

Ragnar Aðalsteinsson

Jafnræði, bann við mismunum og kynhneigð Er ástæða til að tryggja jafnræði samkynhneigðra í stjórnarskrá?

I

Í álitinu þessu verður leitast við að svara spurningunni um það hvort ástæða sé til að tryggja jafnan rétt samkynhneigðra og banna mismunum vegna kynhneigðar með ákvæði þar um í stjórnarskrár. Í jafnréttisákvæði því sem samþykkt var árið 1995 við endurskoðun mannréttindakafla stjórnarskrárinnar (65. gr.) segir, að allir skuli vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti. Í ákvæði þessu felst að stjórnvöldum er skylt að grípa til aðgerða til að tryggja jafnan rétt einstaklinga í þeim hópum, sem taldir eru upp, til jafns við aðra borgara. Lagt er bann við að mismuna þeim vegna þess að þeir teljast til minnihlutahópa, sem hafa þau kennimerki sem getið er um í upptalningunni. Við endurskoðun mannréttindakaflans 1994–1995 kom fram tillaga um að geta kynhneigðar sérstaklega, en það fékkst ekki samþykkt frekar en tillaga um að geta fötlunar. Umræða um kynhneigð og samkynhneigð sérstaklega hefur breyst í verulegum atriðum á þeim áratug sem liðinn er síðan mannréttindakaflinn var endurskoðaður. Áður en vikið verður að þróun síðustu ára verður (II) gerð grein fyrir almennum reglum um jafnræði skv. alþjóðalögum og íslenskum landsrétti og (III) ákvæðum 12. viðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu og ákvæðum í mannréttindaskrá Evrópusambandsins. Að því búnu verður gerð grein fyrir (IV) alþjóðlegri þróun á síðasta áratug og ákvæðum um kynhneigð í stjórnarskrám einstakra ríkja og að lokum (V) rakin rök með og móti því að geta um kynhneigð í upptalningunni í 65. gr. stjórnarskrárinnar og veitt svör við spurningunni um hvort ástæða sé til að geta sérstaklega um kynhneigð í stjórnarskrá og tryggja þannig jafnræði samkynhneigðra.

II

Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna

Í mannréttindayfirlýsingu SP frá 1948 segir, að allir menn skuli jafnir fyrir lögum og eiga rétt á jafnri vernd þeirra án manngreinarálits. Ennfremur segir að öllum mönnum beri réttur til verndar gegn hvers konar misrétti, sem brjóti í bága við yfirlýsinguna, svo og gagnvart hvers konar áróðri til þess að skapa slíkt misrétti. Í yfirlýsingunni er ekki að finna nein dæmi um hópa, sem talið er að hafi sérstaka þörf fyrir lagavernd vegna hættu á misrétti.

Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi

Í 2. gr. alþjóðasamnings SP um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi segir, að sérhvert ríki sem aðili er að samningi þessum takist á hendur að virða og ábyrgjast öllum einstaklingum innan landsvæðis síns og undir lögsögu sinni réttindi þau sem viðurkennd eru í samningi þessum án nokkurs konar mismununar svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna. Í 1. mgr. 14. gr. samningsins segir að allir skuli jafnir fyrir dómstólunum.

Þá segir í 26. gr. samningsins, að allir séu jafnir fyrir lögnum og eigi rétt á sömu lagavernd án nokkurrar mismununar. Lögin skuli því í þessu skyni banna hvers konar mismunun og ábyrgjast öllum mönnum jafna og raunhæfa vernd gegn mismunun svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ættneris eða annarra aðstæðna.

Vert er að vekja athygli á að í 2. gr. segir að skyldur ríkja til að virða og ábyrgjast öllum réttindi þau sem viðurkennd eru í samningum, en í 26. gr. er ekki minnst á slíka takmörkun. Óumdeilt er að 26. gr. nær til hvers kyns réttinda án tillits til þess hvort um þau er fjallað í samningum.

