



คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ  
หรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ

เดือนธันวาคม ๒๕๖๗

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## คำนำ

สำหรับเอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ ประจำเดือนธันวาคม ๒๕๖๗ กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าสนใจมานำเสนอ อาทิ ได้แก่ กรณีคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการห้ามการสื่อสารระหว่างมารดาและบุตร อันเนื่องมาจากความเสี่ยงในการถูกลักพาตัวเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตครอบครัวของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเนื่องจากโรคโควิด-19 ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเซอร์เบีย กรณีการตัดสินลงโทษนักการเมืองด้วยเหตุที่ไม่ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุมเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป กรณีการห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะตามหลักศาสนาอิสลามของนักเรียนหญิงในโรงเรียนประถมศึกษาละเมิดหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการนับถือศาสนาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย และกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินในการตรารัฐกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศฉบับนี้ จะเป็นแหล่งข้อมูลพื้นฐานที่ทำให้ทุกท่านได้ทราบถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของประเทศไทย รวมถึงเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและในการปฏิบัติงานต่อไป

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ธันวาคม ๒๕๖๗

# สารบัญ

## หน้า

๑. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ๑  
คำพิพากษา เลขที่ ๒๘๒๒/๑๖ คดีระหว่าง Jansen v. Norway ลงวันที่ ๒ กันยายน ๒๕๖๑ (ค.ศ. ๒๐๑๘)  
กรณีคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการห้ามการสื่อสารระหว่างมารดาและบุตร  
อันเนื่องมาจากความเสี่ยงในการถูกลักพาตัวเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตครอบครัว
๒. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเซอร์เบีย ๗  
คำวินิจฉัยที่ IU๐-42/2020 ลงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)  
กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเนื่องจากโรคโควิด-19
๓. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ๑๖  
คำพิพากษาคำร้อง เลขที่ ๔๕๕๗๕/๑๒ ระหว่าง Imrek v. Turkey ลงวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)  
กรณีการตัดสินลงโทษนักการเมืองด้วยเหตุที่ไม่ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุม  
เป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น
๔. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ๒๓  
คำวินิจฉัยที่ G 4/2020 ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)  
กรณีการห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะตามหลักศาสนาอิสลามของนักเรียนหญิงในโรงเรียนประถมศึกษา  
ละเมิดหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการนับถือศาสนา
๕. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส ๓๒  
คำวินิจฉัยที่ 352/21 ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๖๔ (ค.ศ. ๒๐๒๑)  
กรณีการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินในการตรารัฐฉุกเฉินแก้ไขเพิ่มเติมโทษ  
ตามประมวลกฎหมายอาญา

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป  
คำพิพากษา เลขที่ ๒๘๒๒/๑๖ คดีระหว่าง Jansen v. Norway

ลงวันที่ ๖ กันยายน ๒๕๖๑ (ค.ศ. ๒๐๑๘)

กรณีคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการห้ามการสื่อสารระหว่างมารดาและบุตร  
อันเนื่องมาจากความเสี่ยงในการถูกลักพาตัวเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตครอบครัว\*

นางสาวณัฐนันท์ อินดี

คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

### ๑. บทสรุปแห่งคดี

มารดาและบุตรในคดีนี้เป็นชาวโรมา (Roma) มาแต่กำเนิด แต่บุตรต้องอยู่ห่างจากผู้เป็นมารดา เนื่องจากต้องอยู่ภายใต้การดูแลของครอบครัวอุปถัมภ์ (a foster family) ด้วยเหตุผลในด้านความปลอดภัย และต่อมามารดาได้ยื่นฟ้องต่อศาลในประเทศเนื่องจากถูกกีดกันมิให้ติดต่อสื่อสารกับบุตร ซึ่งศาลในประเทศได้พิพากษาห้ามมิให้มารดาติดต่อสื่อสารกับบุตรเว้นแต่เป็นไปตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างสิทธิของมารดาและบุตรในการติดต่อสื่อสารระหว่างกันกับความเสี่ยงที่บุตรจะถูกลักพาตัวโดยครอบครัวของมารดาแล้วเห็นว่า ศาลในประเทศ (the National courts) ไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบเชิงลบในระยะยาว (the long-term negative consequences) จากการที่บุตรไม่สามารถติดต่อสื่อสารกับมารดาได้ ซึ่งอาจนำไปสู่ความแปลกแยก (alienation) จากอัตลักษณ์ของชาวโรมา ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตครอบครัว (the right to family life)

### ๒. สรุปข้อเท็จจริง

ผู้ร้อง คือ บี. เจนเซน (Ms. B. Jansen) เป็นคนชาตินอร์เวย์ที่เกิดในปี ๒๕๓๕ (ค.ศ. ๑๙๙๒) และพำนักอยู่ในกรุงออสโล (Oslo) โดยคดีนี้เกี่ยวข้องกับกรณีที่เจนเซนร้องว่าถูกปฏิเสธการเข้าถึงบุตรสาวของตน ซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลของครอบครัวอุปถัมภ์ ขณะที่บุตรสาวของเจนเซน คือ เอ (A) เกิดในปี ๒๕๕๔ (ค.ศ. ๒๐๑๑) ทั้งนี้ เจนเซนและบุตรสาวได้อาศัยอยู่ร่วมกับครอบครัว ซึ่งเป็นชาวโรมา นอร์เวย์ (Norwegian Roma) ในช่วงเวลาสั้น ๆ จนกระทั่งถูกทอดทิ้งโดยบิดาของเด็ก ส่งผลให้เอได้ย้ายเข้าและออกจากศูนย์ดูแลครอบครัว (a family care centre) หลังจากนั้นเป็นเวลาหลายเดือน

ในเดือนมิถุนายน ๒๕๕๕ (ค.ศ. ๒๐๑๒) สำนักงานสวัสดิการเด็ก (the Child Welfare Service) ได้ออกคำสั่งให้ เอ ต้องเข้าไปอยู่ที่บ้านพักอุปถัมภ์ฉุกเฉิน (an emergency foster home) ซึ่งตั้งอยู่ในที่อยู่

\* สามารถดูรายละเอียดของคำพิพากษาได้ใน <https://www.echr.caselaw.com/en/echr-decisions/topics/persons-category/children/the-prohibition-of-communication-between-a-mother-and-her-child-due-to-the-risk-of-her-abduction/>

เป็นความลับ ขณะที่เจนเซน (Ms. Jansen) ได้รับการอนุญาตให้สามารถติดต่อกับบุตรสาวได้เพียงสัปดาห์ละหนึ่งชั่วโมงภายใต้การดูแลอย่างใกล้ชิด เนื่องจากเหตุผลเกี่ยวกับความเสี่ยงที่เด็กอาจถูกลักพาตัว ต่อมาในเดือนธันวาคมก็ได้มีการออกคำสั่ง (A full care order) โดยกำหนดให้เจนเซน (Ms. Jansen) และบิดาของเด็กสามารถที่จะติดต่อกับบุตรสาวภายใต้การกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดได้เพียงหนึ่งชั่วโมง จำนวน ๔ ครั้งต่อปี โดยที่ทั้งบิดาและมารดาของเอไม่มีสิทธิที่จะทราบว่าจะอาศัยอยู่ที่ใด

หลังจากที่เจนเซน (Ms. Jansen) และบิดาของเอได้ยื่นคำร้องโต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับสิทธิในการติดต่อสื่อสารกับบุตรสาวแล้ว ศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า การที่พ่อแม่ไม่มีสิทธิที่จะได้ติดต่อสื่อสารกับเด็กเลยนั้นถือเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว โดยคำพิพากษาดังกล่าวได้รับการพิพากษาขึ้นในชั้นอุทธรณ์ แต่ศาลสูงสุดได้ส่งเรื่องกลับไปให้ศาลล่างได้พิจารณาใหม่อีกครั้งเมื่อเดือนตุลาคม ๒๕๕๗ (ค.ศ. ๒๐๑๔)

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาคดีในครั้งนี้ ได้นำไปสู่การตัดสินของศาลอุทธรณ์เมื่อเดือนเมษายน ปี ๒๕๕๘ (ค.ศ. ๒๐๑๕) ที่พิพากษายืนยันที่จะจำกัดสิทธิในการติดต่อสื่อสาร จากนั้นในเดือนกรกฎาคม ๒๕๕๘ (ค.ศ. ๒๐๑๕) คำร้องอุทธรณ์ของเจนเซน (Ms. Jansen) ได้ถูกปฏิเสธโดยศาลสูงสุดอีกครั้ง

อนึ่ง เหตุผลหลักที่ศาลพิพากษาจำกัดสิทธิในการติดต่อสื่อสาร นั้นคือ อันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับเอที่อาจจะถูกลักพาตัวโดยครอบครัวของเจนเซน (Ms. Jansen) ซึ่งเป็นกรณีที่เป็นอันตรายต่อตัวเด็ก รวมถึงอาจทำให้ที่อยู่ซึ่งเป็นความลับของครอบครัวถูกเปิดเผยได้ นอกจากนี้ ศาลยังได้พิจารณาถึงทักษะในการเลี้ยงดูบุตรของเจนเซน (Ms. Jansen) รวมถึงความสามารถในการรับมือกับพฤติกรรมที่รุนแรงของพ่อเด็ก นอกจากนี้ ศาลยังได้พิจารณาถึงภูมิหลังของครอบครัวที่มีเชื้อสายโรมา แต่ก็ไม่ได้มองว่าประเด็นนี้จะเป็นอุปสรรคต่อการจำกัดสิทธิในการติดต่อสื่อสาร

จากบทบัญญัติข้อบทที่ ๘ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (สิทธิในการได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัวและครอบครัว) เจนเซน (Ms. Jansen) จึงยื่นคำร้องโต้แย้งคำสั่งที่ศาลปฏิเสธที่จะให้ตนใช้สิทธิในการติดต่อสื่อสารกับบุตรสาว

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights)

ข้อบทที่ ๘ สิทธิในการได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัว

๑. บุคคลย่อมมีสิทธิในการได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัว ที่อยู่อาศัย และการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน

๒. ย่อมไม่มีการแทรกแซงใด ๆ โดยหน่วยงานของรัฐ ในการใช้สิทธิดังกล่าว เว้นแต่จะเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและเพื่อความจำเป็นของสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์ของความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความเป็นอยู่ที่ดีทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันความวุ่นวายหรืออาชญากรรม เพื่อปกป้องสุขภาพหรือศีลธรรมอันดี หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น<sup>๖</sup>

<sup>๖</sup> European Convention on Human Rights

Article 8 Right to respect for private and family life

#### ๔. คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิจารณาพยานหลักฐานจากศาลในประเทศ (The Domestic courts) พบว่า มีข้อบ่งชี้ที่แสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงที่แท้จริง (a real risk) ของการลักพาตัว ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมาจาก บิดาของผู้ร้อง แต่กระนั้นก็ได้จำกัดเพียงแค่ว่าเท่านั้น ทั้งนี้ บิดาของผู้ร้องเคยแทงคู่สามีภรรยาที่เป็นเพื่อนบ้านเพราะเชื่อว่าพวกเขาให้การช่วยเหลือผู้ร้องในการพาลูกหนีออกจากบ้าน นอกจากนี้ ผู้ร้องยังเคยถูก บอกว่า บิดาของเธอวางแผนที่จะพาเธอไปประเทศอื่น รวมทั้งจะฆ่าเธอและเอาลูกของเธอไป ขณะที่บิดาของเด็กก็ได้รับคำขู่ฆ่าเมื่อพยายามที่จะพิสูจน์ความเป็นพ่อ และมีหนึ่งในสมาชิกครอบครัวของผู้ร้องที่เคยแอบติดตามหนึ่งในพ่อแม่อุปถัมภ์ เพื่อพยายามค้นหาแหล่งที่อยู่ของเด็กด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ไม่มีเหตุผลที่จะพิจารณาว่า ศาลในประเทศผิดพลาดในการประเมินความเสี่ยงของการลักพาตัว รวมถึงกำหนดให้เป็น "ความเสี่ยงที่แท้จริง" (a real risk) ตามบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลในประเทศ นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ยังเห็นด้วยกับการประเมินของหน่วยงานในประเทศว่า ผลกระทบจากการลักพาตัวจะส่งผลเสียต่อ พัฒนาการของเด็ก อันเนื่องมาจากการที่เด็กอาจต้องเผชิญกับการถูกละเลยอีกครั้ง

ในส่วนของการขั้นตอนการพิจารณานั้น ภายหลังจากที่มีการออกคำสั่งดูแลเด็กแล้ว คดีนี้ก็ได้รับการพิจารณาอีกครั้งโดยศาลแขวง (The City Court) และครั้งที่สองโดยศาลสูง (The High Court) และอีกครั้งโดยศาลสูงสุด (The supreme Court) ซึ่งกระทำโดยคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของศาลสูงสุด (The Supreme Court's Appeals Leave Committee) ขณะที่องค์คณะของศาลสูงก็ประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ ๓ นาย ผู้พิพากษาสมทบ และนักจิตวิทยา ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่า ในการพิจารณาคดีดังกล่าวจะขาดซึ่งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ทั้งนี้ ผู้ร้อง โดยที่ปรึกษาทางกฎหมาย ได้รับการอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานและคำให้การต่อศาลแขวงและศาลสูง ซึ่งเมื่อพิจารณากระบวนการทั้งหมดแล้ว ก็เห็นว่า กระบวนการตัดสินของศาลในประเทศถือว่ามีความครอบคลุม และผู้ร้องก็มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาอย่างเพียงพอ เนื่องจากเธอได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์และสามารถเข้าร่วมกระบวนการได้อย่างเต็มที่

นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังเห็นว่า ศาลในประเทศ (The national courts) ไม่เพียงแต่ ประเมินสถานการณ์ของผู้ร้องและบุตรสาวในช่วงเวลาที่เด็กได้รับการดูแลเท่านั้น หากแต่ยังมีการติดตาม พัฒนาการหลังจากนั้นอีกด้วย ดังนั้น ศาลสูงจึงได้มีการพิจารณาอย่างละเอียดเกี่ยวกับพัฒนาการและ สถานการณ์ล่าสุดของผู้ร้อง รวมถึงในอีกหลายแง่มุมก็ยังถูกนำมาพิจารณาเพื่อประกอบการตัดสินด้วย ไม่เพียงแต่เฉพาะระดับความเสี่ยงของการลักพาตัวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงพิจารณาผลกระทบในกรณีหากมีการลักพาตัวเกิดขึ้น หรือสัญญาณของเด็กที่เกิดจากการถูกละเลย ความเปราะบางและความต้องการของเด็ก ผลประโยชน์ของเด็กจากการรู้จักภูมิหลังและวัฒนธรรมของชาวโรมา รวมถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับพ่อแม่

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.

