



AÐ HVAÐA MARKI ERU SÉRTÆKAR AÐGERÐIR LÖGMÆTAR?

Guðmundur Stefán Martinsson

2013

ML í lögfræði

Höfundur: Guðmundur Stefán Martinsson

Kennitala: 191182-3759

Leiðbeinandi: Arnar Þór Jónsson, hrl

Lagadeild

School of Law

Að hvaða marki eru sértækar aðgerðir lögmætar?

Útdráttur

Ritgerðin er skrifuð með það að markmiði að kanna að hvaða marki sértækar aðgerðir eru lögmætar og hvort beiting þeirra á Íslandi feli í einhverjum tilvikum í sér brot á jafnræðisreglunni.

Í upphafi er farið yfir helstu hugtök er varða beitingu sértækra aðgerða. Jafnræðisreglan er meðal annars kynnt og gerð grein mismunandi afbrigðum hennar auk þess sem sértækar aðgerðir eru skilgreindar. Uppruni sértækra aðgerða verður rakinn til Bandaríkjanna auk þess sem nokkrir dómar Hæstaréttar Bandaríkjanna um málefnið verða reifaðir. Markmið þeirrar umfjöllunar er að veita innsýn í uppruna sértækra aðgerða og gera grein fyrir helstu réttlætningum aðgerðanna og þeirri þróun sem hefur átt sér stað frá því að sértækar aðgerðir voru fyrst heimilaðar um miðja síðustu öld. Vegna fordæmisgildis Evrópudómstólsins að íslenskum rétti verða helstu dómar dómstólsins er varða sértækar aðgerðir reifaðir. Áhersla verður lögð á lögmætismörk aðgerðanna og þau skilyrði sem dómstóllinn hefur sett fyrir beitingu þeirra með tilliti til meginreglunnar um jafnrétti.

Þá verður gerð grein fyrir forgangsrifum EES-réttar að íslenskum og kannað hvort ýmsar af þeim sértæku aðgerðum sem beitt hefur verið á Íslandi standist skilyrðin sem Evrópudómstóllinn hefur mótað með fordæmum sínum. Kannað verður hvort íslensk stjórnvöld hafi í einhverjum tilvikum gengið lengra en Evrópudómstóllinn hefur hingað til talið heimilt. Þá verða dómar Hæstaréttar og þær meginreglur, sem hann hefur mótað um forgangsrif jafnréttislaganna jafnframt skoðaðir með tilliti til þess hvort þeir standist Evrópulöggjöf.

Að lokum verður fjallað um að svo virðist sem tvær stefnur gildi um beitingu sértækra aðgerða. Annars vegar sú stefna að einungis megi beita sértækum aðgerðum þegar þær eru til þess fallnar að jafna tækifæri manna í sérhverju tilviki, því annað feli í sér brot á jafnræðisreglunni og hins vegar sú stefna að nauðsynlegt sé í einhverjum tilvikum og víkja frá jafnræðisreglunni fyrir hagsmuni heildarinnar.

To what extent is affirmative/positive action legitimate?

Abstract:

This paper is written with the aim of exploring to which extent affirmative/positive action are legitimate and whether their application in Iceland sometimes breach the principle of equality. Initially, the main terms, most important for the application of affirmative/positive action are addressed.

The principle of equality is introduced and its different variations are explained, and actions categorized as affirmative/positive actions are defined. The origins of affirmative action will be traced to the U.S. and therefore several judgments of the U.S. Supreme Court of on the issue will be discussed. The aim of the discussion is to provide some insight into the origin and the justification of the measures, and the development that has taken place since affirmative/positive action was first authorized. Because of it's presidency in Iceland, several ECJ judgments about positive action will be discussed, with particular emphasis on their legality and conditions set by the Court for their application.

The priority effects of EEA law in Iceland will be examined before investigating whether some of the positive actions that have been applied in Iceland fail to meet the formulated rules set by the ECJ. It will also be evaluated whether the Icelandic government has in a some cases violated the ECJ case law. The judgments of the Icelandic Supreme Court and the principles which it has formed on gender priority, will be examined in terms of whether it meets the criteria set by the ECJ.

Finally, the two dominant trends regarding the application of affirmative/positive action will be examined. First the beliefs of those who argue that it is only valid to use affirmative/positive action if it supports equal opportunities at the same time. Secondly, those who consider it, in some cases, necessary and also to deviate from the principle of equality in the interests of the majority.

Efnisyfirlit:

1. Lagaskrá	i
1.1 Íslensk löggjöf.....	i
1.2 Alþingistíðindi	i
1.3 Erlend löggjöf	ii
1.3.1 Bandarísk löggjöf.....	ii
1.3.2 Sænsk löggjöf	ii
1.3.3. Dönsk löggjöf.....	ii
1.3.4 Þýsk löggjöf	ii
1.3.5 Löggjöf Evrópusambandsins	ii
2. Dómaskrá	iii
2.1 Dómar Hæstaréttar Íslands.....	iii
2.2. Dómar bæjarþings Reykjavíkur	iii
2.2 Erlendir dómar	iii
2.2.1 Dómar Hæstaréttar Bandaríkjanna.....	iii
2.2.2 Dómar Evrópudómstólsins.....	iv
2.2.3. Danskir dómar.....	iv
2.2.4 Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu.....	iv
3. Inngangur	1
4. Hugtök.....	2
4.1 Jafnræðisreglan.....	2
4.2 Sérstakar jafnræðisreglur.....	4
4.3 Sértækar aðgerðir	5
4.4 Bein og óbein mismunun	6
5. Sértækar aðgerðir í Bandaríkjunum.....	7
5.1 Bandarísk löggjöf um sértækar aðgerðir	7
5.2. Helstu dómafordæmi Hæstaréttar Bandaríkjanna	9
6. Sértækar aðgerðir innan Evrópusambandsins.....	14
6.1 Evrópsk löggjöf um sértækar aðgerðir.....	14
6.2 Helstu dómafordæmi Evrópudómstólsins	17
6.2.1 Mál Eckhard Kalanke gegn Freie Hansestadt Bremen.....	17
6.2.2 Mál Marschall gegn Land Nordrhein-Westfalen.....	27
6.2.3 Mál Katarinu Abrahamsson og Leifs Andersson gegn Elisabetu Fogelqvist.....	30
6.3 Staða sértækra aðgerða í Evrópu.....	36
7. Sértækar aðgerðir á Íslandi.....	38
7.1 Forgangsrátt EES-réttar	38

7.2 Forgangsáhrif Evrópudómstólsins	41
7.3 Íslensk löggjöf um sértækar aðgerðir	42
7.4 Framkvæmd sértækra aðgerða á Íslandi	44
7.4.1 Forgangur við stöðuveitingar	45
7.4.2 Kynjakvóti jafnréttislaganna	49
7.4.3 Kynjakvóti dönsku jafnréttislaganna	51
7.4.4 Aðgerðir vegna barneigna	54
7.4.5 Kvennastyrkir	57
8. Réttlæting sértækra aðgerða	59
8.1 Tvenns konar hugmyndafræði?	59
8.2 Hverjum gagnast sértækar aðgerðir?	63
9. Ályktanir	64
10. Lokaorð	67
Heimildaskrá	68

1. Lagaskrá

1.1 Íslensk löggjöf

Lög um breytingu á lögum um hlutafélög og lögum um einkahlutafélög (eignarhald, kynjahlutföll og starfandi stjórnarformenn), nr. 13/2010

Lög um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993

Lög um fæðingar- og foreldraorlof, nr. 95/2000

Lög um hlutafélög, nr. 2/1995

Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, nr. 10/2008

Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, nr. 28/1991

Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, nr. 65/1985

Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, nr. 96/2000

Lög um jafnrétti kvenna og karla, nr. 78/1976

Lög um launajöfnuð kvenna og karla, nr. 60/1961

Lög um mannréttindasáttmála Evrópu, nr. 62/1994

Stjórnarskipunarlög nr. 97/1995 um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944

1.2 Alþingistíðindi

Alpt. 1960-1961, A-deild, þskj. 64-59. mál.

Alpt. 1974-1975, A-deild, þskj. 414-220 mál.

Alpt. 1974-1975, A-deild, þskj. 826-220 mál.

Alpt. 1980-1981, A-deild, þskj. 364-147. mál.

Alpt. 1984-1985, A deild, þskj. 1159-48. mál.

Alpt. 1984-1985, A-deild, þskj. 48-48. mál.

Alpt. 1990-2000, A-deild, þskj 1065-623. mál.

Alpt. 1992-1993, A-deild, þskj. 1062-1. mál.

Alpt. 1994-1995, A-deild, þskj. 389-297. mál.

Alpt. 2007-2008, A-deild, þskj. 149-59. mál.

Alpt. 2009-2010, A-deild, þskj. 427-71. mál.

1.3 Erlend löggjöf

1.3.1 Bandarísk löggjöf

Civil Rights Act 1964, 78 Stat. 241

Civil rights act of 1866, 14 Stat 27-30

Executive Order 10925

Executive Order 11246

Revised order no. 4

The Constitution of the United States

United States Declaration of Independence 1776

1.3.2 Sænsk löggjöf

Förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent i jämställdhets syfte

Högskoleförordning (1993:100)

Jämställdhetslagen (1991:433)

1.3.3. Dönsk löggjöf

LBKG 2007-09-19 nr. 1095 Ligestillingsloven.

1.3.4 Þýsk löggjöf

Landesgleichstellungsgesetz [1990] Bremisches Gesetzblatt 433

1.3.5 Löggjöf Evrópusambandsins

Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community [2002] OJ C 325/33

Consolidated Version of the Treaty on the functioning of the European Union [2010] OJ C 383/47.

Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [1976] OJ L 39/40.

Council directive 96/34/EC on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC [1996] OJ L 145/4

Council Recommendation 84/635/ECC on the promotion of positive action for women [1984] OJ L 331/34

Directive 2002/73/EC of the European parliament and of the Council amending the Council

Directive 2006/54/EC of the European parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) [2006] OJ L 204/23

Directive 75/117/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women [1975] OJ L 45/19

Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [2002] OJ L 269/15

2. Dómskrá

2.1 Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. 1993, 2230

Hrd. 1996, 3760

Hrd. 1998, 500

Hrd. 2000, 2104

Hrd. 2004, 153

Hrd. 2006, 4891

2.2. Dómar bæjarþings Reykjavíkur

Dómur bæjarþings Reykjavíkur 23. júní 1990

2.2 Erlendir dómar

2.2.1 Dómar Hæstaréttar Bandaríkjanna

Mál Adarand Constructors Inc g. Peña, Secretary of Transportation [1995] USLW 63 4523

Mál Bakke g. Regents of the University of Californiag.Bakke [1978] US 438 265

Mál Brown g. Board of Education [1954] US 483

Mál Fisher g. University of Texas [2013] US 570

Mál Grutter g. Bollinger [2003] US 593 306

Mál Johnson g. California [2005] US 543 499

Mál Johnson g. Transportation Agency [1987] US 480 616

Mál Parents Involved in Community Schools, Petitioner g. Seattle School District no. 1 [2007] US 551 701

Mál Ricci g. DeStefano [2009] US 557

2.2.2 Dómar Evrópudómstólsins

Mál C-26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1

Mál C-6/64 *Costa g. Enel* [1964] ECR 585.

Mál C-450/93 *Kalanke g. Bremen* [1995] ECR I-3051.

Mál C-407/98 *Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist* [2000] ECR I 5539

Mál C-216/84 *Commission g. France* [1988] ECR 6315

Mál C-409/95 *Marschall g. Land Nordrhein Westfalen* [1997] ECR I-6363

Mál C22/84 *Johnston g. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651

Mál C-158/97 *Badeck and Others* [2000] ECR I-1875

Mál C-319/03 *Serge Briheche g Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales* [2004] ECR I-8807 Álit Poiarés Maduro, mgr. 42.

Mál C-476/99 *H. Lommers g. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2002].

2.2.3. Danskir dómar

Sag 274/2011.

2.2.4 Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

Mál *Carsonog fleiri g. Bretlandi* App no. 42184/05 (ECtHR 16. mars 2010)

Mál *D.H. og fleiri g. Tékklandi* App no. 57325/00 (EctHR 13. nóvember 2007)

3. Inngangur

Samhliða því að fólk á Vesturlöndum nýtur í auknum mæli mannréttinda hafa hópar fólks, sem áður nutu takmarkaðra mannréttinda gert aukna kröfu um að gripið verði til aðgerða til að vegna upp fyrir afleiðingar af þeirri mismunun sem þeir hafa verið beittir í gegnum tíðina og tryggja að þeir njóti jafnræðis í reynd.¹ Fjöldi ríkja hefur á undanförunum áratugum gripið til sértækra aðgerða af ýmsu tagi, sem allar hafa það að markmiði að styrkja stöðu hópa sem hafa borið skertan hlut frá borði í fortíð eða nútíð. Beiting þessara aðgerða hefur verið nokkuð umdeild og vakið ýmsar spurningar um hvað felist í hugtakinu jafnræði.

Vegna tengsla sértækra aðgerða við jafnræðisregluna verður gerð stuttlega grein fyrir reglunni og þeirri réttarvernd sem felst í henni. Meginviðfangsefni ritgerðarinnar er hins vegar að skoða hvort og með hvaða hætti sértækar aðgerðir eru til þess fallnar að styrkja jafnræðisregluna. Jafnframt verður reynt að varpa ljósi á ytri mörk sértækra aðgerða og hvenær þær eru farnar að brjóta gegn jafnræðisreglunni. Skoðun á sértækum aðgerðum takmarkast að mestu leyti við löggjöf og dóma frá Bandaríkjunum, Evrópusambandinu og Íslandi. Umfjöllun ritgerðarinnar tekur nær eingöngu til sértækra aðgerða á atvinnumarkaði og að einhverju leyti við val á nýnemum í menntastofnanir. Af þeim sökum er rétt er að nefna að önnur rök og réttlætningarástæður fyrir beitingu sértækra aðgerða kunna að eiga við í stjórnámálum og á öðrum sviðum þjóðfélagsins.

Stutt umfjöllun er um helstu hugtök sem notuð eru í ritgerðinni en sú umfjöllun er langt frá því tæmandi, enda fyrst og fremst ætluð til að skerpa á þeirri efnislegu umfjöllun sem á eftir kemur og verður fjallað nánar um hugtökin í einstaka köflum þar sem við á. Löggjöf um sértækar aðgerðir í Bandaríkjunum verður skoðuð með það að leiðarljósi að veita innsýn í upphaf og þróun sértækra aðgerða á 20. öldinni. Jafnframt verða nokkrir dómar Hæstaréttar Bandaríkjanna reifaðir og fjallað um í hvaða tilgangi sértækar aðgerðir eru heimilar og hvaða skilyrði aðgerðirnar þurfa að uppfylla til að brjóta ekki í bága við jafnræðisreglur. Meiri áhersla verður þó lögð á beitingu sértækra aðgerða innan Evrópusambandsins, einkum vegna þess að Evrópulöggjöfin hefur töluvert fordæmisgildi á Íslandi. Sérstök áhersla verður lögð á 4. mgr. 157. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins² og tilskipanir þess um

¹ „Wilson WJ, „Race-Neutral Programs and the Democratic Coalition“ (1990) 1 The American Prospect 74-81.“

² Consolidated Version of the Treaty on the functioning of the European Union [2010] OJ C 383/47

meginregluna um jafnræði. Litið verður til túlkunar Evrópudómstólsins á löggjöfnni, einkum þeim ákvæðum sem heimila sértækar aðgerðir.

Í kjölfarið verður farið yfir íslenska framkvæmd við beitingu nokkurra mismunandi aðgerða sem allar geta talist til sértækra aðgerða. Markmið umfjöllunarinnar er fyrst og fremst að kanna hvort hún sé í samræmi við þau skilyrði sem Evrópudómstóllinn³ hefur sett með beitingu sértækra aðgerða.

Að lokum verður farið stuttlega yfir ýmis réttlætningarsjónarmið fyrir beitingu sértækra aðgerða og þeirri spurningu varpað upp hvort í raun sé til staðar ágreiningur milli tveggja mismunandi skoðana um beitingu sértækra aðgerða. Annars vegar sjónarmið þeirra sem telja að sértækum aðgerðum megi aðeins beita ef þær stuðla að efnislegu jafnrétti í sérhvert skipti sem þeim er beitt. Hins vegar sjónarmið þeirra sem telja að rétt sé að víkja frá jafnræðisreglunni ef það er til þess fallið að jafna stöðu tiltekinna hópa.

4. Hugtök

4.1 Jafnræðisreglan

Jafnræðisreglan er ein mikilvægasta grundvallarreglan sem einkennir mannréttindi nútímans. Reglan á rætur að rekja til kenninga náttúruréttarins um að allir menn fæðist frjálsir og jafnir. Hún var meðal annars hluti af frönsku mannréttindayfirlýsingunni, sem franska þingið samþykkti árið 1789.⁴ Jafnræðisreglur hafa þó ekki alltaf náð til allra. Sem dæmi voru svartir Bandaríkjamenn beittir mismunun af hálfu stjórnvalda allt þar til á síðari hluta 20. aldarinnar,⁵ þrátt fyrir að ákvæði stjórnarskrár Bandaríkjanna hafi kveðið á um jafnræði að lögum allt frá árinu 1869.⁶ Jafnræðisreglan hefur þannig þróast mikið á síðari tímum, einkum með tilliti til þess að hugmyndir manna um hverjir skuli njóta mannréttinda hafa víkkað til muna.⁷

³ Evrópusambandsdómstóllinn (*e. the Court of Justice of the European Union*) er samheiti yfir dómstóla Evrópusambandsins, þ.e. dómstóllinn (*the Court of Justice*), almenna réttinn (*e. the General Court*) og sérdómstóla sambandsins (*e. special courts*) en þessir dómstólar gengu áður undir samheitinu Evrópudómstóllinn (*e. European Court of Justice*) fyrir gildistöku SFE. Til einföldunar verða allir þessir dómstólar nefndir Evrópudómstóllinn í eftirfarandi umfjöllun hvort heldur sem dómar féllu fyrir eða eftir nafnabreitinguna

⁴ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 563

⁵ Howard Ball, *The Bakke case* (University press of Kansas 2000) formáli xi

⁶ Civil rights act of 1866, 14 Stat 27-30

⁷ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 563

Upprunalegt markmið jafnréttisyfirlýsinga var fyrst og fremst að takmarka vald stjórnvalda og koma í veg fyrir að ráðamenn gætu beitt geðþóttaákvörðunum til að takmarka rétt manna. Með réttarreglunni um jafnrétti að lögum var því komið á að takmarkanir á réttindum manna urðu að vera lögmæltar og ganga jafnt yfir alla. Hugtakið hefur þó þróast í þá átt að það veitir nú víðtækari vernd en áður. Reglan nær þannig til allra ákvarðana stjórnvalda um réttindi manna og skyldur og felur í sér bann við mismunun, en Gunnar G. Schram kemst svo að orði í bók sinni um málefnið.⁸

Það teldist því brjóta gegn jafnræðisreglunni að veita tilteknum hópum sérstök réttindi. Það sama á við ef öllum mönnum, nema afmörkuðum hópi, eru veitt sérstök réttindi eða vernd.⁹

Jafnræðisreglan hefur lengi verið ein af grundvallarreglum íslenskrar stjórnskipunar þrátt fyrir að hún hafi ekki verið lögfest fyrr en árið 1995 með ákvæði 65. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944.¹⁰ Fyrirmynd stjórnarskrárákvæðisins er einkum sótt til 14. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE), sem lögfestur var með lögum nr. 62/1994 og 26. gr. Alþjóðasamnings Sameinuðu þjóðanna (SP) um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi (SBSR), sem fullgiltur var af íslenskum stjórnvöldum 22. ágúst 1979.¹¹ Ákvæði um jafnræðisregluna er nú að finna í 65. gr. stjórnarskrár Íslands. Ákvæðið er svohljóðandi:

Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti.

Konur og karlar skulu njóta jafns réttar í hvívetna.

Þrátt fyrir afdráttarlaust orðalag jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar felur hún ekki í sér að aldrei megi gera greinarmun á fólki á grundvelli þeirra atriða sem talin eru upp í ákvæðinu. Menn kunna að njóta misjafna réttinda í þjóðfélaginu á grundvelli þeirra þátta sem talin eru upp í ákvæðinu, svo sem efnahags, kynferðis, þjóðernis og annara þátta án þess að það brjóti gegn jafnræðisreglunni. Stuðningur frá ríkinu til hinna efnaminni hefur sem dæmi ekki verið talinn bróta gegn jafnréttisákvæðinu.¹² Markmið jafnréttisreglunnar er eins og fram kemur í athugasemdum við 3. gr. frumvarpsins, sem varð að stjórnskipunarlögum nr.

⁸ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 473

⁹ sama heimild

¹⁰ sama heimild 470

¹¹ sama heimild 472

¹² Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 582

97/1995, að koma í veg fyrir manngreiningarálit á grundvelli þeirra atriða sem talin eru upp í ákvæðinu, en ekki að útiloka að lögákveðin skilyrði um réttindi og skyldur manna geti tekið mið af þessum atriðum ef þau byggjast á málefnalegum forsendum.¹³

Greinarmunur, sem gerður er á einstaklingum út frá stöðu manna eða persónueinkennum, svo sem litarhætti og kyni er undantekning frá jafnræðisreglunni, sem verður að vera byggður á lögmætum og málefnalegum forsendum til að brjóta ekki í bága við jafnræðisregluna.¹⁴ Jafnræðisreglunni fylgja jafnframt ákveðnir fyrirvarar um sambærileika. Í því felst að jafnræðisreglunni verður ekki beitt nema verið sé að mismuna mönnum í sambærilegri stöðu og að um sé að ræða sambærileg tilvik.¹⁵

4.2 Sérstakar jafnræðisreglur

Í stjórnarskránni og þeim alþjóðasamningum sem Ísland er aðili að felst alla jafna sú regla í hugtakinu um jafnræði að mönnum er tryggður jafn réttur og jafnræði fyrir lögum, auk þess sem oft er lagt bann við mismunun út frá tilteknum persónueinkennum eða þjóðfélagsstöðu. Reglur af þessu tagi í norrænum rétti hafa verið nefndar almennar jafnræðisreglur.¹⁶

Auk almennra jafnræðisreglna eru til aðrar skyldar reglur sem nefndar hafa verið sérstakar jafnræðisreglur. Sérstöku jafnræðisreglurnar hafa það oftast en ekki að markmiði jafna stöðu tiltekinna hópa. Með sérstökum jafnræðisreglum er mönnum eða hópi manna veittur forgangur á tilteknu sviði. Sérstaka jafnræðisreglu af þessu tagi er meðal annars að finna í 7. tölul. 2. gr jafnréttislaga, þar sem sértækar aðgerðir sem miða að því að jafna stöðu kynjanna eru heimilaðar.¹⁷ Álitamál er hvort rétt sé að nefna forgangsreglur af þessu tagi jafnræðisreglur, enda er sá forgangur og aðstöðumunur, sem sérstöku jafnræðisreglurnar leiða af sér ekki í öllum tilvikum augljóslega réttlætanager og eðlilegur út frá sanngirnisjónarmiðum. Þá felur beiting þeirra oftast en ekki í sér gagnstæða niðurstöðu á við þá sem fæst þegar almennu jafnræðisreglunni er beitt.¹⁸ Sérstökum jafnræðisreglum fylgir það vandamál að erfitt kann að vera að greina hvenær beiting þeirra er til þess fallin að

¹³ Alpt. 1994-1995, A-deild, þskj. 389-297. mál, athugasemdir við 3. gr.

¹⁴ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 41

¹⁵ sama heimild 582-593

¹⁶ Páll Hreinsson, „Litróf jafnræðisreglna“ í *Afmælisrit til heiðurs Gunnari G. Schram sjötugum*, 20. febrúar 2001 (2002) 363

¹⁷ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 573

¹⁸ Páll Hreinsson, „Litróf jafnræðisreglna“ í *Afmælisrit til heiðurs Gunnari G. Schram sjötugum*, 20. febrúar 2001 (2002) 363

stuðla að efnislegu jafnrétti milli manna og hvenær hún er farin að veita tilteknum mönnum forréttindi, sem samræmast ekki hugmyndum manna um efnislegt jafnrétti.¹⁹ Með vísan til framangreindrar umræðu um sérstakar jafnræðisreglur og þess að notkun hugtakanna um almennu og sérstöku jafnræðisreglunnar er líkleg til að valda ruglingi mun í eftirfarandi umfjöllun verður hugtakið sértækar aðgerðir notað í stað hugtaksins sérstakar jafnræðisreglur þar sem við á. Hugtakinu sértækar aðgerðir er gerð nánari skil í næsta kafla.

4.3 Sértækar aðgerðir

Skilgreining hugtaksins um sértækar aðgerðir getur verið nokkuð vandasöm en notkun sértækra aðgerða hefur tekið á sig ýmis form. Mismunandi orðanotkun og skilningur getur einnig verið lagður í sambærileg hugtök eftr því á hvaða sviði og í hvaða heimshluta þeim er beitt.

Í Bandaríkjunum eru aðgerðir sem sem fela í sér ívilnun til manna eða hópa og þar með frávik frá almennu jafnræðisreglunni yfirleitt nefndar „affirmative action“ sem í beinni þýðingu gæti útlagst sem „jákvæð aðgerð“. Undir hugtakið falla hvers konar aðgerðir umfram afnám mismununar, sem heimilar að tekið sé tillit til kynþáttar, þjóðernis, kyns, fötlunar og annarra atriða og miðar að því að auka tækifæri hæfra einstaklinga, sem hafa farið á mis við slík tækifæri vegna mismununar í reynd eða í sögulegu samhengi, eða að hafa það að markmiði að koma í veg fyrir frekari mismunun í framtíðinni.²⁰ Í Evrópurétti er enska heitið „positive action“ jafnan notað yfir aðgerðir sem fela í sér sértæka aðgerð. Hugtakið hefur ekki verið skilgreint sérstaklega innan Evrópuréttarins, en almennt er viðurkennt innan sambandsins að undir hugtakið falli allar aðgerðir sem miða að því að vinna gegn áhrifum mismununar sem átti sér stað í fortíðinni, viðvarandi mismunun og stuðla að jöfnum tækifærum karla og kvenna, sérstaklega í störf þar sem annað kynið er í verulegum minnihluta.²¹ Helsti munurinn á bandaríska og evrópska hugtakinu felst í því að evrópska skilgreiningin nær aðeins til aðgerða í þágu jafnréttis kynjanna. Orsakast það af því að innan Evrópu hefur sértækum aðgerðum nær engöngu verið beitt vegna aðgerða til að vega upp

¹⁹ Lengi hefur verið deilt um hvort forgangsreglur af þessu tagi stuðli að efnislegu jafnrétti eða hvort þær veiti tilteknum hópum forréttindi. Sjá meðal annars dóma Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli *Regents of the University of California v. Bake* (1978) og (2003) og dóm Evrópudómstólsins í máli Kalanke nr. C-450/93.

²⁰ „Legislative, Executive and Judicial Development of Affirmative Action, Washigton“ (U.S. Commission on Civil Rights, Office of the General Counsel mars 1995)

²¹ Mál C-450/93 Kalanke g.Bremen [1995] ECR I-3051Orðsending Framkvæmdastjórnarinnar vegna Kalanke málsins, 2–3

fyrir mismunun kynjanna, en í Bandaríkjunum hefur sértækum aðgerðum einnig verið beitt sem taka mið af uppruna manna.²² Eðlismunur aðgerðanna er þó takmarkaður. Á Íslandi hafa sértækar aðgerðir verið skilgreindar sem sérstök tímabundin aðgerð sem ætlað er að bæta stöðu eða auka möguleika annars kynsins í því skyni að koma á jafnri stöðu kynjanna á ákveðnu sviði, þar sem á annað kynið hallar. Þá er það talið falla undir sértækar aðgerðir þegar öðru kyninu er veittur tímabundinn forgangur til að ná jafnvægi.²³ Íslenska hugtakið er nokkuð þrengra en þau útlendu, aðallega vegna þess að gerð er krafa um að aðgerðin sé tímabundin.