Í úrskurði mannréttindanefndar SP í máli nr. 488/92, *Toolen gegn Ástralíu*, sem fjallaði um misrétti vegna kynhneigðar, komst nefndin að þeirri niðurstöðu að hugtakið „kynferði“ (sex) í 2. og 26. gr. samningsins næði einnig til kynhneigðar (sexual orientation). Enda þótt túlkun nefndarinnar á hugtakinu kynferði hafi ekki verið óumdeild, þá fer ekki á milli mála að skilja verður upptalninguna í 2. og 26. gr. samningsins þannig, að kynhneigð sé hluti upptalningarinnar.

Í 2. gr. Barnasáttmála SP frá 1989 er lagt bann við mismunun án tillits til kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, uppruna með tilliti til þjóðernis, þjóðháttar eða félagslegrar stöðu, eigna, fötlunar, ættneris eða annarra aðstæðna þess eða foreldris þess eða lögráðamanns.

Athyglisvert er að í barnasáttmálanum er getið um fötlun, sem var nýjung, en ekki kynhneigð. Má vera að skýringin sé sú að það hafi verið talið óþarft þar sem kynferði næði jafnframt til kynhneigðar, sbr. það sem áður segir um túlkun á jafnréttisákvæðum alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi.

III

Mannréttindaskrá Evrópusambandsins (2000)

I Mannréttindaskrá Evrópusambandsins frá desember 2000 (Charter of Fundamental Rights), sem verður hluti af stjórnarskrá sambandsins, er í III. kafla fjallað um jafnræði, og í 21. gr. segir:

Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.

Enda þótt Mannréttindaskráin sé ekki formlega bindandi fyrir aðildarríkin og verði það ekki fyrr en stjórnarskrá ES hefur verið samþykkt og hún tekið gildi, eins og að er stefnt, þá hafa ákvæði hennar þegar haft áhrif bæði utan og innan Evrópu og er til hennar vitnað ekki aðeins í fræðiritum, heldur og í dómum alþjóðlegra dómstóla og dómstóla einstakra ríkja. Enginn vafi leikur á að ákvæðin munu hafa aukin áhrif á túlkun Mannréttindadómstóls Evrópu og stjórnskipunardómstóla og annarra dómstóla sem fást við túlkun stjórnarskrárákvæða í Evrópu. Með ákvæði mannréttindaskrár þessarar um jafnræði og bann við mismunun hefur verið rutt úr vegi margvíslegum rökum gegn því að geta sérstaklega um aldur, fötlun og kynhneigð í mannréttindaskrá, hvort sem er í alþjóðlegum samningum eða stjórnarskrám einstakra ríkja.

Mannréttindaáttmáli Evrópu (1948) og viðauki 12 (2000)

Í 14. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu segir, að réttindi þau og frelsi, sem lýst er í samningi þessum, skuli tryggð án nokkurs manngreinarálits, svo sem vegna kynferðis, kynþáttar, litarháttar, tungu, trúarbragða, stjórn mála- eða annarra skoðana, þjóðernis eða þjóðfélagsstöðu, tengsla við þjóðernisminnihluta, eigna, uppruna eða annarrar stöðu. Bann við mismunun var þannig einungis tengt við þau réttindi, sem lýst er í samningnum og því var ekki um almenna jafnræðisreglu að ræða. Í viðauka nr. 12 við sáttmálann frá 4. nóvember 2000 er að finna almenna jafnræðisreglu og eru talin upp nákvæmlega sömu dæmin og í 14. gr., en reglan á nú við um öll réttindi í lögum. Hún er því almenn jafnræðisregla sem takmarkast ekki við þau réttindi sem sérstaklega er veitt vernd í sáttmálanum.

Við samningu viðauka nr. 12 voru gerðar tillögur um að auka við upptalninguna í 14. gr. og má geta þess að í ályti Evrópuráðsþingsins nr. 216 (2000) um drög að viðauka nr. 12, sem samþykkt var 26. janúar 2000 segir m.a.:

It believes that the enumeration of grounds in Article 14 is, without being exhaustive, meant to list forms of discrimination which it regards as being especially odious. Consequently the ground „sexual orientation“ should be added.

