

Yfirlit yfir dóma um bann við mismunun frá Mannréttindadómstól Evrópu og Evrópudómstólnum.

Evrópusambandið og Evrópuráðið hafa bæði það markmið að berjast gegn mismunun. Þau hafa skapað mikið regluverk, sem hefur mótast af dómstólum þeirra, Evrópudómstólnum og (ED) Mannréttindadómstól Evrópu (MDE). Regluverkið hefur þróast mikið á báðum þessum vettvöngum en eru að mörgu leyti sambærilegt. Ennfremur má nefna að öll 27 ríki Evrópusambandsins eru aðilar að Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) ásamt 20 öðrum ríkjum og eftir samþykkt Lissabon sáttmálans er aðild Evrópusambandsins sjálfs að MSE á dagskrá.

ESB hefur samþykkt vítt svið reglna sem að allar miða að því að koma í veg fyrir mismunun. Í 13. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins (SUSE) felst heimild til handa stofnunum ESB „að grípa til viðeigandi ráðstafana til að berjast gegn mismunun vegna kyns, kynþáttar eða etnis, trúar eða lífsskoðana, fötlunar, aldurs eða kynhneigðar“. Þannig hafa Evrópusambandið og Evrópuráðið samþykkt nokkrar tilskipanir til þess að innleiða meginregluna um jafna meðferð með banni við mismunun vegna kyns, (Tilskipun um kynjajafnrétti nr. 2006/54/EC og tilskipun (um að hrinda í framkvæmd reglunni um jafnan aðgang kvenna og karla að félagslegu öryggi) nr. 79/7/EES frá 19. desember 1978), kynþáttar (Kynþáttatilskipunin nr. 2000/43/EC) eða aldurs, fötlunar, trúar eða lífsskoðana og kynhneigðar (vinnustaðatilskipunin nr. 2000/78/EC).

Þessar tilskipanir gilda aðeins innan ramma löggjafar ESB og þeirra málefna sem að hún nær til. Vinnustaðatilskipunin gildir aðeins um mál er snerta atvinnu og vinnuaðstæður, á meðan kynjatilskipunin gildir um aðgang að félagslegri aðstoð. Kynþáttatilskipunin gildir svo um aðgang að vörum og þjónustu ásamt aðgangi að húsnæði.

Þrátt fyrir að ESB hafi skapað tæmandi lista yfir mismununar ástæður hefur MDE hvorki útilokað kröfur settar fram um mismunun á grundvelli sem ekki kemur fram í lögum og reglum né hefur hann takmarkað aðgang að réttinum við ákveðin svið s.s. atvinnu eða aðgengi að félagslegri þjónustu. Hinsvegar gildir 14. gr. MSE aðeins um bann við mismunun á öðrum réttindum sem að samningurinn tryggir. Ákvæðið er svohljóðandi „*Réttindi þau og frelsi, sem lýst er í samningi þessum, skulu tryggð án nokkurs manngreinarálits, svo sem vegna kynferðis, kynþáttar, litarháttar, tungu, trúarbragða, stjórn mála- eða annarra skoðana, þjóðernis eða þjóðfélagsstöðu, tengsla við þjóðernisminnihluta, eigna, uppruna eða annarrar stöðu.*“. Af þeim sökum er gildissvið jafnræðisreglu samningsins takmarkað.

Ákvæði 1. gr. 12. viðauka við MSE, samþykkt 4. nóvember 2000 var sett til að bæta úr þessum veikleika. Ákvæðið leggur almennt bann við mismunun til að njóta réttinda, jafnvel skv. landslögum. Hinsvegar hefur þessi viðauki ekki verið samþykktur af öllum aðildarríkjum og gildir því aðeins um þau ríki sem hafa samþykkt hann.¹

Allt þetta regluverk hefur verið skýrt frekar af dómstólunum tveim, og þannig hafa þeir gefið frekari vísbendingar um það hvort að um mismunun hafi verið að ræða eða ekki í hverju máli. Fyrst af öllu úrskurða dómarmar um það hvort að til staðar sé ólögleg mismunun áður en þeir skoða hvort að hægt sé að réttlæta hana. Hér á eftir verða gefin dæmi um úrlausnir dómstólanna við hverja mismununarástæðu.

¹ 18 ratifications in May 2012

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=24/05/2012&CL=ENG>

1. Mismun samkvæmt úrlausnum dómstólanna.

a. **Mismunandi meðferð**

Það að mál fái mismunandi meðferð getur verið vegna beinnar mismununar; s.s. þegar tveir einstaklingar eða hópur fólk í sömu aðstæðum fær sætir mismunandi meðferð.

Mismunun getur líka verið óbein. Í máli MDE **Thlimmenos gegn Grikklandi**² viðurkenndi dómstóllinn að það getur verið mismunun ef að um er að ræða tvo einstaklinga sem fá sömu meðferð en aðstæður þeirra eru mismunandi að miklu eða öllu leyti. Til dæmis í máli **D.H. og fleiri gegn Tékklandi**³ hafði ríkið gerst sekt um mismunun með því að laga ekki próf, sem átti að kanna kunnáttu nemenda, að Róma börnum svo betur væri hægt að ákvarða í hvers konar skóla ætti að senda börnin. Stjórnvöld höfðu miðað prófið við hinn venjulega tékkneska borgara en ekki tekið mið af sérkennum Róma fólksins sem leiddi til þess að það voru meiri líkur til þess að þau myndu falla á prófinu.

Tilskipanir ESB ná einnig til óbeinnar mismununar, sem felur í sér hlutlausa reglu sem gildir án aðgreiningar til fólks í mismunandi aðstæðum.

b. **Samanburðartilvik(fráviksmál) – (e. comparator)**

Til að koma auga á mismunun, bæði beina og óbeina, er nauðsynlegt að gera samanburð til þess að meta hvort að einstaklingur eða hópur fólks í svipuðum aðstæðum hafa orðið fyrir sömu neikvæðu áhrifunum.

MDE sagði í máli Belgísku lögmanns (avocat), sem að þurfti að taka að sér að vera verjandi fyrir frumbyggja án þess að eiga vona á greiðslu fyrir það. Dómstóllinn sagði að það gildi ekki það sama um lögmennt og fólk í öðrum sérgreinum líkt og heilbrigðisstarfsfólk og dýralækna sem að þurftu ekki að veita frumbyggjum frjá þjónustu vegna þess að aðrar reglur giltu um heimildir til þess að vinna við fagið og vegna annars eðlis starfseminnar.⁴

Í máli **Johnston og aðrir gegn Írlandi**⁵ kvartaði Írskur maður yfir því að hann gæti ekki fengið lögskilnað á Írlandi þar sem að skilnaður væri bannaður þar, á meðan Írar sem að byggju í öðrum löndum fengu staðfestingu á lögskilnaði sem þeir hefðu fengið erlendis. MDE sagði að þessar aðstæður væru ekki sambærilega og því væri bann við skilnaði ekki mismunun.

Í máli **Maustaquim gegn Belgíu**⁶ skoðaði dómstóllinn hvort að Marokkó búi sem hafði verið vísað úr landi eftir að hafa gerst brotlegur við refsilög væri ekki í sömu stöðu og Belgi sem ekki væri heimilt að brottvísa vegna þess að skv. MSE geta lönd ekki brottvísað þeirra eigin ríkisborgurum. Dómstóllinn sagði hann hins vegar í sömu stöðu og aðrir ESB borgarar en taldi þó ólíka meðferð réttlætanalega þar sem að brottvísunin var lögmat og innan marka og framkvæmd í almannabágu.

Í máli **Richards gegn ráðuneyti atvinnu og lífeyris í Bretlandi**⁷ hafði transkona krafist lífeyris síns frá 60 ára aldri líkt og er heimilt fyrir konur í Bretlandi. Ríkið neitaði umsókn hennar um lífeyrinn. Hún taldi sér vera mismunandi en ríkið taldi hana karl en ekki konu. Evrópudómstóllinn sagði hana hafa orðið fyrir mismunun og að ríkið hefði átt að telja hana sem konu þar sem að kynleiðrétting er heimil í Bretlandi.

c. **Réttlætning**

Bæði Evrópusambandið og MSE heimila réttlætningu á mismunun.