Í eftirfarandi umfjöllun verður hugtakið sértækar aðgerðir notað sem yfirhugtak yfir allar tegundir ívilnanna, sem fela í sér frávik frá almennu jafnræðisreglunni og eru til þess fallnar að auka hlut tiltekinna hópa á ýmsum sviðum þjóðfélagsins. Jákvæð mismunun, kvótar og ýmis önnur úrræði, sem veita tilteknum mönnum eða hópum forgang fram yfir aðra verða felld undir hugtakið. Þar sem sértækar aðgerðir hafa verið skilgreindar í jafnréttislögunum sem *tímabundnar* aðgerðir er rétt að taka fram að hugtakið sértæk aðgerð verður notað yfir aðgerðir hvort sem þær eru tímabundnar eða ótímabundnar.

Sértækum aðgerðum verða gerð nánari skil í eftirfarandi köflum og verður gerð grein fyrir nokkrum tegundum aðgerða sem talist geta til sértækra aðgerða. Umfjöllunin er þó hvergi nærri tæmandi, enda geta aðgerðirnar tekið á sig svo fjölbreytta mynd að ógerningur væri að gera grein fyrir þeim öllum. Tilgangur umfjöllunarinnar um sértækar aðgerðir er því einungis að veita innsýn í helstu tegundir sértækra aðgerða og gera grein fyrir ýmsum álitamálum sem kunna að vakna þegar kemur að beitingu þeirra.

4.4 Bein og óbein mismunun

Mismunun getur tekið á sig ýmsar myndir en gjarnan er gerður greinarmunur á beinni og óbeinni mismunun. Bein mismunun felst í því þegar menn sem eru í sambærilegri stöðu og um er að ræða sambærileg tilvik eru meðhöndluð með mismunandi hætti.²⁴ Mismunun getur þó einnig átt sér stað þegar menn í mismunandi stöðu eru meðhöndlaðir með sama

²² Ivana Krstić, „Affirmative Action in The United States and The European Union: Comparison and Analysis“ (2003) 1 (7) ,Law and Politics 825–843, 827

²³ Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla nr. 10/2008 7. tl. 2. gr.

²⁴ Sjá t.d. 1. tl. 2. gr. laga nr. 10/2008 um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla og dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Carsonog fleiri g. Bretlandi* App no. 42184/05 (EctHR 16. mars 2010), mgr. 61 og máli *D.H. og fleiri g. Tékklandi* App no. 57325/00 (EctHR 13. nóvember 2007), mgr. 175

hætti en hefur slík mismunun verið nefnd óbein mismunun. Ef til vill er skilgreining 2. tl. 2. gr. laga um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla nr. 10/2008 (jafnréttislögin) best til þess fallin að skýra hugtakið, en þar segir að óbein mismunun sé: „Þegar hlutlaust skilyrði, viðmið eða ráðstöfun kemur hlutfallslega verr við annað kynið nema slíkt sé viðeigandi, nauðsynlegt eða réttlætanlegt vegna hlutlægra þátta óháð kyni.“ Sama skilgreining getur að sjálfsögðu átt við þegar um er að ræða óbeina mismunun sem grundvallast af öðru en kyni. Sem dæmi um óbeina mismunun mætti nefna reglur um lágmarkshæð starfsmanna. Ef slík regla er ekki byggð á réttlætanlegum forsendum getur hún falið í sér óbeina mismunun á grundvelli kyns, sökum þess að karlmenn eru almennt hávaxnari en konur.

5. Sértækar aðgerðir í Bandaríkjunum

5.1 Bandarísk löggjöf um sértækar aðgerðir

Uppruna hugtaksins sértækar aðgerðir (*e. affirmative action*) má rekja allt aftur til sjöunda áratugar síðustu aldar, þegar leiðtogar blökkumannahreyfinga og aðrir frjálslyndir áhrifamenn í Bandaríkjunum vöktu máls á því að afnám aðskilnaðarstefnunnar og lagalegt jafnræði með kynþáttunum nægði ekki til þess að svartir Bandaríkjamenn nytu jafna tækifæra á við hvíta borgara landsins. Til að jafna stöðu kynþáttanna og leiðréttu fyrir þá mismunun sem svartir Bandaríkjamenn höfðu orðið fyrir kröfðust þeir þess að gripið yrði til sértækra aðgerða.²⁵

John F. Kennedy þáverandi Bandaríkjanna gaf út tilskipun²⁶ til stjórnvalda árið 1961, sem kvað á um sértækar aðgerðir á sviði vinnuréttar. Tilskipunin hafði það að markmiði að sporna við mismunun á vinnumarkaði á grundvelli kynþáttar, trúar eða uppruna og að tryggja að allir nytu jafna tækifæra til vinnu.²⁷ Sértæku aðgerðirnar sem kveðið var á í tilskipuninni voru þó ekki þess eðlis að þær veittu mönnum eða tilteknum hópum manna forgang fram yfir aðra. Tilskipunin fól einungis í sér að stjórnvöldum og aðilum sem unnu fyrir stjórnvöld var gert skylt að grípa til sérstakra aðgerða í því skyni að koma í veg fyrir mismunun á grundvelli kynþáttar, trúar eða uppruna.²⁸ Árið 1964 samþykkti

²⁵ „Wilson WJ, „Race-Neutral Programs and the Democratic Coalition“ (1990) 1 The American Prospect 74-81.”

²⁶ Executive Order 10925

²⁷ Carl Gutierrez-Jones, „The History of Affirmative Action“ (www.acad.fcps.org, 1995) <<http://www.acad.fcps.org/ss/puch/apps/readings/froomkin.pdf>> skoðað 20. september 2013

²⁸ Steven M. Cahn, *The affirmative action debate* (Steven M. Cahn, Routledge 1995), inngangur xi

Bandaríkjastjórn síðan mannréttindalöggjöf²⁹ sem bannaði alla mismunun á grundvelli kynþáttar, þjóðernis og kyns.

Í ræðu sinni við Howard háskóla í Bandaríkjunum þann 4. júní 1965 fjallaði Lyndon B. Johnson, þáverandi forseti Bandaríkjanna um misréttið sem hafði átt sér stað gagnvart svörtu fólki og þá augljósu staðreynd að þrátt fyrir að mismunun hafi verið bönnuð væru svartir enn að gjalda fyrir mismunun fyrri tíma:

...But freedom is not enough. You do not wipe away the scars of centuries by saying: Now you are free to go where you want, and do as you desire, and choose the leaders you please.

You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say, „you are free to compete with all the others,“ and still justly believe that you have been completely fair...

... We seek not just legal equity but human ability, not just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result...³⁰

Premur mánuðum síðar gaf forsetinn út tilskipun 11246,³¹ sem kvað á um skyldu stjórnvalda og einkafyrirtækja, sem unnu í þágu stjórnvalda að grípa til sértækra aðgerða í því skyni að tryggja jafnrétti á vinnumarkaði. Árið 1967 var því bætt við tilskipunina að bannað væri að mismuna fólki á grundvelli kyns.³² Þrátt fyrir að nýja tilskipunin væri nokkuð keimlók þeirri sem John F. Kennedy gaf út nokkru áður varð hún til þess að atvinnumálaráðherra Bandaríkjanna fékk heimild til þess að innleiða nauðsynlegar reglur til að útrýma misrétti. Á grundvelli tilskipunarinnar voru árið 1971 innleiddar sérstakar reglur³³ um sértækar aðgerðir, á sviði vinnuréttar, þar sem ívilnun á grundvelli kyns og kynþáttar var heimiluð.³⁴ Sértækar aðgerðir hafa síðar verið skilgreindar af sérstakri mannréttindanefnd Bandaríkjastjórnar, sem hvers konar aðgerð umfram afnám mismununar, sem heimilar að tekið sé tillit til kynþáttar, þjóðernis, kyns, fötlunar og annarra atriða. Þá þarf aðgerðin einnig að miða að því að auka tækifæri hæfra einstaklinga, sem hafa farið á mis við slík tækifæri

²⁹ Civil Rights Act 1964, 78 Stat. 241

³⁰ „Lyndon B. Johnson, „Commencement Address at Howard University: „To Fulfill These Rights““ (*Address at Howard University, Washington D.C., 4. júní 1965*)“ <<http://caho-test.cc.columbia.edu/ps/10124.html>> skoðað 24. september 2013.

³¹ Executive Order 11246.

³² Carl Gutierrez-Jones, „The History of Affirmative Action“ (www.acad.fcps.org, 1995) <<http://acad.fcps.org/ss/puch/apps/readings/froomkin.pdf>> skoðað 20. september 2013

³³ Revised order no. 4

³⁴ Steven M. Cahn, The affirmative action debate (Steven M. Cahn, Routledge 1995), inngangur xi

vegna mismununar í reynd eða í sögulegu samhengi, eða að hafa það að markmiði að koma í veg fyrir frekari mismunun í framtíðinni.³⁵

5.2. Helstu dómafordæmi Hæstaréttar Bandaríkjanna

Árið 1954 var kveðinn upp tímamótadómur í Hæstarétti Bandaríkjanna um að aðskilnaðarstefna í háskólum landsins væri ólögæt.³⁶ Upp frá því öðluðust litaðir nemendur jafnan rétt á við hvíta til að stunda nám í háskólum þar sem þeir höfðu áður verið útilokaðir. Fljótlega eftir að aðskilnaðarstefnunni lauk varð þó ljóst að jafn aðgangur svartra að háskólum hafði ekki leitt af sér mikla aukningu svartra nemenda í háskólum landsins. Af þeim sökum kröfðust þrýstihópar þess að gripið yrði til sértækra aðgerða til auka hlut minnihlutahópa í skólunum. Rökin fyrir aðgerðunum voru meðal annars að þær væru nauðsynlegar til að leiðrétta fyrir þá gríðarlegu kúgun og mismunun sem svartir íbúar landsins höfðu orðið fyrir af hálfu hvítra á síðustu árhundruðum og allt fram eftir 20. öldinni.³⁷

Fjölmargir bandarískir háskólar hafa beitt sértækum aðgerðum af ýmsu tagi til að auka hlut minnihlutahópa. Aðgerðirnar hafa þó allt frá upphafi verið nokkuð umdeildar og þrátt fyrir góða meiningu þeirra sem stóðu að aðgerðunum urðu þær uppspretta fjölmargra deilna, sem sumar hverjar hafa endað fyrir Hæstarétti Bandaríkjanna. Eitt af þessum málum var mál *Bakke gegn Háskólanum í Kaliforníu*,³⁸ þar sem deilt var um kvótakerfi sem hafði verið innleitt í því skyni að auka hlut minnihlutahópa í skólanum. Forsaga málsins er sú að hvítur maður að nafni Allan Bakke sótti um skólavist árið 1972 en fékk ekki inngöngu. Hann sótti aftur um aðgang að skólanum ári síðar og var aftur synjað um inngöngu. Bakke varð ósáttur við þetta vegna þess að umsækjendur sem stóðu sig verr á inntökuprófi en hann var veittur aðgangur að skólanum á grundvelli kvótakerfisins. Samkvæmt því voru 16 sæti af 100 frátekin fyrir menn af mexíkönskum og asískum uppruna, indíána og svarta. Verjendur Bakke héldu því fram fyrir dómi að kerfið væri ólögmaett vegna þess að í því fælist ólögmaett

³⁵ „Legislative, Executive and Judicial Development of Affirmative Action, Washigton“ (U.S. Commission on Civil Rights, Office of the General Counsel mars 1995)

³⁶ Brown g. Board of Education [1954] US 483

³⁷ Howard Ball, *The Bakke case* (University press of Kansas 2000) 3–4

³⁸ Bakke g. Regents of the University of California g. Bakke [1978] US 438 265

mismunun á grundvelli kynþáttar, sem bryti í bága við jafnréttisákvæði í *stjórnarskrá Bandaríkjanna*³⁹ og *mannréttindalöggjöf landsins frá 1964*.⁴⁰

Niðurstaða dómsins byggði á álitum fimm dómara af níu en dómurinn tvístraðist í málinu og skiluðu sex dómara séráliti. Í ráðandi álitu dómsins, var meðal annars vikið að því að sértækar aðgerðir á grundvelli kynþáttar, til að bæta stöðu minnihlutahópa í skólum gætu í einhverjum tilvikum átt rétt á sér en að við framkvæmd þeirra þurfi að gæta sérstakrar varúðar sökum þess að erfitt er að meta hvenær ívilnun tiltekinna hópa er réttlæt看anleg. Dómsformaðurinn setti fram viðmiðið um „stranga rýni“ (*e. strict scrutiny*), sem sker úr um hvenær sértækar aðgerðir ganga svo langt að þær stríði gegn almennum jafnréttisreglum. Samkvæmt viðmiðinu er talið heimilt að líta til kynþáttar við val á nýnemum ef aðgerðirnar miða að *lögmætu markmiði*, en að beita þurfi *meðalhófi* þegar notast er við kynþátt sem breytur. Sértækar aðgerðir sem *gangna lengra en nauðsynlegt er til að ná tilætluðum árangri* eða stefna ekki að *lögmætu markmiði* standast þannig ekki viðmiðið. Markmið skólans um að auka fjölbreytileika í nemendahópnum stóðst skilyrðið um lögmætt markmið, en kvótakerfið, sem útilokaði algerlega tiltekna kynþætti frá umsóknarferlinu var hins vegar talið fara fram úr meðalhófi vegna þess hægt hefði verið að beita vægari úrræðum til að ná sama árangri.⁴¹

Í máli *Grutter gegn Bollinger*⁴² fyrir Hæstarétti Bandaríkjanna var einnig deilt um lögmæti þess að litið væri til kynþáttar við val á nýnemum. Lagadeild Michigan Háskólans hafði tekið upp sértækar aðgerðir, sem voru þess eðlis að við val á nýnemum var ekki einungis litið til meðaleinkunna (*e. GPA*) og árangurs á inntökuprófum, heldur var einnig litið til annarra þátta, svo sem meðmæla, áhuga umsækjenda og gæða fyrra náms. Skólinn hafði þá stefnu að minnihlutahópar væru stór hluti (*e. critical mass*) af nemendum skólans og var því litið til kynþáttar nemenda við mat á nýnemum. Með þessu vildi skólinn stuðla að því að leiðréttu fyrir mismunun sem minnihlutahópar af tilteknum kynþáttum höfðu orðið fyrir. Markmið skólans var jafnframt að hafa nemendahópinn við skólann fjölbreyttan til auka áhrif þeirra á ásýnd skólans (*e. contribute to the character of the Law School*). Hvít kona að nafni Barbara Grutter sótti um inngöngu í skólann árið 1996 en var synjað. Grutter höfðaði síðar mál á

³⁹ The Constitution of the United States

⁴⁰ Civil Rights Act 1964, 78 Stat. 241

⁴¹ Bakke v. Regents of the University of California g. Bakke [1978] US 438 265

⁴² Grutter g. Bollinger [2003] US 593 306

hendur skólanum á þeim forsendum að ólögmætt væri að líta til kynþáttar nemenda við val á nýnemum. Fyrir dómi var því haldið fram að aðferð skólans við að velja nemendur fæli í sér að einstaklingar af tilteknum kynþáttum ættu umtalsvert meiri möguleika á því að komast inn í skólann vegna þess hversu mikið skólinn leit til kynþáttar við val á nemendum. Af hálfu skólans var því hins vegar haldið fram að kynþáttur væri ekki ráðandi atriði um það hverjir fengju inngöngu í skólann, heldur væri einungis litið til kynþáttar, sem einnar af fjölmörgum breytum. Kynþáttur væri hins vegar ekki það sem endanlega réði vali á nýnemum og enginn var útilokaður frá umsóknarferlinu einungis á grundvelli þess að hann væri af tilteknum kynþætti. Þá var ekki um að ræða kvótakerfi í þeim skilningi að minnihlutahópum væri úthlutað tileknum fjölda sæta við skólann. Fimm dómur af níu töldu að skólinn hefði ekki brotið gegn lögum um bann við mismunun og að aðferðirnar sem notaðar voru við val á nýnemum stæðist viðmiðin um „stranga rýni“, sem sett voru fram í máli *Bakke gegn Regents* 25 árum áður. Ástæðan var meðal annars sú að meðalhófs var gætt og aðgerðirnar stefndu að lögmætu markmiði um að ná fram fjölbreytni innan skólans. Í dómnum kom þó fram að sértækar aðgerðir háskóla á grundvelli kynþáttar eigi ekki vara um óendanlegan tíma og gerði dómurinn ráð fyrir að eftir 25 ár yrðu aðgerðir sem þessar ekki lengur nauðsynlegar í því skyni sem þær hafa hingað til verið notaðar.

Árið 2007 féll annar dómur um sértækar aðgerðir fyrir Hæstarétti Bandaríkjanna í máli *parents gegn Seattle school district*,⁴³ þegar 5 dómur af 9 dæmdu það ólögmætt að líta til kynþáttar við ákvörðun um hvaða skóla nýnemar innan skólasvæðisins fengu aðgang að. Kerfið var þannig að umsækjendur innan skólasvæðisins gátu valið í hvaða skóla þeir vildu fara, en ef offramboð var á nemendum í tiltekna skóla voru ákveðin viðmið notuð til að ákvarða hverjir fengju aðgang. Samkvæmt reglum skólaumdæmisins var fyrst litið til þess hvort umsækjandi ætti systkini í skólanum en næst til kynþáttar nemenda. Nemendur af tilteknum kynþætti fengu þannig forgang í skólann ef fáir voru þar fyrir af sama kynþætti. Kerfið var talið ganga gegn jafnræðisreglunni vegna þess að um var að ræða sjálfkrafa forgang einungis á grundvelli kynþáttar og taldi dómurinn að kerfi af þessu tagi stæðust ekki viðmið sem sett var fram í máli *Johnson gegn Californiu*⁴⁴ um að ívilnanir á grundvelli kynþáttar þurfa að vera klæðskerasniðnar (*e. narrowly tailored*) að þeim markmiðum sem

⁴³ Parents involved in community schools, petitioner g. Seattle school district no. 1 [2007] US 551 701

⁴⁴ Johnson g. California [2005] US 543 499

stefnt er að. Aðgerðir sem ganga lengra en nauðsyn krefur til að leiðrétta undirliggjandi mismunun teljast því ganga gegn jafnræðisreglunni. Þrátt fyrir að dómurinn hafi ef til vil ekki falið í sér grundvallarbreytingu á lögmæti sértækra aðgerða má lesa ákveðna viðhorfsbreytingu út úr álitni dómsformannsins. Í álitinu kom fram að í skólum þar sem ekki hafi verið aðskilnaðarstefna eða afleiðingar aðskilnaðarstefnu hefur verið afnumin væru sértækar aðgerðir óþarfar. Besta leiðin til afnema kynþáttamismunun væri þannig að hætta að mismuna eftir kynþætti. Formaður dómsins orðaði þetta á þessa leið á frummálinu: „The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race.“⁴⁵ Af þessu má ráða að álit dómsformannsins er að sértækar aðgerðir verða að vera til þess fallnar að leiðrétta fyrir mismunun og að aðgerðir til að auka hlutföll kynþátta innan skólakerfisins án þess að undirliggjandi mismunun sé til staðar eru ekki réttlætanager.

Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur minna fjallað um sértækar aðgerðir á grundvelli kynferðis en í máli *Johnson gegn Transportation Agency*⁴⁶ frá árinu 1987 töldu sex dómara af níu að fyrirtækinu hefði verið heimilt að ráða konu fram yfir karlmann sem var örlítið hægari en konan. Dómurinn byggði niðurstöðu sína meðal annars á því að lögmætt væri að beita sértækum aðgerðum á grundvelli kyns til að vega upp fyrir mismunun sem átt hefur sér stað í fortíðinni. Þá var ekki um að ræða skilyrðislaust kvótakerfi heldur var kynferði einungis ein af þeim breytum sem litið var til við ráðninguna.

Antonio Scalia, einn af dómurum réttarins tók fram í sérálitinu sínu að hann teldi ráðninguna ganga gegn jafnréttislögunum frá 1964, þar sem fram kemur að mismunun á grundvelli kynferðis sé bönnuð. Þá taldi hann sértækar aðgerðir ekki eiga rétt á sér í þessu tilviki og færði hann meðal annars þau rök fyrir afstöðu sinni að engin undirliggjandi mismunun réttlætti að konunni væri ívilnað. Fyrirtækið sem um ræddi hefði ekki mismunað konum í sambandi við ráðningar og stöðuhækkningar. Fjallaði hann jafnframt um að hlutverk jafnréttislöggjafar væri að tryggja að mönnum væri aldrei mismunað. Taldi hann að með sértækum aðgerðum sem miða einungis að því markmiði að auka hlut einstaklinga af tilteknu kyni eða kynþætti væri í raun tryggt að mismunun myndi eiga sér stað sökum þess að jafnrétti og jöfn hlutföll manna væru í raun tvö ósamrýmanleg markmið.⁴⁷

⁴⁵ Parents involved in community schools, petitioner g. Seattle school district no. 1 [2007] US 551 701

⁴⁶ Johnson g. Transportation Agency [1987] US 480 616

⁴⁷ sama heimild, sérálit Scalia

Ef farið er yfir framangreinda dóma Hæstaréttar Bandaríkjanna má ráða að sértækar aðgerðir eru taldar lögmætar að uppfylltum tilteknum skilyrðum. Meðal skilyrðinna er að við beitingu aðgerðanna þarf að gæta meðalhófs. Með því er átt að beita verður vægasta úrræðinu sem er til þess fallið að ná því markmiði sem stefnt er að. Aðgerðirnar mega heldur ekki vera svo fortaklausar að þær útiloki með öllu að tilteknir einstaklingar komi til greina þegar verið er að úthluta gæðum. Kvótakerfi og kerfi þar sem tilteknum kynþáttum eru úthlutað ákveðinn fjöldi sæta í háskólum hafa því verið talin ganga gegn jafnræðisreglunni sökum þess að einstaklingar af tilteknum kynþáttum eiga enga möguleika á að fá úthlutað sæti samkvæmt kerfinu. Einnig hefur verið talið ólögmætt að styðjast einungis við kynþátt manna þegar gæðum er úthlutað en þó hefur verið talið heimilt að líta til kynþáttar sem hluta af heildstæðu mati svo fremi sem hann hefur ekki alger úrslitaáhrif.

Sértækar aðgerðir verða samkvæmt Hæstarétti Bandaríkjanna ávallt að miða að *lögmætu markmiði*. Markmið um að auka hlut minnihlutahópa og ná fram fjölbreytileika í skólum var í máli *Grutter gegn Bollinger*⁴⁸ talið lögmætt markmið. Þó má ráða út úr áliti dómsformannsins í máli *Parents gegn Seattle School District*⁴⁹ að slík markmið þurfi að vera til þess fallin að leiðrétta fyrir mismunun sem tilteknir hópar hafi orðið fyrir svo þær teljist lögmætar. Áætlanir um að ná fram fjölbreytileika einungis fjölbreytileikans vegna gætu því talist ólögmætar þegar engin mismunun er til staðar sem réttlætir sértækar aðgerðir.

Þrátt fyrir að nokkur fjöldi dóma hafi fallið um sértækar aðgerðir allt frá árinu 1978 þegar dómur féll í máli *Bakke gegn Regents* er enn deilt um lögmæti sértækra aðgerða fyrir Hæstarétti Bandaríkjanna. Síðast féll dómur um sértækar aðgerðir í Bandaríkjunum í máli *Ricci gegn DeStefano*,⁵⁰ á árinu 2009, þar sem sértækar aðgerðir voru taldar ólögmætar. Hæstiréttur vísaði máli *Fisher gegn University of Texas*⁵¹ er varðaði sértækar aðgerðir aftur til undirréttar á árinu 2013.

⁴⁸ Grutter g. Bollinger [2003] US 593 306

⁴⁹ Parents involved in community schools, petitioner v. Seattle school district no. 1 [2007] US 551 701

⁵⁰ Ricci g. DeStefano [2009] US 557

⁵¹ Fisher g. University of Texas [2013] US 570

6. Sértækar aðgerðir innan Evrópusambandsins

6.1 Evrópsk löggiöf um sértækar aðgerðir

Sértækar aðgerðir eiga sér nokkra sögu í Evrópu, en síðustu áratugi hefur þeim aðallega verið beitt til að jafna hlut kynjanna á atvinnumarkaði en ekki til að leiðrétta fyrir kynþáttamismunun líkt og í Bandaríkjunum.⁵² Upphafið af samevrópskum aðgerðum til að jafna hlut karla og kvenna á atvinnumarkaði má rekja aftur til stofnsáttmála Efnahagsbandalags Evrópu (Rómarsáttmálans), sem undirritaður var 25. mars 1957 af fulltrúum Frakklands, Vestur-Þýskalands, Ítalíu og Benelúxlandanna. Í 119. gr. sáttmálans var kveðið á um að aðildarríki hans skuli sjá til þess karlar og konur fái sömu laun fyrir sömu vinnu.⁵³ Efnahagsbandalag Evrópu varð síðar að Evrópusambandinu sem samanstendur nú af 28 aðildarríkjum sem gert hafa með sér samning um samvinnu á ýmsum sviðum.⁵⁴ Ákvæði um að konur og karlar skuli fá sömu laun fyrir sömu vinnu er nú að finna í 1. mgr. 157. gr. sáttmálans um framkvæmd Evrópusambandsins (hér eftir SFE),⁵⁵ sem áður hét stofnsáttmáli Evrópubandalagsins.⁵⁶ Í 4. mgr. ákvæðisins er að finna svohljóðandi ákvæði sem heimilar sértækar aðgerðir:

Með það fyrir augum að tryggja í reynd fullt jafnrétti karla og kvenna í atvinnulífinu skal meginreglan um jafna meðferð ekki hindra aðildarríkin í því að viðhalda eða gera ráðstafanir sem færa því kyninu, sem er í minnihluta, sérstakt hagræði til að auðvelda því að stunda tiltekið starf eða til að koma í veg fyrir eða bæta upp lakari möguleika á starfsframa.

Lagasetningarvald Evrópusambandsins er samkvæmt SFE í höndum Evrópuþingins og ráðsins. Evrópusambandið getur meðal annars gefið út reglugerðir og tilskipanir, sem ætlað er að hafa áhrif á landsrétt aðildarríkjanna. Reglugerðir hafa bein réttaráhrif í landsrétti aðildarríkjanna, en tilskipanir eru einungis bindandi hvað varðar markmið. Aðildarríkin stjórna því þannig sjálf með hvaða hætti tilskipanir eru innleiddar.⁵⁷ Regluverk Evrópusambandsins bindur ekki einungis aðildarríkin að þjóðarrétti, heldur geta

⁵² Ivana Krstić, „Affirmative action in the United States and the European union: Comparison and analysis“ (2003) 1 (7), Law and politics 825–843, 827

⁵³ Nú í 157. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins

⁵⁴ „Member countries of the European Union“ (*European Union*) <<http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/>> skoðað 10. október 2013

⁵⁵ Consolidated Version of the Treaty on the functioning of the European Union [2010] OJ C 383/47

⁵⁶ Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community [2002] OJ C 325/33

⁵⁷ Consolidated Version of the Treaty on the functioning of the European Union [2010] OJ C 383/47, 288. gr. áður 249. gr.

einstaklingar jafnframt byggt á því fyrir dómstólum í heimalandi sínu.⁵⁸ Regluverk Evrópusambandsins hefur jafnframt forgang yfir landsrétt á þeim sviðum sem samvinna aðildarríkjanna nær til.⁵⁹ Evrópusambandið hefur samkvæmt framangreindu yfirþjóðlega stjórnskipun á málefnum sem heyra undir Evrópusambandið og er því ekki um að ræða hefðbundið milliríkjasamstarf sem gildir yfirleitt einungis að þjóðarétti.⁶⁰

Þrátt fyrir að aðildarríki Efnahagsbandalagsins hafi með Rómarsáttmálanum skuldbundið sig til að tryggja konum og körlum jöfn laun náðist launajafnrétti ekki innan aðildarríkjanna með löggjöfinni um jöfn laun. Af þeim sökum gaf Efnahagsbandalagið því út tvær tilskipanir árið 1976, sem stuðluðu að því að styrkja meginregluna um jafnrétti kynjanna. Annars vegar tilskipun 75/117/EBE⁶¹ um samræmingu á lögum aðildarríkjanna er varða beitingu meginreglunnar um sömu laun karla og kvenna (jafnlaunatilskipunin) og hins vegar tilskipun 76/207/EBE⁶² um framkvæmd meginreglunnar um jafnrétti karla og kvenna varðandi aðgang að störfum, starfsþjálfun og stöðuhækkunum, sem og varðandi starfskjör (jafnréttistilskipunin). Í 1. mgr. 2. gr. jafnréttistilskipunarinnar var kveðið á um bann við mismunun með svohljóðandi ákvæði:

1. Í eftirfarandi ákvæðum skal það felast í meginreglunni um jafnrétti að óheimilt sé að mismuna einstaklingum vegna kynferðis þeirra, hvort heldur beint eða óbeint, einkum með tilvísun til hjúskapar- eða fjölskyldustöðu.⁶³

Í 4. mgr. sömu greinar var að finna eftirfarandi ákvæði um að ráðstafanir sem ætlað er að stuðla að því að karlar og konur *njóti jafnra tækifæra* ganga ekki gegn banni við mismunun:

4. Tilskipun þessi kemur ekki í veg fyrir ráðstafanir sem ætlað er að stuðla að því að karlar og konur hafi sömu tækifæri, einkum með því að afnema það misrétti sem er nú við lýði og hefur áhrif á tækifæri kvenna á þeim sviðum sem um getur í 1. mgr. 1. gr.⁶⁴

⁵⁸ Sjá mál C26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1

⁵⁹ Sjá mál C6/64 Costa g. Enel [1964] ECR 585

⁶⁰ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011) 24

⁶¹ Council Directive 75/117/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women [1975] OJ L 45/19

⁶² Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [1976] OJ L 39/40

⁶³ sama heimild, 1. mgr. 2. gr.