Í greinargerð (Explanatory Report) með viðauka nr. 12 segir um þetta atriði:

The list of non-discrimination grounds in Article 1 is identical to that in Article 14 of the Convention. This solution was considered preferable over others, such as expressly including certain additional non-discrimination grounds (for example, physical or mental disability, sexual orientation or age), not because of a lack of awareness that such grounds have become particularly important in today's societies as compared with the time of drafting of Article 14 of the Convention, but because such an inclusion was considered unnecessary from a legal point of view since the list of non-discrimination grounds is not exhaustive, and because inclusion of any particular additional ground might give rise to unwarranted a contrario interpretations as regards discrimination based on grounds not so included. It is recalled that the European Court of Human Rights has already applied Article 14 in relation to discrimination grounds not explicitly mentioned in that provision (see, for example, as concerns the ground of sexual orientation, the judgment of 21 December 1999 in the case of *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*).

Þrátt fyrir margvíslegar áskoranir um að breyta upptalningunni í viðaukanum varð drögunum ekki breytt og voru þau samþykkt óbreytt. Taldi nefndin, sem samdi drögin og greinargerðina, að þrátt fyrir að hún gerði sér grein fyrir að slíkar nýjar ástæður eins og fötlun, kynhneigð og aldur væru einkum mikilvægar í samtímasamfélögum borið saman við þann tíma er mannréttindasáttmálinn var saminn (1948), þá teldi nefndin ekki nauðsynlegt, m.a. frá lagalegu sjónarmiði séð, að auka við upptalninguna. Rökin um að ekki sé nauðsynlegt af lögfræðilegum ástæðum að auka við upptalninguna þrátt fyrir breytt samfélög eru léttvæg. Mannréttindaskrár í stjórnarskrám og alþjóðlegir mannréttindasamningar eru ekki fyrir lögfræðinga, heldur þá sem njóta verndar réttindanna og þá sem bera skyldur skv. ákvæðunum. Í þeim felast mikilvæg skilaboð og þau skulu vera tiltölulega auðskilin. Svo virðist sem mestu hafi ráðið er orðalag 12. viðauka við sáttmálann var ákveðið, að breyta í engu frá orðalaginu í hinu fimmtíu ára gamla ákvæði 14. gr. sáttmálans, enda kynni það að hafa í för með sér afleiðingar sem e.t.v. væri ekki unnt að sjá fyrir að öllu leyti.

IV

Alþjóðlegir gerningar

Í júlí 1995 var haldinn þingmannafundur Öryggis- og samvinnustofnunar Evrópu (ÖSE) í Ottawa og þar samþykkt yfirlýsing kennd við fundarstaðinn og nefnd Ottawa Declaration. Kafli III í yfirlýsingunni ber yfyrskriftina „Lýðræði, mannréttindi og spurningar um mannúð“. Í undirkafla, sem ber heitið „Skortur á umburðarlyndi og mismunun. Álitafni um minnihlutahópa“, er ákvæði í gr. 29, þar sem segir að þingmannafundur ÖSE

Calls on the participating States to ensure that all persons belonging to different segments of their populations be accorded equal respect and considerations in their constitutions, legislation and administration and that there be no subordination, explicit or implied, on the basis of ethnicity, race, colour, language, religion, sex, sexual orientation, national or social origin or belonging to a minority.

Við mat á gildi slíkrar samþykktar og áskorunar ber að hafa í huga að aðildarríki ÖSE eru 55 að tölu og það voru lýðræðislega kjörnir þingmenn á þjóðþingum aðildarríkjanna, sem samþykktu yfirlýsinguna. Þá er vakin athygli á því að í áskoruninni er skorað á ríkin að tryggja umrædd réttindi, m.a. í stjórnarskrám ríkjanna. Þingmenn þessara 55 ríkja sáu ekkert athugavert við að geta kynhneigðar í upptalningu í ákvæði um jafnræði og bann við mismunun og þeir töldu að slíkt ákvæði ætti heima í stjórnarskrá. Fund þennan sóttu íslensku þingmennirnir Pétur H. Blöndal, Hjálmar Árnason og Guðjón Guðmundsson og er ekki annað vitað en þeir hafi stutt efnisákvæði þetta í yfirlýsingunni.