(ที่มา : [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG))

อุปถัมภ์และสภาพแวดล้อมในบ้านอุปถัมภ์ด้วย ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลที่จะโต้แย้งว่า หน่วยงานภายในประเทศ ไม่ได้ทำการพิจารณากรณีนี้อย่างละเอียดรอบคอบ หรือการตัดสินของศาลมิได้ยึดผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นหลัก

ในส่วน of ศาลสูงสุด (The High Court) ที่เห็นว่า ความเสี่ยงของการลักพาตัวไม่ได้สัมพันธ์แต่เฉพาะ ช่วงเวลาที่มีการติดต่อสื่อสารกันเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงอันตรายต่อครอบครัวอุปถัมภ์และตัวตนของ ครอบครัวอุปถัมภ์ที่อาจถูกรับรู้ได้โดยครอบครัวของผู้ร้อง ดังนั้น การบริหารจัดการช่วงเวลาในการ ติดต่อสื่อสารจึงอาจเป็นเรื่องที่ยาก และจำนวนครั้งของการติดต่อสื่อสารย่อมนำไปสู่การเปิดเผยข้อมูลที่อยู่ของ เด็กได้ อย่างไรก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่า กรณีไม่เคยมีการคาดการณ์มาก่อนว่าการติดต่อสื่อสารกัน มากกว่า ๔ ครั้งต่อปี จะเป็นปัจจัยที่ช่วยลดความเสี่ยงที่ข้อมูลที่อยู่ของจะถูกเปิดเผยแต่อย่างใด นอกจากนี้ คำพิพากษาพิพาทอาจมีความเสี่ยงที่ทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัวระหว่างผู้ร้องและบุตรสาวจะถูกตัดขาด โดยสิ้นเชิง ซึ่งในคำพิพากษาของศาลสูงก็ได้กล่าวถึงอย่างชัดเจนว่า ผู้ร้องและบุตรสาวไม่ได้มีการ ติดต่อสื่อสารกันมาเป็นเวลาสามปีแล้ว อีกทั้งคำพิพากษาดังกล่าวไม่ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องการ พบปะกันของบุตรสาวและแม่ หรือการเตรียมการสำหรับการพบปะกันในอนาคตอันใกล้ แต่คำพิพากษากลับ เน้นไปที่การปกป้องเด็กจากความเสี่ยงในการถูกลักพาตัวและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแทน ทั้งนี้ กรณีมีความเสี่ยงที่เด็กจะสูญเสียการติดต่อสื่อสารกับแม่ของเธอโดยสมบูรณ์ ดังนั้น ตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ (ซึ่งเทียบเคียงจากคำพิพากษา คดีระหว่าง Görgülü v. Germany) ศาลได้พิจารณาถึง ผลกระทบในระยะยาวที่อาจทำให้เกิดกรณีการแยกเด็กออกจากแม่อย่างถาวร (a permanent separation) ซึ่งการแยกเด็กออกจากแม่อาจนำไปสู่ความแปลกแยกของเด็กจากอัตลักษณ์ของชาวโรมา

พิจารณาแล้วเห็นว่า ผลกระทบเชิงลบในระยะยาวที่อาจเกิดขึ้นจากการสูญเสียการติดต่อสื่อสารกับแม่ และหน้าที่ของรัฐในการบังคับใช้มาตรการเพื่ออำนวยความสะดวกในการติดต่อสื่อสารกันของครอบครัวด้วย วิธีการที่เป็นไปได้ ยังเป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอจากการที่ศาลได้พิจารณาซึ่งนำหนัก ดังนั้น ศาลสิทธิมนุษยชน ยุโรป โดยมติเอกฉันท์ จึงเห็นว่า กรณีนี้ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัวและชีวิต ครอบครัวที่ได้รับรองตามข้อบทที่ ๘ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสั่งให้รัฐบาลนอร์เวย์ต้อง ชดใช้ค่าเสียหายที่มีใช้ตัวเงิน เป็นจำนวน ๒๕,๐๐๐ ยูโร

\*\*\*\*\*

The prohibition of communication between a mother and her child due to the risk of her abduction.

Article 8 17/09/2018 08:50 Print

## JUDGMENT

**Jansen v. Norway 06.09.2018 (no. 2822/16)**

[see here](#)

## SUMMARY

Mother and child of Roma origins. The child is under the protection of a foster family for protection reasons. Weighing between the right of the mother and child to communicate and the risk of child abduction by the mother's family. The national courts did not take into account the long-term negative consequences of the lack of communication with the mother, which could further lead to alienation from the Roma identity. Violation of the right to family life.

## PROVISION

Article 8

## PRINCIPAL FACTS

The applicant, Ms B. Jansen, is a Norwegian national who was born in 1992 and lives in Oslo.

The case concerned her complaint about being denied access to her daughter, who has been taken into care and is in a foster family.

Ms Jansen's daughter, A, was born in 2011. She and the child lived for a short time with her parents, who are Norwegian Roma, until they were thrown out by her father. Over several months she moved in and out of a family care centre.

In June 2012 the Child Welfare Service issued an order to place A in an emergency foster home at a secret address. Ms Jansen was given one hour of supervised contact per week on the grounds of a risk that the child might be abducted. A full care order was issued in December under which Ms Jansen and the child's father were allowed supervised contact of one hour, four times a year.

Neither parent was entitled to know A's whereabouts.

After a challenge to the contact decision by Ms Jansen and A's father, the first-instance court decided that it was in the child's best interests for them to not have contact rights at all. That decision was upheld on appeal, but the Supreme Court remitted the case in October 2014.

The second set of contact proceedings led the appeal court to uphold its decision on restricting all contact in April 2015 and in July 2015 Ms Jansen was refused leave to appeal again to the Supreme Court.

The main reason for the courts' restrictions on contact was the danger of A being abducted by Ms Jansen's family, which would be harmful to the child, and the possibility that the secret address of the foster family would be revealed. They also assessed Ms Jansen's parenting skills and her ability to withstand her violent and controlling father. They took account of the family's Roma background, without finding that to be an impediment to restricting contact.

Relying on Article 8 (right to respect for private and family life), Ms Jansen complained about the courts' refusal to grant her legal rights to have contact with A.

## THE DECISION OF THE COURT

Article 8

Based on the assessments of evidence made by the domestic courts, there were indications that there had been a real risk of abduction which emanated predominantly from the applicant's father, but was not limited to him. The applicant's father had stabbed a neighbouring couple in the belief that they had helped the applicant to take the child out of their home; the applicant had been told that her father planned to take her to another country, kill her and take her child; the child's father had received death threats when he had sought to establish his paternity; and a family member had followed one of the foster parents, possibly as part of discovering the child's whereabouts. The Court had no basis for finding that the domestic courts had erred in assessing the abduction risk and qualifying it as "a real risk" in accordance with domestic case-law. The Court also accepted the national authorities' assessment that the consequences of an abduction would have been detrimental for the child's development as she would again have been likely to suffer neglect.

Regarding the procedure, after the care order had been issued by the Board, the case had been examined once by the City Court, twice by the High Court, and once in full by the Supreme Court. In addition, a review had been carried out by the Supreme Court's Appeals Leave Committee. The High Court's bench had been composed of three professional judges, a lay judge and a psychologist. Thus, it could not be said that there had been a lack of expert advice. The applicant, with legal aid counsel, had been allowed to present evidence and give testimony in the City Court and on both occasions in the High Court. Taking all this into account, the domestic decision-making process had been comprehensive and the applicant had been sufficiently involved in it as she had been provided with the requisite protection of her interests and fully able to present her case.

The national courts had not only assessed the situation of the applicant and her daughter at the moment when she had been taken into care, but had followed up on later developments. Thus, the High Court had carried out an extensive assessment of the applicant's recent development and situation at that time. Many different aspects had thus been taken into account in the decision-making process, not only the degree of the risk of abduction, but also the consequences if an abduction were to happen, the child's signs of having suffered neglect, her vulnerability and needs, her interests in knowing her Roma background and culture, and the effects that contact would have had on the foster parents and the conditions in the foster home. Therefore, there were no grounds for contesting that the domestic authorities had carried out a sufficiently in-depth examination of the case or that the decision had been taken based on what had been considered to be in A's best interests.

The High Court had considered that the risk of abduction had not only related to the moment when contact sessions would take place, but also to the danger of the foster family's home and identity becoming known to the applicant's family. The organisation of such sessions might therefore have been difficult, and any number of sessions could have potentially entailed that information about where the child lived was revealed. However, it had never been foreseen that there would be more than four contact sessions a year, a factor that reduced the risk of A's whereabouts being revealed. Furthermore, the decision complained of had entailed the danger that family relations between the applicant and her daughter were effectively curtailed. In its decision the High Court had not explicitly mentioned that the applicant and her daughter had not seen each other for three years. Moreover, the High Court's decision had not focused on reuniting the daughter and her mother or on preparing for reunification in the near future, but rather on protecting the child from a potential abduction and its consequences. There was a risk that the child could completely lose contact with her mother. According to the Court's jurisprudence it was imperative to consider the long-term effects which a permanent separation of a child from her natural mother might have (*mutatis mutandis*, *Görgülü v. Germany*). This was all the more so as the separation of the child from her mother could also have led to her alienation from her Roma identity.

In sum, the potential negative long-term consequences of losing contact with her mother and the positive duty to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible had not been sufficiently weighed in the balancing exercise.

Conclusion: violation (unanimously)

#### Article 41

EUR 25,000 in respect of non-pecuniary damage([echrcaselaw.com](http://echrcaselaw.com) editing).

---

Tags: Abduction Child Family Foster Family Norway Reunion Roma Vassilis Chirdaris

---

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเซอร์เบีย  
คำวินิจฉัยที่ IUo-42/2020 ลงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)  
กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเนื่องจากโรคโควิด-19\*

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ  
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

#### ๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเซอร์เบีย (The Constitutional Court of the Republic of Serbia) ได้พิจารณาคำร้องที่ขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลอื่นเนื่องจากมาสถานการณ์การระบาดของโรคโควิด-19

ในการพิจารณาวินิจฉัยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการเกี่ยวกับองค์ประกอบพื้นฐาน (elements) และคุณลักษณะเพิ่มเติม (additional features) ของสถานการณ์ฉุกเฉิน (a state of emergency) รวมถึงเทียบเคียงกับแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเกี่ยวกับขอบเขตนิยามของคำว่าสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะ (public emergency) จากนั้น จึงได้พิจารณารณที่ที่เกิดขึ้นภายในสาธารณรัฐเซอร์เบีย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การอุบัติขึ้นของโรคติดต่อโควิด-19 และอันตรายจากการแพร่ระบาดที่ไม่สามารถควบคุมได้ที่เกิดขึ้นภายในอาณาเขตของสาธารณรัฐเซอร์เบียอาจถือได้ว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน (an emergency) ที่ส่งผลเป็นภัยคุกคามที่สำคัญต่อสุขภาพของประชาชนโดยทั่วไปและการดำเนินชีวิตตามปกติในประเทศ ซึ่งหมายรวมถึงการดำเนินการของหน่วยงานต่าง ๆ การให้บริการสาธารณะ ระบบเศรษฐกิจ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบสาธารณสุข (the health system) และสำหรับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๐๐ วรรคห้า กำหนดให้การตัดสินใจดังกล่าวเป็นของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งหากสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่สามารถเปิดการประชุมได้ การตัดสินใจดังกล่าวย่อมกระทำร่วมกันโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และนายกรัฐมนตรี ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญกำหนดทางเลือกอื่นในการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ถือเป็นการรักษาไว้ซึ่ง “จิตวิญญาณ” (the spirit) ที่เป็นคุณลักษณะเฉพาะของระบบรัฐสภา (parliamentary systems) และสอดคล้องกับเงื่อนไขของ “ความสมดุลและการควบคุมร่วมกัน” (the requirement of balance and mutual control) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔ วรรคสามของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่เป็นการลู่แก่อำนาจในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย ดังนั้น จึงวินิจฉัยให้ยกคำร้อง เนื่องจากเหตุผลที่ปรากฏตามคำร้องมิได้สนับสนุนข้อโต้แย้งที่เป็นเหตุที่จะทำให้

\* สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่:

<https://codices.coe.int/codices/results/precis/3F5EF8A5-0933-4CB7-4001-08DC225DC81B>

ต้องมีการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าว

## ๒. สรุปข้อเท็จจริง

สถานการณ์ฉุกเฉิน (A state of emergency) อันเนื่องมาจากวิกฤตการณ์โควิด-19 ได้ถูกประกาศเมื่อวันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๖๓ โดยการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวได้รับการรับรองโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ร่วมกับประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๐๐ วรรคห้า ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๙ เมษายน ๒๕๖๓ สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ให้การรับรองการตัดสินใจดังกล่าว ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๐๐ วรรคแปด จากนั้นในวันที่ ๖ พฤษภาคม ๒๕๖๓ สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติยกเลิกการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๖๓ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเซอร์เบียได้รับคำร้องที่ได้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลอันเนื่องมาจากโรคโควิด-19 ไว้พิจารณาเป็นจำนวนมาก

## ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเซอร์เบีย ค.ศ. ๒๐๐๖

มาตรา ๔ การแบ่งแยกอำนาจ

ระเบียบกฎหมายย่อมเป็นหนึ่งเดียวกัน

องค์กรของรัฐย่อมอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามองค์กรอยู่บนพื้นฐานของการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน

ฝ่ายตุลาการย่อมเป็นอิสระ

มาตรา ๒๐๐ สถานการณ์ฉุกเฉิน

เมื่อความอยู่รอดของรัฐหรือของประชาชนตกอยู่ภายใต้ภัยคุกคามโดยภัยอันตรายสาธารณะ สภานิติบัญญัติแห่งชาติอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้

การตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินย่อมมีผลใช้บังคับเป็นเวลา ๙๐ วัน เป็นอย่างมาก และในระหว่างสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว สภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยเสียงข้างมากของสมาชิกทั้งหมด อาจตัดสินใจขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินออกไปได้อีก ๙๐ วัน

ในระหว่างการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน สภานิติบัญญัติแห่งชาติย่อมเปิดการประชุมโดยไม่ต้องเรียกประชุมเป็นพิเศษ และไม่อาจยกเลิกการประชุมได้

เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน สภานิติบัญญัติแห่งชาติอาจกำหนดมาตรการที่เป็นการพักใช้สิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่สามารถจัดการประชุมได้ การตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินย่อมเป็นของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ร่วมกับประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรี ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่สามารถจัดการประชุมได้ มาตรการที่เป็นการพักใช้สิทธิมนุษยชนย่อมถูกกำหนดได้โดยรัฐบาล ผ่านรัฐกฤษฎีกา โดยมีประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ลงนามร่วม

มาตรการที่เป็นการพักใช้สิทธิมนุษยชนที่กำหนดโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือรัฐบาล ให้มีผลใช้บังคับเป็นเวลา ๙๐ วัน เป็นอย่างมาก และในระหว่างช่วงเวลาที่สิ้นสุดผลใช้บังคับ อาจเสนอขอขยายระยะเวลาการใช้บังคับไปอีก ๙๐ วันได้

เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติยังมีได้มีมติเกี่ยวกับการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องดำเนินการภายใน ๔๘ ชั่วโมงนับแต่วันที่มติดังกล่าว นั่นคือ ต้องดำเนินการทันทีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติสามารถจัดการประชุมได้ ในกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติมิได้ลงมติรับรองการตัดสินใจดังกล่าว ให้การตัดสินใจนั้นสิ้นสุดผลใช้บังคับเมื่อเสร็จสิ้นการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่จัดขึ้นครั้งแรกภายหลังจากที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติมิได้กำหนดมาตรการที่เป็นการพักใช้สิทธิมนุษยชน รัฐบาลย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องเสนอรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยมาตรการที่เป็นการพักใช้สิทธิมนุษยชนเพื่อให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาให้ความเห็นชอบภายใน ๔๘ ชั่วโมง นับตั้งแต่สภานิติบัญญัติแห่งชาติสามารถจัดการประชุมได้ และในกรณีอื่น มาตรการที่เป็นการพักใช้สิทธิมนุษยชนย่อมสิ้นสุดผลใช้บังคับภายใน ๒๔ ชั่วโมง ก่อนที่จะเริ่มการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติครั้งแรกภายหลังจากที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน<sup>๖</sup>

<sup>๖</sup> The Constitution of the Republic of Serbia 2006

Article 4 Division of Power

The legal order shall be united.