² No 34369/97

³ No 57325/00

⁴ Van der Mussela No 8919/80. Í þessu máli þurftu lögmenntirnir að veita ókeypis þjónustu fyrir frumbyggja.

⁵ Nr. 9697/82

⁶ Nr. 12313/86

⁷ C- 423/04

MSE heimilar varnir byggðar á almennri réttlætingu, bæði vegna beinnar og óbeinnar mismununar. Dómaframkvæmd MDE hefur byggt upp ákveðin viðmið fyrir slíka réttlætingu, til þess að vera réttlætanlega verður mismunandi meðferð að vera byggð á hlutlægum og sanngjörnum grunni, stefna að lögmætu marki sem og að uppfylla meðalhófsregluna⁸. MDE greinir á milli tilvika þar sem að aðildarríkjum er gefið svigrúm eða mála sem að þarfnast nánari skoðunar.

Í sumum málum veitir dómstóllinn aðildarríkjum mikið svigrúm varðandi beitingu 14. gr. MSE. Í máli **Rasmussen gegn Danmörku**⁹ taldi MDE að aðildarríkjunum væri heimilt að veita móður lengri tíma til þess að mótmæla faðerni barns hennar en ætluðum föður þess. Dómstóllinn sagði að umfang svigrúmsins byggist á aðstæðum, málsástæðum og sameiginlegum grundvelli laga aðildarríkjanna. Ef að slíkur grundvöllur væri ekki til staðar nytu aðildarríkin víðtækara svigrúms.

Kæruefnið skiptir miklu máli í samvandi við það hvort aðildarríkjunum er eftirlátið svigrúm til þess að réttlæta mismunandi meðferð. Sumar mismununarástæður er erfiðara að réttlæta en aðrar einungis vegna eðli þeirra. Í slíkum málum er bara tekið tillit til mjög „veigamikilla ástæðna“. Á þetta við um mismunun vegna kyns. Í þrem sagði MDE að vernd vinnurmarkaðarins væri ekki réttlæting á því að setja strangari innflytjendalög fyrir konur en karla.¹⁰ Einnig er mismunun vegna trúarbragða ekki ásættanleg skv. dómi MDE í máli **Hoffmann gegn Austurríki**¹¹ eða þarf a.m.k. að skoða mjög gaumgæfilega sbr. dómur MDE í máli **Thlimmenos gegn Grikklandi**.¹² Mismunun vegna kynhneigðar þarf ennfremur að þola nákvæma skoðun, sbr. S.L.V. gegn Austurríki¹³, en að neita samkynhneigðum um að ættleiða barn getur verið réttlætanlegt vegna hagsmuna barnsins¹⁴. Mismunun vegna þjóðernis er einnig litið gagnrýnum augum nema þegar kemur að inngöngu og brottvísun útlendinga sbr. **Moustaquim gegn Belgíu**.¹⁵ Að lokum þurfa að vera veigamiklar ástæður að baki mismununar á grundvelli kynþáttar að mati MDE í máli **Kýpur gegn Tyrklandi**¹⁶.

ESB heimilar aðeins almennar réttlætingarástæður þegar um er að ræða óbeina mismunun ef að mismununin hefur lögmætt markmið og er nauðsynleg og réttlætanleg (hæfileg). Sérstakar réttlætingarástæður geta átt við í málum er varða beina mismunun, tilskipanir ESB heimila „raunveruleg og ákveðin skilyrði til atvinnu. Samkvæmt atvinnuáttaltilskipuninni (200/78/EB) er heimilt fyrir trúfélög að setja ákveðin skilyrði á starfsmenn sína er lúta að trú þeirra, einnig er heimild í tilskipuninni að stefnur í atvinnuáttalun heimili mismunun á grundvelli aldurs ef slíkar ráðstafanir eru nauðsynlegar og meðalhófs er gætt.

Má nefna sem dæmi að í **Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna gegn Frakklandi** sagði Evrópudómstóllinn að í vissum tilvikum væri réttlætanlegt að halda vissum stöðum í karlafangelsum fyrir karla og öfugt, ef að kyn starfsmannsins er ráðandi breyta í sambandi við eðli eða samhengi starfsins. Slíkt þarf þó að aðlagast samfélagsþróun og vera nógu gagnsætt til að Framkvæmdastjórnin geti haft eftirlit með því. Í þessu máli hafði Frakkland brotið gegn seinna skilyrðinu með því að takmarka eftirlit framkvæmdastjórnarinnar á því hvort að mismunun væri nauðsynlegt og hvort gætt væri meðalhófs.¹⁷

⁸ James og aðrir gegn Bretlandi nr. 8793/79

⁹ Nr. 8777/79

¹⁰ Abdulaziz gegn Bretlandi nr.9214/80, Cabaes gegn Bretlandi nr.9473/81 og Balkandali gegn Bretlandi nr. 9474/81

¹¹ Nr. 12875/87

¹² sjá nmgr. 2

¹³ Nr. 45330/99

¹⁴ Mál MDE Fretté gegn Frakklandi nr. 36515/97, 42 og 43. mgr.

¹⁵ nr. 12313/86

¹⁶ Nr. 25781/94

¹⁷ nr. 318/86

Í dómi Evrópudómstólsins **Mahlburg gegn Mecklenburg-Vorpommern**¹⁸ sótti þungaður hjúkrunarfræðingur með tímabundna ráðningu um fastráðningu sem skurðhjúkrunarfræðingur. Í þýskum lögum var bann við því að ráða þungaðar konur á skurðstofur vegna sýkingarhættu. Vegna þessa banns neitaði spítalinn að ráða hana sem skurðhjúkrunarfræðing. ED sagði að þetta væri mismunun því að þrátt fyrir að lögin sem banni þetta séu réttlæt看leg þá var þungun hennar aðeins tímabundin á meðan ráðningin væri ótímabundin.

2. Mismununarástæður.

Hér á eftir verða gefin dæmi um hverja mismununarástæðu fyrir sig til að sýna frekar hvernig mismunun á grundvelli kyns, aldur eða kynþáttar getur verið réttlæt看leg.

a. Aldur

Mismunun á grundvelli aldurs er ekki tengt neinum réttindum sem að er að finna í MSE en aldur getur hins vegar spilað inn í önnur réttindi. Ekki er minnst sérstaklega á aldur í 14. gr. sáttmálans hins vegar er ekki um að ræða tæmandi upptalningu og getur aldur falist í orðunum „...eða annarrar stöðu“. Á þeim grundvelli hefur MDE fjallað um nokkur mál þar sem að mismunað hefur verið vegna aldurs. Þar á meðal mál þar sem að 10 ára drengur sem sakfelldur var fyrir morð neitað um sanngjörn réttarhöld vegna aldurs. Þar sem að réttað var yfir honum sem fullorðnum gat hann ekki borið fyrir sig ástæður byggðar á aldri og þroska, **V gegn Bretlandi**.¹⁹ Aðildarríkjum er gefið nokkuð svigrúm vegna mismununar á grundvelli aldurs og hafa því nokkuð lausan taum varðandi réttlæt看ingu á slíkri mismunun á grundvelli almanna hagsmuna. Í máli MDE **Schiwzgebel gegn Sviss** var 47 ára konu neitað um að ættleiða barn á þeim grundvelli að hún væri of gömul. MDE taldi þetta réttlæt看legt á grundvelli hagsmuna barnsins ásamt því að horft var til kostnaðar af slíkri ættleiðingu.²⁰

Lög ESB taka sérstaklega á mismunun á grundvelli aldurs í atvinnumálatilskipuninni sem gildir um vinnumarkaðinn. Í máli **Kücükdeveci gegn Swedex GmbH & Co. KG**²¹ sagði Evrópudómstóllinn að bann við mismunun á grundvelli aldurs væri meginregla laga. Slík meginregla eigi við í samskiptum einstaklinga þrátt fyrir að ekki sé búið að innleiða hana í landslög fyrir lok aðlögunartímans, svo lengi sem að mismununin eigi sér stað á vettvangi atvinnumálatilskipunarinnar. Þessi ákvörðun staðfesti fyrri ákvörðunar ED sem sagði að dómstólar ættu ekki að styðjast við landslög sem að væru í andstöðu við meginregluna um bann við mismunun jafnvel þó að aðlögunartími sé ekki liðinn.²² ED sneri hins vegar þessari niðurstöðu í **Bartsch gegn Bosch und Siemens**²³ og sagði ekki heimilt að beita tilskipuninni áður en aðlögunartímanum væri lokið og því ekki hægt að beita meginreglunni um bann við mismunun vegna aldurs þar sem að hún væri upprunnin í tilskipuninni.