Stjórnarskrár

Enda þótt bann við mismunun vegna kynhneigðar hafi verið lögleitt í fjölmörgum ríkjum, þá er hennar ekki getið í stjórnarskrám í tengslum við jafnréttisákvæði fyrr en á síðari árum. Elstu dæmin eru líklega í stjórnarskrám tveggja sambandsríkja Brasilíu, Mato Grosso og Sergipe, árið 1989. Síðan komu stjórnarskrár þriggja þýskra sambandsríkja í Þýska sambandslýðveldinu og þá fyrst í Brandenburg 1992 (sexuelle Identität), Thüringen 1993 (sexuelle Orientierung) og Berlin 1995 (sexuelle Identität). Sambærileg ákvæði voru tekin upp í stjórnarskrá Fiji-eyja 1997, Ecuador 1998 og Sviss 1999 (Lebensform/mode de vie).

Sú stjórnarskrá, sem mesta athygli hefur vakið á seinni árum er þó bráðabirgðastjórnarskrá lýðveldisins Suður-Afríku frá 1993, en í jafnréttisákvæði hennar, 2. mgr. 8.gr., segir:

No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language.

Í endanlegri gerð stjórnarskrárinnar frá 1996 segir í 3. og 4. mgr. 9. gr:

The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

Stjórnarskrá Suður-Afríku má með sanni nefna stjórnarskrá fólksins og sjaldan hefur verið jafn vel til verka vandað eða jafn mikið samráð haft við almenning við gerð stjórnarskrár. Ekkert ríki sem fæst við að gera sér nýja stjórnarskrá eða fæst við að endurskoða gildandi stjórnarskrá sína getur komist hjá því að læra af þessari stjórnarskrá og er þá bæði átt við undirbúning að gerð hennar og efni hennar. Hún er bæði nútímaleg og framsækin.¹

V

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands

Í upphafskaflanum hér að framan voru rakin þau atriði í 65. gr. stjórnarskrárinnar, sem sérstaklega eru nefnd sem dæmi um aðstæður eða stöðu sem leggur bann við mismunun. Þar er hvorki minnst á kynhneigð, fötlun eða aldur. Ekki er það vegna þess að ekki hafi veri færð að því rök í mörgum umsögnum um frumvarpið til breytingar á stjórnarskránni að rétt væri og réttlátt að taka kynhneigð með í upptalninguna í 65. gr. Að auki var iðulega fjallað um nauðsyn þess í umræðum í fjölmiðlum og á fundum og gerð grein fyrir þýðingu þess. Í nefndarátliti stjórnarskrárnefndar Alþingis (1994–1995; 118. löggjafarþing; 297. mál; skjal nr. 758) segir að gagnrýnt hafi verið „að ákvæðnir hópar, svo sem fatlaðir, samkynhneigðir og fleiri, sem telja sig ekki njóta jafnréttis í þjóðfélaginu, séu ekki sérstaklega nefndir í frumvarpinu“. Nefndin svarar gagnrýninni þannig:

Hvað fyrsta atriðið varðar er bent á að upptalningin í ákvæðinu er ekki tæmandi og endar hún á orðunum „og stöðu að öðru leyti“. Í því felst að sjálfsgöðu að jafnræðisreglan nær til allra þjóðfélagshópa og sá nefndin ekki ástæðu til að lengja upptalninguna í ákvæðinu.

Ekki verður sagt, að stjórnarskrárnefndin hafi tekið málefnalega á gagnrýninni með því að segja að hún sæi ekki ástæðu til að lengja upptalninguna í ákvæðinu. Svo virðist sem nefndin hafi með þessari afstöðu sinni verið að leggja áherslu á, að öllu máli skipti að texti stjórnarskrárákvæðis væri sem stystur og hefði knappur texti gildi í sjálfum sér. Að því hafa þó engin rök verið færð.

Því var haldið fram í umræðum í aðdraganda setningar 12. viðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu, að með því að auka við upptalninguna ykjust líkur á að svo yrði litið á að um tæmandi upptalningu væri að ræða og því gætu ekki aðrir borið fyrir sig slíkt jafnréttisákvæði en þeir sem nefndir væru í henni. Ekki verður fallist á þessi rök. Engu breytir þótt kynhneigð yrði aukið við upptalninguna og sama á við þótt einnig yrði fötlun og aldri bætt við. Ákvæðið um stöðu að öðru leyti yrði óbreytt.