The organization of government shall be based on the division of power into legislative, executive and judicial branches.

The relationship between the three branches of government shall be based on mutual checks and balances.

The judicial branch shall be independent.

Article 200 State of Emergency

When the survival of the state or its citizens is threatened by a public danger, the National Assembly shall proclaim the state of emergency.

The decision on the state of emergency shall be effective 90 days at the most. Upon expiry of this period, the National Assembly may extend the decision on the state of emergency for another 90 days, by the majority votes of the total number of deputies.

During the state of emergency, the National Assembly shall convene without any special call for assembly and it may not be dismissed.

When proclaiming the state of emergency, the National Assembly may prescribe the measures that shall provide for derogation from human and minority rights guaranteed by the Constitution.

When the National Assembly is not in a position to convene, the decision proclaiming the state of emergency shall be adopted by the President of the Republic together with the President of the National Assembly and the Prime Minister, under the same terms as by the National Assembly.

When the National Assembly is not in a position to convene, the measures that provide for derogation from human and minority rights may be prescribed by the Government, in a decree, with the President of the Republic as a co-signatory.

Measures providing for derogation from human and minority rights prescribed by the National Assembly or Government shall be effective 90 days at the most, and upon expiry of that period may be extended under the same terms.

When the National Assembly has not passed the decision on the state of emergency, the National Assembly shall verify it within 48 hours from its passing, that is, as soon as it is in a position to convene. If the National Assembly does not verify this decision, it shall cease to be effective upon the end of the first session of the National Assembly held after the proclamation of the state of emergency.

#### ๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกี่ยวกับองค์ประกอบพื้นฐาน (elements) ของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเอาไว้ ๔ ประการ กล่าวคือ เงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ (a constitutional condition) (ความอยู่รอดของรัฐหรือพลเมืองถูกคุกคามโดยภัยอันตรายสาธารณะ) วัตถุประสงค์การปกป้องคุ้มครอง (a protected object) (รัฐหรือพลเมือง) วิธีการหรือกลไกในการปกป้องคุ้มครอง (means or mechanisms of protection) (มาตรการที่เป็นการพักใช้สิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ) และเป้าหมาย (a goal) (การเอาชนะอันตรายที่มีต่อสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพและการทำให้การบริหารกิจการของรัฐกลับคืนสู่สภาวะปกติโดยเร็ว) นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังชี้ให้เห็นถึงคุณลักษณะเพิ่มเติม (additional features) ของสถานการณ์ฉุกเฉินอีก ๒ ประการ โดยเป็นสิ่งที่ประกอบสร้างขึ้นจากเหตุดังต่อไปนี้ กล่าวคือ จะต้องมียุทธศาสตร์ที่เป็นการชั่วคราว (temporary in nature) และกระบวนการในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องสามารถโต้แย้งได้ตามรัฐธรรมนูญ (constitutionally complaint)

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (the European Court of Human Rights) ในคดีระหว่าง Lawless v. Ireland (3) และรายงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป หรือที่รู้จักกันในชื่อว่า the Greek case - Denmark v. Greece, Norway v. Greece, Sweden v. Greece, and Netherlands v. Greece จะเห็นว่า “สถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะ” (a public emergency) จะเกิดขึ้นเมื่อมีสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง (actual) หรือใกล้จะเกิดขึ้น (imminent) และมีผลกระทบเกี่ยวข้องกับชาติโดยรวม ความต่อเนื่องของการบริหารจัดการความเป็นอยู่ของชุมชน (the continuation of the organized life of the community) ที่ตกอยู่ในอันตราย รวมถึงวิกฤตหรือภัยอันตรายนั้นมีลักษณะพิเศษที่มาตรการหรือข้อจำกัดในสถานการณ์ปกติไม่เพียงพอที่จะฟื้นฟูความสงบเรียบร้อยของสังคมได้

แม้ว่าจะมีความพยายามที่จะกำหนดมาตรฐานทางกฎหมายสำหรับ “สถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะ” ก็ตาม แต่กระนั้นสถานการณ์ดังกล่าวก็ยังคงเป็นเพียงแนวความคิดทั่วไป (a general notion) อันเนื่องมาจากผลลัพธ์ของคุณลักษณะของเหตุการณ์ที่อาจนำไปสู่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การไม่สามารถคาดเดาได้ (unpredictability) และความจำเป็นในการยกเว้น “ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจ” (margin of appreciation) ในการปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการอย่างเร่งด่วนและมีประสิทธิภาพของหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน (โปรดดู คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี Ireland v. the United Kingdom

ในส่วนของข้อเท็จจริงเฉพาะที่เกิดขึ้นก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและ “ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจ” (margin of appreciation) ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า

---

In cases when the measures providing for derogation from human and minority rights have not been prescribed by the National Assembly, the Government shall be obliged to submit the decree on measures providing for derogation from human and minority rights to be verified by the National Assembly within 48 hours from its passing, that is, as soon as the National Assembly is in a position to convene. In other respects, the measures providing for derogation shall cease to be effective 24 hours prior to the beginning of the first session of the National Assembly held after the proclamation of the state of emergency.

(ที่มา: <https://www.paragraf.rs/propisi/constitution-of-the-republic-of-serbia.html>)

การอุบัติขึ้นของโรคติดต่อโควิด-19 และอันตรายจากการแพร่ระบาดที่ไม่สามารถควบคุมได้ที่เกิดขึ้นภายในอาณาเขตของสาธารณรัฐเซอร์เบียอาจถือได้ว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน (an emergency) ที่ส่งผลเป็นภัยคุกคามที่สำคัญต่อสุขภาพของประชาชนโดยทั่วไปและการดำเนินชีวิตตามปกติในประเทศ ซึ่งหมายรวมถึงการดำเนินการของหน่วยงานต่าง ๆ การให้บริการสาธารณะ ระบบเศรษฐกิจ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบสาธารณสุข (the health system)

ขณะที่ในส่วนของวิธีการในการคุ้มครอง (the means of protection) ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การละเมิดอำนาจหน้าที่ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วมักจะเกิดขึ้นในฝ่ายบริหาร และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นต่อสิทธิและเสรีภาพ ถือเป็นคุณลักษณะโดยทั่วไป (general features) ของสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นหลักฐานที่ชี้ให้เห็นว่ามีการละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ (the separation of powers) หรือทำให้กลไกในการควบคุมตามหลักนิติธรรม (the control mechanisms of the rule of law) หยุดการทำงานตามหน้าที่ ขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญก็กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติสามารถกำหนดมาตรการที่เป็นการพักใช้การรับรองสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญในระหว่างที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินได้ (มาตรา ๒๐๐ วรรคสี่) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่สามารถที่จะเปิดประชุมได้ รัฐบาลอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยอาศัยรัฐกฤษฎีกา (by decree) โดยประธานาธิบดีและประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องลงนามร่วมกัน (มาตรา ๒๐๐ วรรคห้า) ทั้งนี้ การรวมศูนย์อำนาจ (the concentration of powers) ในแง่หนึ่ง จะเกิดขึ้นได้แม้ว่ามาตรการต่าง ๆ จะถูกกำหนดโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้วก็ตาม นอกจากนี้ ในระหว่างที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและการให้บริการสาธารณะย่อมมีการเปลี่ยนแปลง “ในเชิงระบบ” (a systematic deviation) ซึ่งตามกฎหมายแล้ว ย่อมเป็นไปในลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนมากกว่าที่จะเป็นภัยคุกคาม (ตัวอย่างเช่น มาตรการทางด้านเศรษฐกิจในรูปแบบของภาษีและเงินเยียวยาต่าง ๆ และความล่าช้าจนเกินระยะเวลาที่กำหนดสำหรับการดำเนินการบางอย่างกับหน่วยงานของรัฐ เป็นต้น)

อนึ่ง คุณลักษณะสำคัญของสถานการณ์ฉุกเฉิน นั่นคือ การเป็นสถานการณ์ที่มีระยะเวลาจำกัด (time-limited duration) ซึ่งการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะมีผลใช้บังคับสูงสุด ๙๐ วัน แม้ว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะสามารถลงมติขยายระยะเวลาดังกล่าวเพิ่มเติมได้อีก ๙๐ วัน ภายหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาใช้บังคับในครั้งแรกก็ตาม (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๐๐ วรรคสอง) ทั้งนี้ เหตุผลของการจำกัดระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน นั่นคือ การป้องกันการกระทำที่ลุแก่อำนาจ เช่น ความเป็นไปได้ในการบังคับใช้สถานการณ์ฉุกเฉินแบบถาวร (a permanent state of emergency)

ในส่วนของอำนาจหน้าที่ในการรับรองการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การตัดสินใจดังกล่าวเป็นของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งหากสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่สามารถที่จะเปิดการประชุมได้ การตัดสินใจดังกล่าวย่อมกระทำร่วมกันโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และนายกรัฐมนตรี ภายใต้งบเงื่อนไขเดียวกันกับของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (มาตรา ๒๐๐ วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญ) อนึ่ง การที่รัฐธรรมนูญกำหนดทางเลือกอื่นในการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ถือเป็นการรักษาไว้ซึ่ง “จิตวิญญาณ” (the spirit) ที่เป็นคุณลักษณะเฉพาะของระบบรัฐสภา (parliamentary systems) และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ “ความสมดุลและการควบคุมร่วมกัน”

(the requirement of balance and mutual control) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔ วรรคสาม ของ รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่เป็นการรุแก่อำนาจในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า โควิด-19 (COVID-19) ถือเป็นภัยอันตรายสาธารณะ (a public danger) ซึ่งคุกคามความอยู่รอดของรัฐหรือประชาชน และการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน อันเนื่องมาจากภัยพิบัติที่เป็นโรคระบาดถือว่าการกระทำที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เหตุผลที่ปรากฏตามคำร้องมิได้สนับสนุนข้อโต้แย้งที่เป็นเหตุที่จะทำให้ต้องมีการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงมีคำสั่งยกคำร้อง

-----

SRB-2020-2-002

a) Serbia b) Constitutional Court c) d) 21/05/2020

e) IUo- 42/2020 f) g) h) Codices (Serbian)

### Headnotes

COVID-19 could be considered as a public danger that threatens the survival of the state or its citizens. The decision to declare a state of emergency because of the epidemic was in line with the Constitution.

### Summary

I. Several initiatives were submitted to the Constitutional Court challenging the constitutionality and legality of the Decision on Declaring a State of Emergency (Official Gazette, no. 29/20). A state of emergency due to the COVID-19 crisis was declared on 15 March 2020. The Decision on Declaring a State of Emergency was adopted by the President of the Republic, together with the President of the National Assembly and the Prime Minister, pursuant to Article 200.5 of the Constitution.

On 29 April 2020, on the basis of Article 200.8 of the Constitution, the National Assembly confirmed the Decision. Pursuant to Articles 105.2.2 and 200 of the Constitution, on 6 May 2020, the National Assembly adopted a decision to end the state of emergency which was ~~declared on 15 March 2020.~~

---

II. The Constitutional Court identified four elements of a state of emergency, namely a constitutional condition (the survival of the state or citizens is threatened by a public danger); a protected object (the state or citizens); means or mechanisms of protection (measures derogating from the human and minority rights guaranteed by the Constitution) and a goal (the effective overcoming of danger to the public and the urgency of returning to a regular constitutional state of affairs).

Two additional features of the state of emergency are derived from these "ingredients": it must be temporary in nature and the procedure for declaring the state of emergency must be constitutionally compliant.

According to the case law of the European Court of Human Rights (see *Lawless v. Ireland* (3) and the Report of the European Commission of Human Rights in what is known as *the Greek case - Denmark v. Greece, Norway v. Greece, Sweden v. Greece, and Netherlands v. Greece*), a "public emergency" exists if the situation is actual or imminent; its effects involve the whole nation; the continuation of the organised life of the community is under threat; the crisis or danger is of such an extraordinary nature that regular measures or restrictions are not sufficient to restore public order.

Despite attempts to specify the legal standard for a "public emergency," it remains a general notion, as a consequence of the nature of the event which has caused the declaration of the state of emergency, i.e. its unpredictability, but also because of the need to leave a certain "margin of appreciation" on the fulfilment of the conditions for declaring a state of emergency for the sake of urgent and efficient action, to the competent state body deciding on the state of emergency (see the judgment of the European Court of Human Rights in *Ireland v. the United Kingdom*).

In view of the specific facts that preceded the declaration of a state of emergency and the "margin of appreciation" of the competent authorities, the Constitutional Court found that the occurrence of the infectious disease COVID-19 and the danger of its uncontrolled spread on the territory of the Republic of Serbia could be considered an emergency that posed a significant threat to the health of the general population and the normal course of life in the country, including the functioning of its institutions, public services and the economy, and especially the health system.