Samkvæmt Evrópudómstólnum er það ekki er réttlæt看leg mismunun að útiloka alla starfsreynslu sem fengist hefur fyrir 18 ára aldur þegar umsækjendur um starf/nám eru metnir.²⁴ Einnig taldi ED það mismunun að setja hámarks starfsaldur á samningsbundna tannlækna en sama átti ekki við um tannlækna sem að störfuðu sjálfstætt, mismununin taldist heldur ekki réttlæt看leg þar sem að eina markmið með slíkum hámarksaldri væri að vernda sjúklinga fyrir minnkandi starfsgetu lækna.²⁵ Ennfremur segir ED að

¹⁸ C-207/98

¹⁹ Nr. 24888/94

²⁰ Nr. 24724/94

²¹ C-555/07

²² Mangold gegn Rüdiger Helm nr. C-144/04

²³ C-427/06

²⁴ David Hütter gegn Technische Universität Graz nr. C- 88/08

²⁵ Dominica Petersen gegn Berufungsausschuss für Zahnärzte nr. C-341/08

tilskipunin útiloki að í löggjöf aðildarríkjanna sé heimild fyrir því að ekki eigi að líta til starfstíma einstaklinga fram að 25 ára aldri þegar kemur að gagnkvæmum uppsagnartíma.²⁶

ED telur þó að lágmarksaldur og krafa um gott líkamlegt atgervi geti verið réttlætanlegt fyrir starf hjá slökkviliði, **Wolf gegn Stadt**.²⁷ Aldursmörk geta því verið réttlætanlegt þegar þau eru talin viðeigandi og nauðsynleg. Ennfremur heimilda tilskipunin að aðildarríki setji lög um starfslokaaldur og að fólk hætti að vinna þegar það hefur náð þeim aldri svo fremi að slík löggjöf stefni að lögmætu markmiði og séu hæfileg og nauðsynleg.²⁸ Í máli **Susanne Bulicke** setti stjórnarsýsluregla tveggja mánaða frest fyrir einstakling sem taldi sig hafa orðið fyrir mismunun að leggja fram kæru á hendur geranda. Skv. ED útilokar tilskipunin ekki slíkan frest svo fremi að hann sé í samræmi við fresti í annarskonar málum og hefti ekki óhæfilega einstakling í að leita réttar síns.²⁹

b. Kyn

Jafnrétti kynjanna er grundvallar meginregla í ESB sbr. 2. gr. sáttmála ESB. MDE hefur sagt að; „framför í jafnrétti kynjanna er mikilvægt takmark hjá aðildarríkjum Evrópuráðsins í dag“. „Þetta þýðir að mismunun á grundvelli kyns verður aðeins réttlætt á grundvelli afar „veigamikilla ástæðna“ sem samrýmast MSE“. ³⁰ Af þessu má telja að hvorki skv. MSE eða löggjöf ESB er í lagi að mismuna á grundvelli kyns.

i. Mismunandi meðferð karla og kvenna

MDE komst að þeirri niðurstöðu að það væri ekki heimilt að hafa strangari innflytjendareglur um eiginkonur en eiginmenn á þeim grundvelli að konur séu ólíklegri til að leita sér að atvinnu en karlar. Nauðsyn þess að vernda vinnumarkaðinn gæti talist lögmætt markmið en tölfræðin á bak við slíka mismunun var ekki nægileg og ekki líkleg til að teljast „veigamikil ástæða“ til að réttlæta hana í þessu tilviki.³¹ Í **Schuler-Zraggen gegn Sviss** komst MDE að þeirri niðurstöðu að óheimilt hefði verið að neita konu um örorkulífeyri vegna þess að hún hefði eignast barn og væri því ólíklegri til að leita sér að vinnu.³² Reglur sem að skylda konur til að bera eftirnafn manns síns er mismunun þar sem að ekki gildir það sama um menn, hvort sem að konan getur haldið sínu nafni einnig.³³

Menn geta einnig þurft að sæta mismunandi meðferð. Í máli **Van Raalte gegn Hollandi** komst MDE að þeirri niðurstöðu að það væri mismunun að skylda barnlausa menn eldri en 45 til að greiða framlag þar sem að slík skylda gildi ekki um konur. Hinsvegar virðist MDE ekki vera eins strangur þegar kemur að mismunandi meðferð karla á hinum opinbera vettvangi. Í máli **Rasmussen gegn Danmörku**, nefnt hér ofar, sagði dómstóllinn að aðildarríkin hefðu rúmt svigrúm og gætu því ákveðið að mismunandi frestir giltu um höfðun faðernismáls. MDE komst að svipaðri niðurstöðu í máli **Petrovic gegn Austurríki**³⁴ þar sem að öfugt við mæður áttu feður ekki rétt á greiðslum í fæðingarorlofi. Dómstóllinn ákvarðaði sjálfur þessa niðurstöðu sem sýnir best að á þessum tíma síðari hluta áttunda áratugs síðustu aldar var ekki sameiginlegur flötur um þessi mál hjá aðildarríkjunum. Í ljósi þess að jafnrétti kynjanna er orðið eitt af meginmarkmiðum Evrópuráðsins þá er líklegt að MDE myndi komast að annarri niðurstöðu í dag.

²⁶ Küçükdeveci nr. C- 555/07

²⁷ C-229/08

²⁸ Gisela Rosenblatt gegn Ollerking Gebäudereinigungsges. mbH nr. C-45/09

²⁹ Susanne Bulicke gegn Deutsche Büro Service GmbH C-246/09

³⁰ Abduaziz, Cabales og Balkandi gegn Bretlandi

³¹ Ibid

³² Nr. 14518/89

³³ Ünal Tekeli gegn Tyrklandi nr. 29865/96

³⁴ Nr. 20458/92

MDE gefur aðildarríkjunum nokkuð mikið svigrúm varðandi almannatryggingar og efnahagsmálum. Í máli **Stec og aðrir gegn Bretlandi**³⁵ var réttlætning á fimm ára mun á eftirlaunaaldir karla og kvenna dregin í efa. MDE sagði að þrátt fyrir að aðeins „veigamiklar ástæður“ geti réttlætt slíka mismunun þá hefðu aðildarríkin mikið svigrúm þegar kemur að efnahags- og félagslegri stefnu. Því væri þessi ráðstöfun heimil þar sem að henni væri ætlað að bæta konum upp launamismun fyrri ára og að stjórnvöld hefðu hafið aðgerðir til að draga úr slíkum launamun karla og kvenna.