⁶⁴ sama heimild, 4. mgr. 2. gr.

Eins og sjá má af 4. mgr. tilskipunarinnar var með útgáfu hennar kveðið á um að heimilt væri að grípa til ráðstafana sem nefna má sértækar aðgerðir, en þó voru engar skyldur lagðar á ríki sambandsins til að grípa til þeirra. Fljótlega eftir að reglur um bann við mismunun voru innleiddar varð ljóst að þær voru ófullnægjandi til að ná markmiðum sínum um jafnræði kynjanna á vinnumarkaði. Árið 1984 gaf ráðið því út tilmæli nr. 84/635/EBE⁶⁵ um að stuðla að sértækum aðgerðum í þágu kvenna. Í tilmælunum var því beint til aðildarríkjanna að að grípa til sértækra aðgerða til þess að stuðla að jafnvægi milli kynjanna á atvinnumarkaði. Mælt var sérstaklega með aðgerðum sem miða að því að eyða eða vinna gegn staðalímyndum um hlutverk kvenna í atvinnulífinu. Þá var jafnframt mælt með að gripið yrði til aðgerða sem til þess væru fallnar að auka þátttöku kvenna á ýmsum sviðum atvinnulífsins þar sem þær væru í minnihluta, sérstaklega í ábyrgðarstöðum.

Með tilskipun ráðsins 2002/73/EB⁶⁶ um breytingu á tilskipun ráðsins 76/207/EBE um framkvæmd meginreglunnar um jafnrétti karla og kvenna varðandi aðgang að störfum, starfsþjálfun og stöðuhækkunum, sem og varðandi starfskjör, var gerð nokkur breyting á ákvæðum um meginregluna um jafnrétti. 4. mgr. 2. gr. var felld út og inn kom nýtt ákvæði með 8. mgr. 2. gr. um sértækar aðgerðir, þar sem segir: „*Aðildarríkin geta viðhaldið ráðstöfunum eða samþykkt ráðstafanir, í skilningi 4. mgr. 141. gr. sáttmálans, með það fyrir augum að tryggja fullt jafnrétti karla og kvenna í atvinnulífinu í reynd.*“. Árið 2006 gaf ráðið út tilskipun 2006/54/EB⁶⁷ um framkvæmd meginreglunnar um jöfn tækifæri og jafna meðferð karla og kvenna að því er varðar atvinnu og störf (tilskipun um jöfn tækifæri). Með tilskipuninni var tilskipun 76/207/EBE og sex aðrar eldri tilskipanir sambandsins er varða jafnrétti kynjanna felldar niður og sameinaðar í eina. Ákvæðið um sértækar aðgerðir hélst óbreytt með nýju tilskipuninni, en það er nú að finna í 3. gr. hennar.

Sértækar aðgerðir hafa ekki verið skilgreindar sérstaklega innan Evrópusambandsins. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hefur þó bent á að almennt sé viðurkennt innan sambandsins að sértækar aðgerðir séu yfirhugtak sem felur í sér sérhverja aðgerð sem hefur

⁶⁵ Council Recommendation 84/635/ECC on the promotion of positive action for women [1984] OJ L 331/34

⁶⁶ Directive 2002/73/EC of the European parliament and of the Council amending the Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [2002] OJ L 269/15

⁶⁷ Directive 2006/54/EC of the European parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) [2006] OJ L 204/23

það að markmiði að vinna gegn áhrifum sem mismunun í fortíðinni hefur valdið, eyða mismunun sem er til staðar og stuðla að jöfnum tækifærum milli karla og kvenna, sérstaklega með tilliti til þeirra starfa þar sem annað kynið er í verulegum minnihluta. Auk þess sem í auknum mæli sé viðurkennt að sértækar aðgerðir miði ekki einungis að því að ná fram jafnræði heldur einnig að því ná fram nýtingu á þeim verðmætum sem felast í starfskröftum kvenna.⁶⁸

6.2 Helstu dómafordæmi Evrópudómstólsins

Fjölmörg ríki sambandsins hafa nú innleitt sértækar aðgerðir af ýmsu tagi og hefur beiting þeirra í allnokkrum tilvikum valdið deilum, sem sumar hverjar hafa ratað til Evrópudómstólsins. Dómar Evrópudómstólsins í málefnum er varða löggjöf Evrópusambandsins hafa bindandi áhrif á aðildarríkin og þegna þeirra.⁶⁹

Fordæmisgildi Evrópudómstólsins er svipað og hjá öðrum dómstólum á meginlandi Evrópu. Samkvæmt því eru fordæmi dómstólsins ekki eiginlega bindandi en hann fylgir þó eigin fordæmum nema í undantekningartilvikum þegar sérstök atriði valda því að rétt sé að víkja frá þeim.⁷⁰ Fordæmi Evrópudómstólsins eru samkvæmt framangreindu afar mikilvæg í því skyni að túlka Evrópulöggjöf. Í eftirfarandi umfjöllun verður farið yfir nokkur af helstu dómafordæmum Evrópudómstólsins í því skyni að varpa ljósi á hvenær sértækar aðgerðir teljast lögmætar og réttlætanlegar og á hvaða stigi þær eru farnar að brjóta í bága við meginregluna um jafnrétti. Farið verður yfir helstu réttlætingarástæður og markmið sértækra aðgerða auk þess sem gerð verður grein fyrir þeim vandamálum sem fylgt geta innleiðingu þeirra.

6.2.1 Mál Eckhard Kalanke gegn Freie Hansestadt Bremen

Mál *Kalanke gegn Freie Hansestadt Bremen*⁷¹ er eitt fyrsta málið þar sem tekist var á um sértækar aðgerðir fyrir Evrópudómstólnum. Málavextir voru þeir að stjórnvöld höfðu innleitt jafnréttislöggjöf, sem kvað á um að ef jafn hæfir einstaklingar af gagnstæðu kyni sóttust eftir sama starfi skyldi veita konunni forgang ef konur voru í minnihluta í starfsgreininni.⁷²

⁶⁸ Communication from the commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17. October 1995 in Case C-450/93, Kalanke g. Freie Hansestadt Bremen, [1995] COM(96) 88 final

⁶⁹ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law 10th edition* (Oxford University Press 2009) 43–44

⁷⁰ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 299

⁷¹ Mál C-450/93 Kalanke g. Bremen [1995] ECR I-3051

⁷² Landesgleichstellungsgesetz [1990] Bremisches Gesetzblatt 433, mgr. 4.

Eckhard Kalanke og kona að nafni Heike Glißmann höfðu sótt um starf hjá Bremenborg og verið úrskurðuð jafn hæf til að gegna starfinu. Borgin réði í kjölfarið konuna með vísan til forgangsákvæðisins. Kalanke mótmælti ráðningunni og fór með málið fyrir *vinnuréttardómstólin í Þýskalandi* (þ. *Bundesarbeitsgericht*) vegna þess að hann taldi lög um forgang kvenna ekki standast þýska jafnréttislöggjöf. Undir meðferð málsins óskaði vinnuréttardómstóllinn eftir forúrskurði Evrópudómstólsins varðandi það hvort löggjöfin um forgang til kvenna fæli í sér lögmætt frávik frá meginreglunni um jafnræði sbr. 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBE, um að leyfilegt sé að víkja frá meginreglunni um jafnræði með sérstökum ráðstöfunum, sem ætlað er að stuðla að því að karlar og konur njóti jafnra tækifæra.

Í forúrskurði Evrópudómstólsins kom fram að reglur þar sem konum er veittur sjálfkrafa forgangur fram yfir jafnhæfan karlmann feli í sér mismunun á grundvelli kyns. Dómurinn tók þó fram að til þess að skera úr um hvort slík mismunun feli í sér brot á meginreglunni um bann við mismunun þurfi að líta til undantekningarákvæðis 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBE. Vísaði dómurinn til dóms Evrópudómstólsins í máli *framkvæmdastjórnar gegn Frakklandi*,⁷³ þar sem fram kom að undantekningarákvæðið er sérstaklega og eingöngu hannað með það fyrir augum að heimila sértækar aðgerðir sem virðast fela í sér mismunun en eru í reynd til þess fallnar að eyða eða takmarka mismunun í samfélaginu.⁷⁴

Dómurinn fór því næst yfir helstu atriði sem verða að vera uppfyllt til þess að mismunun á grundvelli kyns teljist réttlætanleg í skilningi undantekningarákvæðisins og setti fram nokkur skilyrði fyrir lögmæti sértækra aðgerða, sem fela í sér mismunun á grundvelli kyns. Fyrsta skilyrðið er að til þess að mismunun geti talist réttlætanleg þarf hún að vera til þess fallin að *jafna tækifæri* karla og kvenna. Samkvæmt því verða sértækar aðgerðir að miða að því að afnema misrétti í reynd, sem er til þess fallið að draga úr tækifærum kvenna. Aðgerðir sem ívilna konum og jafna stöðu þeirra á þann hátt að þær njóti jafnra tækifæra á við karlmenn eru samkvæmd dómnum þannig heimilar í skilningi ákvæðisins, einkum vegna þess að jafnræðisreglur einar og sér hafa ekki nægt til að tryggja kynjunum jöfn tækifæri. Engu að síður taldi dómurinn að frávik frá meginreglunni um jafnræði bæri að túlka þröngt og gat þess að löggjöf sem tryggði konum *algeran og skilyrðislausan forgang* gangi þvert á

⁷³ Mál C-216/84 Commission g.France [1988] ECR 6315, mgr. 15.

⁷⁴ Mál C-450/93 Kalanke g.Bremen [1995] ECR I-3051, mgr. 18.

meginregluna um að tryggja kynjunum jöfn tækifæri. Þá taldi dómurinn að reglur sem hafa þann eina tilgang að tryggja höfðatölujafnrétti milli kynjanna samræmdust ekki meginreglunni um jafnrétti, nema aðgerðirnar hafi jafnframt verið til þess fallnar að tryggja kynjunum jöfn tækifæri í reynd. Dómurinn taldi að sértækar aðgerðir, þar sem konum er veittur *sjálfkrafa og skilyrðislaus forgangur* fram yfir jafn hæfa karlmenn gangi lengra en svo að þær tryggi konum jöfn tækifæri á við karlmenn. Af þeim sökum falli þær því ekki undir þann hóp sértækra aðgerða sem heimilar eru samkvæmt 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBE.⁷⁵

Dómurinn í málinu var nokkuð knappur en til að gera betur skil á niðurstöðu dómsins, verður litið til álits Tesauro leiðsögumanns í málinu, sem dómurinn virðist að miklu leyti byggja niðurstöðu sína á. Hlutverk lögsögumannanna er meðal annars að veita dómurum dómsins rökstudda tillögu að niðurstöðu. Með vísan til þess að álit leiðsögumanna eru alla jafna mun ítarlegri en dómar Evrópudómstólsins getur verið skynsamlegt að skoða álitin til að fá betri innsýn í þá hugmyndafræði sem liggur að baki Evrópulöggjöfinni. Mikilvægt er þó að geta þess að álit lögsögumanna er einungis gefið út til leiðbeiningar fyrir dómara og hefur þar af leiðandi engin bindandi áhrif.⁷⁶

Í álitni Tesauro kemur fram að sértækar aðgerðir stafi af kröfunni um að útrýma hindrunum í samfélaginu, sem koma í veg fyrir að einstaklingar úr tilteknum hópum, sem þekkt er að standa höllum fæti geti notið jafnra tækifæra á við aðra. Hlutverk sértækra aðgerða er samkvæmt þessu að ívlina þeim hópum sem búa við skert tækifæri svo að einstaklingar úr þessum tilteknu hópum geti notið jafnra tækifæra á við aðra án tillits til uppruna eða kyns.⁷⁷

Tesauro fjallaði einnig um muninn á því sem hann kallaði annars vegar meginregluna um efnislegt jafnræði og hins vegar meginregluna um formlegt jafnræði. Samkvæmt skilgreiningu hans felur formlegt jafnræði í sér að allir einstaklingar séu meðhöndlaðir eins óháð því hvaða hópum þeir tilheyra eða stöðu þeirra að öðru leyti. Formlegt jafnræði feli þannig í sér að öll mismunun, sem grundvallast á mismunandi stöðu einstaklinga, svo sem kyni sé ólögmæt. Beiting reglunnar um efnislegt jafnræði krefðist þess hins vegar að litið sé

⁷⁵ sama heimild, mgr. 20-24

⁷⁶ Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community [2002] OJ C 325/33, 222. gr., nú 252. gr. SFE

⁷⁷ Mál C-450/93 Kalanke g.Bremen [1995] ECR I-3051, Álit Tesauro, mgr. 8.

til þess ójöfnuðar sem kann að ríkja milli fólks úr ólíkum þjóðfélagshópum. Reglan um efnislegt jafnræði feli því í sér að stundum þurfi að meðhöndla einstaklinga úr ólíkum hópum á ólíkan hátt svo að raunverulegt jafnræði náist. Þá kom fram að samkvæmt hugmyndum um efnislegt jafnræði væru sértækar aðgerðir sem vega upp á móti þeirri mismunun sem eru til staðar í þjóðfélaginu nauðsynlegar til að ná fram jafnrétti milli ólíkra einstaklinga. Þá taldi Tesauro að beiting reglunnar um efnislegt jafnræði styddi við meginregluna um formlegt jafnræði vegna þess að einu frávikin sem væru leyfð samkvæmt reglunni um efnislegt jafnræði væru aðgerðir sem miða að því að útrýma misrétti og miða að því að ná fram raunverulegu jafnræði milli allra. Aðalmarkmið beggja meginreglnanna væri því það sama, að ná fram jafnræði milli einstaklinga. Jafnframt kom fram að undanþágur frá jafnræðisreglunni sem heimilar eru samkvæmt tilskipun 76/207/EBE byggja í grundvallaratriðum á hugmyndinni um efnislegt jafnræði og því að nauðsynlegt sé að grípa til sértækra aðgerða til að konur geti notið jafnra tækifæra á við karlmenn. Ástæðuna fyrir því telur hann vera að nauðsynlegt sé að leiðrétta ójafna stöðu kynjanna, sem grundvallast af því að kynin eru í eðli sínu ólík, einkum með tilliti til barnsburðar. Ef meginreglunni um formlegt jafnræði væri beitt fullum fetum yrði niðurstaðan því alltaf sú að konur nytu ekki jafnræðis í reynd. Með vísan til þess að mismununin, sem leyfð er samkvæmt meginreglunni um efnislegt jafnræði eru aðgerðir sem miða að því að útrýma misrétti. Útskýrði Tesauro skilning sinn á undanþáguákvæðinu í 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBE á þann hátt að ákvæðið feli í eðli sínu ekki í sér undanþágu frá banni við mismunun, heldur væri um að ræða reglu sem heimilar aðgerðir, sem virðast fela í sér mismunun en eru í reynd ívilnanir sem draga úr ójafnvægi milli kynjanna og tryggja að raunverulegt jafnræði sé milli þeirra.⁷⁸

Tesauro taldi jafnframt mikilvægt að líta til ákvæðis 3. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar 76/207/EBE, þar sem kveðið er á um að ríki sambandsins hafa svigrúm til að grípa til aðgerða sem nauðsynlegar eru til að vernda konur fyrir þeim neikvæðu áhrifum sem barnsburður getur haft á atvinnumöguleika þeirra. Samkvæmt álitinu heimilar ákvæðið aðgerðir sem virðast fela í sér mismunun en eru í reynd til þess fallnar að vega upp fyrir þann aðstöðumun sem augljóslega er milli kynjanna með tilliti til barnsburðar. Aðgerðirnar miði þannig að því að ná efnislegu jafnræði milli kynjanna. Niðurstaða hans var því sú að það væri *munurinn á*

⁷⁸ sama heimild, mgr. 16

kynjunum og það ferli sem einungis konur ganga í gegnum við barnsburð, sem réttlætir misjafna meðferð karla og kvenna í þessu sambandi.⁷⁹

Hvað varðar frávík frá meginreglunni um jafnræði sem heimilaðar eru skv. 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBE vísaði Tesauro til þess að undanþágan er ekki háð sérstökum mun á kynjunum, sem réttlæta mismunandi meðferð, heldur nái það til allra kvenna óháð ástandi. Rökin fyrir sértækum aðgerðum í þágu kvenna taldi hann grundvallast af því að konur eru almennt í lakari stöðu í samanburði við karlmenn vegna mismununar í fortíðinni og vegna erfiðleika sem fylgja því að sjá um heimili og vera á atvinnumarkaði bæði í senn (*e. playing a dual role*). Slíka mismunun taldi sagði Tesauro augljóst að yrði ekki leiðrétt með kvótakerfum og öðrum ívilnunum kvenna sem taka ekki mið af því að tryggja einstaklingum jöfn tækifæri. Engu að síður vísaði Tesauro til þess að undanþáguákvæði tilskipunarinnar frá meginreglunni um jafnræði byggðist á hugmyndum um efnislegt jafnræði vegna þess að ef meginreglunni um formlegt jafnræði væri beitt yrði niðurstaðan sú að konur byggju í reynd við lakari rétt en karlmenn. Þá taldi Tesauro að þær aðgerðir sem réttlætanlegar væru samkvæmt ákvæðinu væru þær sem snúa að skipulagi vinnu, einkum vinnutíma og úrræðum vegna barna, ásamt öðrum aðgerðum sem miða að því mögulegt sé að sinna fjölskyldu og vinnu samhliða.⁸⁰

Í álitinu kom einnig fram að óumdeilanlegt væri að afleiðingar mismununar gegn konum í fortíðinni gætti enn á ýmsum sviðum þjóðfélagsins, svo sem vegna mismunandi menntunarskilyrða kynjanna og annarra félagslegra og menningarlegra takmarkanna sem konur hafa glímt við í fortíðinni. Hlutverk 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBB væri að vega upp þessa mismunandi aðstöðu kynjanna sem stafaði af þessu og að tryggja að konur og karlar njóti jafna tækifæra. Sértækar aðgerðir ættu þannig að miða að því að fjarlægja hindranir sem standa í vegi fyrir því að konur hafi jöfn tækifæri á við karla. Dæmi um slíkar aðgerðir væru ýmis starfsþjálfun og námskeið. Hins vegar mættu þær ekki vera þess eðlis að þær fælu sér tryggingu á jöfnum niðurstöðum með því að frátaka störf fyrir konur til þess að vega upp fyrir afleiðingar á mismunun sem átti sér stað í fortíðinni. Sértækar aðgerðir mættu með öðrum orðum ekki fela í sér mismunun sem ætlað er að bæta upp fyrir afleiðingar misréttis sem átti sér stað í fortíðinni:⁸¹

⁷⁹ sama heimild, mgr. 17

⁸⁰ sama heimild, mgr. 18

⁸¹ sama heimild, mgr. 19

In contrast, positive action may not be directed towards guaranteeing women equal results from occupying a job, that is to say, at points of arrival, by way of compensation for historical discrimination. In sum, positive action may not be regarded, even less employed, as a means of remedying, through discriminatory measures, a situation of impaired inequality in the past.⁸²

Samkvæmt Tesauro heimilar undanþáguákvæðið í 4. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar 76/207/EBB þannig einungis aðgerðir sem miða að því að afnema misrétti sem er til staðar og hafa áhrif á möguleika kvenna hvað atvinnu varðar. Reglunni er þannig í reynd ætlað að tryggja að konur og karlar keppi um störf á jafnræðisgrundvelli. Sértekjum aðgerðum sé hins vegar alls ekki ætlað að heimila þá öfugu mismunun sem felst í því að ákveða niðurstöður mannráðninga fyrirfram, til dæmis með því að ákveða að konur fái forgang í tiltekin störf einungis á grundvelli þess að þær eru konur. Hlutverk sértækra aðgerða væri þannig ekki að heimila mismunun til að tryggja konum forskot, sem stuðlar að atvinnuþáttöku þeirra. Heldur væri markmiðið með sértækum aðgerðum alltaf að stuðla að efnislegu jafnrétti.⁸³

Að lokum vísaði Tesauro til dóms Evrópudómstólsins í máli Johnstons,⁸⁴ þar sem fram kemur að frávik frá meginreglunni um jafnrétti verði að skýra þröngt og að ávallt þyrfti að gæta meðalhófs þegar vikið væri frá reglunni. Af þeim sökum megi sértækar aðgerðir ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til að ná tilsettum markmiðum.⁸⁵

Þá tók hann fram að reglur sem tryggja konum forgang í tiltekin störf, að því gefnu að þær séu jafn hæfar og í minnihluta í starfsgreininni taki ekki mið af því hvort til misrétti sé til staðar, sem nauðsynlegt sé að leiðrétta. Heldur sé einungis litið til þess hvort hlutföll kynjanna í tilteknum starfsgreinum séu jöfn. Þá telur hann að með reglum af þessu tagi sé gefið í skyn að hlutföll kvenna í tilteknum starfsgreinum endurspegli undirliggjandi misrétti, sem veldur því að konur séu í minnihluta. Tesauro tók hins vegar fram að þrátt fyrir að lágt hlutfall kvenna í tilteknum starfsgreinum gefi vísbendingu um að mismunun sé til staðar, séu tiltekin hlutföll kynjanna ekki endilega breyta sem réttlætir að konur fái sérmeðferð. Sjálfkrafa forgangur sé því á engan hátt til þess fallinn að draga úr undirliggjandi misrétti

⁸² sama heimild, mgr. 19

⁸³ Mál C-409/95 Marschall g. Land Nordrhein Westfalen [1997] ECR I-6363, mgr. 21-22

⁸⁴ Mál C22/84 Johnston g. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [1986] ECR 1651, mgr. 36 og 44

⁸⁵ Mál C-450/93 Kalanke g. Bremen [1995] ECR I-3051, Álit Tesauro, mgr. 23

sem er mögulegur orsakavaldur skakkra hlutfalla kynjanna heldur miði þær einungis og án tillits til undirliggjandi misréttis að því að tryggja jöfn hlutföll kynjanna á atvinnumarkaði.⁸⁶

Með því að lesa dóminn með hliðsjón af álitum Tesauro má í megindráttum lesa út úr niðurstöðu dómsins að sértækar aðgerðir séu einungis réttmætar að uppfylltum tilteknum skilyrðum. Fyrsta skilyrðið fyrir beitingu sértækra aðgerða er augljóslega að til staðar sé *undirliggjandi misrétti*, sem nauðsynlegt er að leiðrétta fyrir, annars væru þær með öllu óþarfar og óréttlætanager. Annað skilyrðið er um *markmið* sértækra aðgerða. Sértæk aðgerð verður að stuðla að *jöfnum tækifærum* kynjanna, en *ekki jafnri niðurstöðu*, svo sem fyrir fram ákveðnum hlutföllum kvenna í tiltekinni starfsgrein. Felur þetta í sér að aðgerðirnar verða að vera til þess fallnar að takmarka eða afnema misrétti innan samfélagsins. Frávik frá algeru formlegu jafnræði, þar sem allir fá sömu meðhöndlun eru því samkvæmt dómnum heimilur með aðgerðum sem stuðla að efnislegu jafnræði. Með efnislegu jafnræði er átt við að allir menn njóti jafnra tækifæra, eftir að búið er að leiðrétta fyrir þá undirliggjandi mismunum sem kann að vera til staðar. Sértækar aðgerðir mega samkvæmt því ekki veita öðru kyninu forgang á grundvelli kynferðis, heldur verða þær að stuðla að því að bæði kynin sitji við sama borð þegar ákvörðun um úthlutun gæða er tekin. Ef rýnt er í álit Tesauro má sjá að fram kemur að æskilegt lokamarkmið með sértækum aðgerðum er þó alltaf að „raunverulegt“ jafnrétti náist, þar sem ekki er lengur nauðsyn á að leiðrétta fyrir ójafna stöðu kynjanna, vegna undirliggjandi ójafnréttis. Beiting sértækra aðgerða, sem fela í sér að efnislegt jafnrétti náist ætti því að verða bæði óþörf og ólöglegt þegar undirliggjandi misrétti hefur verið útrýmt. Þriðja skilyrðið er að sértækar aðgerðir fari ekki fram úr *meðalhófi*. Með því er átt að sértækar aðgerðir mega ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til að ná þeim markmiðum sem stefnt er að. Sjálfkrafa forgangur annars kynsins, kynjakvótar og aðrar aðgerðir þar sem einungis er horft til kyns við úthlutun á gæðum fara að álitum dómsins fram úr meðalhófi, vegna þess að slíkar aðgerðir eru ekki til þess fallnar að stuðla að efnislegu jafnrétti. Í beitingu slíkra aðgerða felst óhjákvæmilega ólöglegt mismunum sökum þess að þær tryggja öðru kyninu skilyrðislausan og sjálfkrafa forgang yfir hitt án tillits til þess hvort aðilum eru tryggð jöfn tækifæri.

⁸⁶ sama heimild, mgr. 24

Skiptar skoðanir voru um niðurstöðu dómsins og gengu sumir svo langt að halda því fram að með dómnum hefði jafnréttisstarfi sem unnið hefur verið að innan sambandsins stefnt í hættu.⁸⁷ Með vísan til þess að í kjölfar dómsins ríkti talsverð óvissa um afdrif sértækra aðgerða innan Evrópusambandsins gaf framkvæmdastjórnin frá sér orðsendingu,⁸⁸ þar sem farið var yfir niðurstöðu dómsins og áréttað að dómurinn feli ekki í sér bann við beitingu sértækra aðgerða.