---

Regarding the means of protection, the Constitutional Court pointed out that the violation of competences, most often in favour of the executive, as well as the potential deviation from human rights and freedoms, are general features of the state of emergency. As such they do not *per se* represent proof that the separation of powers was encroached upon or that the control mechanisms of the rule of law ceased to function.

The Constitution envisages the possibility for the National Assembly, during the state of emergency, to prescribe measures derogating from the constitutionally guaranteed human and minority rights (Article 200.4.) Should the National Assembly be unable to convene, the Government may declare the state of emergency, by decree, with the co-signature of the President of the Republic and the President of the National Assembly (Article 200.5). The

concentration of powers, to an extent, is achieved even when these measures are prescribed by the National Assembly.

In a state of emergency, there is a "systemic" deviation from the regular functioning of state bodies and public services, which, as a rule, benefits citizens rather than harming them (for example, various economic measures in the form of tax and other reliefs and a delay in the deadlines for taking certain actions before state bodies.)

An important feature of the state of emergency is its time-limited duration. Decisions on the state of emergency are valid for a maximum of 90 days although they can be extended by the National Assembly for a further ninety days once this initial period has expired. (Article 200.2 of the Constitution).

The rationale behind the time limit for the duration of the state of emergency is to prevent abuse, i.e. to prevent the possibility of introducing a permanent state of emergency. In terms of the competence to adopt a decision on the state of emergency, the Constitutional Court noted that such decisions are made by the National Assembly. If the National Assembly is unable to convene, the decision will be made jointly by the President of the Republic, the President of the National Assembly and the Prime Minister, under the same conditions as the National Assembly (Article 200.5 of the Constitution).

The Constitution sets out an alternative way of deciding on declaring a state of emergency, which preserves the "spirit" that characterizes all parliamentary systems, and which is in line with the requirement of "balance and mutual control" enshrined in Article 4.3 of the Constitution, thus preventing possible abuse of the state of emergency.

The Constitutional Court found that the reasons set out in the initiatives did not support the claim that there were grounds for launching proceedings to assess the constitutionality and legality of the decision to declare a state of emergency. It therefore dismissed the initiatives.

III. The concurring opinion of one judge was annexed to this ruling.

-----

Source: <https://codices.coe.int/codices/results/precis/3F5EF8A5-0933-4CB7-4001-08DC225DC81B>

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป  
คำพิพากษาดำรงคดี เลขที่ ๔๕๙๗๕/๑๒ ระหว่าง İmrek v. Turkey  
ลงวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)  
กรณีการตัดสินลงโทษนักการเมืองด้วยเหตุที่ไม่ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุม  
เป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น<sup>๑</sup>

นางสาวเปรมิกา แสนทอง  
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ

### ๑. บทสรุปแห่งคดี

กรณีนี้เกี่ยวข้องกับการตัดสินโทษทางอาญาของนักการเมืองที่เข้าร่วมการชุมนุมและมีได้ให้ความช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุม โดยผู้ร้องได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดจากการโฆษณาชวนเชื่อที่ให้การสนับสนุนองค์กรก่อการร้าย ซึ่งศาลในสาธารณรัฐตุรกี (the domestic courts) ได้พิจารณาพิพากษาบนพื้นฐานที่ว่า ผู้ร้องได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการชุมนุมประท้วง จำนวน ๒ ครั้ง และมีได้ให้ความช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุม โดยศาลเห็นว่า ผู้ร้องไม่มีการตอบสนองที่เหมาะสมต่อการกระทำพิพาท (disputed actions) ของผู้ชุมนุม (นั่นคือ การชุมนุมประท้วง) โดยผู้ร้องกระทำเพียงแค่กล่าวดักเตือนผู้ชุมนุม และมีได้ร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง (government commissioner) ทำการยุติการชุมนุม รวมถึงมีได้ให้ความช่วยเหลือที่จำเป็นแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงเจ้าหน้าที่ตำรวจตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาแล้ว เห็นว่า ศาลในสาธารณรัฐตุรกีไม่ได้อธิบายความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำที่ไม่เหมาะสม (unjust acts) ที่กระทำโดยฝูงชนที่เข้าร่วมการชุมนุมกับการตอบสนองของผู้ร้อง ซึ่งถูกตัดสินว่าเป็นความผิดฐานไม่ให้ความช่วยในการปราบปรามการกระทำดังกล่าว อีกทั้งศาลในสาธารณรัฐตุรกีก็ได้ตัดสินว่า การกระทำดังกล่าวถือเป็นการโฆษณาชวนเชื่อหรือไม่ และเพราะเหตุใดจึงกล่าวโทษผู้ร้องเช่นนั้น ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อโต้แย้งของหน่วยงานของรัฐในการพิสูจน์การกระทำผิดอาญาของผู้ร้องนั้นไม่เพียงพอ และการลงโทษผู้ร้องดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตย นอกจากนี้ ยังเห็นว่า ถือว่าหน่วยงานของรัฐล้มเหลวในการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (the right to freedom of expression) กับเป้าหมายที่ชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินการที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามแนวคำพิพากษา (case law) ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ดังนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป จึงเห็นว่า เป็นกรณีที่มีการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (ข้อบทที่ ๑๐ ของ ECHR) และพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายที่มีใช้ตัวเงิน เป็นเงิน ๕,๐๐๐ ยูโร

<sup>๑</sup> ผู้สนใจสามารถสืบค้นรายละเอียดของคำพิพากษาได้ที่ <https://www.echr.caselaw.com/en/echr-decisions/condemnation-of-a-politician-because-he-did-not-assist-the-police-in-dispersing-demonstrations-violation-of-freedom-of-expression/#>

## ๒. สรุปข้อเท็จจริง

นายฮาลิล อิมเรก (Halil Imrek) ผู้ร้อง เป็นชาวตุรกี เกิดเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๒๖ และอาศัยอยู่ในจังหวัดอาดานา (Adana) สาธารณรัฐตุรกี โดยกรณีนี้เป็นการดำเนินคดีอาญากับผู้ร้องซึ่งเป็นเลขาธิการสาขาท้องถิ่นของพรรคการเมือง (the secretary of the local branch of a political party) ในข้อหาเผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อที่ให้การสนับสนุนองค์กรก่อการร้าย ภายหลังจากที่ผู้ร้องมีส่วนร่วมใน ๒ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเฉลิมฉลองเทศกาล Newroz<sup>๒</sup> เมื่อปี ๒๕๔๙ ซึ่งเป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่ผู้ร้องดำรงตำแหน่งเลขาธิการสาขาท้องถิ่นของพรรคแรงงาน (the EMEP) ในจังหวัดอาดานา

ต่อมาในเดือนเมษายน ๒๕๔๙ ผู้ร้องได้ถูกควบคุมตัวในความผิดฐานเผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อที่ให้การสนับสนุนองค์กรก่อการร้าย อันเนื่องมาจากการกระทำที่เกิดขึ้นเมื่อวันที่ ๑๘ มีนาคม ๒๕๔๙ โดยผู้เข้าร่วมกิจกรรมที่เรียกว่า “การเฉลิมฉลองเทศกาล Newroz ๒๑ มีนาคม” (21 March Newroz celebrations) ในจังหวัดอาดานา และการกล่าวสุนทรพจน์ในช่วงของการเฉลิมฉลองเทศกาล Newroz ในจังหวัดออสmaniye (Osmaniye) เมื่อวันที่ ๑๙ มีนาคม ๒๕๔๙ ที่อ้างว่าเป็นของผู้ร้อง จากนั้นในเดือนพฤษภาคม ๒๕๔๙ อัยการจังหวัดอาดานา (the Adana public prosecutor) ได้ยื่นฟ้องดำเนินคดีกับผู้ร้องในข้อหาความผิด ตามมาตรา ๗ (๒) ของรัฐธรรมนูญ เลขที่ ๓๗๑๓ (การโฆษณาชวนเชื่อที่ให้การสนับสนุนองค์กรก่อการร้าย)

ผู้ร้อง ซึ่งได้รับการปล่อยตัวตั้งแต่วันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๔๙ ได้ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาต่อศาลจังหวัดอาดานา (the Adana Assize Court) เมื่อวันที่ ๑๖ กันยายน ๒๕๕๑ และในวันเดียวกันนั้น ผู้ร้องได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดตามข้อกล่าวหาและถูกพิพากษาให้จำคุกเป็นเวลาหนึ่งปี โดยศาลฎีกา (Court of Cassation) ได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาดังกล่าว เมื่อเดือนมกราคม ๒๕๕๕ จากนั้น ในเดือนกรกฎาคม ๒๕๕๕ ภายหลังจากที่รัฐบัญญัติ เลขที่ ๖๓๕๒<sup>๓</sup> มีผลบังคับใช้ ศาลชั้นต้น (the Assize Court) ได้ตัดสินไต่ถามการบังคับโทษของผู้ร้อง ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ๒๕๕๕ ศาลชั้นต้น (บนพื้นฐานของกฎหมายฉบับเดียวกัน) ได้พิพากษายกคำตัดสินเดิมเมื่อวันที่ ๑๖ กันยายน ๒๕๕๑ และสั่งยุติกระบวนการพิจารณาของผู้ร้องเป็นเวลา ๓ ปี

ตามข้อบทที่ ๑๐ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ผู้ร้องยืนยันว่า ตนถูกดำเนินคดีเนื่องจากความคิดเห็นทางการเมืองที่แสดงออกในทั้งสองกิจกรรมที่กล่าวไปข้างต้น ถือว่าเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

<sup>๒</sup> เทศกาล Newroz คือเทศกาลเฉลิมฉลองปีใหม่และการเริ่มต้นของฤดูใบไม้ผลิของกลุ่มชาติพันธุ์ในแถบเอเชียตะวันตก เอเชียกลาง ภูมิภาคคอเคซัส คาบสมุทรบอลข่าน และเอเชียใต้ ซึ่งรวมไปถึงกลุ่มชาวเคิร์ดในสาธารณรัฐตุรกี

<sup>๓</sup> รัฐบัญญัติหมายเลข ๖๓๕๒ ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการให้บริการของศาลและการยุติการดำเนินคดีและการลงโทษเกี่ยวกับอาชญากรรมที่กระทำผ่านสื่อ (Law No. 6352 on the Amendment to Certain Laws for Increasing the Efficiency of Judicial Services and the Suspension of Prosecution and Penalties Regarding Crimes Committed through Press) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๐๑๒ (ผู้สนใจสามารถสืบค้นรายละเอียดเพิ่มเติมที่ <https://globalcompetitionreview.com/review/the-european-middle-east-and-african-antitrust-review/2024/article/turkey-updated-legislation-strengthens-competition-authority-cartel-enforcement>)

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

#### ๓.๑ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights)

##### ข้อบทที่ ๑๐ เสรีภาพในการแสดงออก

๑. ทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก สิทธินี้ย่อมรวมถึงเสรีภาพในการที่จะมีความคิดเห็น และได้รับและเผยแพร่ข้อมูลและความคิดโดยปราศจากการแทรกแซงจากหน่วยงานรัฐ โดยไม่ต้องคำนึงถึงพรมแดน มาตรานี้ไม่ห้ามรัฐในการกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้มีการกระจายเสียง แพร่ภาพ หรือบริษัท โทรทัศน์ หรือภาพยนตร์

๒. การใช้เสรีภาพดังกล่าว โดยเหตุที่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่และความรับผิดชอบ อาจตกอยู่ภายใต้รูปแบบ เงื่อนไข ข้อจำกัด หรือบทลงโทษ ตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย และจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์ในเรื่องความมั่นคงแห่งชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรือความปลอดภัยสาธารณะ เพื่อป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม เพื่อคุ้มครองสุขภาพหรือศีลธรรม เพื่อคุ้มครองชื่อเสียงหรือสิทธิของบุคคลอื่น เพื่อป้องกันการเปิดเผยข้อมูลที่ได้มาด้วยความลับ หรือเพื่อธำรงไว้ซึ่งอำนาจหน้าที่และความเป็นกลางของศาล<sup>๔</sup>

#### ๓.๒ รัฐบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้าย (รัฐบัญญัติหมายเลข ๓๗๑๓)

มาตรา ๗(๒) ผู้ใดเผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับองค์กรก่อการร้าย จะต้องถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ ๑ ถึง ๕ ปี หากกระทำความผิดดังกล่าวผ่านสื่อ จะต้องถูกเพิ่มโทษอีกกึ่งหนึ่ง นอกจากนี้ เจ้าของและผู้รับผิดชอบการเผยแพร่ซึ่งไม่มีส่วนได้ส่วนเสียในการกระทำความผิดดังกล่าวโดยสื่อ จะต้องถูกปรับตั้งแต่ ๑,๐๐๐ ถึง ๑๐,๐๐๐ วัน อย่างไรก็ตาม โทษสูงสุดสำหรับผู้รับผิดชอบการเผยแพร่คือ ๕,๐๐๐ วัน การกระทำและพฤติกรรมที่ระบุไว้ด้านล่างจะต้องถูกลงโทษตามบทบัญญัติในวรรคนี้ด้วย

a) การปิดบังหน้าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยมีจุดประสงค์เพื่อปกปิดตัวตนในระหว่างการชุมนุม และเดินขบวนประท้วงซึ่งกลายเป็นการโฆษณาชวนเชื่อขององค์กรก่อการร้าย

<sup>๔</sup> European Convention on Human Rights

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 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.

