

NICHOLAS KAHN-FOGEL

Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás

		Absztrakt
		101
		Bevezetés 103
I.	Az afrikai homoszexualitással kapcsolatos jog és kortárs attitűdök.....	109
II.	Liberális filozófia és liberális jogi keretek	118
	A. Egyenlő védelem	120
	B. Autonómia.....	133
	C. Végrehajtás.....	140
III.	A liberalizmus kritikái	143
	A. A komunitárius filozófia és az afrikai kultúra	148
	B. Queer elmélet	161
IV.	Antropológiai adatok	165
V.	Az előre vezetőút	173

ABSZTRAKT

Ez a cikk eredeti történelmi kutatásokra, queer-elméletre, komunitárius filozófiára és antropológiai forrásokra támaszkodva azt sugallja, hogy a nyugati liberálisok azon erőfeszítései, amelyek az azonos neműek intim életvitelének gyakorlóit védik Afrikában, viszonylag sikertelenek lehetnek, és tovább veszélyeztethetik az érdekérvényesítés tervezett kedvezményezettjeit.

Az elmúlt években nyugati emberi jogi aktivisták, tudósok és politikusok a homoszexuálisok jogainak előmozdításán dolgoztak Afrikában. Érthető, hogy érveiket liberális, univerzalista fogalmakkal fogalmazták meg. Mivel a liberális értékekre való sikeres támaszkodás

* Segédprofesszor, University of Arkansas at Little Rock, William H. Bowen School of Law. Hálás vagyok Ken Gallant, Joshua Silverstein, Arthur Best és Anastasia Boles professzorok hasznos észrevételeiért. Az UALR William H. Bowen School of Law támogatta a cikken végzett munkámat.

102 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

egyenlőség és autonómia a homoszexuálisok nyugati státuszának javítása érdekében, ez a megközelítés intuitív. A liberális ideológia a nemzetközi jogban is teljesen meghonosodott, és az afrikai országok alkotmányainak nyelvezete is a liberális filozófia hatását tükrözi. Ennek ellenére számos afrikai vezető ellenségesen reagált a liberális felhívásokra, gyakran azzal az állítással, hogy a homoszexualitás nem afrikai, az erkölcsileg korrupt Nyugat betegsége.

Szimpatizálok a liberális szemlélettel, de a liberális paradigmán kívüli elképzelések figyelembevétele óvatosságra int az azonos neműek afrikai intimitását végző emberek jólétének előmozdítását célzó liberális menetrenddel kapcsolatban. Az azonos neműek szexuális intimitásának az afrikai kultúrákban betöltött társadalmi jelentőségére vonatkozó antropológiai bizonyítékok egy része megerősíti a queer-elmélet művelőinek állításait, akiknek antiesszencialista érvei azt sugallják, hogy a szexuális identitás társadalmilag konstruált, nem pedig egy megváltoztathatatlan, biológiai szükségszerűség eredménye. Számos afrikai kultúrában, mind történelmileg, mind napjainkban, az azonos nemű intimitást folytató emberek ezt a viselkedést személyes és szexuális identitásuk jelentéktelen összetevőjének tekintették. Továbbá, sok társadalomban az azonos neműek intimitása elsősorban társadalmilag függő, nem pedig stabil jellemzője az ilyen viselkedést folytató emberek életének. Ez akadályokat gördít a liberális diszkriminációellenes érvek elé. Hasonlóképpen óvatosságra ad okot a queer teoretikusok megfigyelése, miszerint az esszencialista állítások ugyanolyan hatékonyan használhatók az elnyomás, mint a felszabadítás eszközeiként; a zsarnoki többségek gyakran használták az alapvető, megváltoztathatatlan különbség eszméjét a hátrányos helyzetű kisebbségek leigázásának eszközeként. Végül soron az azonos nemű intimitást folytató afrikaiak homoszexuálisokként való kategorizálása az ilyen kategorizálás tervezett kedvezményezettjeit könnyebb célponttá teheti a szexuális identitás nyugati felfogását elfogadni nem hajlandó társadalmak többségei számára.

A komunitárius filozófia azért is fontos a homoszexualitás afrikai jogi státuszának megvitatásához, mert a kontinens hagyományos kultúráiban mélyen gyökerezik a kommunitarizmus. Bár az afrikai országok hajlamosak olyan alkotmányokat elfogadni, amelyek liberális jogokat hirdetnek, sok olyan társadalomban, ahol ezek az alkotmányok születtek, hiányzik a Nyugat mély kulturális elkötelezettsége az individualizmus iránt. Ehelyett az afrikai kultúrák széles köre inkább a csoport jólétét és az egyéni felelősséget hangsúlyozza az egyéni jogokkal szemben. Ennek következtében a közösségi értékek gyakran jobban magyarázzák a jog tényleges működését az afrikai országokban, mint a feltételezett liberális lojalitás.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 103

az afrikai alkotmányokban. Ez a komunitárius szemlélet liberális érvekkel akadályokat is felvet a homoszexuálisok jogainak előmozdítása elé Afrikában.

Végezetül, az univerzalizáló eszmék nyugati bevezetésének mocskos történelmének mélyebb megismerése az afrikai elmék és testek manipulálása és leigázása, valamint az afrikai cselekvőképesség nyugati tagadása miatt figyelmeztetheti a liberálisokat arra, hogy milyen veszélyes intellektuális területen mozognak, és segíthet a liberálisoknak elkerülni a gyarmatosító trópikusokat, amelyek tovább szíthatják az ellenállást az olyan politikákkal szemben, amelyek célja az azonos nemű intimitást folytató emberek státuszának javítása Afrikában. A nyugati liberálisok helyesen teszik, ha az afrikaiak azon állításait, miszerint a homoszexualitás nem afrikai, azzal hártják el, hogy rámutatnak, hogy az európai kívülállók eredetileg vallási intoleranciát és szodómatörvényeket vezettek be az afrikai kultúrákba, amelyek korábban jobban befogadták az azonos neműek intimitását. De azoknak az afrikai vezetőknek, akik ragaszkodnak a homoszexualitás nyugati eredetéhez, szintén igazuk van, bár nem szándékolt értelemben: az, hogy számos mai afrikai kultúrában olyan emberek vannak jelen, akik szexuális identitásukat a homoszexualitás nyugati felfogásával egyezően határozzák meg, valóban a nyugati befolyás következménye lehet. Ráadásul, még ha ma már vannak is olyan afrikaiak, akik homoszexuálisnak tartják magukat, a nyugati jogvédők érdekérvényesítése és a nyugati kormányok fenyegetései olyan visszahatásokat okozhatnak, amelyek ronthatják az életüket. Végül soron, ha a liberálisok abban reménykednek, hogy pozitív hatást gyakorolhatnak az azonos neműek intim kapcsolatát folytató afrikaiak életére, akkor az általunk befolyásolni kívánt kultúrákkal való interakcióinkat inkább beszélgetésként, mintsem kioktatásként vagy parancsként kell felépítenünk.

BEVEZETÉS

A *The New York Times* honlapján 2013 elején megjelent rövidfilm a homoszexualitás jogi státuszáról folyó ugandai küzdelemmel foglalkozik, hangsúlyozva az amerikai evangélikusok szerepét az afrikaiak finanszírozásában és bátorításában, akik az elnyomó törvények és politikák bevezetésén dolgoztak, és akik intoleráns, bigott nézeteket vallottak a homoszexuálisokról. Az *Intolerancia evangéliuma* című film világos ellenpont¹ kínál az afrikai vezetők számos, prominens állításával szemben, miszerint a homoszexualitás idegen az afrikai kontinensről, nyugati konstrukció, és neokolonialista ráerőltetés a hagyományos afrikai kultúrára és értékekre. A film valójában azt sugallja a nézőinek,

¹ Roger Ross Williams, *Gospel of Intolerance*, N.Y. TIMES (2013. január), http://www.nytimes.com/2013/01/23/opinion/gospel-of-intolerance.html?_r=0.

104 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

Az amerikai vallási konzervatívok a neokolonialisták, akik a nyugati pénzt használják arra, hogy az afrikaiak véleményét úgy alakítsák, hogy az megfeleljen a nyugatiak erkölcsről és emberi természetéről alkotott korlátolt, káros nézeteinek.

A film megfigyelései elég pontosak, ugyanakkor az is igaz, hogy mind a filmrendező, mind az amerikai evangélikusok az imperialista diskurzus fontos jellemzőit reprodukálják. Az amerikai "kulturharc" öntudatos kiterjesztésével az afrikai kontinensre mind az evangélikusok, mind a filmrendező a nyugati eredetű univerzalizáló normák mellett érvel, amelyeknek mindkét kontingens szerint az afrikai törvényeket és kultúrát kellene formálniuk. A filmrendező ráadásul egy régóta fennálló gyarmatosító hagyományban vesz részt azzal, hogy megtagadja az afrikaiak többségének és vezetőiknek a cselekvőképességét, akik homoszexualitás-ellenes érzelmeket fejeznek ki. A film implicit üzenete szerint a homoszexualitást nyilvánosan vitriolosan támadó afrikai politikusok csupán baljós külső erők bábjai, akik képtelenek saját erkölcsileg koherens perspektívával rendelkezni.

Az evangélikusok és sok afrikai közvetlen állításainak mélyen gyökerező törzskönyve van, amely legalábbis a XVIII. századi felfedezők és misszionáriusok beszámolóira vezethető vissza, akik azt állították, hogy a homoszexuális viselkedés lényegében idegen az afrikai kontinensen.² Az afrikai gyarmatosítás csúcspontján, a 19. században és a 20. század elején a viktoriánus korszak homoszexuális viselkedés elleni törvényei, amelyek a gyarmatokon és a metropoliszon is érvényesek voltak, azt a korabeli ideológiát tükrözték, hogy a heteroszexualitás a természetes norma, és hogy a homoszexualitás biológiailag és erkölcsileg is deviáns.³ A kortárs jogvédők saját univerzalizáló rubrikájukat érvényesítik, amely egy alternatív európai vonalból származik: az egyenlő bánásmódhoz és autonómiához való egyetemes emberi jogok liberális fogalmából, amely John Locke felvilágosodás kori filozófiájára vezethető vissza. A liberális filozófia csak jóval később kezdte el felölelni a homoszexuálisok jogaira vonatkozó követeléseket (a felvilágosodás kori filozófusok, mint Locke, nem ismerték volna el vagy nem értették volna modern értelemben). Mégis ez a filozófia határozza meg ma az emberi jogi jog modern keretét, beleértve a homoszexuálisok jogainak érvényesítését, a nemzeti alkotmányokban és nemzetközi egyezményekben felsorolt szélesebb körű jogokon alapulva.⁴ És ahogyan a modern homoszexuálisok jogainak védelmezői azt sugallják, hogy a nyugati

² *Lásd az alábbi*

V. részt. *Lásd az*

³*alábbi II. részt.* ⁴

Lásd az alábbi III.

részt.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 105

A gyarmati európaiak (és modern nyugati és afrikai értelmiségi társaik) azt állították, hogy az afrikai homoszexuális tevékenységet egy külső fenyegetés, akkoriban a Burton hírhedt szotádiai zónájának erkölcsileg kicsapongó arabjai és portugáljai okozták.⁵

Érthető módon a homoszexualitás normalizálását és védelmét Afrikában támogatók hajlamosak érveiket liberális, univerzalista fogalmakkal megfogalmazni. Ez a megközelítés intuitív, tekintve, hogy Nyugaton sikeresen támaszkodnak az egyenlőség és az autonómia liberális értékeire a homoszexuálisok státuszának javítása érdekében. Ráadásul a liberális ideológia teljesen beépült a nemzetközi jogba, és az afrikai országok alkotmányainak nyelvezete is a liberális filozófia hatását tükrözi. Szimpatizálok a liberális szemlélettel. Úgy vélem azonban, hogy azok a nyugati jogászok, tudósok és emberi jogi aktivisták, akik a homoszexualitás afrikai helyzetével foglalkoztak, nem fordítottak kellő figyelmet a liberális paradigmán kívüli gondolatokra, amelyek óvatosságra intenek az azonos nemű intimitást folytató afrikai emberek életének javítását célzó liberális menetrenddel kapcsolatban.

Ebben a cikkben a liberális állításokat a meleg identitásról és a melegek jogairól szóló szélesebb antropológiai és filozófiai diskurzuson belül kontextusba helyezem, beleértve a homoszexuális viselkedés és a szexuális identitás jelenlegi és történelmi felfogásának áttekintését a különböző afrikai kultúrákban. Tárgyalni fogom a queer teoretikusok ideológiáját, akiknek antiesszencialista érvei megerősítenek néhány antropológiai bizonyítékot az azonos neműek szexuális intimitásának jelentőségéről az afrikai társadalmakban.⁶ Bár az antropológiai feljegyzések olyan földrajzilag széles körben elterjedt viselkedést mutatnak, amelyet a modern, nyugati megfigyelők homoszexuálisnak minősítenének, e viselkedés jelenlegi és történelmi értelmezései gyakran összezavarják a homoszexuális identitás modern konstrukcióit.⁷ Valójában sok afrikai, aki részt vesz abban, amit a nyugatiak homoszexuális viselkedésnek neveznének, ezt a viselkedést nemcsak általános identitásának viszonylag jelentéktelen összetevőjének tekinti, hanem még szexuális identitásának is jelentéktelen összetevőjének.⁸ Ez az antropológiai alátámasztása az anti-esszencialista

⁵ MARC EPPRECHT, HUNGOCHANI: A DISSZIDENS SZEXUALITÁS TÖRTÉNETE A DÉL-AFRIKA (82005).

⁶ *Lásd az alábbi IV.B. részt.*

⁷ *Lásd az V. részt.*

⁸ *Id.*

106 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a queer teoretikusok érvei jelentős akadályokat gördítenek a liberális diszkriminációellenes érvek elé. Hasonlóképpen, a queer teoretikusok megfigyelése, miszerint az esszencialista érvek ugyanolyan hatékonyan használhatók az elnyomás, mint a felszabadítás eszközeiként, óvatosságra inti a liberálisokat, akik az afrikai életének javítására tesznek kísérletet azzal, hogy nyugati, esszencialista fogalmak szerint osztályozzák őket.

A közösségi filozófiát és annak számos afrikai kultúrával való kapcsolatát is megvitatom. A komunitárius érvek különösen fontosak a homoszexualitás jogi státuszának afrikai megvitatása során, mivel a kontinens hagyományos kultúráiban mélyen gyökerezik a kommunitarizmus.⁹ Bár az afrikai országok hajlamosak olyan alkotmányokat elfogadni, amelyek liberális jogokat hirdetnek, sok olyan társadalomban, amelyben ezek az alkotmányok születtek, hiányzik az individualizmus iránti mély kulturális elkötelezettség, amelyet olyan megfigyelők, mint Michael Sandel, az Egyesült Államokban megfigyeltek.¹⁰ Ehelyett az afrikai kultúrák inkább a csoport jólétét hangsúlyozzák az egyéni jogokkal szemben.¹¹ Ennek következtében a közösségi értékek gyakran jobban magyarázzák a jog tényleges működését az afrikai országokban, mint az afrikai alkotmányokban megnyilvánuló állítólagos liberális lojalitás.¹² Ez a komunitárius szemlélet a homoszexuálisok jogainak liberális érvekkel történő előmozdítása előtt álló akadályokat is felveti Afrikában. Végül soron mind a komunitaristák, mind a queer teoretikusok tagadják a jogok létezését, mint olyan aduászokat, amelyek meghaladják azon közösségek értékeit, amelyekben ilyen igényeket támasztanak.

Ezek a kontextusok - a queer teoretikusok antiesszencialista állításai, az afrikai antropológiai adatok és a komunitárius filozófia - hasznosak lehetnek a liberális emberi jogi aktivisták számára; a liberális kezdeményezésekkel szembeni politikai ellenállás valószínűsíthető mélységére utalnak, amit a homoszexuálisok jogainak védelmezőinek figyelembe kell venniük, mielőtt stratégiákat terveznek az azonos nemű intimitást gyakorlók életének javítására Afrikában. Hasonlóképpen, az afrikai gondolkodásra hatást gyakorló történelmi erők és hagyományok szélesebb körű megbecsülése figyelmeztetheti a liberálisokat arra, hogy az általuk bejárt szellemi terület némiképp alattomos. Azzal, hogy a

⁹ *Lásd az alábbi IV.A. részt.*

¹⁰ *Lásd általában* MICHAEL J. SANDEL, *DEMOKRÁCIA MEGSZÜNTETÉSE: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY* (1996) (a továbbiakban: SANDEL, *DEMOCRACY'S DISCONTENT*); MICHAEL J. SANDEL, *WHAT MONEY CAN'T BUY: A PÉNZPIAC ERKÖLCSI KORLATAI MARKETS* (2013) (a társadalmi javak árucikké válásának mindenütt jelenlévő folyamatát írja le az Egyesült Államokban).

¹¹ *Lásd az alábbi IV.A. részt.*

¹² *Id.*

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 107

az egyetemes jogokért, a liberálisok jól tennék, ha felismernék az univerzalizáló eszmék nyugati bevezetésének mocskos történetét az afrikai elmék és testek befolyásolása és leigázása érdekében. Ez a felismerés megkönnyítheti a gyarmatosítás trópusainak elkerülését, amelyek tovább szíthatják az ellenállást az azonos neműek intimitását Afrikában folytató emberek státuszának javítását célzó politikákkal szemben.

Ez a vita számos Afrikán kívüli kultúrában is fontos lenne. Az Afrikán kívüli hagyományos társadalmak gyakran a csoport jólétét helyezik előtérbe az egyéni jogokkal szemben.¹³ Emellett az Afrikán kívüli társadalmakban az azonos neműek szexuális kapcsolatának mintái gyakran megzavarták a szexuális identitás nyugati felfogását.¹⁴ E potenciálisan szélesebb körű következmények ellenére úgy döntöttem, hogy Afrikára összpontosítok, egyrészt azért, mert ez egybeesik szakmai érdeklődési körömmel, másrészt mert a homoszexualitásra adott afrikai reakció az elmúlt években különös figyelmet kapott a nyugati aktivisták részéről. Ez a figyelem részben a homoszexualitásra adott egyes afrikai jogi válaszok szélsőségességének köszönhető. Úgy vélem, ez annak is következménye, hogy a nyugatiak történelmileg feljogosítva érezték magukat arra, hogy megpróbálják az afrikai kultúrákat a nyugati eszméknek megfelelően befolyásolni.

A cikk II. részében rövid áttekintést nyújtok a homoszexualitás jogi státuszáról Afrikában, valamint a liberális emberi jogi aktivisták afrikai törvényekre adott válaszairól. A III. részben a homoszexuálisok afrikai jogai mellett szóló liberális jogi érveket vizsgálom meg. Bár van egy

¹³ *Lásd pl.* Tonya Kowalski, *The Forgotten Sovereigns*, FLA36. ST. U. L. REV. 765, n.198 (2009) (az emberi kapcsolatok khthonikus középpontba állítását írja le, szemben a közösségi jogokkal szemben az egyéni tulajdonjog nyugati hangsúlyozásával); Eugene KB Tan, *'We' v 'I': A komunitárius legalizmus Szingapúrban*, 4 AUSTRAL. J. ASIAN L. 1 (2002); Timothy Webster, *China's Human Rights Footprint in Africa*, COLUM51. J. TRANSNAT'L L. 626,634 (2013) (megállapítva, hogy "[a]z ázsiai országokhoz hasonlóan Kína is a közösségi értékeket, a csoportoknak a társadalmon belüli fontosságát és az állam érdekeit hangsúlyozza az egyén érdekeivel szemben").

¹⁴ Amint alább kifejtem, még Nyugaton is csak a 19. század második felében alakult ki a modern szexuális taxonómia, amely a homoszexualitást a személyes és szexuális identitás megváltoztathatatlan jellemzőjeként fogja fel. A szexuális irányultság nyugati koncepcióinak univerzalizálására irányuló erőfeszítések átfogó kritikáját *lásd* Sonia Katyal, *Exporting Identity*, 14 YALE J. L. L., 14 YALE J. L. L. & FEMINISM 97 (nagy mértékben támaszkodva thaiföldi és indiai példákra, és azzal érvelve, hogy a szexuális identitás nyugati felfogásának összeegyeztetlensége a nem nyugati kultúrákban az azonos neműek intimitásáról alkotott elképzelésekkel azt sugallja, hogy a szexuális kisebbségek jogainak nemzetközi előmozdításában érdekelt jogászoknak inkább az autonómiára, mint az identitásra kellene összpontosítaniuk); LADY BOYS, TOM BOYS, RENT BOYS: MALE AND FEMALE SEXUALITIES IN CONTEMPORARY THAILAND (Peter A. Jackson & Gerard Sullivan Eds., 1999). A szexualitásról alkotott történelmi arab elképzelések és a szexuális identitásról alkotott nyugati elképzelések összeegyeztetlenségének mélyreható elemzését *lásd*: JOSEPH A. MASSAD, *DESIRING ARABS* (2007).

108OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a liberálisok és a komunitáriusok közötti folyamatos tudományos vita, amely túlmutat a melegjogi diskurzuson, és bár a queer teoretikusok továbbra is megkérdőjelezzik a liberális filozófia esszencialista alapjait, a nemzetközi jogi szférában egyértelműen a liberális, univerzalista paradigmák érvényesülnek. De annak ellenére, hogy a nemzetközi megállapodások és a nemzeti alkotmányok hihető alapot nyújtanak ezeknek az érveknek, a nemzetközi végrehajtási mechanizmusok nem elegendőek ahhoz, hogy a közeljövőben nagy gyakorlati jelentőséget biztosítsanak az ilyen állításoknak. Továbbá, tekintettel a homoszexualitás-ellenes érzelmek mélységére számos afrikai társadalomban, a nemzeti bíróságok felhasználása a meleg jogainak érvényesítésére, még ha kezdetben sikeres is, politikai visszahatásokat válthat ki, amelyek alááshatják a peres eljárás tervezett kedvezményezettjeinek jogi és fizikai biztonságát. A IV. részben a liberalizmus kritikáit vizsgálom meg, amelyek hasznosak lehetnek a homoszexuálisok jogainak afrikai előmozdításában érdekelt liberálisok számára, beleértve a liberalizmusban rejlő imperialista impulzusról szóló érveket, valamint a fejlődő világban a liberális kezdeményezések visszájára fordulásának lehetőségét. A IV. részben különösen a komunitárius filozófiára és a queer-elméletre fogok összpontosítani, amelyek mindegyike potenciális betekintést nyújt az afrikai meleg jogai mellett szóló liberális érvek valószínű akadályaiiba. Az V. részben az azonos neműek intimitásának antropológiai adatait tárgyalom különböző afrikai kultúrákban. Bizonyos mértékig ez a feljegyzés megerősíti a queer-elméletirők antiesszencialista állításait. A VI. részben észrevételeket teszek a komunitárius gondolkodás, a queer elmélet és az afrikai antropológiai bizonyítékok következményeiről a homoszexuálisok jogainak afrikai előmozdításában érdekelt liberálisok számára. Amennyiben a komunitárius filozófia egybeesik az afrikai mélyen gyökerező kulturális szemlélettel, az egyéni jogokon alapuló program kevésbé valószínű, hogy sikeres lesz. Amennyiben az afrikai emberek, akik a nyugatiak által homoszexuálisnak nevezett gyakorlatokat folytatnak, közösségük tagjai nem tartják homoszexuálisnak, és nem is gondolnak magukról ilyen értelemben, a nyugatiak ragaszkodása ahhoz, hogy ezeket az egyéneket homoszexuálisokként kategorizálják, veszélyeztetheti őket. Összességében az emberi jogok védelmezői jól tennék, ha figyelembe vennék a homoszexuálisok jogainak afrikai előmozdítására irányuló liberális menetrend lehetséges nem szándékolt következményeit. Végül soron e kutatás tanulságai azt sugallják, hogy a nyugati jogászoknak, tudósoknak, politikai döntéshozóknak és aktivistáknak, akik abban reménykednek, hogy javítani tudják az Afrikában azonos nemű intimitást folytató emberek életét, rendkívül óvatosan kell eljárniuk.

I
AZ AFRIKAI HOMOSZEXUALITÁSSAL KAPCSOLATOS JOG ÉS
KORTÁRS ATTITÚDOK

Ma a homoszexuális tevékenység törvényileg tiltott Afrika egyik³⁶ 54 országok.¹⁵ A homoszexuális szexért Afrikában kiszabható büntetések súlyossága jelentősen eltér: a Libériában kiszabható legfeljebb egyéves börtönbüntetéstől¹⁶ a Sierra Leonében¹⁷ és Tanzániában kiszabható életfogytiglani börtönbüntetésen át a Mauritániában, Észak-Nigéria egyes részein, Dél-Szomáliában és Szudánban kiszabható¹⁸ halálbüntetésig.¹⁹ Ugandában azóta széles körű figyelmet kaptak a "súlyos homoszexualitásért" kiszabható halálbüntetés 2009 engedélyezésére irányuló jogalkotási kísérletek.²⁰ A weboldalon

11 A frankofón afrikai országokban az azonos neműek szexuális intimitása soha nem volt kriminalizálva.²¹ Azonban még ezen országok némelyikében is magasabb a beleegyezési korhatár az azonos neműek szexuális tevékenységéhez, mint a heteroszexuális szexhez.²² Lesothóban és Dél-Afrikában a homoszexuálisok modern védelme lépett az azonos neműek szexuális érintkezését tiltó korábbi törvények helyébe, a Zöld-foki szigeteken pedig a homoszexuális tevékenységet tiltó régebbi tiltás hiányzik a modern büntető törvénykönyvből.²³ Néhány országban, például Egyiptomban, az arcilág semleges törvények gyakran

¹⁵ LUCAS PAOLI ITABORAHY & JINGSHU ZHU, STATE SPONSORED HOMOPHOBIA-A WORLD SURVEY OF LAWS: KRIMINALIZÁCIÓ, VÉDELEM ÉS ELISMERÉS SEX LOVE 33 (2013), elérhető a http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_oldalón._Sponsored_Homophobia_2013.pdf.

¹⁶ *Id.* 51. o.

¹⁷ *Id.* 57.

¹⁸ *Id.* 59. o.

¹⁹ *Id.* 58. o.

²⁰ *Lásd pl.*, Daniel Englander, Comment, *Protecting the Human Rights of LGBT People in Uganda in the Wake of Uganda's "Anti-Homosexuality Bill, 2009"*, 25 EMORY INT'L L. REV. 1263 (2011); Michael Hollander, Note, *Gay Rights in Uganda: Seeking to Overturn Uganda's Anti-Sodomy Laws*, VA50. J. INT'L L. (2192009); Tiffany M. Lebrón, Comment, "Death to Gays!" (*Halál a melegekre!*); Tiffany M. Lebrón, Comment, "Death to Gays!" (*Halál a melegekre!*). *Uganda's 'One Step Forward, One Step Back' Approach to Human Rights*, BUFF17. HUM. RTS. L. REV. 173 (2011); Williams, *supra* note 1.

²¹ ITABORAHY & ZHU, *supra* note 15, 21. o. (megjegyezve, hogy Burkina Fasóban, a Közép-afrikai Köztársaságban, Csádban, Kongóban, Elefántcsontparton, a Kongói Demokratikus Köztársaságban, Gabonban, Madagaszkáron, Maliban, Nigerben, Ruandában és Csádban soha nem tiltották az azonos neműek szexuális tevékenységét); *Uganda: HUMAN RIGHTS WATCH*, május 10, 2011, <http://www.hrw.org/news/2011/05/10/uganda-reject-anti-homosexuality-bill>.

²² ITABORAHY & ZHU, *supra* note at (15,20 megállapítva, hogy Beninben a homoszexuális szex esetében magasabb a beleegyezési korhatár, mint a heteroszexuális szex esetében); *id.* at 24 (megállapítva, hogy Brazzaville Kongóban a beleegyezési korhatár 13 év a heteroszexuális szex esetében és 21 év a homoszexuális szex esetében, amely megkülönböztetés a francia gyarmatosítóktól örökölt).

²³ *Id.*

110 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

az azonos neműek szexuális tevékenységét folytató személyek büntetőeljárás alá vonására használták.²⁴

Amint az áttekintésből kiderül, a frankofón afrikai országok kevésbé valószínű, hogy kifejezetten kriminalizálják az azonos neműek intimitását. Úgy tűnik, ez a különbségtétel a belga és francia gyarmatosítók e kérdésben folytatott megengedőbb politikájára vezethető vissza egyes gyarmataikon,²⁵ szemben a britekkel, akik következetesen célba vették az általuk deviánsnak ítélt őshonos testi intimitásokat valamennyi gyarmatukon.²⁶ Mindazonáltal néhány frankofón afrikai ország a függetlenség elnyerése után kriminalizálta a homoszexuális viselkedést.²⁷ A luszofón Afrikában a portugál gyarmati törvények tiltották a szodómiát, és mind Angola, mind Mozambik megtartotta ezt a tilalmat a jelenlegi büntető törvénykönyvében.²⁸

A brit megközelítés az Angliában alkalmazandó jogból eredt, ahol a tizenkilencedik századi Offences Against the Person Act a szodómia és más "természetellenes" szexuális cselekmények büntetését halálról tíz évtől életfogytig tartó szabadságvesztésre csökkentette. Miután Nagy-Britannia kezdetben Indiában vezette be a törvény egy változatát, aztán exportálta azt valamennyi gyarmati birtokába.²⁹ Napjainkban a volt brit gyarmatok, amelyek továbbra is büntetik az azonos neműek szexuális tevékenységét, hajlamosak megtartani a szakasz eredeti nyelvezetének nagy részét, amely így 377. szól:

Aki önként, a természet rendje ellenére bármely férfival, nővel vagy állattal testi kapcsolatot létesít, életfogytig tartó szabadságvesztéssel vagy tíz évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő, és pénzbüntetéssel sújtható. Magyarázat: A behatolás elegendő az e szakaszban leírt bűncselekményhez szükséges testi közösüléshez.³⁰

A zambiai közlevéltárakban végzett saját vizsgálatom azt mutatja, hogy a brit gyarmati kormány és elődje, a Brit Dél-Afrikai Társaság ennek a törvénynek egy változatát alkalmazta a gyarmati időkben a területen azonos nemű intimitást folytató férfiak üldözésére.

²⁴ *Id.* 46. pont.

²⁵ *Lásd pl. id.* 20-24. pont. *De lásd* Neela Ghoshal, *Africa's Small Steps Toward LGBTI Equality*, HUMAN RIGHTS WATCH (2013. július), <http://www.hrw.org/news/2013/07/17/africas-small-steps-toward-lgbti-equality> (Mauritius gyarmati szodómatörvényeinek említése).

²⁶ Ghoshal, *fenti* megjegyzés 25.

²⁷ *Id.* (megjegyezve, hogy a franciáknak Burundiban és Kamerunban nem voltak szodómatörvényeik, de mindkét ország a függetlenség elnyerése után saját törvényeket hozott a homoszexuális magatartás büntetésére).