Evrópudómstóllinn er einnig líklegri til að gefa aðildarríkjum meira svigrúm þegar kemur að almannatryggingum og efnahagsmálum þrátt fyrir að aðildarríkin geti aldrei útilokað einn hóp aðeins af fjárhagslegum ástæðum. Fræðilega er mismunun í lagi ef það er eina leiðin til að koma í veg fyrir að almannatryggingakerfið hrynji, en ED hefur t.d. lagt blessun sína yfir að takmörkuð og skammtíma atvinna sé útilokuð frá almannatryggingakerfinu þrátt fyrir að það komi frekar niður á konum en körlum þar sem að konur eru líklegri til að vera í ótryggri vinnu.³⁶ Í máli **Brouwer gegn Staatssecretaris van Economische Zaken**³⁷ bannar ED réttlætningu á mismunun karla og kvenna þegar kemur að útreikningi ellilífeyris. Brouwer var Belgí sem að vann í Hollandi frá árinu 1960 til 1998. Eftir að hún hætti að vinna átti hún rétt á lífeyri frá Belgíu þangað til hún varð 65 ára en eftir það féll hún inni í Hollenska almannatryggingakerfið. Lífeyrinn hennar frá Belgíu var reiknaður út frá meðallaunum ákveðnum af ríkinu fyrir hvert ár. Fram til ársins 1995 höfðu þó meðal laun kvenna verið lægri en meðallaun karla. Brouwer taldi að sér hefði verið mismunað á grundvelli kyns. ED taldi slíka mismunun ekki réttlætanlega þrátt fyrir að stjórnvöld hefðu síðar breytt framkvæmd sinni í þessum málum. Með því að ákvarða mishá laun fyrir sömu vinnu eða vinnu sem hægt var að jafna saman braut Belgía gegn meginreglunni um jafna meðferð í almannatryggingakerfinu skv. tilskipun 7/79/EB frá árinu 1974.

Defrenne gegn Société anonyme belge [...]³⁸ var tímamóta mál ED um mismunun á grundvelli kyns. Í því máli sagði ED „dómstólar aðildarríkjanna geta byggt á meginreglu 119. gr. um að konur og karlar eigi að fá sömu laun fyrir sömu vinnu“. Defrenne var flugfreyja, í ráðningarsamningi hennar sagði að konur í hennar starfi þyrftu að hætta að vinna eftir 40 ára aldur. ED taldi þetta vera mismunun þar sem að það sama gildi ekki um karlmenn. ED hefur ekki talið mismunun réttlætanlega á grundvelli fjárhagslegrar byrðar eða stjórnunarlegs þrýstings vinnuveitenda. Í máli **Hill og Stapleton gegn The Revenue Commissioners and Department of Finance**³⁹ taldi ED að strangari skilyrði fyrir fólk í hlutastarfi til að vaxa/þróast í starfi miðað við þá sem voru í fullu starfi væri mismunun á grundvelli kyns vegna þess að fleiri konur en karla voru í hlutastarfi.

Í máli **Kreil gegn Þýskalandi**⁴⁰ sótti kona um sjálfboðaliðastöðu sem rafeindaverkfræðingur í viðhaldi rafeindakerfa vopna. Þýsk lög bönnuðu hins vegar ráðningu kvenna í stöður í hernum sem að lutu að vopnum og takmarkaði þannig aðgang þeirra að hjúkrunar og tónlistar þjónustu. ED sagði að slík útilokun, sem gildi um nánast allar stöður innan hersins í sambandslýðveldinu, gæti ekki talist sem takmörkunar ráðstöfun sem réttlætt væri af sérstöku eðli starfsins sem um ræðir eða af því samhengi sem viðkomandi starfsemi fer fram. Það er ekki hægt að útiloka konur frá öllum stöðum innan hersins á þeim grundvelli að þær þurfi meiri vernd en karlar. Það er hins vegar í lagi að útiloka þær frá ákveðnum stöðum ef að slík ráðstöfun er lögmæt og varðar almannaöryggi og er innan marka. T.d. í máli **Sirdar gegn hernefndinni og Varnarmálaráðuneytinu**⁴¹

³⁵ Nr. 65731/01

³⁶ Megner og Scheffel gegn Innungskrankenkasse Vorderpfalz. Nr. C-444/93

³⁷ C-355/11

³⁸ C-149/77

³⁹ C-243/95

⁴⁰ C-285/98

⁴¹ C-273/97

sagði ED að útilokun kvenna frá ákveðnum bardagasveitum innan konunglega hersins væri réttlætanleg til að tryggja skilvirgni bardaga.

ii. Transgender og mismunun

Bæði lög ESB og MSE veita vernd gegn mismunun á grundvelli kynvitundar. Slík vernd hefur þróast í dómaframkvæmd ED og MDE.

Frægasta mál MDE í þessum málum er **Goodwin gegn Bretlandi**.⁴² Kærandi sem var gift konu og átti tvö börn hafði farið í karl í konu kynleiðréttingaraðgerð. Hún skildi við eiginkonu sína og var í sambúð með manni. Hún kvartaði yfir því að henni hefði verið neitað um lagalega viðurkenningu á nýju kyni sínu. Meðal annars hafði henni verið neitað um greiðslu ellilífeyris frá 60 ára aldri eins og átti við um konur, karlar áttu rétt á greiðslu ellilífeyris frá 65 ára aldri. Einnig hafði henni verið neitað um að ganga í hjónaband að nýju. MDE komst að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið á rétti kæranda til einkalífs og fjölskyldu sbr. ákvæði 8. gr. MSE ásamt réttinum skv. 12. gr. MSE um að kona og maður ættu rétt á því að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu. Með því að neita lagalegri viðurkenningu á nýju kyni þá takmarkar það rétt transgender einstaklinga til að giftast einstaklingi af sama kyni og þeir voru fyrir leiðréttingar aðgerðina og kemur í raun í veg fyrir það að þeir geti nokkurn tímann gengið í hjónaband. MDE taldi ekki ástæðu að skoða það hvort að brotið hefði verið á ákvæði 14. gr. MSE þar sem að hér væri klárlega um að ræða mismunun gegn transgender einstaklingum og rétti þeirra til að ganga í hjónaband. Í máli **Van Kück gegn Þýskalandi**⁴³ var kæranda neitað um endurgreiðsla kostnaðar vegna kynleiðréttingaraðgerðar á þeim grundvelli að slík aðgerð væri ekki nauðsynleg. Áfrýjunardómstóll Þýskaland dæmdi í vil tryggingafyrirtækisins. En MDE sagði að með hliðsjón af alvarleika slíkrar aðgerðar og því að ekki væri hægt að taka slíka aðgerð til baka/leiðrétta hana væri sú ákvörðun að endurgreiða ekki slíkan kostnað brot á rétti einstaklings til einkalífs.

Í **P.V. gegn Spáni**⁴⁴ missti fráskilinn faðir forsjá yfir barni sínu þegar hann ákvað að gangast undir kynleiðréttingaraðgerð. MDE sagði slíka ákvörðun ekki mismunun þar sem að hún var ekki tekin á þeim grundvelli að hann hefði skipt um kyn. Skýrsla sérfræðinga hafði sýnt fram á að faðirinn væri tilfinningalega óstöðugur og ennfremur þyrfti að gefa barninu tíma til að aðlagast breyttu kyni föðurins. Þar sem að ákvörðunin um sviptingu forræðis byggðist ekki á kyni kæranda og taka þurfti tillit til hagsmuna barnsins taldi MDE að hér væri ekki um að ræða mismunun.

ED komst að svipaðri niðurstöðu í máli **Richards gegn Secretary of state for Work and Pension**⁴⁵ þar sem að um var að ræða transkonu sem neitað var um lífeyri. Henni hafði verið neitað um greiðslu lífeyris við 60 ára aldri á þeim grundvelli að hún væri karlmaður. ED sagði þetta vera mismunun og fara gegn tilskipun 79/7/EB um að hrinda í framkvæmd reglunni um jafnan aðgang kvenna og karla að félagslegu öryggi.

c. Kynhneigð

Ekki er sérstaklega minnst á kynhneigð í 14. gr. MSE, hinsvegar fellur það undir orðin „annarrar stöðu“ í ákvæðinu og nýtur því verndar ákvæðisins. Í löggjöf ESB er mismunun vegna kynhneigðar bönnuð í atvinnumálatilskipuninni og gildir því á sviði vinnuréttar.