(ที่มา: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention__ENG))

b) การถือตราสัญลักษณ์และเครื่องหมาย ตะโกนคำขวัญหรือประกาศโดยอุปกรณ์ขยายเสียง (audio means) ซึ่งแสดงถึงความเป็นสมาชิกหรือการสนับสนุนองค์กรก่อการร้าย หรือการสวมเครื่องแบบที่มีตราสัญลักษณ์และเครื่องหมายขององค์กรก่อการร้าย<sup>๔</sup>

#### ๔. คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตั้งข้อสังเกตว่า การที่หน่วยงานของรัฐ (national authorities) มีการพิจารณาว่า ผู้ร้องมีความประสงค์และมีเจตนาที่จะมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่จัดขึ้นโดยผู้ชุมนุม เมื่อวันที่ ๑๘ มีนาคม ๒๕๕๙ ซึ่งทางการได้กล่าวหาว่าเป็นการโฆษณาชวนเชื่อที่ให้การสนับสนุนองค์กรก่อการร้ายนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อที่จะประเมินว่ามี “ความจำเป็น” (necessity) ที่จะต้องละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของผู้ร้องในคดีนี้หรือไม่ กรณีควรจะต้องพิจารณาแรงจูงใจที่ศาลทั้งหลายในสาธารณรัฐตุรกีใช้ในการตัดสินลงโทษผู้ร้องเสียก่อน

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของศาลอาญาแห่งสาธารณรัฐตุรกี (the Criminal Court) เห็นว่า จำเลย ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมการจัดการชุมนุม ไม่มีการตอบสนองที่เหมาะสมต่อการกระทำพิพาท (the disputed action) ที่กระทำโดยของผู้ชุมนุม เนื่องจากจำเลยกระทำเพียงแค่กล่าวตักเตือนผู้ชุมนุมเท่านั้น รวมถึงมิได้ร้องขอให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องทำการยุติการชุมนุม และมีได้ให้ความช่วยเหลือเท่าที่จำเป็นแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าหน้าที่ตำรวจในการยุติการชุมนุมดังกล่าว ทั้งนี้ ศาลอาญาเห็นว่า ทศนคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ผู้ร้องมีความประสงค์และมีเจตนาที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมของผู้ชุมนุมตามที่กล่าวมาข้างต้น

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า การให้เหตุผลของศาลอาญามีได้ให้คำอธิบายที่เพียงพอว่าเหตุใดผู้ร้อง ในฐานะคณะกรรมการจัดการชุมนุม จึงควรต้องรับผิดชอบต่อการระงับยับยั้งการกระทำพิพาทของผู้ชุมนุม โดยเฉพาะกรณีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับหน้าที่และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งศาลอาญาก็ได้ยอมรับ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ว่าจะมีการร้องขอจากคณะกรรมการจัดการชุมนุมหรือไม่ก็ตาม หากพบว่าการชุมนุมนั้นกลายเป็นการชุมนุมที่ผิดกฎหมาย นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังได้เห็นว่า ในคดีนี้ ศาลอาญามีได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างคำขวัญ ป้าย ธง และภาพถ่าย ที่เป็นหลักฐาน

<sup>๔</sup> Anti-terror Law (Law No. 3713)

Article 7-Terrorist Organizations

(2) Whoever makes propaganda of the terrorist organization shall be punished by imprisonment for one to five years. In case of committing this crime through media, penalty to be given shall be increased by one half. In addition, a judicial fine for one thousand to ten thousand days shall be adjudged for owners and persons in charge of publication, who have no any accessorship in committing the felony by the media. However, the maximum limit of this penalty for persons in charge of the publication shall be five thousand days. Below given acts and behaviors shall be punished according to provisions of this paragraph as well:

a) fully or partially to veil face with the purpose to hide personal identity in course of convention and demonstration march, turned into a propaganda of terrorist organization;

b) to carry emblem and signs, shout slogans or announce through audio means, which would show membership or supportership of the terrorist organization, or to wear uniforms with emblem and signs of the terrorist organization.

(ที่มา: <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/2/2019/04/AntiTerrorLawNo3713.pdf>)

ในการกล่าวหา ตลอดจนการกระทำอื่น ๆ ที่กระทำโดยผู้ชุมนุมในระหว่างการชุมนุม ประการหนึ่ง และปฏิกิริยาตอบสนองของผู้ร้อง ที่เห็นว่าไม่เพียงพอต่อการกระทำพิพาทดังกล่าว ในฐานะคณะกรรมการจัดการชุมนุม อีกประการหนึ่ง เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นถึงความประสงค์และความตั้งใจของผู้ร้องที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำพิพาทที่อาจเป็นความผิดฐานโฆษณาชวนเชื่อที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้าย ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังเห็นว่า ศาลอาญาล้มเหลวในการให้เหตุผลว่า หากพิจารณาในบริบทโดยทั่วไปแล้ว การกระทำของผู้ร้อง ถือเป็นกรกระทำที่อาจก่อให้เกิดอันตราย เป็นการยุยงให้ใช้กำลัง เป็นการต่อต้านด้วยอาวุธหรือก่อการกบฏ หรือเป็นถ้อยคำที่สร้างความเกลียดชัง หรือไม่

เมื่อพิจารณาจากที่กล่าวมาข้างต้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงสรุปได้ว่า ตามพฤติการณ์ของคดีนี้ ในการตัดสินให้ผู้ร้องมีความผิดฐานโฆษณาชวนเชื่อในนามขององค์การก่อการร้ายจากเหตุการณ์ที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างการชุมนุมเมื่อวันที่ ๑๘ มีนาคม ๒๕๔๙ หน่วยงานของรัฐล้มเหลวในการสร้างสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับเป้าหมายโดยชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการที่เหมาะสมและสอดคล้องกับเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังตั้งข้อสังเกตด้วยว่า ในการตัดสินลงโทษ เมื่อวันที่ ๑๖ กันยายน ๒๕๕๑ นั้น ศาลอาญาไม่ได้พยายามที่จะพิสูจน์ว่า พยานหลักฐานเดียวที่มีอยู่ ซึ่งใช้ตัดสินให้ผู้ร้องมีความผิดตามคำพิพากษาระหว่างการชุมนุมเมื่อวันที่ ๑๙ มีนาคม ๒๕๔๙ ควรได้รับการยืนยันด้วยพยานหลักฐานอื่นอีกหรือไม่ เช่น คำให้การของพยานบุคคล บันทึกรถอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกล่าวสุนทรพจน์ หรือวิดีโอถอดรหัสที่ทำโดยผู้เชี่ยวชาญอิสระ นอกจากนี้ ศาลอาญายังมิได้ตอบสนองต่อข้อโต้แย้งของผู้ร้องเกี่ยวกับข้อผิดพลาดที่มีอยู่ในรายงานการประชุม และการไม่เห็นด้วยกับความถูกต้องของรายงานการประชุม ที่มีการอ้างว่าผู้ร้องมี ‘ความสัมพันธ์’ (solidarity) กับกลุ่มก่อการร้าย PKK รวมถึงไม่มีการตอบสนองต่อข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องว่า รายงานการประชุมของเจ้าหน้าที่รัฐไม่เกี่ยวข้องกับความเห็นที่ถูกโต้แย้งด้วย ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ตั้งข้อสังเกตด้วยว่า ผู้ร้องได้นำเสนอข้อโต้แย้งเดียวกันนี้ในชั้นอุทธรณ์ ขณะเดียวกันศาลฎีกาก็มิได้ตอบคำร้องดังกล่าวของผู้ร้องแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า ข้อโต้แย้งของผู้ร้องดังกล่าวก็ถูกปฏิเสธโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปโดยปราศจากเหตุผลเช่นกัน ดังนั้น จึงเห็นว่า ศาลทั้งหลายในสาธารณรัฐตุรเคีย ซึ่งมีได้ตอบสนองต่อข้อโต้แย้งของผู้ร้องเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือและความถูกต้องของพยานหลักฐานหลักที่ใช้ในการตัดสินลงโทษทางอาญาของผู้ร้องนั้น ไม่ควรได้รับการพิจารณาให้นำมาใช้ในคดีนี้ โดยเป็นไปตามแนวคำพิพากษา (case law) ของศาลยุติธรรมยุโรป (the Court of Justice) ที่เกี่ยวข้องกับข้อบทที่ ๑๐ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อที่จะทำให้เกิดการประเมินข้อเท็จจริงที่ยอมรับได้ และเป็นการสร้างสมดุลที่เหมาะสมระหว่างผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐตุรเคียไม่ได้แสดงให้เห็นถึงเหตุผลที่หน่วยงานของรัฐใช้ในการยืนยันการกระทำผิดอาญาว่ามีความเกี่ยวข้องและเพียงพอ รวมถึงมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย กรณีจึงถือว่าเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ที่ได้รับการรับรองตามข้อบทที่ ๑๐ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งพิพากษาให้จ่ายเงินชดเชยค่าเสียหายที่ไม่มีตัวเงิน (non-pecuniary damage) แก่ผู้ร้องเป็นเงิน จำนวน ๕,๐๐๐ ยูโร



## Condemnation of a politician because he did not assist the police in dispersing demonstrations! Violation of freedom of expression

➤ Article 10 © 22/11/2020 10:25 🖨 Print

### JUDGMENT

**İmrek v. Turkey 10.11.2020 (app. no. 45975/12)**

[see here](#)

### SUMMARY

Criminal conviction of a politician for participating in demonstrations and non-assistance of the police in the dissolution. Freedom of expression.

The applicant was convicted of propaganda in favor of a terrorist organization. The domestic courts based their conviction on his participation in two demonstrations and his lack of assistance to the police in dispersing the protesters. They considered that he did not have the appropriate reaction to the disputed actions of the protesters, that he only had to warn them, that he had not asked the government commissioner to end the demonstration and had not provided the necessary assistance to him and the police for this purpose.

The ECtHR found that the domestic courts did not explain the connection between the unjust acts committed by the crowd at the demonstrations and the applicant's reaction, which was found guilty of his failure to assist in the repression of those acts. Nor did they justify whether these acts were considered propaganda and why they were incriminating him. The Court held that the authorities' arguments to justify the applicant's alleged criminal conduct were not sufficient and that his conviction was not necessary in a democratic society. It also held that the national authorities had failed to balance the applicant's right to freedom of expression with the legitimate aims pursued in an appropriate manner and in accordance with the criteria laid down in the case law of the ECtHR.

The Court found a violation of freedom of expression (Article 10 of the ECHR) and awarded EUR 5,000 for non-pecuniary damage.

### PROVISION

Article 10

### PRINCIPAL FACTS

The applicant, Halil İmrek, is a Turkish national who was born in 1973. He lives in Adana (Turkey).

The case concerned criminal proceedings brought against the secretary of the local branch of a political party (Mr İmrek) on a charge of disseminating propaganda in favour of a terrorist organisation, after he had taken part in two events in connection with the Newroz celebrations in 2006.

At the relevant time Mr İmrek was secretary of the local branch of the EMEP (Labour Party) in Adana.

In April 2006 the applicant was remanded in custody for the offence of disseminating propaganda in favour of a terrorist organisation, on account of acts allegedly committed on 18 March 2006 by the participants in an event in Adana called the "21 March Newroz celebrations", and a speech purportedly made by Mr İmrek on 19 March 2006 during the Newroz celebrations in Osmaniye.

In May 2006 the Adana public prosecutor brought proceedings against Mr İmrek for alleged offences under section 7(2) of Law no. 3713 (propaganda in favour of a terrorist organisation).

Mr İmrek, who was released in July 2006, filed defence pleadings with the Adana Assize Court on 16 September 2008. On the same day he was found guilty as charged and sentenced to one year's imprisonment. The Court of Cassation upheld that judgment in January 2012.

In July 2012, following the entry into force of Law no. 6352, the Assize Court decided to stay the execution of Mr İmrek's sentence. In November 2012, on the basis of the same Law, the Assize Court set aside its judgment of 16 September 2008 and suspended the proceedings against the applicant for three years.

Relying in particular on Article 10 (freedom of expression), Mr İmrek maintained that he had been prosecuted on account of the political views he had expressed at the two events, alleging a breach of his freedom of expression.

### THE DECISION OF THE COURT...

The Court noted that the national authorities considered that the applicant had the will and intention to take part in certain acts committed by participants in the March 18, 2006 demonstration, which they alleged constituted propaganda in favor of a terrorist organization. It considered that, in order to assess whether the 'necessity' of infringing the applicant's right to freedom of expression was convincingly established in the present case, it should, in its case-law, be determined in the light of the motive adopted by the Turkish courts their conviction of the applicant

The Criminal Court, however, considered that the accused, a member of the organizing committee of the demonstration, did not have the appropriate reaction to the disputed actions of the protesters, because he only warned them, did not ask the government commissioner to end the demonstration and did not provide the necessary assistance to him and the police for this purpose. According to the Criminal Court, this attitude proved that the applicant had the will and intention to take part in the above-mentioned acts of the protesters.

The Court notes that this reasoning adopted by the Criminal Court does not provide an adequate explanation for why the applicant, as a member of the organizing committee of the demonstration, should be responsible for suppressing the disputed acts committed by the demonstrators. In particular with regard to the duties and responsibilities of the government commissioner and the police in this regard, which the Criminal Court itself has recognized and in particular whether or not a request was required from the organizing committee to end the demonstration, if they found that it had become illegal demonstration. The Court also held that, in the present case, the Criminal Court did not explain the relationship between the incriminating slogans, placards, flags and photographs, as well as the other acts committed by the crowd during this demonstration, on the one hand, and the applicant's reaction, which was deemed inadequate, to those acts, as a member of the organizing committee, on the other hand, in order to demonstrate the latter's will and intention to engage in acts which would constitute a propaganda offense in favor of a terrorist organization. It also considered that the Criminal Court had failed to state reasons as to whether the acts against the applicant could, in the general context in which they took place, cause harm, incite the use of force, armed resistance or insurrection, or that they were hate speech.

In view of the above, the Court concluded that, in the circumstances of the case, in convicting the applicant of propaganda on behalf of a terrorist organization of the above-mentioned events which took place during the demonstration of 18 March 2006, the national authorities failed to balance the individual's right to freedom of expression with the legitimate aims pursued in an appropriate manner and in accordance with the criteria set out in the case law of the ECtHR.

The Court further notes that, in its conviction of 16 September 2008, the Criminal Court did not seek to establish whether the only evidence in its possession was to convict the applicant of his decision in question during the demonstration on March 19, 2006, ie the proceedings of March 22, 2006, were corroborated by other evidence, such as testimonies of independent witnesses, possible other recordings of this speech, nor did he receive any decrypted videos made by an independent expert. The Criminal Court also did not respond to the applicant's arguments concerning the errors contained in these minutes, nor to its disagreements over the accuracy of these minutes, attributing to him '[solidarity] with the PKK', nor to his claim that the minutes of the Government Commissioner did not relate to these disputed comments.

---

The Court also notes that the applicant presented the same arguments in the appeal as those before the Criminal Court and that the Supreme Court did not reply to him.

However, in the present case, the Court observed that the applicant's arguments were rejected by the Court without reasoning. It therefore found that in the present case the national courts, which had not responded to the applicant's arguments concerning the reliability and accuracy of the main evidence in support of his criminal conviction, could not be considered to have applied the procedural rules established by the case law of the Court of Justice in relation to Article 10 of the Convention, in order to make an admissible assessment of the facts and then to strike a proper balance between the various interests concerned.

In the light of all the above, the Court considered that the Government had not demonstrated that the reasons given by the national authorities to justify the criminal conduct were relevant and sufficient and that they were necessary in a democratic society.

It therefore concluded that there had been a violation of freedom of expression (Article 10 of the Convention).