²⁸ ITABORAHY & ZHU, *Supra* note at 15,43,54.

²⁹ Douglas E. Sanders, *377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia*, ASIAN J. COMP. L. 1, 8 (2009).

³⁰ Központi kormányzati törvény, 45 INDIA 1860, PEN. CODE (1860), § 377.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 111

időszak. Egyes esetekben a gyarmati tisztviselők a törvényt arra használták, hogy büntetőeljárást indítsanak a gyermekekkel szexuális kapcsolatot létesítő idősebb férfiak ellen. Például a mai Zambia keleti ³¹tartományában, Fort Jamesonban 1942-ben a II. osztályú alárendelt bíróság 214 büntetőügyének vizsgálata két ilyen büntetőeljárást mutat. Az egyik esetben, a *Rex v. Chajaso Zulu* ügyben a vádlott, egy 17 éves férfi, bűnösnek vallotta magát "egy másik férfival elkövetett durva fajtalankodás" vádjában, miután rábeszélte egy 13 éves gyermeket, hogy "feküdjön a földre" egy falu melletti bozótosban, és "ezután követte el a bűncselekményt".³² Zulu büntetése hat botütés volt.³³ A másik, *Rex v. Hamid Ahmed Malek* ügyben a vádlott, egy "brit indiai felnőtt férfi", "férfiak közötti illetlen gyakorlatok" vádjával nézett szembe, miután találkozott Kufwa Zimbával, egy kilenc vagy tíz éves fiúval.³⁴ Hasonlóképpen, a Livingstone-i Native Commissioner's Court 95 rendelkezésre álló büntetőügyének olvasása során a *Rex kontra Likandu* ügyre derül 1913 fény, amelyben a vádlott bűnösnek vallotta magát "egy másik férfi személlyel, egy tíz év körüli fiúval elkövetett súlyos szeméremszétséges cselekmény" vádjában.³⁵ Likandu azt állította, hogy a fiút nőnek hitte.³⁶ Két hónap börtönbüntetést kapott, kemény munkával.³⁷

Jelentős, hogy bár ezen ügyek mindegyike olyan magatartást tartalmazott, amelyet a jelenlegi olvasók valószínűleg gyermekmoleesztálásnak és szexuális zaklatásnak tekintenének, a vádak jellege azt mutatja, hogy a britek számára a vádlottak vétkei legalábbis részben azonos neműek szexuális kapcsolatához kapcsolódtak.³⁸ Más esetekben a britek a bennszülött vádlottakat "egy másik férfival szembeni súlyos fajtalansággal" vádolták, anélkül, hogy a másik fél életkorát meghatározták volna.³⁹ Ezek az esetek a britek számára csak egy részét képezték annak a szélesebb körű törekvésnek, hogy a 377. szakasz megfelelői révén ellenőrizzék az őslakosok szexualitását. Fort Jamesonban például 1942, a gyarmati kormányzat két férfit vádolt meg

³¹ Fort Jamesont ma Chipatának hívják.

³² Zambia Nemzeti Levéltár [ZNA] EP 4/13/6, az alábbi 64 ügyszámmal: [ZNA]. 1942.

³³ *Id.*

³⁴ ZNA EP 4/13/6, 171. sz. ügy. 1942.

³⁵ ZNA KSC 2/2/2, 21. sz. ügy a 1913.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ Egy 1913-ban Livingstone-ban, a Native Commissioner's Court előtt egy vádlottat "férfi személy elleni szeméremszétséges támadás" vádjával vádoltak meg. A bíróság a vádlottat egy év kényszermunkával járó börtönbüntetésre és 15 korbácsütésre ítélte. ZNA KSC 2/2/2/2/, *Rex kontra Liabwa*, 1913. évi 108. sz. ügy.

³⁹ *Lásd pl.*, ZNA 4/13/19, *Regina kontra Elias Sowoyo*, 1954. évi 418. sz. ügy, I. osztályú alárendelt bíróság, Fort Jameson.

112 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a férfiak azzal, hogy megpróbálták testi kapcsolatot létesíteni a tehenekkel.⁴⁰ A britek természetesen arra is törekedtek, hogy a gyarmati jog segítségével a bennszülöttek viselkedését általánosabban is úgy alakítsák, hogy az tükrözze a korabeli brit értékeket.⁴¹

Amint azt az V. részben részletezni fogom, az antropológiai bizonyítékok azt mutatják, hogy a legkülönbözőbb afrikai kultúrákban élő emberek a gyarmati uralom előtt, alatt és után is részt vettek olyan szexuális tevékenységekben, amelyeket sok nyugati ember homoszexuális szexként jellemezne. E bizonyítékok ellenére a homoszexualitást ellenző afrikaiak a homoszexualitást ma gyakran nem afrikai és nyugati, neokolonialista fenyegetésnek állítják be.⁴² Robert Mugabe zimbabwei 1999, elnök ezt az érzést fejezte ki, amikor Nagy-Britannia "meleg kormányára" utalt, amely szerinte megpróbálja ráerőltetni a homoszexualitást az afrikaiakra.⁴³ Ugyanebben az évben Daniel Arap Moi kenyai elnök kijelentette: "Nem helyes, hogy egy

⁴⁰ ZNA 4/13/6, Rex kontra Mayonga Banda, 1942. évi 16. sz. ügy; Rex kontra James Mvula, 1942. évi 153. sz. ügy.

⁴¹ A törvény ilyen jellegű alkalmazásának egyik kiemelkedő példája volt a britek által a gyarmati alattvalók ellen indított büntetőeljárás, amiért azok azt állították, hogy boszorkánysággal rendelkeznek, vagy másokat boszorkánysággal vádoltak. *Lásd* MARTIN CHANOCK, LAW, CUSTOM AND SOCIAL ORDER: A GYARMATI TAPASZTALAT MALAWIBAN ÉS ZAMBIÁBAN 85-102 (1985). A gyarmati alattvalókkal szemben a boszorkányság erejének állítása vagy mások boszorkánysággal való vádolása miatt indított brit büntetőeljárások tükrözték a kérdéssel kapcsolatos otthoni hozzáállás változását - a XVII. századi Angliában a törvényhozás bűbájosságért büntette az embereket, de a XVIII. század elejére a törvény már nem ismerte el a tényleges boszorkányság lehetőségét, és az új törvényhozás büntette az embereket a boszorkányság erejének színleléséért. *Id.* 94. A Zambiai Nemzeti Levéltárban található gyarmati ügyek saját vizsgálataimból kiderül, hogy a britek gyakran vádoltak meg őslakosokat azért, mert boszorkánynak vallották magukat vagy másokat boszorkánysággal vádoltak. Például Mwinilunga körzetben (Zambia északnyugati tartományában) az 1915-ben az őslakosok bírósága előtt folyó büntetőügyek 71 közül hét boszorkánysággal kapcsolatos volt. ZNA KSE 3/2/2/2. Ugyanebben a bíróságban a büntetőeljárások 135 közül háromban 1926, boszorkánysággal kapcsolatos állítások miatt indult eljárás. ZNA 3/2/2/5. 1927-ben ugyanezen a bíróságon 110 büntetőügyből három ilyen vádakkal kapcsolatos volt. ZNA 3/2/2/6. 1956-ban a Fort Jamesonban működő III. osztályú alárendelt bíróság egy boszorkánysággal vádolt személyt hónapokig 18 tartó kényszermunkával járó börtönbüntetésre ítélte. ZNA EP 4/13/20, R v. Shadrack Jere, Jan. 27, 1956.

⁴² Egyes szerzők szerint a homoszexualitással szembeni afrikai ellenállás csak a nyugati ihletésű meleg identitás elutasítását jelenti, nem pedig az azonos neműek testi intimitásának szélesebb értelemben vett elítélését. *Lásd pl.*, Katyal, *supra* note at 14, (azt állítva, hogy Robert Mugabe zimbabwei elnök homoszexualitással kapcsolatos nyilvános elítélései esetében "a szexuális identitás önmagában, nem pedig az azonos neműek szexuális viselkedése a támadások központi célpontja"); Joseph Massad, *Re-Orienting Desire: The Gay International and the Arab World*, PUB14. CULTURE (3612002) (azzal érvelve, hogy az egyiptomi büntetőeljárások inkább a nyugati meleg identitással, mint az azonos nemű intimitással szembeni ellenállást jelentették). De bár az afrikaiak számos homoszexualitás-ellenes kijelentése az érzékelt nyugati imperializmussal szembeni ellenállást tükrözte, a homoszexualitással kapcsolatos afrikai kritika nagy része az azonos neműek szexuális gyakorlatának széles körű elítélését jelentette. Továbbá, akik különbséget tettek a homoszexuális identitás afrikai kritikája és az azonos neműek intimitásának általánosabb elutasítása között, általában nyugati teoretikusok voltak, nem pedig maguk az afrikai vezetők.

⁴³ EPPRECHT, *Supra* note at 5,4.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 113

egy férfi menjen egy másik férfival, vagy egy nő egy másik nővel. Ez ellenkezik az afrikai hagyományokkal és a bibliai tanításokkal. Nem fogok visszariadni attól, hogy figyelmeztessen a kenyaiakat a veszedelem veszélyeire".⁴⁴ Namíbiában Alpheus Naruseb, a Délnyugat-Afrikai Népi Szervezet információs és nyilvánossági titkára azt állította: "Meg kell jegyezni, hogy e perverzok lelkes támogatóinak többsége európai, akik a civilizáció és a felvilágosodás bástyájának képzelik magukat. Nemcsak idegen eszméket sajátítanak ki a társadalmunkban, hanem a helyi kultúrát is tönkreteszik azzal, hogy éppen az általunk létrehozott demokrácia és emberi jogok (sic!) homlokzata mögé bújnak".⁴⁵ 2004-ben Olusegun Obasanjo nigériai elnök a homoszexualitást "bibliaellenesnek, természetellenesnek és határozottan nem afrikai dolognak" nyilvánította.⁴⁶ Egy 2013-as cikkben, amelyet a Ghana Broadcasting Corporation tett közzé, egy újságíró megjegyezte, hogy a közelmúltban a britek megfenyegették Ghánát a segélyek csökkentésével, ha az ország kitart a homoszexualitás kriminalizálása mellett, és feltette a kérdést: "[M]iért Ghána mindig Nagy-Britannia célpontja? Neokolonializmusról van szó?"⁴⁷

A homoszexualitáspárti Nyugat és a homoszexualitással szembeni afrikai ellenállás közötti konfliktus érzése nyilvánvaló volt mind a vallási, mind a politikai vezetők körében. Talán a leghíresebb, hogy az anglikán közösség 1998-as lambethi konferenciáján az afrikai és ázsiai püspökök együttesen győzték le a meleg jogait támogató észak-amerikai és európai indítványokat. Abban az időben az Egyesült Államok püspöki egyháza már évek óta nyíltan meleg papokat szentelt fel, 2003-ban pedig az anglikán egyház egy meleg férfit javasolt Reading püspökének.⁴⁸ Ennek ellenére az afrikai és ázsiai papok létszámfőlényben voltak észak-amerikai és európai társaikkal szemben Lambethben, és végül a konferencia elfogadott egy nyilatkozatot, amely a homoszexuális gyakorlatot "a Szentírással összeegyeztethetetlennek" nyilvánította.⁴⁹ Az a meggyőződés, hogy a homoszexuálisok jogaira irányuló nyugati felhívások csupán a nyugati kulturális imperializmus legújabb megnyilvánulását jelentik, minden bizonnyal növeli a

⁴⁴ NEVILLE HOAD, *AFRIKAI INTIMITÁSOK: A FAJ, A HOMOSZEXUALITÁS ÉS GLOBALIZÁCIÓ* xii (2007).

⁴⁵ *Id.* 15. pont.

⁴⁶ *World Briefing-Afrika: Nigéria: TIMES* (200428., október), <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9B0DE7D7123DF93BA15753C1A9629C8B63>.

⁴⁷ Justice Mingle, *Proposed UK Visa Restriction*, GHANA BROADCASTING CORPORATION (201328., június), <http://www.gbcghana.com/index.php?id=1.1436391>.

⁴⁸ PHILIP JENKINS, *A KÖVETKEZŐ KERESZTÉNYSÉG: A GLOBÁLIS KERESZTÉNYSÉG ELJÖVETELE* 251 (2002).

⁴⁹ *Id. Lásd még: HOAD, Supra* note at 44,51.

114 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

az ellenállás valószínűsége a gyarmati beavatkozás hosszú története által sújtott társadalmakban. Amint azt alább részletesebben kifejtem, van egy olyan (bár a homoszexualitást támadó afrikai vezetők által nagyrészt nem értékelt) értelemben, amelyben ez a meggyőződés helyes.

Általánosságban elmondható, hogy a lakosság nagy többsége minden olyan afrikai országban, ahol rendelkezésre állnak adatok, elutasítónan nyilatkozott a homoszexualitásról. Egy kilenc afrikai ország adatait tartalmazó 2003. Pew-kutatási jelentésből kiderült, hogy mind a kilenc országban a többség úgy véli, hogy a társadalomnak nem kellene elfogadnia a homoszexualitást.⁵⁰ Ez a homoszexualitást helytelenítő angolaiak mindössze 62 százalékától a kenyaiak 99 százalékáig terjedt.⁵¹ 2013-ra a Pew hét afrikai országra vonatkozó adatai továbbra is azt mutatták, hogy a homoszexualitással szembeni általános rosszallás minden országban megmaradt: a hét vizsgált országból hatban az emberek 90 százalék feletti többsége úgy vélte, hogy a társadalomnak nem kellene elfogadnia a homoszexualitást.⁵²

A nyugati jogvédők a homoszexualitás nem afrikai jellegére vonatkozó állításokra általában ellenérvekkel válaszolnak, beleértve a homoszexualitás-ellenes normák gyarmati bevezetésének történetét⁵³ és az afrikai állításokat cáfolni látszó antropológiai megfigyeléseket.⁵⁴ Neville Hoad, egy Amerikában élő dél-afrikai angol professzor leírta ezeket a nyugati

⁵⁰ A 2003-as jelentés szerint az angolaiak 62, a dél-afrikaiak 63, az elefántcsontpartiak 84, a ghánaiak 93, az ugandaiak 95, a nigériaik 95, a malájok 96, a szenegáliak 98, a kenyaiak 99 százaléka szerint a társadalomnak nem kellene elfogadnia a homoszexualitást. *Hírközlemény: Global Views on Homosexuality*, PEW RESEARCH CENTER FOR THE PEOPLE AND THE PRESS, Nov19., 18,2003, http://www.pewforum.org/uploadedfiles/Orphan_Migrated_Content/religion-homoszexualitas.pdf.

⁵¹ *Id.*

⁵² A 2013-as jelentés szerint a dél-afrikaiak 61, a kenyaiak 90, az ugandaiak 96, a ghánaiak 96, a szenegáliak 96 és a nigériaik 98 százaléka szerint a társadalomnak nem kellene elfogadnia a homoszexualitást. *The Global Divide on Homosexuality*, PEW RESEARCH CENTER (2013., június), <http://www.pewglobal.org/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/>.

⁵³ *Lásd pl.* EPPRECHT, *Supra* note 5, at (7megállapítva, hogy a homoszexualitás elleni afrikai érvek "úgy tűnik, hogy a nyugati társadalmi konzervatívoktól kölcsönözték őket, míg az elnyomó törvények a gyarmati uralom közvetlen örökségét képezik". Még az az állítás is, hogy az azonos neműek szexuális viselkedése nem afrikai, úgy tűnik, inkább Nyugatról származik, mint magából Afrikából."); Eusebius McKaiser, *Homosexuality Un-African? The Claim is an Historical Embarrassment*, THE GUARDIAN (2012., október) <http://www.guardian.co.uk/world/2012/oct/02/homoszexualitas-egyenlotlenség-követelés-történelmi-zavar>.

⁵⁴ *Lásd pl.* , EPPRECHT, *supra* note 5; RUTH MORGAN AND SASKIA WIERENGA, TOMMY BOYS, LESBIAN MEN AND ANCESTRAL WIVES: FEMALE SAME-SEX PRACTICES IN AFRICA (2006); STEPHEN O. MURRAY & WILL ROSCOE, BOY-WIVES AND FEMALE HUSBANDS: STUDIES IN AFRICAN HOMOSEXUALITIES (1998); McKaiser, *supra* note. 53.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 115

erőfeszítéseket "a máshonnan származó bizonyítékok konszolidálására irányuló kísérleteknek, hogy univerzalizáljuk és naturalizáljuk saját tapasztalatainkat", és megjegyezte, hogy a homoszexualitás nyugati fogalmainak univerzalizálására irányuló ilyen erőfeszítéseknek hosszú, a tizenkilencedik századra visszanyúló hagyománya van.⁵⁵ Hoad értékelése szerint, amely jellemző a queer teoretikusok posztmodernista állításaira, ezek a kisebbségi szexuális identitás létezésének bizonyítására tett kísérletek nem rendelkeznek azzal a felszabadító potenciállal, amelyet a homoszexuálisok jogainak védelmezői feltételeznek, mivel "pontosan reprodukálják annak a vitának a feltételeit, amelynek véget akarnak vetni". az érvényesülés és az ellenérvek táján."⁵⁶

A IV. részben fogom megvitatni, hogy a Hoadéhoz hasonló érvek milyen felismeréseket nyújthatnak a liberális jogok híveinek. Először azonban áttekintést nyújtok az azonos neműek intim kapcsolatát Afrikában folytató emberek életének javítását remélő nyugatiak elsősorban liberális követeléseiről. Végző soron, bár jó okunk van megkérdőjelezni a liberális érvek hatékonyságát, az ilyen jellegű állítások általában meghatározzák az afrikaiak homoszexualitás-ellenes érzelmeire adott nyugati választ, alakítják a nyugati kormányok politikáját és befolyásolják a nemzetközi jog fejlődését.

Az emberi jogi szervezetek számos felhívást tettek közzé a közelmúltban. Májusban egy Zambiában folyamatban lévő szodómia elleni büntetőeljárásra 2013, reagálva a Human Rights Watch szalagcímben parancsolta: *Zambia: Állítsa le a homoszexualitásért való vádemelést.*⁵⁷ A szervezet a zambiai és a nemzetközi jog liberális alapjaira hivatkozva azzal érvelt, hogy "[a] zambiai kormány a nemzetközi jog és saját alkotmánya értelmében köteles tiszteletben tartani az országban mindenki magánéletét és személyes szabadságjogait, és felhagyni a felnőttek közös megegyezéses szexéért indított büntetőeljárásokkal".⁵⁸ Hasonlóképpen, az Amnesty International jogi és politikai igazgatója nemrégiben elítélte a homoszexualitás ellenes törvényeket az afrikai kontinensen, kijelentve: "Ezeket a mérgező törvényeket hatályon kívül kell helyezni, és minden afrikai emberi jogait meg kell őrizni".⁵⁹ A jogi akadémián a jogi folyóiratokban gyakran jelentek meg cikkek

⁵⁵ HOAD, *fenti* megjegyzés, 44, xxv. pont.

⁵⁶ *Id.*, xxiv. o. (változtatás az eredetiben).

⁵⁷ *Zambia: HUMAN RIGHTS WATCH* (201320., május), [http://www.hrw.org/news/2013/05/20/zambia-stop-prosecuting-people-homo sexuality](http://www.hrw.org/news/2013/05/20/zambia-stop-prosecuting-people-homo-sexuality).

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Erin Conway-Smith, *Africa's Anti-Gay Attacks Reach 'Dangerous' Levels*, GLOBAL POST (201325., június), <http://www.globalpost.com/dispatch/news/regions/africa/130625./anti-gay-attacks-africa-criminalization-homosexuality-amnest-international>.

116 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

liberális jogi érveket terjesztett elő a homoszexuális státusz védelme mellett Afrikában.⁶⁰

Az akadémikusok és emberi jogi szervezetek ilyen érvei párhuzamba állnak a nyugati kormányok és nemzetközi szervezetek szavaival és tetteivel. 2011 decemberében Barack Obama elnök utasította a szövetségi ügynökségeket, hogy kezdjék meg a homoszexuálisok és transzneműek jogainak előmozdítását a tengerentúlon. Hillary Clinton külügyminiszter ugyanakkor azt mondta az ENSZ Emberi Jogi Tanácsának, hogy "a meleg jogai emberi jogok, az emberi jogok pedig meleg jogai".⁶¹ 2013 júniusában Szenegálban Obama méltatta az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának előző heti ítéleteit, amelyek hatályon kívül helyezték a házasság védelméről szóló törvényt (DOMA), és megnyitották az utat a meglegházasság előtt Kaliforniában. Obama azzal érvelt, hogy bár tiszteletben kell tartani a különböző országok szokásait és vallási meggyőződését, minden embert egyenlő bánásmódban kell részesíteni.⁶² Elismerve, hogy "a meleg és leszbikusok és a velük való bánásmód kérdése Afrika számos részén felmerült és ellentmondásos volt", Obama kijelentette, hogy azt akarja, hogy "az afrikai emberek hallják, hogy én miben hiszek". Az embereket egyenlő bánásmódban kell részesíteni. És ez egy olyan elv, amelyet szerintem egyetemesen kellene alkalmazni".⁶³ Macky Sall szenegáli elnök erre azt válaszolta, hogy Szenegál nem áll készen a homoszexualitás dekriminalizálására.⁶⁴

A homoszexualitás nagyobb fokú toleranciájára irányuló nyugati felhívásokat Afrikában időnként hallgatólagos vagy kifejezett fenyegetések kísérték azzal, hogy a nem engedelmeskedő országoknak nyújtott segélyeket megvonják. Hillary Clinton az Emberi Jogi Tanács előtt tartott beszédében ígéretet tett arra, hogy "biztosítjuk, hogy külföldi segítségnyújtásunk elősegíti az LMBT-jogok védelmét".⁶⁵ A késői 2011,

⁶⁰ Lásd pl. Sophie M. Clavier, *Tiltakozás elutasítva: The Binding Nature of the International Norm Prohibiting Discrimination Against Homosexual and Transgendered Individuals*, 35 FORDHAM INT'L. J. 385 (2012); Katyal, *supra* note 14 (a szexuális kisebbségek jogainak nemzetközi előmozdítása érdekében a magánélet védelmére vonatkozó érvek, nem pedig a megkülönböztetésmentességre vonatkozó érvek használata mellett érvel); Englander, *supra* note 20; Courtney E. Finerty, Note, *Being Gay In Kenya: The Implications of Kenya's New Constitution for its Anti-Sodomy Laws*, 45 CORNELL INT'L. J. 431 (2012); Hollander, 20. lábjegyzet; Lebrón, 20. lábjegyzet. 20.

⁶¹ The Associated Press, *Afrika melegellenes törvényei: A Look at Uganda, Malawi and More*, június 24, 2013, http://www.huffingtonpost.com/2013/06/24/africa-anti-gay-laws_n_3491565.html.

⁶² Jennifer Lazuta, *In Senegal, Obama Touts Gay Rights*, USA TODAY, June at 28, 2013, 2A.

⁶³ Drew Hinshaw, *Obama Promotes Sub-Saharan Ties*, WALL ST. J., június 28, 2013.

⁶⁴ *Id.* Lazuta, *Supra* note 62.

⁶⁵ Robbie Corey-Boulet, *The Obama Administration's Bold But Risky Plan to Make Africa Gay-Friendly*, THE ATLANTIC (2012), március, <http://www.theatlantic.com/inter>.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 117

David Cameron brit miniszterelnök sokkal egyértelműbb kijelentést tett, miszerint Nagy-Britannia csökkenteni fogja a homoszexuálisok jogait nem tiszteletben tartó országoknak nyújtott támogatásokat.⁶⁶ Eközben az ENSZ Emberi Jogi Bizottsága többször is elítélte a homoszexuálisokat diszkrimináló törvényeket.⁶⁷ Végül soron az Afrikában a homoszexuálisok jogaiért kiálló nyugati felhívásokkal szembeni visszahatás magyarázhatja az egyes országokban az azonos neműek intim kapcsolatát folytató személyek elleni büntetőeljárások növekvő számát, a homoszexuális viselkedés büntetésének szigorítására irányuló erőfeszítéseket, és általában véve azt, hogy a közvélemény egyre negatívabban figyel egy olyan kérdésre, amelyet korábban a legtöbben figyelmen kívül hagytak.⁶⁸

Amint azt alább kifejtem, a komunitáriusok és a queer teoretikusok elképzelései, valamint az afrikai kulturális attitűdök és gyakorlatok bizonyítékai jelentős kihívások elé állítják a liberális emberi jogi aktivistákat. Mindazonáltal a liberális érvek mélyreható potenciálja az emberi szabadság növelésében a liberális filozófiát intuitívan vonzó keretrendszerre teszi a homoszexuálisok életének javítására világszerte. Ráadásul a liberális filozófia jelentős hatást gyakorolt mind a nemzetközi jogra, mind a világ országainak belső jogára, beleértve az afrikai nemzeteket is. A komunitaristák és a queer teoretikusok által a jogok létezésének tagadása szintén arra utal, hogy minden olyan megközelítésnek, amely az alapvető liberális elvek teljes tagadását követeli meg, eredendő korlátai vannak. Ezért, bár úgy vélem, hogy az afrikai kultúrák vizsgálata, valamint a komunitáriusok és a queer teoretikusok elképzelései okot adnak arra, hogy rendkívül óvatosan próbáljunk meg egy liberális homoszexuális jogokkal kapcsolatos menetrendet Afrikában előmozdítani, nem javaslom, hogy a liberálisok hagyjanak fel filozófiai hűségükkel. Sőt, a rendelkezésre álló bizonyítékok mérlegelése azt sugallja, hogy a hagyományos liberális stratégiák visszafelé sülnének el. A következő részben a liberális filozófiáról általánosságban és a meleg jogai mellett szóló liberális jogi érvekről adok számot.

nemzeti/archivum/2012/03/az-obama-kormányok-merész-de-kockázatos-terv-a-afrika-teremtésére-gay-friendly/254086/.

⁶⁶ *Ghána nem hajlandó megadni a meleg jogait a segélyfenyegetés ellenére*, BBC NEWS (2011. november 2.), <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-15558769>.

⁶⁷ *Lásd az alábbi III. részt.*

⁶⁸ Libériában például nem indult büntetőeljárás szodómia miatt az Obama által a szövetségi ügynökségeknek adott, a homoszexuálisok jogainak külföldi előmozdítására vonatkozó utasítást megelőző években. A bejelentés azonban széles körű elítélést váltott ki az országban a homoszexualitással kapcsolatban, valamint az azonos neműek szexuális intimitásáért kiszabható büntetések szigorítására irányuló erőfeszítéseket. *Lásd a 343-44. lábjegyzeteket és a kapcsolódó szöveget.* Hasonlóképpen, Zambiában a 2013-as szodómia elleni büntetőeljárások az elsők az ország közelmúltbeli történetében, a homoszexualitás gondolatával szembeni növekvő közellenség közepette. *Lásd az alábbi 358. lábjegyzetet.*

II LIBERÁLIS FILOZÓFIA ÉS LIBERÁLIS JOGI KERETEK

Több mint egy évtizeddel ezelőtt Carlos Ball írta, hogy a jogi akadémián a liberálisok és a komunitáriusok között folyó vita ellenére a meleg férfiak és leszbikusok helyzetéről szóló kommentárok az Egyesült Államokban nagyrészt figyelmen kívül hagyták ezt a vitát. Ehelyett az amerikai homoszexualitásról vitázók inkább egy liberális, jogokon alapuló struktúrát használtak a párbeszéd keretéül.⁶⁹ Ma a homoszexualitásról szóló politikai és jogi viták általában nem csak a komunitárius filozófiát hagyják figyelmen kívül, hanem a queer teoretikusok, antropológusok, filozófusok, szociológusok, történészek és irodalomkritikusok megfigyeléseinek elemzését is, akik évtizedek óta megkérdőjelezzik a homoszexuális identitás esszencialista alapját, amelyet a liberális jogok hívei gyakran feltételeztek.⁷⁰ Ahogy Ball professzor megjegyezte, ez a liberális megközelítés a magánélethez és a diszkriminációmentességhez való jogra vonatkozó állításokra összpontosít, amelyek a liberális elmélet⁷¹ mindkét alapvető tételei. Amióta Ball professzor úr megtette megfigyeléseit, az Egyesült Államokban mind a populáris, mind a jogi kultúra drámaian fejlődött a liberális homoszexuális jogvédők követeléseinek nagyobb mértékű elfogadása felé. A Legfelsőbb Bíróság a *Lawrence kontra Texas* ügyben hatályon kívül⁷² helyezte Texas szodómiaellenes törvényét, felülbírálván a *Bowers kontra Hardwick* ügyben 1986-ban hozott döntését.⁷³ Időközben, bár harminchárom állam alkotmánymódosítást vagy törvényt fogadott el az azonos neműek házasságát tiltó jogszabályokat, tizenhat állam és Washington D.C. engedélyezi a homoszexuálisok házasságát, és számos más államban engedélyezett a polgári egyesülés vagy más, a házasság számos jogi előnyét biztosító jogi partnerség.⁷⁴ 2013 júniusában a Legfelsőbb Bíróság hatályon kívül helyezte a házasság védelméről szóló törvényt,⁷⁵ amely megtagadta a szövetségi kedvezményeket az azonos nemű házaspároktól, és szabaddá tette az utat az azonos neműek házassága előtt Kaliforniában azzal, hogy helyben hagyta egy kerületi bíróság

⁶⁹ Carlos A. Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, 85 CORNELL L. REV. 443, 446 (2000) (a továbbiakban Ball, *Communitarianism and Gay Rights*).

⁷⁰ Lásd a fenti II. részt. Katyal, *supra* note 14, 118. o. (feltételezve, hogy a "polarizáció miatt, amelyet [a queer elmélet] a queer teoretikusok és a melegjogi aktivisták között hozott létre, a queer elmélet túlnyomórészt akadémiai, nem pedig jogi vállalkozás maradt").

⁷¹ Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, *Supra* note at 69,446.

⁷² *Lawrence kontra Texas*, Egyesült 539 Államok (5582003).

⁷³ *Bowers kontra Hardwick*, Egyesült 478 Államok (1861986).

⁷⁴ *A házasság meghatározása: Defense of Marriage Acts and Same-Sex Marriage Laws*, NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES (2013. június), <http://www.ncsl.org>.

