และในส่วนของกระบวนการปฏิสนธิเทียมโดยการใช้เชื้ออสุจิของผู้บริจาคนิรนามนั้น คู่ชีวิตของหญิงผู้เป็นแม่ย่อมถือเป็น “บุคคลที่ได้รับเชิญ” (an invited person) เฉพาะเพื่อทำหน้าที่ตามกฎหมายในการเป็นคูรักที่เข้าสู่กระบวนการปฏิสนธิเทียมเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ผู้ร้องจึงเห็นว่าตนเองกลายเป็นผู้เสียประโยชน์จากระเบียบกฎหมายที่กำหนดขึ้น

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ ธรรมนูญสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

มาตรา ๑๐ (๒) ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการจำกัดชีวิตส่วนตัวและครอบครัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย^๑

๓.๒ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

มาตรา ๘ สิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัวและครอบครัว

๑. ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพชีวิตส่วนตัวและครอบครัว ที่อยู่อาศัย และการติดต่อสื่อสาร
๒. การใช้สิทธิดังกล่าวย่อมไม่ถูกจำกัดโดยหน่วยงานของรัฐ เว้นแต่เป็นไปตามกฎหมายหรือเพื่อความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันความวุ่นวายและอาชญากรรม เพื่อคุ้มครองสุขภาพและศีลธรรม หรือเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น^๒

๓.๓ รัฐบัญญัติเลขที่ ๓๗๓/๒๐๑๑ ว่าด้วยการให้บริการด้านสุขภาพเฉพาะทาง

มาตรา ๖

(๑) การปฏิสนธิเทียมจะกระทำได้กับหญิงที่อยู่ในวัยเจริญพันธุ์ในกรณีที่หญิงผู้นั้นมีอายุไม่เกิน ๔๙ ปี โดยให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้หญิงและผู้ชายที่ประสงค์ใช้บริการทางด้านสุขภาพนี้ร่วมกัน (หลังจากนี้จะหมายถึง “คูรักที่มีบุตรยาก”) ทั้งนี้ คำร้องของคูรักที่มีบุตรยากที่ประสงค์จะปฏิสนธิเทียมจะต้องมีอายุไม่เกิน ๖ เดือน และถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเอกสารทางการแพทย์ของหญิงผู้นั้น

(๒) การปฏิสนธิเทียมไม่สามารถดำเนินการได้กับหญิงผู้ซึ่งเกี่ยวข้องกับชายที่ตนได้ยื่นคำร้องร่วมกันตามวรรคหนึ่ง โดยมีได้มีการสมรสตามกฎหมายอื่น

มาตรา ๘ (๒) ตามข้อมูลที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง คูรักที่มีบุตรยากยอมให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับการช่วยการเจริญพันธุ์ ทั้งนี้ การให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าวจะต้องให้ก่อนที่จะดำเนินการปฏิสนธิเทียมในแต่ละครั้ง ซึ่งแบบแสดงความยินยอมถือเป็นส่วนหนึ่งของเวชระเบียน^๓

^๑ Charter of Fundamental Rights and Freedoms

Article 10 (2) Everyone has the right to be protected from any unauthorized intrusion into her private and family life.

^๒ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Article 8 – Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

^๓ Act no. 373/2011 on Specific Health Services

Section 6

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๖๑ ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญซึ่งยื่นมาตามมาตรา ๗๒ ของรัฐธรรมนูญที่ ๑๘๒/๑๙๙๓ ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Act No. 182/1993 Coll., on the Constitutional Court) โดยเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพิกถอนคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในเบื้องต้นแล้วเห็นว่า คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องด้วยเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเริ่มต้นการพิจารณาโดยมีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีหน้าที่และอำนาจที่จะก้าวล่วงกระบวนการตัดสินใจของศาลยุติธรรม (decision-making activity) เนื่องจากมิได้เป็นองค์กรสูงสุดของระบบศาล (มาตรา ๘๓ มาตรา ๙๐ และมาตรา ๙๑ ของรัฐธรรมนูญ) แต่กระนั้นก็เป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะต้องคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (constitutionality) มากกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมาย (legality) (มาตรา ๘๓ ของรัฐธรรมนูญ) นอกจากนี้ ยังเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่จะต้องดำเนินการพิจารณาคดี การตัดสินใจและการประเมินข้อเท็จจริงแห่งคดี รวมถึงปรับใช้และตีความบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่ว่า ศาลยุติธรรมยอมพิจารณาและประเมินเงื่อนไขว่าเพียงพอต่อการยื่นคำร้องหรือไม่ และจะต้องให้ความเห็นในแง่มุมตามขั้นตอนของกฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การแทรกแซงของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการตัดสินใจของศาลยุติธรรมที่ไม่เหมาะสมและแสดงให้เห็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นว่า ศาลยุติธรรมได้พิจารณาเหตุการณ์ทุกอย่างที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดี โดยมีการประเมินหลักกฎหมายและปรับใช้บรรทัดฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังที่ปรากฏในธรรมนูญสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ขณะที่ในส่วนข้อโต้แย้งของผู้ร้องซึ่งปรากฏในคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนั้นก็เพียงพอที่ศาลยุติธรรมจะใช้ในการตัดสินใจโดยแสดงให้เห็นถึงเหตุผลทางกฎหมายที่นำไปสู่การพิพากษา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ศาลสูงสุดได้พิจารณาการละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวของผู้ร้องโดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป จากนั้นจึงเห็นว่า สิทธิในการได้รับการเคารพชีวิตครอบครัว (the right to respect for a 'family life') มิได้คุ้มครองเฉพาะความประสงค์ที่จะจัดตั้งครอบครัวเท่านั้น (the mere wish to establish a family) แต่ยังรวมถึงการดำรงอยู่ของครอบครัว (the existence of a

(1) Artificial insemination can be performed on a woman of childbearing age if her age has not exceeded 49 years, based on a written request from a woman and man who intend to undertake this health service together (hereinafter referred to as the 'Infertile Couple'). The application of an Infertile Couple requesting artificial insemination must not be older than 6 months; it forms part of the woman's medical documentation.

(2) Artificial insemination cannot be carried out on a woman who is related to the man with whom she submitted the application under paragraph 1 in a way that excludes marriage under another regulation.

Section 8

(2) Based on the information provided in paragraph 1, the Infertile Couple shall give written consent to assist reproduction; written consent must be given repeatedly before each artificial insemination. The consent forms part of medical records kept on the Recipient.

family) อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในกรณีของผู้ร้อง สิทธิในการได้รับการเคารพชีวิตครอบครัวย่อมสิ้นสุดลงจากการเสียชีวิตของสามีผู้ร้อง ด้วยเหตุนี้ ศาลสูงสุดจึงไม่พบว่ามีกรณีละเมิดสิทธิในครอบครัว รวมถึงสิทธิในการรับการเคารพชีวิตครอบครัวแต่อย่างใด อนึ่ง ข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้บริการสาธารณสุขเฉพาะทาง (the Act on Specific Health Services) กำหนดและอนุญาตให้ดำเนินกระบวนการเจริญพันธุ์ได้แต่เฉพาะระหว่าง “ผู้ที่ยังมีชีวิต” (Inter vivos หรือ between the alive)) และเฉพาะการรักษาภาวะมีบุตรยากเท่านั้น ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ครอบคลุมไปถึงความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของชายที่เสียชีวิตซึ่งไม่สามารถที่จะอนุমানจากตัวบทบัญญัติของกฎหมายหรือจากคำอธิบายทางกฎหมายได้

จากการเสียชีวิตของฝ่ายชายซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของคู่รักที่มีบุตรยาก (the infertile couple) ก็ส่งผลให้ไม่อาจถือได้ว่าคู่รักดังกล่าวเป็นคู่รักที่มีบุตรยากอีกต่อไปได้ รวมถึงไม่อาจ “ปฏิบัติ” ต่อผู้นั้นในฐานะที่เป็นคู่รักที่มีบุตรยากได้ด้วย ด้วยเหตุนี้ ศาลสูงสุดจึงไม่อาจหาเหตุผลที่จะนำไปสู่ข้อสรุปเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในการได้รับการเคารพชีวิตส่วนตัวของผู้ร้อง เนื่องจากแม้ว่าจะเข้าใจข้อโต้แย้งทั้งหมดของผู้ร้องก็ตาม นอกจากนี้ ผู้ร้องมิได้ระบุในคำร้องขออนุญาตฎีกาต่อศาลสูงสุดว่า ตนถูกจำกัดโอกาสที่จะกลายเป็นแม่คนในอนาคตอย่างสมบูรณ์ ฉะนั้น โดยหลักการแล้ว คำร้องขออนุญาตฎีกาต่อศาลสูงสุดของผู้ร้องย่อมเป็นการโต้แย้งโดยตรงต่อข้อเท็จจริงที่ว่า ตนไม่สามารถที่จะมีบุตรกับสามีที่เสียชีวิตได้อีกต่อไป ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีข้อโต้แย้งกับข้อสรุปข้างต้นของศาลสูงสุด

ศาลรัฐธรรมนูญตระหนักดีว่า เหตุการณ์ในชีวิตของผู้ร้องที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเหตุการณ์ที่มีความอ่อนไหวอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม ข้อสรุปที่ปรากฏในคำตัดสินของศาลยุติธรรมก็ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นว่า กรณียังเป็นไปได้ที่จะมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันกับศาลสูงสุด เนื่องจากการตัดสินดังกล่าวเห็นได้อย่างชัดเจนว่าได้มีการพิจารณาในมิติของกฎหมายรัฐธรรมนูญ และการวิเคราะห์กฎหมายของศาลสูงสุดก็แสดงให้เห็นว่า กรณีนี้มีข้อสงสัยที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งภูมิภาคยุโรป แต่ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศด้วย ทั้งนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการปฏิสนธิเทียม (artificial fertilization) อยู่บนพื้นฐานของศีลธรรม วัฒนธรรม ศาสนา และค่านิยมที่แตกต่างกันของแต่ละสังคม ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติว่าจะกำหนดเงื่อนไขหรือกฎเกณฑ์สำหรับการเกิดขึ้นของชีวิต (the emergence of life) ในลักษณะที่นอกเหนือไปจากประเพณีแบบดั้งเดิม (the traditional manner) อย่างไร

ส่วนในบริบทปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาสถานการณ์ตามที่ศาลสูงสุดกล่าวถึง เช่น กรณีการไม่สามารถตัดความสงสัยเกี่ยวกับเจตนาที่แท้จริงของสามีที่เสียชีวิตของโจทก์ที่จะต้องกลายเป็นพ่อคนแม้ว่าจะเสียชีวิตไปแล้วก็ตาม นอกจากนี้ แบบให้ความยินยอมในการแข่งขันเชื้ออสุจิยังมีการระบุไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการทำลายวัตถุชีวภาพในกรณีที่ฝ่ายชายเสียชีวิตเอาไว้ด้วย ซึ่งทั้งหมดนี้หมายความว่า เชื้ออสุจิที่ถูกแช่แข็งของฝ่ายชายที่เป็นคู่รักที่มีบุตรยากไม่สามารถที่จะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับคู่รักปกติภายหลังจากที่เสียชีวิตลงได้ แม้ช่วงระยะเวลาหกเดือนตามที่กฎหมายกำหนดไว้จะยังไม่สิ้นสุดลงภายหลังจากการเสียชีวิตของฝ่ายชายก็ตาม ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นชอบด้วยกับข้อสรุปดังกล่าว

เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วไม่พบว่ามีกรณีละเมิดสิทธิในการได้รับการเคารพชีวิตส่วนตัวและครอบครัวของผู้ร้อง จึงมีคำสั่งยกคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (ตามมาตรา ๘๒ (๑) ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ)

อนึ่ง บทบัญญัติมาตรา ๗๔ ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ กำหนดว่า ผู้ร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยเพิกถอนกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น เป็นคำร้องที่มีลักษณะที่เป็นส่วนเสริม (an ancillary nature) เนื่องจากการยื่นคำร้องดังกล่าวกระทำได้เฉพาะร่วมกับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่เป็นการโต้แย้ง คำตัดสินของหน่วยงานของรัฐที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของบทบัญญัติพิพาท ดังนั้น คำร้องดังกล่าวจึงเป็นคำร้องที่ “ร่วมชะตากรรม” (shares the fate) กับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น หากคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญถูกยกคำร้อง นั้นจึงทำให้เงื่อนไขพื้นฐานที่นำไปสู่การวินิจฉัย เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สมบูรณ์ ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยยกคำร้องที่ขอให้เพิกถอน บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวด้วย

I. ÚS 1099/18 dated 8 November 2018

In Vitro Fertilisation with Sperm of a Deceased Husband

**Czech Republic
JUDGMENT
Of the Constitutional Court
In the Name of the Republic**

The Chamber of the Constitutional Court, consisting of the Presiding Judge Tomáš Lichovník (Judge Rapporteur) and Judges Vladimír Sládeček and David Uhlíř, held on the matter of the constitutional complaint filed by the petitioner H. P., represented by JUDr. Petra Langerová, Ph.D, Schweitzerova 116/28, 779 00 Olomouc, and directed against the Judgment of the District Court in Pilsen – City dated 28 November 2016, file reference 31 C 41/2015-74, the Judgment of the Regional Court in Pilsen dated 30 May 2017, file reference 56 Co 84/2017-114, and the Judgment of the Supreme Court dated 21 February 2018, file reference 21 Cdo 4020/2017-134, and the petition seeking the annulment of Section 6 and Section 8 (2) of Act No. 373/2011 Coll., on Specific Health Services, with the participation of the secondary party NATALART s. r. o., Parková 11a, Pilsen, as follows:

I. The constitutional complaint shall be dismissed.

II. The petition seeking the annulment of Section 6 and Section 8 (2) of Act No. 373/2011 Coll., on Specific Health Services, shall be dismissed as inadmissible.

Reasoning:

I.

On 26 March 2018, the Constitutional Court was served the application seeking the initiation of the procedure on a constitutional complaint in accordance with Section 72 of Act No. 182/1993 Coll., on the Constitutional Court, as amended (hereinafter only the “Constitutional Court Act”), by means of which the Petitioner sought the annulment of the decisions of the ordinary courts cited above.

Prior to commencing to deal with the matter, the Constitutional Court examined the formal aspects of the submission and found that the submitted constitutional complaint complied with all the requirements prescribed by the Constitutional Court Act.

II.

Within the proceedings before the District Court in Pilsen – City, the Petitioner sought for the secondary party to comply with the duty consisting in performing artificial fertilisation using the Petitioner’s germ cell and cryopreserved sperm of the deceased P. P. The Petitioner stated that she was the patient of the secondary party as was her deceased spouse P. P. In the course of the treatment, the secondary party proposed to the Petitioner and her spouse an individual infertility treatment procedure, providing them with information on this procedure. On 26

April 2014, the Petitioner's deceased husband signed his informed consent to sperm cryopreservation prior to infertility treatment using the methods of assisted reproduction, by which he unambiguously agreed to have his sperm preserved frozen for the subsequent fertilisation of the Petitioner. Together with her spouse, the Petitioner signed on 15 December 2014 her informed consent to the infertility treatment via the in vitro fertilisation method, and they also expressed their consent to defrosting and using the sperm prior to the infertility treatment using assisted reproduction methods, when the sperm was intended to be defrosted and used for the infertility treatment. On the same day, the spouses P. signed their informed consent to an intracytoplasmic sperm injection, when the Petitioner was subsequently supposed to commence gradual administration of hormonal injections. The Petitioner's spouse deceased on 16 June 2015. The Petitioner stated that due to this event, her psychological condition deteriorated significantly and she was unable to undergo hormonal injections and oocyte collection immediately after her husband's death. The secondary party refused to complete the artificial fertilisation procedure due to the absence of valid consent of the Petitioner's spouse.

The competent district court concluded that the legal regulations only allowed for the fertilisation of a couple. At the time of submitting her application, the Petitioner did not live with a partner and was thus unable to apply to have the assisted reproduction performed. Even though the Petitioner's deceased spouse applied for artificial fertilisation and granted his first informed consent to its performance, according to the trial court, it is impossible to anticipate his further will in the course of the treatment and replace it with a court decision. According to the first instance court, the instant case does not even provide space for applying the institute of a previously expressed wish.

Following the Petitioner's appeal, the Regional Court in Pilsen affirmed the decision of the first instance court, concluding that the established facts did not allow the court to hold in her favour.

The Supreme Court examined the matter upon the application filed by the Petitioner, dismissing the application. In its decision, it thoroughly examined the particular case, as well as the comparison of individual national regulations. However, it did not conclude that there was an interference with the Petitioner's right to a private and family life. According to the Supreme Court, the procedure under the cited statute is "permissible only "inter vivos" (between the alive), and in addition, within "the infertility treatment", as the legislature's intention to cover the relationships arising from artificial fertilisation using the sperm of a deceased man cannot be inferred from the regulation itself or the statement of reasons. Unlike the legal regulation in Belgium or the Netherlands, the Czech legislation does not allow artificial fertilisation using the sperm of a deceased man, yet unlike France or the Federal Republic of Germany, it does not prohibit such artificial fertilisation nor explicitly request a declaration from the provider of the biological material concerning how the biological material is to be treated upon their decease, as is the case in Great Britain, while the latter is obvious from the provisions of Section 8 of the Act on Specific Health Services. The provisions of Section 3 (1) (a) of Act on Specific Health Services associate assisted reproduction for the purposes of artificial fertilisation of a woman solely with medical reasons within "the treatment of her infertility or the man's infertility" and the provisions of Section 6 (1) of Act on Specific Health Services enables (allows) artificial fertilisation to be performed on a woman of fertile age if her age has not exceeded 49 years, on the basis of a written application of the woman and the man who intend to undergo this health service together, i.e. to an "infertile couple". It is obvious from the above that after the decease of the man who is

part of the infertile couple, the infertile couple can no longer be conceptually considered, and therefore it is not possible to “treat” such an infertile couple. In addition, it cannot be considered that the six-month period provided for in the provisions of Section 6 (1), sentence two before the semicolon of the Act on Specific Health Services, is analogous to the maximum conservation period of the biological material of the infertile couple. The provisions of the Act requiring the written consent of the infertile couple, not older than six months, also protect the man providing the biological material for the conception, allowing him to withdraw his consent at any time. In the instant case, the doubts concerning the actual will of the plaintiff’s deceased husband to become a father even after his death cannot be completely ruled out. The informed consent to sperm cryopreservation actually contained explicit provisions on the destruction of this biological material in the event of his death. The above also means that the cryopreserved sperm of the man creating an infertile couple cannot be used to treat this couple after death, even if the six-month limitation period has not yet elapsed following the man’s decease.”

In her constitutional complaint, the Petitioner considers the contested decisions of the ordinary courts as erroneous, based on an incorrect assessment of the matter. At the same time, she believes that the decisions interfered with her right to private and family life, which is a natural right of a human being. The Petitioner states that the case law of the Supreme Court and the Constitutional Court has previously inferred that the existence of a family does not require both parents. The Petitioner believes that her claim cannot be rejected solely due to the fact that her husband deceased when he had granted his consent to artificial fertilisation using his frozen sperm. The ordinary courts failed to respect the will of the Petitioner’s spouse, whose wish was to conceive offspring with his wife by means of artificial fertilisation. If the courts have concluded that it is possible to anticipate the subsequent will of the Petitioner’s spouse in the course of artificial fertilisation, the Petitioner emphasises that the court’s opinion fails to correspond to the facts of the matter, when Mr P. P. granted his informed consent for an unlimited term, unconditionally, and that he never withdrew his consent. Performing artificial fertilisation using the germ cells of her deceased husband will not result in any damage to the rights of any other entities. The Petitioner believes that the decision of the ordinary courts is contrary to Art. 10 (2) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms and Art. 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

The Petitioner believes that the provisions of Section 6 and Section 8 (2) of Act No. 373/2011 Coll., on Specific Health Services, cannot restrict the Petitioner’s right to have artificial fertilisation performed using the germ cells of her spouse. The Petitioner also believes that she cannot be a hostage to the fact that the Act on Specific Health Services does not contain the provisions which would address the Petitioner’s life situation. For this reason, the Petitioner believes that the above provisions are contrary to Art. 10 (2) of the Charter of the Fundamental Rights and Freedoms (hereinafter only as the “Charter”) and seeks their annulment.

III.

As for the instant constitutional complaint, the District Court in Pilsen – City stated that in its view, the constitutional complaint was ill-founded, referring to the reasoning behind the decisions contested by the constitutional complaint. As for the Petitioner’s application seeking the annulment of Section 6 (1) of Act No. 373/2011 Coll., the district court stated that it considered it as constitutionally conformable.

As for the instant constitutional complaint, the Regional Court stated that the Petitioner's application could not be allowed owing to the inconsistency with Act No. 373/2011 Coll. In the view of the regional court, there was no interference with the Petitioner's right to private and family life within the proceedings before the ordinary courts.

In its statement, the Supreme Court pointed out that the Petitioner's case had been examined primarily from the perspective of whether the application of the relevant substantive legal regulations would result in an interference with the right to private and family life guaranteed by Art. 8 of the Convention. On the basis of the performed assessment, it concluded that it was not the case, as the Czech legal order did not deprive the Petitioner of the right to have a child. Only in the case of artificial fertilisation does it implicitly not allow the use of the cryopreserved sperm of her deceased spouse, as there is no longer a "couple" whose infertility could be treated. The courts could not address the issue whether it would also have been possible to achieve the aim pursued by the Petitioner in another manner, for example in a jurisdiction in which any such treatment is explicitly admissible or possibly outside the system of public health insurance. The Supreme Court believes that despite the absence of an explicit rule covering the situations in which the Petitioner finds herself, there was no interference with her right to private and family life under Art. 8 of the Convention.