Í máli **Salgueiro Da Silva Motta gegn Portúgal**⁴⁶ hafði samkynhneigðum manni verið neitað um forsjá barns sem að hann átti með fyrrverandi konu sinni. Honum var neitað um forsjána á þeim grundvelli að barnið ætti að lifa í hinu dæmigerða Portúgalska fjölskyldumynstri og það fyrirkomulag hans að búa með öðrum manni féll ekki inn í þá mynd. Áfrýjunardómstóllinn skoðaði það m.a. sérstaklega að það væri öruggt

⁴² Nr. 28975/95

⁴³ Nr. 35968/97

⁴⁴ Nr. 35159/09

⁴⁵ C-423/04

⁴⁶ Nr. 33290/96

að maðurinn hefði skilið við konuna sína til að fara og lifa með öðrum karlmanni sem getur ekki talist venjubundið. MDE sagði að þessi meðferð væri brot á friðhelgi einkalífs kæranda en einnig mismunun skv. 14. gr. MSE. Auk þess sagði MDE að mál er lúta að kynhneigð einstaklings þurfi ávallt að skoða ítarlega og að mismunun á grundvelli hennar sé aðeins réttlætunleg af „veigamiklum ástæðum.“

Í máli **S.L. gegn Austurríki**⁴⁷ taldi maður sig vera fórnarlamb mismununar vegna þess að austurrísk lög lögðu refsingu við kynferðissambandi drengja á aldrinum 14 -18 og fullorðinna en ekkert slíkt gilti um lesbíur eða gagnkynhneigða. MDE taldi þetta vera mismunun á grundvelli kynhneigðar og bryti gegn ákvæðum 14. gr. og 8. gr. MSE. Í máli **J.M gegn Bretlandi**⁴⁸ hafði kona sem ekki hafði forræði barna sinna eftir skilnað og greiða meðlag með börnunum Eftir að hún hóf sambúð með annarri konu óskaði hún eftir að greiðslurnar yrðu lækkaðar. Henni var synjað um þessa lækkun þar sem að lagaákvæðið sem heimilaði slíkt átti aðeins við um gagnkynhneigð pör, hvort sem þau voru gift eða ekki. MDE taldi því að hér væri um mismunun að ræða.

Skilyrðið um „veigamiklar ástæður“ virðist ekki hafa eins mikið vægi þegar um hagsmuni þriðja aðila er að ræða líkt og átti við í **Fretté** málinu.⁴⁹ Hagsmunir barna geta verið réttlætning til að neita um samþykki fyrir ættleiðingu. Hinsvegar ef að landslög heimila einhleypum einstaklingum að ættleiða barn þá er það mismunun að taka inn í matið sem afgerandi ástæðu kynhneigð einstaklingsins.⁵⁰ Í máli **Gas og Dubois gegn Frakklandi**⁵¹ vildi kona ættleiða barn sambýliskonu sinnar. MDE sagði að synjun á því væri ekki mismunun þar sem að staða kvennanna tveggja væri ekki sambærileg og giftra hjóna. Sama gilti einnig fyrir gagnkynhneigð pör í sambúð og því var hér ekki um að ræða mismunandi meðferð.

Hvað snertir vinnumarkaðinn þá sagði MDE að ekki væri heimilt að útiloka umsækjendur um stöður í hernum einungis vegna þess að þeir væru samkynhneigðir. Slíkt væri brot á rétti þeirra til einkalífs.⁵²

MDE hefur einnig fengist við mál er snerta funda og félagafrelsið sem verndað er skv. 11. gr. MSE. Endurtekin synjun á rétti baráttumann fyrir rétti samkynhneigðra til að skipuleggja gleðigöngur (e. gay-pride) er ekki réttlætunleg í lýðræðisþjóðfélagi og er hrein og klár mismunun.⁵³

Þrátt fyrir að MDE hafi ekki sagt að bann við mismunun á grundvelli kynhneigðar skyldi aðildarríkin til að leyfa hjónabönd samkynhneigðar þá viðurkennir hann að sambúð tveggja einstaklinga af sama kyni falli undir vernd 8. gr. MSE, sem verndar rétt til einkalífs og fjölskyldulífs.⁵⁴

Það eru ekki mörg dómfordæmi frá Evrópu dómstólnum varðandi mismunun á grundvelli kynhneigðar. Hinsvegar hefur hann verið mjög gagnrýnin í nýlegum málum er lúta að lífeyri.

Í máli **Maruko gegn Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen**⁵⁵ var manni neitað um greiðslu makalífeyris eftir að sambýlismaður hans lést. Þýsk lög leggja sambýlismaka og hjúskaparmaka að jöfnu hvað varðar makalífeyri því taldi ED að hér væri um mismunun að ræða þar sem að hann krefst aðeins að um sambærilega stöðu sé að ræða en ekki eins. Í máli **Römer gegn Freie und Hansestadt Hamburg**⁵⁶ krafðist maður, sem var í sambandi og sambúð með öðrum manni, þess að fyrrum vinnuveitandi hans endurreiknaði grundvöll ellilífeyrisgreiðslna hans. Í Hamborg voru lög sem að heimiluðu að við útreikning ellilífeyris giftra einstaklinga væru notaðar rýmri reglur. Vinnuveitandinn neitaði að gera slíkt og benti á að ákvæðið ætti

⁴⁷ Nr. 45330/99

⁴⁸ Nr. 37060/06

⁴⁹ Nr. 36515/97

⁵⁰ E. B. gegn Frakklandi nr. 43546/02

⁵¹ Nr. 25951/07

⁵² Lustig-Prean og Beckett gegn Royaume-Uni nr. 31417/96 og 32377/96

⁵³ Alekseyev gegn Rússlandi nr. 4916/07, 25924/08 og 14599/09

⁵⁴ Schalk og Kopf gegn Austurríki nr. 30141/04

⁵⁵ C-267/06

⁵⁶ C-147/08

aðeins við um gift pör en ekki pör í sambúð. Hins vegar var ekki heimild fyrir samkynhneigð pör að giftast og þau hafa því aðeins möguleika á staðfestri sambúð. ED sagði að slík mismunandi meðferð væri mismunun sérstaklega í ljósi þess að staðfest sambúð einstaklinga af sama kyni hefði smátt og smátt verið jafnað við stöðu giftra hjóna og því væri ekki neinn lagalegur munur á þessu tvennu.

d. Fötlun

Ekki er minnst á fötlun í 14. gr. MSE en líkt og með kynhneigð er lagt bann við mismunun vegna fötlunar skv. ákvæðinu vegna þess að upptalning þess á mismununarástæðum er ekki tæmandi. Mismunun á grundvelli fötlunar er bönnuð skv. löggjöf ESB á vinnumarkaði. ED hefur sett fram skilgreiningu á fötlun sem að ekki felur í sér neina sjúkdóma heldur aðeins líkamlega eða andlega skerðingu sem er líkleg til að standa í lengri tíma.⁵⁷

Í máli **Price gegn Bretlandi**⁵⁸ komst MDE að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið um mismunun að ræða en hins vegar hefði Price sætt vanvirðandi meðferð. Hún hafði verið dæmd í sjö daga fangelsisvist en ekki höfðu verið gerðar neinar ráðstafanir til að koma til móts við þarfir hennar. Þar sem að ekki hafði verið útvegaður sérstakan umbúnaðar fyrir hana til að geta sofið vegna líkamlegrar fötlunar sinnar þjáðist hún af ofkólnun og sársauka í vistinni.