⁷⁵ *Egyesült Államok kontra Windsor*, S133. Court (26752013).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 119

megállapította, hogy a homoszexuálisok házasságát tiltó kaliforniai alkotmánymódosítás sérti a szövetségi alkotmányt.⁷⁶

Az Egyesült Államokhoz hasonlóan a homoszexuálisok helyzetéről szóló nemzetközi viták középpontjában a liberális ideológia középpontjában álló egyenlőség és autonómia fogalma áll. Nem meglepő tehát, hogy ez a liberális hangsúly alakította azon számos afrikai ország törvényeinek elemzését, amelyek a homoszexuális viselkedést kriminalizálták, és tágabb értelemben olyan politikákat vezettek be, amelyek marginalizálják és diszkriminálják a homoszexuálisokat.⁷⁷ Ez a jogokon alapuló fókusz diktálta azokat a feltételeket is, amelyekkel nyugati és nyugati befolyás alatt álló aktivisták jellemezték és kritizálták az afrikai népi érzelmek - gyakran a nemzeti vezetők által kifejezett - megnyilvánulásait, amelyek a homoszexuálisokat deviánsnak, természetellenesnek, erkölcstelennek és a korrupt nyugati ideológia és értékek által befolyásoltnak ítélték.

Az afrikai homoszexuálisok életének javítására irányuló törekvésekben jó okok szólnak amellett, hogy a liberális keretekhez ragaszkodjunk. Először is, ahogyan fentebb említettük, a liberális paradigma teljesen beépült a nemzetközi jogba. A II. világháború utáni

az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatával és a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányával kezdődően a liberális, univerzalista filozófia egy új nemzetközi jogrendszer alapjává vált, amely olyan területeken határozta meg az államok és az állampolgárok közötti kapcsolatokat, amelyek korábban a belpolitikai döntéshozatal hatáskörébe tartoztak. Ahogy a huszadik század második felében az európai hatalmak egykori gyarmatai szuverén nemzetekké váltak, az új államok nemcsak ratifikálták ezeket a nemzetközi emberi jogi dokumentumokat, hanem olyan alkotmányokat is életbe léptettek, amelyek tükrözik azon nyugati országok liberális értékeit, amelyektől függetlenségüket elnyerték. Másodszer, a liberalizmus azért kínál vonzó alapot az érdekvégyesítéshez, mert a politikai elfogadottságot megelőző jogok feltételezése fogalmi bástyát jelent azokkal a veszélyekkel szemben, amelyeket a liberalizmus alternatívái, például a kommunitarizmus és a queer-elmélet jelentenek a homoszexuálisok számára; végül, ha - ahogy a kommunitaristák és a queer-elmélet hívei állítják - nincs helye a más társadalmi normákat megelőző jogok eszméjének, akkor a homoszexuálisok és más kisebbségi csoportok érdekeinek védelme teljes mértékben a kisebbségi érdekek társadalmi elfogadottságától függ. A jogok eszméje ebben az esetben legfeljebb tautológiává válik.

⁷⁶ Hollingsworth kontra Perry, S133. Court (26522013).

⁷⁷ *Lásd pl. a fenti lábjegyzetet.* 60.

120OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

A IV. részben a kommunitárius gondolkodásmódot és a queer elméletet fogom tárgyalni, beleértve annak elemzését, hogy ezek a gondolkodási irányzatok milyen módon tájékoztathatják az afrikai emberi jogi érdekérvényesítés liberális megközelítéseit. Ezen a ponton érdemes áttekintést nyújtani a liberális filozófiáról és a liberális befolyás eredményeként kialakult nemzetközi, regionális és hazai jogi keretéről. Érdemes továbbá megvitatni különösen azokat az érveket, amelyeket a liberális jogvédők a homoszexuálisok jogainak támogatására hoztak fel Afrikában és világszerte.

A hagyományos locke-i liberalizmus központi állításait az emberek alapvető, egyetemes természetére alapozta. Konkrétan Locke azt állította, hogy az emberek természetüknél fogva szabadok, hogy az emberek minden erkölcsileg jelentős szempontból egyenlők, és hogy az emberek racionálisak.⁷⁸ A kortárs liberális emberi jogok védelmezőinek állításai továbbra is az egyenlőség és a racionalitás ezen alapvető, a klasszikus liberalizmus középpontjában álló fogalmaira támaszkodnak. Ezekből az alapvető közös tulajdonságokból két gyakorlati következtetés következik. Először is, ha az emberek egyenlők, akkor erkölcsileg és jogilag gyanúsnak kell tekintenünk minden olyan politikát, amely egyes embercsoportokat előnyben részesít másokkal szemben, és amely a kivételezett csoport eredendő felsőbbrendűségére vonatkozó hamis állításokon alapul. Másodszor, ha mindannyian többé-kevésbé racionálisak vagyunk, akkor valószínűleg mindegyikünk a legjobb helyzetben van ahhoz, hogy meghatározza saját érdekeit és irányítsa saját élete menetét.

A felvilágosodás óta a liberális érvelést az a gondolat vezérli, hogy minden ember egyenlő és racionális, és ezért alapvető joga van az autonómiához és a törvény előtti egyenlő bánásmódhoz, és olyan modern filozófusok munkáját inspirálta, mint John Rawls, aki az elosztási igazságossággal és az esélyegyenlőséggel foglalkozott, vagy az olyan libertariánusokét, mint Robert Nozick.⁷⁹ Az Egyesült Államokban és nemzetközileg ez a két fogalom vezetett a diszkriminációval, illetve a magánélethez/autonómiához való joggal foglalkozó jogtudomány két irányvonalának kialakulásához. Mindkét esetkör potenciális támogatást nyújt a homoszexuálisok jogainak védelmezői által megfogalmazott állításokhoz.

A. Egyenlő védelem

Az Egyesült Államokban - a homoszexuálisok jogaiért nemzetközi szinten kiálló tudományosság nagy részének forrása, valamint a nemzetközi emberi jogi keretrendszer és a nemzeti alkotmányok fejlődésére nagy hatással bíró forrás a posztkoloniális időszakban

⁷⁸ JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT II, 4-5. pont (Peter Laslett szerk., 1967).

⁷⁹ Lásd pl. E. Vance Randall, *Same-Sex Marriage and Education: Implications for Schools, Students, and Parents*, 2011 BYU EDUC. & L. J. 385, 397-98 (2011).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 121

Afrika⁸⁰ - az Alkotmány tizennegyedik módosításának egyenlő védelmi záradéka szolgáltatta az alapját a huszadik század monumentális legfelsőbb bírósági döntéseinek, amelyek megtiltották a feketékkel, nőkkel és egy alkalommal a homoszexuálisokkal szembeni hivatalos előítéleteket. Maga a Függetlenségi Nyilatkozat is magától értetődő igazságként állította az emberek egyenlőségét,⁸¹ de egy polgárháborúra, a tizennegyedik módosítás elfogadására és majdnem egy újabb évszázadnyi fokozatos társadalmi fejlődésre volt szükség ahhoz, hogy a nemzet valóban elkezdjen megfelelni ennek az eszménynek. Az Egyesült Államokban azonban még az elmúlt években is az egyenlő védelem némileg problematikus útnak bizonyult a melegek jogainak előmozdítása szempontjából. A Legfelsőbb Bíróság által az egyenlő védelemre vonatkozó követelések értékelésére létrehozott keretrendszer szerint a faji, vallási, nemzeti származástól és nemtől eltérő státuszon alapuló hivatalos megkülönböztetés általában megengedhető volt mindaddig, amíg a törvény átment a racionális alapon történő felülvizsgálaton, ami az alkotmányos ellenőrzés legkevésbé szigorú szintje. A Legfelsőbb Bíróság 1996-ban pusztán a racionális alapon történő felülvizsgálat alapján elutasított egy coloradói alkotmánymódosítást, amely megtiltotta a homoszexuálisok védett csoportként való kormányzati kezelését.⁸² Hasonlóképpen, a *Lawrence kontra Texas* ügyben O'Connor bíró egyetértő véleményében irracionálisan diszkriminatívnak találta a homoszexuális szodómiát tiltó, de a heteroszexuális szodómiát nem tiltó texasi törvényt.⁸³ Mindazonáltal a Bíróság a racionális alapon történő vizsgálat alá eső törvények többségét úgy találta, hogy azok racionálisan kapcsolódnak valamilyen legitim kormányzati célhoz, és így az alkotmányos vizsgálatot ezen az enyhébb mércén is kiállják.⁸⁴

Bizonytalan, hogy az egyenlő védelemre vonatkozó érveket a homoszexuálisok jogállásának előmozdítása érdekében a jövőben hogyan lehet felhasználni az Egyesült Államokban. A *Windsor kontra Egyesült Államok ügyben* a második kerületi fellebbviteli bíróság a házasság védelméről szóló törvény alkotmányosságának értékelésére köztes vizsgálatot alkalmazott, és érvénytelennek nyilvánította a törvényt, mivel az nem kapcsolódik lényegesen egy

⁸⁰ Lásd David S. Law & Mila Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 N.Y.U. L. REV. 762 (2012) (megjegyezve, hogy 1987-ben a világ 170 nemzetéből 160 az Egyesült Államok alkotmányáról mintázta alkotmányát, de az 1990-es évektől kezdve az Egyesült Államok alkotmányának befolyása csökkenését figyelték meg).

⁸¹ A FÜGGETLENSÉGI Nyilatkozat (1) bek. 2 (U.S. 1776).

⁸² *Romer kontra Evans*, Egyesült Államok (6201996).

⁸³ *Lawrence kontra Texas*, U539.S. 582-83558, (2003) (O'Connor, J., egyetértő).

⁸⁴ Lásd *pl. id.* 579-80. o. (O'Connor, J., egyetértő) (megállapítva, hogy az "olyan törvények, mint a gazdasági vagy adójogszabályok" általában túlélnek a racionális alapon történő vizsgálatot, még akkor is, ha a törvények improvizatívnak tűnnek, de azt állítva, hogy egy politikailag népszerűtlen csoportnak való pusztán kárt okozó szándék nem legitim kormányzati cél); Robert B. Sobelman, *An Unconstitutional Response to Citizens United*, BROOK77. L. REV. n341,83 (2011) (megjegyezve, hogy amikor a Bíróság racionális alapon történő felülvizsgálatot alkalmaz, "szinte mindig fenntartja a kérdéses törvényt").

122 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

fontos kormányzati cél.⁸⁵ A nemek⁸⁶ és a törvénytelenések esetében hagyományosan alkalmazott köztes vizsgálat lényegesen nagyobb védelmet⁸⁷ nyújt, mint a racionális alapon történő felülvizsgálat, és vonzó mechanizmusnak bizonyulhat a homoszexuálisok jogainak előmozdítása érdekében hozott diszkriminatív törvények eltörlésére. Emellett a *Perry kontra Schwarzenegger* ügyben 2010-ben hozott határozatában Walker szövetségi kerületi bíró megjegyezte a homoszexuálisokkal szembeni sztereotípiák és megkülönböztetés történetét, és azt állította, hogy "a melegek és leszbikusok az a fajta kisebbség, amelynek védelmére a szigorú vizsgálatot tervezték".⁸⁸ A szigorú ellenőrzés alá eső törvények - amely megköveteli, hogy a törvénynek egy kényszerítő kormányzati célhoz szükségesnek és e cél eléréséhez szűkre szabottnak kell lennie ahhoz, hogy alkotmányosan érvényes legyen - ritkán maradnak életben a bírósági felülvizsgálat során.⁸⁹

Walker bíró mindazonáltal úgy vélte, hogy nem szükséges meghatározni, hogy a homoszexuálisokkal szembeni diszkriminatív törvényekre milyen felülvizsgálati standardot kell alkalmazni, mivel megítélése szerint Kalifornia azonos neműek házasságát tiltó alkotmányos rendelkezése még a racionális alapon történő felülvizsgálaton is elbukott.⁹⁰ Bár a Kilencedik Kerület szűkebb körű döntése az ügyben nem tartalmazott olyan megfogalmazást, amely arra utalna, hogy a homoszexuálisok számára szigorú vizsgálatot kellene alkalmazni,⁹¹ a Legfelsőbb Bíróság az ügyet a jogállásra hivatkozva elutasította, Walker bíró véleményét érintetlenül hagyva.⁹² A *Windsor* ügyben hozott második kerületi döntés a mai napig az egyetlen olyan szövetségi ügy, amely egyértelműen úgy véli, hogy a melegeket és leszbikusokat hátrányosan megkülönböztető törvényekre még a közép fokú vizsgálatot is alkalmazni kell. A Legfelsőbb Bíróság *Windsor-ügyben* hozott döntése tartalmazott ugyan egyenlő védelmi megfogalmazást, de végső soron a felülvizsgálat mércéje és a döntés alapja nem volt egyértelmű. Kennedy bíró többségi véleménye azt állította, hogy a DOMA érvénytelen, mert "semmilyen legitim cél nem kerekedik felül azon célon és hatáson, hogy lebecsülje és megkárosítsa azokat, akiket az állam a házassági törvényekkel személyiségükben és méltóságukban védeni kívánt",⁹³ utalva arra, anélkül, hogy kifejezetten kimondta volna, hogy a Bíróság a racionális alapon történő felülvizsgálat mércéjét alkalmazza.

⁸⁵ *Windsor kontra Egyesült Államok*, F699.3d 185-88169, (2d Cir. 2012).

⁸⁶ *Craig kontra Boren*, Egyesült 429 Államok (1901976).

⁸⁷ *Lalli v. Lalli*, U439.S. 259 (1978).

⁸⁸ *Perry kontra Schwarzenegger*, F704.Supp.2d (N921,997.D. Cal 2010).

⁸⁹ *Lásd pl.*, Richard E. Levy, *Political Process and Individual Fairness Rationales in the U.S. Supreme Court's Suspect Classification Jurisprudence*, 50 WASHBURN L. J. 33, 35 (2010) (megállapítva, hogy "a szigorú ellenőrzés általában olyan szigorú, hogy a szigorú ellenőrzés alá eső törvényeket ritkán hagyják jóvá").

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Perry kontra Brown*, 671 F.3d 1052 (2012).

⁹² *Hollingsworth kontra Perry*, S133. Court (2652,20132668).

⁹³ *Egyesült Államok kontra Windsor*, S133. Court (2675,20132696).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 123

Ezen túlmenően a vélemény tartalmaz néhány elemet az érdemi tisztességes eljárásra, a magánélet és az autonómia védelmére vonatkozó jogokat.⁹⁴ A legfontosabb azonban az, hogy a vélemény a föderalizmussal foglalkozik, és azt sugallja, hogy a DOMA érvénytelensége az azonos neműek házasságának engedélyezése mellett döntött államok szuverenitásának tiszteletben tartásához köthető,⁹⁵ ami azt jelentheti, hogy az egyenlő védelemre vonatkozó érvek kudarcot vallanak azokkal az államokkal szemben, amelyek úgy döntöttek, hogy nem engedélyezik a homoszexuálisok házasságát.

Nemzetközi szinten az egyenlő védelemre vonatkozó érvek korlátozott sikereket értek el a melegek jogainak előmozdításában. A II. világháborút követően az instrumentális emberi jogi egyezmények ratifikálása a liberalizmus felkarolását és a nemzetközi jogban korábban uralkodó pozitívista filozófiától való elfordulást jelentette.⁹⁶ A háború utáni nemzetközi emberi jogi szerződések új teste tartalmazta az egyenlő bánásmódhoz és az autonómiához való jogot, a liberális filozófia alapvető garanciáit. A világ három elsődleges nemzetközi emberi jogi egyezménye - az Emberi Jogok Nemzetközi Nyilatkozata (UDHR), a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya (ICCPR) és a Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya (ICESCR) - mindegyike rögzíti a hivatalos megkülönböztetéstől való mentességhez való jogot.

Az ENSZ Közgyűlése által a háborút követően elfogadott ENSZ Emberi Jogi Nyilatkozat azt állította, hogy minden ember "szabadon és egyenlő méltóságban és jogokban születik"⁹⁷, "mindenki egyenlő védelemre jogosult a jelen Nyilatkozatot sértő bármilyen megkülönböztetéssel szemben, valamint az ilyen megkülönböztetésre való felbujtással szemben"⁹⁸, és hogy minden embernek joga van a Nyilatkozatban foglalt jogokhoz "mindenféle megkülönböztetés, például faj, bőrszín, nem, nyelv, vallás, politikai vagy más vélemény, nemzeti vagy társadalmi származás, vagyoni, születési vagy más helyzet szerinti különbségtétel nélkül".⁹⁹ Később a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya 26. cikkében visszhangozta ezeket a gondolatokat, sürgetve, hogy "a törvénynek meg kell tiltania minden megkülönböztetést, és minden személy számára egyenlő és hatékony védelmet kell biztosítania a megkülönböztetéssel szemben bármely okból, például a következők alapján".

⁹⁴ *Id.* 2695. o. (megállapítva, hogy "a DOMA alkotmányellenes, mint az Alkotmány ötödik módosítása által védett személyi szabadságtól való megfosztás").

⁹⁵ *Id.* at (2691 megállapítva, hogy "a szövetségi kormány történelmünk során a belföldi kapcsolatok tekintetében mindig is az állami jog szerinti politikai döntéseket helyezte előtérbe").

⁹⁶ *Lásd pl.*, Clavier, *Supra* 60. lábjegyzet, 403. o. (megjegyezve, hogy a II. világháborút követően létrejött egy emberi jogi mozgalom, amely "megváltoztatta a szuverenitás fogalmát, és ezáltal megkérdőjelezte a szigorú pozitívizmust").

⁹⁷ Az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata, G.A. Res. (217III) A, U.N. Doc A/RES/217(III), art. 1. cikk (1948. december 10.) [a továbbiakban: UDHR].

⁹⁸ *Id.*, art. 7.

⁹⁹ *Id.*, art. 2.

124 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

faj, bőrszín, nem, nyelv, vallás, politikai vagy más vélemény, nemzeti vagy társadalmi származás, vagyoni, születési vagy egyéb helyzet."¹⁰⁰ Az ICESCR előírja, hogy "[a] jelen Egyezségokmány részes államai vállalják, hogy garantálják, hogy a jelen Egyezségokmányban foglalt jogok gyakorlása mindenfajta megkülönböztetés nélkül történik", az UDHR-ben és az ICCPR-ben foglaltakkal azonos kategóriák alapján.¹⁰¹

Az ICCPR¹⁰² és az ICESCR 167 részes államaival 160 a világ¹⁰³ szinte minden országa csatlakozott ezekhez az egyezményekhez, beleértve az afrikai nemzetek túlnyomó többségét is.¹⁰⁴ Az 1990-es évek közepéig azonban nem volt világos, hogy ezen eszközök diszkriminációellenes rendelkezései közül bármelyik úgy értelmezhető-e, hogy az védi a homoszexuálisok jogait. Természetesen senki sem állíthatja komolyan, hogy a ratifikáló államok jelentős része úgy értelmezte volna a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának vagy az ICESCR-nek az egyenlő védelemre vonatkozó rendelkezéseit, amikor 1966-ban megalkották azokat, hogy azok a homoszexuálisok jogait védik.

A szerződések jogáról szóló bécsi egyezmény azonban szélesebb keretet teremtett a nemzetközi megállapodások értelmezésére. Ahelyett, hogy kizárólag az egyezmény részes feleinek a ratifikáció időpontjában fennálló tényleges szándékára összpontosítana, a bécsi egyezmény előírja, hogy a szerződéseket "jóhiszeműen, a szerződésben foglaltaknak a szövegkörnyezetükben és a szerződés tárgyára és céljára tekintettel adandó rendes jelentéssel összhangban" kell értelmezni.¹⁰⁵ Továbbá, ahogy Sophie Clavier professzor megjegyezte, nyomós okok szólnak amellett, hogy különösen az emberi jogi szerződések értelmezésében kerüljük a szigorúan szándékon alapuló megközelítést. Mivel az ilyen egyezmények az egyének jogait védik az állami hatalommal való esetleges visszaélésekkel szemben, maguknak az államoknak a felfogása kevésbé fontos, mint az alábbiak esetében

¹⁰⁰ Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya art. 26, Dec 16, 1966, 999 U.N.T.S. [a 171 továbbiakban ICCPR].

¹⁰¹ Gazdasági, szociális és kulturális jogok nemzetközi egyezségokmánya cikk. 2(2), 16. december, U.1966,993 N.T.S. 3 [a továbbiakban: ICESCR].

¹⁰² *Az Egyesült Nemzetek Szervezetének szerződésgyűjteménye: Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya*, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en.

¹⁰³ *Az Egyesült Nemzetek Szervezetének szerződésgyűjteménye: Gazdasági, szociális és kulturális jogok nemzetközi egyezségokmánya*, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en.

¹⁰⁴ Afrikában csak Nyugat-Szahara nem ratifikálta az ICCPR-t, és csak Mozambik, Nyugat-Szahara és Zimbabwe nem ratifikálta az ICESCR-t.

¹⁰⁵ A szerződések jogáról szóló Bécsi Egyezmény cikke. 31(1), május U.N.23,1969,1155.T.S. 331.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 125

egy közönséges szerződés, amelynek célja csupán a ratifikáló nemzetek érdekeinek előmozdítása.¹⁰⁶

Mindenesetre az 1994, ENSZ Emberi Jogi Bizottsága, amelyet a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya alapján azért hoztak létre, hogy értékelje a ratifikáló országok megfelelőségét, első alkalommal¹⁰⁷ döntött úgy, hogy a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya védi a homoszexuálisok jogát a hivatalos megkülönböztetéstől való mentességhez.¹⁰⁸ Bár az Emberi Jogi Bizottság véleményei nem kötelező erejűek, mégis rendkívül meggyőzően értelmezik a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányát.¹⁰⁹ A *Toonen kontra Ausztrália* ügyben a bizottság Nicholas Toonen azon állítását vizsgálta, hogy a taszmániai büntető törvénykönyvnek a férfiak közötti privát szexuális érintkezésre vonatkozó tilalma sérti Toonen egyenlő védelemhez való jogát az Egyezségokmány 26. cikke alapján.¹¹⁰ Mivel a bizottság megállapította, hogy a kódex rendelkezései sértették Toonen magánélethez való jogát az Egyezségokmány 17. cikke alapján, szükségtelennek találta annak eldöntését, hogy a homoszexuálisok a 26. cikk értelmében védett csoportnak minősülnek-e.¹¹¹ Mindazonáltal a bizottság azt állította, hogy a szerződésben a nemre mint védett osztályra való hivatkozást "úgy kell értelmezni, hogy az magában foglalja a szexuális irányultságot is".¹¹² E meghatározás során a bizottság kitért Ausztrália azon kérése elől, hogy adjon útmutatást arra vonatkozóan, hogy a 26. cikkben szereplő "bármely más státusz" kifejezés magában foglalhatja-e a homoszexuálisokat.¹¹³

Toonen óta az EGSZB nem tudta eldönteni, hogy továbbra is elkötelezett-e amellyel, hogy a nemet úgy értelmezze, hogy az magában foglalja a szexuális irányultságot is.

¹⁰⁶ Clavier, *Supra* note, 60,388-89.

¹⁰⁷ *Emberi Jogi Bizottság: Polgári és Politikai Jogok Monitoringja*, A Polgári és Politikai Jogok Hivatala AZ EGYESÜLT NEMZETEK EMBERI JOGI FŐBIZTOSA, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/>.

¹⁰⁸ *Toonen kontra Ausztrália*, Comm. No. 488/1992, U.N. GAOR Hum. Rts. Comm., 49. ülésnap, 40. sz. kiegészítés, II. kötet U.N. Doc. A/49/40 (1994).

¹⁰⁹ HENRY J. STEINER, ET AL. „NEMZETKÖZI EMBERI JOGOK KONTEXTUSBAN: JOG, POLITIKA, MORÁLS 915 (3d. ed. 2008.) (idézve másokat, akik az Emberi Jogi Bizottság határozatait "valójában kötelező erejűnek" nevezik, annak ellenére, hogy a bizottság közleményei formálisan nem kötelező erejűek); Laurence R. Helfer & Alice M. Miller, *Sexual Orientation and Human Rights: Toward a United States and Transnational Jurisprudence*, 9 HARV. HUM. RTS. J. 61, 82 (1996) (megállapítva, hogy az ICCPR részes feleit az Egyezségokmány szövege köti, nem pedig az Emberi Jogi Bizottság határozatait); Lorraine Finlay, *Between a Rock and a Hard Place: The Kadi Decision and Judicial Review of Security Council Resolutions*, 18 TUL. J. INT'L & COMP. L. 477, 491 (2010) (megjegyezve, hogy az Emberi Jogi Bizottság közleményei nem kötelező erejűek).

¹¹⁰ *Toonen*, *Supra* note at 108,26.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

126OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a 26. cikk alapján.¹¹⁴ *A bizottság a Toonent* követte egy 2000-es határozatával, amelyben úgy ítélte meg, hogy az, hogy Ausztrália megtagadta a nyugdíjellátást egy háborús veterán túlélő azonos nemű élettársától, sértette a 26. cikket, mivel "neme vagy szexuális irányultsága alapján" hátrányos megkülönböztetést alkalmazott a panaszossal szemben.¹¹⁵ Azonban még ha ez az értelmezés nem is nyer további támogatást, a "bármely más státusz" fogódzkodó lehet egy járható út a homoszexuálisok jogainak további érvényesítéséhez a Paktum szerinti megkülönböztetéssel szemben.

Bármelyik utat is választja, az Emberi Jogi Bizottság az elmúlt években világhosszá tette a homoszexuálisokkal szembeni kormányzati diszkrimináció megelőzése iránti tartós elkötelezettségét, mivel rendszeresen reformokat sürgetett azoktól az országoktól, amelyek hivatalos diszkriminációt alkalmaznak, vagy nem biztosítanak megfelelő mechanizmusokat a diszkriminatív gyakorlatok megelőzésére.¹¹⁶ Hasonlóképpen, az ENSZ Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Bizottsága is kifejezte meggyőződését, hogy az ICESCR "bármely más státuszra" való hivatkozása tiltja a szexuális irányultságon alapuló megkülönböztetést.¹¹⁷ Végezetül az ENSZ Emberi Jogi Tanácsa, amely az összes ENSZ-tagállam emberi jogi helyzetének egyetemes időszakos felülvizsgálatát végzi, szintén többször tett ajánlásokat a Tanács tagjai részéről a melegeket és leszbikusokat diszkrimináló országok jogi reformjára vonatkozóan.¹¹⁸ A2011,

¹¹⁴ Englander, *supra* note (20idézi Michael O'Flaherty & John Fisher, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles*, HUM8. RTS. L. REV. 207, 216-17 (2008)).

¹¹⁵ Young kontra Ausztrália, UN GAOR, 78. ülészak, Hum Rts Comm, UN Doc CCPR/C/78/D/941/2000 (2000).

¹¹⁶ *Lásd pl.*, ENSZ Emberi Jogi Bizottság (a továbbiakban: HRC), *Az Emberi Jogi Bizottság záró megjegyzései: Orosz Föderáció*, 2009. november 24., CCPR/C/RUS/CO/6; HRC, *Az Emberi Jogi Bizottság zárómegfigyelései az Amerikai Egyesült Államokkal kapcsolatban*, 2009. február 25, 2008., U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1; Emberi Jogi Tanács, *Az Emberi Jogi Bizottság zárómegfigyelései Kenyárról*, 2005. március 24., P27, U.N. Doc. CCPR/CO/83/KEN; Emberi Jogi Tanács, *Az Emberi Jogi Bizottság zárómegfigyelései Egyiptomról*, U.N. Doc.31,2002, CCPR/CO/76/EGY.

¹¹⁷ ENSZ Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Bizottsága (CESCR), 20. sz. általános megjegyzés: A gazdasági, szociális és kulturális jogok terén történő megkülönböztetésmentesség (a Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának P2. cikke2.), P32, U.N. Doc. E/C.12/GC/20 (2009. július 2.).

¹¹⁸ *Lásd pl.*, Emberi Jogi Tanács, *Az egyetemes időszakos felülvizsgálattal foglalkozó munkacsoport jelentése: Benin*, A/HRC/22/9, 2011., december; Emberi Jogi Tanács, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Nigéria*, A/HRC/11/26, 2009. október 5.; Emberi Jogi Tanács, *Az egyetemes időszakos felülvizsgálattal foglalkozó munkacsoport jelentése: Uganda*, A/HRC/19/16, 2011. december 22.; Emberi Jogi Tanács, *Az egyetemes időszakos felülvizsgálattal foglalkozó munkacsoport jelentése: Zambia*, A/HRC/22/13, dec. 31,2012.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 127

Az Emberi Jogi Tanács határozatot fogadott el, amelyben "súlyos aggodalmát fejezte ki a világ minden régiójában az egyének ellen szexuális irányultságuk és nemi identitásuk miatt elkövetett erőszakos cselekmények és megkülönböztetés miatt".¹¹⁹

Clavier professzor azzal érvelt, hogy a kialakulóban lévő nemzetközi konszenzus - amint azt a *Toonen-ügyhöz* hasonló határozatok, valamint a nemzeti bíróságok, regionális bíróságok és az ENSZ szerződéses szerveinek számos nyilatkozata tükrözi - a homoszexuálisokkal szembeni megkülönböztetésmentesség elvét a nemzetközi szokásjog szabályává tette.¹²⁰ Clavier elismerte azt a hagyományos felfogást, hogy a nemzetközi szokásjog nem kötelező a tartósan ellenzőkre, és hogy számos ország, köztük számos afrikai nemzet, egyértelműen úgy minősülne, mint amelyek tartósan ellenzik a homoszexuális tevékenység védelmének gondolatát.¹²¹ Mindazonáltal Clavier azt állította, hogy a nemzetközi jog szigorúan pozitivistá felfogása, különösen az emberi jogok területén, hanyatlóban van, és hogy még ha egy szabály nem is nyerte el a *jus cogens* norma státuszt, a tiltakozás többé már nem elegendő ahhoz, hogy elkerüljük a jog betartásának kötelezettségét.¹²²

Ezt az érvet nehéz lehet fenntartani.¹²³ Definíció szerint a kitartó tiltakozók kivonhatják magukat a nemzetközi szokásjog hatálya alól, amennyiben a szóban forgó norma nem *jus cogens* norma, és a Clavier professzor asszony által állítása alátámasztására felhozott bizonyítékok nem támasztják alá ezt az állítást. Állításának alátámasztására Clavier professzor a *Roper kontra Simmons ügyre* hivatkozott,¹²⁴ amelyben az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága eltörölte a fiatalok elkövetőkre kiszabott halálbüntetést, valamint a *Lustig-Prean*

v. *Egyesült Királyság*, amelyben az Emberi Jogok Európai Bírósága a brit haditengerészetnél szexuális irányultságuk miatt elbocsátott felpereseknek adott igazat.¹²⁵ Clavier azt állította, hogy az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának *Roper-ügyben* hozott döntése annak elismerését jelentette, hogy az ország tartósan elutasító státusza ellenére a nemzetközi

¹¹⁹ Emberi Jogi Tanács Res. 17/19, az Emberi Jogi Tanács jelentése, 17. ülészak, május 31-június U.17,2011,N. Doc. A/HRC/17/L.9/Rev.1 (201115., június).

¹²⁰ Clavier, *Supra* note at 60,401.

¹²¹ *Id.* 404-07.

¹²² *Id.* 403-07.