The Petitioner exercised her right to reply to the statements of the parties to the proceedings and pointed out that at the beginning of the relationship with the secondary party to the proceedings, there actually had been a "couple" who wished to conceive a child using cryopreserved sperm. Relying on the statement of the Supreme Court, the Petitioner claimed that, with respect to a possible violation of her right to private and family life, she perceived it as erroneous to insist on the requirement of the 6-month limitation period of the consent to the artificial fertilisation owing to the fact that this requirement was substantiated with the reference to the child's right to know their parents. The Petitioner points out that this justification contradicts the situation when the mother's egg is fertilised using the sperm of an anonymous donor who has no actual relationship with her mother, nor is he interested in establishing a family with her. In such a case, the mother's partner becomes a legal father without having a biological influence on the child's conception. The aforementioned situation would thus be completely illogically superordinate to the instant case, which was initiated by the Petitioner and her deceased spouse who wished to have a child together. The Petitioner is prevented from undergoing artificial fertilisation with her deceased husband's sperm, referring to the formal obstacles of the case and the argument that the child has the right to know their parents. In the Petitioner's view, her situation is at least on the same level with the anonymous donor situation described above. In addition, in the course of artificial fertilisation using the anonymous donor's sperm, the mother's "partner" may also be an "invited" person only to comply with the statutory obligation to have a couple attending any such artificial fertilisation. The Petitioner perceives herself as being disadvantaged by the current legal regulation.

IV.

The Constitutional Court must first note that it is not another instance in the ordinary courts system, and in principle, it is not competent to intervene in their decision-making activity, as it is not the supreme body of their system (cf. Art. 83, Art. 90, Art. 91 of the Constitution). It is the task of the Constitutional Court to protect constitutionality (Art. 83 of the Constitution), rather than mere legality. It is the task of the ordinary courts to hold judicial proceedings,

determine and assess the facts of the case, and to apply and interpret any other than constitutional regulations. Their task consists in the fact that they examine and assess whether conditions have been established for the application of a particular legal institute and that they provide the reasoning behind their reflections in this sense in a statutory procedure. An intervention of the Constitutional Court may only be taken into account in identifying the most serious faults constituting breaches of constitutionally guaranteed fundamental rights and freedoms, especially if the conclusions of the ordinary courts were grossly inappropriate and demonstrated signs of arbitrariness.

According to the Constitutional Court, when deciding on the instant case, the ordinary courts took into account all the circumstances which emerged in the proceedings, properly assessed the matter in legal terms, and applied the legal norms with respect to the constitutional principles contained in the Charter. The Petitioner's objections, which have also been submitted again in the constitutional complaint, were sufficiently addressed by the ordinary courts, providing a detailed reasoning behind their legal conclusions. In particular, the Supreme Court dealt with a possible interference with the Petitioner's right to private and family life. Relying on the case law of the European Court of Human Rights, it concluded that the right to respect for a "family life" did not protect the mere wish to establish a family but it anticipated the existence of a family. However, in the Petitioner's case, it ceased to exist upon her spouse's decease. The Supreme Court thus did not find any interference with the right to family life. The same conclusion was drawn by the Supreme Court concerning the right to respect for private life, as well. It proceeded from the fact that the Act on Specific Health Services regulated and allowed fertilisation only "inter vivos" (between the alive), and in addition solely within "infertility treatment", when the legislature's intention to cover the relationships arising from the artificial fertilisation using the sperm of a deceased man could not be inferred from the regulation itself or the statement of reasons. Following the decease of the man who is part of the infertile couple, the infertile couple can no longer be conceptually considered, and therefore it is not possible to "treat" such an infertile couple. The Supreme Court thus did not find a reason to adopt a conclusion on the actual interference with the right to respect for the Petitioner's private life, since even though it is possible to completely understand the Petitioner's objections, similarly to the case of *E. v the United Kingdom*, she does not claim in her Supreme Court application that she would be completely deprived of the possibility to become a mother in the future. In principle, her Supreme Court application was directed against the fact that she would no longer be able to conceive a child with her deceased spouse. The Constitutional Court has no objections to the above conclusions of the Supreme Court.

The Constitutional Court is aware that the life situation described above, in which the Petitioner has found herself, is extremely sensitive. However, the conclusions contained in the decisions of the ordinary courts are considered constitutionally conformable. In its view, as for the details, it is possible to completely rely on a very similar reasoning of the Supreme Court, the decision-making of which obviously took into account the constitutional law dimension of the whole case. The analysis of the legal regulation conducted by the Supreme Court implies that this is not a topic uniformly treated within Europe and, in its very essence, depends on the legislation of the particular State. The legal regulation concerning artificial fertilisation is based on the moral, cultural, religious and ethical values of the particular society. According to the Constitutional Court, it is primarily up to legislature to lay down the conditions and rules for the emergence of life in any other than the traditional manner.

In the context of the instant case, the Constitutional Court considers as essential mainly the circumstance also referred to by the Supreme Court, i.e. that in this case, “the doubts concerning the actual will of the plaintiff’s deceased husband to become a father even after his death cannot be completely ruled out. The informed consent to sperm cryopreservation actually contained explicit provisions on the destruction of this biological material in the event of his death. The above also means that the cryopreserved sperm of the man creating an infertile couple cannot be used to treat this couple after death, even if the six-month limitation period has not yet elapsed following the man’s decease.” The Constitutional Court agrees with this conclusion.

As the Constitutional Court did not find a violation of the Petitioner’s right to respect for her family and private life, the constitutional complaint was dismissed as ill-founded (Section 82 (1) of the Constitutional Court Act).

The provisions of Section 74 of the Constitutional Court Act imply that a petition seeking the annulment of a law or any other legal regulation is of an ancillary nature, as it may only be filed with a constitutional complaint directed against a decision of the public authority issued on the basis of the application of a contested legal regulation or part thereof, and this petition “shares the fate” of the constitutional complaint.

If the constitutional complaint was dismissed, the basic condition for possible discussion of the petition seeking the annulment of the law was not complied with, and the Constitutional Court has therefore dismissed the petition seeking the annulment of part of the Act as inadmissible.

Instruction: The judgment of the Constitutional Court cannot be appealed.

In Brno, on 8 November 2018

Tomáš Lichovník
Presiding Judge

Dissenting opinion of Judge David Uhlíř

I disagree with the judgment of the First Chamber in this case (hereinafter only as the “Judgment”), and in accordance with the provisions of Section 22 of the Constitutional Court Act, I hereby submit my dissenting opinion. I do believe that all the contested judgments were supposed to be set aside and the contested provisions of Act No. 373/2011 Coll., on Specific Health Services, were supposed to be interpreted in a constitutionally conforming manner.

The decision of a man and a woman to conceive a child together is their sovereign private right which is not to be interfered with by the State. In essence, there is no greater private matter in family life than conceiving a child and parenthood. Similarly, the free will of the woman is also respected, not only whether she wishes to conceive a child, but also whether she wishes to carry the conceived child to term; even in this case, the law respects this decision as part of the right to private life. The protection of these rights is conferred on each individual by the Charter of Fundamental Rights and Freedoms in its Article 10 (2).

On the other hand, there are exceptional and eugenically justifiable cases, such as restrictions imposed by the Criminal Code in the provisions concerning the criminality of intercourse between relatives; a similar meaning is also provided by the provisions of Section 6 (2) of the Act on Specific Health Services, which do not allow artificial fertilisation to be performed in the case of a couple with a family relationship excluding the conclusion of marriage. However, these exceptional cases do not at all apply to the instant case.

Medical techniques of assisted reproduction enable a child to be conceived even for couples who are unable to conceive naturally. Owing to the fact that conception using assisted reproduction techniques requires the co-operation of the healthcare facility, and that assisted reproduction is to a large extent covered by public health insurance, the State was provided with a possibility and need to enter this field of private and family life and to regulate human reproduction if operated with the assistance of a physician. However, this regulation restricts the fundamental rights to private and family life in certain manners, for example by setting an upper age limit for artificial fertilisation. Nevertheless, all such restrictions must be interpreted in accordance with Article 4 (4) of the Charter, i.e. their application must protect the substance and meaning of fundamental rights and freedoms and restrictions must not be misused for purposes other than those for which they were established.

In this case, the restrictive provisions include the provisions of Section 6 (1) and Section 8 (2) of the Act on Specific Health Services, according to which the application of an infertile couple for artificial fertilisation must not be older than 6 months and prior to any artificial fertilisation, the infertile couple is required to grant their written consent. It is necessary to clarify the purpose of these limitations. I believe that these limitations only serve to prevent conception without the consent of the man who is to become the father of the child. The courts, however, interpreted these limitations in violation of Article 4 (4) of the Charter and abused them to prevent the completion of the infertile couple's previously initiated treatment after the decease of the man in this couple.

There is no provision in the Czech legal order which would imply that the use of the sperm after the death of the man who donated the sperm has been excluded from use for assisted reproduction; in broader terms, it may be stated that the same applies to the embryo if one of the biological parents or both have died. Donating germ cells or embryos is routinely performed without the healthcare facility verifying whether anonymous donors or donors are still alive. I have not found any justifiable reason why a non-anonymous donor should be subject to stricter scrutiny than an anonymous donor.

In a situation where no explicit provision of the Act prohibits the use of frozen sperm after the death of its donor, it is appropriate to follow the wishes of the deceased. Respecting the wish of an individual even after their death is an important cultural institute on which the entire inheritance law is based and which is common to almost all cultures. Even in this case, which does not concern a material estate as in the inheritance proceedings, but the most intimate element of human privacy, it should not be decided in the proceedings before the courts without first establishing the actual wish of the deceased and considering its significance.

I am convinced that it is insufficient to infer the wish of the deceased only from the wording of the pre-printed "Instruction and informed consent to cryopreservation (freezing) of sperm prior to infertility treatment by assisted reproduction methods". The wording on which the Supreme Court's contested decision is based literally reads only as follows: "The storage of

sperm will also be terminated in the event of the man's death, unless clearly indicated otherwise."

Without determining what led a man at the age of 32 years to apply for sperm cryopreservation, what his state of health was, what ideas of the result of the assisted reproduction he had, the motives for his decision, or how he expressed himself before his or her closest relatives, it is impossible to draw a reliable conclusion on what his wishes were. And if his wishes have not been established, it cannot be said whether the contested judgments are in accordance or inconsistent with his pre-mortal wishes, while I perceive the acceptance of any such wish as a fundamental expression of the State's respect for the autonomous sphere of man. Even in the area of sub-constitutional law, this requirement is expressed explicitly in Section 81 (1) of the Civil Code, according to which the "personality of an individual including all his natural rights are protected. Every person is obliged to respect the free choice of an individual to live as he pleases."

In addition, I cannot accept an interpretation of the law according to which the opinion of the deceased, in the case of using their organs for the purposes of transplantation, is not only respected, but consent is even presumed, while in the case of using frozen sperm, the opinion of the deceased is deemed irrelevant.