Í **Coleman gegn Attridge Law og Steve Law**⁵⁹ komst ED að því að Coleman hefði sætt mismunun á vinnustað sínum eftir að hún sneri aftur til vinnu eftir fæðingarorlof. Hún fékk t.d. ekki að snúa aftur í fyrra starf sitt líkt og samstarfsfólk hennar. Henni var einnig neitað um sveigjanlegan vinnutíma þrátt fyrir að kvenkyns samstarfsmenn hennar áttu rétt á að aðlaga vinnutímamann sinn að fjölskyldulífinu. Hún sagðist einnig hafa þurft að þola niðrandi ummæli um hana og son hennar sem var fatlaður. ED sagði hana hafa sætt beinni mismunun vegna fötlunar sonar hennar. ED sagði ennfremur að sú túlkun að takmarka tilskipun 2000/78 aðeins við einstaklinga sem sjálfir eru fatlaðir myndi svipta tilskipunina vægi og draga úr verndinni sem að hún tryggir.

e. Trú eða sannfæring.

Á meðan löggjöf ESB verndar aðeins gegn mismunun á grundvelli trúar á vettvangi vinnumarkaðarins þá er vernd MSE mun víðtækari. Ákvæði 9. gr. tryggir trúfrelsi og MDE getur einnig stuðst við ákvæði 8. gr. og 14. gr. MSE.

Í máli **Hoffman gegn Austurríki**⁶⁰ hafði kæranda, sem er vottur Jehóva, verið neitað um forræði barna sinna. Hæstiréttur Austurríkis veitti föðurnum forræði á þeim forsendum að hagsmunir barnanna krefðust þess, þar sem að einstaklingar í þessari trú lenda oft úti á jaðri samfélagsins og neitun þeirra á að þiggja blóðgjöf getur sett börnin í lífshættu. MDE sagði þessa staðhæfingu brjóta gegn 14. gr. MSE ásamt 8. gr.. MDE sagði jafnframt að þrátt fyrir að hæstirétturinn stefndi að lögmætu markmiði (vernda hagsmuni barnanna) væri leiðin þangað ekki hæfileg og réttlát þar sem að væri það ekki ásættanlegt að taka slíka ákvörðun einungis á grundvelli mismunandi trúarbragða. Af þessum dómi má álykta að MDE heimili ekki mismunun á grundvelli trúarbragða, hvergi í dómnum var minnst á svigrúm aðildarríkja eða „veigamiklar ástæður“. Í máli **Canea Catholic Church gegn Grikklandi**⁶¹ var kirkjunni neitað um að fara með mál fyrir dómstóla þar sem að þjóðkirkjurnar samþykktu kirkjuna ekki sem lögpersónu, þrátt fyrir að litið væri á Rétttrúnaðarkirkjuna og samfélag gyðinga sem lögpersónur. MDE sagði þetta vera brot á ákvæði 6. gr. MSE

⁵⁷ Chacon Navas gegn Eurest Colectividades SA nr. C-13/05

⁵⁸ Nr. 33394/96

⁵⁹ C-303/06

⁶⁰ Nr. 12875/87

⁶¹ Nr. 25528/94

um aðgang að dómstólum og 14. gr. sem mismunun á grundvelli trúar. Í **Thlimmenos** málinu, neitaði vottur Jehóva að vera í herbúningi, þegar herinn átti að undirbúa sig fyrir að halda af stað í bardaga, á þeim grundvelli að trú hans bannaði notkun vopna. Hann var dæmdur í fjögurra ára fangelsi fyrir að óhlýðnast fyrir mælum en sleppt á skilorði eftir tvö ár. Síðar sótti hann um stöðu endurskoðanda þar sem að hann var annar hæfasti af um 60 umsækjendum. Yfirvöld neituðu hins vegar að ráða hann vegna þess að hann hafði hlotið þennan dóm. MDE sagði þessa meðferð brjóta gegn ákvæði 9. gr. MSE, trúfrelsi, ásamt 14. gr. þar sem að ólíkt öðrum dómum fyrir alvarlega glæpi, þá sýndi dómur á grundvelli þess að neita að vera í herbúningi sínum vegna trúar eða sannfæringar ekki fram á óheiðarleika eða siðferðilega ágalla (e. moral turpitude) sem líklegir væru til að grafa undan getur kæranda til að sinna starfi sínu. Ennfremur hafði kærandi þegar tekið út sína refsingu og það væri því óréttlátt og ekki við hæfi að refsa honum með því að neita honum um starfið vegna þessa.⁶² Í máli **Grzelak gegn Póllandi**⁶³ höfðu foreldrar, sem voru efahyggju fólk, neitað syni sínum um að sækja trúarbragðakennslu. Þau kvörtuðu yfir því að skólinn biði ekki upp á kennslu í siðfræði í staðinn. Hann fékk enga merkingu alla sína skólagöngu fyrir fagið trúarbrögð/siðferði. MDE sagði þessa vöntun leiða til ástæðulausra fordóma sem að jafna mætti til mismununar ásamt broti á rétti hans til þess að sýna ekki trú sína.

MDE er ekki alltaf svo gagnrýnin sérstaklega ekki þegar mál lítur að sambandi trúar og ríkisins. Í máli **Heilögu Klaustranna gegn Grikklandi**⁶⁴ komst MDE að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn ákvæðum 14. gr. MSE né á trúfrelsi eða félagafrelsinu. Grísk stjórnvöld höfðu samþykkt lög þar sem að allar eignir Heilögu Klaustranna sem voru í eigu Grísku kirkjunnar voru fluttar til ríkisins, löggin höfðu ekki áhrif á neinar aðrar kirkjur. MDE sagði þessa ráðstöfun í lagi vegna náins sambands Grísku kirkjunnar og ríkisins. Í máli **Shalom Ve Tsedek gegn Frakklandi**⁶⁵ hafði samfélagi gyðinga ekki verið veitt heimild til þess að sinna slátrun með helgiathöfn á þeim grundvelli að félagði væri ekki fulltrúi gyðingasamfélagsins og það var möguleiki fyrir þá að fá kjöt sem væri slátrað eftir trúarlegum kröfum þeirra innflutt frá Belgíu. MDE taldi ofangreinda meðferð lögmæta til að vernda almannaeheilsu og –reglu, meðferðin var takmörkuð og kom ekki í veg fyrir að kærandi gæti áfram rækt trú sína.

Löggjög ESB verndar einungis trúfrelsi á vinnumarkaði, líkt og áður segir. Atvinnuáttalilskipunin veitir undanþágur frá banni við mismunun þegar það telst eðlilegt vegna eðlis starfseminnar eða því samhengi sem hún fer fram í, þegar trú eða sannfæring einstaklings er raunverulegur, lögmætur og réttlætanager grundvöllur ráðningar. Því er trúfélögum heimilt að setja ákveðin skilyrði fyrir starfsmenn sína, líkt og neita að ráða kvenkyns presta ef það fer gegn trú þeirra.

f. Kynþáttur eða þjóðernisuppruni

Kynþáttur og þjóðernisuppruni eru þær mismununarástæður sem að njóta hvað víðtækastar verndar í löggjöf ESB. Verndin nær yfir vinnumarkaðinn, aðgang að almannatryggingakerfinu og að aðgengi að vörum og þjónustu. MDE segir ofbeldi vegna kynþátta er lítilsvirðing fyrir mannlegri reisn og kallar á sérstaka árvegni stjórnvalda og sterkra viðbragða.⁶⁶

Þrátt fyrir að MDE krefjist ekki sérstaklega að „veigamiklar ástæður“ séu til staðar til þess að réttlæta mismunun vegna kynþáttar hefur hann sagt að sérstaka áherslu skuli leggja á mismunun á þeim grundvelli.⁶⁷ Því hefur dómstóllinn fjallað um mörg mál þar sem um er að ræða slíka mismunun. Má sem dæmi nefna mál

⁶² Thlimmenos gegn Grikklandi nr. 34369/97 - 47. mgr.