¹²³ *De lásd* Sonia Bychkov Green, *Currency of Love: Customary International Law and the Battle for Same-Sex Marriage in the United States*, 14 U. PA. J.L. & SOC. CHANGE (53, ugyanazt az érvet képviseli, mint Clavier).

¹²⁴ *Roper kontra Simmons*, Egyesült 543 Államok (5512005).

¹²⁵ Sajtóközlemény, Eur. Ct. H.R., Judgments in the Cases of *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom and Smith and Grady v. The United Kingdom* (199927., szeptember), *elérhető a* lgbt.poradna-prava.cz/folder05/lustig.doc oldalon.

128OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

véleménye bizonyította "a nemzetközi társadalom változó értékei elleni tiltakozás lehetetlenségét".¹²⁶ A Legfelsőbb Bíróság azonban véleményében egyértelműen leszögezte, hogy bár a nemzetközi vélemény meggyőző, de *nem* irányadó.¹²⁷ A Bíróság szerint a nemzetközi konszenzus inkább csak megerősítette a Bíróság saját következtetéseit.¹²⁸ Hasonlóképpen, a *Lustig-Prean-ügyben*, bár az Emberi Jogok Európai Bírósága kijelentette, hogy nem hagyhatja figyelmen kívül "a széles körben elterjedt és következetesen fejlődő nézeteket vagy a szerződő államok belső jogában bekövetkezett jogi változásokat, amelyek a homoszexuálisok felvételét támogatják ezen államok fegyveres erőibe", a Bíróság döntése végül azon a megállapításán alapult, hogy az Egyesült Királyság megsértette az Emberi Jogok Európai Egyezményének magánéletre vonatkozó rendelkezéseit.¹²⁹ Még ha Clavier professzor állítása, miszerint a tartós tiltakozás már nem elegendő a nemzetközi szokásjog alkalmazásának elkerülésére, széleskörű támogatást is nyer, a nemzetközi jogban általánosan jelenlévő végrehajtási problémák azonban egyelőre valószínűleg nagyrészt akadémiakussá tennék ezt a következtetést.

A regionális emberi jogi eszközök a nemzetközi emberi jogi dokumentumokhoz hasonló megfogalmazást tartalmaznak, amely a homoszexuálisok diszkriminációval szembeni védelmére alkalmas. Különösen az Emberi Jogok és Népek Jogainak Afrikai Chartája tartalmaz egy széleskörű diszkriminációellenes rendelkezést, amely a "más státuszúak" védelmét is magában foglalja, tükrözve az ICCPR és az ICESCR nyelvezetét.¹³⁰ Az Afrikai Charta azonban az egyéni jogok gyakorlását is korlátozza az egyének e jogok gyakorlása során fennálló kötelezettségeire való hivatkozással, beleértve azt a kötelezettséget, hogy a jogokat az "erkölcs és a közérdek" kellő figyelembevételével kell gyakorolni.¹³¹ A Charta azt is állítja, hogy "[a] közösség által elismert erkölcsök és hagyományos értékek előmozdítása és védelme az állam kötelessége".¹³² Nem meglepő, hogy az Afrika nagy részén uralkodó kulturális, erkölcsi és jogi normákat tekintve a

¹²⁶ Clavier, *Supra* note at 60,406.

¹²⁷ 543 U.S. 578. o. (megállapítva, hogy "[a] világgözösség véleménye, noha nem irányítja a mi eredményünket, tiszteletben tartott és jelentős megerősítést nyújt a saját következtetéseinkhez").

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Lustig-Prean* és *Beckett* kontra Egyesült Királyság, valamint *Smith* és *Grady* kontra Egyesült Királyság ügyekben hozott ítéletek, *fentebbi* lábjegyzet. 125.

¹³⁰ *Lásd* az Emberi Jogok és a Népek Jogainak Afrikai Chartáját, Art. 2, június 27, 1981, 1520 U.N.T.S. [a 217továbbiakban: Afrikai Charta].

¹³¹ *Id.* art. 27.

¹³² *Id.* art. 17(3).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 129

Az Emberi Jogok és Népek Jogainak Afrikai Bírósága soha nem alkalmazta a Chartát a homoszexuálisok jogainak védelmére.¹³³

Az afrikai bírósággal ellentétben a világ más részein működő regionális emberi jogi bíróságok a homoszexuálisok jogait védő végleges ítéleteket hoztak. 2012 februárjában az Emberi Jogok Amerikaközi Bírósága úgy döntött, hogy a szexuális irányultság az Emberi Jogok Amerikai Egyezménye értelmében gyanús besorolásnak minősül, és érvénytelenítette a chilei legfelsőbb bíróság azon döntését, hogy homoszexualitása miatt megtagadta egy anya gyermekei felügyeleti jogát.¹³⁴ Hasonlóképpen, az Emberi Jogok Európai Bírósága többször hivatkozott az Emberi Jogok Európai Egyezményének megkülönböztetésmentességi rendelkezésére, amely alapján megsemmisítette a homoszexuálisokat hátrányosan megkülönböztető törvényeket.¹³⁵

Az afrikai alkotmányok diszkriminációellenes rendelkezései szintén kínálnak némi lehetőséget a homoszexuálisok védelmére. A legtöbb afrikai alkotmány, az Egyesült Államok alkotmányával ellentétben, általában felsorolja a megkülönböztetéssel szemben védett személyek kategóriáit. Néhány afrikai nemzet alkotmánya széles körű védelmet tartalmaz az "egyéb státuszra" vagy annak funkcionális megfelelőjére vonatkozóan, hasonlóan a nemzetközi emberi jogi dokumentumok megfogalmazásához.¹³⁶ Mások, amelyek nem tartalmazzak

¹³³ Ezen akadályokon túlmenően az a követelmény, hogy a részes államoknak egyéni követeléseknek kell alávetniük magukat, mielőtt az Afrikai Bíróság meghallgatná az ilyen követeléseket, jelentős akadálya annak, hogy a Bíróság kedvező emberi jogi döntéseket hozzon. *Lásd az alábbi* lábjegyzetet Mindazonáltal 201. az Emberi és Népi Jogok Afrikai Bizottsága, amelynek feladata a Charta jogainak értelmezése és a részes államok elleni panaszok tárgyalása, aggodalmát fejezte ki a "szexuális kisebbségekkel szembeni intolerancia" miatt. Az Emberi Jogok és Népek Jogainak Afrikai Bizottsága, Záró észrevételek és ajánlások a Kameruni Köztársaság időszakos jelentéséről, május 11-25., P142005,, ACHPR, 39. rendes ülészak. (2005).

¹³⁴ *Atala Riffo and Daughters kontra Chile*, Inter-Am Ct HR (2012. február 24-i ítélet), online: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f840a122.html>.

¹³⁵ *Lásd pl.* Karner kontra Ausztria, 2003-IX Eur. Ct. H.R. 199, 210-13, (egy olyan osztrák törvény érvénytelenítése, amely megtagadta az azonos nemű élettársaktól a bérleti jogutódlást, mivel sérti az Egyezmény magánéletre és a megkülönböztetésmentességre vonatkozó rendelkezéseit); L. & V. kontra Ausztria, 2003-I Eur. Ct. H.R. 29, (az Egyezmény megkülönböztetésellenes rendelkezését sértőnek nyilvánítva megsemmisített egy osztrák törvényt, amely büntethetővé tette a felnőttek és a 14 év alatti kiskorúak közötti szexuális kapcsolatot, és csak 18 akkor, ha mindkét résztvevő férfi volt).

¹³⁶ *Lásd pl.* , CONST. KAMERÓN, art. 2 ("Mindenkit megilletnek a jelen Nyilatkozatban meghatározott jogok és szabadságok, fajra, bőrszínre, nemre, nyelvre, vallásra, politikai vagy más véleményre, nemzeti vagy társadalmi származásra, vagyoni, születési vagy egyéb helyzetre való tekintet nélkül"); CONST. MALAWI 1994. évi alkotmánya, art. 20 (prohibiting discrimination "on grounds of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, nationality, ethnic or social origin, disability, property, birth or other status"); CONST. KENYA, art. 27(1), (4) ("Minden személy egyenlő a törvény előtt, és joga van az egyenlő védelemhez és a törvény egyenlő előnyehez"; "Az állam nem alkalmazhat közvetlen vagy közvetett megkülönböztetést senkivel szemben *semmilyen alapon*, beleértve a faji, nemi, terhességi, családi állapot, egészségi állapot, etnikai vagy társadalmi származás, bőrszín, életkor, fogyatékoság, vallás, lelkiismeret, meggyőződés, kultúra, öltözködés,

130 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

az ilyen nyelvezet mégis tiltja a nemi megkülönböztetést,¹³⁷ amit a bíróság úgy értelmezhet, hogy az államot korlátozza a homoszexuálisok diszkriminációjában, ahogyan azt az Emberi Jogi Bizottság is tette a *Toonen-ügyben*. A kontinens társadalmaiban a homoszexualitással szemben uralkodó kulturális ellenszenv azonban a diszkrimináció alkotmányos tilalmának bírósági értelmezése révén olyan valószínűtlenné teheti a jelentős előrelépést, mint amilyen valószínűtlenek voltak az ilyen győzelmek az Egyesült Államokban annak történelme nagy részében. Valójában számos afrikai alkotmány tartalmaz kifejezett kivételeket az alapjogi rendelkezések alól, ha az ésszerűen szükséges a közérkölc megőrzéséhez.¹³⁸ Az ilyen rendelkezések legalábbis azt sugallják, hogy kisebb a valószínűsége annak, hogy az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának a *Lawrence kontra Texas* ügyben hozott ítéletéhez hasonló bírói döntés születik, amikor megállapította, hogy egy gyakorlat erkölcsi helytelenítése a társadalom többsége részéről

nyelv vagy születés") (dőlt betűvel szedve); CONST. NIGÉRIA, art. 15. cikk (2) bekezdése ("Ennek megfelelően a nemzeti integrációt aktívan ösztönözni kell, míg a származási hely, a nem, a vallás, a *státusz*, az etnikai vagy nyelvi hovatartozás vagy kötődés alapján történő megkülönböztetés tilos") (dőlt betűvel szedve); CONST. TANZANIA, art. 9(h) (describing the government's obligation to ensure "that all forms of injustice, intimidation, discrimination, corruption, oppression or favouritism are eradicated"); art. 13. cikk (5) bekezdés ("E cikk alkalmazásában a "megkülönböztetés" kifejezés azt jelenti, hogy a különböző személyek szükségleteinek, jogainak vagy egyéb követelményeinek a nemzetiségük, törzsük, származási helyük, politikai véleményük, bőrszínük, vallásuk alapján történő kielégítése, neme vagy élethelyzete alapján, oly módon, hogy az emberek bizonyos kategóriáit gyengének vagy alsóbbrendűnek tekintik, és korlátozásoknak vagy feltételeknek vetik alá, míg más kategóriákhoz tartozó személyeket másként kezelnek, vagy a meghatározott feltételeken vagy az előírt szükséges képzéseken kívül kapnak lehetőségeket vagy előnyöket, kivéve, hogy a "megkülönböztetés" szó nem értelmezhető úgy, hogy az megtiltja a kormánynak, hogy célzott lépéseket tegyen a társadalomban tapasztalható fogyatékoságok orvoslására").

¹³⁷ *Lásd pl.*, CONST. OF GHANA, art. 17(2) ("Senkit nem lehet nem, faj, bőrszín, etnikai származás, vallás, hitvallás, társadalmi vagy gazdasági helyzet alapján hátrányosan megkülönböztetni."); CONST. OF UGANDA, art. 21. cikk (2) bekezdése (kimondja, hogy "senkit sem lehet nem, faj, bőrszín, etnikai származás, törzs, születés, hitvallás vagy vallás, társadalmi vagy gazdasági helyzet, politikai vélemény vagy fogyatékoság alapján hátrányosan megkülönböztetni"); CONST. OF ZAMBIA, art. 23. cikk (3) bekezdése ("Ebben a cikkben a "megkülönböztető" kifejezés azt jelenti (sic), hogy a különböző személyekkel szemben olyan eltérő bánásmódot alkalmaznak, amely teljes egészében vagy nagyrészt a faj, törzs, nem, nem, származási hely, családi állapot, politikai vélemény, bőrszín vagy hitvallás szerinti megnevezésüknek tulajdonítható, és amelynek során az egyik ilyen megnevezéshez tartozó személyeket olyan fogyatékoságoknak vagy korlátozásoknak vetik alá, amelyeknek a másik ilyen megnevezéshez tartozó személyeket nem vetik alá, vagy olyan kiváltságokat vagy előnyöket biztosítanak, amelyeket a másik ilyen megnevezéshez tartozó személyeknek nem biztosítanak").

¹³⁸ *Lásd pl.*, CONST. KAMERÓN, art. 29(2) ("Jogai és szabadságai gyakorlása során mindenki csak olyan korlátozásoknak van alávetve, amelyeket a törvény kizárólag abból a célból határoz meg, hogy biztosítsa mások jogainak és szabadságainak megfelelő elismerését és tiszteletben tartását, valamint a demokratikus társadalomban az erkölcs, a közrend és az általános jólét igazságos követelményeinek való megfelelést."); CONST. ETIÓPIA, art. 26. cikkének (3) bekezdése (megjegyezve, hogy a kormány korlátozhatja a magánélethez való jogot a "... közbéke, a közegészségügy és a közérkölc érdekében. ."); CONST. ZAMBIA, art. 23. cikkének (7) bekezdése (utalva más rendelkezésekre, amelyek lehetővé teszik a korlátozásokat, ha "a honvédelem, a közbiztonság, a közrend, a közérkölc vagy a közegészségügy érdekében ésszerűen szükséges").

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 131

népesség száma nem elegendő indok a gyakorlatot tiltó törvény fenntartásához.¹³⁹

A törvény egyenlő védelméhez való liberális jog természetesen nem garantálja a diszkriminációtól való mentességet semmilyen alapon. Ha egy állam nem hozhatna olyan törvényeket és politikákat, amelyek bizonyos célokból különbséget tesznek bizonyos embercsoportok között, akkor a törvények hihetetlenül széles köre válna érvénytelenné. A kormányok nem lennének képesek például életkori korlátozásokat bevezetni a szavazásra és a gépjárművezetésre vonatkozóan, vagy másként kezelni az engedély nélküli optikusokat, mint a kész szemüvegek eladóit.¹⁴⁰ Ehelyett a bíróságok és a tudósok a törvény előtti egyenlő bánásmódhoz való jogot úgy értelmezték, mint az ésszerűtlen megkülönböztetéstől való mentességhez való jogot. Ez a vizsgálat két jelentős meghatározást igényelt. Először is, a bíróságoknak el kell dönteniük, hogy a jogellenes megkülönböztetésre hivatkozó személy olyan csoport tagja-e, amely különleges védelmet érdemel. A diszkrimináció tiltott formáinak felsorolása a legtöbb nemzetközi emberi jogi dokumentumban sok esetben egyszerűvé teszi az első meghatározást. Amikor azonban a bíróságnak a megkülönböztetés egy nem felsorolt formájával kell szembenéznie, meg kell határoznia, hogy egy olyan eszköz esetében, mint a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya, lehetséges-e a csoportot egy kifejezetten felsorolt kategória alá vonni,¹⁴¹ vagy pedig, hogy a csoport olyan "egyéb státusszal" rendelkezik-e, amely különleges védelmet érdemel. Az Egyesült Államokban, ahol az egyenlő védelemről szóló záradék nem említ semmilyen konkrét védett kategóriát, a Legfelsőbb Bíróság azt vizsgálta, hogy egy megkülönböztetett és elszigetelt kisebbséggel¹⁴² szembeni, valamely megváltoztathatatlan tulajdonság¹⁴³ alapján történő megkülönböztetésnek volt-e előzménye annak eldöntése során, hogy a szóban forgó csoportot hátrányosan megkülönböztető törvényeket fokozott ellenőrzésnek kell-e alávetni.

Ezért, ahogyan fentebb említettük, a nem jelentős státuszon alapuló megkülönböztetés, mint például az engedély nélküli optikus, ésszerű lenne mindaddig, amíg a felülvizsgáló bíróság úgy találja, hogy az racionálisan kapcsolódik bármely legitim kormányzati célhoz, ami a gyakorlatban rendkívül alacsony korlátot jelent a legitimitás megállapításához. Másrészt az Egyesült Államokban egy olyan törvény, amely faji alapon tesz különbséget, egy megváltoztathatatlan tulajdonság és egy

¹³⁹ Lawrence kontra Texas, U539.S. 577-78558, (2003) (idézi a Bowers kontra Hardwick, 478 U.S. 186, 216 (1986) (Stevens, J., más véleményen)).

¹⁴⁰ Lásd Williamson kontra Lee Optical, U348.S. 483 (1955).

¹⁴¹ Lásd pl. *Toonen*, *Supra* note. 108.

¹⁴² United States v. Carolene Products Co., U304.S. n144,4 (1938).

¹⁴³ Lásd pl. *Frontiero* kontra Richardson, U411.S. (677,1973686).

132 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

kategóriát, amelynek nyilvánvalóan terhelt története van, beleértve a szörnyen visszaélészerű megkülönböztetést is, szigorú vizsgálatnak kell alávetni.¹⁴⁴ A bíróságok és más emberi jogi testületek, amelyek a szerződésekben és a nemzeti alkotmányokban szereplő, megkülönböztetést tiltó záradékok követelményeit értelmezik, talán egyetértenek Walker bíró értékelésével, miszerint a szexuális irányultság alapján megkülönböztető törvény pontosan az a fajta törvény, amelyre a szigorú vizsgálatához hasonlót kell alkalmazni. Amint azonban az alábbiakban kifejtem, amennyiben a kulturális hiedelmek és az antropológiai adatok aláássák a megváltoztathatatlanságra vonatkozó állításokat és az elkülönült, elszigetelt kisebbségként való státuszra vonatkozó állításokat, az ilyen megállapítások kevésbé valószínűek.

Még ha a bíróság meg is állapítja, hogy egy csoport jogosult a védett státuszra, végső soron akkor is döntenie kell arról, hogy egy diszkriminatív törvény ésszerű-e. Egy olyan törvény, amely gyanús besorolás alapján tesz különbséget emberek között, kevésbé valószínű, hogy kiállja a vizsgálatot, de a megkülönböztetésmentességhez való joggal való összeegyeztethetlensége nem eleve eldöntött tény. Ezért, bár a faji alapon történő megkülönböztetés vélhetően érvénytelen, vannak olyan korlátozott körülmények, amelyekben a modern bíróságok arra a következtetésre jutottak, hogy a faji megkülönböztetés ésszerű.¹⁴⁵ Hasonlóképpen, egy olyan döntés, amely szerint a szexuális irányultság gyanús besorolásnak minősül, nem feltétlenül vezet a heteroszexuálisok és homoszexuálisok közötti különbséget tevő valamennyi törvény érvénytelenségéhez. Ez például a Toonen-ügyhöz hasonlóan a homoszexuális tevékenységet büntető törvények hatályon kívül helyezéséhez vezethet, miközben fenntartja a homoszexuálisok házasságára vonatkozó tilalmakat. A korai állapot szerint bár 2013. csupán tíz ország engedélyezte teljes mértékben az azonos neműek házasságát,¹⁴⁶ a nemzetek jóval nagyobb csoportja, köztük az Egyesült Államok, dekriminalizálta az azonos neműek közötti, konszenzuson alapuló szexuális kapcsolatokat.¹⁴⁷

¹⁴⁴ *Lásd pl.*, Fisher v. Univ. of Texas at Austin, 513 U.S. 299 (2003).

¹⁴⁵ *Lásd pl.* Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003) (a Michigani Egyetem jogi karának pozitív diszkriminációs politikájának fenntartása, mivel az szükséges volt a felsőoktatás sokszínűségének eléréséhez fűződő kényszerítő kormányzati érdek miatt).

¹⁴⁶ WhiteKnot.org, Világtérkép, *elérhető a következő címen*: <http://whiteknot.org/worldmap.html>.

¹⁴⁷ Az Emberi Jogok Európai Egyezményének részes államai kénytelenek dekriminalizálni a homoszexuális szexuális tevékenységet azóta, hogy az Emberi Jogok Európai Bírósága 1981-ben úgy döntött, hogy az ilyen törvények sértik az Egyezményben foglalt magánélet védelmét. Dudgeon kontra Egyesült Királyság, 45 Eur. Ct. H.R. (Ser. A), 25. o. (1981). Ezzel szemben csak 20 évvel később Hollandia a világon elsőként legalizálta az azonos neműek házasságát. A házassági intézet megnyitására szóló törvény, Burgerlijk Wetboek [BW] bk. 1, art. 30(1) (Neth.). A 2009-ben hatályba lépett Lisszaboni Szerződés védi a házassághoz való jogot, és nem tartalmaz olyan minősítő megfogalmazást, amely azt sugallná, hogy a jog a nemek közötti házasságokra korlátozódik, és a szerződés kifejezetten tiltja a szexuális irányultságon alapuló megkülönböztetést. Lisszaboni Szerződés az Európai Unióról szóló szerződés és az Európai Unió létrehozásáról szóló szerződés módosításáról szóló szerződés módosításáról.

2013]A *nyugati univerzalizmus és az afrikai homoszexualitás* 133

Végső soron, míg a nemzetközi emberi jogi testületek valószínűleg továbbra is úgy értelmezik a nemzetközi emberi jogi dokumentumokat, hogy azok különleges védelmet biztosítanak a homoszexuálisok számára a megkülönböztetéssel szemben, az afrikai országok nemzeti bíróságai sokkal kevésbé fogják osztani ezt a nézőpontot. Amint azt alább részletesebben is kifejttem, a nemzetközi emberi jogi szerződések végrehajtásának fejletlen keretei azt jelentik, hogy a gyakorlatban a nemzeti döntéshozó testületek álláspontja fog érvényesülni, ha egy olyan testület, mint az Emberi Jogi Bizottság, és a hazai bírák és törvényhozók álláspontja között konfliktus alakul ki. Először azonban a második alapvető liberális jog - az egyéni autonómiához való jog, amelyet gyakran a magánélethez való jogként fogalmazznak meg - fejlődését fogom megvizsgálni.

B. Autonómia

Locke az emberi racionalitás egyetemességébe vetett hite nemcsak azt az elképzelést támogatta, hogy a kormánynak egyenlően kell bánnia az emberekkel, hanem azt is, hogy az államnak általában békén kell hagynia az embereket. Ha az emberek alapvetően mind racionálisak, akkor minden ember nagyjából ugyanúgy képes eldönteni, hogyan rendezze saját életét, és minden ember valószínűleg mindenki másnál jobb helyzetben van ahhoz, hogy meghatározza saját érdekeit, és eldöntse, hogyan követi a saját elképzelését arról, hogy mi a jó élet.¹⁴⁸ A megkülönböztetésmentességhez való joghoz hasonlóan az Egyesült Államok alkotmányos joggyakorlata, a nemzetközi emberi jogi szerződések, a regionális emberi jogi eszközök és az afrikai nemzetek alkotmányai rögzítették a magánélethez és az autonómiához való jogot.

Az Egyesült Államokban a Függetlenségi Nyilatkozat ezt a liberális értéket tükrözte, amikor megerősítette, hogy az emberek egyenlőségéhez hasonlóan magától értetődő igazság, hogy az embereknek elidegeníthetetlen jogaik vannak, beleértve a "szabadsághoz és a boldogságra való törekvéshez" való jogot.¹⁴⁹ Az Egyesült Államok Alkotmányának első és második (jelenlegi értelmezés szerint) ¹⁵⁰módosítása az egyéni autonómia konkrét formáit védi - a véleménynyilvánítás és az egyesülés szabadságát, illetve a fegyverviselési jogot. A Legfelsőbb Bíróság értelmezése azonban

Európai Közösség, Dec. O.13,2007,J. (C 306) A1. jövőben a Lisszaboni Szerződés alapul szolgálhat a homoszexuálisok házassági jogainak további előmozdításához Európában.

¹⁴⁸ Robin West, *Universalism, Liberal Theory, and the Problem of Gay Marriage*, FLA25. ST. U. L. REV. 705 (1998).

¹⁴⁹ A FÜGGETLENSÉGI NYILATKOZAT ¶ (2U.S. 1776).

¹⁵⁰ *Lásd* District of Columbia v. Heller, U554.S. (5702008) (megállapítva, hogy a második módosítás egyéni jogot teremt a fegyvertartáshoz); McDonald v. Chicago, 561 U.S. 3025 (2010) (a második módosítást az államokkal szemben beépítve).

134 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

Az autonómiához való szélesebb körű, általánosabb értelemben vett autonómiához való jog kialakulása a 20. század elején hozott, mára hiteltelenné vált, a munkaügyi törvényeket megsemmisítő, érdemi eljárásra vonatkozó határozatok sorával kezdődött, azzal az elmélettel, hogy az ilyen törvények beavatkoznak a gazdasági szabadsághoz való alapvető jogba.¹⁵¹ A Legfelsőbb Bíróság később, az 1960-as években a Griswold kontra Connecticut ügyben indított, a magánélet védelmére vonatkozó ügyek sorával, más összefüggésben, újra felelevenítette az anyagi jogi eljárás koncepcióját a nem felsorolt autonómiajogok védelmére.¹⁵² Ezek az ügyek a rendezett szabadság alapvető jogaként hagyták jóvá a házasság¹⁵³ és nem házasság emberek fogamzásgátlókhöz való jogát,¹⁵⁴ az abortuszhoz való jogot,¹⁵⁵ a gyermekvállaláshoz való jogot,¹⁵⁶ valamint a különböző fajú emberek házasságkötési jogát.¹⁵⁷ Végül 2003-ban a *Lawrence-ügyben* a Bíróság az érdemi tisztességes eljárás eszméjét használta fel annak a texasi törvénynek az érvénytelenítésére, amely az azonos nemű párok közötti szodómiát kriminalizálta.¹⁵⁸

Ahogy Walker bíró a Perry kontra Schwarzenegger ügyben hozott véleményében érvénytelenítette az azonos neműek házasságának kaliforniai alkotmányos tilalmát azon az alapon, hogy az sérti az egyenlő védelem szövetségi klauzuláját, Walker bíró azt is megállapította, hogy a kaliforniai alkotmány módosítás sérti a homoszexuális párok szövetségi anyagi jogait.¹⁵⁹ Ahogyan a Kilencedik Kerület elkerülte annak eldöntését, hogy a homoszexuálisok jogosultak lehetnek-e az egyenlő védelem szempontjából a fokozott vagy szigorú vizsgálatra, Reinhardt bíró véleménye a Kilencedik Kerület számára teljes mértékben elkerülte a tisztességes eljárás kérdését.¹⁶⁰ A Legfelsőbb Bíróság véleménye az ügyben meghagyta Walker bíró véleményét,¹⁶¹ és a *Windsor-ügyben megfogalmazott* véleményét,

¹⁵¹ Lochner kontra New York, USA (198451905); Coppage kontra Kansas, USA (23611915); Adkins v. Children's Hospital, U261.S. (1923)525.

¹⁵² Griswold kontra Connecticut, Egyesült 381 Államok (4791965).

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ Eisenstadt v. Baird, U405.S. 438 (1972).

¹⁵⁵ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁵⁶ Skinner kontra Oklahoma, Egyesült 316 Államok (5351942).

¹⁵⁷ Loving kontra Virginia, 388 U.S. 1 (1967) (megállapítva, hogy Virginia fajnemésítés-ellenes törvénye sértette mind az egyenlő védelemről szóló záradékot, mind a tizenmegyedik módosítás megfelelő eljárásról szóló záradékát).

¹⁵⁸ Lawrence kontra Texas, 539 U.S. (558,2003578).

¹⁵⁹ Perry kontra Schwarzenegger, F704.Supp.2d at 995.

¹⁶⁰ Perry kontra Brown, F671.3d at 1096.

¹⁶¹ Hollingsworth kontra Perry, S133. Court (2652,20132668).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 135

a DOMA érvénytelenítése során az egyenlő védelem és a föderalizmus mellett az anyagi jogi eljárásra vonatkozó szempontokat is figyelembe vett.¹⁶²

A nemzetközi emberi jogi dokumentumok ugyanúgy garantálják az autonómiajogokat, mint ahogyan a megkülönböztetésmentességhez való alapvető jogot is. Az UDHR számos olyan rendelkezést tartalmaz, amely autonómiajogokat hirdet, beleértve a magánéletbe, a családba és az otthonba való önkényes beavatkozás elleni jogot,¹⁶³ a szabad mozgáshoz való jogot,¹⁶⁴ a házasságkötéshez és a családalapításhoz való jogot,¹⁶⁵ a munkahely megválasztásához való jogot,¹⁶⁶ valamint a vallásszabadsághoz, a¹⁶⁷ véleménynyilvánításhoz és az egyesülési szabadsághoz¹⁶⁸ való jogot.¹⁶⁹ Az ICCPR számos hasonló kifejezést tartalmaz.¹⁷⁰ Bár az UDHR és az ICCPR házassághoz való jogra vonatkozó garanciái idővel értelmezhetők úgy, hogy a homoszexuálisok házasságához való jogot is magukban foglalják,¹⁷¹ egyelőre az autonómiajogok általánosabb védelme a dokumentumok magánéletre vonatkozó rendelkezéseiben nagyobb lehetőséget kínál a homoszexuálisok állami elnyomással szembeni védelmére.

Ez legalábbis részben a meglévő precedensek miatt van így. Amint fentebb említettük, az Emberi Jogi Bizottság Toonen-ügyben hozott döntése végső soron azon a megállapításon alapult, hogy a taszmániai büntető törvénykönyvben a férfiak közötti magánjellegű, konszenzuson alapuló szexuális tevékenység tilalma sérti Toonen magánélethez való, az Egyezségokmány 17. cikke szerinti jogait. Természetesen, noha a házassághoz való jog arculatilag szűkebb, mint a magánéletbe, a családi és otthoni életbe való beavatkozás elleni jog, annak megállapítása, hogy a homoszexuálisoknak joguk van egymás között házasságot kötni, axiomatikusan azt jelentené.

¹⁶² Egyesült Államok kontra Windsor, 133 S. Ct. (2675,20132696).

¹⁶³ UDHR, *fentebb* említett cikk97., 12.

¹⁶⁴ *Id.* art. 13.

¹⁶⁵ *Id.* art. 16.

¹⁶⁶ *Id.* art. 23.

¹⁶⁷ *Id.* art. 18.

¹⁶⁸ *Id.* art. 19.

¹⁶⁹ *Id.* art. 20.