The law is a human creation and therefore is intended to serve human society as a whole and as a person as an individual. I do not share the concept according to which society and the individual should serve the literal interpretation of the law; this is based on the conviction of the superterrestrial origin and the meaning of the wording of the law. I would like to recall the idea of the Constitutional Court reiterated on a number of occasions, namely that the ordinary court is not bound by the literal wording of the law in absolute terms, but that it may and must deviate from it if required by the purpose of the law. What is essential here is that the interpretation of a law that would allow the Petitioner to conceive a child would not in any manner damage the rights of other entities. The healthcare facility itself, which has been a party to the proceedings before the ordinary courts, has expressed its willingness to settle the case and perform the assisted reproduction. The only persons who would be directly affected by the birth of the child, i.e. the parents of the Petitioner's deceased spouse, the potential grandparents of the child, expressed their consent to the Petitioner's wishes.

In this context, I consider it important that both the healthcare facility, which was the party to the proceedings before the ordinary courts, and the courts themselves repeatedly expressed in their statements and decisions their understanding of the Petitioner's wish to conceive a child but failed to and may not have been prepared to interpret the relevant provisions of Act No. 373/2011 Coll., on Specific Health Services, in a constitutionally conforming manner, and at the same time to comply with the Petitioner's wish essential in her life. In a broader perspective, it is also necessary to recall Article 6 (1) of the Charter, according to which everyone has the right to life and human life is worthy of protection even before birth. Certainly, it cannot be said that the still unconcealed and unborn child has a potential right to life, yet it is impossible to rightfully justify why this hope for life in the instant case is deprived of the child solely due to the fact that their biological father died and why the Petitioner, wishing to be their mother, is deprived of this hope as well.

In order to fulfil the maxim that parenthood is under the protection of the law, and if the population decline of the nation and our country is to be averted, the State should welcome the desire and willingness of every couple and every woman to conceive, give birth and raise

every child who may come into the world, rather than find reasons and manners to make conception and birth of a child difficult or impossible.

I believe that my colleagues' opinion, expressed in this Judgment, is binding and valid only for this time and for this case. The relationship of the state's power to parenthood has undergone fundamental changes over the last few generations, ranging from the equalisation of children born in and outside wedlock to a change in law which allowed the use of assisted reproduction to conceive a child even by unmarried couples. Currently, there are many countries where there are fewer obstacles for the Petitioner to conceive a child using assisted reproduction and frozen sperm from her deceased husband. European countries' view of the issues of assisted reproduction is considerably variable depending on the place and time, as the Supreme Court has explained in detail in the reasoning behind the Judgment 21 Cdo 4020/2017-134. Even though I disagree with the decision contained in the judgment, the care which the Supreme Court's chamber has devoted to the matter deserves recognition and, in my opinion, also suggests that, in the meta-legal context, the ordinary courts accepted the Petitioner's wishes.

I do hope that there will be a change and liberalisation of the law or that the plenum of the Constitutional Court will have an opportunity to decide in accordance with Section 11 (2) (i) of the Constitutional Court Act on a statement on the legal opinion of a different chamber which will deviate, in a similar yet different case, from the legal opinion contained in the present Judgment I. ÚS 1099/18. However, I am afraid that it will not be of any practical significance to the Petitioner.

David Uhlíř

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย
คำวินิจฉัยที่ G 139/2019-71 วันที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)
กรณีการช่วยเหลือเพื่อกระทำอัตวินิบาตกรรมในทุกรูปแบบขัดต่อสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง*

นายนิติกร จิรฐิติกาลกิจ
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองได้อย่างอิสระ (A right to free self-determination) ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญในหลายกรณี โดยเฉพาะสิทธิในชีวิตส่วนตัว (the right to private life) สิทธิในชีวิต (the right to life) รวมไปถึงหลักความเสมอภาค (the principle of equality) ด้วย ขณะเดียวกันสิทธิดังกล่าวยังครอบคลุมไปถึงเสรีภาพที่จะจบชีวิตของตนเอง (the freedom to end one's own life) กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดตัดสินใจที่จะจบชีวิตของตนเอง การตัดสินใจดังกล่าวย่อมต้องได้รับการเคารพจากรัฐ ซึ่งเป็นไปตามพื้นฐานเกี่ยวกับเจตจำนงเสรี (the free will) ของปัจเจกบุคคล นอกจากนี้ สิทธิที่จะจบชีวิตของตนเอง ยังหมายรวมถึงเสรีภาพในการแสวงหาหรืออาจได้รับข้อเสนอในการช่วยเหลือจากบุคคลที่สามเพื่อวัตถุประสงค์ในการจบชีวิตตนเองด้วย ดังนั้น ข้อห้ามโดยสัมบูรณ์ (the absolute prohibition) สำหรับการให้ความช่วยเหลือเพื่อกระทำอัตวินิบาตกรรมตามมาตรา ๗๘ ของประมวลกฎหมายอาญา จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

๒. สรุปข้อเท็จจริง

มาตรา ๗๘ ของประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch – StGB) กำหนดให้ ผู้ใดชักจูง (induces) ให้ผู้อื่นกระทำอัตวินิบาตกรรมตนเอง (ลักษณะแรก - เน้นโดยผู้แปล) หรือช่วยเหลือผู้อื่นให้กระทำการดังกล่าว (ลักษณะที่สอง - เน้นโดยผู้แปล) ต้องระวางโทษจำคุกระหว่างหกเดือนถึงห้าปี ขณะที่มาตรา ๗๗ กำหนดให้การลงโทษจำคุกย่อมกำหนดแก่บุคคลที่ฆ่าผู้อื่นโดยการถูกร้องขออย่างจริงจังจากผู้นั้น

ผู้ร้อง ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา จำนวน ๔ คน โดย ๒ คนในจำนวนดังกล่าวนี้มีอาการเจ็บป่วยอย่างรุนแรง ได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญระบุว่า มาตรา ๗๗ และมาตรา ๗๘ ของประมวลกฎหมายอาญา ละเมิดสิทธิในการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ชีวิต และการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัวและครอบครัว (right to protect for human dignity, life and respect for private and family life) อันเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครอง ทั้งนี้ บทบัญญัติพิพาทดังกล่าวส่งผลให้ผู้ร้องสามคนไม่สามารถที่จะจบชีวิตด้วยพฤติการณ์ที่มีศักดิ์ศรีและจากการตัดสินใจด้วยตนเองได้ (a dignified and self-determined manner) ขณะที่ผู้ร้องที่สี่ เป็นนักเวชศาสตร์ปฏิบัติและผู้เชี่ยวชาญด้านวิสัญญีวิทยาและเวชศาสตร์ผู้ป่วยหนัก (a general practitioner and specialist in anesthesiology and intensive care medicine) อ้างว่า ตนไม่สามารถที่จะเติมเต็มความประสงค์ของผู้ป่วยที่

* โปรดดู คำวินิจฉัยฉบับเต็มที่ได้ที่ 'G 139/2019-71' (Constitutional Court of Austria, 11 December 2020) https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_139-2019_EN_shortened_Version_Website.pdf สืบค้นเมื่อ ๑๔ มิถุนายน ๒๕๖๗.

ต้องการให้ช่วยเหลือในการกระทำอัตวินิบาตกรรมโดยที่ตนปราศจากผลกระทบที่จะเกิดขึ้นทั้งในทางอาญาทางวินัย และทางจริยธรรมได้

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ กฎหมายแห่งสหพันธ์ว่าด้วยการกระทำที่ต้องถูกลงโทษโดยองค์การตุลาการ - ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๗ (การฆ่าโดยคำร้องขอ) ผู้ใดฆ่าผู้อื่นตามคำร้องขออย่างจริงจัง ต้องระวางโทษจำคุกระหว่างหกเดือนถึงห้าปี

มาตรา ๗๘ (การช่วยเหลือในการกระทำอัตวินิบาตกรรม) ผู้ใดชักจูงผู้อื่นให้กระทำอัตวินิบาตกรรมตนเองหรือช่วยเหลือบุคคลนั้นให้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกระหว่างหกเดือนถึงห้าปี^๒

๓.๒ รัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ว่าด้วยการปฏิบัติของแพทย์วิชาชีพและการนำเสนอวิชาชีพของแพทย์ ค.ศ. ๑๙๙๘

มาตรา 49a (การช่วยเหลือการตาย)

(๑) แพทย์ต้องให้การช่วยเหลือการกระทำอัตวินิบาตกรรมของผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาระหว่างที่ตนต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีของผู้ป่วยด้วย

(๒) ภายใต้คำแนะนำของวาระคดีหนึ่ง มาตรการที่อยู่ภายใต้การรักษาพยาบาลแบบประคับประคองชีวิต (the framework of indications of palliative medicine) โดยเฉพาะสำหรับผู้ป่วยที่เสียชีวิต หรือมาตรการเพื่อประโยชน์อันเกี่ยวกับการบรรเทาความเจ็บป่วยร้ายแรงและความทุกข์ทรมานเป็นสิ่งที่ยอมรับได้^๓

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระ (right to free self-determination) เป็นหนึ่งในสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองและเกี่ยวข้องกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่หลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในชีวิตส่วนตัว (the right to private life) สิทธิในชีวิต (the right to life) รวมไปถึงหลักความเสมอภาค (the principle of equality) ขณะเดียวกัน สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระยัง

^๒ the Federal Law on Acts Subject to Judicial Sanction of 23 January 1974 – Criminal Code Section 77 (Killing on request) Anyone who kills another person upon their serious and emphatic request is to be sentenced to a prison terms of between six months and five years.

Section 78 (Assistance to suicide) Anyone who induces another person to kill themselves or assists them in doing so is to be sentenced to a prison term of between six months and five years.

^๓ the Federal Act on the Exercise of the Medical Profession and the Professional Representation of Physicians

Section 49a (Assistance to the dying)

(1) Physicians have to provide assistance to dying patients taken over for treatment, while respecting the patients' dignity.

(2) Within the meaning of paragraph 1, measures taken within the framework of indications of palliative medicine, in particular for dying patients, the benefit of which in relieving the most severe pain and suffering outweighs the risk of an accelerated loss of vital functions, are permitted.