Just satisfaction: EUR 5,000 (non-pecuniary damage)

---

Tags: Article 10 Criminal Freedom Of Expression Important Police Politician Propaganda Protest Speech Terrorism Organisation Turkey

---

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย  
คำวินิจฉัยที่ G 4/2020 ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)  
กรณีการห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะตามหลักศาสนาอิสลามของนักเรียนหญิงในโรงเรียนประถมศึกษา  
ละเมิดหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการนับถือศาสนา<sup>๑</sup>

นางสาวเปรมิกา แสนทอง  
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ

### ๑. บทสรุปแห่งคดี

กรณีนี้เป็นกรณีการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา ๔๓a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการศึกษาในระดับโรงเรียน (the School Education Act) โดยผู้ร้องซึ่งเป็นนักเรียนหญิงและผู้ปกครอง ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติที่ห้ามมิให้เด็กนักเรียนในโรงเรียนประถมศึกษาสวมผ้าคลุมศีรษะแบบอิสลาม (the Islamic headscarf) ขัดต่อหลักความเสมอภาค (the principle of equality) และเสรีภาพในทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติที่ห้ามมิให้ใช้บังคับกับนักเรียนหญิงเฉพาะกลุ่ม ไม่สอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นกลางทางอุดมการณ์และศาสนา (religious and ideology neutrality) รวมถึงไม่บรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายอันเกี่ยวกับความเสมอภาคทางเพศ ดังนั้น บทบัญญัติที่ห้ามมิให้ใช้บังคับดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

### ๒. สรุปข้อเท็จจริง

ผู้ร้อง ประกอบด้วย นักเรียนหญิงในระดับประถมศึกษา ซึ่งมีอายุต่ำกว่า ๑๐ ปี จำนวน ๒ คน ซึ่งได้รับการศึกษาอบรมตามหลักศาสนาอิสลามนิกายซุนนี (the Sunni) และนิกายชีอะห์ (the Shiite) ตามลำดับ พร้อมทั้งผู้ปกครองของนักเรียนดังกล่าว ได้ยื่นคำร้องทุกซ์ตามรัฐธรรมนูญ (an individual application) เพื่อขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา ๔๓a ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการศึกษาในระดับโรงเรียน (School Education Act – Schulunterrichtsgesetz หรือ SchUG) โดยเห็นว่า บทบัญญัติที่ห้ามมิให้เด็กนักเรียนสวมใส่เสื้อผ้าที่มีลักษณะที่แสดงให้เห็นถึงอุดมการณ์หรือศาสนา อันรวมถึงการคลุมศีรษะจนกว่าจะสิ้นสุดปีการศึกษาที่เด็กมีอายุครบ ๑๐ ปี (บทบัญญัติวรรคหนึ่ง) และในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้ปกครองจะถูกเชิญให้เข้าร่วมหารือแบบภาคบังคับ (a mandatory conversation) และหากยังมีกรณีที่เกิดการละเมิดขึ้นอีกครั้ง ภายหลังจากนั้น อาจมีการกำหนดโทษปรับได้ (บทบัญญัติวรรคสองและวรรคสาม)

<sup>๑</sup> สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่ [https://www.vfgh.gv.at/downloads/Bulletin\\_2020\\_3\\_AUT-2020-3-005\\_G\\_4\\_2020.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/Bulletin_2020_3_AUT-2020-3-005_G_4_2020.pdf)

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

#### ๓.๑ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

##### ข้อบทที่ ๙ เสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา

๑. ทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อ ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือร่วมกับผู้อื่นในชุมชน และในที่สาธารณะหรือส่วนตัว ในการสักการบูชา การสอน การปฏิบัติ และการประกอบพิธีกรรม

๒. เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของตนต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดและจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยเพื่อผลประโยชน์ของความปลอดภัยสาธารณะ การคุ้มครองความสงบเรียบร้อย สุขภาพ หรือศีลธรรมของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น<sup>๖</sup>

#### ๓.๒ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐออสเตรีย ค.ศ. ๑๙๒๐

มาตรา ๑๔.๕ นอกเหนือไปจากบทบัญญัติในวรรคสองถึงวรรคสี่ สหพันธรัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายและดำเนินการในเรื่องดังต่อไปนี้ :

a) โรงเรียนสาธิตของรัฐ (Öffentliche Übungsschulen) โรงเรียนอนุบาลสาธิต ศูนย์สาธิต และบ้านนักเรียนสาธิต (demonstration pupils' homes) ซึ่งรวมอยู่ในโรงเรียนของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการสาธิตแผนการเรียนการสอน<sup>๗</sup>

#### ๓.๓ กฎหมายว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของพลเมือง

##### มาตรา ๑๔ เสรีภาพในการนับถือศาสนา

๑. ทุกคนได้รับการรับประกันเสรีภาพในการนับถือศาสนาและความเชื่ออย่างสมบูรณ์

๒. การใช้สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนั้นไม่ขึ้นอยู่กับความเชื่อทางศาสนา อย่างไรก็ตาม หน้าที่ที่ประชาชนต้องปฏิบัติจะต้องไม่ขัดต่อความเชื่อทางศาสนา

<sup>๖</sup> The European Convention on Human Rights (ECHR)

Article 9 Freedom of thought, conscience and religion

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

(ที่มา: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG))

<sup>๗</sup> The Federal Constitutional Law of 1920

Article 14.5 In deviation from the provisions of Paragraphs 2 to 4, it is the business of the Federation to provide legislation and carry out execution in the following matters:

a) public demonstration schools (Öffentliche Übungsschulen), demonstration Kindergarten, demonstration centers and demonstration pupils' homes, which are incorporated into a public school for the purpose of demonstrations envisioned in the teaching plan.

(ที่มา: [https://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20\\_FULL\\_%20Constitution.pdf](https://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20_FULL_%20Constitution.pdf))

๓. บุคคลใดจะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามพิธีกรรมหรือเข้าร่วมพิธีทางศาสนาไม่ได้ トラบโดที่บุคคลนั้น ไม่ตกอยู่ใต้บังคับบัญชาของบุคคลอื่นที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจดังกล่าว<sup>๔</sup>

#### ๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีบทบัญญัติพิพาทดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียได้ชี้ให้เห็นว่า ตามกระบวนการตรากฎหมายนั้น มาตรา ๔๓a ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการศึกษาในระดับโรงเรียน มีวัตถุประสงค์ เฉพาะเพื่อห้ามมิให้มีการสวมผ้าคลุมศีรษะแบบอิสลาม (an Islamic headscarf) ซึ่งไม่รวมถึงหมวกกิปปา ของชาวยิว (the Jewish Kippah) หรือผ้าปาตกา (Patka) ที่ชาวซิกข์ (Sikhs) สวมใส่ ดังนั้น นัยยะของ "การคลุมศีรษะ" (Covering of the head) จึงควรได้รับการตีความอย่างแคบว่าหมายถึงรูปแบบของการคลุม ศีรษะตามประเพณีของศาสนาอิสลาม

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เน้นย้ำว่า หลักความเสมอภาค (the principle of equality) และ ข้อบทที่ ๙ แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมถึงมาตรา ๑๔ แห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของ พลเมือง (Basic Law on the General Rights of Nationals) ถือเป็นตัวกำหนดหลักการความเป็นกลางทาง ศาสนาและอุดมการณ์ของรัฐ (the principle of the religious and ideological neutrality of the state) โดยเมื่อมีการกำหนดระบบโรงเรียน ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดโดยการปฏิบัติต่อทุกความเชื่อ ทางศาสนาและอุดมการณ์บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค นอกจากนี้ โรงเรียนยังต้องตั้งอยู่บนหลักคุณค่า พื้นฐานของความเปิดกว้างและความอดทน (the basic values of openness and tolerance) (มาตรา ๑๔.๕.a ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Federal Constitutional Act))

ในส่วนบริบทของโรงเรียนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ในการประกันข้อกำหนดตามรัฐธรรมนูญ ดังกล่าว กรณีอาจทำให้การจำกัดสิทธิของนักเรียนและผู้ปกครองซึ่งได้รับการรับรองตามข้อบทที่ ๙ แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนชอบด้วยกฎหมายได้ โดยมีเงื่อนไขว่า ข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องได้ สัดส่วนและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ บทบัญญัติที่เลือกความเชื่อทางศาสนาหรือ อุดมการณ์บางอย่างโดยเฉพาะ เช่น กรณีมาตรา ๔๓a ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการศึกษาในระดับโรงเรียน ซึ่งห้าม การคลุมศีรษะตามหลักประเพณีของศาสนาอิสลาม โดยเฉพาะการสวมผ้าคลุมศีรษะแบบอิสลามนั้น จำเป็นที่ จะต้องมีการอธิบายวัตถุประสงค์เฉพาะเกี่ยวกับข้อกำหนดความเป็นกลางทางศาสนาและอุดมการณ์อย่างชัดเจน

อนึ่ง ข้อห้ามตามมาตรา ๔๓a วรรคหนึ่ง ข้อ ๒ ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการศึกษาในระดับโรงเรียน มุ่งหวังที่จะส่งเสริมการบูรณาการทางสังคมของเด็ก (the social integration of children) ให้สอดคล้องกับ ธรรมเนียมและประเพณีท้องถิ่น การรักษาค่านิยมตามรัฐธรรมนูญขั้นพื้นฐาน และเป้าหมายทางการศึกษา

<sup>๔</sup> Basic Law on the General Rights of Nationals

Article 14 [Freedom of Belief]

(1) Everyone is guaranteed complete freedom of conscience and creed.

(2) The enjoyment of civic and political rights is independent of religious belief. Nevertheless, duties incumbent on nationals may not be prejudiced by religious beliefs.

(3) No one can be forced to observe a ritual act or to participate in an ecclesiastical ceremony in so far as he is not subordinate to another who is by law invested with such authority.

(ที่มา: [https://www.servat.unibe.ch/icl/au03000\\_.html](https://www.servat.unibe.ch/icl/au03000_.html))

รวมถึงความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เน้นย้ำว่า กฎหมายที่ต่อต้านการแบ่งแยกทางเพศที่ไม่พึงประสงค์ (undesirable gender segregation) และรองรับบูรณาภาพทางสังคมและความเสมอภาคทางเพศนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่สำคัญ อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนและเป็นวัตถุประสงค์ (proportionate and objective)

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นว่า การสวมผ้าคลุมศีรษะแบบอิสลามอาจมีสาเหตุหลายประการ กล่าวคือ อาจเป็นการแสดงถึงความเกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลาม (an affiliation with Islam) หรือการดำเนินชีวิตของบุคคลหนึ่งที่สอดคล้องกับค่านิยมทางศาสนาของอิสลาม อีกทั้งกรณียังสามารถตีความได้ว่าเป็นสัญลักษณ์ของการเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมอิสลาม (a sign of belonging to Islamic culture) หรือการยึดมั่นในประเพณีของชุมชนที่เป็นต้นกำเนิด ดังนั้น ผ้าคลุมศีรษะของศาสนาอิสลามจึงไม่มีทั้งความหมายที่ชัดเจนและความหมายที่คลุมเครือ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีประเด็นเกี่ยวกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาและความเชื่อเกิดขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญกลับถูกห้ามมิให้เลือกการตีความกรณีดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นสัญลักษณ์ทางศาสนาหรือเป็นสัญลักษณ์ทางอุดมการณ์ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถใช้การตีความดังกล่าวเป็นพื้นฐานในการประเมินความชอบธรรมของสัญลักษณ์ดังกล่าวในสถาบันการศึกษาของรัฐได้

อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญชี้ให้เห็นว่า ข้อห้ามตามมาตรา ๔๓๓ ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการศึกษาในระดับโรงเรียน ซึ่งบังคับใช้เฉพาะกับเด็กผู้หญิงและห้ามมิให้เด็กเหล่านั้นสวมผ้าคลุมศีรษะแบบอิสลาม ถือว่าไม่เหมาะสมต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนด ยิ่งไปกว่านั้น การสั่งห้ามเฉพาะส่วน (selective ban) ยังสามารถส่งผลเสียต่อเด็กผู้หญิงที่ได้รับผลกระทบและนำไปสู่การเลือกปฏิบัติ เนื่องจากอาจทำให้เกิดความเสี่ยงต่อเด็กผู้หญิงมุสลิมที่จะถูกกีดกันหรือทำให้เด็กเหล่านั้นเข้าถึงการศึกษาได้อย่างยากลำบาก ทั้งนี้ ข้อห้ามดังกล่าวถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งกายที่ได้รับแรงจูงใจจากศาสนาหรืออุดมการณ์เพียงประการเดียว และยังเป็นการตีตราคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะอีกด้วย

ในส่วนของเป้าหมายในการคุ้มครองเด็กนักเรียนหญิงจากแรงกดดันทางสังคม (social pressure) ที่เกิดจากเพื่อนร่วมชั้นเรียนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่า อาจมีสถานการณ์ความขัดแย้งทางอุดมการณ์และทางศาสนาได้ อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวมิอาจใช้เป็นความชอบธรรมสำหรับข้อห้ามเฉพาะส่วน (the selective prohibition) ตามมาตรา ๔๓๓ ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการศึกษาในระดับโรงเรียน ซึ่งกำหนดไว้สำหรับเฉพาะเด็กนักเรียนหญิงที่สวมผ้าคลุมศีรษะเท่านั้น โดยมีได้กำหนดไว้สำหรับผู้ที่สร้างความกดดันทางสังคมต่อเด็กนักเรียนดังกล่าวด้วยแต่อย่างใด

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งเน้นศาสนาหรืออุดมการณ์บางอย่าง และกำหนดอย่างเฉพาะเจาะจงต่อการแต่งกายประเภทเดียว (และแบบเดียวเท่านั้น) ไม่สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นกลางทางอุดมการณ์และทางศาสนาของรัฐ บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่บรรลุเป้าประสงค์ตามกฎหมายและไม่เป็นวัตถุประสงค์ ดังนั้น มาตรา ๔๓๓ ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการศึกษาในระดับโรงเรียน จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดต่อหลักความเสมอภาค และสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา

## Condemnation of a politician because he did not assist the police in dispersing demonstrations! Violation of freedom of expression

➤ Article 10 © 22/11/2020 10:25 🖨 Print

### JUDGMENT

**Imrek v. Turkey 10.11.2020 (app. no. 45975/12)**

[see here](#)

### SUMMARY

Criminal conviction of a politician for participating in demonstrations and non-assistance of the police in the dissolution. Freedom of expression.