¹⁷⁰ *Lásd pl.* ICCPR, *fentebb* említett cikk100., 12 (a mozgásszabadság garantálása); art. 17 (védelem a magánéletbe, a családba és az otthonba való önkényes beavatkozással szemben); art. 18 (a "gondolat-, lelkiismereti és vallásszabadság" garantálása); a "gondolat-, lelkiismereti és vallásszabadság"; a "gondolat-, lelkiismereti és vallásszabadság"; a "gondolat-, lelkiismereti és vallásszabadság". 19 (asserting rights to freedom of opinion and expression); art. 21. cikk (a békés gyülekezéshez való jog garantálása); 21. cikk (a békés gyülekezéshez való jog garantálása); 21. cikk (a békés gyülekezéshez való jog garantálása); 21. cikk (a békés gyülekezéshez való jog garantálása). 23. cikk (kimondja "a házassági korú férfiak és nők házasságkötéshez és családalapításhoz való jogát").

¹⁷¹ Az UDHR és az ICCPR "férfiak és nők" házassághoz való jogának deklarálása szűkebben is értelmezhető, mintha csak azt biztosítaná, hogy a férfiaknak és a nőknek joguk van egymás között házasságot kötni. UDHR, 97. lábjegyzet, 97. cikk. 16. cikk; ICCPR, *fentebb* 100. lábjegyzet, 16. cikk; ICCPR, *fentebb* 100. lábjegyzet, 16. cikk. 23. Az UDHR 16. cikke kifejezetten megjegyzi, hogy a jog "faji, nemzetiségi vagy vallási korlátások nélkül" jár, de természetesen nem említi a szexuális irányultságot, ami a dokumentum megalkotóinak eszébe sem jutott volna a dokumentum megalkotásakor.

136 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

magában foglalja a szexuális autonómiához való jogokat, amelyeket a magánélet védelmére vonatkozó rendelkezések révén szokásosan érvényesítünk. Az egyenlő védelemhez hasonlóan azonban a házassági jogok autonómia-rendeleteken keresztül történő érvényesítéséhez vezető út is nehezebb lehet, mint azok az állítások, amelyek szerint a szexuális magánélet büntetőjogi szankcionálása alapvető autonómia- vagy magánélethez fűződő jogokat sért.

Nemzetközi megfelelőikhez hasonlóan a regionális emberi jogi eszközök is tartalmazzák az egyéni autonómia védelmét. Az afrikai országok esetében az Emberi Jogok és Népek Jogainak Afrikai Chartája az autonómiajogokat a nemzetközi emberi jogi dokumentumokban, például az ENSZ Emberi Jogok Nemzetközi Egyezményében és az ICCPR-ben foglaltakhoz hasonló rendelkezésekkel biztosítja.¹⁷² Figyelemre méltó azonban, hogy az UDHR-től és az ICCPR-től eltérően az Afrikai Charta nem tartalmaz olyan cikket, amely általános védelmet biztosítana a magánélet vagy az otthoni élet számára. Így az Emberi Jogok Európai Bíróságának a *Dudgeon kontra Egyesült Királyság* ügyben hozott döntésével teljesen analóg döntés, miszerint a homoszexuális szex kriminalizálása sérti az Emberi Jogok Európai Egyezményének magánéletre vonatkozó rendelkezéseit,¹⁷³ tarthatatlan lenne.

Azon a korlátozáson túl, amely szerint az egyéneknek kötelessége a jogaik gyakorlása az erkölcsre és a közérdekre tekintettel, valamint az állam kötelessége az erkölcs és a hagyományos értékek előmozdítása, az Afrikai Charta több autonómia-rendelete is tartalmaz konkrét korlátozásokat a közjólét vagy a közrend érdekében.¹⁷⁴ Elképzelhető azonban, hogy a Charta lelkiismereti, véleménynyilvánítási és egyesülési szabadságot biztosító cikkeit egy napon úgy értelmezik, hogy azok védelmet nyújtanak a homoszexuálisok számára, hasonlóan az Első Alkotmánykiegészítés "penumbraihoz" és "kisugárzásaihoz", amelyeket a *Griswold* Bíróság a házaspárok fogamzásgátló eszközökhöz való jogát támogatóknak talált.¹⁷⁵

Végezetül az afrikai alkotmányok tartalmazzák olyan alapjogi rendelkezéseket, amelyek biztosítják a magánélet és az autonómia védelmét. A fent tárgyalt nemzetközi és regionális emberi jogi eszközökhöz hasonlóan,

¹⁷² Afrikai Charta, *fenntebb* 130. lábjegyzet, cikk. 8. cikk (a lelkiismereti és vallásszabadság garantálása); 8. cikk (a lelkiismereti és vallásszabadság garantálása). 9. cikk (a véleménynyilvánítás és a véleménynyilvánítás szabadságának védelme); 9. cikk (a véleménynyilvánítás és a véleménynyilvánítás szabadságának védelme). 10. cikk (kimondja, hogy az egyéneknek egyesülési szabadságuk van); 11. cikk (a gyülekezés szabadságának kihirdetése); 12. cikk (a szabad mozgáshoz való jog leírása).

¹⁷³ *Dudgeon*, 45 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) at (251981).

¹⁷⁴ Afrikai Charta, *fenntebb* 130. lábjegyzet, cikk. 8. cikk (megjegyezve, hogy a lelkiismereti szabadsághoz való jog a "törvény és a rend" hatálya alá tartozik); 8. cikk. 9 (kimondva, hogy a véleménynyilvánítás és a véleménynyilvánítás szabadságához való jognak "a törvényen belül" kell érvényesülnie); Art. 10 (asserting that individuals have a right to free association only if they abide by the law); art. 11. cikk (kimondja, hogy a gyülekezési szabadsághoz való jog korlátozható "a nemzetbiztonság, a biztonság, az egészség, az etika, valamint mások jogai és szabadságai érdekében").

¹⁷⁵ *Griswold kontra Connecticut*, 381 U.S. (479,1965).484

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 137

ezek a jogok általában meglehetősen konkrétan vannak felsorolva, ellentétben az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága által az anyagi jogi eljárásra vonatkozó ügyek sorában a jogtudományi fejlődés nyitott lehetőségeivel.¹⁷⁶ És míg az UDHR és az ICCPR magánéletre vonatkozó rendelkezései a "magánéletre, a családra és az otthonra" való hivatkozással kényelmesen felöllelhetnek meglehetősen széles körű autonómiaigényeket, addig egyes afrikai alkotmányok magánéletre vonatkozó cikkei a magánülethez fűződő jogok egyes kategóriáit tűnnek pontosabban megcélózni, gyakran a lakás fizikai átkutatására és a tulajdonjogba való egyéb beavatkozásokra összpontosítva.¹⁷⁷ Ezekben az országokban a magánélet védelmére való közvetlen támaszkodás valószínűleg nehezebb lenne a szexuális autonómiához való nem felsorolt jogokat érvényesítő felperesek számára.

Ismét felhozhatunk egy *Griswold-szerű* érvelést, amely a magánélet, a véleménynyilvánítás és az egyesülés szabadságát biztosító cikkeket "penumbráin" és "emanációin" alapul. Bár a *Griswold* Bíróság nem hivatkozott kifejezetten az anyagi jogi eljárásra, a későbbi esetek világossá tették, hogy ez a doktrína adta az alapját az amerikai alapjogi joggyakorlat fejlődő testületének;¹⁷⁸ elméletileg lehetséges, hogy egyes afrikai bíróságok hajlandóak lennének hasonló doktrinális újítást alkalmazni a felsorolásban nem szereplő jogok kihirdetésére. Mindazonáltal az afrikai bíróságok nem alakítottak ki hasonlóan kényelmes mechanizmusokat az általános, alapvető jogok extrapolálására a konkrét alkotmányos rendelkezésekből. Ennek következtében az azonos neműek intimitásának gyakorlói számos afrikai országban még akkor is akadályokba ütközhetnek az alkotmányos autonómia érvelés során, ha az adott országok bírái hajlamosak lennének szimpatizálni állításaikkal.

¹⁷⁶ *Lásd pl.*, CONST. ZAMBIA, art. 19. cikke (a gondolat- és vallásszabadsághoz való jog megfogalmazása); Art. 20. cikk (a véleménynyilvánítás szabadságáról rendelkezik); Art. 21. cikk (a szabad gyülekezéshez és egyesüléshez való jog leírása); 21. cikk (a szabad gyülekezéshez és egyesüléshez való jog leírása); 21. cikk (a szabad véleménynyilvánításhoz való jog). 22. cikk (kimondja, hogy "egyetlen állampolgárt sem lehet megfosztani a szabad mozgásától").

¹⁷⁷ *Lásd pl.*, CONST. OF MALAWI, art. 21. cikke (amely védelmet biztosít "a személy, a lakás vagy a tulajdon" átkutatásával és "a magánvagyon lefoglalásával" szemben); CONST. UGANDA, art. 27. cikke (a "személy, lakás és egyéb tulajdon" magánülethez való jogának leírása, és annak kimondása, hogy "Senki sem vethető alá beavatkozásnak a lakása, levelezése, kommunikációja vagy egyéb tulajdona magánületébe"); CONST. ZAMBIA, art. 17. cikkének (1) bekezdése ("A saját beleegyezése nélkül senki sem vethető alá személyének vagy vagyonának átkutatásának, illetve másoknak a helyiségébe való belépésének"); *de lásd* CONST. KAMÉROON, art. 12. cikke ("Senkit sem lehet kitenni a magánületébe, családjába, otthonába vagy levelezésébe való önkényes beavatkozásnak"); CONST. KENYA, art. 31. cikke (beleértve a "családi vagy magánügyekkel kapcsolatos információk védelmét"); CONST. TANZANIA, Art. 16. cikk (1) bekezdése (kimondja, hogy "[minden személynek] joga van személye tiszteletben tartásához és védelméhez, a magánélet, a családja és a házastársi élet magánületének tiszteletben tartásához és védelméhez, valamint lakóhelye és magánjellelű kommunikációjának tiszteletben tartásához és védelméhez").

¹⁷⁸ *Lásd pl.* Washington kontra Glucksberg, USA (5217021997).

138OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

Az egyenlő védelemhez hasonlóan nem minden autonómiára vonatkozó állítás vonzza azt a fajta fokozott ellenőrzést, amely növeli annak esélyét, hogy a hivatkozott jogot sértő törvény nem állja ki a bírósági felülvizsgálatot. Az Egyesült Államokban például az anyagi jogi eljárásra vonatkozó állítások csak akkor érdemelnek szigorú ellenőrzést, ha a szóban forgó jog alapvetőnek minősül, és ezt a követelményt az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága akkor tartja teljesítettnek, ha "az állított alapvető szabadságérdek gondos leírása" van;¹⁷⁹ ha az állított jog "mélyen gyökerezik a nemzet történelmében és hagyományaiban"¹⁸⁰, "annyira gyökerezik népünk hagyományaiban és lelkiismeretében, hogy alapvetőnek minősül";¹⁸¹ és ha a jog "a rendezett szabadság fogalmában implicit módon szerepel", úgy, hogy "sem a szabadság, sem az igazságszolgáltatás nem létezne" nélküle.¹⁸² Az, hogy az Egyesült Államokban és máshol a bíróságok a homoszexuálisok házasságára és a szexuális autonómiára vonatkozó, az alapvető jogokra vonatkozó rendelkezéseken alapuló kereseteket szigorú vagy ahhoz hasonló ellenőrzéssel fogják-e vizsgálni, nagymértékben attól függ, hogy ezek a bíróságok mennyire szűken határozzák meg a szóban forgó jogot.

Ha a látszólagos jogot például a melegek házasságához való jogként jellemezzük, akkor lényegesen nehezebb lesz azzal érvelni, hogy a jog mélyen a hagyományokban és a történelemben gyökerezik. Másrészt, ha a bíróságok hajlandóak a szóban forgó jogot tágabban, a házastárs megválasztásához való jogként minősíteni, akkor az ilyen állítások hihetőbbek. Hasonlóképpen, a szexuális autonómiához való jogra vonatkozó állítások, tágabb értelemben véve, nagyobb valószínűséggel találhatók mélyen a hagyományban gyökerezőnek, mint a homoszexuális szexuális intimitáshoz való jogra vonatkozó állítások. Természetesen az, hogy a bíróság hogyan határozza meg a követelt jog kereteit, valószínűleg nagymértékben függ attól, hogy az ügyben döntő bírák milyen eredményt szeretnének elérni.¹⁸³ Eddig mindenesetre a bíróságok világszerte lényegesen nagyobb valószínűséggel nyújtottak védelmet a konszenzusos szexuális életre vonatkozó kormányzati tiltással szemben.

¹⁷⁹ *Id.* 721. o. (idézi a Reno kontra Flores, U507.S. (292,1993302)).

¹⁸⁰ *Id.* (idézi a Moore kontra East Cleveland, 431 U.S. 503494, (1977)).

¹⁸¹ *Id.* (idézi a Snyder kontra Massachusetts, U291.S. (97,1934105)).

¹⁸² *Id.* (idézi a Palko kontra Connecticut, U302.S. (319,1937325)).

¹⁸³ Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága éppen ilyen vitát folytatott a *Lawrence-ügyben*. Többségi véleményében Kennedy bíró kitért annak a kérdésnek a megválaszolására elől, hogy a szóban forgó jogok "mélyen gyökereznek-e" az ország történelmében és hagyományaiban, és hogy a szigorú vizsgálat az alkalmazandó mérce-e, de az igényelt jogot meglehetősen tágan, a "szexuális magánélethez való jogként" írta le. *Lawrence kontra Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003). Scalia különvéleménye ezzel szemben szűkebben, a "homoszexuális szodómiához" való jogként írta le az állítólagos jogot, és megjegyezte, hogy a többség meg sem próbálta azt állítani, hogy ez a jog "mélyen gyökerezik" a történelemben és a hagyományokban. *Id.* at A 594. *Bowers-ügyben* a többség hasonlóan szűkszavúan fogalmazta meg a kérdést, mint azt a kérdést, hogy "az Alkotmány alapvető jogot biztosít-e a homoszexuálisoknak a szodómiához ...". *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190 (1986).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 139

szexuális intimitást, mint a homoszexuálisok házasságához való alapvető jogot.¹⁸⁴

És ahogy az egyenlő védelem esetében, még annak megállapítása is, hogy a szóban forgó jog alapvető jog, és ezért szigorú vizsgálatot igényel, nem vezet véglegesen a jog korlátozását előíró törvény érvénytelenségéhez. Így a bíróság megállapíthatja a szexuális autonómiához vagy a házassághoz való alapvető jogot, de aztán megállapíthatja, hogy a homoszexuálisokat érintő korlátozások ésszerűek a kényszerítő kormányzati érdekek fényében.¹⁸⁵ Az ilyen jellegű korlátozó megállapítások természetesen valószínűbbek egy olyan társadalomban, amely kulturálisan hajlamos a homoszexualitást ellenezni.

Végezetül, amint azt már említettük, az afrikai alkotmányok alapjogi rendelkezései gyakran tartalmaznak konkrét közérdekű kivételeket, beleértve az erkölcsi normák érvényesítésére vonatkozó kivételeket is.¹⁸⁶ Bár az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága úgy ítélte meg, hogy a homoszexuális tevékenységnek a lakosság többsége általi erkölcsi helytelenítése nem elegendő ahhoz, hogy az ilyen tevékenységet büntethetővé tevő törvény fenntartását igazolja,¹⁸⁷ és bár az Emberi Jogi Bizottság elutasította a tasmániai érvelést, miszerint a homoszexuális szex kriminalizálása a közegészség és az erkölcs megőrzése miatt indokolt,¹⁸⁸ valószínű, hogy sok afrikai bíróság fogékonyabb lenne az ilyen állításokra.¹⁸⁹ Azokban az afrikai országokban, amelyek alkotmányában a magánélet általánosabb védelme szerepel, és ahol nincsenek kifejezett korlátozások olyan dolgokra vonatkozóan, mint a közerkölcs, a magánélet védelmére vonatkozó követelések valószínűbb utat jelenthetnek a homoszexuálisok jogainak előmozdítására. Az uralkodó kulturális normák azonban még ezekben az országokban is jelentősen kisebb valószínűséggel teszik az ilyen követelések sikerét, mint a nyugati társadalmakban. Ennek az állításnak az okait a IV. részben fogom részletesebben tárgyalni.

¹⁸⁴ *Lásd a* 146-47. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget.

¹⁸⁵ Egy ilyen megállapítás ellentmondana Kennedy bíró *Lawrence-ügyben* adott elemzésének, amelyben úgy ítélte meg, hogy a kormánynak nincs racionális alapja, nemhogy kényszerítő érdeke a homoszexuális szex kriminalizálására. Mindazonáltal biztos, hogy nem minden jogász értene egyet Kennedy érvelésével.

¹⁸⁶ *Lásd pl.* , CONST. ZAMBIA, art. 17. cikk (2) bekezdése (amely kimondja, hogy a cikk első, a beleegyezés nélküli házkutatást tiltó rendelkezése ellenére a kormányzati magatartás nem ellentétes a cikkel, ha az ésszerűen szükséges "a honvédelem, a közbiztonság, a közrend, a közerkölcs, a közegészségügy . ." vagy "más személyek jogainak és szabadságainak" védelme érdekében).

¹⁸⁷ *Lawrence*, U539.S., 577-78. o.

¹⁸⁸ *Toonen*, *Supra* note 108.

¹⁸⁹ *Lásd az alábbi* IV. részt.

C. Végrehajtás

Még ha arra a következtetésre jutunk is, hogy a nemzetközi emberi jogi jogszabályok támogatják a homoszexuálisokat védő magánélethez való jogot és a megkülönböztetésmentességet, e jogok érvényesítésének problémája, akárcsak általában a nemzetközi jog érvényesítésének problémája, komoly akadály marad a homoszexuálisok helyzetének javulásának Afrikában. Az Emberi Jogi Bizottság hatásköre több fontos okból is korlátozott. Először is, csak azok az államok, amelyek ratifikálták az ICCPR első fakultatív jegyzőkönyvét, elfogadták a bizottság hatáskörét, hogy véleményt nyilvánítson a jogaik megsértését állító egyének panaszairól. Bár 114 ország csatlakozott az Első Fakultatív Jegyzőkönyvhöz, sok olyan ország, köztük az Egyesült Államok és számos afrikai ország, ahol diszkriminatív törvények vannak érvényben, nem biztosította a homoszexuálisok számára a heteroszexuálisok számára elérhető jogok teljes körét.¹⁹⁰ Még ha egy ország csatlakozik is az Első Fakultatív Jegyzőkönyvhöz, a Jegyzőkönyv előírja, hogy bármelyik fél felmondhatja a Jegyzőkönyvet írásbeli értesítéssel, a felmondás hatálybalépése előtt beérkezett közlések sérelme nélkül.¹⁹¹ Végző soron az Emberi Jogi Bizottság hatáskörét korlátozza, hogy az ajánlásai teljesítésének elmulasztása esetén semmilyen szankciót nem állapít meg. Valójában, amint azt fentebb említettük, a bizottság véleményei formálisan egyáltalán nem kötelező érvényűek.¹⁹² Ez még azon országok esetében is így van, amelyek csatlakoztak az első fakultatív jegyzőkönyvhöz.¹⁹³

Bár Ausztrália a bizottság *Toonen-jelentésére* úgy reagált, hogy szövetségi törvényt fogadott el a taszmániai törvény hatályon kívül helyezésére, és megtiltotta a jövőbeni hasonló törvények elfogadását,¹⁹⁴ Ausztrália egy olyan

¹⁹⁰ *Az Egyesült Nemzetek Szervezetének szerződésgyűjteménye: Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának első fakultatív jegyzőkönyve*, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en.

¹⁹¹ A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányához csatolt fakultatív jegyzőkönyv, G.A. Res. 2200A (XXI), U21.N. GAOR kiegészítő szám, U1659, N. Doc. A/6316 (1966), 999
Az ENSZ BTSz302., 12.FN 192.

¹⁹² *Lásd Toonen, Supra* note 108.

¹⁹³ Michael J. Dennis, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, 99 AM. J. INT'L L. 119, 127 (2005) (megjegyezve, hogy a jegyzőkönyv 5. cikkének (4) bekezdése csak arra ad felhatalmazást a bizottságnak, hogy "továbbítsa véleményét az érintett részes államnak és az egyénnek"); vö. Darina Makova, *Chapter Human Rights in Times of Global Inequalities: A View from Slovakia*, IUS16 GENTIUM 325, 329 (2012) (az ICCPR-t "az 1st. fakultatív jegyzőkönyvvel együtt" "lényegében kötelező erejűnek és gyakorlatilag végrehajthatónak" minősíti).

¹⁹⁴ *Lásd Gus Bernardi, A konfliktustól a konvergenciáig: The Evolution of Tasmanian Anti-Discrimination Law*, 7(1) AUSTL. J. HUM. RTS. 134 (2001).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 141

némileg szokatlan álláspontot képvisel a panaszos iránti szimpátiájával és a tasmán kormány törvényének a bizottság előtti támogatásának elutasításával. A panaszra adott válaszában Ausztrália elismerte, hogy a tasmániai törvény önkényesen beavatkozott Toonen magánélethez fűződő jogaiba, nem igazolható közegészségügyi vagy erkölcsi okokból, és hogy ha az "egyéb státusz" fogalma a szexuális irányultságot is magában foglalja, akkor a tasmániai törvény indokolatlanul diszkriminálja a homoszexuálisokat.¹⁹⁵ Abban az időben Tasmánia volt az egyetlen olyan állam Ausztráliában, amely továbbra is bűncselekménynek minősítette a homoszexuális magatartást.¹⁹⁶

Még ha egy ország nem is ratifikálta az első fakultatív jegyzőkönyvet, az Emberi Jogi Bizottság hatáskörébe tartozik a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya részes államainak a Paktumnak való megfelelésük helyzetéről szóló rendszeres jelentéseinek felülvizsgálata, valamint a Paktum részes államai közötti panaszok meghallgatása.¹⁹⁷ A bizottságnak azonban ismét nincs hatásköre arra, hogy szankcionálja azokat az államokat, amelyekről megállapítja, hogy megsértik a Paktumból eredő kötelezettségeiket. Végző soron a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányában részes államokat a Paktum szövege köti, nem pedig az Emberi Jogi Bizottság határozatai,¹⁹⁸ és azok az államok, amelyek bírái hajlamosak a homoszexualitással szemben, kevésbé fogják úgy értelmezni a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának szövegét, hogy az védelmet nyújt a homoszexuálisok jogainak. Az ICESCR hasonló végrehajtási problémákkal szembesül.

Hasonlóképpen, még ha egy ENSZ-tagállam teljes mértékben elmulasztja az együttműködést az Emberi Jogi Tanács UPR-jeivel, akkor sincs határozott szankció. Inkább a Tanács "döntene arról, hogy milyen intézkedéseket kell hoznia abban az esetben, ha az együttműködés tartósan elmarad".¹⁹⁹ A végrehajtási problémák az Emberi Jogok és Népek Jogainak Afrikai Chartáját is sújtották, tekintettel a Bizottság ajánlásainak nem kötelező erejű státuszára.²⁰⁰ Ráadásul állami hozzájárulás nélkül az egyének nem rendelkeznek hatáskörrel arra, hogy

¹⁹⁵ Toonen, *Supra* note 108.

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Emberi Jogi Bizottság: Polgári és Politikai Jogok Monitoringja*, A Polgári és Politikai Jogok Hivatala AZ EGYESÜLT NEMZETEK EMBERI JOGI FŐBIZTOSA, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/>.

¹⁹⁸ *Lásd pl.*, Laurence R. Helfer & Alice M. Miller, *Sexual Orientation and Human Rights: Toward a United States and Transnational Jurisprudence*, 9 HARV. HUM. RTS. J. (1996)61,82

¹⁹⁹ *Alapvető tények az UPR-ről*, AZ EGYESÜLT NEMZETEK FŐBIZTOSÁNAK HÁZTÁRIÁJA AZ EMBERI JOGOKÉRT, <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/upr/pages/BasicFacts.aspx>.

²⁰⁰ *Lásd pl.*, Frans Viljoen & Lirette Louw, *State Compliance With the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1994-2004*, 101 AM. J. INT'L L. 1, 8 (2007) (megállapítva, hogy az államok általában nem tartják be a Bizottság nem kötelező erejű ajánlásait).

142 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

az Emberi Jogok és Népek Jogainak Afrikai Bírósága előtt keresetet nyújtson be.²⁰¹

Tekintettel arra, hogy az emberi jogi normák végrehajtására az állami igazságszolgáltatási rendszer gépezetén kívül csak korlátozottan van lehetőség, maga a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya is elismeri a részes államok fontos szerepét, amikor a nemzeti kormányok azon kötelezettségéről szól, hogy érvényt szerezzenek az Egyezségokmányban elismert jogoknak.²⁰² Az ICESCR hasonló rendelkezést tartalmaz.²⁰³ Természetesen az, hogy a szerződésben foglalt jogok érvényre juttatása a tagállamokra támaszkodik, jelentős gyakorlati hatalmat hagy e nemzeteknek a szóban forgó jogok természetének értelmezésére. Tekintettel a nemzetközi jog érvényesítésének általános akadályaira, és különösen a nemzetközi emberi jogi szerződésekre vonatkozó konkrét végrehajtási mechanizmusok hiányára, a nemzetközi emberi jogi normákra való hivatkozás a homoszexuálisok érdekeinek előmozdítása érdekében Afrikában jelenleg korlátozott sikerrel kecsegtet.

A hazai bíróságok kedvező döntései Afrikában szintén valószínűtlennek tűnnek. Amint azt mások az amerikai kontextusban megfigyelték, a bíróságok a kisebbségi jogok szilárd védelmezőiként a többségi elnyomással szemben - ellentétben azzal a népszerű mítosszal, amely szerint a bíróságok a kisebbségi jogok szilárd védelmezői a többségi elnyomással szemben - ritkán hirdetnek ki olyan jogokat, amelyeknek nincs jelentős közvéleményi támogatottsága.²⁰⁴ Azokon az alkalmakon, amikor a bíróságok

²⁰¹ A Bíróságot létrehozó jegyzőkönyv 34. cikkének (6) bekezdése előírja, hogy a részes államoknak el kell fogadniuk a bíróság hatáskörét a magánszemélyek és a nem kormányzati szervezetek által benyújtott keresetek elbírálására, hogy a Bíróság ilyen kereseteket tárgyalhasson. Az Emberi Jogok és Népek Jogainak Afrikai Chartájához csatolt, az Emberi Jogok és Népek Jogainak Afrikai Bíróságának létrehozásáról szóló jegyzőkönyv, elfogadva június 9., 1998, A.U. Doc. CAB/LEG/665 (hatályba lépett 2004. január 1-jén). 2013 elejéig mindössze hat afrikai ország (Burkina Faso, Ghána, Mali, Malawi, Ruanda és Tanzánia) döntött úgy, hogy engedélyezi az ellenük irányuló egyéni kereseteket a Bíróságon. *Ruanda letétbe helyezi a nyilatkozatot, amely lehetővé teszi az egyének közvetlen hozzáférését a Bírósághoz*, AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, Feb 28, 2013, <http://www.african-court.org/en/index.php/news/latest-news/341-rwanda-deposits-the-article-34-6-declaration-allowing-individuals-and-ngos-direct-access-to-the-african-court>.

²⁰² ICCPR, *fentebb* említett cikk 10., 2.

²⁰³ ICESCR, *fentebb* említett cikk 10., 3.

²⁰⁴ *Lásd pl.*, Jack M. Balkin, *What Brown Teaches Us About Constitutional Theory*, 90 VA. L. REV. 1537, 1551-52 (2004) (azzal érvelve, hogy a bíróságok csak akkor hajlamosak a kisebbségi jogok védelmére, ha a nemzeti többség jóváhagyja ezt a védelmet); Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CIN. L. REV. 1257, 1279 (2004) (azzal érvelve, hogy az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága "pórázon működik", ami biztosítja, hogy döntései meglehetősen szorosan a közvéleményhez igazodjanak); Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, 104 MICH. L. REV. 431, 445 (2005) [a továbbiakban Klarman, *Brown and Lawrence*]. Adem K. Abebe, *A felelősségről való lemondás vagy a jogtalanságtól való jogos félelem? The Death Penalty, Gay Rights, and the Role of Public Opinion in Judicial Determinations in Africa*, 60 AM. J. COMP. L. 603, 620-26 (2012) (Adem Abebe megjegyezte, hogy abban a néhány esetben, amelyben az afrikai bíróságok jogalapú követeléseket vizsgáltak meg

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 143

jogokat találnak, ha a nyilvánosságban jelentős nézeteltérés van a kérdésben, a politikai folyamatba való bírósági beavatkozással szembeni ellenhatás éppen azoknak a jogoknak a felforgatásához vezethet, amelyeket a bíróságok védeni reméltek.²⁰⁵ A homoszexualitás Afrikában széles körben elterjedt nyilvános rosszállása arra utal, hogy az afrikai bíróságok valószínűleg nem fognak átfogó döntéseket hozni a homoszexuálisok jogainak védelme érdekében. Még ha az afrikai bíróságok hoznának is ilyen döntéseket, a homoszexuálisok jogainak afrikai közvélemény általi támogatásának hiánya azt sugallja, hogy politikai visszahatásokra lehet számítani, amelyek jobban veszélyeztethetik az azonos neműek közötti intimitást folytató embereket Afrikában, mint a homoszexuális viselkedést büntető jelenlegi törvények. Ezek a következtetések a liberális jogi paradigmán kívüli elképzelések vagy a kulturális kontextus mélyebb vizsgálata nélkül is nyilvánvalónak tűnnek. Azonban mind a queer-elmélet, mind a kommunárius filozófia, valamint ezeknek az ideológiáknak az egybeesése az afrikai antropológiai adatok nagy részével, erősebb okokat sugallnak mind a kedvező bírói vélemények valószínűségének elvetésére, mind pedig a homoszexuálisok jogaira irányuló külső nyomással szembeni súlyos népi ellenhatás lehetőségének elismerésére Afrikában.

III

A LIBERALIZMUS KRITIKÁI

A nemzetközi emberi jogi jog érvényesítésének gyengén kidolgozott keretei gyakorlati korlátokat szabnak a homoszexuálisok életének javítására Afrikában, de a liberálisoknak más okuk is van arra, hogy megfontolják a visszafogottságot a homoszexuálisok jogainak afrikai érvényesítésében. A liberális menetrendnek a saját kultúrán kívüli kultúrában való követése mindig kockázatos, ugyanakkor Uday Metha professzor megfigyelése a klasszikus liberális ideológiában rejlő kirekesztő impulzusról azt sugallhatja, hogy a beavatkozási tendenciák elválaszthatatlanul összefonódnak a liberális elmélettel. Mehta megítélése szerint a liberális filozófia középpontjában álló univerzalizmus ellenére a liberalizmus kirekesztő potenciálja már Locke-nak az "egyetemes képességek és az

az azonos neműek intimitását gyakorlók által, e bíróságok többsége nagymértékben a közvéleményre támaszkodott a keresetek elutasításakor).