Framkvæmdastjórnin vísaði í orðsendingunni til þess að á tímum þar sem jafnrétti kynjanna hefur verið viðurkennt væri mikilvægt að áréttá mikilvægi sértækra aðgerða til að *tryggja jöfn tækifæri karla og kvenna* og minnti hún meðal annars á meðmæli ráðsins frá 13. desember 1984 hvað þetta varðar. Í tilkynningunni var einnig áréttað að í Evrópurétti er ekki til opinber skilgreining á hugtakinu um sértækar aðgerðir. Þó var vísað var til þess að almennt væri viðurkennt innan sambandsins að undir hugtakið falli allar aðgerðir sem miða að því að vinna gegn áhrifum viðvarandi mismununar eða mismununar sem átti sér stað í fortíðinni og stuðla að jöfnum tækifærum karla og kvenna. Taldi framkvæmdastjórnin þetta sérstaklega eiga við um störf þar sem annað kynið er í verulegum minnihluta. Þá taldi framkvæmdastjórnin það í auknum mæli viðurkennt að sértækar aðgerðir séu réttlætanagerðir í þágu betri nýtingu á mannauði.⁸⁹

Til að gera sértækum aðgerðum betur skil skiptir framkvæmdastjórnin þeim niður í þrjá mismunandi flokka. Í fyrsta floknum eru aðgerðir, sem miða að því að ráða bót á óhagstæðum aðstæðum sem eru einkennandi fyrir konur á vinnumarkaði. Markmiðið með aðgerðum í þessum flokki er að koma í veg fyrir áhrif þeirra þátta sem hafa slæm áhrif á starfsferil kvenna. Starfsþjálfun og aðgerðir sem ætlað er að hafa áhrif á starfsval kynjanna falla meðal annars undir þennan flokk. Annar flokkur sértækra aðgerða eru aðgerðir sem eru til þess fallnar að draga úr áhrifum þess að skuldbindingar sem tengjast fjölskyldulífi hafi áhrif á starfsframa. Aðgerðir sem miða að því að jafna ábyrgð kynjanna falla undir þennan flokk. Ívilnanir sem tengjast vinnutíma, barnagæslu og endurkomu á atvinnumarkaðinn eftir

⁸⁷ „European Union Court Ruling Limits Job Preference for Women“ (*Ny times*, 18. október 2013) <<http://www.nytimes.com/1995/10/18/world/european-union-court-ruling-limits-job-preference-for-women.html>> skoðað 14. október 2013

⁸⁸ Communication from the commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17. October 1995 in Case C-450/93, Kalanke g.Freie Hansestadt Bremen, [1995] COM(96) 88 final

⁸⁹ Mál C-450/93 Kalanke g.Bremen [1995] ECR I-3051Orðsending framkvæmdastjórnarinnar vegna Kalanke málsins

starfshlé eru meðal þeirra aðgerða sem heyra hér undir. Þriðji flokkur sértækra aðgerða eru aðgerðir sem byggjast á þeirri hugmyndafræði að þær eigi bæta fyrir mismunun sem átti sér stað í fortíðinni. Slíkar aðgerðir fela í sér ívilnanir til fólks á grundvelli persónueinkenna, svo sem kyns. Aðgerðir af þessu tagi eru meðal annars kvótakerfi eða markmið um tiltekin hlutföll einstaklinga úr ákveðnum hópum. Þá benti framkvæmdastjórnin á að aðgerðir í þriðja flokki geta verið missveigjanlegar. Þegar ósveigjanlegri reglu í þessum flokki er beitt er lítið eða ekkert tekið mið af hæfni og verðleikum fólks í sérhverju tilviki. Sveigjanlegri reglur veita hins vegar einstaklingi úr tilteknum hópi ívilnun eftir að tekið hefur verið tillit til sérstakra aðstæðna og að því gefnu að hann sé að minnsta kosti jafn hæfur og sá sem hefði annars verið valinn.⁹⁰

Í orðsendingu framkvæmdastjórnarinnar er sett fram sú spurning hvort 4. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 76/207/EBE feli einungis í sér heimild til að beita sértækum aðgerðum úr flokki eitt og tvö eða hvort jafnframt sé heimilt að beita aðgerðum í flokki þrjú. Nánar tiltekið hvort heimilt sé undir ákveðnum kringumstæðum að beita *öfugri mismunun* til að ívilna konum og hvort greinarmunur skuli gerður á sveigjanlegum aðgerðum í þessum flokki, sem taka mið af nauðsyn og meðalhófi og þeirra sem eru algerlega ósveigjanlegar. Vísar framkvæmdastjórnin til túlkunar Hæstaréttar Bandaríkjanna á sértækum aðgerðum þar í landi, þar sem hugtakið hefur verið notað jafnt. Þá bendir framkvæmdastjórnin á að sértækar aðgerðir hafa verið heimilaðar í Bandaríkjunum þegar þær hafa staðiðst regluna um stranga rýni (*e. strict scrutiny*). Í reglunni felst að aðgerðirnar þurfa að byggjast á skýrum hagsmunum stjórnvalda, og uppfylla kröfur um meðalhóf. Þá bendir framkvæmdastjórnin jafnframt á að í Bandaríkjunum sé gefið meira svigrúm til að beita sértækum aðgerðum í einkageiranum og að Hæstiréttur Bandaríkjanna hafi lagt blessun sína á öfuga mismunun í máli *Johnsons*,⁹¹ þar sem kona var ráðin fram yfir karl þrátt fyrir að hann væri örlítið hæfari en hún. Réttlættingin fyrir dómnum í því máli fólst meðal annars í því að þegar um væri að ræða störf sem hafa í gegnum tíðina verið karlastörf mætti líta til kyns við val á umsækjendum, vegna þess augljósa ójafnvægis milli kynjanna sem ríkti í starfsgreininni. Framkvæmdastjórnin bendir þó á að í eina málinu,⁹² sem komist hefur til kasta Hæstaréttar

⁹⁰ sama heimild, bls. 3

⁹¹ Johnson g. Transportation Agency [1987] US 480 616

⁹² Adarand Constructors Inc g. Peña, Secretary of Transportation [1995] USLW 63 4523

Bandaríkjanna og varðaði sértækar aðgerðir í opinbera geiranum hafi mismunun á grundvelli kynferðis ekki verið heimiluð, þar sem hún stóðst ekki skilyrði réttarins um stranga rýni.⁹³

Í orðsendingu framkvæmdastjórnarinnar var bent á að í raun væri einungis hægt að túlka dóminn á tvo vegu. Annars vegar á þann hátt að ómögulegt væri að réttlæta allar sértækar aðgerðir sem fela í sér mismunun á grundvelli kyns, líkt og þær sem framkvæmdastjórnin setti í þriðja flokk. Skiptir þá engu máli hvort aðgerðirnar eru sveigjanlegar eða hvort þær taki mið af aðstæðum hverju sinni, mismunun á grundvelli kyns væri einfaldlega bönnuð með öllu. Hin mögulega túlkunin sem framkvæmdastjórnin setti fram var hins vegar að einungis ósveigjanlegar aðgerðir, sem veita öðru kyninu sjálfkrafa forgang á grundvelli kyns hafi verið dæmdar ólögætar.⁹⁴

Framkvæmdastjórnin lagði þann skilning í niðurstöðu dómsins að dómurinn hefði einungis lagt bann við ósveigjanlegum aðgerðum í flokki þrjú. Með öðrum orðum að réttarreglur sem tryggja konum sjálfkrafa og skilyrðislausan forgang gangi of langt, meðal annars vegna þess að meðalhófs er ekki gætt. Í orðsendingunni voru hins vegar færð rök fyrir því að aðrar aðgerðir, svo sem kvótakerfi og önnur kerfi, sem veita konum forgang í störf kunni að vera lögmætar að uppfylltum skilyrðum um sveigjanleika og meðalhóf.⁹⁵

Framkvæmdastjórnin beindi einnig athygli að 22-23 mgr. Kalanke dómsins um að reglur sem miða að því að ná fram jöfnum hlutföllum kynjanna, með því að veita öðru kyninu skilyrðislausan forgang til starfs standist ekki 4. mgr. 2. gr. reglugerðar 76/207/EBE vegna þess að reglugerðin heimili einungis frávik frá jafnræðisreglunni sem fela í sér að kynin njóti jafnra tækifæra. Lagði framkvæmdastjórnin mikla áherslu á að þessi rök ættu einungis við þegar aðgerðir væru ósveigjanlegar og færu fram úr meðalhófi. Benti framkvæmdastjórnin á að skilirðislaus forgangur annars kynsins og markmið um 50% hlutföll karla og kvenna í starfsgreinum væru meðal aðgerða sem gengu of langt. Hins vegar taldi Framkvæmdastjórnin að aðrar aðgerðir, sem veita konum forgang í störf, séu heimilar að

⁹³ Communication from the commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17. October 1995 in Case C-450/93, Kalanke g.Freie Hansestadt Bremen, [1995] COM(96) 88 final

⁹⁴ Communication from the commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17. October 1995 in Case C-450/93, Kalanke g.Freie Hansestadt Bremen

⁹⁵ Mál C-450/93 Kalanke g.Bremen [1995] ECR I-3051 Orðsending framkvæmdastjórnarinnar vegna Kalanke málsins

uppfylltum tilteknum skilyrðum um sveigjanleika.⁹⁶ Með vísan til framangreinds má halda því fram að framkvæmdastjórnin sé ósammála álitni lögsögumannsins í málinu. Endurspeglast þetta meðal annars ummælum lögsögumannsins um að lágt hlutfall kvenna í tilteknum starfsgreinum réttlætti ekki endilega að konur fái sérmeðferð. Útgangspunkturinn samkvæmt rökfærslu lögsögumannsins var að sértækar aðgerðir eiga að miða að því að allir sitji við sama borð þegar ákvörðun er tekin og að ekki ætti að veita tilteknum einstaklingum sjálfkrafa forgang fram yfir aðra, þrátt fyrir minnihluta kvenna í starfsgreininni, enda feli slíkt alltaf í sér vélrænt val, sem eðli málsins samkvæmt getur ekki verið til þess fallið að stuðla að jöfnum tækifærum. Munurinn á afstöðu framkvæmdastjórnarinnar og lögsögumannsins virðist því í meginráttum vera sá að framkvæmdastjórnin gengur ólíkt lögsögumanninum út frá því sem vísu að lágt hlutfall annars kynsins í tilteknum starfsgreinum verði sjálfkrafa rakið til undirliggjandi mismununar. Þessa undirliggjandi mismunun virðist framkvæmdastjórnin jafnframt telja heimilt að leiðrétta með því að veita öðrukyninu forgang í störf með því skilyrði að forgangsreglurnar séu sveigjanlegar. Rök framkvæmdastjórnarinnar fyrir því að réttlætanlegt sé að veita öðru kyninu forgang í starf felst þannig í því að forgangurinn sem slíkur feli í sér leiðréttingu á undirliggjandi mismunun og að með forganginum sé tryggt að karlar og konur njóti jafnra tækifæra þegar kemur að stöðuveitingum.

6.2.2 Mál Marschall gegn Land Nordrhein-Westfalen

Í *Marschall* málinu var líkt og í máli *Kalanke* deilt um reglu sem veitti konum forgang til starfa. Nánar tiltekið reglu fylkisins Land Nordrhein-Westfalen (hér eftir fylkið), sem kvað á um að kona sem metin hefur verið jafn hæf og karlkyns umsækjandi skyldi veittur forgangur í til stöðuhækkanna í tilteknum starfsgreinum, nema þegar ákveðnar aðstæður er varða karlmanninn veiti honum forskot.⁹⁷

Samkvæmt athugasemdum fylkisins byggði forgangurinn á þeirri réttlættingarástæðu að þegar stöðuhækkun er veitt og val stendur milli jafn hæfs karls og konu sé tilhneiging til þess að veita karlinum stöðuna frekar en konunni. Vegna þess að þeir falla almennt betur undir þau viðmið sem stuðst er við þegar stöðum er úthlutað, svo sem aldur, starfsaldur og að þeir eru aðalfyrirvinna fjölskyldunnar.⁹⁸ Með reglunni um forgang til kvenna vildi fylkið leiðrétta fyrir undirliggjandi ójafnræði milli kynjanna með því að draga úr vægi þeirra atriða sem

⁹⁶ sama heimild, bls. 9–10

⁹⁷ Mál C-409/95 Marschall g. Land Nordrhein Westfalen [1997] ECR I-6363, mgr. 3

⁹⁸ sama heimild, mgr. 4

almennt valda því að karlmenn eru líklegri til að fá stöðuhækkunir.⁹⁹ Því var jafnframt haldið fram af fylkinu og öðrum ríkisstjórnnum sem sendu álit sitt til dómstólsins að ákvæðið væri ekki svo afgerandi að það tryggði konum sjálfkrafa og skilyrðislausan forgang fram yfir karlmenn og að það félli af þeim sökum innan þeirra lögmætismarka sem skilgreind voru í máli Kalanke.¹⁰⁰ Þar að auki kom fram í álit Finnsku ríkisstjórnarinnar að ljóst væri að sértækar aðgerðir, svo sem starfsþjálfun og aðgerðir sem miða að því að kynin deili fjölskylduábyrgð hafi ekki nægt til að koma í veg fyrir ójafnræði á atvinnumarkaði.

Rökfærsla fylkisins í málinu sneri þannig að því að ákvæði fylksins um forgang til kvenna stæðist skilyrðin sem sett voru fram í máli Kalanke um *meðalhóf og markmið* auk þess sem verið væri að *leiðréttu fyrir undirliggjandi mismunun*. Í fyrsta lagi voru færð rök fyrir því að reglan færi ekki fram úr *meðalhófi* vegna þess að ekki væri um að ræða kvótakerfi eða markmið um að ná tilteknum hlutföllum kvenna. Því væri ekki um að ræða *sjálfkrafa forgang* til kvenna einungis á grundvelli þess að þær væru konur. Þá voru færð rök fyrir því í málinu að aðgerðirnar væru nauðsynlegar til að ná því markmiði sem stefnt var að og að vægari úrræði dygðu ekki til að tryggja jafnræði meðal kynjanna. Í öðru lagi að *markmiðið* með aðgerðunum væri lögmætt með tilliti til fordæmis Kalanke. Vegna þess að aðgerðunum væri ætlað að tryggja konum og körlum jöfn tækifæri, sem er skv. fordæmi Kalanke grundvallarforsenda þess að slíkar aðgerðir séu heimilar. Í þriðja lagi að *undirliggjandi mismunun* væri til staðar, sem réttlætti beitingu ákvæðisins. Ójafnræði væri meðal kynjanna vegna tiltekinna atriða, sem valda því að konur eru síður valdar til að gegna ábyrgðarstöðum, en slíkt undirliggjandi ójafnræði er samkvæmt fordæmi Kalanke málsins grundvallarforsenda fyrir því að heimilt sé að beita sértækum aðgerðum. Ákvæðið sem um ræðir stæðist skilyrðið vegna þess að þegar slíkt ójafnræði væri ekki til staðar ætti ekki beita forgangsreglunni sbr. ákvæði hennar um að meta þurfi aðstæður karlmannsins í sérhverju tilviki.

Dómurinn taldi að jafnvel þótt kona og karl væru jafn hæf væri ekki þar með sagt að konur ættu sömu möguleika og karlar þegar kæmi að stöðuveitingum. Undirliggjandi ástæður, svo sem fordómar og staðalímyndir, sem snúa að hlutverki og getu kvenna skertu möguleika þeirra þegar kemur að stöðuveitingum. Nefndi dómurinn í þessu sambandi að ótti um að

⁹⁹ sama heimild, mgr. 15

¹⁰⁰ sama heimild, mgr. 17

konur gerðu oftár hlé á starfsferli sínum eða að þær vildu eyða meiri tíma til að sinna fjölskyldum sínum, sem ylli því að þær væru síður sveigjanlegar þegar kæmi að vinnutíma, væri meðal þeirra atriða sem valda því að konur hefðu ekki jöfn tækifæri á við karlmenn.¹⁰¹

Með vísan til þessa varð niðurstaða dómsins að forgangur konu, sem er jafn hæf og karlmaður, í þeim starfsgreinum þar sem konur eru í minnihluta kunni að vera réttlætanagerlegar samkvæmt 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBB, í þeim tilvikum sem reglan er til þess fallin að skerða áhrif undirliggjandi misréttis, sem felst í fordómum og staðalímyndum sem snúa að hlutverki kvenna.¹⁰² Dómurinn vísaði þó til 21. og 22. mgr. Kalanke dómsins og áréttaði að regla sem felur í sér forgang til kvenna megi ekki tryggja konum algeran og skilyrðislausan forgang fram yfir karlmenn.¹⁰³ Í þessu felst í raun að mat á því hvort mismunun sé til staðar grundvallast í reynd ekki af kyni manna, heldur þeim aðstæðum sem valda því að kynin njóta ekki jafnræðis. Hæstiréttur Danmerkur hefur sem dæmi litið svo á að mat á því hvort geta til að vinna sveigjanlegan vinnutíma sé í eðli sínu að kynlaust mat: „*Fleksibilitet i henseende til arbejdstid må anses for et i sig selv kønsneutralt kriterium.*“ Ávallt þarf því að líta til aðstæðna í heild sinni við mat á því hvort ójafnræði sé til staðar og hvort fjölskylduábyrgð hafi legið til grundvallar starfsráðningu eða uppsögnum.¹⁰⁴

Í niðurstöðum dómsins kom fram að forgangsreglan sem um deildi, rúmaðist innan undantekningarákvæðis 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBB að uppfylltum tveimur skilyrðum. Fyrri skilyrðið er að reglan gildi ekki sjálfkrafa og aðilar undirgangist hlutlægt mat þar sem tekið væri tillit til persónulegra aðstæðna þeirra. Ef ekki eru undirliggjandi forsendur fyrir því að konu skuli veittur forgangur á forgangsákvæðið þannig að falla niður. Nærtækast er að skýra orð dómsins á þá leið að ef ekki eru til staðar til lögmætar réttlætanagerástæður fyrir því að konu sé veittur forgangur á grundvelli kynferðis, svo sem ef karlmaðurinn sem hún keppir við er einstæður foreldri, sem sinna þarf hvort tveggja fjölskyldu og starfsferli í senn á forgangsreglan ekki lengur rétt á sér. Seinna skilyrði sneri að

¹⁰¹ sama heimild, mgr. 19-30

¹⁰² sama heimild, mgr. 31

¹⁰³ sama heimild, mgr. 32

¹⁰⁴ Sag 274/2011

því að forsendurnar sem notaðar eru til að meta hvort sértækar aðgerðir eigi rétt á sér meggi ekki fela í sér mismunun gagnvart konum.¹⁰⁵

6.2.3 Mál Katarínu Abrahamsson og Leifs Andersson gegn Elisabetu Fogelqvist

Sænsk stjórnvöld eru meðal þeirra Evrópuríkja sem sett hafa lög til að jafna stöðu karla og kvenna á atvinnumarkaði. Svíar gengu þó nokkuð lengra en aðrar þjóðir og innleiddu reglur sem kváðu á um að ráða skuli einstakling af því kyni sem hallar á ef hann uppfyllir lágmarksskilyrði til starfsins, jafnvel þótt hæfari einstaklingur af hinu kyninu sé meðal umsækjanda. Þessi tegund sértækra aðgerða, sem felur í sér jákvæða mismunun hefur verið nokkuð umdeild og til marks um það hefur beiting hennar meðal annars ratað til Evrópudómstólsins. Nánar verður gerð skil á jákvæðri mismunun af þessu tagi í eftirfarandi umfjöllun um mál *Katarínu Abrahamsson og Leifs Andersson gegn Elisabetu Fogelqvist*,¹⁰⁶ þar sem Kærunefnd Háskólanna í Svíþjóð (*s. Överklagandenämnden för Högskolan*) óskaði eftir forúrskurði Evrópudómstólsins til að leggja mat á sænskar reglur um jákvæða mismunun.

Til að varpa nánara ljósi á efni dómsins er nauðsynlegt að gera lítilla grein fyrir þeim sænsku réttarreglum um jákvæða mismunun sem dómurinn lagði mat á. Samkvæmt 16. gr. sænsku jafréttislaganna (*s. Jämställdhetslagen (1991:433)*), sem þá voru í gildi var mismunun á grundvelli kynferðis bönnuð, þó með þeirri undantekningu að sértækar aðgerðir til að stuðla að jafnrétti á atvinnumarkaði voru heimilaðar:

Otillåten könsdiskriminering skall anses föreligga, när en arbetsgivare vid anställning eller befordran eller utbildning för befordran utser någon framför någon annan av motsatt kön, fastän den som förbigås har bättre sakliga förutsättningar för arbetet eller utbildningen. Detta gäller dock inte om arbetsgivaren kan visa

1. att beslutet inte vare sig direkt eller indirekt har samband med den missgynnades könstillhörighet,
2. att beslutet är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet, eller

¹⁰⁵ Mál C-409/95 Marschall g. Land Nordrhein Westfalen [1997] ECR I-6363, mgr. 35

¹⁰⁶ Mál C-407/98 Katarína Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539

3. att det är berättigat av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet.¹⁰⁷

Nánar var kveðið á um framkvæmd jákvæðrar mismununar í reglugerðum nr. 1993:100 um háskóla¹⁰⁸ og 1995:936 um tilteknar prófessors- og aðstoðarmannastöður til þess fallnar að auka að jafnræði kynjanna.¹⁰⁹ Í 3. gr. reglugerðar nr. 1995:936 var kveðið á um skyldu til jákvæðrar mismununar en kom fram að skylt væri að skipa hæfan einstakling af því kyni sem er í minnihluta í starfsgreininni fram yfir einstakling af hinu kyninu, sem annars hefði fengið starfið, ef það er nauðsynlegt til að einstaklingur af fámennara kyninu fái starfið:

3 § Vid anställningen gäller i stället för 4 kap. 16 § högskoleförordningen (1993:100) följande.

En sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga sådana kvalifikationer som avses i 4 kap. 15 § första och tredje styckena högskoleförordningen skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts (positiv särbehandling), om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses.¹¹⁰

Í þriðju málsgrein greinarinnar kom þó fram að ekki mætti beita jákvæðri mismunun ef munurinn á umsækjendum er svo mikill að beiting hennar er andstæð kröfunni um hlutlægni við val á umsækjendum:

Positiv särbehandling skall dock inte tillämpas om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid anställningen. Förordning (1998:1694).¹¹¹

Forsaga málsins er sú að í júní 1996 var auglýst laus prófessorsstaða við Háskólann í Gautaborg. Í starfsauglýsingunni kom fram að skipun í starfið tæki mið af reglunni um jafnrétti kynjana og að jákvæðri mismunun kynni að verða beitt í samræmi við ákvæði reglugerðar nr. 1995:936. Átta umsækjendur sóttu um starfið og komst sérstök valnefnd að þeirri niðurstöðu að karlmaður að nafni Leif Anderson væri hæfastur í starfið, en kona að nafni Destouni væri næst hæfust. Með vísan til þess að konur voru í töluverðum minnihluta meðal prófessora mælti nefndin þó með með ráðningu Destouni eftir að tillit hafði verið tekið til 3. gr. reglugerðar nr. 1995:936, þar sem kveðið er á um forgang í störf til þess kyns,

¹⁰⁷ Jämställdhetslagen (1991:433), 16. gr.

¹⁰⁸ Högskoleförordning (1993:100)

¹⁰⁹ Förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent i jämställdshetsyfte

¹¹⁰ sama heimild

¹¹¹ sama heimild

sem eru í minnihluta í starfsgreininni. Destouni dró eftir þetta umsókn sína til baka. Í kjölfarið fól rektor skólans valnefndinni að meta þá umsækjendur sem eftir voru að nýju, með sérstöku tilliti til jafnréttis karla og kvenna og með hliðsjón af ákvæðum reglugerðar nr. 1995:936 og jafnréttisstefnu skólans. Valnefndin ákvað hins vegar að meta umsækjendur ekki að nýju, enda hefði verið tekið til þessara þátta í fyrra mati nefndarinnar. Þó tók nefndin það fram í svarbréfi sínu að meirihluti nefndarinnar teldi að Anderson væri umtalsvert hæfari en kona að nafni Fogelqvist sem, sem nefndin hafði áður valið í þriðja sæti á eftir Anderson, en að erfitt væri að meta hvort munurinn á hæfi þeirra væri svo mikill að hann félli innan þeirra marka sem heimilaður var skv. 3. mgr. 3. gr. reglugerðar nr. 1995:936.¹¹²

Rektor Háskólans í Gautaborg skipaði Fogelqvist í stöðuna með vísan til reglugerðar 1995:936 og áætlanna skólans um jafnrétti milli karla og kvenna. Þá hélt hann því fram að munur á hæfi Andersons og Fogelqvist væri ekki svo mikill að sú jákvæða mismunun sem beitt hafði verið við ráðninguna fæli í sér að farið hefði verið á svig við 3. mgr. 3. gr. reglugerðar nr. 1995:936.¹¹³

Anderson og kona að nafni Abrahamson, sem einnig hafði sótt um stöðuna kærðu ákvörðun rektorsins til kærunefndar háskólanna (*s. Överklagandenämnden*), með vísan til þess að þau töldu skipun Fogelqvist ganga gegn ákvæði 3. gr. reglugerðar nr. 1995:936 og fordæmis Evrópudómstólsins í máli *Kalanke gegn Bremen*.¹¹⁴ Valnefndin fundaði aftur þann 13. mars 1998 og komst að þeirri niðurstöðu að engin ástæða væri til þess að endurskoða fyrra álit sitt. Þá hafnaði rektorinn jafnramt beiðni um að taka kæru tvímenninganna til greina.¹¹⁵ Kærunefndin tók því málið til umfjöllunnar og komst að þeirri niðurstöðu að á heildina litið væri Anderson talsvert hæfari en Fogelqvist til að gegna starfinu. Jafnframt var nefndin þeirrar skoðunnar að þegar jákvæðri mismunun er beitt sé mikilvægt að beita tilteknu hagsmunamati með tilliti til þess hvort mismununin sé til þess fallin að draga úr gæðum mikilvægra þátta innan samfélagsins, svo sem rannsóknarvinnu og annarra þátta háskólasamfélagsins. Þá taldi nefndin að ekki mætti beita jákvæðri mismunun ef val á minna hæfum einstaklingi væri augljóslega til þess fallið að draga úr þessum gæðum. Kærunefndin taldi þó að munurinn á hæfi Andersons og Fogelqvist væri ekki svo mikill að jákvæð

¹¹² Mál C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539, mgr. 16-19

¹¹³ sama heimild, mgr. 20

¹¹⁴ Mál C-450/93 Kalanke g. Bremen [1995] ECR I-3051

¹¹⁵ Mál C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539, mgr. 22.

mismunun væri óheimil með tilliti til 3. mgr. 3. gr. reglugerðar nr. 1995:936. Eftir stóð hins vegar hvort jákvæð mismunun af þessu tagi stæðist Evrópulöggjöf og þær skuldbindingar sem Svíþjóð hefur gengist undir með aðild sinni að Evrópusambandinu. Af þeim sökum óskaði kærunefndin eftir forúrskurði Evrópudómsins og lagði fjórar spurningar fyrir dóminn.¹¹⁶

Fyrsta spurningin snéri að því hvort sænsk löggjöf um jákvæða mismunun, þar sem kveðið er á um að ráða skuli einstakling af því kyni sem hallar á ef hann uppfyllir lágmarksskilyrði til starfsins, jafnvel þótt hæfari einstaklingur af hinu kyninu sé meðal umsækjanda bryti í bága við 1. mgr. 2. gr. og 4. mgr. 2. gr. tilskipunar ráðsins um framkvæmd meginreglunnar um jafnrétti. Í framangreindum málsgreinum tilskipunarinnar kemur eftirfarandi fram í íslenskri þýðingu:

1. Í eftirfarandi ákvæðum skal það felast í meginreglunni um jafnrétti að óheimilt sé að mismuna einstaklingum vegna kynferðis þeirra, hvort heldur beint eða óbeint, einkum með tilvísun til hjúskapar- eða fjölskyldustöðu.¹¹⁷

.. 4. Tilskipun þessi kemur ekki í veg fyrir ráðstafanir sem ætlað er að stuðla að því að karlar og konur hafi sömu tækifæri, einkum með því að afnema það misrétti sem er nú við lýði og hefur áhrif á tækifæri kvenna á þeim sviðum sem um getur í 1. mgr. 1. gr.¹¹⁸

Í svari við fyrstu spurningu kærunefndarinnar tók dómurinn sérstaklega fram að markmið með sértækum aðgerðum væru að ná efnislegu jafnrétti (*e. substantive equality*) fremur en formlegu jafnrétti (*e. formal equality*) og takmarka misrétti í reynd (*e. de facto inequalities*), með því að koma í veg fyrir eða vega upp á móti þeirri ójöfnu stöðu sem einstaklingar af fámennara kyninu kunna að glíma við á starfsferli sínum.¹¹⁹ Þá kom fram í forúrskurðinum að mikilvægt væri að viðmið um hvenær ætti að beita sértækum aðgerðum væru gagnsæ og endurskoðanleg svo beiting þeirra yrði ekki handahófskennd. Hvað varðar sænsku forgangsregluna komst dómurinn svo að þeirri niðurstöðu að þær væru ekki byggðar á skýrum og ótvíræðum viðmiðum um að koma í veg fyrir eða bæta upp fyrir ójöfnuð meðal

¹¹⁶ sama heimild, mgr. 23-27

¹¹⁷ Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [1976] OJ L 39/40, 1. mgr. 2. gr.

¹¹⁸ sama heimild, 4. mgr. 2. gr.