The applicant was convicted of propaganda in favor of a terrorist organization. The domestic courts based their conviction on his participation in two demonstrations and his lack of assistance to the police in dispersing the protesters. They considered that he did not have the appropriate reaction to the disputed actions of the protesters, that he only had to warn them, that he had not asked the government commissioner to end the demonstration and had not provided the necessary assistance to him and the police for this purpose.

The ECtHR found that the domestic courts did not explain the connection between the unjust acts committed by the crowd at the demonstrations and the applicant's reaction, which was found guilty of his failure to assist in the repression of those acts. Nor did they justify whether these acts were considered propaganda and why they were incriminating him. The Court held that the authorities' arguments to justify the applicant's alleged criminal conduct were not sufficient and that his conviction was not necessary in a democratic society. It also held that the national authorities had failed to balance the applicant's right to freedom of expression with the legitimate aims pursued in an appropriate manner and in accordance with the criteria laid down in the case law of the ECtHR.

The Court found a violation of freedom of expression (Article 10 of the ECHR) and awarded EUR 5,000 for non-pecuniary damage.

### PROVISION

Article 10

### PRINCIPAL FACTS

The applicant, Halil İmrek, is a Turkish national who was born in 1973. He lives in Adana (Turkey).

The case concerned criminal proceedings brought against the secretary of the local branch of a political party (Mr İmrek) on a charge of disseminating propaganda in favour of a terrorist organisation, after he had taken part in two events in connection with the Newroz celebrations in 2006.

At the relevant time Mr İmrek was secretary of the local branch of the EMEP (Labour Party) in Adana.

In April 2006 the applicant was remanded in custody for the offence of disseminating propaganda in favour of a terrorist organisation, on account of acts allegedly committed on 18 March 2006 by the participants in an event in Adana called the "21 March Newroz celebrations", and a speech purportedly made by Mr İmrek on 19 March 2006 during the Newroz celebrations in Osmaniye. In May 2006 the Adana public prosecutor brought proceedings against Mr İmrek for alleged offences under section 7(2) of Law no. 3713 (propaganda in favour of a terrorist organisation).

Mr İmrek, who was released in July 2006, filed defence pleadings with the Adana Assize Court on 16 September 2008. On the same day he was found guilty as charged and sentenced to one year's imprisonment. The Court of Cassation upheld that judgment in January 2012.

In July 2012, following the entry into force of Law no. 6352, the Assize Court decided to stay the execution of Mr İmrek's sentence. In November 2012, on the basis of the same Law, the Assize Court set aside its judgment of 16 September 2008 and suspended the proceedings against the applicant for three years.

Relying in particular on Article 10 (freedom of expression), Mr İmrek maintained that he had been prosecuted on account of the political views he had expressed at the two events, alleging a breach of his freedom of expression.

### THE DECISION OF THE COURT...

The Court noted that the national authorities considered that the applicant had the will and intention to take part in certain acts committed by participants in the March 18, 2006 demonstration, which they alleged constituted propaganda in favor of a terrorist organization. It considered that, in order to assess whether the 'necessity' of infringing the applicant's right to freedom of expression was convincingly established in the present case, it should, in its case-law, be determined in the light of the motive adopted by the Turkish courts their conviction of the applicant

The Criminal Court, however, considered that the accused, a member of the organizing committee of the demonstration, did not have the appropriate reaction to the disputed actions of the protesters, because he only warned them, did not ask the government commissioner to end the demonstration and did not provide the necessary assistance to him and the police for this purpose. According to the Criminal Court, this attitude proved that the applicant had the will and intention to take part in the above-mentioned acts of the protesters.

The Court notes that this reasoning adopted by the Criminal Court does not provide an adequate explanation for why the applicant, as a member of the organizing committee of the demonstration, should be responsible for suppressing the disputed acts committed by the demonstrators, in particular with regard to the duties and responsibilities of the government commissioner and the police in this regard, which the Criminal Court itself has recognized and in particular whether or not a request was required from the organizing committee to end the demonstration, if they found that it had become illegal demonstration. The Court also held that, in the present case, the Criminal Court did not explain the relationship between the incriminating slogans, placards, flags and photographs, as well as the other acts committed by the crowd during this demonstration, on the one hand, and the applicant's reaction, which was deemed inadequate, to those acts, as a member of the organizing committee, on the other hand, in order to demonstrate the latter's will and intention to engage in acts which would constitute a propaganda offense in favor of a terrorist organization. It also considered that the Criminal Court had failed to state reasons as to whether the acts against the applicant could, in the general context in which they took place, cause harm, incite the use of force, armed resistance or insurrection, or that they were hate speech.

In view of the above, the Court concluded that, in the circumstances of the case, in convicting the applicant of propaganda on behalf of a terrorist organization of the above-mentioned events which took place during the demonstration of 18 March 2006, the national authorities failed to balance the individual's right to freedom of expression with the legitimate aims pursued in an appropriate manner and in accordance with the criteria set out in the case law of the ECtHR.

The Court further notes that, in its conviction of 16 September 2008, the Criminal Court did not seek to establish whether the only evidence in its possession was to convict the applicant of his decision in question during the demonstration on March 19, 2006, ie the proceedings of March 22, 2006, were corroborated by other evidence, such as testimonies of independent witnesses, possible other recordings of this speech, nor did he receive any decrypted videos made by an independent expert. The Criminal Court also did not respond to the applicant's arguments concerning the errors contained in these minutes, nor to its disagreements over the accuracy of these minutes, attributing to him '[solidarity] with the PKK', nor to his claim that the minutes of the Government Commissioner did not relate to these disputed comments.

---

The Court also notes that the applicant presented the same arguments in the appeal as those before the Criminal Court and that the Supreme Court did not reply to him.

However, in the present case, the Court observed that the applicant's arguments were rejected by the Court without reasoning. It therefore found that in the present case the national courts, which had not responded to the applicant's arguments concerning the reliability and accuracy of the main evidence in support of his criminal conviction, could not be considered to have applied the procedural rules established by the case law of the Court of Justice in relation to Article 10 of the Convention, in order to make an admissible assessment of the facts and then to strike a proper balance between the various interests concerned.

In the light of all the above, the Court considered that the Government had not demonstrated that the reasons given by the national authorities to justify the criminal conduct were relevant and sufficient and that they were necessary in a democratic society.

It therefore concluded that there had been a violation of freedom of expression (Article 10 of the Convention).

Just satisfaction: EUR 5,000 (non-pecuniary damage)

---

Tags: Article 10 Criminal Freedom Of Expression Important Police Politician Propaganda Protest Speech Terrorism Organisation Turkey

---

## AUT-2020-3-005

a) Austria / b) Constitutional Court / c) / d) 11-12-2020 / e) G 4/2020 / f) / g) ECLI:AT:VFGH:2020:G4.2020 / h) CODICES (German).

### Keywords of the systematic thesaurus:

03.07 General Principles - Relations between the State and bodies of a religious or ideological nature.

03.17 General Principles - Weighing of interests.

05.02.02.06 Fundamental Rights - Equality - Criteria of distinction - Religion.

05.03.18 Fundamental Rights - Civil and political rights - Freedom of conscience.

### Keywords of the alphabetical index:

Headscarf, prohibition / Religion, clothing, restriction / Religion, headscarf, symbol / Religion and ideology, neutrality of the state / Schools, wearing of veils, prohibition.

### Headnotes:

A ban on wearing the Islamic headscarf at elementary schools violates the principle of equality in conjunction with the right to freedom of thought, conscience and religion. A provision that only affects a certain group of female students and that remains selective in order to ensure religious and ideological neutrality as well as gender equality fails to achieve its regulatory objective and is not objectively justified.

### Summary:

I. Pursuant to § 43a of the School Education Act (*Schulunterrichtsgesetz*, hereinafter, "*SchUG*"), schoolchildren are prohibited from wearing ideologically or religiously characterised clothing that involves covering the head until the end of the school year in which they reach the age of 10 (paragraph 1). In the event of a violation, the parents are to be invited to a mandatory conversation. If another violation occurs afterwards, a fine can be imposed (paragraphs 2 and 3).

The applicants – two schoolgirls under 10 years of age at elementary school who are religiously educated in the sense of the Sunni and the Shiite legal school of Islam respectively, and their parents – filed an individual application against § 43a *SchUG*, claiming, in particular, a violation of their right to religious freedom and to religious education of children.

II. The Constitutional Court pointed out that, according to the law-making process, § 43a *SchUG* is specifically intended to prohibit the wearing of an Islamic headscarf; it does not

include, for instance, the Jewish kippah or the *patka* worn by Sikhs. "Covering of the head" is therefore to be interpreted narrowly as a form of covering according to Islamic tradition.

The Court underlined that the principle of equality in conjunction with Article 9 ECHR and Article 14 of the Basic Law on the General Rights of Nationals establishes the principle of the religious and ideological neutrality of the state. When shaping the school system, the legislature must comply with this requirement by treating all religious and ideological beliefs based on the principle of equality. Moreover, school is based, among others, on the basic values of openness and tolerance (Article 14.5.a of the Federal Constitutional Act).

According to the Court, in the context of the school, ensuring these constitutional requirements can also justify restrictions on the rights of students and parents guaranteed by Article 9 ECHR, provided that these restrictions are proportionate and objective. A provision that selectively singles out a certain religious or ideological belief – such as § 43a *SchUG*, which prohibits the covering of the head in accordance with Islamic tradition, in particular the Islamic headscarf – requires a special objective justification with regard to the requirement of religious and ideological neutrality.

The prohibition in § 43a, paragraph 1, Clause 2 *SchUG* expressly aims to serve the social integration of children in accordance with local customs and traditions, the preservation of basic constitutional values and educational goals, as well as the equality of men and women. The Constitutional Court emphasised that a law that counteracts undesirable gender segregation and thus serves social integration and gender equality pursues an important objective. However, such a regulation must be proportionate and objective.

The Court observed that wearing the Islamic headscarf may have various reasons. It may express an affiliation with Islam, an alignment of one's life with the religious values of Islam. It can also be interpreted as a sign of belonging to Islamic culture or of adherence to the traditions of the community of origin. The Islamic headscarf therefore has no clear and unambiguous meaning. Especially when it comes to questions of freedom of religion and belief, however, the Constitutional Court is barred from adopting one specific interpretation of a religious or ideological symbol; therefore, it cannot base its assessment of the legitimacy of such symbols in state educational institutions on this interpretation.

---

The Court pointed out that the prohibition in § 43a *SchUG* – which only applies to girls and prohibits them from wearing an Islamic headscarf – is not suitable to achieve the objectives formulated by the legislature. Rather, the selective ban can also have a detrimental effect on the inclusion of affected girls and lead to discrimination because it carries the risk of marginalizing Muslim girls or making it difficult for them to access education. The prohibition selectively chooses a single religiously or ideologically motivated clothing regulation and specifically stigmatises a certain group of people.

With regard to the aim of protecting schoolgirls against social pressure from their classmates, the Constitutional Court admitted that there can be situations of ideological and

religious conflict. However, this cannot justify the selective prohibition in § 43a *SchUG* which only addresses schoolgirls wearing a headscarf – and not those exerting undue social pressure on them.

The Constitutional Court concluded that a provision focusing on a certain religion or ideology and its specific expression in one (and only one) type of clothing is not compatible with the constitutional principle of ideological and religious neutrality of the state; such a provision fails to meet its regulatory goal and is not objective. § 43a *SchUG* was therefore found to be unconstitutional because it violates the principle of equality in conjunction with the right to freedom of thought, conscience and religion.

**Cross-references:**

European Court of Human Rights:

- *Kjeldsen et al. v. Denmark*, no. 5095/71, 07.12.1976;
- *Campbell u. Cosans v. United Kingdom*, no. 7511/76, 25.02.1982;
- *Kokkinakis v. Greece*, no. 14307/88, 25.05.1993;
- *Valsamis*, no. 21787/93, 18.12.1996;
- *Dogru v. France*, no. 27058/05, 04.12.2008;
- *Osmanoglu and Kocabas v. Switzerland*, no. 29086/12, 10.01.2017.

**Languages:**

German.

---

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส  
คำวินิจฉัยที่ ๓๕๒/๒๑ ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๖๔ (ค.ศ. ๒๐๒๑)  
กรณีการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินในการตรารัฐกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมโทษ  
ตามประมวลกฎหมายอาญา<sup>\*</sup>

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ  
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

### ๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสได้พิจารณารัฐกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมโทษปรับสำหรับความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่ง (the crime of disobedience) ตามประมวลกฎหมายอาญา โดยพิจารณาแล้วเห็นว่า อำนาจในการดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (the declaration of a state of emergency) ซึ่งครอบคลุมไปถึงมาตรการที่เหมาะสมจำเป็นทั้งหมดในการฟื้นฟูสถานการณ์ที่เกิดขึ้นให้กลับสู่สภาวะปกตินั้น ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙.๘ ของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ฝ่ายบริหาร (the Executive) ยังได้รับมอบอำนาจที่ไม่เพียงแต่เฉพาะการกำหนดกฎเกณฑ์หลัก (primary norms) เกี่ยวกับเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่โดยปกติแล้วจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา เช่น การกำหนดมาตรการปิดเมือง (lockdown) เท่านั้น หากแต่ยังมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ลำดับรอง (secondary norms) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดและการกำหนดบทลงโทษ (crime and punishment) ด้วย กรณีดังกล่าวจึงถือว่าเป็นบทบาทขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นอำนาจฉุกเฉิน (an emergency power) และถือเป็นอำนาจพิเศษ (exceptional) ที่มีได้กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติและอำนาจของรัฐสภา

### ๒. สรุปข้อเท็จจริง

รัฐกฤษฎีกา เลขที่ 2-B/2020 (the Decree 2-B/2020) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร เพื่อใช้อำนาจให้เป็นไปตามรัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดี (Presidential Decree) เลขที่ 17-A/2020 ซึ่งต่ออายุสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดี เลขที่ 14-A/2020

ประเด็นพื้นฐานในการอุทธรณ์ คือ การขอให้พิจารณาว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดและการกำหนดบทลงโทษ (crime and punishment) ซึ่งโดยปกติแล้วเป็นกรณีที่สงวนไว้เฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๖๕.๑.c ของรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งอำนาจดังกล่าวคือ การกำหนดบทลงโทษขั้นต่ำและขั้นสูงสุดสำหรับความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งที่มุ่งหมายจะบังคับใช้มาตรการฉุกเฉินในสถานการณ์วิกฤต

<sup>\*</sup> สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่:

<https://codices.coe.int/codices/results/precis/C4C2DF1B-9912-4AC0-3C9E-08DC225DC81B>

ด้านสาธารณสุข เช่น การปิดเมือง (lockdown) การกำหนดเคอร์ฟิว (curfews) และกรณีอื่นในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น และในระหว่างการพิจารณาคดีดังกล่าว จำเลยปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่สั่งให้กลับที่พักและปฏิบัติตามมาตรการปิดเมืองที่ใช้บังคับในขณะนั้น

### ๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส ค.ศ. ๑๙๗๖ (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. ๒๐๐๕)<sup>๒</sup>

มาตรา ๑๙ การระงับการใช้สิทธิ

๗๑

๗. การประกาศสภาวะกฏอัยการศึกหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน อาจเปลี่ยนแปลงความเป็นปกติของระบอบรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวย่อมไม่กระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายตามรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานที่ใช้อำนาจอธิปไตยหรือองค์กรปกครองตนเองในเขตปกครองตนเอง หรือสิทธิและความคุ้มกันของผู้ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานดังกล่าว

<sup>๒</sup> Constitution of the Portuguese Republic 1976 (rev. 2005)

#### Article 19. Suspension of the exercise of rights

7. Declarations of a state of siege or a state of emergency may only alter constitutional normality in the manner provided for in this Constitution and the law. In particular, they shall not affect the application of the constitutional rules concerning the responsibilities and functioning of the bodies that exercise sovereign power or of the self-government bodies of the autonomous regions, or the rights and immunities of the holders of such offices.