²⁰⁵ Ruth Bader Ginsburg például azzal érvelt, hogy a *Roe v. Wade* ügyben hozott ítélet olyan visszahatást váltott ki, amely megnehezítette az abortuszreformot. Emily Bazelon, *Backlash Whiplash: Is Justice Ginsburg Right that Roe v. Wade Should Make the Court Cautious About Gay Marriage?*, SLATE, május 14, 2013, http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2013/05/justice_ginsburg_and_roe_v_wade_caution_for_gay_marriage.html.

144OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a megvalósításuk feltételei."²⁰⁶ Mehta különösen ellentmondást állított Locke azon állítása között, miszerint az értelem természetes és egyetemes képessége létezik, amelyet az egyének felhasználhatnak az egyébként teljes emberi szabadságot korlátozó természeti törvények megállapítására, valamint a rendkívül strukturált folyamat között, amelyet Locke a *Gondolatok a nevelésről* című művében elképzelt az egyetemes racionalitás gyermekekbe való belenevelésére.²⁰⁷ Így, miután az értelmet egyetemesnek és természetesnek nevezte, Locke mégis támogatta azt az elképzelést, hogy a társadalom bizonyos tagjai (a gyermekek) kizárhatók a liberális jogok teljes köréhez való hozzáféréstől mindaddig, amíg a társadalom a racionalitást egy szigorúan szabályozott oktatási tanterv révén nem tanítja őket.²⁰⁸ Mehta azt is megjegyezte, hogy Locke gyakran helyeslően utal a hagyományos társadalmi hierarchiákra, amelyek korlátozzák az általa hirdetett liberális jogokhoz való elméletileg egyetemes hozzáférést.²⁰⁹ *A Thoughts Concerning Education (Gondolatok az oktatásról)* című művében Locke például azt írta: "Úgy gondolom, hogy egy herceg, egy nemes és egy közönséges úriember fiának különböző módon kell nevelkednie".²¹⁰ És természetesen Locke számára a társadalomnak voltak olyan tagjai - "holdkórosok és eszementek"²¹¹ -, akiket a többség tartósan, beleegyezés nélkül kormányozhatott.

Mehta számára azonban a liberalizmus imperialista potenciálja John Stuart Mill írásaiban volt a legnyilvánvalóbb.²¹² Bár Mill ragaszkodott ahhoz, hogy a szabadság szükséges az emberi boldoguláshoz,²¹³ Mill úgy vélte, hogy a szabadsághoz való hozzáférést nemcsak a gyermekek és az elmebeteg emberek számára kell korlátozni, hanem azon társadalmak számára is, amelyek nem fejlődtek eléggé ahhoz, hogy "szabad és egyenlő vitával javuljanak".²¹⁴ Így annak ellenére, hogy Mill hitt az egyetemes emberi méltóságérzetben és a választási képességben, mint "az emberi lény megkülönböztető adottságában", támogatta a despotikus gyarmati uralmat az általa barbárnak tartott kultúrák felett. Mill a tekintélyelvű uralmat azzal indokolta, hogy olyan társadalmakat állított szembe egymással, amelyek "alkalmasak és érettek voltak a képviselői kormányzatra", mint Ausztrália és az Egyesült Államok.

²⁰⁶ Uday S. Mehta, *Liberal Strategies of Exclusion, in TENSIONS OF EMPIRE: COLONIAL CULTURES IN A BOURGEOIS WORLD* 62 (Frederick Cooper & Ann L. Stole szerk., 1997).

²⁰⁷ *Id.* 67-70.

²⁰⁸ *Id.* at (67)idézi LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT II, 60. pont).

²⁰⁹ *Id.* 69.

²¹⁰ *Id.* at (67)idézi: JOHN LOCKE, SOME THOUGHTS CONCERNING EDUCATION 217. szakasz).

²¹¹ LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT II, ¶ 60).

²¹² Mehta, *fentebb* 20670-80. o.

²¹³ JOHN STUART MILL, A SZABADSÁGRÓL (1859).

²¹⁴ *Id.*

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 145

Amerikai gyarmatokkal, másokkal, például Indiával, amelyek "még mindig nagy távolságra voltak attól az államtól".²¹⁵

Általánosságban Mehta megjegyezte, hogy a liberális univerzalizmus a "dolgok politikai asszimilálásának készítéséhez vezet, még akkor is, ha ezek a dolgok alaposan ismeretlenek."²¹⁶ Ez az "ész kozmopolitizmusa" arra készíti a liberálisokat, hogy általánosságokban írják le az ismeretlent, ami "egyetlen pillantással és anélkül, hogy bármit is *tapasztaltak volna* belőle ... lehetővé teszi a világ összehasonlítását és osztályozását".²¹⁷ Mehta megfigyelése a politikai asszimilációra való liberális készítésről tökéletesen leírja sok nyugati liberális ragaszkodását ahhoz, hogy a nyugati homoszexuális identitást az azonos nemű intimitások minden gyakorlójára átültessék. Ez az ismeretelméleti perspektíva azonban Mehta szerint a más kultúrák feletti uralomra való törekvést eredményezi, mivel "ezeknek az összehasonlításoknak a nyelve nem semleges, és nem kerülheti el a felsőbbrendűség és az alsóbbrendűség, az elmaradott és a haladó, a magasabb és az alacsonyabb rendű fogalmakat".²¹⁸

Természetesen a jelenlegi liberális felhívások a homoszexuálisok jogainak előmozdítására Afrikában vitathatatlanul távol állnak egy megszálló birodalom gyarmati politikájától. Az emberi jogi csoportok mai reklámkampányai nem támogatják az idegen hatalmak fizikai megszállásait, ahogyan az európai nemzetek a rabszolga-kereskedelem eltörlését használták a XIX. századi gyarmati vállalkozásaik igazolására.²¹⁹ És a pénzbeli támogatás nyújtásának egy kiszolgáltatott kisebbség védelmétől való függővé tétele messze áll attól, hogy a kulturális alsóbbrendűség fogalmát a megszállás, a vagyonszerzés és a népesség tömeges leigázásának racionalizálására használják, ami a gyarmati tapasztalatokat jellemezte.

Másfelől a jogi nyugatiasodásra való törekvés kéz a kézben járt a nemzetközi intézmények, például a Világbank és a Nemzetközi Valutaalap nyomásával, hogy a fejlődő országok a gazdasági liberalizáció irányába mozduljanak el, és ²²⁰ezáltal új lehetőségeket teremtsenek.

²¹⁵ Mehta, *Supra* note at (206,76idézi JOHN STUART MILL, REPRESENTATIVE GOVERNMENT (2141861)).

²¹⁶ UDAY S. MEHTA, LIBERALISM AND EMPIRE: A STUDY IN NINETEENTH-CENTURY BRITISH LIBERAL THOUGHT (201999).

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ *Lásd pl.*, Thomas A. Kelley, *Unintended Consequences of Legal Westernization in Niger: Harming Contemporary Slaves by Reconceptualizing Property*, 56 AM. J. COMP. L. n999, .52 (2008) [a továbbiakban: Kelley, *Slavery*].

²²⁰ *Lásd pl.* Thomas A. Kelley, *Exporting Western Law to the Developing World: The Troubling Case of Niger*, 39 GEO. WASH. INT'L. REV. 321, 322 (2007) [a továbbiakban: Kelley, *Exporting Western Law*].

146 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

befektetési lehetőségek a Nyugat számára, és mások. Elméletileg a Világbank által előírt strukturális kiigazítási programokon keresztül végrehajtott gazdasági liberalizáció kivezeti a fejlődő országokat a szegénységből.²²¹ Az ezzel járó nyugati felhívások a jogi liberalizációra - a nem nyugati jogrendszerek átformálása az amerikai és európai igazságossági elképzelésekhez - kiegészítik ezt a gazdasági liberalizációt; az elmélet szerint ilyen jogi reform nélkül a fejlődő országok nem lesznek képesek vonzani a befektetéseket, amelyek elengedhetetlenek a gazdaságuk növeléséhez, és természetesen az újonnan nyitott gazdaságok befektetőinek gazdaságához.²²²

Még ha nem is vagyunk hajlandóak vegyes indítékokat olvasni az emberi jogi aktivisták felhívásaiban, a liberálisok számára fontos okok szólnak amellett, hogy óvatosan járjanak el. Amint azt Thomas Kelley professzor már megírta, a fejlődő országokban a liberális jogi reformokra irányuló nyugati nyomás a reformerek szándékaival ellentétes eredményeket hozhat. Egy lesújtó beszámolóban Kelley a nigériai horso helyzetét írta le.²²³ Az ingó rabszolgák leszármazottai, akik nyugati fogalmakkal nehezen leírható státuszban vannak, a horso hagyományosan a falusi nemesek által rájuk ruházott földet művelik, és a kiváltságért termésük egy részével fizetnek.²²⁴ Bár őseikkel ellentétben a horso nagyfokú szabadsággal rendelkeznek, a közösségekben, ahol élnek, állandóan gyermeki státuszban vannak, és mindig a nemesektől függenek a földművelés engedélyezésében.²²⁵ Amint Kelley leírta, a közelmúltbeli, nyugati ihletésű tulajdonjogi reformok és a rabszolgaság elleni rendelkezések kombinációja ironikus módon jelentős negatív hatással volt a nigériai horsókra. Először is, a nigériai alkotmány és büntető törvénykönyv rabszolgaság-ellenes rendelkezései, amelyek a rabszolgaságot nyugati fogalmak szerint "a tulajdonjoghoz kapcsolódó jogosítványokként" határozzák meg, ismeretlenek egy olyan kultúrában, amelyben minden egyén kötelességekkel tartozik, és bizonyos tulajdonhoz hasonló igényeket támaszt a közösség többi tagjával szemben, amelyben él.²²⁶ Ezek a rendelkezések azonban arra késztettek egyes nemeseket, hogy azt állítsák, hogy nem birtokolnak horsót, és nem tartoznak nekik további kötelezettségekkel, beleértve azt a védelmet és gondoskodást, amelynek nyújtását hagyományosan kötelességüknek érezték.²²⁷ Másodszor, a tulajdonjogi reformok célja az egyértelmű földtulajdonjogok biztosítása volt,

²²¹ *Id.*

²²² *Id.*

²²³ Kelley, *Slavery*, *supra* note. 219.

²²⁴ *Id.* at 1013-16.

²²⁵ *Id.* at 1015.

²²⁶ *Id.* 1023-25.

²²⁷ *Id.* at 1026-34.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 147

az elidegeníthetőség biztosítása érdekében a közösségi tulajdonjogok felszámolása arra készítette a nemeseket, hogy kizárólagos tulajdonjogot követeljenek a hagyományosan horso-használatra átengedett földeken, így a horso-közösségek elszigetelődtek és védtelenek maradtak.²²⁸

Kelley erőteljes beszámolója a horso nyomorúságos helyzetéről követte korábbi, általánosabb jellegű figyelmeztetéseit a nyugati jogi reformok lehetséges nem szándékolt következményeiről a fejlődő világban.²²⁹ Tekintettel az afrikai kultúra nyugati félreértésének mélységére, a homoszexuálisok jogainak afrikai előmozdítására irányuló nyugati erőfeszítések nem várt eredményekhez is vezethetnek.

Bár a liberalizmussal szembeni kritikák túl sokfélék ahhoz, hogy itt felsoroljuk őket, a liberális jogi perspektívára adott két válasz - a kommunitarizmus és a queer-elmélet - különösen fontos a meleg jogosaival szembeni afrikai ellenállás vizsgálata szempontjából. Ezek a filozófiák, valamint az afrikai antropológiai adatok segíthetnek megmagyarázni, hogy az afrikai országok, amelyek alkotmányai általában ugyanazokat a liberális értékeket vallják, mint a nyugati nemzetek alkotmányai, miért értelmezik nyugati társaiknál sokkal kevésbé valószínű, hogy az alapvető jogokra vonatkozó rendelkezéseket a homoszexuálisok védelmeként értelmezik. A komunitárius elmélet, amely a közösségi normáknak az egyéni érdekek fölé helyezését vallja, egybeesik az afrikai kultúrák széles körének értékeivel, és segít megvilágítani azokat a valószínű akadályokat, amelyekkel a homoszexuálisok jogvédői Afrikában szembesülhetnek. Míg a komunitárius elmélet némi fényt deríthet a homoszexuálisok jogvédői autonómia- és egyenlőségi követeléseivel szembeni afrikai ellenállásra, addig a queer-elméletek antiesszencialista állításai jelentős következményekkel járnak különösen a diszkrimináció elleni jogokon alapuló liberális követelésekre nézve. Ha - ahogyan azt a queer-elméletek képviselői állítják - a szexualitás elsősorban társadalmi konstrukció, akkor azok az állítások, amelyek szerint a homoszexuálisok olyan kisebbségi státusszal rendelkeznek, amely védelmet érdemel a diszkriminatív magatartással szemben, kevésbé tarthatók. Hasonlóképpen, ha a vágy alakíthatóságának és változékonyságának az a következménye, hogy sok afrikai, aki részt vesz abban, amit a nyugatiak homoszexuális viselkedésnek neveznének, ezt a viselkedést nem csak általános identitásának, de még szexuális identitásának is viszonylag jelentéktelen összetevőjének tekinti, akkor nehezebbé válik a diszkriminációval szembeni jogi védelmet biztosító gyanúsított státuszra való hivatkozás. Amint azt a következő részben tárgyalni fogom

²²⁸ *Id.* 1034.

²²⁹ Kelley, *Exporting Western Law*, fenti megjegyzés. 220.

148OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

V, az afrikai kontinensről származó antropológiai adatok nagy része alátámasztja a queer-elméletírók antiesszencialista érveit.

A komunitáriusok és queer-teoretikusok állításai, valamint ezen állítások és az afrikai kontinens kulturális adatainak összhangja fontos kell, hogy legyen mindazok számára, akik a liberális perspektíva mellett kötelezték el magukat. Ezek az állítások és az afrikai kultúrában való megerősítésük betekintést nyújtanak a homoszexuálisok jogai mellett szóló liberális érvekkel szembeni afrikai visszahatás valószínűsíthető mélységébe. A komunitáriusok és a queer teoretikusok nézőpontja szintén lehetőséget nyújt a homoszexualitással kapcsolatos afrikai állítások kontextusának mélyebb megértésére. Ez a megértés pedig segíthet a homoszexuális jogok szószólóinak abban, hogy sikeresebb menetrendet kövessenek az azonos nemű intimitást folytató afrikaiak életének javítására.

A. A komunitárius filozófia és az afrikai kultúra

Tekintettel arra, hogy az afrikai alkotmányok általában a nyugati alkotmányokhoz hasonlóan liberális elkötelezettségeket rögzítenek, joggal merülhet fel a kérdés, hogy az afrikai polgárok, törvényhozók és bírák miért lennének kevésbé hajlamosak a homoszexuálisok jogainak védelmezőinek követeléseiben rejlő liberális értékek támogatására, mint nyugati társaik. Az egyszerű és nyilvánvaló válasz az, hogy számos afrikai kultúra továbbra is lényegesen kevésbé szimpatikus a homoszexualitással szemben, mint a legtöbb nyugati kultúra, ahol a homoszexualitás és a homoszexuálisok jogai tekintetében gyors fejlődésen ment keresztül. Ez a válasz azonban önmagában nem elegendő. Ha az afrikai országok alkotmányai valójában a liberális értékek melletti teljes elkötelezettséget képviselik, akkor ezeknek az alkotmányoknak arra kellene irányítaniuk az alkotmányokat értelmező bírakat, hogy elválasszák a jót a jótól, és az előbbit támogassák az utóbbival kapcsolatos népi érzelmeket képviselő törvények megsemmisítésével. A liberalizmus, vagyis a liberalizmus nem engedi meg a többségi beavatkozást az egyéni döntésekbe arról, hogy hogyan lehet boldog életet élni, ha nem történik jelentős beavatkozás mások jogaiba.²³⁰

²³⁰ Ennek a gondolatnak a leghíresebb kifejeződése John Stuart Mill ártalomelvének az *On Liberty (A szabadságról)* című művében tárgyalt elve. Azzal lehet érvelni, hogy valójában a homoszexuálisok által érvényesíteni kívánt jogoknak súlyos, káros harmadik félre gyakorolt hatásai vannak. Természetesen a platóni liberális eszmény, miszerint az atomista egyén vákuumban, harmadik felek életére nézve következmények nélkül követi ambícióit, soha nem valósult meg. Minden jelentős döntés, amit az ember meghoz, hatással van más életekre. Szélsőségessé téve ez az érv minden liberális autonómiaigényt semmissé tehet. A komunitárius teoretikusok éppen ilyen érveket hoztak fel, hogy illusztrálják a liberális érvek vélt illuzórikus természetét.

2013]A nyugati univerzalizmus és az afrikai homoszexualitás 149

Mi magyarázza tehát a látszólag liberális elkötelezettségű hatóságok illiberális döntéshozatalát? A komunitárius filozófia és számos afrikai kultúra komunitárius eszméi részleges választ adnak. Ahelyett, hogy a jogot és a jót elválasztanák egymástól, a komunitaristák a jognak a jó előmozdítására való használatát vallják, amelynek sajátosságai az adott társadalom értékrendjétől függően változnak. Valójában a liberalizmus tágabb értelemben vett komunitárius kritikája tagadja az olyan jogok (akár az autonómiához, akár az egyenlő védelemhez való jog) lehetőségét, amelyek a közösségeken kívül léteznek, és megelőzik azokat a közösségeket, amelyekben a liberálisok állításait megfogalmazzák.²³¹

A nyugati bíróságok időnként a közösségi értékeket is a liberális jogokkal szemben helyezték előtérbe. White bíró többségi véleménye a *Bowers-ügyben* például kifejezetten támogatta azt az elképzelést, hogy az erkölcsi megvetés elegendő a georgiai szodómatörvény érvényesítéséhez.²³² Burger főbíró egyetértő véleménye szintén ezt az elképzelést fogadta el, amikor kijelentette, hogy a homoszexuális szodómia alapvető jogként való védelme "évezredes erkölcsi tanítások félredobását jelentené".²³³ Hasonlóképpen, még napjainkban is, és még a szexuális autonómia területén is, amelyet az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága különleges védelmet érdemlő jognak minősített, az olyan gyakorlatokat tiltó illiberális törvények, mint a poligámia és a prostitúció, érintetlenül maradnak. Valójában maga az a felfogás, hogy az Egyesült Államok egyenlő védelmi és alapjogi joggyakorlatában a liberális jogoknak utat kell engedniük a kényszerítő állami érdekeknek, vitathatatlanul a komunitarizmusnak tett engedményt jelent.²³⁴ Természetesen az anyagi jogi ügyekben az a kérdés, hogy egy jog "mélyen gyökerezik-e" az ország "történelmében és hagyományában", a közösségi értékek relevanciájára utal az igény jelentőségének meghatározásában. És ahogyan Michael Sandel

²³¹ *Lásd pl.* MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE 137-38 (1991) ("A társadalmi normákat létrehozó számtalan társulás a láthatatlan támasza és sine qua nonja egy olyan rendszernek, amelyben az egyéneknek jogaik vannak."); CHARLES TAYLOR, PHILOSOPHICAL PAPERS: FILOZÓFIA ÉS A

HUMAN SCIENCES 206 (1985) (azt állítva, hogy "a nyugati szabad egyén csak annak az egész társadalomnak és civilizációnak köszönhetően az, ami őt létrehozta és ami táplálja"); Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, *supra* note at 69., 444.

²³² *Bowers* kontra *Hardwick*, 478 U.S. (186,1986).196

²³³ *Id.* at (197)Burger, C.J., egyetértésben).

²³⁴ Érvelhetünk azzal, hogy ezek a korlátozások összhangban vannak a liberális keretekkel, tekintettel a más egyénekre vagy a közösség egészére gyakorolt következményekre. Ismétlem, Mill ártalmi elve korlátozza az egyéni autonómiához való jogot. Természetesen további minősítés nélkül az ártalom elvének nincs megállási pontja (minden cselekedetnek vannak harmadik félre gyakorolt hatásai), és a liberalizmus alapvető elkötelezettségeit kiiktathatja. Mindazonáltal a mások jogaiba való beavatkozás mindig is elegendő indok volt a jogok korlátozására egy liberális univerzumban, és a kényszerítő állami érdekek gondolata természetesen közérdekű kérdéseket foglal magában.

150 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

azzal érvelt, hogy a huszadik századforduló előtt a Bill of Rights kevés tényleges védelmet nyújtott az egyéni jogoknak a szövetségi kormánnyal szemben. Ehelyett az amerikaiak és bíróságai inkább úgy fogták fel a szabadságot, mint ami a "hatalomnak a kormányzati ágak és²³⁵ szintek közötti szétszóródását" igényli, nem pedig az egyéni jogok közösségi normák fölé emelését. Mostanra azonban világossá vált, hogy a liberális, individualista szemlélet mélyen gyökerezik mind az amerikai kultúrában általában, mind az amerikai jogi kultúrában.

Ezzel szemben a közösségi értékek számos afrikai országban sokkal jelentősebb szerepet játszottak a jog és a politika tényleges végrehajtásában, mint azokban a nyugati országokban, amelyek alkotmányai gyakran mintául szolgáltak afrikai megfelelőik számára. Ez a gyakorlati eltérés a liberális alkotmányos nyelvezet és a tényleges jog között a hagyományos afrikai társadalmak széles körének közösségi etikáját tükrözi, és bizonyos mértékig megvilágítja az afrikai ellenállást a liberalizmus teljes körű következményeivel szemben. Az afrikai kontextust az alábbiakban alaposabban tárgyalom. Először azonban áttekintést nyújtok a kommunitárius filozófiáról és a liberalizmus kommunitárius kritikájáról.

A kommunitárius filozófusok két okból támadják a liberalizmust. Először is, a kommunitaristák azt állítják, hogy a liberális állítások fogalmilag inkoherensek, hogy az erkölcsi ítéletek kizárása a nyilvános döntéshozatalból sem gyakorlatilag, sem elméletileg nem lehetséges.²³⁶ Másodsor, a kommunitaristák azt a normatív állítást teszik, hogy a jog és a jó szétválasztására irányuló liberális kísérletek nem kívánatosak, mivel csökkentik a közösségek fontos funkcióját a közjavak, valamint az egyéni szabadság és méltóság előmozdításában.²³⁷

A kommunitaristák joggal állapították meg, hogy a liberális filozófia nem ad megfelelő magyarázatot arra, hogy a bíróságok valójában milyen módon

²³⁵ SANDEL, A DEMOKRÁCIA MEGSZÜNTETÉSE, lásd a10, fenti lábjegyzet. 38.

²³⁶ Lásd pl. , Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, supra note 69, 444. o. (idézi Thomas Moody, *Some Comparisons Between Liberalism and Eccentric Communitarianism*, in THE LIBERALISM-COMMUNITARIANISM DEBATE (C91,96.F. Delaney szerk., 1994); Michael J. Sandel, *Introduction*, in LIBERALISM AND ITS CRITICS (Michael J. Sandel szerk., 1984) (megállapítva, hogy "[a] szabadság, a szabadság és a méltányosság is értékek").

²³⁷ Lásd pl. , Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, supra note 69, 445. o. (idézi Markate Daly, *Introduction*, in COMMUNITARIANISM: A NEW PUBLIC ETHICS xvii (Markate Daly szerk., 1994) (azt állítva, hogy "[i]gy olyan értékek helyett, mint az egyéni érdekek, az autonómia és az egyetemesség, a természetes jogok és a semlegesség, a kommunitárius filozófia a közjó, a társadalmi gyakorlatok és hagyományok, a jellem, a szolidaritás és a társadalmi felelősség szempontjából fogalmazódik meg)).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 151

döntéseket hozni. A homoszexuálisok jogainak összefüggésében például a semleges döntőbíróként fellépni kívánó bíróságok valójában nyílt erkölcsi elemzést végeztek. Sandel ezt a pontot a *Goodridge v. Department of Public Health* ügy tárgyalásában szemléltette,²³⁸ amelyben a Massachusetts-i Legfelsőbb Bíróság jogot állapított meg a homoszexuálisok házasságához. A többségi véleményében Margaret Marshall főbíró erkölcsi semlegességre hivatkozott, amikor megjegyezte, hogy irrelevánsak az egymással versengő erkölcsi nézetek, miszerint a házasság csak férfi és nő között köthető, illetve hogy az azonos neműek számára engedélyezni kell a házasságkötést.²³⁹ Ennek ellenére Marshall véleménye ezután úgy határozta meg a házasság lényegét, hogy az a partnerek közötti kizárólagos, tartós elkötelezettséget foglalja magában, függetlenül attól²⁴⁰, hogy a szóban forgó személyek heteroszexuálisak vagy homoszexuálisak. Természetesen Marshall döntése, hogy a házasság társadalmi jelentéséről folytatott vitában az egyik frakciót előnyben részesíti, szinte bizonyosan tükrözi erkölcsi nézőpontját, azt a döntést, hogy egy bizonyos felfogást támogat, amely a társadalomban az egyének számára lehetővé teszi a jó élet megvalósítását.²⁴¹ Pedig, ahogy Sandel megjegyezte, "[a]z államnak, ha valóban semleges lenne az összes önkéntes intim kapcsolat erkölcsi értékét illetően, nem lenne alapja arra, hogy a házasságot két személyre korlátozza, a konszenzusos poligám párkapcsolatok is megfelelnének ennek".²⁴²

Végső soron a kommunitaristák azt sugallják, hogy a liberális erkölcsi semlegesség gondolata maga is illúzió. Az egyenlőség és az autonómia alapvető liberális alapelveinek támogatása maga is azt az erkölcsi ítéletet jelenti, hogy ezek az eszmék fontosabbak, mint az alternatív értékek, például a szociális jólét, a közösségi szolidaritás vagy az állampolgári felelősségvállalás.²⁴³ Ha az erkölcsi semlegesség liberális koncepciója gyakorlatilag és fogalmilag is lehetetlen, akkor az atomista, társadalmi vákuumban, társadalmi kötelezettségektől mentesen döntéseket hozó egyén liberális támogatása a kommunitarius érvek szerint szintén nem kívánatos. Ehelyett a kommunitaristák azt javasolják, hogy az állam vállalja fel a jó előmozdításának elkerülhetetlen szerepét, amely fogalmat a közösségi normák révén alakítják ki és határozzák meg.

238 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

239 *Id.* 948.

240 *Id.* 961.

241 MICHAEL J. SANDEL, IGAZSÁGSZOLGÁLTATÁS: MI A HELYES? 258-59 (2009).

242 *Id.* 257.

243 *Lásd pl.* Sandel, *Introduction*, *supra* note at 236,1.

152 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

Sandel, a liberalizmus talán legjelentősebb komunitárius kritikus, első könyvében azzal ²⁴⁴kezdt érvelni, hogy a liberalizmus egyéni jogok dicsőítése csökkentette az emberek életének értelmét, és hogy az igazságosság teljes elméletének figyelembe kell vennie a közösségek szerepét és a közösségi kötelezettségeket az egyének alakításában.²⁴⁵ A Sandelhez hasonló kritikusok szerint az egyéni autonómiára helyezett liberális hangsúly alábecsülte azt a fontos szerepet, amelyet a közösségek játszhatnak az őket alkotó egyének jólétének előmozdításában. A liberális szemléletnek az amerikai élet és kultúra minden területére kiterjedő hatása ráadásul elkeserítően hatott az egyénekre, mivel a közösségek tagjaként való identitásuk elvált a demokratikus állampolgári identitásuktól.²⁴⁶ Sandel szerint a liberalizmus diadala végső soron meggyengítette a közösségeket, és nem reagáltak a most elszigetelt, kiábrándult polgárok szükségleteire.²⁴⁷

A végső "jó", amit Sandel a liberális semlegesség erkölcsi ürességének alternatívájaként javasol, a polgári republikanizmus eszméje, a polgárok nagyobb elkötelezettségének és kormányzati részvételének előmozdítása. A liberalizmus látszólagos erkölcsi semlegességével és az önérdékű egyénre való összpontosításával szemben, aki külső kötelezettségek hiányában döntéseket hoz a boldogság elérésének módjáról, a polgári republikánus modell a jó sajátos felfogását hirdeti - egy olyan társadalmat, amelyben a közszellem és a közjó iránti tisztelet dominál az atomista egyének zárójelbe tett aggodalmaival szemben.²⁴⁸

A közösségekben rejlő, az egyének életét gazdagító és javító potenciál mellett érvelve Sandel hangsúlyozza a fekete egyházaknak a polgárjogi mozgalom előmozdításában játszott döntő szerepét az 1960-as években. E mozgalom gyümölcsei közé tartoztak a liberálisok nyilvánvaló győzelmei.

²⁴⁴ Bár Sandelt általában a komunitárius elmélettel hozzák összefüggésbe, Sandel megkülönbözteti "perfekcionista" filozófiáját a komunitárius ideológiától. Sandel megkülönböztetésének lényege az, hogy a perfekcionizmus a jó kormányzati előmozdítását foglalja magában, amelyet a belső erkölcsi értékekre, nem pedig egyszerűen a közösségi normákra való hivatkozással határoz meg. A perfekcionista modell céljai így függetlenek bármely konkrét közösség széles körű támogatásától. MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE xi (1982). Sandel felfogása a jóról azonban a közösségek erkölcsi értékét hangsúlyozza, amelyek elősegíthetik az egyéni szabadságot és értelmet adhatnak az egyéni életnek, szemben a liberális tolerancia erkölcsi vákuumával.

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ SANDEL, A DEMOKRÁCIA MEGSZÜNTETÉSE, *fentebb*, 10,321-24. lábjegyzet.

²⁴⁷ Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, *Supra* note at 69,465.

²⁴⁸ *Lásd általában* SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT (A DEMOKRÁCIA MEGSZÜNTETÉSE), *u.o.*, lábjegyzet. 10.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 153

az egyéni autonómia és választás értékei, beleértve a kormányzati szegregáció megszüntetését és a feketék szavazati jogának megszerzését. Ugyanakkor a kollektív, közösségi erőfeszítések, amelyek e szabadságok megszerzéséhez vezettek, Sandel számára egy magasabb rendű szabadságot képviselnek, amely a közélet befolyásolására irányuló kollektív elkötelezettségből fakad.²⁴⁹

Sandel konkrét erkölcsi cél meghatározásával ellentétben más kommunitaristák a csak a kormányzott közösségek sajátjainak normáinak előmozdítása mellett érveltek. Michael Walzer kommunitárius elképzelése például elveti a közösségi értékeken kívüli erkölcsi keret gondolatát, hanem a társadalmi javak olyan módon történő elosztását szorgalmazza, amely összhangban van a közösség által e javaknak tulajdonított jelentésekkel.²⁵⁰ Walzer szerint bármely társadalomban bármely társadalmi jószág esetében léteznek elfogadott elvek annak meghatározására, hogy hogyan kell elosztani a javakat.²⁵¹ Minden egyes jószágnak vagy javak összességének ráadásul vannak olyan elosztási normái, amelyek különböznek más társadalmi javakétól.²⁵² Walzer "komplex egyenlőség" fogalma tehát azt követeli meg, hogy a társadalom az egyes társadalmi javakat a közösségnek a javak jelentőségéről alkotott közös felfogása szerint ossza el, más szférákból származó kritériumok behatolása nélkül.²⁵³ Ha például a közösségi hagyomány a politikát a piactól elkülönülő szféraként határozza meg, akkor a pénz nem befolyásolhatja a politikai hatalom elosztását. Hasonlóképpen, a politikai hatalom nem biztosíthat előnyöket a piacon.