¹¹⁹ Mál C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539, mgr. 48

umsækjenda. Þvert á móti væri einstaklingi af því kyni sem minna er af í starfsgreininni veitur *sjálfkrafa forgangur* fram yfir aðra af hinu kyninu án þess að tillit væri tekið til persónulegra haga umsækjenda og annarra mikilvægra þátta. Slíkan *sjálfkrafa forgangur* á grundvelli kyns taldi dómurinn að væri *óhóflegur* og ekki í samræmi við þau markmið sem stefnt væri að með sértækum aðgerðum. Af þeim sökum gengi sænsk löggjöf um forgang kvenna lengra en heimilað er samkvæmt 4. mgr. 2. gr. tilskipunar ráðsins um framkvæmd meginreglunnar um jafnrétti.¹²⁰

Dómurinn leit einnig til þágildandi reglu 4. mgr. 141. gr. Evrópusáttmálans og hvort sú grein réttlætti þá jákvæðu mismunun sem heimiluð var skv. sænskum lögum:

4. With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.¹²¹

Í stuttu máli komst dómurinn að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir að ákvæði sáttmálans heimilaði sérstakar aðgerðir til að koma í veg fyrir eða bæta fyrir ójöfnuð meðal einstaklinga og tryggja með því fullt jafnréði meðal karla og kvenna væri ekki hægt að lesa það úr ákvæðinu að það heimilaði sértækar aðgerðir sem færu fram úr meðalhófi. Svareð við fyrstu spurningu kærunefndar háskólanna var því sá *sjálfkrafa forgangur* sem einstaklingum af því kyni sem var í minnihluta í starfsgreininni var veittur skv. sænskum réttarreglum samræmdist hvorki 1. mgr. 2. gr. og 4. mgr. 2. gr. tilskipunar ráðsins um framkvæmd meginreglunnar um jafnrétti né 4. mgr. 141 Evrópusáttmálans.¹²²

Önnur spurning kærunefndarinnar laut að því hvort sömu lögmál ættu við um stöður sem væru skapaðar sérstaklega, sem hluti af áætlun háskólastofnanna með það í huga að beita sértækum aðgerðum. Í stuttu máli komst dómurinn að þeirri niðurstöðu að tilurð stöðunnar breytti ekki eðli aðgerðanna og þeirri staðreind að þær færu fram úr meðalhófi. Af þeim

¹²⁰ sama heimild, mgr. 49-53

¹²¹ Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community [2002] OJ C 325/33, 4. mgr. 141. gr. nú í 4. mgr. 157. gr. SFE

¹²² Mál C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539, mgr. 54-56

sökum taldi dómurinn sömu rök eiga við um stöður sem sérstaklega eru skapaðar með jákvæða mismunun í huga.¹²³

Í þriðju spurningunni var spurt að því hvort Evrópulöggjöf útilokaði reglur, sem veita umsækjendum af kyninu sem er í minnihluta í starfsgreininni forgang fram yfir umsækjendur af hinu kyninu, ef umsækjendurnir eru jafn hæfir eða allt að því jafn hæfir. Vísaði dómstóllinn hvað þetta varðar til máls *Badeck* fyrir Evrópudómstólnum,¹²⁴ þar sem fram kom að aðgerðir sem miða að því að veita konum forgang til stöðuhækkanna í ríkisgeiranum geta talist heimilar með tilliti til Evrópulaga í þeim tilvikum sem konum er ekki veittur *sjálfkrafa og skilyrðislaus forgangur* fram yfir jafn hæfan karlman og umsækjendur hafi gengist undir *hlutlægt mat*, þar sem *tekið er mið af persónulegum högum þeirra*. Dómurinn taldi því reglur sem veita fámennara kyninu í starfstéttinni forgang ekki brjóta í bága við Evrópulöggjöf ef forgangur annars kynsins er ekki fortakslaus og ef þeir hafa gengist undir hlutlægt mat þar sem tillit er tekið til persónulegra haga allra umsækjenda.¹²⁵

Að lokum lagði kæruneftindin þá spurningu fyrir dóminn hvort tegund starfsins þar sem jákvæðri mismunun er beitt hefði áhrif á lögmæti hennar. Dómurinn svaraði því til að reglur Evrópusambandsins um jafnrétti karla og kvenna, þegar kæmi að stöðuveitingum ættu jafnt við um öll störf. Lögmæti jákvæðrar mismununar getur þannig ekki ráðist af því hvers konar starf um ræðir.¹²⁶

Af forúrskurðinum má ráða að í raun hefur engin stefnubreyting orðið hjá dómstólnum hvað varðar undantekningar frá meginreglunni um jafnræði sem settar voru fram í máli *Kalanke* og *Marschall*. Dómurinn ítrekaði þau viðmið sem áður hefur komið fram um að sjálfkrafa forgangur á grundvelli kyns er ólögmætur og að hlutlægt mat á persónuhögum er nauðsynleg forsenda fyrir frávikum frá meginreglunni um jafnrétti. Þá kom fram að skýr viðmið verða að gilda um beitingu sértækra aðgerða til að beiting þeirra verði gagnsæ og koma í veg fyrir að hún verði handahófskennd. Jafnframt tók dómurinn fram að markmiðið með sértækum aðgerðum er að ná fram jafnrétti í reynd fremur en formlegu jafnrétti. Af dómnum sem reifaðir voru hér að framan er því augljóst að aðgerðir sem einungis miða að

¹²³ sama heimild, mgr. 57-59

¹²⁴ Mál C-158/97 *Badeck and Others* [2000] ECR I-1875, mgr. 23

¹²⁵ Mál C-407/98 *Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist* [2000] ECR I 5539, mgr. 60-62

¹²⁶ sama heimild, mgr. 63-65

því að jafna hlutföll kynjanna í tilteknum atvinnugreinum eiga ekki rétt á sér nema að þær séu einnig til þess fallnar að stuðla að því að vega upp á móti misrétti og stuðla að jöfnum tækifærum í sérhverju tilviki sem þeim er beitt.

6.3 Staða sértækra aðgerða í Evrópu

Mörgum stuðningsmönnum sértækra aðgerða hefur þótt skilyrðin sem Evrópudómstóllinn hefur með fordæmi sínu í máli *Kalanke* nokkuð ströng og töldu margir að með honum hefðu kynjakvótar alfarið verið bannaðir. Ulrike Hauffe formaður jafnréttisráðs Bremenborgar var ein af þeim sem lýsti yfir vonbrigðum sínum með niðurstöðuna málinu. Taldi hún dóminn eftirsjáarverðan vegna þeirra neikvæðu áhrifa sem hann hefði á jafnréttisstarf og að kynjakvótar á atvinnumarkaði væru mikilvægir til að koma í veg fyrir mismunun.¹²⁷ Í þessu sambandi gekk Gro Harlem Brundtland fyrrum forsætisráðherra Noregs svo langt að segja að ekki kæmi til greina að fara að fordæmi Evrópudómstólsins í máli *Kalanke*, þrátt fyrir að Noregur sé að einhverju leyti bundin af fordæmum dómstólsins samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Sagði hún að Evrópudómstóllinn myndi ekki geta eyðilagt þá áralöngu vinnu sem lögð hefur verið í norskt jafnréttisstarf. Norsk löggjöf um kynjakvóta, þar sem konur fá *sjálfkrafa og skilyrðislausan* forgang í störf yrði því óbreytt.¹²⁸

Evrópudómstóllinn skýrði túlkun sína á jafnréttislöggjöfinni nánar í máli *Marschall* og gaf með dómnum til kynna að kynjakvótar væru heimilir að uppfylltum tilteknum skilyrðum.¹²⁹ Skilyrðin sem lögð voru fram í *Marschall* málinu hafa verið staðfest með síðari dómum dómstólsins. Leiðsögumaður dómsins í máli *Serge Briheche g. Ministre de l'Intérieur* frá árinu 2004 útskýrir hugmyndafræðina á bak við skilyrðin nokkuð vel en líkt og fram kom í þeim málum sem reifuð voru hér að framan undirstrikaði hann þá afstöðu dómsins að óheimilt er að beita ívilnandi aðgerðum í þágu tiltekina hópa ef afleiðingin með slíkum aðgerðum leiðir til þess að einstaklingum er mismunað við beitingu aðgerðanna. Markmið um jafnstöðu kynjanna í atvinnulífinu réttlæta með öðrum orðum ekki að vikið sé frá rétti sérhvers einstaklings til að njóta jafnréttis. Þá taldi hann algengt að þeim sértæku aðgerðum sem

¹²⁷ Ulrike Hauffe, Social policy: Experts call for EU treaty to address equal opportunities (*Europolitics*, 5. ágúst 1996) <<http://www.europolitics.info/social-policy-experts-call-for-eu-treaty-to-address-equal-opportunities-artr170434-25.html>> skoðað 11. desember 2013

¹²⁸ Gerard O'Dwyer, „Court voids law to aid women“ (*Chicago tribune*, 28. janúar 1996) <http://articles.chicagotribune.com/1996-01-28/features/9601280410_1_ecj-ruling-european-court> skoðað 11. nóvember 2013

¹²⁹ Mál C-409/95 *Marschall* g. Land Nordrhein Westfalen [1997] ECR I-6363

dómstóllinn hefur heimilað sé ruglað saman við aðgerðir sem ganga lengra og fela gjarnan í sér að jafna hlut kynjanna á tilteknum sviðum með því að veita öðru kyninu forgang. Slíkar aðgerðir væru samkvæmd dómstólnum ekki heimilar sökum þess að sértækar aðgerðir mega aldrei fela í sér mismunun, heldur heimila þær aðeins að fólk sé meðhöndlað á mismunandi hátt eftir kynferði til jafna tækifæri þeirra.¹³⁰

Eftir að dómarnir í málum *Kalanke* og *Marscall* o.fl. féllu hefur Evrópusambandið verið beitt talsverðum þrýstingi til að heimila og setja á stofn löggjöf um kynjakvóta, meðal annars í stjórnnum fyrirtækja.¹³¹ Í kjölfarið höf framkvæmdastjórnin vinnu við að innleiða kvótakerfi í stjórnir fyrirtækja. Fyrstu drög framkvæmdastjórnarinnar miðuðu að því að fyrirtækjum yrði gert skylt að taka frá 40% stjórnarsæta fyrir konur. Lögræðingar framkvæmdastjórnarinnar komust þó að þeirri niðurstöðu svo ósveigjanlegt kvótakerfi væri ólöglegt.¹³² Framkvæmdastjórnin lagði síðar til nokkuð mildari aðferð um hvernig ná ætti markmiðum um 40% lágmarkshlutföll hvors kyns í stjórnnum fyrirtækja á markaði fyrir árið 2020. Í tillögunum var tekið mið af dómafordæmum Evrópudómstólsins sem reifuð voru hér að framan að því leyti að líta beri til hæfni einstaklinga hverju sinni og að einungis megi veita forgang á grundvelli reglunnar í þeim tilvikum sem einstaklingar af gagnstæðu kyni eru jafn hæfir.¹³³ Hugmyndir framkvæmdastjórnarinnar hafa þó mætt töluverðri andstöðu meðal níu ríkja sambandsins, sem geta með andstöðu sinni tryggt að löggjöfin verði ekki að veruleika. Líklegt er því að ekki verði af lagasetningu Evrópusambandsins um kynjakvóta innan stjórna fyrirtækja, að minnsta kosti ekki að svo stöddu.¹³⁴

Af aðgerðum framkvæmdastjórnarinnar má ráða að meðlimir hennar virðast styðja aðgerðir sem veita einstaklingum af því kyni sem eru í minnihluta í stjórnnum fyrirtækis hverju sinni forgang á grundvelli kynferðis. Með þeim fyrirvara að sá sem nýtur forgangs sé jafn hæfur og

¹³⁰ Mál C-319/03 Serge Briheche g.Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales [2004] ECR I-8807, Álit Poiares Maduro, mgr. 42

¹³¹ Nikolaj Nielsen, „Reding wants EU law imposing gender quotas“ (*Euobserver*, 9. apríl 2012) <<http://euobserver.com/social/117416>> skoðað 22. nóvember 2013

¹³² „EU is forced to abandon plans for women to take 40% of company board seats after lawyers argue quota would be illegal“ (*Daily mail*, 23. nóvember 2012) Mail online <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2221905/EU-drops-plan-force-companies-allot-40-cent-board-seats-women-lawyers-argue-strict-quotas-illegal.html>> skoðað 22. nóvember 2013

¹³³ „Women on Boards: Commission proposes 40% objective“ (*Press releases database*, 14. nóvember 2012) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1205_en.htm> skoðað 22. nóvember 2013

¹³⁴ Eder Von Florian, „Frauenquote in der EU steht vor dem Aus“ (*Die Welt*, 26. júlí 2013) <<http://www.welt.de/wirtschaft/article118412204/Frauenquote-in-der-EU-steht-vor-dem-Aus.html>> skoðað 22. nóvember 2013

sá sem hann keppir við. Athygli vekur að samkvæmt tillögunni er um að ræða kynlaust ákvæði. Karlar jafnt sem konur gætu notið forgangs á grundvelli kyns ef kynjakvótarnir verða að veruleika. Vekur það óneitanlega upp spurningar um hvort ákvæðið yrði til þess fallið að leiðrétta fyrir undirliggjandi mismunun sem er samkvæmt fordæmum Evrópudómstólsins¹³⁵ eitt af skilyrðunum fyrir lögmæti sértækra aðgerða, eða hvort þeim sé einungis ætlað að ná fram tilteknum kynjahlutföllum. Rétt er þó að taka fram að löggjöfin hefur enn ekki litið dagsins ljós og er því ekki hægt að fullyrða um hvernig framkvæmd kynjakvóta innan Evrópusambandsins verður háttáð, ef þeir á annað borð verða leiddir í lög sambandsins.

7. Sértækar aðgerðir á Íslandi

Til að varpa ljósi á tengingu íslensks réttar við Evrópurétt hvað varðar löggjöf um sértækar aðgerðir verður fjallað um forgangsrátt EES-réttar áður en fjallað verður um íslenska löggjöf um sértækar aðgerðir. Í næstu köflum á eftir verður gerð grein fyrir nokkrum af þeim sértæku aðgerðum sem beitt hefur veirð hér á landi. Verða aðgerðirnar bornar saman við réttarreglur Evrópuréttarins og dómafordæmi Evrópudómstólsins í því skyni að varpa ljósi á lögmæti aðgerðanna.

7.1 Forgangsrátt EES-réttar

Ísland hefur með aðild sinni að samningnum um Evrópska Efnahagssvæðið (hér eftir EES) skuldbundið sig til að innleiða í landsrétt ýmsar réttarreglur Evrópusambandsins sem tengjast fjórfrelsinu. Ísland fullgilti EES-samninginn 2. maí 1992 en vegna þess að Ísland fylgir tvíeðlisstefnu að þjóðarrétti þurfti Ísland lögfesta efni samningsins til að hann hefði réttaráhrif að landsrétti. Var það gert með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið (EESL), sem tóku gildi 1. janúar 1994.¹³⁶

Evrópudómstóllinn hefur mótað regluna um forgangsrátt Evrópuréttar meðal ríkja Evrópusambandsins.¹³⁷ Sambandið lagði á það áherslu í samningum um gerð EES-samningsins að tryggt yrði að EES-reglur hefðu forgang yfir landsrétt samningsríkjanna á sama hátt. Var þetta talið nauðsynlegt til að stuðla að einsleitri og samræmdu framkvæmd við beitingu sameignlegra reglna á efnahagssvæðinu. EFTA ríkin voru þó treg til að framselja

¹³⁵ Sjá t.d. mál C-409/95 Marschall g. Land Nordrhein Westfalen [1997] ECR I-6363

¹³⁶ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 78–79

¹³⁷ Mál 6/64 Costa g. Enel [1964] ECR 585

löggjafarvald sitt og varð niðurstaðan að lokum sú að kveðið var á um skyldu EFTA-ríkjanna til að tryggja að EES-reglur hefðu forgang yfir ákvæði landsréttar með bókun 35 við EES-samninginn um framkvæmd EES-reglna.¹³⁸ Bókun 35 er svohljóðandi:

Þar er með samningi þessum er stefnt að einsleitu Evrópsku efnahagssvæði sem byggist á sameiginlegum reglum, án þess að samningsaðila sé gert að framselja löggjafarvald til stofnana Evrópska efnahagssvæðisins; og þar eð þessum markmiðum verður því að ná með þeirri málsmeðferð sem gildir í hverju landi um sig.

Stök grein

Vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra settra laga, skuldbinda EFTA-ríkin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum.

EFTA-ríki sem byggja á meginreglunni um tvíeðli þjóðarréttar og landsréttar, að Íslandi meðtöldu hafa með bókuninni skuldbundið sig til að tryggja að EES-réttur njóti forgangs fram yfir önnur sett lög þegar þau stangast á. Ríkjunum er þó í sjálfsvald sett með hvaða hætti forgangurinn er tryggður.¹³⁹ Ísland valdi þá leið að fullnægja bókun 35 með ákvæði 3. gr. EESL.¹⁴⁰ Greinin er svohljóðandi: „Skýra skal lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.“

Einsleitni innan ESS-svæðisins þ.e. meðal ríkja EFTA og Evrópusambandsins var ein af meiginforsendum fyrir gerð EES-samningsins. Í meginreglunni um einsleitni felst að sömu reglur skuli gilda innan EES-svæðisins auk þess sem túlkun og beiting þeirra skuli vera samræmd.¹⁴¹ Kveðið er á um meginregluna um einsleitni í 3. gr. EES-samningsins með svohljóðandi ákvæði:

„Samningsaðilar skulu gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningi þessum leiðir. Þeir skulu varast ráðstafanir sem teft geta því í tvísýnu að markmiðum samnings þessa verði náð.“

Í ákvæðinu felast annars vegar jákvæðar skyldur um að grípa til aðgerða sem tryggja að markmiðum um einsleitni verði náð. Hins vegar felast í ákvæðinu neikvæðar skyldur um að

¹³⁸ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 101–102

¹³⁹ sama heimild 13–15

¹⁴⁰ Alþt. 1992-1993, A-deild, þskj. 1062-1. mál, um 3. gr.

¹⁴¹ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 230–231

aðildarríki samningsins skuli forðast ráðstafanir sem ganga gegn markmiðum um einsleitni.¹⁴²

Til að tryggja einsleitni á EES-svæðinu á þeim sviðum sem EES-samningurinn tekur til hafa EFTA-ríkin, að Íslandi meðtöldu einnig skuldbundið sig til að innleiða í landsrétt afleiddan EES-rétt.¹⁴³ Var það gert með 7. gr. EES-samningsins sem er svohljóðandi:

Gerðir sem vísað er til eða er að finna í viðaukum við samning þennan, eða ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar, binda samningsaðila og eru þær eða verða teknar upp í landsrétt sem hér segir:

- a. gerð sem samsvarar reglugerð EBE skal sem slík tekin upp í landsrétt samningsaðila;
- b. gerð sem samsvarar tilskipun EBE skal veita yfirvöldum samningsaðila val um form og aðferð við framkvæmdina.

Tilskipanir Evrópusambandsins er varða meginregluna um jafnrétti hafa verið teknar upp í EES-samninginn með XVIII viðauka samningsins um öryggi og hollustuhætti á vinnustöðum, vinnurétt og jafnrétti kynjanna sbr. 70. gr. EES-samningsins. Samkvæmt 2. gr. EESL er það einungis meginmál samningsins og tilteknir viðaukar og bókanir sem öðlast beint lagagildi á Íslandi. Sökum þess að tilskipanir Evrópusambandsins varðandi meginregluna um jafnræði tilheyra ekki þeim hluta EES-réttar sem öðlast bein lagaáhrif að landsrétti er því nauðsynlegt að innleiða þær með þeim hætti sem kveðið er á um í 7. gr. EES-samningsins til að þær öðlist réttaráhrif hérlendis.¹⁴⁴ Samkvæmt b. lið 7. gr. EES-samningsins hefur Ísland frjálssar hendur varðandi hvernig tilskipanirnar eru innleiddar en það hefur meðal annars verið gert með ákvæðum jafnréttislaga.¹⁴⁵

Rétt er þó að taka fram að ef til vill nýtur meginreglan um jafnrétti nokkurrar sérstöðu í samanburði við aðrar reglur sem teknar hafa verið upp í EES-samninginn, sökum þess að í meginmáli EES-samningsins, sem hefur verið lögfestur, er að finna tvö ákvæði er varða meginregluna. Kann því að vera að meginreglan um jafnrétti hafi nokkuð meira vægi en aðrar EES-reglur. Í 69. gr. samningsins er kveðið á um að tryggja skuli og viðhalda beitingu meginreglunar um jöfn laun karla og kvenna fyrir jafna vinnu. Önnur málsgrein ákvæðisins

¹⁴² sama heimild 233

¹⁴³ sama heimild 86

¹⁴⁴ sama heimild 94

¹⁴⁵ Alþt. 2007-2008, A-deild, þskj. 149-59. mál, sjá athugasemdir við frumvarpið

vísar til XVIII viðauka samningsins, þar sem finna má sértök ákvæði um framkvæmd meginreglunnar. Í 70. gr. EES-samningsins er svo að finna ákvæði um að stuðla skuli að því að meginreglan um jafnrétti verði virt og að hrinda skuli í framkvæmd ákvæðunum, sem tilgreind eru í XVIII viðauka EES-samningsins. Í viðaukanum er meðal annars vísað í eftirfarandi tilskipanir Evrópusambandsins 76/207/EBE,¹⁴⁶ 75/117/EBE¹⁴⁷ og 2002/73/EBE.¹⁴⁸

Fjallað var um þýðingu 69. gr. EESL með tilliti til túlkunar þágildandi jafnréttis laga nr. 28/1991 í Hrd. 2000, 2104. Í rökstuðningi dómsins var meðal annars tekið fram að samkvæmt 3. gr. EESL bæri að skýra innlend lög og reglur til samræmis við EES-samninginn að svo miklu leyti sem við á. Jafnframt vísaði dómurinn til XVIII viðauka samningsins og tilskipunar ráðsins nr. 75/117/EBE í þessu sambandi.

Með vísan til umfjöllunarinnar hér að framan og dóms Hæstaréttar í máli 2000, 2104 má ætla að túlka beri núgildandi jafnræðislög og aðra löggjöf er varðar meginregluna um jafnrétti til samræmis við EES-löggjöf að því leyti sem við á. Forgangsréttir EES-réttar eru því afar mikilvæg þegar kemur að því að meta lögmæti sértækra aðgerða á Íslandi.

7.2 Forgangsréttir Evrópuþingsins

Í 6. gr. EES-samningsins, sem lögfestur var með EESL er kveðið á um fordæmisgildi Evrópuþingsins með svohljóðandi ákvæði:

Með fyrirvara um þróun dómsúrlausna í framtíðinni ber við framkvæmd og beitingu ákvæða samnings þessa að túlka þau í samræmi við úrskurði dómstóls Evrópubandalaganna sem máli skipta og kveðin hafa verið upp fyrir undirritunardag samnings þessa, þó að því tilskildu að þau séu efnislega samhljóða samsvarandi reglum stofnsáttmála Efnahagsbandalags Evrópu og stofnsáttmála Kola- og stálbandalagsins og gerðum sem samþykktar hafa verið vegna beitingar þessara tveggja áttmála.

¹⁴⁶ Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [1976] OJ L 39/40

¹⁴⁷ Directive 75/117/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women [1975] OJ L 45/19

¹⁴⁸ Directive 2002/73/EC of the European parliament and of the Council amending the Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [2002] OJ L 269/15

Af ákvæðinu má lesa að íslenskum dómstólum ber skylda til að taka mið af fordæmum Evrópudómstólsins hvað varðar þá dóma sem fallið hafa fyrir undirritunardag samningsins með tilteknum fyrirvörum og er því ljóst að þeir dómur Evrópudómstólsins, sem féllu fyrir undirritun samningsins hafa fordæmisgildi að íslenskum rétti.

Hvað varðar dóma Evrópudómstólsins sem féllu eftir undirritun EES-samningsins hefur verið litið svo á að þeir hafi sambærilegt fordæmisgildi og fyrri dómur. Byggir sú niðurstaða meðal annars á ákvæðum EES-samningsins um að tryggja einsleita stefnu um málefni samningsins og skuldbindinga Íslands að þjóðarrétti um að efni EES-samningsins skuli veittur forgangsréttur fram yfir innlenda löggjöf. Önnur niðurstaða myndi allu jafna leiða til þess að íslenska ríkið gerðist brotlegt við skuldbindingar sína samkvæmt EES-samningnum og þar með einnig að þjóðarrétti. Hefur með vísan til þessa verið litið svo á að íslenskir dómstólar hafi lítið svigrúm til að víkja frá fordæmum Evrópu,- og EFTA dómstólsins.¹⁴⁹

Með vísan til þess sem fram kom hér að framan er ljóst að dómur Evrópudómstólsins hafa að minnsta kosti eitthvað fordæmisgildi hér á landi. Í þeim tilvikum sem innlend löggjöf er varðar sértækar aðgerðir er í andstöðu við túlkun Evrópudómstólsins á tilskipunum Evrópusambandsins, sem teknar hafa verið inn í EES-samninginn eru því talsverðar líkur á að íslenskir dómstólar muni í úrlausnum sínum líta til fordæma Evrópudómstólsins.

7.3 Íslensk löggjöf um sértækar aðgerðir

Upphaf sértækra aðgerða á Íslandi má rekja nokkuð langt aftur en fyrst var kveðið á um launajöfnuð karla og kvenna með lögum nr. 60/1961 um almennan launajöfnuð kvenna og karla. Lögin byggðu líkt og lesa má úr lagafrumvarpi því sem varð að lögunum, að einhverju leyti á jafnlaunasamþykkt Alþjóðavinnuálagstofnunarinnar (hér eftir ILO), sem Ísland samþykkti árið 1958, fyrst allra norðurlandanna. Lögin kváðu þó á um sömu laun fyrir sams konar störf en ekki fyrir jafn verðmæt störf líkt og í ILO samþykktinni. Þess er getið í greinargerð með lagafrumvarpinu að ástæðan fyrir þessari breytingu var að of flókið væri í framkvæmd að meta verðmæti starfa og að reglan um sömu laun fyrir jafn verðmæt störf myndi því ekki bera erindi sem erfiði.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 329–333

¹⁵⁰ Alþt. 1960-1961, A-deild, þskj. 64-59. mál

Fyrstu íslensku jafnréttislögin voru sett árið 1976 með lögum nr. 78/1976 um jafnstöðu kvenna og karla. Kveðið var á um tilgang laganna í 1. grein þeirra þar sem sagði: „Tilgangur laga þessara er að stuðla að jafnrétti og jafnri stöðu kvenna og karla á öllum sviðum.“. Í lögnum var að finna ýmis ákvæði um að karlar og konur skyldu njóta jafnra tækifæra og jafnrar stöðu við sambærilegar aðstæður. Lögin kváðu þó ekki á um sértækar aðgerðir til að jafna stöðu kynjanna.