Þá taldi þingnefndin, að jafnræðisreglan næði til „allra þjóðfélagshópa“. Virðist nefndin telja að í raun sé óþarft að nefna þau dæmi sem þó eru nefnd. Ekki verður á þessi sjónarmið fallist. Það er dómstóla að túlka stjórnarskrána og við lýði eru fleiri en ein kenning um hvernig beri að túlka einstök ákvæði hennar. Þess vegna er ekki sjálfgefið að dómstólar komist að þeirri niðurstöðu að sama gildi skv. 65. gr.

¹ Sjá Edward Shalala, Synnöve Skjelten og Ivan M. Nielsen: „A People’s Constitution“ í *Festskrift om Menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard*. Jurist- og Økonom Forbundets Forlag 2004, bls. 335–354.

stjórnarskrárinnar um t.d. kynhneigð, fötlun og aldur og gildir um þau kennimerki sem upp eru talin í ákvæðinu.

En hvað mælir með því að geta sérstaklega um kynhneigð í 65. gr. stjórnarskrárinnar? Ákvæði í stjórnarskrám einstakra ríkja gegna margvíslegum hlutverkum. Eitt þeirra er að hafa það sem nefnt hefur verið boðsendingaráhrif. Með ákvæðum í stjórnarskrá eru send boð annars vegar inn á við til þeirra sem í landinu búa og hins vegar út á við til annarra sem búa í öðrum löndum. Boðsendingaráhrifin inn á við eru þau að samfélagið hafi í alvöru fallið frá fordómum fyrri tíma um kynhneigð og hafi nú gert upp hug sinn í eitt skipti fyrir öll þannig ekki verði aftur snúið. Boð eru send um að við munum ekki frammar mismuna neinum vegna kynhneigðar og við munum taka því illa ef það verði reynt og skipti þá ekki máli hvort í hlut á ríkisvaldið eða einkaaðilar. Þá eru send boð til þeirra, sem njóta verndar réttindanna, að aldrei aftur muni það gerast að þeim verði hafnað vegna kynhneigðar, hvorki í starfi eða leik. Boðsendingaráhrifin út á við eru þau, að hér búi fólk sem hafi tileinkað sé mannréttindi og lýðræðisleg viðhorf sem til fyrirmyndar séu og það mun hafa áhrif á réttindabaráttu hvarvetna þar sem einstaklingar sæta ofsóknum vegna kynhneigðar sinnar, en það er víðar en margur hyggur.

Með breyttu ákvæði færi það ekki lengur milli mála að óheimilt er að mismuna einstaklingum vegna kynhneigðar þeirra, t.d. er þeir leita eftir starfi hvort sem er hjá einkaaðilum eða hjá hinu opinber valdi. Dómstólar væru bundnir af ákvæðinu og gætu ekki sniðgengið það með neinum hætti.

Þá mundi umræða um breytingu á stjórnarskrá að þessu leyti og vera til þess fallin að auka skilning á nauðsyn málefnalegs jafnræðis, ekki aðeins vegna kynhneigðar heldur almennt, og myndi sú umræða skila samfélaginu auknu umburðarlyndi og skilningi á högum annarra.

Óumdeilanlegt er að skilningur á högum og aðstæðum samkynhneigðra hefur aukist hér á landi frá því að stjórnarskrárnefndin hafnaði því að lengja upptalninguna árið 1995. Málefni varðandi kynhneigð voru þá ekki til umræðu með sama hætti og nú. Telja má víst að það hlyti yfirgnæfandi stuðning í samfélaginu, að gera umrædda breytingu á stjórnarskránni, en mikilvægt er að hún endurspegli ríkjandi viðhorf og vilja þeirra sem í landinu búa.

Niðurstaðan er því sú að vandfundin séu rök sem mæla gegn því að auka kynhneigð við upptalninguna í 65. gr., en augljós rök mæli með því að svo sé gert og muni það leiða til betra samfélags.