8. Declarations of a state of siege or a state of emergency shall grant the public authorities the power and responsibility to take the appropriate steps needed to promptly restore constitutional normality.

#### Article 162. Responsibility to scrutinize

In the performance of its scrutiny functions the Assembly of the Republic shall be responsible for:

a. Scrutinising compliance with this Constitution and the laws and considering the actions of the Government and the Public Administration;

b. Considering the manner in which a declaration of a state of siege or a state of emergency has been applied;

c. Considering executive laws, save those made under the Government's exclusive legislative responsibility, and considering the regional legislative decrees provided for in Article 227(1)b, both for the purpose of determining whether they should be amended or cease to be in force;

d. Receiving the accounts of the state and such other public bodies as the law shall lay down. Such accounts shall be submitted by 31 December of the following year, together with the opinion of the Audit Court and the other items needed to consider them;

e. Considering reports on the execution of National Plans.

#### Article 165. Partially exclusive responsibility to legislate

1. Unless it also authorizes the Government to do so, the Assembly of the Republic shall possess exclusive responsibility to legislate on the following matters:

c. The definition of crimes, sentences, security measures and the preconditions therefore, and the laying down of criminal procedure;

#### Article 190. Government responsibility

The Government shall be responsible to the President of the Republic and the Assembly of the Republic.

(source: [https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal\\_2005](https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005))

๘. การประกาศสภาวะกฏอัยการศึกหรือสถานการณ์ฉุกเฉินย่อมมอบอำนาจและความรับผิดชอบให้แก่หน่วยงานของรัฐในการดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสมและจำเป็นในการฟื้นคืนสถานการณ์ปกติ

#### มาตรา ๑๖๒ ความรับผิดชอบในการตรวจสอบ

๑. ในการปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบ ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งสาธารณรัฐจะต้องรับผิดชอบดังต่อไปนี้
  - a. ตรวจสอบการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายและการพิจารณาการกระทำของรัฐบาลและการบริหารงานภาครัฐ
  - b. พิจารณาลักษณะการประกาศกฏอัยการศึกและสถานการณ์ฉุกเฉิน
  - c. พิจารณาการบังคับใช้กฎหมาย ยกเว้นกฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้หน้าที่ทางนิติบัญญัติพิเศษของรัฐบาล และพิจารณาการกระทำระดับภูมิภาค ตามมาตรา ๒๒๗ (๑) b ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมหรือหยุดการใช้บังคับ
  - d. รับรายงานทางบัญชีของรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ รายงานทางบัญชีดังกล่าวจะต้องยื่นภายในวันที่ ๓๑ ธันวาคม ของปีถัดไป พร้อมด้วยความเห็นของศาลตรวจสอบและรายการอื่นที่จำเป็นในการพิจารณา
  - e. พิจารณารายงานการดำเนินการตามแผนระดับชาติ

#### มาตรา ๑๖๕ ความรับผิดชอบพิเศษบางส่วนในการตรากฎหมาย

๑. เว้นแต่จะกำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจในการดำเนินการได้ ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งสาธารณรัฐย่อมมีหน้าที่เฉพาะในการตรากฎหมายในเรื่องดังต่อไปนี้
  - c. คำจำกัดความของอาชญากรรม การลงโทษ มาตรการด้านความมั่นคง และเงื่อนไขเบื้องต้น และการดำเนินวิธีพิจารณาความอาญา

#### มาตรา ๑๙๐ ความรับผิดชอบของรัฐบาล

รัฐบาลย่อมต้องรับผิดชอบต่อประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐและฝ่ายนิติบัญญัติของสาธารณรัฐ

#### ๓.๒ ประมวลกฎหมายอาญา<sup>๓</sup>

#### มาตรา ๓๔๘ การฝ่าฝืนคำสั่ง

๑ - ผู้ใดละเลยที่จะปฏิบัติตามคำสั่งหรือหมายโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยได้รับแจ้งจากหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกิน ๑๒๐ วัน หาก:

<sup>๓</sup> CRIMINAL CODE Law no. 59/2007 of 4 September (Twenty third amendment to the Criminal Code, approved by Decree-Law no. 400/82 of 23 September)

Article 348 Disobedience

1 - Whoever lacks to the obedience due to a legitimate order or warrant, regularly communicated and from a competent authority or officer, is punished with sentence of imprisonment for not more than one year, or with fine penalty for not more than 120 days if:

a) A legal provision sanctions, in the case, the punishment of simple disobedience; or

b) In the absence of a legal provision, the authority or officer make the correspondent sanction.

Etc.

(source: [https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/PORTUGAL\\_Criminal%20Code.pdf](https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/PORTUGAL_Criminal%20Code.pdf))

- a. บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในกรณีการลงโทษฐานฝ่าฝืนคำสั่ง หรือ
- b. ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมาย หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่อาจลงโทษในทำนองเดียวกัน

ฯลฯ

#### ๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญ (โดยองค์คณะที่ ๓) ได้มีคำวินิจฉัยที่ ๓๕๒/๒๐๒๑ พิจารณาคำร้องอุทธรณ์ของสำนักงานอัยการที่มีต่อคำพิพากษาศาลชั้นต้นแห่งกรุงลิสบอน (Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Norte) ที่ขอให้เพิกถอนบทบัญญัติมาตรา ๔๓.๖ ของรัฐธรรมนูญฯ เลขที่ 2-B/2020 (the Decree 2-B/2020) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโทษปรับขั้นต่ำและขั้นสูงจำนวนหนึ่งในสามสำหรับความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่ง (the crime of disobedience) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๔๘.๑.๖

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก (จำนวน ๓ ใน ๕ เสียง) ประจําองค์คณะที่ ๓ พิจารณาแล้วเห็นว่า อำนาจในการดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งครอบคลุมมาตรการที่เหมาะสมจําเป็นทั้งหมดในการฟื้นฟูสถานการณ์ที่เกิดขึ้นให้กลับสู่สภาวะปกตินั้น ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙.๘ ของรัฐธรรมนูญ โดยเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (a state of emergency) หรือกฏอัยการศึก (a state of siege) แล้ว ย่อมปรากฏข้อยกเว้นในการใช้อำนาจมหาชนขึ้น โดยฝ่ายบริหารจะมีอำนาจที่ไม่เพียงแต่กำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐาน (primary norms) ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่โดยปกติจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา เช่น การกำหนดมาตรการปิดเมือง (lockdown) เท่านั้น หากแต่ยังมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ลำดับรอง (secondary norms) เกี่ยวกับการกระทำความผิดและการกำหนดบทลงโทษด้วย โดยการใช้อำนาจดังกล่าวถือเป็นบทบาทพื้นฐานในฐานะที่เป็นอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (emergency power)

แม้รัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๙.๗ จะจำกัดผลกระทบของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือกฏอัยการศึกที่มีต่อหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานของรัฐตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากก็เห็นว่า การยอมรับอำนาจฉุกเฉินที่ขยายขอบเขตไปถึงเรื่องการกระทำความผิดและการกำหนดบทลงโทษมิได้มีผลกระทบต่อหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานของรัฐแต่ประการใด ทั้งนี้ อำนาจดังกล่าวถือเป็นอำนาจพิเศษอย่างสัมบูรณ์ (absolutely exceptional) และมีได้กระทบต่อหน้าที่และอำนาจรวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของรัฐสภา นอกจากนี้ อำนาจดังกล่าวยังอยู่บนพื้นฐานของชื่อพิเศษ (an extraordinary title) (กล่าวคือ การประกาศสภาวะยกเว้น – the declaration of a state of exception) เป็นสิ่งที่ชั่วคราวและไม่แน่นอน (temporary and precarious) (กล่าวคือ ไม่ยืนยาวเกินกว่าที่ประกาศ – lasting no longer than the declaration itself) และมีเป้าหมายเฉพาะเพื่อการฟื้นคืนระบอบรัฐธรรมนูญที่เป็นปกติ (constitutional normalcy) ขณะเดียวกัน ฝ่ายบริหารก็ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติกรณีพิเศษด้วยเหตุผลความจําเป็น (extraordinary legislator *ex ratione necessitatis*) ดังนั้น หากผู้ใดมีข้อสรุปตรงข้ามกับมาตรา ๑๙.๗ อำนาจฉุกเฉินก็ย่อมมีอาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากอำนาจดังกล่าวมักใช้บังคับกับเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งโดยปกติแล้วเป็นเรื่องที่สงวนไว้สำหรับกฎหมายที่ตราขึ้นโดย

รัฐสภาเท่านั้น กรณีจึงอาจทำให้ระบอบสภาวะยกเว้น (state of exception) ทั้งหมดที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโปรตุเกสมิได้ถูกนำมาใช้บังคับและไร้ความหมาย (inoperative and nonsensical)

ศาลรัฐธรรมนูญเน้นย้ำว่า อำนาจฉุกเฉินของฝ่ายบริหารภายใต้การประกาศสภาวะยกเว้นตามปกติ (a regularly declared state of exception) นั้น ในแง่หนึ่งมิได้ถือว่าเป็นไปโดยพลการหรือไม่ถูกผูกมัด (arbitrary and untrammelled) ขณะที่ในอีกแง่หนึ่งนั้น การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมผูกพันอยู่กับหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) และเป็นวัตถุในการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (judicial review) นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารยังต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อประธานาธิบดีและรัฐสภาด้วย (ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๙๐) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐสภามีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการกำกับดูแลการใช้อำนาจตามประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือการประกาศกฎอัยการศึก (ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๖๒)

-----

POR-2021-2-009

a) Portugal b) Constitutional Court  
c) Third Chamber d) 27/05/2021 e) 352/21 f) g) h) Codices (Portuguese)

#### Keywords of the alphabetical index

Emergency measure / Executive power / Criminal punishment, Fine

#### Headnotes

The power to execute the declaration of a state of emergency encompassing all measures suitable and necessary to restore constitutional normalcy is directly based on [Article 19.8 of the Constitution](#). The Executive is empowered to not only issue primary norms in matters related to basic freedoms, such as those imposing a lockdown, an area normally reserved to statute, but also to issue secondary norms in the area of crime and punishment, as long as these partake of its basic role as an emergency power. This power is absolutely exceptional and does not jeopardise the normal operation and powers of Parliament.

#### Summary

I. The Decree 2-B/2020 is an ordinance issued by the Executive in the exercise of its power to execute Presidential Decree no. 17-A/2020, which renewed the state of emergency declared in Presidential Decree 14-A/2020.

---

The fundamental question of the appeal was that of determining whether the Executive branch has the constitutional power, under a regularly declared state of emergency, to issue norms in matters concerning crime and punishment, an area normally reserved to parliamentary statute, as provided for in [Article 165.1.c of the Constitution](#) – namely, the power to increase the minimum and maximum punishment for the crime of disobedience to injunctions aimed at enforcing emergency measures dictated by the ongoing sanitary crisis, such as lockdowns, curfews, and the like. In the proceedings, the defendant had refused to comply with an injunction by the police to return home and observe the lockdown then in force.

II. On 27 May 2021, the Constitutional Court (3<sup>rd</sup> Section) issued *Acórdão* no. 352/2021, ruling on the mandatory appeal by the Office of the Public Prosecutor (*Ministério Público*) of a

judgement by a court of first instance in *Lisbon (Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Norte)* striking down Article 43.6 of Decree 2-B/2020, which increases in one third the minimum and maximum fine for the crime of disobedience provided for in Article 348.1.b of the Penal Code.

A majority (3 out of 5) of the judges of the 3<sup>rd</sup> Section was of the view that the power to execute the declaration of a state of emergency, encompassing all measures suitable and necessary to restore constitutional normalcy, is directly based on Article 19.8 of the Constitution. Once a state of emergency or state of siege is declared, an exceptional framework of public power emerges, within which the Executive is empowered to not only issue primary norms in matters related to basic freedoms, such as those imposing a lockdown, an area normally reserved to statute, but also to issue secondary norms in the area of crime and punishment, as long as these partake of its basic role as an emergency power.

Although Article 19.7 of the Constitution rules out any impact of the declaration of a state of emergency or state of siege on the constitutional norms concerning the competence and functioning of the branches of Government, the majority was of the view that no such consequence follows from the recognition of an emergency power extending to the area of crime and punishment. This power is absolutely exceptional and does not jeopardise the normal operation and powers of Parliament. It is based on an extraordinary title (the declaration of a state of exception); is temporary and precarious (lasting no longer than the declaration itself); and is aimed at the specific goal of restoring constitutional normalcy. The Executive operates, within this framework, as an extraordinary legislator *ex ratione necessitatis* – i.e. for reasons of expediency. Moreover, if one was to draw the opposite conclusion from Article 19.7, no emergency power could possibly exist, since such a power operates, by its very nature, within the area of basic freedoms which is reserved to parliamentary statute; that would render the entire regime of states of exception in the Portuguese Constitution virtually inoperative and nonsensical.

The Court stressed that the emergency power of the Executive under a regularly declared state of exception is far from arbitrary or untrammelled: on the one hand, its exercise is bound by the principle of proportionality and subject to judicial review; on the other hand,

the Executive is politically accountable to the President and to Parliament (Article 190), the latter having the specific constitutional duty to monitor the execution of the declaration of a state of emergency or state of siege (Article 162).

(Source: <https://codices.coe.int/codices/results/precis/C4C2DF1B-9912-4AC0-3C9E-08DC225DC81B>)

\*\*\*\*\*

---