A liberalizmusra adott kommunitárius válaszok némi lehetőséget kínálnak a kisebbségi jogok előmozdítására. Amint Robin West sürgette, a liberális univerzalizmus ragaszkodása az egyenlőséghez, amely a különbözőség alapvető tagadásával jár, megfosztja a kisebbségek életének javítására törekvőket azoktól a hathatós érvektől, amelyek segíthetnék ügyüket.²⁵⁴ A homoszexuálisok házassága esetében West megjegyezte, hogy a liberális keretrendszer elfogadása arra készítette a homoszexuálisok jogvédőket, hogy azt állítsák, hogy a homoszexuális házasság megkülönböztethetetlen a heteroszexuális házasságtól, és hogy a jog ezért alapvető, függetlenül attól, hogy az azt gyakorolni kívánók milyen neműek.²⁵⁵ A különbség tagadásának empirikus kellemetlensége mellett West azt javasolta, hogy a tagadás

²⁴⁹ *Id.* 348.

²⁵⁰ *Lásd általában:* MICHAEL WALZER, *A JOGSÁG SZÉPE: A PLURALIZMUS ÉS AZ EGYENLŐSÉG VÉDELME* (1983).

²⁵¹ *Id.* 6-10.

²⁵² *Id.* at 10.

²⁵³ *Id.* 12-13.

²⁵⁴ West, *fenti* megjegyzés 148.

²⁵⁵ *Id.* 726.

154 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

szintén megelőzi a hasznos állításokat arról, hogy a heteroszexuális és homoszexuális házasság közötti különbségek hogyan szólnak az utóbbi elismerése mellett.²⁵⁶

Liberális korlátozások hiányában például az azonos neműek házasságának kormányzati jóváhagyására lehet törekedni annak hangsúlyozásával, hogy a heteroszexuális házasságtól eltérően a homoszexuális házasságból hiányzik a nők leigázásának patriarchális öröksége, és ehelyett a szexuálisan egyenrangúak partnerségét jelenti.²⁵⁷ West továbbá azt javasolja, hogy a homoszexuális házasság hívei elfogadhatnák a meglegházasság ellenzőinek azon állítását, hogy a homoszexuális házasság alapvetően különbözik a heteroszexuális házasságtól, mivel nemzőképesség híján van. Ahelyett, hogy a különbség liberális tagadásába bocsátkoznának a steril partnerek közötti heteroszexuális házasságokra való hivatkozással, a meglegházasság hívei megjegyyezhetnék, hogy a homoszexuális párok szaporodásra való képtelensége egy sokkal önzetlenebb, csak a kölcsönös szereteten és tiszteleten alapuló szövetségre utal, szemben a génjeik szaporításának alapvetően önző céljával.²⁵⁸ Végezetül West azt állítja, hogy a jogilag és erkölcsileg tehermentes egyéni döntéshozókra való liberális összpontosítás egyszerűen meghazudtolja egy olyan intézmény alapvetően közösségi jellegét, mint a házasság.²⁵⁹

Tágabb értelemben az erkölcsi semlegesség liberális követelménye megakadályozza az érvek széles körét, amelyek hasznosak lehetnek a kisebbségi érdekek előmozdításában. Azzal, hogy a liberális paradigma megköveteli az egyéni választások tolerálását, tekintet nélkül a szóban forgó választások erkölcsi jelentőségére, megelőzi a kisebbségi érdekek előmozdításából fakadó pozitív javak kifejtését. Ebben a tekintetben Sandel bírálta Blackmun és Stevens bírák különvéleményét a *Bowers-ügyben*. A Griswold-ügyben a Bíróság, miközben a liberális ügyet támogatta, mégis erkölcsi szemléletet fogadott el a házasság alapvető értékéről szóló ítéletében, mint "a szentesség fokáig intim ... egy életmódot előmozdító társulás ... egy olyan nemes célt szolgáló társulás, mint bármelyik korábbi döntésünkben érintett társulás".²⁶⁰ Sandel szerint Blackmun és Stevens elszalasztotta a lehetőséget, hogy a homoszexuális kapcsolatokat hasonló fogalmakkal illessze.²⁶¹

²⁵⁶ *Id.* 727-28.

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ *Id.* 728.

²⁵⁹ *Id.* 729.

²⁶⁰ Griswold kontra Connecticut, Egyesült Államok (479,1965).486

²⁶¹ SANDEL, A DEMOKRÁCIA MEGSZÜNTETÉSE, *fenti* 10,103-08. o.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 155

Ehelyett Blackmun a Bíróság korábbi véleményeinek liberális aspektusait hangsúlyozta,²⁶² és mind Blackmun, mind Stevens az egyéni választás fontosságát hangsúlyozta a georgiai törvény érvénytelenítése mellett érvelve.²⁶³ Sandel szerint azonban ez a ragaszkodás a liberális semlegességhez csak "vékony és törékeny toleranciát" eredményez.²⁶⁴ Pusztán ahhoz a gondolathoz vezet, hogy el kell viselni a homoszexuálisokat annak ellenére, hogy nem kedveljük őket, "ahogy minden degeneráltat is el kell tűrnünk".²⁶⁵

Annak ellenére, hogy az erkölcsi érvek komunitárius felkarolása a kisebbségi érdekek érvényesülését szolgálja, azt javasoltam, hogy jó okok szólnak a liberális keretrendszer mellett. Egy valódi komunitárius szemlélettel - beleértve a közösségi normákon kívüli jogok gondolatának tagadását - nincs garancia arra, hogy a közösség értékei előmozdítják a kisebbségek jólétét. A közösségi prioritások a meghatározás szerint valójában a többségi érdekeket fogják tükrözni. Walzer "komplex egyenlőség" fogalma ráadásul nem elegendő a kisebbségek védelméhez. Walzer filozófiájának követője például azzal érvelhetne, hogy a homoszexuálisoknak engedélyezni kell a házasságkötést, mert a közösség közös felfogása szerint a házasság két olyan személy egyesülése, akik a kölcsönös szerelem, vonzalom és tisztelet érzései alapján döntenek úgy, hogy elkötelezik egymás mellett az életüket. E felfogás szerint a szóban forgó személyek neme nem számít. Azonban, ahogy mások is rámutattak, Walzer elmélete nem nyújt elegendő magyarázatot minden jelentős társadalmi jószág mélyen vitatott jelentéséről.²⁶⁶ Miért kellene például a döntéshozóknak a házasság olyan fogalmát előnyben részesíteniük, amely a romantikus választást hangsúlyozza a

²⁶² *Id.* 104-05. o. (idézve a *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 205 (1986) (Blackmun, J., más véleményen)).

²⁶³ Blackmun megjegyezte, hogy "egy kapcsolat gazdagságának nagy része abból a szabadságból ered, hogy az egyén szabadon választhatja meg ezen intenzíven személyes kötelek formáját és természetét". *Id.* Hasonlóképpen Stevens írt "az egyéni választás méltóságának tiszteletben tartásáról" és arról az érdekről, hogy az egyének szexuális irányultágtól függetlenül érdeke, hogy "eldöntse, hogyan éli saját életét, és szűkebb értelemben, hogyan viselkedik a társaival való személyes és önkéntes társulásaiban". *Id.* at (105idézi *Bowers*, U478.S. at 218-19 (Stevens, J., különvéleményt nyilvánítva)).

²⁶⁴ Michael Sandel, *Moral argument and Liberal Toleration*, in: AMITAI ATZIONI, ED., *NEW COMMUNITARIAN THINKING: PERSONS, VIRTUES, INSTITUTIONS, AND COMMUNITIES* (861995).

²⁶⁵ R. CLAIRE SNYDER, *MELEGHÁZASSÁG ÉS DEMOKRÁCIA: EGYENLŐSÉG MINDENKINEK* (1402006).

²⁶⁶ Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, *supra* note 69, 490-91. o. (idézi Ronald Dworkin & Michael Walzer, *To Each His Own: An Exchange on Spheres of Justice*, in *COMMUNITARIANISM: A NEW PUBLIC ETHICS*, *supra* note 238, 112110., o.).

156 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

az intézményről alkotott elképzelés, amely csak az ellenkező nemű partnerek egyesülését foglalja magában?²⁶⁷

Az abszolút erkölcsi javak Sandel általi elismerése sem garantálja kellőképpen a kisebbségi jogokat. Bár Sandel a heteroszexuális és homoszexuális kapcsolatokban rejlő hasonló erkölcsi javakra alapozva érvelt a melegek jogai mellett,²⁶⁸ az alkotmánybíráskodásban a morális döntéshozatal jóváhagyása a kisebbségek sorsát az elnöklő bírák morális nézőpontjától teszi függővé.²⁶⁹ Végül Sandel nem ad semmilyen alapot arra, hogy a bírák nagyobb valószínűséggel osztanák az ő erkölcsi perspektíváját, mint a választók és a törvényhozók, akik történelmileg gyakran elnyomták a kisebbségi érdekeket.²⁷⁰

West és Ball egyaránt felismerte, hogy a komunitárius eszmék gazdagíthatják a liberális követeléseket. Végző soron azonban, ahogy West megjegyezte, a komunitárius filozófia nem megfelelő alternatívája a liberalizmusnak azok számára, akik a hagyományos liberális jogok, köztük a kisebbségek jogainak előmozdításával foglalkoznak. A jogok melletti elkötelezettség nélkül nem lehet garantált alapot teremteni az uralkodó közösségi normák megkérdőjelezésére, amelyek ellentétben állnak a kisebbségek diszkriminációmentességhez fűződő érdekeivel, vagy minden embernek azzal az érdekével, hogy eldönthesse, hogyan élje intim életét. Ahogy West fogalmazott: "Biztos vagyok benne, hogy a liberalizmus, az univerzalizmus és az individualizmus iránti elkötelezettség szükséges ahhoz, hogy ezeknek az érveknek teret adjunk; ilyen elkötelezettség nélkül egyszerűen nincs ok arra, hogy ezeket az érveket meghallgassák, még kevésbé arra, hogy tiszteletben tartsák vagy meghallgassák".²⁷¹ Ball végül is hasonló következtetésekre jutott.²⁷²

A komunitárius érvek különösen hangsúlyosak a homoszexualitás jogi státuszának afrikai megvitatása során, mivel a kontinens hagyományos kultúráiban mélyen gyökerezik a komunitárius gondolkodás. Bár, mint már említettem, az afrikai országok hajlamosak olyan alkotmányokat elfogadni, amelyek liberális jogokat hirdetnek, sok olyan társadalomban, ahol ezek az alkotmányok születtek, hiányzik az individualizmus iránti mély kulturális elkötelezettség, amelyet Sandelhez hasonló megfigyelők az Egyesült Államokban megfigyeltek. Ennek következtében a közösségi értékek gyakran magyarázzák a tényleges működést.

²⁶⁷ *Id.* 503-04.

²⁶⁸ SANDEL, A DEMOKRÁCIA MEGSZÜNTETÉSE, *lásd* a10, fenti lábjegyzetet. 104.

²⁶⁹ Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, fenti 69,480-84. o. (SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT, fenti 10. o., 90-118. o.).

²⁷⁰ *Id.* 482.

²⁷¹ West, *Supra* note at 148,711.

²⁷² Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, fentebb, 69,512-13. o, 517.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 157

az afrikai országok jogát jobban, mint az afrikai alkotmányokban megnyilvánuló állítólagos liberális lojalitás.

Az afrikai kontinens hagyományos kultúráinak közösségi vonásait számtalan szerző jegyezte már fel.²⁷³ Bár az afrikai kultúrák rendkívül sokszínűek, és mindig is azok voltak, a komunitárius tendenciák a társadalmak széles skáláját jellemezték az egész világon.

²⁷³ *Lásd pl.*, T.W. Bennett, *Comparative Law and African Customary Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW (651 Matthias Reimann & Reinhard Zimmermann szerk., 2006) (megállapítva, hogy az afrikai szokásjog "a felelősséget hangsúlyozza, nem a jogokat és hatásköröket"); Chukwudum Okolo, *The African Person: A Cultural Definition*, in AN INTRODUCTION TO AFRICAN PHILOSOPHY 397 (P.H. Coetzee & MES van den Berg, P.H. Coetzee & MES van den Berg).

szerk., 1995) (azt állítva, hogy az afrikai kultúrában "[a] szemlélet és életmód tekintetében nincs szó az európaiakra vagy az amerikaiakra oly jellemző durva individualizmusról"); Ifanyi A. Menkiti, *Person and Community in African Traditional Thought*, in AFRICAN PHILOSOPHY: AN INTRODUCTION 172 (R.A. Wright szerk., 1995); Ifanyi A. Menkiti, *Person and Community in African Traditional Thought*, in AFRICAN PHILOSOPHY: AN INTRODUCTION 172 (R.A. Wright szerk., 1995), 1984) (azt állítva, hogy "a közösség az, ami a személyt személyként határozza meg, nem pedig a racionalitás, az akarat vagy az emlékezet valamilyen elszigetelt statikus tulajdonsága ... az afrikai felfogásban az emberi közösség döntő szerepet játszik az egyén teljes személyiségének megszerzésében"); LEOPOLD S. SENGHOR, ON AFRICAN SOCIALISM (1964) (azt állítva, hogy "a néger-afrikai társadalom kollektivistá vagy kollektivistá"); LEOPOLD S. SENGHOR, ON AFRICAN SOCIALISM (49,196493) (azt állítva, hogy "a néger-afrikai társadalom kollektivistá vagy

. . közösségi, mert inkább a lelkek közössége, mint az egyének összessége.

. . . Az [N]egro-afrikai társadalom nagyobb hangsúlyt fektet a csoportra, mint az egyénre, nagyobb hangsúlyt fektet a szolidaritásra, mint az egyén tevékenységére és szükségleteire, nagyobb hangsúlyt fektet a személyek közösségére, mint autonómiájára. A miénk egy közösségi társadalom"); Kristen A. Dauphinais, *Training a Countervailing Elite: The Necessity of an Effective Lawyering Skills Pedagogy for a Sustainable Rule of Law Revival in East Africa*, 85 N.D. L. REV. 53, n.101 (2009) (idézi Adam Todd professzor megjegyzéseit a kelet-afrikai szokásjog közösségi jellegéről); Lisa Forman, *Justice and Justiciability: Advancing Solidarity and Justice Through South Africans' Right to Health Jurisprudence*, MED27. & L. 661 (2008) (azt állítva, hogy a dél-afrikai legfelsőbb bíróság "újszerű jogparadigmát dolgozott ki, amely az egyéni polgári és szociális jogokat egy olyan közösségi keretben helyezi el, amely az "ubuntu" hagyományos afrikai fogalmából merít, amely a kollektív szolidaritást, emberséget és kölcsönös felelősséget jelenti "); Andrew Harris, Seymour Goodman &

Patrick Traynor, *Mobilpénz a fejlődő országokban*: WASH8. J. L. TECH. & ARTS (245, megjegyezve 248, hogy "Afrika nagy részén erős komunitárius irányzat uralkodik"); Kelley, *Slavery*, 219. lábjegyzet (a nigériai tulajdonjog hagyományos komunitárius megközelítését és az egyének általánosságban az egymás felé fennálló kölcsönös kötelezettségek hálóját tárgyalja, ami az egyéni szabadság nyugati fogalmát idegen fogalomná teszi); Julie MacFarlane, *Working Towards Restorative Justice in Ethiopia: Integrating Traditional Conflict Resolution Systems With the Formal Legal System*, CARDOZO8 J. CONFLICT RESOL. 487, 502-03 (2007)

(az afrikai társadalmakban létező komunitarizmus mérsékelt formájának leírása, amely magában foglalja a jogokon alapuló igazságosság nyugati koncepciójának elutasítását, ugyanakkor teret enged "az egyéni kihívásoknak, sőt egyes hagyományos értékek elutasításának"); Garth Mashmann, *Book Review: Gashman Garth: Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property in the Twenty-First Century: Perspectives from Southern Africa*, 19 SYRACUSE SCI. & TECH. L. REP. 92, 95 (2008) (megállapítva, hogy a komunitárius értékek "alapvető fontosságúak az afrikai tulajdonjogi koncepciókban"); Adrien Wing, *Communitarianism v. Individualism: Constitutionalism in Namibia and South Africa*, 11 WIS. INT'L L. J. 295, 299 (1993) (a komunitárius értékek fontosságát tárgyalja Dél-Afrikában és Namíbiában).

158 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a szubszaharai Afrika. A nyugati kommunitarizmushoz hasonlóan az afrikai kommunitarizmus leírásai is inkább a közösséggel szembeni felelősséget hangsúlyozzák, mint az egyéni jogokat.²⁷⁴

Számos tudós foglalkozott a tulajdonjog közösségi megközelítésével az afrikai kultúrákban.²⁷⁵ Amint Kelley megfigyelte, az a hagyományos elképzelés, hogy egy közösség tagjai többféle felelősséggel és követeléssel rendelkezhetnek egyetlen földterület iránt, nyugati ihletésű jogi reformokat ösztönzött az elidegeníthetőség biztosítása érdekében.²⁷⁶ Bár a liberális reformok megnyitják az utat a gazdasági fejlődés előtt, ugyanakkor sok olyan személyt is elidegeníthetnek, akik korábban a közösségi erőforrásokhoz való hozzáférést a kölcsönös felelősségek bonyolult hálójára támaszkodva biztosíthatták.²⁷⁷ Hasonlóképpen, a nyugati típusú szellemi tulajdonjogok ellentmondanak a közös kulturális tudás közösségi felfogásának, és egyesek szerint a művészeti alkotások "lealacsonyításához és elbogatellizálásához" vezethetnek, mivel a művészi teljesítményeket nem társadalmi értékük, hanem áruként értékelik.²⁷⁸

²⁷⁴ Lásd pl. Bennett, *Supra* note 273, 651. o.; Okolo, *Supra* note 273, 397. o.; Menkiti, *Supra* note 273, 172. o.; SENGHOR, *Supra* note 273, 49. o., 93. o.; de lásd RICHARD H. BELL, UNDERSTANDING AFRICAN PHILOSOPHY: A CROSS-CULTURAL APPROACH TO CLASSICAL

AND CONTEMPORARY ISSUES 62-63 (2002) (Kwame Gyekye elképzelése a "mérsékelt kommunitarizmusról", amely lehetővé teszi a közösségi normákkal szembeni egyéni kihívást); KWAME GYEKYE, AN ESSAY ON AFRICAN PHILOSOPHICAL THOUGHT (1601995).

(azzal érvelve, hogy az akan társadalomban "ha a közjó megvalósul, akkor logikusan az egyéni jó is megvalósul. Szigorúan véve a kettő között nem lehet, illetve nem szabadna konfliktusnak lennie, mivel az egyéni és a közös javak összekapcsolódnak és átfedik egymást. Ezért minden konfliktus vagy a közjó, vagy az egyéni jó, vagy a kettő közötti kapcsolat téves felfogásából fakad... [A] közösségiség fogalma" nem működik "az egyéniség rovására. A kommunalizmus fogalma, ahogyan azt az akai gondolkodásban értelmezik ... nem hagyja figyelmen kívül az egyéni jogokat, érdekeket, vágyakat és felelősségeket, és nem jelenti az egyéni akarat beolvadását a közösségi akaratba").

²⁷⁵ Lásd pl. Bennett, *Supra* note 273, 653-54. o. (azt állítva, hogy az afrikai hagyományos társadalmakban a "társadalmi kapcsolatból eredő köteleességek" elsőbbséget élveznek az egyéni tulajdonjoggal kapcsolatos elképzelésekkel szemben, és hogy az afrikai szokásjog lehetővé teszi, hogy a tulajdonjogok egy sor érdekeltisége "különböző tulajdonosokat" illessen meg); Kelley, *Slavery*, *Supra* note 219; Mashmann, *Supra* note 273. o.

²⁷⁶ Kelley, *Slavery*, *supra* note at 219, 1008.

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ Mashmann, *Supra* note 273, 95. o. (idézi Pradip Thomas & Francis B. Nyamnjoh, *Intellectual Property Challenges in Africa: Indigenous Knowledge Systems and the Fate of Connected Worlds*, in ISAAC MAZONDE & PRADIP THOMAS, INDIGENOUS KNOWLEDGE SYSTEMS AND INTELLECTUAL PROPERTY IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: PERSPECTIVES FROM SOUTHERN AFRICA 14, 23 (2007)).

2013]A nyugati univerzalizmus és az afrikai homoszexualitás 159

Más szerzők a hagyományos afrikai vitarendezési mechanizmusok közösségközpontúságát vitatták meg. Jacques Frémont professzor nagy ívben írva a közösségi értékek afrikai kultúrára gyakorolt hatásáról, azt állította, hogy "[a] kontinensen az első és legfontosabb érték a közösségen belüli társadalmi béke megőrzése".²⁷⁹ T. W. Bennett hasonlóképpen megjegyezte, hogy a hagyományos afrikai vitarendezés kevésbé hajlamos olyan szabályok alkalmazására, amelyek az egyik felet győztesnek, a másikat vesztesnek nyilvánítják, és inkább a megbékélést elősegítő kompromisszumos megoldásokra összpontosít.²⁸⁰ A kapcsolatokra való összpontosítás, szemben a szabályokkal vagy jogokkal, nyilvánvaló kihívások elé állítja a liberális jogi érveket.

Bár az afrikai alkotmányok ma már inkább azt a nyugati szemléletet tükrözik, amely az egyénre mint a társadalom politikai életének legfontosabb szereplőjére összpontosít, a politikai és jogi döntéshozatalt még a posztkoloniális Afrikában is gyakran a csoportos kényszerek irányították. Így a liberális jogokat érvényesítő alkotmányok elfogadása ellenére a függetlenséget követő években számos afrikai vezető a gazdasági fejlődéshez való csoportjogok eszméjére támaszkodott, hogy igazolja az egyéni jogok tömeges felforgatását.²⁸¹ Ráadásul sok afrikai országban még ma is a formális állami jogrendszerek liberális keretei sokkal kisebb jelentőséggel bírnak a legtöbb ember mindennapi életében, mint a hagyományos, szokásjogi normák.²⁸² Bizonyos mértékig a szokásjog életben maradása sok afrikai életében az állami igazságszolgáltatási rendszerek fejlesztéséhez szükséges erőforrások hiányát tükrözi, különösen a vidéki területeken.²⁸³ A hagyományos normákra való folyamatos támaszkodás azt is tükrözi, hogy egyes országokban a szokásjogot hivatalosan is elismerik különböző területek, például a családi kapcsolatok szabályozásaként.²⁸⁴

²⁷⁹ Jacques Frémont, *Jogi pluralizmus, szokásjog és emberi jogok a frankofón afrikai országokban*, VICT40. U. WELLINGTON L. REV. 149, 151 (2009).

²⁸⁰ Bennett, *Supra* note at 273,657.

²⁸¹ Lásd B.O. NWABUEZE, PRESIDENTIALISM IN COMMONWEALTH AFRICA 106-10. (1974); H. Kwasi Prempeh, *Marbury in Africa: Judicial Review and the Challenge of Constitutionalism in Contemporary Africa*, TUL80. L. REV. 1239, 1266-68 (2006).

²⁸² Lásd *pl. id.* 666-67. o.; Kelley, *Exporting Western Law*, *Supra* note, 220,342-45. o.

²⁸³ Lásd *pl. Kelley, Exporting Western Law (A nyugati jog exportálása)*, fenti 220,342-45. o.

²⁸⁴ Lásd *pl. Nicholas A. Kahn-Fogel, The Troubling Shortage of African Lawyers: Examination of a Continental Crisis Using Zambia as a Case Study*, 33 U. PA. J. INT'L L. 767-69719, (2012). A zambiai alkotmány megkülönböztetésmentességi rendelkezése például kifejezetten nem alkalmazható "az örökbefogadás, a házasság, a válás, a temetés, a halál esetén történő vagyónátruházás vagy más személyiségi jogi kérdések tekintetében", valamint "egy adott faj vagy törzs tagjai esetében a szokásjog alkalmazása bármely kérdésben, kizárva az adott kérdésre vonatkozó, más személyek esetében alkalmazandó jogot". CONST. OF ZAMBIA, art. 23(4). Számos afrikai szokásjogban

160 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

Az afrikai kultúrák tartós közösségi hajlamának talán legjelentősebb bizonyítéka az Emberi Jogok és a Népek Jogainak Afrikai Chartája. Más regionális emberi jogi dokumentumokkal ellentétben a Charta mind címében, mind tartalmában a csoportjogokat hangsúlyozza.²⁸⁵ Továbbá, a legtöbb liberális emberi jogi dokumentummal ellentétben, a Charta kijelenti, hogy az egyéneknek számos kötelességük van, többek között "a család harmonikus fejlődésének megőrzése"; "[a] nemzeti közösség szolgálatában állni, mind fizikai, mind szellemi képességeiket annak szolgálatába állítva"; " "[a] társadalmi és nemzeti szolidaritás megőrzése és erősítése"; "[a] pozitív afrikai kulturális értékek megőrzése és erősítése. . . és általában véve hozzájárulni a társadalom erkölcsi jólétének előmozdításához"; "legjobb képességei szerint ... hozzájárulni az afrikai egység előmozdításához és megvalósításához";²⁸⁶ és minden jogát "az erkölcs és a közérdek" kellő figyelembevételével gyakorolni.²⁸⁷

Az afrikai kultúrák komunitárius hajlamai arra engednek következtetni, hogy az afrikaiak valószínűleg továbbra is kevésbé szimpatizálnak majd a homoszexuálisok jogai mellett szóló liberális érvekkel, mint a nyugati társadalmi konzervatívok, ahol a liberalizmusnak a szélesebb kultúrára gyakorolt mély hatása sokakat arra készíthet, hogy elfogadják a homoszexuálisokat védő reformokat, még akkor is, ha a homoszexuális viselkedést erkölcsstelennek tartják. Ezen túlmenően az afrikai kommunitarizmus azt sugallja, hogy valószínűsíthető a széles körű népi ellenhatás, ha a nyugatiaknak sikerül nyomást gyakorolniuk a bírákra és a politikai elitre, hogy Afrikában fogadjanak el homoszexuálisokat védő intézkedéseket. Amint azt a következő részben tárgyalni fogom, az afrikai antropológiai feljegyzések nagy részének egybeesése a queer teoretikusok anti-esszéisztikus állításaival segít megmagyarázni, hogy még az afrikaiak is, akiknek a

országokban a jogszabályi keretek elismerik a szokásjog legitimitását mindaddig, amíg a szokásjog "nem sérti a közrendet, az érintett ország törvényeit, a természetes igazságosságot, a jó lelkiismeretet és a méltányosságot". Kenneth Kaoma Mwenda, *Afrikai szokásjog és szokások: Az özvegyek szexuális tisztogatásának és az elhunyt testvér özvegyének házasságkötésének kultúrájában bekövetkezett változások*, 11 GONZ. J. INT'L L. 3 (2008), elérhető a <http://www.law.gonzaga.edu/gjil/2008/02/african-customary-law/oldalon>.

²⁸⁵ Lásd pl. az Afrikai Charta, art. 19. cikke (amely kimondja, hogy "minden nép egyenlő"); 19. cikk (a) cikk (1) bekezdése; 19. cikk (2) bekezdése (a) cikk (2) bekezdése). 20(1) bekezdés ("Minden népnek joga van a létezéshez. Megkérdőjelezhetetlen és elidegeníthetetlen joguk van az önrendelkezéshez. Szabadon határozzák meg politikai státuszukat, és szabadon választott politikájuknak megfelelően folytatják gazdasági és társadalmi fejlődésüket."); art. 21. cikk (1) bekezdés ("Minden nép szabadon rendelkezik vagyonával és természeti erőforrásaival."); 21. cikk (1) bek. 22. cikk (1) bekezdés ("Minden népnek joga van gazdasági, társadalmi és kulturális fejlődéséhez, szabadságának és identitásának kellő figyelembevételével, valamint az emberiség közös örökségének egyenlő élvezetében.").

²⁸⁶ *Id.* art. 29 (változtatás az eredetiben).

²⁸⁷ *Id.* art. 27.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 161

a homoszexualitásról nyugati felfogású embereknél kisebb valószínűséggel fogadják el a meleg jogai mellett szóló liberális érveket.

B. Queer elmélet

A kommunárius ideológiához hasonlóan a queer teoretikusok posztmodern filozófiája is olyan ellenpontot kínál a liberalizmussal szemben, amelyet az emberi jogi aktivistáknak érdemes lenne figyelembe venniük. Ez különösen igaz Afrikára, ahol a queer teoretikusok antiesszencialista állításai vitathatatlanul egybeesnek az antropológiai feljegyzések nagy részével.²⁸⁸ A jogok mint értelmes fogalmak tagadásával mind a kommunitarizmus, mind a queer elmélet széleskörű kihívást jelent a liberalizmus diszkrimináció- és autonómiaellenes pilléreivel szemben. A queer-elmélet antiesszencialista összetevője ráadásul kifejezetten megnehezíti a homoszexuálisok jogainak védelmezőinek diszkriminációmentességi érveit.

A huszadik század második felét megelőzően a homoszexuálisok jogait támogatók hajlamosak voltak azt feltételezni, hogy a homoszexualitás természetes, a kultúrától és a társadalmi körülményektől független jelenség.²⁸⁹ A tágabb értelemben vett kultúrában a tizenkilencedik század vége és az 1970-es évek közötti időszakban a témával foglalkozó írók váltakozva írták le a homoszexualitást a népesség egy részcsoportját sújtó pszichológiai rendellenességként, illetve "az emberi populációban különböző mértékben jelen lévő normális vágyként".²⁹⁰ Michel Foucault munkássága által erősen befolyásolva azonban aktivisták és tudósok egy új csoportja az 1970-es években elkezdett érvelni a szexuális identitás természetes alapjának elképzelése ellen. Ehelyett a teoretikusok szerint a szexuális identitás társadalmilag függő, inkább kulturális hatások terméke, mint a biológia elkerülhetetlen következménye. Bár a queer teoretikusok elismerték az azonos nemű egyének közötti szexuális érintkezés történelmi jelenlétét, azt állítják, hogy a homoszexuális identitás a XIX. század végi találmány. Mielőtt 1870,a

²⁸⁸ Amint azt más szerzők is megírták, az azonos neműek intimitásának kulturális jelentősége az Afrikán kívüli kultúrákban szintén arra utal, hogy a homoszexuális identitás társadalmilag konstruált. *Lásd pl.*, Katyal, *supra* note 14, 99. o. (megjegyezve, hogy "Indiában homoszexuális cselekményt elkövetni egy dolog; homoszexuálisnak lenni egy teljesen más jelenség").