Í aríl 1981 skipaði þáverandi félagsmálaráðherra endurskoðunarnefnd með það að meginmarkmiði að gera tillögur að breytingum á jafnréttislögnum. Nefndin átti að taka mið af jafnréttisáætlun SP frá 1980 og norrænu samstarfi á vettvangi jafnréttismála. Í stjórnlagafrumvarpinu, sem þáverandi félagsmálaráðherra lagði fram til breytingar á jafnréttislögnum var ekki að finna ákvæði um sértækar aðgerðir.¹⁵¹ Félagsmálanefnd lagði í álitinu sínu á lögnum til þá breytingu á frumvarpinu að með lögnum yrðu heimilaðar sérstakar tímabundnar aðgerðir, sem ætlaðar væru til að bæta stöðu kvenna og koma á jafnrétti og jafnri stöðu kynjanna. Líkt og lesa má úr nefndarálitinu var þó ekki verið að leggja til að tilteknum aðgerðum yrði beitt heldur var einungis verið að heimila tímabundnar sértækar aðgerðir:

Fyrsta breytingartillagan gerir ráð fyrir að sérstakar tímabundnar aðgerðir, sem ætlaðar eru til að bæta stöðu kvenna til að koma á jafnrétti og jafnri stöðu kynjanna, teljist ekki ganga gegn lögnum. Verði þessi breytingartillaga samþykkt er viðurkennt í lagatexta að slíkar aðgerðir, sem grundvallast á sérstökum ákvörðunum, séu ekki brot á lögnum, en sumir lögfræðingar hafa haldið því fram að gildandi lög heimili slíkar aðgerðir. Með þessari breytingartillögu er ekki verið að leggja til að aðgerðum af þessu tagi sé beitt og sumir flm. tillögunnar eru á móti slíkri tímabundinni mismunun þótt fallist sé á að hún brjóti ekki í bága við lögin. Sambærilegan texta er að finna í „Alþjóðasamningi um afnám alls misréttis gagnvart konum“, sem gerður var í New York 18. desember 1979, en Alþingi samþykkti nýlega heimild fyrir ríkisstjórnina að fullgilda þann samning.¹⁵²

Frumvarpið var síðar samþykkt með breytingartillögnum og ákvæði um sértækar aðgerðir var lögfest með nýjum jafnréttislögum nr. 65/1985, þar sem sagði í 3. grein laganna:

Hvers kyns mismunun eftir kynferði er óheimil. Þó teljast sérstakar tímabundnar aðgerðir, sem ætlaðar eru til að bæta stöðu kvenna til að

¹⁵¹ Alþt. 1984-1985, A-deild, þskj. 48-48. mál

¹⁵² Alþt. 1984-1985, A deild, þskj. 1159-48. mál

koma á jafnrétti og jafnri stöðu kynjanna, ekki ganga gegn lögum þessum. Það telst ekki mismunun að taka sérstakt tillit til kvenna vegna þungunar eða barnsburðar.

Ákvæðið hélst óbreytt í síðari jafnréttislögum nr. 28/1991 og lögum nr. 96/2000, en það tók nokkrum breytingum með nógildandi jafnréttislögum nr. 10/2008. Sú nýbreytni var tekin upp að hugtakið sértækar aðgerðir var í fyrsta sinn skilgreint í lögum sbr. 2. tl. 7. gr. laganna. Jafnframt er nýjung í lögum að sérstaklega er kveðið á um að heimilt sé að veita öðru kyninu tímabundinn forgang til að ná jafnvægi, en ákvæðið er svohljóðandi:

Sértækar aðgerðir: Sérstakar tímabundnar aðgerðir sem ætlað er að bæta stöðu eða auka möguleika kvenna eða karla í því skyni að koma á jafnri stöðu kynjanna á ákveðnu sviði þar sem á annað kynið hallar. Þar getur þurft tímabundið að veita öðru kyninu forgang til að ná jafnvægi.

Sértækar aðgerðir eru nú heimilar skv. 1. mgr. 24. gr. nógildandi jafnréttislaga með vísan til skilgreiningarinnar í 2. tl. 7. gr., með svohljóðandi ákvæði:

Hvers kyns mismunun á grundvelli kyns, hvort heldur bein eða óbein, er óheimil. Þó teljast sértækar aðgerðir ekki ganga gegn lögum þessum. Sama á við ef gild rök mæla með því að ráða til starfa einstakling af ákveðnu kyni vegna hlutlægra þátta er tengjast starfinu. Það telst ekki mismunun að taka sérstakt tillit til kvenna vegna meðgöngu og barnsburðar.

Tilgangur og markmið jafnréttislaganna eru skilgreind í 1. gr. þeirra. Samkvæmt ákvæðinu er markmið laganna að: „...[K]oma á og viðhalda jafnrétti og jöfnum tækifærum kvenna og karla og jafna þannig stöðu kynjanna á öllum sviðum samfélagsins. Allir einstaklingar skulu eiga jafna möguleika á að njóta eigin atorku og þroska hæfileika sína óháð kyni.“ Af ákvæðinu má ráða að tilgangur laganna er í raun þríþættur. Í fyrsta lagi er hann að *koma á og viðhalda jafnrétti*, í öðru lagi að *jafna stöðu kynjanna á öllum sviðum þjóðfélagsins* og í þriðja lagi að *stuðla að því að allir geti notið eigin atorku og þroskað hæfileika sína óháð kyni*.

7.4 Framkvæmd sértækra aðgerða á Íslandi

Í eftirfarandi umfjöllun verður gerð grein fyrir nokkrum af þeim sértæku aðgerðum sem beitt hefur verið hérlandis. Leitast verður við að svara því að hvaða marki þær teljast lögmætar en líkt og fram kom í kafla 7.1 og 7.2 hefur Ísland skuldbundið sig samkvæmt EES-rétti til að samræma löggjöf er varðar meginregluna jafnrétti til samræmis við löggjöf á EES-svæðinu. Með vísan til forgangsáhrifa EES-réttar verða sértækar aðgerðir á Íslandi bornar saman við

regluverk Evrópusambandsins og dómafordæmi Evrópudómstólsins. Meðal annars verður litið til laga um kynjakvóta í stjórnnum fyrirtækja sem lögfestir voru með nýju ákvæði 63. gr. hlutafélagalaga nr. 2/1995 með lögum nr. 13/2010 um breytingu á lögum um hlutafélög og lögum um einkahlutafélög. Jafnframt verður stuttlega farið yfir 15. gr. jafnréttislaga um kynjakvóta þegar skipað er í nefndir, ráð og stjórnir á vegum ríkis og sveitarfélag. Þá verður farið yfir Hrd. 1993, 2230, (mál Helgu Kress) þar sem skapaðist fordæmi fyrir því að þegar val stendur milli tveggja jafn hæfra einstaklinga af gagnstæðu kyni skuli veita konu starfið, ef hún er að minnsta kosti jafn hæf og karlmaðurinn, sem við hana keppir.

7.4.1 Forgangur við stöðuveitingar

Í máli Helgu Kress var deilt um skipun lektors í íslenskum bókmenntum við Heimspekideild Háskóla Íslands. Að mati dómnefndar voru tveir umsækjendur taldir hæfastir til að gegna stöðunni, annar karl en hinn kona. Konan var talin hæfari en karlinn vegna meiri menntunar og víðtækari reynslu af rannsóknum og háskólakennslu. Engu að síður skipaði menntamálaráðherra karlmanninn í stöðuna með vísan til þess að talsvert óhagræði fylgdi því að ráða konuna, þar sem hún gengdi þegar stöðu dósents í almennri bókmenntafræði við Háskóla Íslands. Staðan sem skipað var í væri aðeins tímabundin og af þeim sökum hefði þurft að veita henni tímabundið leyfi úr stöðu sinni og ráða annan í hennar stað. Í undirrétti¹⁵³ byggði stefnandi meðal annars á þeirri málsástæðu að þegar kona, sem sækir um starf er jafn hæf eða hæfari til að gegna starfi en karl, sem veitt er staðan, séu löglíkur fyrir því að um mismunun eftir kynferði sé að ræða og að sönnunarbyrðin fyrir því að svo sé ekki hvíli á atvinnurekandanum. Hæstiréttur vísaði ekki beinlínis til þess í rökstuðningi Hæstaréttar að sönnunarbyrði fyrir þessu atriði hvíli á atvinnurekandanum en gat þess þó að markmið jafnréttislaga væri að stemma stigum við mismunun og að í mörgum tilvikum væri erfitt að sanna að um mismunun hafi verið að ræða. Lögin væru því þýðingarlítill nema að meginreglur jafnréttislaganna væru skýrðar svo að þegar fáar konur eru á starfssviðinu skuli þær njóta forgangs í starf ef þær eru að minnsta kosti jafn hæfar og karlmaður sem við þær keppir. Með fordæminu varð forgangsregla jafnréttislaga til. Reglan felur í sér að þegar val stendur milli tveggja jafnhæfra einstaklinga skuli ráða einstakling af því kyni sem er í

¹⁵³ Dómur bæjarþings Reykjavíkur 23. júní 1990

minnihluta í starfsgreininni. Hefur þessi niðurstaða verið staðfest með síðari dómum Hæstaréttar.¹⁵⁴

Hæstiréttur Íslands fjallaði nánar um sönnunarreglur um hvort kynbundin mismunun hafi átt sér stað í Hrd. 2004, 153. Í rökstuðningi dómsins kom fram að samkvæmt meginreglu vinnuréttar hafi atvinnurekandi frálsar hendur um hvern hann velur til starfa. Valfrelsinu væru hins vegar settar skorður með ákvæði 3. mgr. 24. gr. þágildandi jafnréttis laga nr. 96/2000, þegar einstaklingar af gagnstæðu kyni sækja um sama starfið. Ákvæðið var svohljóðandi:

Ef leiddar eru líkur að beinni eða óbeinni mismunun vegna kynferðis við ráðningu, setningu eða skipun í starf, stöðuhækkun, stöðubreytingar, endurmenntun, starfsþjálfun, námsleyfi, uppsögn, vinnuaðstæður eða vinnuskilyrði skal atvinnurekandi sýna fram á að aðrar ástæður en kynferði hafi legið til grundvallar ákvörðun hans.¹⁵⁵

Hæstiréttur vísaði ekki til þess í rökstuðningi sínum að aðildarríkjum ESB og EES var skylt samkvæmt 3. og 4. gr. tilskipunar ráðsins 97/80/EB (nú 19. gr. tilskipunar ráðsins 2006/54/EB). að innleiða reglur sam kveða á um að sönnunarbyrði hvíli á stefnanda í þeim tilvikum sem vafi leikur á því hvort meginreglan um jafnrétti hafi verið brotin.¹⁵⁶ Hæstiréttur vísaði hins vegar til þess að sönnunarreglan, sem sett var fram í dómnum sé í samræmi við ólögfestar reglur um sönnun í einkamálum fyrir íslenskum dómstólum. Taldi Hæstiréttur því rétt að atvinnurekendur væru almennt látnir bera sönnunarbyrðina fyrir því að aðrar ástæður en kynferði hafi legið til grundvallar ákvörðunar um ráðningu þegar einstaklingar eru jafn hæfir. Í málinu var hins vegar talið ljóst að konan sem sótt hafði um starfið var ekki jafn hæf og karlmaðurinn sem fékk starfið. Af þeim sökum taldi Hæstiréttur að ekki hafi verið um að ræða kynbundna mismunun. Reglan um sönnunarbyrði atvinnurekanda fyrir því að ráðning hafi ekki byggt á kynbundinni mismunun var síðar staðfest í Hrd. 2006, 4891.

Eftir stendur sú spurning hvort sú ívilnun sem felst í forgangsreglunni standist ákvæði jafnréttislaganna og réttarreglur Evrópusambandsins um bann við mismunun. Samkvæmt

¹⁵⁴ Sjá Hrd. 1996, 3760 og Hrd. 1993, 2230 og Hrd. 2006, 4891

¹⁵⁵ Sambærilegt ákvæði er nú að finna í 4. mgr. 26. gr. jafnréttis laga nr. 10/2008

¹⁵⁶ Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex OJ L 14/6 og Directive 2006/54/EC of the European parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) [2006] OJ L 204/23

skilgreiningu jafnréttislaganna á sértækum aðgerðum, sem nú er að finna í 7. tl. 2. gr. þeirra er ljóst að til þess að sértæk aðgerð teljist heimil þarf hún að uppfylla tvö skilyrði. Fyrri skilyrðið er tímaskilyrði sem felur í sér að aðgerðin verður að vera tímabundin. Ótímabundnar eða varanlegar aðgerðir falla því ekki undir skilgreiningu laganna á sértækum aðgerðum. Rétt er að taka fram að Evrópudómstóllinn hefur ekki sett það sem skilyrði að sértækar aðgerðir séu tímabundnar. Hins vegar kann í mörgum tilvikum að vera eðlilegt að gera þá kröfu sökum þess að ef sértæk aðgerð er ótímabundin aukast líkur á að henni sé beitt án þess að undirliggjandi mismunun sé til staðar sem réttlætir aðgerðina. Í öðru lagi felst sú krafa í skilgreiningunni á sértækum aðgerðum að aðgerðin verður að miða að því að bæta stöðu eða auka möguleika annars kynsins í því skyni að jafna stöðu kynjanna á því sviði sem á annað kynið hallar, en þetta skilyrði mætti nefna markmiðisskilyrði.

Af dómafordæmum Hæstaréttar verður ekki skýrlega ráðið hversu lengi forgangsregla jafnréttislaganna skuli gilda. Reglan virðist því ótímabundin, enda hefur ekki verið kveðið á um að beitingu hennar skuli hætt við ákveðið tímamark eða þegar tilteknum markmiðum er náð. Á meðan ekki hefur verið kveðið á um annað verður að líta svo á að forgangsreglan gildi um ókomna framtíð svo fremi sem annað kynið er í minnihluta í starfsgreininni sem um ræðir. Beiting reglu af þessu tagi án tímamarka er varhugaverð sökum þess að lögmæti sértækra aðgerða á Íslandi kann samkvæmt því sem fram kom í kafla 7.1 og 7.2. að velja á fordæmum Evrópudómstólsins. En í máli *Kalanke og Marschall* kom fram lögmæti sértækra aðgerða veltur meðal annars á því hvort þær séu til þess fallnar að leiðrétta fyrir mismunun sem er til staðar og hvort þær séu til þess fallnar að tryggja konum og körlum jöfn tækifæri. Með ótímabundnum forgangsreglum er eðli málsins samkvæmt ávallt hætta á að sú mismunun sem réttlætti regluna í upphafi sé ekki lengur til staðar þegar henni er beitt. Ljóst er af framangreindu að beiting forgangsreglu jafnræðislaganna eins og henni er beitt hér á landi getur verið varhugaverð, þar sem um ótímabundna aðgerð er að ræða.

Markmið forgangsreglunnar sem Hæstiréttur Íslands hefur mótað er bersýnilega sá að þeim er ætlað að jafna stöðu kynjanna á atvinnumarkaði líkt og heimilt er skamkvæmt 2. mgr. 24. gr. núgildandi jafnréttisлага. Vegna forgangsáhrifa EES-réttarins er jafnframt nauðsynlegt að skoða regluna með hliðsjón af dómafordæmum Evrópudómstólsins til að ganga úr skugga um hvort markmið hennar teljist lögmætt. Evrópudómstóllinn hefur líkt og rakið er í 6. kafla, sett fram tiltekin skilyrði fyrir lögmæti forgangsreglna af þessu tagi. Samkvæmt

fordæmunum sem þar eru rakin verður reglan meðal annars að vera til þess fallin að afnema undirliggjandi mismunun og stuðla að jöfnum tækifærum karla og kvenna. Markmið um jöfn hlutföll, hlutfallanna vegna hafa hins vegar ekki verið viðurkennd af Evrópudómstólnum. Erfitt er að lesa úr fordæmum Hæstaréttar Íslands með hvaða hætti er tryggt er að reglan stuðli að jöfnum tækifærum kynjanna, þar sem dómurinn hefur ekki sett fram skilyrði um sveigjanleika eða gert kröfu um að litið sé til aðstæðna hverju sinni líkt og Evrópudómstóllinn hefur gert. Með því að líta til aðstæðna er ekki einungis átt við að nauðsynlegt sé að kanna hæfni einstaklinganna heldur jafnframt það að kanna þurfi hvort aðstæður aðila með tilliti til fjölskylduábyrgðar þeirra séu þess eðlis að forgangsreglan eigi rétt á sér. En samkvæmt fordæmi Evrópudómstólsins í máli *Lommers* eru minni líkur á að sértækar aðgerðir séu réttlætanlegar ef sérstakar ástæður, svo sem fjölskylduábyrgð karlmanns er sambærileg eða meiri en konunnar sem hann keppir við um starf. Í þeim tilvikum sem forgangsreglu jafnréttislaganna er beitt án sveigjanleika og án þess að tekið sé tillitt til aðstæðna umsækjenda hverju sinni eru því veruleg hættu á að beiting reglunnar geti falið sér ólögmeta mismunun á grundvelli kyns.

Vegna forgangsáhrifa EES-réttar og mögulegs fordæmisgildis dóma Evrópudómstólsins að íslenskum rétti er áhugavert er að skoða forgangsreglu jafnréttislaganna með hliðsjón af fordæmum Evrópudómstólsins er varða meginregluna um jafnrétti. Forgangsreglur mega samkvæmt dómstólnum ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til að ná þeim markmiðum sem stefnt er að. Í þessu samhengi er athyglisvert að Hæstiréttur hefur ekki sett fram nein viðmið um við hvaða hlutfall kynjanna skuli hætta að beita forgangsreglu jafnræðislaganna. Rétturinn hefur einungis gefið til kynna að ráða skuli umsækjanda af því kyni sem er í minnihluta á viðkomandi starfssviði, nema atvinnurekandinn geti sannað að val á öðrum umsækjanda grundvallist ekki af kynbundnu misrétti. Verður það vart skilið öðruvísi en að svo fremi sem ekki eru algerlega jöfn hlutföll karla og kvenna skuli ráða einstakling af því kyni sem er í minnihluta. Með hliðsjón af fordæmum Evrópudómstólsins sem reifuð voru í 4. kafla og orðsendingu framkvæmdastjórnarinnar vegna *Kalanke* málsins, þar sem sérstaklega er tekið fram að markmið um 50/50 dreifingu kynjanna á öllum starfssviðum fari fram úr

meðalhófi verður að teljast ólíklegt að forgangsregla jafnréttislaganna standist skilyrði Evrópudómstólsins um meðalhóf.¹⁵⁷

7.4.2 Kynjakvóti jafnréttislaganna

Kynjakvótar voru innleiddir í fyrsta skipti á Íslandi árið 2008 með 15. gr. nógildandi jafnréttisлага með svohljóðandi ákvæði:

Við skipun í nefndir, ráð og stjórnir á vegum ríkis og sveitarfélaga skal þess gætt að hlutfall kynjanna sé sem jafnast og ekki minna en 40% þegar um fleiri en þrjá fulltrúa er að ræða. Þetta gildir einnig um stjórnir opinberra hlutafélaga og fyrirtækja sem ríki eða sveitarfélag er aðaleigandi að.

Þegar tilnefnt er í nefndir, ráð og stjórnir á vegum ríkis og sveitarfélaga skal tilnefna bæði karl og konu. Tilnefningaraðila er heimilt að víkja frá skilyrði 1. máls. Þegar hlutlægar ástæður leiða til þess að ekki er mögulegt að tilnefna bæði karl og konu. Skal tilnefningaraðili þá skýra ástæður þess.

Skipunaraðila er heimilt að víkja frá ákvæði 1. mgr. ef undanþáguheimild 2. mgr. á við.

Í 20. gr. eldri jafnréttisлага nr. 96/2000 var kveðið á um að í nefndum, ráðum og stjórnnum á vegum ríkis og sveitarfélaga, skuli þar sem því verður við komið, sitja sem næst jafn margar konur og karlar. Helsta breytingin frá fyrri lögum er því að nú er beinlínis kveðið á um að hlutföll hvors kyns megi ekki fara undir 40% nema í þeim tilvikum sem hlutlægar réttlætunarástæður eru fyrir hendi.

Ef kvótakerfi jafnréttislaganna eru borið saman við kvótakerfið í máli *Leifs Andersson fyrir* Evrópudómstólnum má sjá að þau eru frábrugðin að því leyti að samkvæmt kvótakerfi jafnréttislaganna er heimilt er að víkja frá skilyrðum um lágmarksfjölda hvors kyns ef hlutlægar ástæður eru fyrir hendi. Evrópudómstóllinn hefur líkt og meðal annars kom fram í máli *Leifs Andersson*, sett það sem skilyrði fyrir beitingu kynjakvóta að kvótarnir séu frávíkjanlegir. Samkvæmt dómnum þarf við beitingu kynjakvóta ávallt að meta persónulegar aðstæður allra aðila og leggja mat á hvort sú ívilnun, sem kvótakerfið veitir sé til þess fallið að leiðrétta fyrir undirliggjandi misrétti og stuðla að efnislegu jafnrétti.¹⁵⁸ Ef jafnréttislögin

¹⁵⁷ Communication from the commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17. October 1995 in Case C-450/93, Kalanke g.Freie Hansestadt Bremen, [1995] COM(96) 88 final

¹⁵⁸ Mál C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g.Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539

eru lesin með hliðsjón af frumvarpi því, sem varð að jafnréttislögum má sjá í athugasemdum um 15. gr. að undantekningarákvæðið um lágmarksfjölda hvers kyns virðist ekki ætlað til þess að leggja mat á sérstakar aðstæður aðila í því skyni að meta hvort ívilnunin, sem felst í kvótakerfum sé til þess fallin að leiðrétta fyrir undirliggjandi mismunun líkt og Evrópudómstóllinn hefur sett sem skilyrði fyrir beitingu kynjakvóta. Ákvæðið virðist heldur vera einungis vera ætlað til þess að heimila frávik í þeim tilvikum sem ekki er mögulegt að skipa eða tilnefna bæði karl og konu. Til dæmis þegar um er að ræða félagasamtök sem eru nær eingöngu af öðru kyninu, svo sem hjá Kvenfélagi Íslands og Kvenréttindafélagi Íslands.¹⁵⁹

Samkvæmt Evrópudómstólnum þurfa kvótakerfi alltaf að stefna að lögmætu markmiði líkt og áréttað var í máli *Leifs Andersson*, þar sem fram kom að markmið með sértækum aðgerðum væri að ná fram *efnislegu jafnrétti* fremur en *formlegu jafnrétti* og takmarka misrétti í reynd með því að veða upp fyrir misrétti, sem einstaklingar af fámennara kyninu glíma við.¹⁶⁰ Þá kom fram í máli *Kalanke* að reglur sem miða að því einu að tryggja höfðatölujafnrétti milli kynjanna samræmast ekki meginreglunni um jafnrétti, nema í þeim tilvikum sem aðgerðirnar eru jafnframt til þess fallnar að tryggja konum og körlum jöfn tækifæri í reynd.¹⁶¹ Áhugavert er að skoða ákvæði jafnréttislaganna um kynjakvóta með hliðsjón af orðum dómsins því að ákvæðið um kynjakvóta virðist ekki miða að öðru markmiði en því að ná tilteknum fyrir fram ákveðnum kynjahlutföllum. Vel kann að vera að þegar kvótakerfi jafnréttislaganna var lögfest hafi verið til staðar undirliggjandi kynbundin mismunun sem eðlilegt er að leiðrétta fyrir með kynjakvótum og að svo verði jafnvel eitthvað lengur. Hins vegar er erfitt að greina með hvaða hætti kvótakerfið er til þess fallið að stuðla að efnislegu jafnrétti og leiðrétta fyrir mismunun í reynd. Sem dæmi má nefna að kvótakerfið er kynlaust og veitir því konum jafnt sem körlum forgang eftir því hver hlutföll kynjanna eru fyrir. Eðlilegt er því að spyrja sig hvort verið sé að leiðrétta fyrir kynbundna mismunun og stuðla að jöfnum tækifærum kynjanna í þeim tilvikum sem karlmanni er veittur forgangur á grundvelli jafnréttislaganna.

¹⁵⁹ Alþt. 2007-2008, A-deild, þskj. 149-59. mál

¹⁶⁰ Mál C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g.Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539, mgr. 48

¹⁶¹ Mál C-450/93 Kalanke g.Bremen [1995] ECR I-3051 mgr. 20-24

Þá má velta upp þeirri spurningu hvort réttlætanlegt sé að beita kynjakvótum með þessum hætti til þess að ná fram höfðatölujafnrétti, án þess að litið sé til hæfni eða verðleika einstaklinganna sem hlut eiga að máli. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hefur í þessu sambandi haldið því fram að í auknum mæli sé viðurkennt að sértækar aðgerðir miði ekki einungis að því að ná fram jafnræði, heldur einnig að því að nýta þau verðmæti sem felast í starfskröftum kvenna.¹⁶² Umdeilanlegt er þó hvort rökfærslan um nýtingu starfskrafta sé tæk til að réttlæta sértækar aðgerðir ein og óstudd eða hvort þeim skuli einungis beitt í þeim tilvikum sem þær stuðla jafnframt að efnislegu jafnrétti. Ástæðan er sú að í þeim tilvikum sem sértækar aðgerðir grundvallast einungis á nýtingarsjónarmiðum, án þess að gætt sé að því hvort aðgerðirnar séu jafnframt til þess fallnar að stuðla að efnislegu jafnrétti er óhjákvæmilegt að mönnum sé mismunað í einhverjum tilvikum. Þegar nýtingarrökin ein eru lögð til grundvallar sértækum aðgerðum er því ljóst að hagsmunir heildarinnar eru látnir vega þyngra en réttur einstaklingsins til jafnra tækifæra óháð kyni.

Með vísan til framangreinds verður að teljast ólíklegt að 15. gr. jafnréttislaganna standist þau skilyrði sem Evrópudómstóllinn hefur sett fram um beitingu sértækra aðgerða meðal annars sökum þess að ekki fer fram mat á hæfni eða sérstökum aðstæðum einstaklinganna sem í hlut eiga auk þess sem aðgerðirnar virðast ekki miða að því að jafna tækifæri manna.¹⁶³ Þá er einnig umhugsunarvert að ákvæði jafnréttislaganna um kvótakerfi er ótímabundið. En samkvæmt 7. tl. 2. gr. sbr. 2. mgr. 24. gr. jafnréttislaganna er eitt af skilyrðunum fyrir lögmæti sértækra aðgerða að þær séu tímabundnar.

7.4.3 Kynjakvóti dönsku jafnréttislaganna

Í dönsku jafnréttislögunum er einnig að finna ákvæði um að í nefndir og stjórnir á vegum ríkisins skuli vera jafnvægi milli kynjanna (*d. ligelig sammensætning af kvinder og mænd*) en ekki er kveðið á um kynjakvóta líkt og í íslensku lögunum. Hins vegar er kveðið á um að stjórnvöld skuli setja viðmið um þau markmið sem lögunum er ætlað að ná.¹⁶⁴ Í framkvæmd hefur verið miðað við að hlutfall annars kynsins megi ekki fara undir 40 prósent.¹⁶⁵ Í dönsku

¹⁶² Communication from the commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17. October 1995 in Case C-450/93, Kalanke g. Freie Hansestadt Bremen, [1995] COM(96) 88 final

¹⁶³ Sjá m.a. mál C-409/95 Marschall g. Land Nordrhein Westfalen [1997] ECR I-6363 og C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539

¹⁶⁴ LBKG 2007-09-19 nr 1095 Ligestillingsloven

¹⁶⁵ Ruth Nielsen, „Gennemgang af ligestillingsloven“ (Ministeriet for Ligestilling og Kirke.), mgr. 47

jafnréttislögunum er jafnframt kveðið á um að heimilt sé að víkja frá reglunni um jafnvægi kynjanna ef sérstakar ástæður réttlæta það.¹⁶⁶ Ef marka má umsögn Ruth Nielsen, um ákvæðið er það þó ekki ætlað til þess að litið sé til hæfni einstaklinga við mat á sérstöku aðstæðum, heldur einungis að litið sé til þess hvort hvort hlutlægar ástæður réttlæti ójafna stöðu kynjanna.¹⁶⁷ Dönsku lögin virðast þó líklegri en þau íslensku til að standast skilyrði Evrópudómstólsins um sveigjanleika meðal annars vegna þess að þar ekki er beinlínis kveðið á um kynjakvóta. Bæði íslensku og dönsku lögin um hlutföll kynjanna í nefndum og stjórnnum virðast þó hafa það að aðal markmiði að jafna hlutföll kynjanna en ekki að tryggja að karlar og konur njóti jafna tækifæra við val á fulltrúum.

7.4.3.1 Kynjakvótar hlutafélagalaganna

Kynjakvótar hafa einnig verið lögfestir með 63. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög og 39. gr. laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög. Var það gert með lögum nr. 13/2010 um breytingu á lögum um hlutafélög og lögum um einkahlutafélög. Ákvæði hlutafélagalaganna eru efnislega samhljóða, en til einföldunar mun eftirfarandi umfjöllun taka mið af ákvæði 1. mgr. 63. gr. hlutafélagalaganna, sem er svohljóðandi:

Í stjórn hlutafélags skulu eiga sæti fæst þrjú menn. Í stjórnnum opinberra hlutafélaga og hlutafélaga þar sem starfa fleiri en 50 starfsmenn að jafnaði á ársgrundvelli skal hvort kyn eiga fulltrúa í stjórn þegar stjórn er skipuð þremur mönnum og þegar stjórnarmenn eru fleiri en þrjú í slíkum félögum skal tryggt að hlutfall hvors kyns sé ekki lægra en 40%. Sama gildir um kynjahlutföll meðal varamanna í slíkum félögum en hlutföllin í stjórn og varastjórn skulu þó í heild vera sem jöfnust. Náist ekki viðhlítandi niðurstaða má samþykka nauðsynlega breytingu með nýrri ákvörðun hluthafafundar en ákvæði um þetta efni skal taka upp í samþykktir félags. Í tilkynningum um stjórnir til hlutafélagaskrár skal sundurliða upplýsingar um hlutföll kynjanna í stjórn. Í hlutafélögum, þar sem starfa fleiri en 25 starfsmenn að jafnaði á ársgrundvelli, skal jafnframt sundurliða upplýsingar um hlutföll kynjanna meðal starfsmanna og stjórnenda félagsins.