ประกอบด้วยสิทธิในการปกครองชีวิตตนเอง (the right to govern one's own life) และสิทธิที่จะตายอย่างมีศักดิ์ศรี (the right to die in dignity) อย่างไรก็ดี สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระยังครอบคลุมไม่เพียงแต่เฉพาะการตัดสินใจและการกระทำของบุคคลที่ประสงค์จะกระทำอัตวินิบาตกรรมเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงสิทธิของบุคคลที่จะให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลที่สามที่ประสงค์จะให้ช่วยกระทำอัตวินิบาตกรรมด้วย

อนึ่ง ข้อห้ามในการช่วยเหลือการกระทำอัตวินิบาตกรรมอาจถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างร้ายแรง ดังเช่นที่มาตรา ๗๘ ลักษณะที่สอง ของประมวลกฎหมายอาญา^๔ กำหนดห้ามมิให้ช่วยเหลือการกระทำอัตวินิบาตกรรมโดยปราศจากข้อยกเว้น บทบัญญัติดังกล่าวย่อมชักนำให้บุคคลจบชีวิตของตนเองด้วยวิธีการที่ลดคุณค่า (degrading manner) เนื่องจากบุคคลนั้นสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระ ซึ่งชีวิตที่ตัดสินใจได้ด้วยตนเองดังกล่าวย่อมทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ถูกรับรองในสถานการณ์ดังกล่าวอีกต่อไป นอกจากนี้ ในกรณีที่ระบกกฏหมายอนุญาตให้บุคคลสามารถจบชีวิตของตนเองอย่างมีศักดิ์ศรีและบนพื้นฐานของการตัดสินใจได้ด้วยตนเองอย่างอิสระในช่วงเวลาที่ตนกำหนดได้นั้น กรณีย่อมเป็นการยึดชีวิตของบุคคล เนื่องจากผู้นั้นจะรู้สึกว่าคุณบังคับให้ต้องจบชีวิตด้วยวิธีการที่ลดคุณค่า (degrading manner) ดังนั้น ชีวิตของบุคคลย่อมถูกยึดออกไป หากผู้นั้นต้องการจบชีวิตของตนเองในช่วงเวลาที่ตนเลือกและด้วยความช่วยเหลือจากบุคคลที่สาม (a third party's assistance) อย่างไรก็ดี ด้วยข้อห้ามการช่วยเหลือการกระทำอัตวินิบาตกรรมโดยปราศจากข้อยกเว้นนั้น มาตรา ๗๘ ลักษณะที่สอง จึงมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจว่าจะจบชีวิตของตนเองอย่างมีศักดิ์ศรีเมื่อใด อนึ่ง เนื่องจากการกระทำอัตวินิบาตกรรมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถย้อนกลับได้ การตัดสินใจอย่างอิสระของบุคคลที่จะจบชีวิตตนเองจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจที่มีผลถาวร (a decision of lasting effect) หากใช้อยู่บนพื้นฐานของอารมณ์ชั่ววูบไม่ (a transient mood) ดังนั้น ทั้งการคุ้มครองชีวิต (the protection of life) และสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (the right to self-determination) จึงมีผลทำให้ผู้ร่างกฎหมายอนุญาตให้มีการช่วยเหลือการกระทำอัตวินิบาตกรรมโดยบุคคลที่สาม โดยมีเงื่อนไขว่าการตัดสินใจนั้นจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระ เช่น การแจ้งเจตนายินยอม (an informed act of will)

จากมุมมองด้านสิทธิขั้นพื้นฐาน (a fundamental rights perspective) พบว่า กรณีไม่มีความแตกต่างกันระหว่าง ผู้ป่วยที่ปฏิเสธที่จะยืดอายุขัย (a patient that refuses life-prolonging) หรือปฏิเสธการพยุงชีพด้วยวิธีทางการแพทย์ (life-maintaining medical measures) หรือโดยการใช้สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองภายใต้ความประสงค์ที่จะมีชีวิตอยู่ (living will) กับ บุคคลผู้ที่ประสงค์จะกระทำอัตวินิบาตกรรมด้วยการช่วยเหลือ อันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองเพื่อจบชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี ซึ่งหากพิจารณาในแง่มุมมองของการตัดสินใจของทั้งสองกรณีดังกล่าวจะเห็นว่า ถือเป็นการตัดสินใจที่อยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระ (free self-determination)

นอกจากนี้ มาตรา ๔๘a ของรัฐบัญญัติการแพทย์ ค.ศ. ๑๙๙๘ (the Physicians Act of 1998) อนุญาตให้มีการกระทำการุณยฆาตเชิงรุก (active euthanasia) ภายในขอบเขตที่จำกัด กล่าวคือ แพทย์อาจอนุญาตให้มี

^๔ มาตรา ๗๘ ของประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการช่วยเหลือบุคคลให้กระทำอัตวินิบาตกรรม ซึ่งในมาตราดังกล่าวแบ่งการกระทำออกเป็น ๒ ลักษณะ คือ ลักษณะแรก เป็นการ “ชักจูง” (induce) ให้ผู้อื่นกระทำอัตวินิบาตกรรม ขณะที่ลักษณะที่สอง เป็นการ “ช่วยเหลือ” (assist) ผู้อื่นให้กระทำอัตวินิบาตกรรม กรณีจึงเป็นปัญหาว่าการให้ความ “ช่วยเหลือ” ในทางการแพทย์เพื่อให้ผู้ป่วยจบชีวิตของตนเองนั้น ถือเป็นความผิดตามลักษณะที่สอง ของมาตรา ๗๘ หรือไม่ (ขยายความโดยผู้แปล)

การเร่งรัดการเสียชีวิตซึ่งเป็นมาตรการบรรเทาความเจ็บป่วยที่เป็นผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ของผู้เสียชีวิต หากประโยชน์ของการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อบรรเทาความเจ็บป่วยที่รุนแรง นอกจากนี้ กฎหมายยังอนุญาตให้กระทำการุณยฆาต (เชิงรับ) โดยการเพิกเฉยที่จะให้การรักษา (omission) กล่าวคือ ไม่ว่าผู้ป่วยจะเห็นด้วยกับการรักษาทางการแพทย์หรือปฏิเสธการรักษาก็ตาม แพทย์จะต้องเคารพการตัดสินใจดังกล่าว โดยมีพักต้องพิจารณาว่า การตัดสินใจนั้นสอดคล้องเหมาะสมในมุมมองทางการแพทย์หรือไม่

ในมุมมองของศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การห้ามการช่วยเหลือการกระทำอัตวินิบาตกรรมตามมาตรา ๗๘ ลักษณะที่สองของประมวลกฎหมายอาญานั้น ในแง่หนึ่งถือว่าขัดแย้งกับอำนาจอธิปไตยของผู้ป่วย (the patient's sovereignty) ที่มีต่อการรักษาบนพื้นฐานของกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) และในอีกแง่หนึ่งก็ขัดแย้งกับมาตรา ๔๙a วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญการแพทย์ ค.ศ. ๑๙๙๘ ซึ่งอย่างน้อยก็เป็นการที่ผู้ป่วยได้แสดงความรู้สึกที่จะมีชีวิตอยู่อย่างใดก็ตาม ในแง่หนึ่ง หากผู้ป่วย (ไม่ว่าจะปฏิเสธหรือเพิกถอนความยินยอม) มีอิสระในการตัดสินใจว่าชีวิตของตนเองจะต้องถูกรักษาไว้หรือถูกยัดออกไประหว่างการรักษาทางการแพทย์ และในอีกแง่หนึ่ง การเสียชีวิตก่อนวัยอันควรของผู้ป่วย (the premature death of a patient) ภายใต้ขอบเขตของการรักษาทางการแพทย์ ซึ่งได้รับการยอมรับตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๙a วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญการแพทย์ ค.ศ. ๑๙๙๘ การปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือผู้ป่วยในการกระทำอัตวินิบาตกรรมโดยบุคคลอื่นไม่ว่าจะโดยรูปแบบใดก็ตามและเป็นการปฏิเสธสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองโดยปราศจากข้อยกเว้น ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจรับฟังได้

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นเพิ่มเติมว่า การตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระได้รับอิทธิพลจากเหตุการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่หลากหลาย ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายจึงต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิด เพื่อเป็นหลักประกันว่า บุคคลจะไม่ตัดสินใจที่จะจบชีวิตของตนเองภายใต้อิทธิพลของบุคคลที่สาม

นอกจากนี้ เนื่องจากปัจจัยชี้ขาดบางประการ (decisive factors) ไม่ได้อยู่ในวิสัยของบุคคลที่ประสงค์จะจบชีวิตของตนเอง (เช่น ครอบครัว สถานะทางการเงิน เงื่อนไขการเลี้ยงดู และกระบวนการจบชีวิตที่คาดหวังเอาไว้ เป็นต้น) ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ของรัฐ จึงจำเป็นที่จะต้องแก้ไขความแตกต่างของเงื่อนไขการดำรงชีวิตและต้องเป็นหลักประกันการเข้าถึงการรักษาพยาบาลแบบประคับประคองชีวิต (palliative medical care) ให้แก่บุคคลทุกคน แต่กระนั้นไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม เสรีภาพของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิต ไม่ว่าจะป็นอัตลักษณ์ส่วนตัวหรือการตัดสินใจที่จะจบชีวิตของตนเองด้วยการช่วยเหลือของบุคคลที่สาม ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องไม่ถูกปฏิเสธ

ในบางกรณีก็เป็นการยากที่จะตัดสินได้ว่า การตัดสินใจของบุคคลที่จะจบชีวิตของตนเองด้วยการช่วยเหลือจากบุคคลที่สาม และการกระทำอัตวินิบาตกรรมในท้ายที่สุดนั้นอยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระหรือไม่ อย่างไรก็ดี กรณีก็มีได้เป็นการเห็นด้วยกับการห้ามมิให้มีการช่วยเหลือการกระทำอัตวินิบาตกรรมไม่ว่าจะในรูปแบบใดก็ตาม ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๘ ของประมวลกฎหมายอาญา หรือการปฏิเสธความสามารถของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระ รวมถึงการอนุমানถึงความรับผิดชอบของบุคคลนั้นต่อการกระทำของตนเองตามสิทธิที่จะจบชีวิตของตนเองด้วยการช่วยเหลือจากบุคคลที่สาม

อนึ่ง มาตรา ๗๘ ลักษณะที่สอง ของประมวลกฎหมายอาญา (คือ การช่วยเหลือบุคคลให้กระทำการอัตวินิบาตกรรม) ถูกพิจารณาว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ละเมิดสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างอิสระ (the right to free self-determination) ตามรัฐธรรมนูญ ขณะที่มาตรา ๗๘ ลักษณะที่หนึ่งของประมวลกฎหมายอาญา (คือ การชักจูงให้บุคคลอื่นกระทำการอัตวินิบาตกรรมตนเอง) ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า

บทบัญญัติดังกล่าวจะใช้บังคับได้เฉพาะกรณีที่ความประสงค์ของบุคคลที่จะกระทำอัตวินิบาตกรรมตนเองอยู่บนพื้นฐานการตัดสินใจที่เป็นอิสระและปราศจากการครอบงำ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนั้น ความประสงค์ของบุคคลย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้บางส่วนของมาตรา ๗๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของมาตรา ๗๗ ของประมวลกฎหมายอาญานั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การก่ออาชญากรรมด้วยการฆาตกรรมตามคำร้องขอของเหยื่อ (the crime of homicide at the victim's request) เป็นเพียงการฆาตกรรมแบบพิเศษ (a special case of murder) ซึ่งถือเป็นความผิดตามมาตรา ๗๕ ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น หากมาตรา ๗๗ ของประมวลกฎหมายอาญาถูกยกเลิก การฆาตกรรมตามคำร้องขอของเหยื่อก็คงถือว่าเป็นความผิดฐานฆาตกรรม (murder) ดังนั้น จึงวินิจฉัยยกคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในส่วนดังกล่าว เนื่องจากไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย.