⁶³ Nr. 7710/02

⁶⁴ Nr. 13092/87 og 13984/88

⁶⁵ Nr. 27417/95

⁶⁶ Nachova og aðrir gegn Búlgaríu nr. 43577/98 og 43579/98

⁶⁷ Kýpur gegn Tyrklandi (ofar)

Timichev gegn Rússlandi (sjá ofar) þar sem að kæranda hafði verið neitað að koma inn á svæði Kabardino-Balkaria á þeim grundvelli að hann væri af tsjetsjenskum uppruna. MDE sagði að þetta væri mismunun og bryti á rétti hans til þess að ferðast skv. 2. gr. viðauka 4. Ennfremur hefur MDE komið auga á ýmis konar mismunun án þess að minnst á 14. gr. MSE. Í máli 35 Austur Afríku Asíubúa gegn Bretlandi⁶⁸ sagði Mannréttindanefnd Evrópu (MNE) að kynþáttamismunun gæti jafnast á við lítilsvirðandi meðferð sbr. 3. gr. MSE. Kærendur, sem voru af Asískum uppruna, var bannað að koma til og dvelja í Bretlandi þrátt fyrir að þeir væru Breskir ríkisborgarar. Þeir voru íbúar fyrrverandi breskra nýlendna (Tansaníu, Úganda og Kenýa) og þar sem að þeir höfðu þurft að þola aukna og oft ólöglega erfiðleika ákváðu þeir að fara til Bretlands til að búa. En þrátt fyrir að MNE hefði sagt að þeir hefðu verið meðhöndlaðir sem „annars flokks borgarar“ var ekki þörf á frekari aðgerðum þar sem að þeim hafði verið leyft að koma til Bretlands.

Sumir hafa gagnrýnt að MDE reyni að líta framhjá málum þar sem að kynþáttamismunun er ekki studd nægjanlega góðum rökum og þar af leiðandi virðist MDE krefjast mjög sterkra sönnunar um að slíka mismunun sem getur verið erfitt fyrir kæranda. En hins vegar þegar kærandi nær að sýna fram á að honum hafi raunverulega verið mismunað hvílir sönnunarábyrgðin um hið gagnstæða á ríkinu.⁶⁹ En svo virðist sem að MDE telji ekki að aðildarríkin geti verið sek um slíka óásættanlega hegðun. T.d. í máli **Abdulaziz, Cabaes og Balkandali gegn Bretlandi** höfðu innflytjendakonur lent í erfiðleikum við að komast inn í Bretland en MDE sagði að þar væri um að ræða mismunun á grundvelli kyns en ekki kynþáttar.

g. Þjóðerni

Mismunun á grundvelli þjóðernis getur verið nátengd mismunun á grundvelli kynþáttar og þjóðernisuppruna og getur einnig tengst mismunandi stöðu ríkisborgara og útlendinga, sérstaklega þeirra sem að koma frá löndum utan ESB. Þessi mismunandi staða leiða til misjafna niðurstaða bæði frá MDE og ED. Verndin sem að MSE veitir á að vera víðtækari en verndin sem löggjöf ESB veitir. Mismunun á grundvelli þjóðernis er bönnuð skv. tilskipun 2004/38/CE um frjálsa för fólks, sem að takmarkast við borgarar ESB og fjölskyldumeðlimi þeirra. MSE veitir víðari vernd og sú vernd takmarkast aðeins við ákvæði sáttmálans. En MDE virðist skilja á milli mismunandi aðstæðna.

Mismunun á grundvelli þjóðernis þarf að þola nákvæma skoðun og er aðeins réttlætanleg ef að „veigamiklar ástæður“ liggja að baki henni, sbr. mál **Gaygusuz gegn Austurríki**.⁷⁰ Kærandi, sem var tyrkneskur ríkisborgari, hafði verið að vinna í Austurríki í mörg ár og hafði sótt um atvinnuleysisbætur. Austurríska ríkið neitaði honum um þær af þeirri einu ástæðu að hann væri ekki Austurrískur ríkisborgari. MDE sagði þessa meðferð jafnast á við mismunun þar sem að kærandi hafði greitt sín gjöld og skatta og með því lagt fé í tryggingasjóðinn og uppfyllti öll önnur lagaskilyrði. Í máli **Zeibek gegn Grikklandi**⁷¹ sótti grískur ríkisborgari um lífeyri sem einkum var ætlaður stórum fjölskyldum. Yfirvöld neituðu honum um styrkinn þar sem að eitt barna hans var ekki grískur ríkisborgari, þrátt fyrir að kærandi ætti þann fjölda barna sem var áskilinn skv. lögnum. Ennfremur ákváðu yfirvöld að taka ríkisborgarréttinn af allri fjölskyldunni vegna þessa misræmis. MDE sagði að það að taka af þeim ríkisborgararéttinn væri aðeins byggt á því að kærandi væri múslimi og því væri um mismunun að ræða. Yfirvöld gátu ennfremur ekki réttlætt þessar aðgerðir á þeim grundvelli að þeir væru að vernda grísku þjóðina sem er mismunun á grundvelli þjóðernis. Í máli **Koua Poirrez gegn Frakklandi**⁷² hafði kæranda, ríkisborgara Fílabeinsstrandarinnar, verið neitað um örorkubætur þar sem að slíkar bætur væru eingöngu ætlaðar frönskum ríkisborgurum. MDE sagði að um mismunun væri

⁶⁸ Nr. 4626/70

⁶⁹ Timichev gegn Rússlandi nr. 55762/00 og 55974/00

⁷⁰ Gaygusuz gegn Austurríki, nr. 17371/90

⁷¹ Nr. 46368/06

⁷² Nr. 40892/98

að ræða þar sem að ákvörðunin byggðist eingöngu á þjóðerni á meðan öll önnur lagaskilyrði væru uppfyllt. Í þessu máli setur MDE strangari kröfur á ríkið þar sem að öfugt við Gaygusuz málið átti kærandi rétt á bótunum jafnvel þó hann hefði ekki lagt neitt af mörkum til almannatryggingakerfisins.

Rannsóknin virðist aðeins sveigjanlegri þegar mismunandi meðferð tengist reglum um inngöngu og brottför útlendinga um landamæri ríkja. MSE útilokar ekki stefnur sem að setja takmarkanir á inngöngu og brottvísun útlendinga að almennt um athafnir þeirra svo fremi að nokkur skilyrði séu uppfyllt. T.d. segir í viðauka 7 að tryggja þurfi ákveðnar öryggisráðstafanir varðandi málsmeðferð í tengslum við brottvísun, s.s. rétt til að óska eftir endurskoðun á máli manns ennfremur tryggir löggjöf ESB borgurum sínum ákveðin réttindi s.s. rétt til áfrýjunar, frjálsa för fólks og rétt til að kjósa í Evrópskum kosningum. Slík mismunandi meðferð er ekki bönnuð skv. MDE þar sem að ríkisborgarar (eða ESB borgarar) eru ekki talin vera í svipuðum aðstæðum. Í máli **Moustaquim gegn Belgíu**⁷³ átti að brottvísa marokkóskum borgara vegna þess að hann hafði verið sakfelldur fyrir glæp. En ekki var heimilt að brottvísa Belgískum ríkisborgurum eða ESB borgurum. MDE taldi, eins og hefur komið fram hér áður, að þessi meðferð væri lögmæt og hæfileg.