Ef ákvæðið er skoðað er ljóst að það stenst ekki tímaskilyrði jafnréttislaganna um sértækar aðgerðir, sem sett er fram í 7. tl. 2. gr. laganna, sökum þess að um er að ræða *ótímabundna* aðgerð. Mismunun sem á sér stað á grundvelli hlutafélagalaganna verður því ekki réttlætt með ákvæðum jafnréttislaganna um sértækar aðgerðir. Jafnframt vantar nokkuð upp á að

¹⁶⁶ LBKG 2007-09-19 nr. 1095 Ligestillingsloven

¹⁶⁷ Ruth Nielsen, „Gennemgang af ligestillingsloven“ (Ministeriet for Ligestilling og Kirke.), mgr. 37

ákvæðið standist skilyrði Evrópudómstólsins um lögmæti sértækra aðgerða. Í fyrsta lagi er vekur það upp spurningar að ákvæðið er *ótímabundið* en samkvæmt fordæmum Evrópudómstólsins, sem reifuð voru í 4. kafla er það grundvallarskilyrði fyrir beitingu sértækra aðgerða að þær séu til þess fallnar að jafna tækifæri manna og vega upp fyrir undirliggjandi mismunum. Með ótímabundnum aðgerðum af þessu tagi er alltaf sú hættu til staðar að aðgerðinni verði beitt þrátt fyrir að engin mismunun sé til staðar. Í ljósi forgangsáhrifa EES-réttar og fordæmisgildis Evrópudómstólsins að íslenskum rétti kann því að felast ólögmæt beiting í aðgerðunum þegar ekki er til staðar undirliggjandi mismunun. Í öðru lagi er hvergi í hlutafélagalögum gert ráð fyrir því að litið skuli sérstaklega til hæfni þeirra sem skipaðir eru í stjórnir fyrirtækja með tilliti til kynjakvótanna. Í máli *Kalanke*, var vísað til máls *framkvæmdastjórnarinnar gegn Frakklandi* varðandi það að undantekningarákvæði 4. mgr. 2. gr. tilskipunar 76/207/EBE er sérstaklega og eingöngu hannað með það fyrir augum að heimila sértækar aðgerðir sem virðast fela í sér mismunun en eru í reynd til þess fallnar að eyða mismunun í samfélaginu.¹⁶⁸ Vegna þess að kvótakerfið tekur ekki tillit til hæfni manna og veitir einstaklingum af öðru kyninu *sjálfkrafa og skilyrðislausan* forgang er ljóst að kerfið byggir ekki á skýrum og ótvíræðum viðmiðum um að koma í veg fyrir eða bæta upp fyrir ójöfnuð tilvonandi stjórnarmanna. Forgang af þessu tagi hefur Evrópudómstóllinn talið óhóflegan og úr samræmi við þau markmið sem stefnt er að með sértækum aðgerðum.¹⁶⁹ Sjálfkrafa og skilyrðislaus forgangur annars kynsins verður með öðrum orðum ekki réttlættur með sértækum aðgerðum vegna þess að hann getur í eðli sínu ekki verið til þess fallinn að stuðla að jöfnum tækifærum kynjanna í sérhverju tilviki. Til að svo megi vera þarf ávallt þarf að fara fram hlutlægt mat þar sem tekið er mið af persónulegum aðstæðum þeirra sem hlut eiga að máli. Forgangur í störf á grundvelli kyns skal þannig falla niður ef aðgerðin er ekki til þess fallin að eyða undirliggjandi mismunum.¹⁷⁰

Evrópudómstóllinn hefur hingað til litið svo á að ósveigjanleg kvótakerfi, þar sem ekki er litið til hæfni einstaklinga í sérhverju tilviki og aðstæðna að öðru leyti feli í sér ólögmæta mismunun á grundvelli kyns sem ekki stenst undanþáguákvæði tilskipunar nr. 76/207/EBE.¹⁷¹ Ef marka má hversu langt Hæstiréttur gekk í að túlka 69. gr. EES-samningsins

¹⁶⁸ Mál C-450/93 Kalanke g. Bremen [1995] ECR I-3051, mgr. 18

¹⁶⁹ Mál C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539, mgr 48

¹⁷⁰ Mál C-409/95 Marschall g. Land Nordrhein Westfallen [1997] ECR I-6363, mgr. 35

¹⁷¹ Mál C-450/93 Kalanke g. Bremen [1995] ECR I-3051, mgr. 17

til samræmis við EES-rétt í Hrd. 2000, 2104 verður að teljast miklar líkur á því að kynjakvótar hlutafélagalaganna feli í sér ólögmetna mismunun á grundvelli kyns. Byggir sú niðurstaða á því að kvótakerfið er ósveigjanlegt og felur í sér *sjálfkrafa forgang* á grundvelli kyns án þess að litið sé til aðstæðna að öðru leyti.

7.4.4 Aðgerðir vegna barneigna

Fæðingarorlofið er eitt af þeim vopnum sem notað hefur verið til þess að jafna hlut karla og kvenna, þótt það hafi í fyrstu aðeins ætlað til þess að vernda heilsu kvenna sem störfuðu í iðnaði. Fyrsti vísirinn að fæðingarorlofi kvenna kom í íslenska löggjöf með almannatryggingalögum nr. 50/1946. Það var þó ekki fyrr en 1. janúar 1976 sem konum á almennum markaði var með lögum tryggður réttur til fæðingarorlofs, en það var gert með lögum nr. 56/1975 um breytingu á lögum nr. 57/1973 um atvinnuleysistryggingar (fæðingarorlof), með ákvæði um að allar konur, sem forfölluðust frá vinnu vegna barnsburðar, skyldu njóta greiðslna frá atvinnuleysistryggingasjóði í 90 daga.¹⁷² Samkvæmt athugasemdum með frumvarpinu sem lagt var fyrir þingið og síðar var samþykkt með smávægilegum breytingum var markmiðið með lögnum fyrst og fremst að tryggja heilsu nýfæddra barna og mæðra þeirra.¹⁷³ Aftur var gerð breyting á fæðingarorlofinu árið 1980 með lögum nr. 97/1980 um breytingu á lagaákvæði um fæðingarorlof með breytingu á 16. gr. þágildandi laga um almannatryggingar nr. 67/1971.¹⁷⁴ Ein helsta breytingin sem var innleidd með lögnum var að í fyrsta skipti var kveðið á um að fæðingarorlof væri réttur foreldra, en ekki einungis mæðra. Faðir átti samkvæmt lögnum allt að mánaðar orlofsrétt, sem var háður samþykki móður.¹⁷⁵ Ákvæðið um fæðingarorlof karla hafði þrátt fyrir þetta litla sem enga þýðingu því árið 1995 var enn aðeins um 0,1% íslenskra karlmannna sem tóku fæðingarorlof.¹⁷⁶ Þrátt fyrir að markmið fæðingarorlofsins hafi í upphafi einungis verið að vernda heilsu móður og barns¹⁷⁷ má fullyrða að með innleiðingu þess engu að síður var stigið skref í átt að því að auka möguleika kvenna til að vinna utan heimilis og þar með stuðla að jafnari tækifærum kynjanna á atvinnumarkaði.

¹⁷² Alþt. 1974-1975 A-deild, þskj. 826-220 mál

¹⁷³ Alþt. 1974-1975, A-deild, þskj. 414-220 mál

¹⁷⁴ Alþt. 1980-1981, A-deild, þskj. 364-147. mál

¹⁷⁵ sama heimild

¹⁷⁶ Fríða Rós Valdimarsdóttir, „Þróun löggjafar um fæðingarorlof á Norðurlöndum og reynsla þjóðanna“ (Jafnréttisstofa 2005) 31

¹⁷⁷ sama heimild 8

Með Hrd. 1998, 500 var skorið úr um að ólögmaett væri að synja karlmanni um töku fæðingarorlofs í einn mánuð af samtals sex mánaða orlofstíma á þeim grundvelli að fæðingarorlof væri einungis ætlað konum. Í dómsorði benti rétturinn á að samkvæmt lögskýringargögnum væri hlutverk fæðingarorlofs tvíþætt, annars vegar að móðir geti náð sér eftir barnsburð og hins vegar að foreldrar fái tækifæri til að annast barn sitt fyrstu mánuði ævinnar. Á grundvelli þess að langt var um liðið frá fæðingu barnsins (rúmlega fjórir mánuðir) taldi dómurinn að mismununin sem fólst í synjuninni yrði ekki réttlættur með hlutlægum sjónarmiðum og að því væri um að ræða brot á jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar. Hvað þetta varðar tók dómurinn sérstaklega fram að lokamálsliður 3. gr. þágildandi jafnréttis laga nr. 28/1991 um að ekki teldist mismunun að taka sérstakt tillit til kvenna vegna þungunar eða barnsburðar ætti ekki við sökum þess hversu langt væri liðið frá fæðingu barnsins. Af dómnum má ráða að vegna eðlis barnsburðar og þeirrar staðreyndar að einungis konur bera börn er heimilt að veita mæðrum einum fæðingarorlof í tiltekinn tíma á meðan þær glíma við líkamlegar afleiðingar barnsburðar. Hins vegar virðist óheimilt að skilyrða fæðingarorlof við móðurina eftir að hún hefur jafnað sig líkamlega af fæðingunni. Dómurinn reifaði þó ekki þann möguleika að markmið fæðingarorlofs gæti verið að samræma þær skyldur sem lagðar eru á herðar foreldra í starfi og fjölskyldulífi.

Evrópuráðið gaf árið 1996 út tilskipun 96/34/EB¹⁷⁸ um rammasamninginn um foreldraorlof sem UNICE, CEEP og ETUC höfðu gert (tilskipun um foreldraorlof). Markmiðið með tilskipuninni var að knýja aðildarríkin til að knýja koma í framkvæmd rammasamningi um foreldraorlof sem gerður var 14. desember 1995 sem gerður var milli samtakanna UNICE, CEEP og ETUC.¹⁷⁹ En jafnframt að gera körlum og konum kleift að samræma þær skyldur sem þeim eru lagðar á herðar í starfi og fjölskyldulífi. Með tilskipuninni var ríkjum sambandsins að Stóra-Bretlandi og Norður-Írlandi undanskildu meðal annars gert að samþykkja nauðsynleg lög og stjórnvaldfyrirmæli til að uppfylla rammasamninginn um foreldraorlof. Tveir fyrstu töluliðirnir í 2. ákvæði rammasamningsins, sem kveður á um foreldraorlof er svohljóðandi:

¹⁷⁸ Council directive 96/34/EC on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC [1996] OJ L 145/4

¹⁷⁹ UNICE (Samtök evrópskra iðn- og atvinnurekenda), CEEP (Evrópusamtök fyrirtækja með opinbera eignaraðild) og ETUC (Evrópusamban verkalýðsfélaga)

... 1. Þessi samningur veitir, með fyrirvara um 2. tölul. 2. ákvæðis, launþegum, bæði körlum og konum, einstaklingsbundinn rétt til foreldraorlofs vegna fæðingar eða ættleiðingar barns til að gera þeim kleift að annast barnið í að minnsta kosti þrjú mánuði upp að nánar tilteknum aldri, sem getur verið allt að átta árum, sem aðildarríki og/eða aðilar vinnumarkaðarins ákveða.

2. Til að stuðla að jöfnum tækifærum og jafnræði karla og kvenna álíta aðilar samningsins að veita ætti rétt til foreldraorlofs, sem kveðið er á um í 1. tölul. 2. ákvæðis, að meginreglu til án framsalsheimildar. ...

Við setningu núgildandi laga um fæðingar- og foreldraorlof nr. 95/2000 (lög um fæðingarorlof) var tekið mið af tilskipun Evrópusambandsins um foreldraorlof. Jafnframt var horft til þess að með aukinni atvinnuþáttöku kvenna og breittum viðhorfum til verkaskiptingar karla og kvenna í samfélaginu væri rétt að beita fæðingarorlofinu til þess að stuðla að samspili fjölskyldu- og atvinnulífs með því að tryggja körlum og konum jafnan rétt til fæðingarorlofs.¹⁸⁰ Í 2. gr. núgildandi laga um fæðingarorlof er kveðið á um tvíþætt markmið þeirra. Fyrra markmiðið er að tryggja barni samvistir við báða foreldra, en það síðara að gera bæði konum og körlum kleift að samræma fjölskyldu- og atvinnulíf. Með 1. mgr. 8. gr. laganna var jafnframt í fyrsta skipti kveðið á um að hvort foreldri um sig á sjálfstæðan þriggja mánaða rétt til fæðingarorlofs, sem samkvæmt bráðabyrgðaákvæði X. kafla laganna stendur til að lengja orlofið í þrepum upp í fimm mánuði frá og með 1. janúar 2016. Þá eiga foreldrar samkvæmt 8. gr. laganna jafnframt sameiginlegan rétt, sem þeir geta ráðstafað að vild.

Frá og með gildistöku laganna er ljóst að fæðingarorlofið gegnir margþættu hlutverki. Líkt og áður hefur móðir tíma til að jafna sig eftir barnsburð. Þá fela þau í sér aðgerð sem veitir konum aukna möguleika á að vinna launaða vinnu utan heimilis. Með tilkomu feðraorlofsins hafa þau jafnframt þann tilgang að auka tækifæri karlmanna inni á heimilinu. En tilgangurinn með því að veita karlmönnum fæðingarorlof er í raun tvíþættur. Annars vegar að karlmenn geti notið samvistar við börn sín og hins vegar að jafna stöðu kynjanna á vinnumarkaði.¹⁸¹

Rétt er að nefna að núgildandi ákvæði fæðingarorlofslaganna um fæðingarorlof falla ekki undir skilgreiningu jafnréttislaganna á sértækum aðgerðum, vegna þess að ekki er um að

¹⁸⁰ Alþt. 1990-2000, A-deild, þskj 1065-623. mál

¹⁸¹ Fríða Rós Valdimarsdóttir, „Þróun löggjafar um fæðingarorlof á Norðurlöndum og reynsla þjóðanna“ (Jafnréttisstofa 2005) 5–6

ræða tímabundna aðgerð líkt og gerð er krafa um í 7. tl. 2. gr. nógildandi jafnréttisлага. Þá falla aðgerðirnar tæpast undir þær aðgerðir sem Evrópudómstóllinn hefur fjallað um í sambandi við undanþáguákvæði 4. mgr. 2. gr. reglugerðar 76/207/EBE um framkvæmd meginreglunnar um jafnrétti vegna þess að lögin fela ekki í sér aðgerðir sem virðast fela í sér mismunun á grunvelli kyns. Engu að síður má segja að foreldraorlofið feli í sér sértæka aðgerð samanber þann skilning sem framkvæmdastjórn Evrópusambandsins lagði í hugtakið í orðsendingu sinni vegna Kalanke málsins, þar sem fram kom að sértæk aðgerð væri eins konar yfirhugtak yfir allar þær aðgerðir sem hafa það að markmiði að vinna gegn áhrifum sem mismunun í fortíðinni hefur valdið, eyða mismunun sem er til staðar og stuðlar að jöfnum tækifærum milli karla og kvenna. Gera verður ráð fyrir að þrátt fyrir að sértækar aðgerðir séu ótímabundnar geti þær átt rétt á sér ef tilteknar réttlættingarástæður eru fyrir hendi, svo sem ef fyrirsjáanlegt er að undirliggjandi ójafnræði muni eiga sér stað um ókomna tíð ef beitingu aðgerðanna verður hætt. En hætta á því er vissulega fyrir hendi þegar kemur að barnsburði kvenna.

Fæðingarorlof einungis ætlað konum gæti talist í þeim flokki sértækra aðgerða sem falla undir undantekningarákvæði 4. mgr. 2. gr. reglugerðar 76/207/EBE. Fæðingarorlof kvenna er með öðrum orðum afar líklegt til að falla undir þann flokk aðgerða sem taldar hafa verið lögmætar af Evrópudómstólnum vegna þess að um er að ræða aðgerð sem er í reynd til þess fallin að eyða eða takmarka mismunun í samfélaginu þrátt fyrir að hún virðist fela í sér mismunun.¹⁸² Nánar tiltekið er um að ræða aðgerð sem fellur undir annan flokk sértækra aðgerða samkvæmt flokkuninni sem framkvæmdastjórn Evrópusambandsins lagði fram í orðsendingu sinni.¹⁸³ Samkvæmt dómi Hæstaréttar í máli nr. 208/1997 þarf þó að gæta að því að hlutlæg réttlættingarsjónarmið eigi við þegar konum einum er veitt slík sérmeðferð.

7.4.5 Kvennastyrkir

Velferðarráðherra úthlutaði 35 milljónum króna í styrki til atvinnumála kvenna á árinu 2013. Styrkirnir voru ætlaðir konum sem vinna að góðum viðskiptahugmyndum og verkefnum. Skilyrði fyrir styrkveitingum voru þau að verkefnin væru í eigu kvenna og fælu í sér nýnæmi eða nýsköpun. Konur gátu sótt um styrki til gerðar viðskiptaáætlanna, vegna

¹⁸² Commission g.France [1988] ECR 6315, mgr. 15

¹⁸³ Communication from the commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17. October 1995 in Case C-450/93, Kalanke g.Freie Hansestadt Bremen, [1995] COM(96) 88 final

markaðsetningar, vöruþróunar, hönnunar og launakostnaðar. En styrkir voru ekki veittir til framkvæmda eða stofnkostnaðar. Sérstökum kvennastyrkjum sem þessum hefur verið úthlutað allt frá árinu 1991, þegar að Jóhanna Sigurðardóttir, þáverandi félagsmálaráðherra hóf að veita kvennastyrki.¹⁸⁴

Áhugavert er að skoða kvennastyrkina með hliðsjón af orðum Gunnars G. Schram um að það teljist brot á jafnræðisreglunni, sem nú hefur verið lögfest í 65. gr. stjórnarskrárinnar, að veita tilteknum hópum sérstök réttindi fram yfir aðra.¹⁸⁵ Kvennastyrkir af þessu tagi geta því falið í sér að einstaklingum vinna að viðsiptahugmyndum og nýsköpun er mismunað á grundvelli kynferðis sökum þess að karlmenn hafa ekki færi á að sækja um styrkina.

Líkt og reifað hefur verið í fjórða kafla hér að framan að framan verða allar undantekningar frá jafnræðisreglunni, þar sem greinarmunur sem gerður á einstaklingum út frá persónueinkennum þeirra að vera byggður á lögmætum og málefnalegum forsendum til að brjóta ekki í bága við jafnræðisregluna.¹⁸⁶ Rökin sem sett hafa verið fram fyrir sérstökum kvennastyrkjum eru meðal annars að þeir séu til þess fallnir að auka fjölbreytni í atvinnulífinu.¹⁸⁷ Ætla má að þeim sé jafnframt ætlað að veita konum aukin tækifæri í fyrirækjarekstri og leiðréttu undirliggjandi ójafnræði meðal kynjanna í tilteknum atvinnugreinum. Allar líkur eru því á að í eðli sínu séu aðgerðirnar af því tagi sem teljast lögmætar með hliðsjón af jafnréttislögunum og dómafordæmum Evrópudómstólsins.

Í máli *Lommers* fyrir Evrópudómstólnum var þó sett var fram sú regla ívilnanir til kvenna, sem eru til þess fallnar að þær njóti jafnra tækifæra á atvinnumarkaði á við karlmenn verða að uppfylla skilyrði um sveigjanleika. Skilyrðið felur í sér að ívilnunin má ekki vera svo fortakslaus að karlmenn séu *sjálfkrafa útilokaðir* frá því að fá sambærilega ívilnun og konur.¹⁸⁸ Með öðrum orðum verður ávallt að meta alla umsækjendur af báðum kynjum og líta til aðstæðna hvers og eins. Karlmaður sem glímir við sömu vandamál og almennt einkennir þau atriði sem valda því að konur njóta ekki jafnra tækifæra á við karlmenn til atvinnu ætti því samkvæmt fordæmi dómstólsins að eiga jafnan rétt til kvennastyrkjanna og

¹⁸⁴ „Úthlutun 35 milljóna króna í styrki til atvinnumála kvenna“ (*Velferðarráðuneytið*, 4. apríl 2013) <<http://www.velferdarraduneyti.is/frettir-vel/nr/33805>> skoðað 26. september 2013

¹⁸⁵ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 473

¹⁸⁶ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 41

¹⁸⁷ „Úthlutun 35 milljóna króna í styrki til atvinnumála kvenna“ (*Velferðarráðuneytið*, 4. apríl 2013) <<http://www.velferdarraduneyti.is/frettir-vel/nr/33805>> skoðað 26. september 2013

¹⁸⁸ Mál C-476/99 H. Lommers g. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij [2002]

konur. Undir þetta gætu meðal annars fallið einstæður feður og aðrir karlmenn sem gegna ríkum skyldum innan heimilisins. Á meðan karlmenn eru sjálfkrafa útilokaði frá umsóknarferlinu án þess að tekið sé tillit til sérstakra aðstæðna þeirra er því ljóst að kvennastyrkir velferðarráðherra standast ekki skilyrði Evrópudómstólsins um sveigjanleika.

8. Réttlætning sértækra aðgerða

8.1 Tvenns konar hugmyndafræði?

Halda má fram að í raun sé til staðar tvenns konar hugmyndafræði um í hvaða tilgangi og með hvaða hætti sé réttlætanlegt að beita sértækum aðgerðum. Annars vegar er það hugmyndafræðin sem lögð hefur verið fram í dómum og löggjöf Evrópusambandsins um að einungis sé réttlætanlegt að beita sértækum aðgerðum í þeim tilvikum sem þær víkja ekki frá jafnræðisreglunni og stuðla að *jöfnum tækifærum í sérhverju tilviki (e. equality of opportunity)*. Hins vegar hugmyndafræðin um að réttlætanlegt sé að beita sértækum aðgerðum, sem víkja frá jafnræðisreglunni til að ná jöfnuði meðal fólks, svo sem *jöfnum hlutföllum eða jafnari hlutföllum kynjanna eða kynþátta (e. equality of outcome)*.¹⁸⁹

Í áliti leiðsögumansins í máli *Kalanke*, sem reifað var hér að framan er gerð nokkuð ítarleg grein fyrir hugmyndafræðinni um að sértækar aðgerðir skuli í sérhverju tilviki stuðla að jöfnum tækifærum og að ekki megi víkja frá efnislegu jafnrétti við beitingu þeirra. Nefnir hann regluna *meginregluna um efnislegt jafnrétti*. Evrópudómstóllinn hefur í grunninn stuðst við sambærilega hugmyndafræði og þá sem leiðsögumaðurinn gerði grein fyrir en hún felur í sér að heimilt er að víkja frá *formlegu jafnrétti* og meðhöndla fólk á mismunandi hátt að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Eitt af þessum skilyrðum er að aðgerðirnar verða að miða að því að eyða áhrifum þeirra þátta sem stuðla að ójafnri stöðu manna *í sérhvert skipti sem þeim er beitt*. Aðgerðirnar þurfa því í hverju tilviki að fela í sér að menn njóti *jafnra eða jafnari tækifæra* eftir beitingu aðgerðanna heldur en áður. Hér undir falla meðal annars aðgerðir sem stuðla að því að jafna ábyrgð karla og kvenna innan heimilisins og í atvinnulífinu. Þeir sem aðhyllast þessa hugmyndafræði telja einnig rétt að leiðrétta undirliggjandi mismunun með því að ívilna mönnum og veita þeim forgang fram yfir aðra, en þó einungis í þeim tilvikum sem það er til þess fallið að færa öllum sem keppa að sama marki

¹⁸⁹ Sjá umfjöllun um skilgreiningarnar í Milton og Rose Friedman, „Free to choose“ í *Justice a reader* (Michael J. Sandel, Oxford university press 2007) 49–60

jafnari tækifæri en ella. Grundvallarforsenda þess að hægt sé að meta hvort aðgerðirnar þjóni þessum markmiðum er að við beitingu sértækra aðgerða fari fram hlutlægt mat á aðstæðum, þar sem gengið er úr skugga um að aðgerðin sé til þess fallin að jafna stöðu þeirra sem hlut eiga að máli. Ef ekki er gætt að þessu atriði brýtur beiting sértækra aðgerða samkvæmt fordæmum Evrópudómstólsins í bága við meginregluna um jafnræði meðal annars vegna þess að ómögulegt er að fullyrða að beiting þeirra hafi verið til þess fallin að jafna tækifæri manna í reynd. Endanlegt markmið aðgerða af þessu tagi er þó samkvæmt álitni leiðsögumansins í máli *Kalanke* ávallt að stuðla að og ná fram raunverulegu jafnrétti. Með raunverulegu jafnrétti er átt við að aðstæður, þar sem engin undirliggjandi mismunun er til staðar og allir njóta jafnra tækifæra óháð persónueinkennum. Þegar markmiðinu er náð verður öll ívilnun á grundvelli persónueinkenna óheimil sökum þess að réttlættingarástæðurnar fyrir þeim eru ekki lengur til staðar. Ef engin mismunun er til staðar verða aðgerðir, sem til þess fallnar að jafna hlutföll fólks á grundvelli persónueinkanna því óheimilar sökum þess að ekkert undirliggjandi misrétti réttlætir aðgerðina. Ójöfn hlutföll eru samkvæmt hugmyndum leiðsögumansins ekki endilega nægileg ástæða til þess að réttlæta sértækar aðgerðir, þar sem margir þættir, svo sem áhugasvið eða ólíkur bakgrunnur fólks getur verið þess valdandi að karlar og konur eða svartir og hvítir velja sér mismunandi starfssvið. Þrátt fyrir að reglur af þessu tagi hafi það ekki beinlínis að markmiði að jafna hlutföll kynjanna innan starfsstétta geta reglur af þessu tagi þrátt fyrir allt verið líklegar til þess að jafna hlutföll kynjanna eða kynþátta af þeirri ástæðu að þær miða af því að útrýma undirliggjandi misrétti sem hefur í sumum tilvikum orðið þess valdandi að skekkja hlutföll kynjanna eða kynþátta í ákveðnum starfsstéttum.