AUT-2020-3-004

a) Austria / b) Constitutional Court / c) / d) 11-12-2020 / e) G 139/2019 / f) / g) ECLI:AT:VFGH:2020:G139.2019 / h) CODICES (German).

Keywords of the systematic thesaurus:

05.02 Fundamental Rights - **Equality**.
05.03.02 Fundamental Rights - Civil and political rights - **Right to life**.
05.03.32 Fundamental Rights - Civil and political rights - **Right to private life**.
05.03.32.01 Fundamental Rights - Civil and political rights - Right to private life - **Protection of personal data**.

Keywords of the alphabetical index:

Death, self-determined, right / Personal autonomy / Suicide, assistance, criminal offence / Suicide, assisted, service.

Headnotes:

A right to free self-determination is to be derived from several constitutional guarantees, in particular the right to private life, the right to life, as well as the principle of equality. This right also extends to the freedom to end one's own life. Where a person decides to end his or her own life, this decision must be respected by the State provided that it is based on the free will of the individual concerned. The right to end one's own life also includes the freedom to seek and, where offered, make use of assistance provided by third parties for that purpose. The absolute prohibition of providing assistance to suicide in § 78 of the Criminal Code is unconstitutional.

Summary:

I. § 78 of the Criminal Code (*Strafgesetzbuch*, hereinafter, "*StGB*") sets forth that anyone who induces another person to kill themselves or assists them in doing so is to be sentenced to a prison term of between six months and five years. As per § 77 *StGB*, such imprisonment shall also be imposed on anyone who kills another person upon their serious and emphatic request.

The applicants, four individuals, two of them seriously ill, filed a constitutional complaint against §§ 77 and 78 *StGB*, alleging, in particular, the violation of their constitutionally protected rights to respect for human dignity, life and respect for private and family life. The contested provisions would make it impossible for the first three applicants to die in a dignified and self-determined manner. The fourth applicant, a general practitioner and specialist in anesthesiology and intensive care medicine, claimed that he could not fulfil the wishes of patients for suicide assistance without exposing himself to criminal, disciplinary and ethical consequences.

II. The Constitutional Court held that the constitutionally guaranteed right to free self-determination is derived from guarantees of several fundamental rights, in particular the right to private life and the right to life as well as the principle of equality. The right to free self-determination comprises the right to govern one's own life as well as the right to die in dignity. The right to free self-determination, as inferred from the Constitution, covers not only the decision by and the action of the person willing to commit suicide, but also that person's right to avail himself/herself of the assistance of a third party willing to provide assistance.

The prohibition of assisted suicide can constitute a particularly intensive interference with individual rights. As the second limb of § 78 StGB prohibits assisted suicide without exception, this provision may, under certain circumstances, induce the individual to end his or her life in a degrading manner if he or she freely decides that a self-determined life in personal integrity and identity and, hence, human dignity is no longer guaranteed in the given situation. If the legal system allows the person to end his or her life in dignity and on the basis of free self-determination at the time chosen by him or her, it may prolong the person's life, as he or she does not feel forced to end his or her life in a degrading manner. Hence, a person's life may be prolonged if he or she has the possibility of ending his or her life at the time chosen by him or her and with a third party's assistance. By prohibiting assisted suicide without exception, the second limb of § 78 StGB deprives the individual of the right to decide when to end his or her life in dignity. Given that suicide is irreversible, the corresponding free self-determination of the person determined to end his or her life must be based on a decision of lasting effect (rather than a transient mood). Both the protection of life and the right to self-determination oblige the legislator to allow assistance to suicide by a third party, provided the decision is based on free self-determination, i.e. on an informed act of will.

From a fundamental rights perspective there is no difference between a patient that refuses life-prolonging or life-maintaining medical measures within his or her sovereignty over treatment or by exercising his or her right to self-determination within his or her living will, and a person willing to commit assisted suicide as part of his or her right to self-determination in order to die in dignity. In both cases, the decisive aspect is that the decision is taken on the basis of free self-determination.

In addition, § 49a of the Physicians Act of 1998 (*Ärztegesetz 1998*) permits active euthanasia within certain narrow limits: a doctor may accept an acceleration of death caused by pain-relieving measures as an unavoidable side effect in the case of dying people, if the benefits for the relief of severe pain predominate. The law also allows (passive) euthanasia by omission: whether patients agree to a medical treatment or reject it, the doctor must always respect their informed decision, regardless of whether this decision is appropriate from a medical point of view or not.

In the Court's view, the prohibition of any assistance to suicide, as laid down in § 78 StGB, is in contradiction, on the one hand, with the patient's sovereignty over treatment based in (constitutional) law and, on the other hand, with § 49a, paragraph 2, *Ärztegesetz 1998* – at least if the patient has made a living will. If, on the one hand, the patient (by refusing or withdrawing consent) is free to decide if his or her life is to be saved or prolonged through medical treatment and, on the other hand, the premature death of a patient within the

framework of medical treatment is accepted under the prerequisites laid down in § 49a, paragraph 2 *Ärztegesetz 1998*, denying the patient assistance to suicide by another person in whatever form and thus negating the right to self-determination without any exception is not justified.

The Court added that free self-determination is also influenced by a variety of social and economic circumstances. The legislator therefore has to provide for safeguards to prevent abuse, ensuring that a person does not decide to end his or her life under the influence of third parties.

Moreover, since some decisive factors are not exclusively in the disposition of the person willing to die (e.g. family, financial circumstances, care conditions, the expected dying process etc.), legislation and other measures by the State are necessary to counteract differences in the living conditions and ensure access to palliative medical care to all. Regardless thereof, the freedom of the individual to decide on their life in conditions of integrity and personal identity and, consequently, decide to end life with third-party assistance, must not be denied.

In some cases, it may be difficult to determine if a person's decision to end his or her life with assistance from a third party and the final act of suicide are based on free self-determination. However, this does not justify an absolute prohibition of assistance to suicide in whatever form, as prescribed by the second limb of § 78 *StGB*, or the absolute denial, to an individual capable of free self-determination and of assuming responsibility for his or her own acts, of the right to end his or her life with assistance from a third party.

The second limb of § 78 *StGB* ("or assists them in doing so") was found to be unconstitutional because it violated the right to free self-determination inferable from the Constitution.

As for the first limb of § 78 *StGB* ("induces another person to kill themselves"), the Constitutional Court observed that this provision is only applicable where the individual's wish to commit suicide is not based on a free and uninfluenced decision. In such a case the individual's wish is not protected by fundamental rights. The Court therefore concluded that this part of § 78 *StGB* is not unconstitutional.

With regard to § 77 *StGB*, the Court held that the crime of homicide at the victim's request is merely a special case of murder, which is punishable under § 75 *StGB*. So, if § 77 *StGB* was repealed, homicide at the victim's request would still be punishable as murder. The constitutional complaint was therefore considered inappropriate to give rise to a decision on the merits in that regard.

Cross-references:

European Court of Human Rights:

- *Pretty v. United Kingdom*, no. 2346/02, 29.07.2002;
- *Koch v. Germany*, no. 497/09, 17.12.2012;
- *Haas v. Switzerland*, no. 31322/07, 20.01.2011;
- *Lambert and others v. France*, no. 46043/14, 05.06.2015;

- *Artico v. Italy*, no. 6694/74, 13.05.1980;
- *Hiller v. Austria*, no. 1967/14, 22.11.2016;
- *Witt v. Germany*, no. 18397/03, 08.01.2007.

Languages:

German.

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

คำวินิจฉัยที่ AUT-2023-1-001 ลงวันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๖๖

กรณีการใช้สิทธิในการตอบโต้ข้อกล่าวหาผ่านสื่อมวลชน

นางสาวเปรมิกา แสนทอง

นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ในคดีนี้สิทธิในการตอบโต้ข้อกล่าวหา (The right to reply to allegations) ที่เกิดขึ้นในสื่อ (media) ย่อมได้รับการคุ้มครอง โดยอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights) ข้อบทที่ ๘ และข้อบทที่ ๑๐ ซึ่งตามข้อบทที่ ๑๐ นั้นกำหนดให้ รัฐจะต้องบังคับใช้มาตรการที่เป็น การปกป้องเจ้าของสื่อ (the media owner) จากข้อกำหนดในการเผยแพร่ที่ไม่เหมาะสม (undue publication requirements) ซึ่งรวมไปถึงภาระผูกพันในการจ่ายค่าชดเชย (the obligation to compensation) ให้แก่เจ้าของสื่อสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นหากสิ่งที่ถูกเผยแพร่ไม่ได้รับความเห็นชอบ อย่างไรก็ตาม ภาระผูกพันในการจ่ายเงินชดเชยดังกล่าวย่อมไม่ได้สัดส่วน (disproportionate) หากการจ่ายเงินชดเชย นั้นเป็นผลให้บุคคลไม่สามารถใช้สิทธิในการตอบโต้ได้

๒. สรุปข้อเท็จจริง

ผู้ร้องเป็นสมาชิกของสภาเมืองเวียนนา (member of the Vienna city council) และรับผิดชอบ ในการบังคับใช้กฎในการห้ามสูบบุหรี่ในบาร์และร้านอาหาร ซึ่งจะประกาศใช้ในวันที่ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๖๒ ขณะที่เมื่อวันที่ ๒๒ - ๒๓ ตุลาคม ๒๕๖๒ บริษัทสื่อแห่งหนึ่งได้ตีพิมพ์บทความ ทั้งในหนังสือพิมพ์และ ในออนไลน์ ประณามเรื่อง “ค่าใช้จ่ายพนักงานส่วนเกิน” (excessive staff costs) อันเกิดจากมาตรการ ควบคุมที่จำเป็น ต่อมาในวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๖๒ ผู้ร้องได้ขอให้เจ้าของสื่อดังกล่าวเผยแพร่บทความ ตอบโต้โดยระบุว่า ข้อกล่าวหาที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในบทความดังกล่าวนั้นไม่ถูกต้อง ไม่สมบูรณ์ และทำให้เกิด ความเข้าใจผิด เนื่องจากในความเป็นจริงนั้น ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นนั้นต่ำกว่ามาก

เมื่อบริษัทสื่อปฏิเสธที่จะเผยแพร่บทความตอบโต้ดังกล่าว ผู้ร้องจึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลอาญาเวียนนา (Landesgericht für Strafsachen Wien) เมื่อวันที่ ๓ มกราคม ๒๕๖๓ จากนั้นในวันที่ ๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓ ศาลอาญาเวียนนาได้ประทับฟ้องและมีคำสั่งให้เจ้าของสื่อเผยแพร่บทความดังกล่าวตามคำร้องขอของผู้ร้อง อย่างไรก็ตาม เจ้าของสื่อได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว เนื่องจากตามกฎหมายแล้ว การอุทธรณ์ย่อมไม่มีผลระงับ การดำเนินการตามคำสั่ง (suspensory effect) (มาตรา ๑๕.๕ ของรัฐบัญญัติว่าด้วยสื่อ the Media Act) บริษัทสื่อจึงต้องเผยแพร่บทความตอบโต้ตามคำสั่งของศาลอาญาเวียนนา