Í **Zhu og Chen gegn gegn Secretary of State for the Home Department**⁷⁴ tókst ED ekki á við mismunun sem slíka. En þessi dómur sýnir hins vegar að ED skoðar ítarlega mál þegar kemur að þjóðerni. Frú Chen, kínverskur ríkisborgari, kom til Bretlands þegar hún var komin 6 mánuði á leið. Hún fór til Norður-Írlands og eignaðist barnið þar og flutti svo með barnið til Bretlands. Skv. írskum lögum var barnið írskur ríkisborgari og sem ESB borgari ætti það að geta ferðast frjálst um lönd ESB. Hinsvegar þar sem að barnið var háð móður sinni bæði fjárhagslega og tilfinningalega yrði að veita móður þess sama rétt til þess að það gæti notið þessa réttar síns. ED sagði að svo fremi að barnið hefði fullnægjandi sjúkdómatryggingu og er í umsjá foreldris sem að er borgari þriðja ríkis sem að hefur nægjanleg fjárráð til þess að barnið verði ekki byrði opinbera fjármálakerfis aðildarríkisins þar sem það dvelur, hefur það rétt á að dvelja þar um óákveðin tíma. Jafnframt er heimilt í slíkum kringumstæðum fyrir foreldri þessa barns sem að er aðal umönnunaraðili þess að dvelja með barninu í aðildarríkinu. Þannig að til þess að svipta barnið ekki rétti sínum fær móðirin sömu réttindi. ED hefur mjög víða skilgreiningu á réttinum til fjölskyldusameiningar án þess að skoða hvort að um er að ræða misnotkun á slíkum rétti (í þessu máli hefur frú Chen ekki mótmælt ásökunum Bretlands um að hún hafi gert þetta til að komast framhjá reglum Kína um það fólki er aðeins heimilt að eignast eitt barn). Þjóðerni verður ótengd ástæða ef að tengsl við ESB borgara er fengin og því verður þjóðerni ekki réttlætning fyrir mismunandi meðferð.

3. Mismununarástæður sem að njóta verndar MSE

Eins og hefur verið minnst á hér ofar þá er upptalningin í 14. gr. MSE ekki tæmandi líkt og er með löggjöf ESB er lúta að banni við mismunun. Því veitir MDE víðtækari vernd gegn mismunun að sumu leyti. Hér á eftir verða aðeins nefnd nokkur dæmi.

a. Óskilgetinn

Að vera óskilgetinn á við börn sem fædd eru utan hjónabands og er mismununarástæða sem réttlætist aðeins að „veigamiklum ástæðum“ þar sem að börn hafa enga stjórn á þeim aðstæðum sem að þau fæðast inn í. Má nefna sem dæmi **Mazurek gegn Frakklandi**⁷⁵, kærandi mátti ekki erfa meira en 25 % af eignum móður sinnar þar sem að hún fæddist utan hjónabands. MDE sagði að þetta væri mismunun, nauðsyn til þess að varðveita hið hefðbundna fjölskylduform væri lögmæt ástæða í sjálfu sér en þessi aðgerð þótti ekki hófleg

⁷³ Nr. 12313/86

⁷⁴ C-200/02

⁷⁵ Nr. 34406/97

leið að því marki. Í máli **Camp og Bourimi gegn Hollandi**⁷⁶ hafði óskilgetið barn verið útilokað frá því að erfa meintan föður sinn þar sem að hann hafði fæðst utan hjónabands og faðernið hafði ekki verið viðurkennt (faðirinn dó á meðan á meðgöngu kæranda stóð). MDE sagði að kæranda hefði verið mismunað ekki aðeins samanborið við börn fædd í hjónabandi heldur einnig börn fædd utan hjónabands þar sem að faðirinn hafði gengist við barninu.

MDE setur ekki eins ströng skilyrði þegar ógiftir feður fá aðra meðferð en giftir feður. Í máli **McMichael gegn Bretlandi**⁷⁷ var deilt á það að ógiftir feður þurftu að fara fyrir dómstóla til að fá viðurkennt að þeir væru feður barns en giftir feður urðu sjálfkrafa skráðir feður barns. MDE sagði að markmið með þessum lögum væri lögmætt til að vernda hagsmuni barnanna og mæðra þeirra. Vegna þessara ráðstafana geta dómstólar greint á milli góðra/lofsverðra feðra og þeirra áhugalaus. MDE sagði því að þessi mismunandi meðferð væri ekki mismunun. Málsatvik og aðstæður geta hins vegar leitt til annarrar niðurstöðu. Í máli **Hoffman gegn Þýskalandi**⁷⁸ greindi löggjöfin á milli feðra barna sem að höfðu fæðst utan hjónabands og fráskilinna feðra. Feður óskilgetinna barna áttu ekki sjálfkrafa rétt á umgengni við barnið og þýskir dómstólar veittu þeim aðeins í undantekningartilvikum umgengnisrétt við barnið. Öfugt við fyrra málið skoðaði MDE ítarlega framkvæmdina og taldi að sönnunarbyrðin væri sérstaklega mikil hjá feðrunum og taldi því að um mismunun væri að ræða.

b. Eignir

Mismunun getur einnig grundvallast vegna eigna. Í **Chassagnou gegn Frakklandi**⁷⁹ skylduðu landslög eigendur smærri jarða til að leyfa almenningi að veiða á landareign sinni á meðan stærri landeigendur voru ekki skyldugir til hins sama. Kærandi var á móti veiðum og neitaði að fylgja lögunum. MDE sagði að þessi skylda fæli í sér mismunun þar sem að hún heimilaði aðeins stærri landeigendum að nota jarðir sínar í samræmi við skoðanir þeirra.

c. Aðild að félagi

Í máli **Danilenkov og aðrir gegn Rússlandi**⁸⁰ taldi MDE að brotið hefði verið gegn 14. gr. MSE ásamt 11. gr. þar sem að Rússland tryggði ekki skilvirka og skýra réttarlega vernd gegn mismunun á grundvelli aðildar að stéttarfélagi.

d. Staða innan hersins

Í **Engel og aðrir gegn Hollandi**⁸¹ eftirlét MDE aðildarríkjunum mikið svigrúm varðandi mismunandi meðferð hermanna. Þar sem að yfirmenn tóku út agaviðurlögin, ströng gæsla, í dvalartjöldum sínum eða herbúðum á meðan yfirmenn án mannaforráða og óbreyttir hermenn þurftu að dúsa í læstum klefum. MDE sagði stigskiptinguna innan hersins fela í sér mismunandi meðferðir miðað við stöðu innan hersins. Samsvarandi við mismunandi stöður er misjöfn ábyrgð og skyldur sem að réttlætir misjafna meðferð þegar kemur að agaviðurlögum. Slík mismunun er venjubundin í samningsríkjunum og leyfði skv. alþjóðlegum mannréttindalögum og því telst slík meðferð lögmæt og hófleg.

⁷⁶ Nr. 28369/95

⁷⁷ Nr. 16424/90

⁷⁸ Nr. 34045/96

⁷⁹ Nr. 25088/94

⁸⁰ Nr. 67336/01

⁸¹ Nr. 5100/71

Til að draga ofangreinda umfjöllun saman þá skýrir dómaframkvæmd dómstólanna tveggja útbreiðslu mismununar og áhrif hennar. Benda má sérstaklega á víðtækt svigrúm aðildarríkjanna til þess að mismuna. Sérstaklega virðast dómstólar heimila mismunandi meðferð ef að þriðji aðili á hlut að máli, þá sérstaklega barn eða þegar verri meðferð tengist almannatryggingakerfi landsins. Þetta hefur verið áréttað í nýlegum dómi MDE, í máli **Andrle gegn Tékklandi**.⁸² Kærandi var maður sem að hafði alið upp börn sín. Hann kvartaði yfir því að aðeins var heimild í lögum fyrir konur sem höfðu alið upp börn sín til að lækka ellilífeyrisaldur sinn. MDE sagði aðildarríkin betur í stakk búin til að dæma um það hvernig ætti að beita jákvæðri mismunun til að bæta stöðu kvenna gagnvart körlum og sagði ríkið hefði unnið að því að jafna ellilífeyrisaldurinn.

Svo umfangsmikil lög geta hins vegar ekki komið í veg fyrir að til staðar sé lagaleg óvissa fyrir kæranda. Niðurstöður dómstólanna byggjast að verulegu leyti á málsástæðum hverju sinni. Dómstólar geta ennfremur að því virðist alltaf snúið við niðurstöðum sínum líkt og fjallað var um hér ofar í umfjöllun um mismunun vegna aldurs og niðurstöðu ED í máli Küçükdeveci.

⁸² Nr. 6268/08