Evrópuþingurinn virðist fylgja hugmyndinni um að hugtakið jafnrétti feli í sér að allir menn skulu njóta jafnra tækifæra. Sú hugmyndafræði var jafnframt lögð í hugtakið þegar það var ritað í sjálfstæðisyfirlýsingu Bandaríkjanna en þar kemur meðal annars fram að allir menn séu skapaðir jafnir og að þeir skuli njóta tiltekinna ófrávíkjanlegra réttinda svo sem rétt til lífs, frelsis og leitar að hamingju.¹⁹⁰ Jafnrétti manna er eitt af þeim ófrávíkjanlegu réttindum sem talin eru heyra undir sjálfstæðisyfirlýsinguna. En með hugtakinu hefur verið skýrt á þá leið að í því felist að allir menn skuli njóta jafnra tækifæra en ekki jafnra gæða. Hlutverk jafnræðisreglunnar sé þannig ætlað að gera mönnum kleift að nýta mismunandi getu sína til

¹⁹⁰ Declaration of Independence 1776

fulls og veita einstaklingum með ólík gildi, hæfileika og þarfir tækifæri að hámarka tækifæri sín án afskipta þeirra sem hafa annað gildismat.¹⁹¹

Aðrir telja að rétt sé að beita sértækum aðgerðum til að ná öðrum markmiðum, svo sem jafnari skiptingu gæða. Sértækar aðgerðir séu þannig réttlætanlegar ef þær þjóna þessu markmiði óháð því hvort menn njóti ávallt jafnra tækifæra í sérhverju tilviki. Ýmsum rökum hefur verið beitt til að réttlæta sértækum aðgerðir af þessum toga. Sem dæmi má nefna að Þorgerður Einarsdóttir hefur haldið því fram að höfðatölujafnrétti, þar sem jöfn hlutföll kynjanna innan starfsstétta sé nauðsynleg forsenda fyrir efnislegu jafnrétti. Réttlætir hún afstöðu sína með kynjakvótum og öðrum sértækum aðgerðir, sem miða að því að ná tilteknum hlutföllum kynjanna með þeim rökum að þær séu nauðsynlegar til þess að endurskilgreina ráðandi kerfi og grafa undan forréttindum tiltekinna hópa.¹⁹² Lilja Mósésdóttir hagfræðingur og einn af nefndarmönnum viðskiptanefndar Alþingis, sem lagði til að kynjakvótar yrðu innleiddir í hlutfélagalög á Íslandi,¹⁹³ hefur einnig fært rök fyrir sértækum aðgerðum, sem líta ekki til þess hvort jafnræðis sé gætt í sérhverju tilviki við beitingu þeirra. Hún hefur meðal annars fært þau rök fyrir kynjakvótum í stjórnnum fyrirtækja, þar sem kyninu í minnihluta er veittur skilyrðislaus forgangur, að þeir séu nauðsynlegir bæði til að tryggja að mismunandi skoðanir komi fram og að gagnrýnin hugsun liggja til grundvallar ákvarðanatöku í atvinnulífinu. Í þessu samhengi hefur hún bent á að einsleitni fyrirtækja hafi átt þátt í hruni bankakerfisins. Enn fremur telur hún að kynjakvótar í stjórnnum fyrirtækja séu mikilvægir til að stuðla að jöfnum völdum karla og kvenna í atvinnulífinu.¹⁹⁴ Sjá má á af framangreindu að talsmenn kynjakvóta færa ýmis önnur rök fyrir nauðsyn þeirra en að þau stuðli að jöfnum tækifærum í sérhverju tilviki og jafnvel líta algerlega framhjá því hvort jafnræðisreglan kunni í einhverjum tilvikum að verða brotin við beitingu aðgerðanna.

Að sjálfsögðu er þó misjafnt hversu langt menn vilja ganga í átt að jöfnum hlutföllum kynjanna, en dæmin sýna að þeir sem lengst vilja ganga eru reiðubúnir að beita

¹⁹¹ Milton og Rose Friedman, „Free to choose“ í *Justice a reader* (Michael J. Sandel, Oxford university press 2007) 50–52

¹⁹² Þorgerður Einarsdóttir, „Aumingjahjálpi eða afbygging á umframvaldi? : um sértækar aðgerðir, jákvæða mismunun og kvóta“ *Rannsóknir í félagsvísindum VIII* (Gunnar Þór Jóhannesson, félagsvísindadeild 2007) 400

¹⁹³ Alþt. 2009-2010, A-deild, þskj. 427-71. mál

¹⁹⁴ Lilja Mósésdóttir, „Sértækar leiðir til að jafna völd karla og kvenna í atvinnulífinu“ (*Jafnréttisstofa*) <<http://www.jafnretti.is/jafnretti/?D10cID=ReadArticle3&ID=54&CI=0>> skoðað 11. október 2013

„jákvæðri“ mismunun til að ná fyrir fram skilgreindum markmiðum um jafnrétti.¹⁹⁵ Þeir sem styðja þessa hugmyndafræði virðast ólíkt leiðsögumanninum í máli *Kalanke* stundum ganga út frá því sem vissu að jöfn hlutföll kynjanna í tilteknum starfsgreinum sé einhvers konar mælistika á árangur í jafnréttisstarfi. Því jafnari sem hlutföllin séu, því meira jafnrétti sé til staðar.¹⁹⁶

Rökfærsla þeirra aðhyllast þessa hugmyndafræði um að jafnrétti felist í útkomunni eða heildar afleiðingum aðgerðanna virðist byggja á nytjastefnu (*e. utilitarianism*), sem felur í sér að svo fremi sem afleiðingar aðgerðanna eru í heildina litið jákvæðar skipti ekki máli þó að í einhverjum tilvikum hafi beiting hennar neikvæð áhrif.¹⁹⁷ Þeir sem aðhyllast þessa hugmyndafræði eru þannig reiðubúnir til þess að víkja frá meginreglunni um jafnrétti og þar með mismuna einstaklingum í einhverjum tilvikum ef aðgerðirnar í heild eru til þess fallnar að ná fram jöfnum hlutföllum kynjanna eða öðrum fyrir fram skilgreindum markmiðum, svo sem að jafna völd karla og kvenna líkt og Lilja Mósesdóttir hefur fjallað um í grein sinni um kynjakvóta hlutafélagalaganna. Þegar þessari hugmyndafræði er beitt víkja mannréttindi einhverra einstaklinga óhákvæmilega fyrir hagsmunum þeirra sem góðs eiga að njóta af aðgerðunum. Endanlegt mat á því hvort sértækar aðgerðar séu réttlætanager byggja þar af leiðandi á hagsmunamati á því hvort vegur þyngra, hagsmunir einstaklingsins af því að njóta jafnréttis eða hagsmunir heildarinnar af því að ná fram því markmiði sem stefnt er að með aðgerðunum.

Því hefur verið haldið fram að þegar afsláttur er gefinn af mannréttindum sumra í þágu mannréttinda annarra sé siðferði og mannréttindi orðin að talnaleyk fremur en grundvallarreglum. Grundvallarreglum sé með því kastað á glæ fyrir reikningsdæmi um hvaða aðferð skilar bestri niðurstöðu fyrir heildina.¹⁹⁸ Þeir sem andvígir eru þessari aðferðafræði hafa bent á að ekki sé rétt að miða ákvarðanatöku um grundvallarréttindi manna út frá þeim afleiðingum, sem þær kunna að hafa í för með sér. Ávallt verði að hafa grunnildin að leiðarljósi við ákvarðanatöku í sérhverju tilviki. Ákvörðun um hvort eitthvað

¹⁹⁵ Sjá t.d. málsatvik í máli C-407/98 Mál C-407/98 Katarina Abrahamsson og Leif Andersson g. Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I 5539

¹⁹⁶ Sjá t.d. Þorgerður Einarsdóttir og Guðbjörg Lilja Hjartardóttir, „Stjórnsmál og stjórnsýsla veftímarit“ 5 (1), *Kynjaskekkja í stjórnsmálum, Breytingar og áhrifaþættir*

¹⁹⁷ Jón Á. Kalmansson, „Nytsemi og skilningur“ (Hugur, 2005), 1(17), 48-64

¹⁹⁸ Wendy MvElroy, „The Myth of the Greater Good“ (*Laissez faire club*, 8. nóvember 2013) <<http://lfb.org/today/the-myth-of-the-greater-good/>> skoðað 11. maí 2013

er rétt eða rangt verði því ávallt að byggjast á þeim siðferðislegu gildum sem menn hafa í hjarta sínu en ekki afleiðingum gjörðanna. Þannig sé til dæmis siðferðislega rangt að kasta saklausum manni fyrir járnbrautarteina jafnvel þó það verði til þess að bjarga lífi fimm annarra. Menn verði einfaldlega að leita annarra leiða til að ná fram vænlegri niðurstöðu.¹⁹⁹ Hugmyndafræðin um að heildarhagsmunir vegi þyngra en hagsmunir einstaklingsins þegar kemur að mannréttindum og jafnræðisreglunni felur eins og sjá má í sér siðferðislega klemmu. Sem dæmi má spyrja sig hvernig er hægt að réttlæta að vikið sé frá jafnræðisreglunni í tilviki A til að B njóti jafnræðis og ef það er gert hvaða menn njóta þá jafnréttis, ef einhverjir og hver á að ákveða í hverju jafnrétti felst?

8.2 Hverjum gagnast sértækar aðgerðir?

Gagnrýnendur sértækra aðgerða á grundvelli persónueinkenna, svo sem kynþáttar hafa bent á að þær geti verið varasamar því þær gagnist ekki þeim sem raunverulega þurfa á sértækum aðgerðum að halda. Sem dæmi hefur því verið haldið fram að sértækar aðgerðir í Bandaríkjunum, sem miða að því að auka hlut svartra í háskólum landsins hjálpi í raun ekki þeim sem glímt hafi við skert tækifæri vegna mismununar. Þeir blökkumenn sem sækja um háskólanám séu flestir komnir af millistéttarfólki sem allflestir hafa alist upp við svipaðar aðstæður og tækifæri og aðrir hvítir keppinautar um pláss í háskólum landsins. Að veita svörtum forgang fram yfir hvíta umsækjendur á grundvelli mismununar sem átti sér stað í fortíðinni sé því ekkert annað en ólöglegt mismunun á grundvelli kynþáttar sem standist ekki almennar jafnræðisreglur. Af þessum sökum sé rangt að byggja sértækar aðgerðir á því hvaða hópi manna þeir tilheyra. Réttara sé að miða þær af sérhverjum einstaklingi og því hvort hann hafi í reynd orðið fyrir mismunun sem réttlætir að hann njóti ívilnunar.²⁰⁰

Sú hugmyndafræði að rétt sé að beita sértækum aðgerðum til að ná fram tilteknum hlutföllum er þó alls ekki óþekkt og hefur hún meðal annars verið notuð af Háskólum í Bandaríkjunum. Meðal annars hefur verið talið réttlætanlegt að beita sértækum aðgerðum sem grundvölluðust nær eingöngu á þeim tilgangi að auka hlut svartra í bandarískum háskólum til að auka fjölbreytni meðal nemenda í skólunum.²⁰¹ Slík rökfærsla kann að vera góð og gild en stærri spurning er hins vegar hvort að slíkar aðgerðir megi fela í sér

¹⁹⁹ Jón Á. Kalmansson, „Nytsemi og skilningur“ (Hugur, 2005), 1(17)

²⁰⁰ Howard Ball, *The Bakke case* (University press of Kansas 2000) 14

²⁰¹ *Grutter v. Bollinger* [2003] US 593 306

mismunun. Ef marka dóma Hæstaréttar Bandaríkjanna, sérstaklega í máli *Parents gegn Seattle School District*,²⁰² sem reifaður var hér að framan virðist sem ívilnanir einungis á grundvelli þess að menn tilheyri ákveðnum hópum verði með tímanum síður líklegar til að teljast lögmætar.

Evrópudómstóllinn hefur með fordæmum sínum sem reifuð eru hér að framan lagt þá línu að sértækar aðgerðir verði í reynd að vera einstaklingsmiðaðar. Það eitt að tilheyra ákveðnum hópi eða kyni hefur ekki verið talin nægileg ástæða ein og sér til að réttlæta að sértækum aðgerðum sé beitt. Af þeim sökum skal ávallt að fara fram hlutlægt mat á aðstæðum hverju sinni, áður en aðgerðinni er beitt.²⁰³ Hvað varðar sértækar aðgerðir á Íslandi er umhugsunarefni í sumum tilvikum virðast þær ekki miða að því að jafna tækifæri manna líkt og meðal annars kom fram í umfjöllun hér að framan um kynjakvóta hlutafélagalaganna.

9. Ályktanir

Lögmæti sértækra aðgerða snýst í nær öllum tilvikum um hvort þær séu þess eðlis að þær brjóti gegn jafnræðisreglunni. Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur glímt við þá spurningu á hvaða forsendum og með hvaða hætti er heimilt að beita sértækum aðgerðum vegna uppruna eða kynþáttar allt frá árinu 1978. Dómurinn hefur í mörgum tilvikum talið sértækar aðgerðir heimilar en lagt fram nokkur skilyrði fyrir beitingu þeirra. Meðal annars að þær þurfi að standast „stranga rýni“, sem felur meðal annars í sér að aðgerðirnar verða að miða að *lögmætu markmiði* og að gæta verður *meðalhófs* við beitingu þeirra. Enn ríkir þó nokkur óvissa þar í landi um með hvaða hætti og í hvaða tilgangi sértækar aðgerðir teljast lögmætar og hversu langt fram í framtíðina réttlætanlegt verður að beita þeim. Miðað við þróun dóma dómstólsins sem reifaðir voru hér að framan er þó fyrirsjáanlegt að líkur á lögmæti sértækra aðgerða vegna uppruna eða kynþáttar fara minnkandi eftir því sem lengra líður frá lokum aðskilnaðarstefnunnar.

Evrópudómstóllinn hefur glímt við svipaðar spurningar og Hæstiréttur Bandaríkjanna um lögmæti sértækra aðgerða, sem snúa að kynferði manna og sett fram nokkuð ströng skilyrði fyrir beitingu þeirra. Til að mynda hefur dómstóllinn mótað þá reglu að beiting sértækra

²⁰² Parents involved in community schools, petitioner v. Seattle school district no. 1 [2007] US 551 701

²⁰³ Mál C-409/95 Marschall g. Land Nordrhein Westfalen [1997] ECR I-6363, mgr. 35

aðgerða þarf að hafa það að markmiði að jafna tækifæri manna í sérhverju tilviki sem þeim er beitt. Af þeim sökum verður að skoða beitingu aðgerðanna í sérhverju tilviki og leggja hlutlægt mat á aðstæður hverju sinni áður en þeim er beitt. Meðal annars til þess að tryggja gagnsæi þeirra og ganga úr skugga um að aðgerðin sé fallin til að veita mönnum jöfn tækifæri í reynd.

Innan Evrópusambandsins og ríkja EES eru skiptar skoðanir um hvort Evrópudómstóllinn hafi sett sértækum aðgerðum of ströng skilyrði með fordæmum sínum. Fyrrum forsætisráðherra Noregs gekk til dæmis svo langt að lýsa því opinberlega yfir að Noregur muni ekki hlíta þeim takmörkunum sem Evrópudómstóllinn hefur sett með fordæmum sínum, vegna þess að það myndi skemma fyrir áralangri jafnréttisbaráttu landsins.²⁰⁴

Af áætlunum framkvæmdastjórnarinnar um að lögleiða kvótakerfi, þar sem kveðið er á um 40% lágmarkshlutföll innan stjórna fyrirtækja má ráða að meðlimir framkvæmdastjórnarinnar vilja ganga nokkuð lengra með sértækum aðgerðum en Evrópudómstóllinn hefur hingað til talið heimilt. Kynjakvótarnir sem framkvæmdastjórnin hugðist í fyrstu setja virðast hafa verið svo afdráttarlausir að þeir hreinlega gangi á skjön við fordæmi Evrópudómstólsins um sértækar aðgerðir.²⁰⁵ Áætlanir framkvæmdastjórnarinnar um kynjakvóta hafa verið umdeildar og mætt harðri andstöðu frá níu aðildarþjóðum Evrópusambandsins og er því óvíst hvort löggjöf um kynjakvóta verði að veruleika innan sambandsins í framtíðinni.²⁰⁶

Gerð hefur verið gerð grein fyrir þeim ólíku sjónarmiðum sem gilda um sértækar aðgerðir til að ná fram *jöfnum tækifærum í sérhverju tilviki* og svo hinum sem miða að því að ná fram *tilteknu fyrir fram skilgreindu markmiði*. Sett var fram sú spurning hvort siðferðilega réttlætlanlegt sé að víkja frá jafnræðisreglunni til að ná tilteknum markmiðum sem oft eru tengd við jafnrétti. Þeirri spurningu verður ekki svarað hér en hins vegar hafa verið færð rök

²⁰⁴ Gerard O'Dwyer, „Court voids law to aid women“ (Chicago tribune, 28. janúar 1996) <http://articles.chicagotribune.com/1996-01-28/features/9601280410_1_ecj-ruling-european-court> skoðað 11. nóvember 2013

²⁰⁵ „EU is forced to abandon plans for women to take 40% of company board seats after lawyers argue quota would be illegal“ (Daily mail, 23. nóvember 2012) Mail online <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2221905/EU-drops-plan-force-companies-allot-40-cent-board-seats-women-lawyers-argue-strict-quotas-illegal.html>> skoðað 22. nóvember 2013

²⁰⁶ Eder Von Florian, „Frauenquote in der EU steht vor dem Aus“ (Die Welt, 26. júlí 2013) <<http://www.welt.de/wirtschaft/article118412204/Frauenquote-in-der-EU-steht-vor-dem-Aus.html>> skoðað 22. nóvember 2013

fyrir þeim siðferðilegu vandamálum sem kunna að felast í beitingu slíkra aðgerða auk þess sem sýnt var fram á að Evrópudómstóllinn hefur hingað til talið þær ólögmætar nema að þær stuðli jafnframt að jöfnum tækifærum manna í sérhverju tilviki.

Fáir dómar eru til þar sem Hæstiréttur Íslands hefur fjallað um lögmæti sértækra aðgerða en með því að bera þær aðgerðir sem beitt hefur verið hérlendis saman við dómafordæmi Evrópudómstólsins hefur verið sýnt fram á að hér á landi skortir sumum tilvikum upp á að öll skilyrði Evrópudómstólsins fyrir lögmæti þeirra séu uppfyllt. Vegna forgangsáhrifa EES-réttar felur það jafnframt í sér að veruleg hættu er á að beiting aðgerðanna brjóti í bága við 65. gr. stjórnarskrárinnar. Kynjakvótar hlutafélagalaganna og sérstakir kvennastyrkir eru dæmi um sértækar aðgerðir þar sem ekki virðist hafa verið gætt að því hvort aðgerðirnar uppfylli skilyrði Evrópudómstólsins. Við beitingu þessara aðgerða er ekki gert ráð fyrir að tekið sé tillit til sérstakra aðstæðna, svo sem fjölskylduábyrgðar eða gengið úr skugga um með öðrum hætti að aðgerðirnar tryggji að einstaklingar að gagnstæðu kyni njóti jafnra tækifæra í sérhverju tilviki. Raunar er athyglisvert hvað skilyrði Evrópudómstólsins hafa verið lítið áberandi í íslenskri umræðu um sértækar aðgerðir og ekki síður við lagasetningu. Hérlendis virðist sú stefna að í sumum tilvikum hafa orðið ofan á að rétt sé að beita sértækum aðgerðum til að jafna hlutföll eða stöðu kynjanna án þess að gengið sé úr skugga um að aðgerðirnar séu til þess fallnar að tryggja kynjunum jöfn tækifæri í sérhverju tilviki.

Hæstiréttur Íslands hefur mótað forgangsreglu jafnréttislaganna um að þegar tveir jafn hæfir einstaklingar af gagnstæðu kyni sækja um sömu stöðu skuli ráða einstakling af því kyni sem er í minni hluta í starfsstéttinni. Sökum þess að reglan hefur verið mótuð af dómstólum er framkvæmd hennar nokkuð óskýr. Hæstiréttur hefur þó sett fram þá reglu að í þeim tilvikum sem tveir jafn hæfir einstaklingar af gagnstæðu kyni sækja um sama starf sé það atvinnurekandans að sýna fram á að aðrar ástæður en kynferði hafi legið til grundvallar ráðningu. Reglan um sönnunarbyrði atvinnurekenda er þó varla nægileg til að uppfylla skilyrði Evrópudómstólsins um að fara þurfi fram mat á sérstökum aðstæðum hverju sinni meðal annars með tilliti til fjölskylduábyrgðar umsækjenda. Í þeim tilvikum sem forgangsreglu jafnréttislaganna er beitt án þess að tekið sé tillit til sérstakra aðstæðna hverju sinni er hættu á að beiting forgangsreglunnar feli í sér ólögmæta mismunun samkvæmt þeim viðmiðum sem Evrópudómstóllinn hefur sett fram. Sömu sögu er að segja í þeim tilvikum sem forgangsreglunni er beitt þegar hlutföll kynjanna eru nokkuð jöfn í þeirri

starfsgrein sem um ræðir, en þá er líklegt að forgangsreglan brjóti í bága við meðalhóf. Auðvelt væri að bæta úr óskýrleika forgangsreglunnar með lagasetningu, sem tryggir að þegar forgangsreglunni er beitt skuli taka tillit til þessara þátta og ganga úr skugga um að beiting hennar feli í sér að einstaklingar af gagnstæðu kyni njóti jafnra tækifæra í reynd.

10. Lokaorð

Jafnræðisreglan er ein af þeim grundvallar mannréttindum sem nýtur verndar af stjórnarskránni og er í raun grundvallarregla sem stendur að baki öllum öðrum mannréttindum. Sérstækar aðgerðir geta í mörgum tilfellum verið til þess fallnar að styrkja jafnræðisregluna og tryggja að einstaklingar njóti jafnra tækifæra líkt og þeim var ætlað. Með óljósum reglum um sérstækar aðgerðir og óvarlegri beitingu þeirra er þó ljóst að talsverð hættu er á að notkun þeirra getur snúist upp í andhverfu sína og falið í sér ólögsmæta mismunun, sem brýtur í bága við 65. gr. stjórnarskrárinnar.

Höfundur telur þá þróun sem orðið hefur héraendis við beitingu sérstakra aðgerða í þá átt að þær séu notaðar til að ná tilteknum markmiðum, svo sem jöfnum hlutföllum eða til að stuðla að betri nýtingu mannauðs nokkuð varasama. Á það sérstaklega við í þeim tilvikum þar sem þeim er ekki jafnframt ætlað að jafna tækifæri manna í sérhverju tilviki. Með slíkum aðgerðum getur ávallt skapast sú hættu að sérstökum aðgerðum verði beitt til að þjóna tilteknum hagsmunum, sem eiga lítið skylt við jafnrétti. Þá dregur höfundur í efa að markmið um jöfn hlutföll séu best til þess fallin að tryggja jafnrétti. Jöfn hlutföll og jafnrétti kunna líkt og fram kom í sérálitum Scalia í máli *Johnson gegn Transportation Agency*²⁰⁷ í raun að vera tvö ósamrýmanleg markmið. Í þeim tilvikum sem sérstökum aðgerðum er beitt með skilyrðislausum forgangi til að jafna hlutföll kynja eða kynþátta er hættu á að niðurstaðan verði aldrei annað en sýndarjafnrétti, sem náðst hefur fram með aðgerðum þar sem ráðist er á afleiðingu en ekki orsök vandans.

Sökum þess að nokkur hættu er á að sérstækar aðgerðir geti falið í sér ólögsmæta mismunun telur höfundur mikilvægt að hafa í huga orð Evrópudómstólsins í máli *framkvæmdastjórnarinnar gegn Frakklandi*,²⁰⁸ þar sem fram kom að undantekningar frá meginreglunni um jafnræði voru hannaðar með það fyrir augum að heimila sérstækar

²⁰⁷ Johnson g. Transportation Agency [1987] US 480 616

²⁰⁸ Commission g. France [1988] ECR 6315, mgr. 15

aðgerðir sem virðast fela í sér mismunun en eru í reynd til þess fallnar að eyða eða takmarka mismunun í samfélaginu.

Höfundur telur jafnframt nauðsynlegt að skerpt verði á lagareglum um beitingu sértækra aðgerða hér á landi með tilliti til þeirra viðmiða sem Evrópudómstóllinn hefur sett með fordæmum sínum. Þannig geta sértækar aðgerðir orðið frábært tól sem ræðst á rót vandans og eyðir mismunun í reynd.

Heimildaskrá

„EU is forced to abandon plans for women to take 40% of company board seats after lawyers argue quota would be illegal“ (*Daily mail*, 23. nóvember 2012) <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2221905/EU-drops-plan-force-companies-allot-40-cent-board-seats-women-lawyers-argue-strict-quotas-illegal.html>> skoðað 22. nóvember 2012.

„European Union Court Ruling Limits Job Preference for Women“ (*Ny times*, 18. október 2013) <<http://www.nytimes.com/1995/10/18/world/european-union-court-ruling-limits-job-preference-for-women.html>> skoðað 14. október 2013.

„Legislative, Executive and Judicial Development of Affirmative Action, Washigton“ (U.S. Commission on Civil Rights, Office of the General Counsel mars 1995).

„Lyndon B. Johnson, „Commencement Address at Howard University:„ To Fulfill These Rights““ (*Address at Howard University, Washington D.C.*, 4. júní 1965)“ <<http://caho-test.cc.columbia.edu/ps/10124.html>> skoðað 24. september 2013.

„Member countries of the European Union“ (*European Union*) <<http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/>> skoðað 10. október 2013.

„Úthlutun 35 milljóna króna í styrki til atvinnumála kvenna“ (*Velferðarráðuneytið*, 4. apríl 2013) <<http://www.velferdarraduneyti.is/frettir-vel/nr/33805>> skoðað 26. september 2013.

„Wilson WJ, „Race-Neutral Programs and the Democratic Coalition“ (1990) 1 *The American Prospect* 74-81.“.

„Women on Boards: Commission proposes 40% objective“ (*Press releases database*, 14. nóvember 2012) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1205_en.htm> skoðað 22. nóvember 2013.

Ball, H., *The Bakke case* (University press of Kansas 2000).

Björgvinsson, D. Þ., *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006).

Communication from the commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17. October 1995 in Case C-450/93, Kalanke g.Freie Hansestadt Bremen, [1995] COM(96) 88 final

Einarsdóttir, Þ., „Aumingjahjálpi eða afbygging á umframvaldi? : um sértækar aðgerðir, jákvæða mismunun og kvóta“ *Rannsóknir í félagsvísindum VIII* (Gunnar Þór Jóhannesson, félagsvísindadeild 2007), 391.

Þorgerður Einarsdóttir og Guðbjörg Lilja Hjartardóttir, „Stjórnsmál og stjórnsýsla vef tímarit“ 5 (1), Kynjaskekkja í stjórnsmálum, breytingar og áhrifaþættir.

Florian, E. Von, „Frauenquote in der EU steht vor dem Aus“ (*Die Welt*, 26. júlí 2013) <<http://www.welt.de/wirtschaft/article118412204/Frauenquote-in-der-EU-steht-vor-dem-Aus.html>> skoðað 22. nóvember 2013.

Gutierrez-Jones, C., *The History of Affirmative Action* (www.acad.fcps.org, 1995) <<http://acad.fcps.org/ss/puch/apps/readings/froomkin.pdf>> skoðað 20. september 2013.

Hauffe, U, Social policy: Experts call for EU treaty to address equal opportunities (Europolitics, 5. ágúst 1996) <<http://www.europolitics.info/social-policy-experts-call-for-eu-treaty-to-address-equal-opportunities-artr170434-25.html>> skoðað 11. desember 2013.

Hreinsson, P., „Litróf jafnræðisreglna“ í Afmælisrit til heiðurs Gunnari G. Schram sjötugum, 20. febrúar 2001 (2002).

Kalmansson, J. Á., „Nytsemi og skilningur“ (*Hugur*, 2005), 1(17), 48-64.

Krstić, I., „Affirmative action in the United States and the European union: Comparison and analysis“ (2003) 1 (7), Law and politics 825–843, 827.

Líndal, S. og Magnússon, S., *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011).

M. Cahn, S., *The affirmative action debate* (Steven M. Cahn, Routledge 1995).

Milton og Friedman, R., „Free to choose“ í *Justice a reader* (Michael Jp Sandel, Oxford university press 2007), 49.

Mósesdóttir, L., „Sértækar leiðir til að jafna völd karla og kvenna í atvinnulífinu“ (Jafnréttisstofa) <<http://www.jafnretti.is/jafnretti/?D10cID=ReadArticle3&ID=54&CI=0>> skoðað 11. október 2013.

MvElroy, W., „The Myth of the Greater Good“ (*Laissez faire club*, 8. nóvember 2013) <<http://lfb.org/today/the-myth-of-the-greater-good/>> skoðað 11. maí 2013.

Nielsen, N., „Reding wants EU law imposing gender quotas“ (*Euobserver*, 9. apríl 2012) <<http://euobserver.com/social/117416>> skoðað 22. nóvember 2013.

Nielsen, R., „Gennemgang af ligestillingsloven“ (Ministeriet for Ligestilling og Kirke.).

O'Dwyer, G., „Court voids law to aid women“ (*Chicago tribune*, 28. janúar 1996) <http://articles.chicagotribune.com/1996-01-28/features/9601280410_1_ecj-ruling-european-court> skoðað 11. nóvember 2013.

Schram, G. G., *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999).

Steiner, J. og Woods, L., *EU law 10th edition* (Oxford University Press 2009).

Thorarensen, B., *Stjórnskipunarréttur mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008).

Valdimarsdóttir, F. R., „Próun löggjafar um fæðingarorlof á Norðurlöndum og reynsla þjóðanna“ (*Jafnréttisstofa* 2005).