ต่อมาในวันที่ ๙ กันยายน ๒๕๖๓ ศาลสูงเวียนนา (Oberlandesgericht Wien) ได้รับอุทธรณ์และยก คำร้องขึ้นต้นของผู้ร้อง (the application's initial application) นอกจากนี้ ศาลสูงเวียนนายังพิพากษาว่า

บริษัทสื่อมีสิทธิที่จะเผยแพร่บางส่วนของคำพิพากษาอุทธรณ์ (appellate decision) และภายใต้มาตรา ๑๗.๕ ของรัฐบัญญัติว่าด้วยสื่อ (the Media Act) ผู้ร้องมีหน้าที่ต้องชำระค่าใช้จ่ายสำหรับการเผยแพร่บทความตอบโต้และสำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาอุทธรณ์ให้กับบริษัทสื่อด้วย จากนั้นในวันที่ ๓๑ ตุลาคม ๒๕๖๕ ศาลอาญาเวียนนาได้กำหนดค่าใช้จ่ายสุดท้าย (the definite costs) ที่ผู้ร้องจะต้องชำระเป็นเงินประมาณ ๒๔๐,๐๐๐ ยูโร

ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยระบุว่า มาตรา ๑๗.๕ ของรัฐบัญญัติว่าด้วยสื่อขัดต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญหลายประการ ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (ข้อบทที่ ๑๐ ของอนุสัญญา) สิทธิที่จะได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัวและครอบครัว (ข้อบทที่ ๘ ของอนุสัญญา) และหลักความเป็นกลาง (the principle of objectivity) ซึ่งปรากฏอยู่ในหลักความเสมอภาค (the principle of equality) (มาตรา ๗ ของกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย)

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย^๑

มาตรา ๗ (๑) คนชาติทุกคนย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย เอกสิทธิ์อันเกิดจากการเกิด เพศ ถิ่นที่อยู่ ชนชั้น หรือศาสนา ย่อมได้รับการยกเว้น และห้ามมิให้ผู้ใดถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ สาธารณรัฐ (สหพันธ์ จังหวัดและเทศบาล) ย่อมมุ่งมั่นที่จะสร้างความมั่นใจในการปฏิบัติต่อคนพิการและคนไม่พิการอย่างเท่าเทียมกันในทุกด้านของการใช้ชีวิตประจำวัน

๓.๒ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights)^๒

^๑ Constitution of Austria

Article 7 (1) All nationals are equal before the law. Privileges based upon birth, sex, estate, class or religion are excluded. No one shall be discriminated against because of his disability. The Republic (Federation, provinces and municipalities) commits itself to ensuring the equal treatment of disabled and non-disabled persons in all spheres of everyday life.

^๒ The European Convention on Human Rights, 1950

ARTICLE 8 Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

ARTICLE 10 Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a

ข้อบทที่ ๘ สิทธิที่จะได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัวและครอบครัว

๑. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัว ที่อยู่อาศัย และการติดต่อสื่อสาร

๒. หน่วยงานของรัฐย่อมไม่อาจแทรกแซงการที่บุคคลจะใช้สิทธิดังกล่าว เว้นแต่จะเป็นไปตามกฎหมาย และความจำเป็นตามระบอบประชาธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันอาชญากรรม เพื่อปกป้องสุขภาพหรือศีลธรรมอันดี หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

ข้อบทที่ ๑๐ สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิด

๑. ทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยสิทธินี้ย่อมรวมถึงเสรีภาพในการสงวนความคิดเห็น และการรับและให้ข้อมูลและความคิดโดยปราศจากการแทรกแซงจากหน่วยงานของรัฐ และโดยมิพักต้องคำนึงถึงพรมแดน อนึ่ง ข้อบทนี้มีได้ห้ามรัฐในการออกใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือภาพยนตร์

๒. การใช้เสรีภาพเหล่านี้ย่อมมาพร้อมกับหน้าที่และความรับผิดชอบ โดยย่อมอยู่ภายใต้พิธีการเงื่อนไข ข้อจำกัด หรือบทลงโทษ ตามที่กฎหมายกำหนด และย่อมมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดน หรือความปลอดภัยสาธารณะ เพื่อการป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม เพื่อปกป้องสุขภาพหรือศีลธรรม เพื่อคุ้มครองชื่อเสียงหรือสิทธิของผู้อื่น เพื่อป้องกันการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ หรือเพื่อการรักษาไว้ซึ่งอำนาจและความเป็นกลางขององค์กรตุลาการ

๓.๓ รัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ว่าด้วยพิมพ์และสื่อมวลชนอื่น ลงวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๕๑^๓

democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary

^๓ Federal Act dated 12th June 1981 on the Press and other Publication Media (Media Act – MedienG)

Article 13 Date and form of the release

(3a) In case of publication on a web site the reply or subsequent notice shall remain available for download for one month. In case the notice on the facts continues to be available for download, the reply or subsequent notice shall be kept available for download for the same period of time as the notice on the facts and up to a point in time one month after deletion of the notice on the facts.

Article 17 Publication ordered by the court

(1) The court shall order publication of a reply or a subsequent notification if it has wrongly not been duly published or not at all. If particular parts of the counterstatement or the subsequent notification do not comply with the requirement by law, the court shall decide which parts of the reply or of the subsequent notification are to be published. If parts of the reply or the subsequent notification do not

มาตรา ๑๓ วันและรูปแบบในการเผยแพร่

(๓๖) ในกรณีที่มีการเผยแพร่บนเว็บไซต์ บทความตอบโต้หรือคำชี้แจงย่อจะต้องสามารถดาวน์โหลดได้เป็นเวลาหนึ่งเดือน และในกรณีข้อเท็จจริงยังคงสามารถดาวน์โหลดได้ ให้บทความตอบโต้และคำชี้แจงนั้นยังคงสามารถดาวน์โหลดได้ในระยะเวลาเดียวกันกับข้อเท็จจริง และจนถึงระยะเวลาหนึ่งเดือนภายหลังจากที่ข้อเท็จจริงได้ถูกลบออกไป

มาตรา ๑๗ การเผยแพร่ตามคำสั่งของศาล

(๑) ศาลอาจมีคำสั่งให้เผยแพร่การโต้ตอบหรือคำชี้แจงได้ ในกรณีที่ไม่ได้รับการเผยแพร่โดยไม่ถูกต้องหรือไม่ได้รับการเผยแพร่มาก่อน หากส่วนหนึ่งส่วนใดของบทความตอบโต้หรือคำชี้แจงไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ศาลย่อมพิพากษาให้ส่วนหนึ่งของการตอบโต้หรือคำชี้แจงนั้นต้องได้รับการเผยแพร่ได้ และหากส่วนหนึ่งของการตอบโต้หรือคำชี้แจงไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่สามารถแก้ไขปรับปรุงถ้อยคำหรือเนื้อหาได้ ศาลย่อมแจ้งให้ผู้ร้องทราบในชั้นของการพิจารณาเพื่อให้แก้ไขปรับปรุงบทความตอบโต้หรือคำชี้แจง และยอมพิพากษาให้สามารถเผยแพร่บทความนั้นได้ และหากไม่มีคำตัดสินเกี่ยวกับการเผยแพร่ดังกล่าว ให้คำร้องในส่วนที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นอันตกไป

(๕) นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์อาจพิพากษาให้ผู้ร้องต้องชำระค่าใช้จ่ายสำหรับการเผยแพร่บทความตอบโต้หรือคำชี้แจงที่มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบธรรม รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการเผยแพร่คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ด้วย และเมื่อมีการร้องขอ จะต้องมีการพิจารณากำหนดจำนวนค่าใช้จ่ายที่จะต้องชำระภายในระยะเวลาสิบสี่วันเว้นแต่ในกรณียกเว้น ศาลอาจลดจำนวนค่าใช้จ่ายสำหรับการเผยแพร่ลงได้ตามดุลพินิจและอาจขยายระยะเวลาการชำระเงินได้ อย่างไรก็ดี จะต้องไม่เกินไปกว่าหนึ่งปี ทั้งนี้ คำตัดสินถือเป็นคำบังคับตามนิยามของมาตรา ๑ กฎหมายว่าด้วยคำบังคับ

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสื่อ (the Media Act) ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ตีพิมพ์บทความตอบโต้ได้ หากบทความนั้นไม่ได้รับการตีพิมพ์อย่างไม่ถูกต้อง หรือไม่ได้รับการตีพิมพ์เลย (มาตรา ๑๗.๑) และหากโดยพื้นฐานของคำตัดสินของศาลชั้นต้นสั่งให้มีการตีพิมพ์

comply with the requirement by law, however if they can be improved by modifying their wording or their contents, the court shall direct applicant in the hearing to improve the reply or subsequent notification and subsequently decide that it be published in such improved form. If no decision for publication has been rendered, the respective application shall be rejected.

(5) In addition, the court of appeal shall sentence applicant to pay the cost for such publication of the reply or subsequent notification obtained in an unjustified way and of the publication of the judgement on the appeal. Upon request a decision is to be rendered on the amount of these costs to be paid within a term of fourteen days. In exceptional cases the court may reduce the amount due for the publication at its discretion and fix a longer payment term, however not exceeding one year. The decision constitutes a title for enforcement in terms of §1 of the Enforcement Code.

บทความโต้แย้ง และต่อมาการยื่นอุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าวได้รับความเห็นชอบด้วยทั้งหมดหรือบางส่วน เจ้าของสื่อ (โดยคำร้องขอ) ย่อมได้รับอนุญาตให้เผยแพร่ภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมตามคำพิพากษาอุทธรณ์ โดยมีการเผยแพร่เนื้อหาคำพิพากษาอุทธรณ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นข้อมูลต่อสาธารณะ นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์ยอมพิพากษาให้ผู้ร้องชำระค่าใช้จ่ายสำหรับการเผยแพร่บทความตอบโต้และสำหรับการเผยแพร่คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม และเมื่อมีการร้องขอ จะต้องมีการพิจารณากำหนดจำนวนค่าใช้จ่ายที่จะต้องชำระภายในระยะเวลาสิบสี่วัน แต่ในกรณียกเว้นบางกรณี ศาลอาจลดจำนวนเงินที่ต้องชำระสำหรับการตีพิมพ์เผยแพร่ได้ตามดุลยพินิจของศาล รวมทั้งกำหนดระยะเวลาการชำระเงินให้นานขึ้น (มาตรา ๑๗.๕) ทั้งนี้ ศาลฎีกา (Oberster Gerichtshof) ได้วางหลักเอาไว้ว่า ค่าใช้จ่ายที่จะเรียกเก็บจากผู้ร้องตาม มาตรา ๑๗.๕ ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยสื่อ จะต้องเป็นไปตามอัตราค่าธรรมเนียมมาตรฐานของเจ้าของสื่อที่เกี่ยวข้อง ศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งข้อสังเกตว่า ภาระหน้าที่ที่กำหนดให้บริษัทสื่อจะต้องตีพิมพ์บทความตอบโต้ถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และยังเป็นผลให้การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวขัดต่ออนุสัญญา เนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ ๑๐.๒ ของอนุสัญญา

ในส่วนของบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้น จุดมุ่งหมายของสิทธิในการตอบโต้ (the right to reply) คือ การให้บุคคลนั้นสามารถที่จะปกป้องตนเองจากข้อความหรือความคิดเห็นบางอย่างที่เผยแพร่ผ่านสื่อมวลชน ซึ่งมีแนวโน้มว่าจะสร้างความเสียหายต่อชีวิตส่วนตัว เกียรติยศ หรือศักดิ์ศรีของตนได้ ดังนั้น สิทธิในการตอบโต้จึงอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อบทที่ ๘ ของอนุสัญญา นอกจากนี้ สิทธิในการตอบโต้ยังมีจุดประสงค์เพื่อให้แน่ใจว่า สาธารณชนจะได้รับข้อมูลที่ถูกต้องและครบถ้วน ซึ่งจากมุมมองดังกล่าว สิทธิในการตอบโต้ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (the freedom of expression) ก็อยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อบทที่ ๑๐ ของอนุสัญญา เช่นกัน ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาสิทธิในการตอบโต้ รัฐย่อมต้องชั่งน้ำหนักเพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิในการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัว (the right to respect for private life) และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of expression) ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน ข้อบทที่ ๘.๒ และ ข้อบทที่ ๑๐.๒ ของอนุสัญญา

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามหลักการแล้ว รัฐบัญญัติว่าด้วยสื่อมีบทบัญญัติหลายมาตรา ที่พยายามจะรักษาสมดุลดังกล่าว ซึ่งในแง่หนึ่งก็มีบทบัญญัติที่ให้การรับรองการใช้สิทธิในการตอบโต้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการตอบโต้ย่อมได้รับการเผยแพร่ได้ในระยะเวลาอันสั้น (เนื่องจากการอุทธรณ์ไม่มีผลเป็นการระงับ) ขณะที่ในทางกลับกัน รัฐบัญญัติว่าด้วยสื่อยังให้การคุ้มครองบางประการแก่เจ้าของสื่อ เนื่องจากการร้องขอให้เผยแพร่ข้อความตอบโต้ นั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ขอบเขตด้านเวลา และการพิจารณาของศาล ยิ่งไปกว่านั้น เจ้าของสื่อมีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชย (right to compensation) สำหรับ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในกรณีที่มีการเผยแพร่บทความตอบโต้ที่ไม่ชอบธรรม

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญยังชี้ให้เห็นว่า มาตรการป้องกันเหล่านี้มุ่งหมายเพื่อปกป้องเจ้าของสื่อ จากการตีพิมพ์เผยแพร่ที่ไม่เหมาะสม โดยจะต้องไม่มีลักษณะที่ทำให้เกิด "chilling effect" ต่อการใช้สิทธิในการตอบโต้

ในแง่นี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งข้อสังเกตว่า ค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระให้แก่เจ้าของสื่อขึ้นอยู่กับอัตราการโฆษณาของสื่อ ซึ่งจะสะท้อนถึงตำแหน่งทางการตลาด (the market position) ของสื่อ นั้น นอกจากนี้ หากต้องเผยแพร่บทความโต้ตอบบนเว็บไซต์ ระยะเวลาขั้นต่ำของการเผยแพร่จะอยู่ที่กำหนดหนึ่งเดือนตามกฎหมาย (มาตรา ๑๓.๓ a ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสื่อ) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวอาจทำให้ผู้ร้องมีความเสี่ยงทางการเงินที่ไม่ได้สัดส่วน (a disproportionate financial risk) หรืออาจเป็นอุปสรรคต่อบุคคลที่จะใช้สิทธิในการตอบโต้ดังกล่าว

อนึ่ง อาจยอมรับได้ว่า มาตรา ๑๗.๕ ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสื่อ ยังกำหนดให้ศาลอาจลดจำนวนเงินที่ต้องชำระลงได้ อย่างไรก็ตาม การลดจำนวนเงินดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล ซึ่งศาลอาจพิจารณาให้เฉพาะกรณีที่มีความยากลำบากเท่านั้น กล่าวคือ หากฐานะทางเศรษฐกิจของผู้ร้องได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า มาตรา ๑๗.๕ ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสื่อ (the Media Act) ขัดหรือแย้งต่อข้อบทที่ ๘ และข้อบทที่ ๑๐ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เนื่องจากทำให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัว (the right to respect for private life) และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of expression)

.....

AUT-2023-1-001

a) Austria / b) Constitutional Court / c) / d) 15-03-2023 / e) G 297/2022 / f) / g) ECLI:AT:VFGH:2023:G297.2022 / h) CODICES (German).

Keywords of the systematic thesaurus:

05.03.21 Fundamental Rights - Civil and political rights - **Freedom of expression.**
05.03.32 Fundamental Rights - Civil and political rights - **Right to private life.**
05.03.32.01 Fundamental Rights - Civil and political rights - Right to private life
 - **Protection of personal data.**

Keywords of the alphabetical index:

International organisation, staff, protection of fundamental rights / Privileges and immunities / Media, statement, incorrect or misleading / Right of reply.

Headnotes:

The right to reply to allegations that have been made in the media is protected by Article 8 and Article 10 ECHR. Under Article 10 ECHR, the State is also required to adopt measures that protect media owners against undue publication requirements, including the obligation to compensate the media owner for costs incurred if the publication obtained has not been justified. However, such a payment obligation is disproportionate if it may deter individuals from exercising their right of reply.

Summary:

I. The applicant was member of the Vienna city council and, inter alia, responsible for enforcing the ban on smoking in bars and restaurants which had been introduced as of 1 November 2019. On 22 and 23 October 2019, a media company published an article, both in a newspaper and online, denouncing "excessive staff costs" caused by the necessary control measures.

On 15 November 2019, the applicant requested the media owner to publish a reply stating that the allegations published in that article had been incorrect, incomplete and misleading. In fact, the costs incurred had been much lower.

When the media company refused to publish the reply, the applicant lodged an application with the Vienna Criminal Court (*Landesgericht für Strafsachen Wien*) on 3 January 2020. On 6 February 2020, the Vienna Criminal Court allowed that application and ordered the media owner to publish the rectification requested.

The media owner appealed against that decision; as by law the appeal did not have suspensory effect (Article 15.5 of the Media Act), the company published the reply ordered by the Vienna Criminal Court.

On 9 September 2020, the Vienna High Court (*Oberlandesgericht Wien*) granted the appeal and dismissed the applicant's initial application. The Vienna High Court also ruled that the media company was entitled to publish parts of that appellate decision, and that under Article 17.5 of the Media Act the applicant was obliged to pay to the media company the costs for publishing the reply and the relevant parts of the appellate decision.

On 31 October 2022, the Vienna Criminal Court fixed the definitive costs to be paid by the applicant at about EUR 240.000.

The applicant lodged a constitutional complaint with the Constitutional Court. She argued that Article 17.5 of the Media Act violated various constitutional principles including the right to freedom of expression (Article 10 ECHR), the right to respect for private life (Article 8 ECHR) and the principle of objectivity inherent in the principle of equality (Article 7 of the Federal Constitutional Law).

II. Pursuant to the Media Act, the court shall order publication of a reply if it has wrongly not been duly published or if it has not been published at all (Article 17.1). If on the basis of a judgment of first instance a counterstatement has been published and an appeal lodged against such judgment is granted in full or in part, the media owner shall, upon request, be authorized to publish within an adequate term these parts of the decision on the appeal in such a form that is required for the information of the public. In addition, the court of appeal shall sentence the applicant to pay the cost for such publication of the reply obtained in an unjustified way and of the publication of the judgment on the appeal. Upon request, a decision is to be rendered on the amount of the costs to be paid within a term of fourteen days. In exceptional cases the court may reduce the amount of the costs to be paid for the publication at its discretion and fix a longer payment term (Article 17.5).

The Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*) has established that the costs to be imposed on the applicant under Article 17.5 of the Media Act amount to the standard advertising rates of the media owner concerned.

The Constitutional Court observed that the obligation imposed on a media company to publish a reply is an interference with its freedom of expression; as a consequence, such interference will infringe the Convention if it does not meet the requirements of Article 10.2 ECHR.

As for the individual concerned, the aim of the right to reply is to afford him or her the possibility of protecting him or herself against certain statements or opinions disseminated by the mass media that are likely to be injurious to his or her private life, honour or dignity. The right to make a counterstatement therefore falls within the ambit of Article 8 ECHR. In addition, the right of reply also serves the purpose of ensuring that the public is provided with information that is both correct and complete. From that point of view, the right of reply, as an important element of freedom of expression, also falls within the scope of Article 10 ECHR.

As a result, when determining the right of reply, the State is required to strike a fair balance between the right to respect for private life and the right to freedom of expression in conformity with the criteria laid down in Articles 8.2 and 10.2 ECHR.

The Constitutional Court found that, as a matter of principle, the Media Act includes various provisions that seek to live up to this balancing task. On the one hand, there are provisions ensuring that the right to reply can be exercised effectively, as replies shall be published at very short notice (because appeals do not have suspensory effect) and in a way ensuring the same public impact as the statement impugned. On the other hand, the Media Act also affords certain safeguards for media owners as claims for publication of a counterstatement are subject to conditions, time-limits, and judicial review; moreover, media owners are entitled to compensation for the costs incurred if the publication of a reply has been unjustified.

However, the Constitutional Court also pointed out that these safeguards which aim to protect media owners against undue publication duties must not be of such nature as to produce a "chilling effect" on exercising the right of reply.

In this respect, the Constitutional Court noted that the costs to be paid to the media owner depend on the advertising rates of the media, which in turn reflect the market position of the media concerned. Moreover, if a counterstatement has to be published on a website, the minimum time of this publication is one month by law (Article 13.3a of the Media Act). Against this background, the Constitutional Court considered that the provision at issue may expose the applicant to a disproportionate financial risk or even inhibit individuals from exercising his or her right to reply at all.

Admittedly, Article 17.5 of the Media Act also provides that the court may reduce the amount to be paid. However, such reduction is at the discretion of the court and may only be granted in case of hardship, i.e., if the economic existence of the applicant would otherwise be at threat.

The Constitutional Court therefore concluded that Article 17.5 of the Media Act violated both Articles 8 and 10 ECHR as it failed to strike a fair balance between the right to respect for private life and the right to freedom of expression.

Cross-references:

European Court of Human Rights:

- *Axel Springer SE v. Germany*, no. 8964/18, 17.01.2023;
- *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, 17.12.2004;
- *Ediciones Tiempo S.A. v. Spain*, no. 13010/87, 12.07.1989;
- *Eker v. Türkiye*, no. 24016/05, 24.10.2017;
- *Lingens v. Austria*, no. 9815/82, 08.07.1986 [ECH-1986-S-003];
- *Melnychuk v. Ukraine*, no. 28743/03, 05.07.2005;
- *Ungváry and Irodalom Kft. v. Hungary*, no. 64520/10, 03.12.2013.

Languages:

German.