²⁸⁹ Carlos A. Ball, *Essentializmus és univerzalizmus a melegjogi filozófiában: Liberalism Meets Queer Theory*, 26 LAW & SOC. INQUIRY 271, 272 (2001) [a továbbiakban Ball, *Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy*].

²⁹⁰ Steven Seidman, *Deconstructing Queer Theory or the Under-Theorization of the Social and the Ethical*, in SOCIAL POSTMODERNISM: BEYOND IDENTITY POLITICS. 116, 119 (Linda Nicholson & Steven Seidman szerk., 1995).

162 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

Foucault szerint "a szodomita egy átmeneti aberráció volt",²⁹¹ egy olyan bűn, amelyre mindenki fogékony.²⁹² A homoszexualitás eszméje ekkor a tudományos és orvosi diskurzusokból alakult ki, amelyek az azonos neműek szexuális érintkezését egy stabil kategóriába tartozó egyének jellemzőjeként akarták értékelni.²⁹³ A homoszexualitás ezen elméletének kialakulásával a transzgresszor egy "faj", a homoszexuálisok tagjává vált.

A homoszexuálisok jogainak liberális szószólói számára a homoszexuális identitás mint természetes, megváltoztathatatlan tulajdonság általános felfogása megerősíti azokat az érveket, amelyek szerint a homoszexuálisok olyan osztályt alkotnak, amely megérdemli a megkülönböztetés elleni védelmet. Ha a homoszexuális viselkedés több, mint egyszerűen csak egy múltó indiszkrécio vagy az idioszinkratikus ízlés terméke, és ehelyett a népesség egy elkülönült kisebbsége számára biológiai szükségszerűség, akkor e kisebbség tagjainak büntetése az ezen szükségszerűséggel összhangban történő, és harmadik félre gyakorolt közvetlen hatások nélküli viselkedésért a liberális paradigma szerint nehezebbé válik. Mindazonáltal a queer teoretikusok ezt az esszencialista szemléletet az azonos neműek intimitásában részt vevő emberek szabadságának nem megfelelő védelmének tekintették. Ezek a tudósok inkább azt állítják, hogy a homoszexuális identitáshoz való ragaszkodás elfogadja azt a többségi keretrendszert, amely a kisebbséget alapvetően, helyrehozhatatlanul másnak minősíti, majd ezt a minősítést az elnyomás alapjául használja.²⁹⁴ Steven Seidman szerint a homoszexualitás normalizálására tett kísérletek veszélye - szemben a fogalom megkérdőjelezésével - egy olyan "rendszer eredményez, amely állandósítja a heteroszexuális/homoszexuális bináris rendszer által szervezett és szabályozott szubjektumok és társadalmi világok termelését".²⁹⁵ Afrikai kontextusban, a kontinens afrikai társadalmában a homoszexualitás bizonyítékainak megszilárdítására irányuló erőfeszítésekre reagálva Neville Hoad arról a veszélyről írt, hogy "a homofóbia közhelyeinek megismétlése, amely

²⁹¹ MICHEL FOUCAULT, A SZEXUALITÁS TÖRTÉNETE (431978).

²⁹² Sigmund Freud ezt a felfogást terjesztette elő azzal az állításával, hogy "minden emberi lény képes homoszexuális tárgyválasztásra, és a tudattalanjában ténylegesen meg is tette azt". Sigmund Freud, *Three Essays on the Theory of Sexuality* (idézi: HOAD, *supra* note 44, at xvii) (idézet kihagyva).

²⁹³ Ball, *Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy*, 289. lábjegyzet, a következő helyen. 272.

²⁹⁴ Lásd pl. Gayle Rubin, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, in: PLEASURE AND DANGER: EXPLORING FEMALE SEXUALITY (267, Carole Rubin: *Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*). S. Vance szerk., 1984).

²⁹⁵ Seidman, *Supra* note at 290, 126.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 163

a meleg és lesbikus kapcsolatokat a heteroszexuális párkapcsolatok sablonjára redukálják".²⁹⁶

A queer teoretikusok számára tehát az esszencialista elképzelések, vagy tágabb értelemben a homoszexuális identitás elfogadása kétélű kard. Annak ellenére, hogy a liberálisok azt állítják, hogy egy ilyen megközelítés elősegítheti a kisebbségi érdekek érvényesülését, a gyakran a leigázás szolgálatában felállított kategóriák elfogadása a besorolt kisebbséget további visszaéléseknek teszi ki. Ez az álláspont a queer teoretikusok számára a hatvanas évek polgárjogi és feminista mozgalmainak identitáspolitikájára adott nagyobb reakció része, amelyet a queer teoretikusok hasonló okokból nem tartottak elég radikálisnak.²⁹⁷ Ahelyett, hogy elfogadnák a többség által gyakran az elnyomás eszközeként használt modelleket, a queer teoretikusok a paradigmák dekonstrukcióját támogatják, mint a valódi felszabadulás elérésének eszközét.²⁹⁸

Az olyan queer teoretikusok számára, mint Michel Foucault és Ladelle McWhorter, az uralkodó hatalmi struktúrákkal szembeni ellenállás eszköze az önátalakító gyakorlatok alkalmazása volt, hogy kitörjenek az elnyomó hierarchiákat erősítő, társadalmilag erőltetett identitásokból. Foucault a "gyönyör" keresésének transzformatív potenciálját tárgyalta, amelyet a "vágy" fogalmával szemben definiált, egy olyan szóval szemben, amelyet az orvosi és vallási hatalmak arra használtak, hogy osztályozzák, patológizálják és leigázzák azokat, akiket társadalmilag elfogadhatatlannak tartott hajlamokkal és szenvedélyekkel rendelkeznek. Az élvezet eszméje viszont "szűz terület" volt,²⁹⁹ és - ahogy McWhorter később megjegyezte - nem volt túlságosan fogékony a számszerűsítésre és mérésre "a statisztikailag manipulálható fejlődési normák szempontjából".³⁰⁰ Foucault számára a szadomazochista szex egy ilyen transzformatív gyakorlat példája volt, mivel az a potenciálja, hogy "az élvezet új lehetőségeit teremti meg, amelyekről az embereknek korábban fogalmuk sem volt", megzavarhatja azokat a kísérleteket, amelyek a gyakorlóit előre meghatározott kategóriákba próbálják besorolni. McWhorter,

²⁹⁶ HOAD, *Supra* note, 44,xxvi. o. (MURRAY & ROSCOE, *Supra* note 54. o.).

²⁹⁷ Ball, *Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy*, 289. lábjegyzet, a következő helyen. 272.

²⁹⁸ Ahogy Ladelle McWhorter javasolta, "társadalmilag és történelmileg előállított identitásaink sokféleképpen veszélyeztetnek minket, sebezhetővé tesznek és elzárnak minket a lehetőségektől". Az identitások gyakran szemben állnak a szabadsággal". LADELLE MCWHORTER, TESTEK ÉS ÖRÖMÖK: FOUCAULT AND THE POLITICS OF SEXUAL NORMALIZATION xix (1999); lásd még Katal, *fenti* jegyzet, 14,117-18. o.

²⁹⁹ David Halperin, SAINT FOUCAULT: TOWARDS A GAY HAGIOGRAPHIA felé 217 (idézi Foucault-t, *Le Gai Savoir*, MEC, 1988 nyár); Ball, *Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy*, 289. lábjegyzet, 277. lábjegyzet.

³⁰⁰ MCWHORTER, *Supra* note at 298,184.

164 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a Foucault által erősen befolyásolt, a homoszexuálisok jogainak előmozdítása érdekében folytatott önátalakító tevékenységeken, például kertészkedésen, country táncon és politikai szerepvállaláson keresztül történő örömszerzésről értekezett. McWhorter számára, akárcsak Foucault számára, ezek a gyakorlatok "növelhetik azt a tartományt, amelyen belül gyakoroljuk a szabadságunkat, és amelyen belül a szabadság azon túlmutat, akik jelenleg vagyunk".³⁰¹

Ahogy Ball megfigyelte, a polgári jogok előmozdítása érdekében végzett politikai tevékenység támogatása gyakorlatilag a liberális érdekérvényesítéshez hasonló megközelítést eredményez.³⁰² A fenti elemzésből azonban egyértelmű, hogy a homoszexualitás mint tisztán társadalmilag konstruált kategória gondolatának tagadása végső soron megnehezíti az olyan diszkriminációellenes érvekre való támaszkodást, amelyek javíthatnák azoknak az embereknek az életét, akik egy liberális keretrendszerben az ilyen követelések kedvezményezettjei lehetnének. Amennyiben az afrikai szexuális gyakorlatok és attitűdök bizonyítékai egybeesnek azzal az elképzeléssel, hogy a homoszexualitás nem egy stabil pszichológiai vagy társadalmi kategória, az afrikai bíróságok kevésbé valószínű, hogy elismerik a megkülönböztetésmentességi érvek érvényességét.

A queer-elmélet átfogóbb kihívása a liberális emberi jogi aktivisták számára hasonló a társadalmi kontextust megelőző kommunikatív jogtagadáshoz. A kommunikatív jogokhoz hasonlóan a queer-elméletek is tagadják a jogok lehetőségét, mint bármi más, ami nem csak egy kulturális artefaktum. Ahogy Ball leírta ezt a szemléletet, a queer-teoretikusok nem állnak meg a homoszexuális identitásnak mint a társadalmi kontextust megelőzőnek a tagadásánál. A queer teoretikusok antiesszencializmusa inkább "végigmegy".³⁰³ A queer teoretikusok számára nemcsak a csoportidentitás társadalmilag konstruált, hanem az emberi identitásnak nincsenek esszenciális, alapvető összetevői. Ha azonban az emberi identitás minden aspektusa kulturális konstrukció, akkor maga az egyenlőséghez való jog eszméje is aláássuk. Végső soron "[a]z, amiben mindannyian (homoszexuálisok, heteroszexuálisok, biszexuálisok és transzneműek) emberi lényekként osztozunk, az erkölcsöt ró a társadalomra. . kötelezettségeket az egyenlőség minimális normáinak betartására".³⁰⁴ Hasonlóképpen, a queer teoretikusok bírálták azt, amit ők liberális "autonómia-téveszmének" tartanak.³⁰⁵

Amint azt alább részletesen kifejtem, az afrikai antropológiai adatok gyakran hajlamosak voltak alátámasztani a queer teoretikusok elbeszéléseit. Bár ezek a feljegyzések az azonos neműek intimitásának mintáit mutatják.

³⁰¹ *Id.* 182.

³⁰² Ball, *Essentialism and Universalism in Gay Rights Theory*, *Supra* note at 289,283.

³⁰³ *Id.* 283.

³⁰⁴ *Id.* (idézi MCWHORTER, *supra* note, 298,xvi).

³⁰⁵ MCWHORTER, *fenti* megjegyzés, 298,xvi.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 165

az afrikai kultúrák széles skáláján keresztül, azt is bemutatja, hogy ezek az intimitások gyakran tűnékeny, társadalmilag esetleges jelenségekként jelentkeztek, és az azonos nemű intimitások gyakorlói gyakran identitásuk jelentéktelen részeként értékelték azonos nemű szexuális kapcsolataikat. Természetesen ezek az adatok végső soron nem adhatnak választ arra a tudományos kérdésre, hogy a biológia milyen mértékben irányítja a szexuális vágyat. Megvilágíthatják azonban a testi intimitások különböző kulturális jelentéseit. Míg a liberális, nyugati megfigyelők valószínűleg egy stabil biológiai és/vagy társadalmi kategória - a homoszexuálisok - tagjainak minősítenék az azonos nemű intimitások gyakorlóit, addig ez a fogalom valójában sok afrikai kultúrában idegen. Sőt, még azok közül is sokak számára idegen lenne, akiknek az életét az emberi jogok védelmezői az osztályozással remélik javítani.

IV. ANTROPOLÓGIAI

ADATOK

Az afrikai homoszexuális identitás és a homoszexuálisok jogaiért folytatott modern törekvésekről szóló elbeszélések gyakran Robert Mugabe 1995-ös zimbabwei könyvvásárról való kiutasítására összpontosítanak, mint a kortárs diskurzus dél-afrikai kontextuson kívüli elindításának elsődleges katalizátorára.³⁰⁶ A könyvvásár óta mind Mugabe, mind más afrikai vezetők a homoszexualitást alapvetően nem afrikai, nyugati betegségnek és neokoloniális konstrukciónak minősítették.³⁰⁷ Amint azt a II. rész tárgyalja, ezek az elképzelések jelenleg széles körben elterjedtek az afrikai társadalomban, számos országban és kultúrában. Bár csábító az ilyen állításokat az előítéletek és az idegengyűlölet pusztá megnyilvánulásaként elvetni, ez a reduktív megközelítés nem veszi figyelembe az afrikai szexuális identitások összetett történetét, a gyarmati korszakban az afrikai kultúrára gyakorolt európai befolyás mélységét, valamint a gyarmati ideológia modern integrációját és kisajátítását, amelyet az afrikai hagyományként átkeresztelt afrikai nacionalizmus szolgálatába állítottak.

³⁰⁶ EPPRECHT, *fenti* jegyzet, 5.viii. pont; HOAD, *fenti* jegyzet, 44.xi. pont.

³⁰⁷ *Lásd pl.* EPPRECHT, *supra* note at (5,4egy zimbabwei hagyományos gyógyító állítása szerint a fehér telepesek találták ki a "hungochani" szót, hogy megszegyenítsék az afrikaikat, "hamisan úgy hangoztatva egy "fehér ember betegségét", mintha az őshonos lenne," megjegyezve a Mugabe-kormány felhívását a zimbabwei hazafiakhoz, hogy "védjék meg a nemzetet a nyugati imperializmus ezen új formájával szemben", és megállapítva, hogy Sváziföld királya, valamint Kenya, Namíbia, Uganda és Zambia elnökei hasonlóan a homoszexualitást "külső fenyegetésekkel" hozták összefüggésbe).

166 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

Az afrikai vezetők által a homoszexualitás nyugati importként való jellemzésének egy értelmes, de talán nem szándékolt és nem megvalósított értelemben van némi tényszerű alapja, legalábbis sok kultúrában. Amint azt fentebb tárgyaltuk, még Nyugaton is csak a tizenkilencedik században jelentek meg az azonos neműek szexuális intimitására mint a személyes és szexuális identitás meghatározó jelképére vonatkozó elképzelések. Ezt megelőzően sem a transzgresszív szexuális viselkedést folytatók, sem a társadalom egésze nem képzelte el a homoszexualitást külön pszichológiai, fiziológiai vagy társadalmi kategóriaként.

Hasonlóképpen, bár a szubszaharai Afrikában az antropológiai bizonyítékok földrajzilag széles körben elterjedt viselkedést mutatnak, amelyet a modern, nyugati megfigyelők homoszexuálisnak minősítenének, e viselkedés történelmi értelmezése gyakran megzavarta a homoszexuális identitás kortárs konstrukcióit. Mivel a legtöbb afrikai társadalom a XIX. század végéig nem rendelkezett írásrendszerrel, az európai felfedezők és misszionáriusok beszámolóit a legkorábbi elérhető első kézből származó kommentárokat nyújtják a szubkontinens nagy részén elterjedt kulturális gyakorlatokról. Ezek a beszámolók már a tizenhatodik században tárgyalták a szubszaharai afrikai kultúrákban a nem normatív nemi szerepeket és a transzgresszív szexuális viselkedést.³⁰⁸

Ennek ellenére az afrikai szexualitásról szóló korai viták gyakran azt az elképzelést terjesztették, hogy az azonos neműek közötti szexuális intimitás ismeretlen volt a szubszaharai Afrikában. 1781-ben Edward Gibbon *A Római Birodalom hanyatlása és bukása* című művében azt írta, annak ellenére, hogy az európaiak általában nem ismerik Afrika belső területeinek nagy részét, hogy "hiszi és reméli, hogy a négerék a saját országukban mentesülnek" a szodómia "erkölcsi pestisétől".³⁰⁹ Száz évvel később Richard Burton az általa szotádikus zónának nevezett területről elmélkedett, ahol az éghajlat ösztönözte a deviáns szexuális viselkedést. Burton szerint

³⁰⁸ Az 1580-as években a portugálok angol foglya Angolában leírta a bennszülötteket, akik "állatiasan élnek, mert vannak női ruhába öltözött férfiak, akiket a feleségeik között tartanak". Az 1640-es években egy Angolában tartózkodó holland attasé leírta Nzingát, Ndongo, egy Mbundu királyság női vezetőjét, aki férfiruhába öltözött, magát királynak nevezte, és nőknek öltözött fiatal férfiakkal álló háremmel vette körül magát, akiket a feleségeinek tekintettek. 1687-ben Antonio Cavazzi atya leírta a szexuálisan kétértelmű, keresztbe öltözött Ganga-Ya-Chibandát, a kongói régió Imbangalának vezető papját. MURRAY & ROSCOE, 54. lábjegyzet. 1719-ben Peter Kolb olyan khoi-khoi férfiakról írt, akik szexuális kapcsolatot tartottak egymással. *Id.* 173.

³⁰⁹ EDWARD GIBBON, *THE DECLINE AND FALL OF THE ROMAN EMPIRE* (1776) (506*idézni*: MURRAY AND ROSCOE, xii).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 167

hipotézis szerint csak Észak-Európa és a Szaharától délre fekvő Afrika mentesült a klimatológiailag kiváltott homoszexualitástól.³¹⁰

A szerzők különböző magyarázatokat kínáltak az afrikai kivételesség ilyen korai elméleteire. Az azonos neműek szexuális intimitásának az afrikai kultúráktól idegen leírása elősegítette azt a népszerű elképzelést, hogy Afrika a premodern, primitív ártatlanság helyszíne.³¹¹ Az afrikai kultúrának ez a víziója egybecsengett a metropolisz azon félelmével, hogy a szexuális perverzitás, beleértve a homoszexualitást is, a modernitás tünete.³¹² Ráadásul ezek a jellemzések a rabszolga-kereskedelem kereskedelmi szükségleteit szolgálták, amely az afrikai férfiak hiperférfierőségének ábrázolásától függött, hogy az afrikai testeket termelési eszközként értékesítse.³¹³ Mindenesetre az afrikai homoszexualitás hiánya továbbra is meghatározó téma maradt az európai gondolkodásban mindaddig, amíg a 19. század végén és a 20. század elején kezdődő új tudományos irányzat nem kezdte feltárni az afrikai szexuális normák széles skáláját és összetettségét.³¹⁴ Az afrikai vezetők azon kortárs állításainak alapos értékeléséhez, miszerint a homoszexualitás idegen fenyegetést jelent, figyelembe kell venni annak az elképzelésnek a nyugati eredetét, miszerint a homoszexuális gyakorlatok ismeretlenek az afrikai társadalmakban.

Ezek az új elbeszélések azonban az azonos neműek intimitását katalogizálták az egész kontinensen, a gyakorlatok és hagyományok széles skáláját ismertetve. Bár e leírások némelyike a kortárs nyugati paradigmákat igazolja, gyakran ellentmondanak a modern jogokkal kapcsolatos diskurzusok középpontjában álló esszencialista érveknek. A zanzibári homoszexualitásról szóló 1899-es leírásában Michael Haberlandt például a homoszexuális szexet folytató férfiak két osztályát említette. Néhányan, akiket a helyi lakosság Isten akaratából a heteroszexuális kapcsolatok iránt érdektelennek tartott (*amri ya muungu*), a nők iránt érdektelenséget mutattak.

³¹⁰ HOAD, *fenti* jegyzet, 44,10-11. o.; MURRAY & ROSCOE, *fenti* jegyzet, 54,xii. o.

³¹¹ HOAD, *Supra* note at 44,4.

³¹² *Id.* 5. pont.

³¹³ MURRAY & ROSCOE, *Supra* note at 54,12.

³¹⁴ Még 1985-ben Michael Gelfand elismert antropológus a zimbabwei Shona népet jellemezve a következőket állította: "Úgy tűnik, hogy a hagyományos Shona népnek nincsenek a homoszexualitással kapcsolatos problémái. Nyilvánvaló, hogy értékes módszerük lehet a gyermeknevelésre, különösen a normális nemi kapcsolatok tekintetében, így elkerülve a nyugati társadalomban oly gyakori anomáliát - gazdag társadalmuk újabb jellemzője". EPPRECHT, *supra* note at (5,8idézi Michael Gelfand, *Apparent Absence of Homosexuality and Lesbianism in Traditional Zimbabweans*, 31 CENTRAL AFRICAN J. OF MEDICINE (1371985)).

168 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a fiatalságtól.³¹⁵ Ez a populáció, amelyet Haberlandt esszencialista módon jellemzett, szerinte veleszületetten homoszexuális volt. Az ilyen "veleszületett ellentétezőket" el is túrték, mert amint rokonaik észrevették hajlamukat, "minden további nélkül kibékültek ezzel a sajátossággal".³¹⁶ Másfelől Haberlandt a zanzibári veleszületett ellentétezőket szembeállította a szexrabszolgák népességének "szerzett ellentétezésével", akiket "távol tartottak mindenféle munkától, jól elkenyéztek és módszeresen elnőiesítettek".³¹⁷ Bár ez a népesség szocializációjuk korai szakaszában "normális nemi aktusokat" élvezhetett, és "normálisak maradnának, ha [nem] használnák őket túl sokáig katamitaként", hosszú távon elveszítenék az erekció képességét, és "csak a passzív pederasziában találnának ... örömet".³¹⁸

Haberlandt leírásai egyszerre erősítik meg az esszencialista állítások lehetőségét, ugyanakkor hitelt adnak a társadalmi konstruktivista elméleteknek is, attól függően, hogy az általa ábrázolt népesség melyik szegmensét választjuk ki. Míg Haberlandt ugyanazon a népességcsoporton belül (fekete zanzibáriak) alternatív törzseket vázol fel, addig az afrikai kultúrák más megfigyelői olyan viselkedési mintákat rögzítettek, amelyek problematikusak bárki számára, aki a homoszexualitásnak mint a személyes vagy szexuális identitás szervező rubrikájának vagy mint alapvető, megváltoztathatatlan fiziológiai imperatívusznak az elképzelésébe fektetett. Míg a kontinens hagyományainak hatalmas skáláját átfogóan számba venni tarthatatlan és szükségtelen, egy áttekintés, amely a kultúrák széles skáláját tartalmazza, azt sugallja, hogy milyen nehéz bármilyen kísérletet tenni arra, hogy az azonos nemű afrikai intimitásokra univerzalizáló szervezeti struktúrát erőltessünk.

Számos szerző az Afrikában megfigyelt homoszexuális kapcsolatokat szituatívnak és elillanónak írta le. Dél-Afrikában az antropológiai beszámolók szerint egyes kultúrákban az azonos neműek kapcsolatainak kontingens formái voltak a homoszexualitás uralkodó struktúrája. Az 1930-as években a Nyakya, a Malawi-tótól északnyugatra élő bantu csoport körében végzett terepmunkájáról beszámolva Monica Wilson megfigyelte, hogy a serdülő fiúk közötti azonos nemű intimitás gyakori és tolerált volt.³¹⁹ Még így is, ezek a kapcsolatok

³¹⁵ Michael Haberlandt, *Occurrences of Contrary-Sex Among the Negro Population of Zanzibar*, in MURRAY & ROSCOE, *Supra* note 54, at 64.

³¹⁶ *Id.*

³¹⁷ *Id.* 63-64.

³¹⁸ *Id.* 64.

³¹⁹ MURRAY & ROSCOE, *fentebbi* jegyzet, 54, 174-75. o.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 169

a jelek szerint ritkán éltek túl az agglégénységet, és Wilson informátorai azt állították, hogy a nős nyakyusa férfiak kivétel nélkül a nőket részesítették előnyben.³²⁰ Az a néhány férfi, aki soha nem nősült meg, "félkegyelmű volt, aki egyáltalán nem volt hajlandó közösülni".³²¹

Számos szerző dokumentálta a dél-afrikai bányász-migránsok rövid távú, azonos neműek közötti házasságok megkötésének általános gyakorlatát. A leghíresebb talán T. Dunbar Moodie és Vivienne Ndatshe, akik a *Going for Gold* című könyvükben katalogizálták a kapcsolatok körvonalait: *Men, Mines and Migration*. Moodie és Ndatshe beszámolója szerint a bányász-házasságok a proletarizálódással szembeni ellenállás mintáit tükrözték az érintett férfiak részéről, akik közül ³²²sokan feleséget hagytak hátra vidéki szülőföldjükön. Ezek a férfiak gyakran azért folyamodtak bányaházasságokhoz, mert a bányákhoz közeli városokban élő nőket fenyegetésnek tekintették azon törekvéseikre nézve, hogy visszatérve végül háztartást alapíthassanak ősi közösségeikben.³²³ Charles van Onselen a gyarmati Zimbabweban a vándorló munkásokról szóló elemzésében hasonló gyakorlatokat állapított meg, de más következtetéseket vont le a viselkedés politikai jelentőségét illetően. Van Onselen szerint a bányavállalatok eltűrték, ha nem is bátorították a prostitúciót, a bestialitást és a homoszexualitást az afrikai férfiak körében, ³²⁴ami segítette "viszonylag engedelmes munkaerőt biztosítani, minimális kiadásokkal a bérekre, szociális szolgáltatásokra és a városi infrastruktúrára - a szexuálisan mocskos ügyektől elvonatkoztatott és feltehetően demoralizált férfiak képtelenek voltak hatékony ellenállást szervezni a megdöbbenő munka- és életkörülményekkel szemben".³²⁵ Van Onselen számára tehát az azonos neműek intimitásának elterjedése a vándorló bányamunkások körében a faji kapitalizmus eszközét jelentette, nem pedig az ellene való ellenállás módszerét.

Paolo 1900, Ambrogetti leírta azt a gyakori gyakorlatot, hogy az eritreai fiatal fiúk idősebb férfiakkal létesítenek szexuális kapcsolatokat.³²⁶ Ambrogetti szerint az ilyen kapcsolatokat csak kisebb vétségnek tekintették, és a fiúk apjai gyakran üdvözölték a fiúk

³²⁰ *Id.* 175-76.

³²¹ *Id.* 176.

³²² T. DUNBAR MOODIE & VIVIENNE NDATSHE, ARANYAT KERESNI: FÉRFIAK, BÁNYÁK ÉS MIGRÁCIÓ (1994)120.

³²³ *Id.* 135-36.

³²⁴ CHARLES VAN ONSELEN, CHIBARO: AFRIKAI BÁNYAMUNKA DÉL-RHODÉZIÁBAN, 1900-33, 175-76 (1976).

³²⁵ EPPRECHT, *fentebbi* lábjegyzet5, (9idézi VAN ONSELEN, *fentebbi* lábjegyzet 324).

³²⁶ MURRAY & ROSCOE, 54,21-22. o.

170OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

a fiaik által a családi jövedelem forrásaként létrehozott megállapodások.³²⁷ Mindazonáltal, miután a fiúk átmentek a serdülőkoron, általában véget vetettek ezeknek a viszonyoknak, és nőknek kezdtek udvarolni.³²⁸ E.E. Evans-Pritchard beszámolt az azande-ok gyakorlatáról, akik a mai Szudán, a Közép-afrikai Köztársaság és Kongó egyes részein élnek. Az azande leszbikus szokások leírásakor Evans-Pritchard megjegyezte, hogy az ilyen kapcsolatok gyakoriak voltak a poligám háztartásokban, ahol egy nő akár hónapokig is eltarthatott anélkül, hogy megosztotta volna férje ágyát, és ahol a feleségek elzárkózása megakadályozta a heteroszexuális házasságtörést.³²⁹ A férfiak azonos nemű intimitásának uralkodó formája a harcosok és a fiúfeleségek között alakult ki - tizenkét és húsz év között -, és Evans-Pritchard az ilyen házasságok elfogadottságát annak tulajdonította, hogy az azande harcosok számára nehéz volt kielégülést találni a heteroszexuális házasságokban; feltehetően a heteroszexuális megállapodások különösen problematikusak lettek volna, amikor kitört a háború, de a harcosok magukkal vihették a fiúfeleségeiket. A katonai századok és a királyi udvar felbomlásával az Európát követő időkben, ahogy a férfiak és nők közötti házasságok könnyebbé váltak, jegyezte meg Pritchard, a fiúházasságok eltűntek.³³⁰

Nyugat-Afrikában, a mai Burkina Fasóban a mossik, az eritreaiakhoz és az azande-okhoz hasonlóan, életkoruk szerint meghatározott azonos neműek közötti kapcsolatokat folytattak. A mossi főnökök a legvonzóbb, hét és tizenöt év közötti fiúk közül választottak maguknak párt.³³¹ Ezek a lányok nőnek öltöztek, és szexuális gyakorlatokat folytattak a főnökökkel, különösen péntekenként, amikor a mósszi hagyományok tiltják a nőekkel való szexet.³³² Amint azonban a pajtások felnőttek, női feleségeket vettek magukhoz.³³³

Ma még azokban az afrikai kultúrákban is, ahol az emberek egész életük során hajlamosak azonos nemű intimitást folytatni, a résztvevők gyakran nem azonosítják magukat homoszexuálisokként, vagy nem adnak elsőbbséget az azonos neműek intimitásának a heteroszexuális házassággal szemben. A nigériai Kano Hausa népcsoportban például, bár az azonos nemű intimitást folytató férfiak úgy vélik, hogy vágyaik veleszületettek és megváltoztathatatlanok, ezek a

³²⁷ *Id.* 21. pont.

³²⁸ *Id.*

³²⁹ E.E. Evans Pritchard, *Sexual Inversion Among the Azande*, AMERICAN ANTHROPOLOGIST 1431-321428,1429, (1970) (idézi: MURRAY & ROSCOE, *supra*. 28-29. megjegyzés)54,.

³³⁰ *Id.*

³³¹ MURRAY & ROSCOE, *Supra* note at 54,91.

³³² *Id.* 91-92. o.

³³³ *Id.* 92.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 171

a férfiak az azonos neműek intimitását is elsősorban a játék egyik formájának tekintik, és másodlagos jelentőségűnek a heteroszexuális házasságban fennálló reprodukciós kötelezettségekhez képest.³³⁴ Nii Ajen nyugat-afrikai homoszexualitást vizsgáló felmérésében a szerző hasonlóképpen hangsúlyozta, hogy a férfakkal szexuális kapcsolatot létesítő nyugat-afrikai férfiak általában heteroszexuális kapcsolatokat és házasságokat is kötnek, és az ilyen férfiak általában elutasítják a meleg identitás bármilyen sugallatát, amely egyszerűen nem bír kulturális rezonanciával számukra.³³⁵ Más beszámolók azt is megjegyezték, hogy Nyugat-Afrika-szerte az azonos nemű intimitást folytató férfiaknak csak kis százaléka vallja magát melegnek, és "[a] férfiak közötti szexet nem bélyegzik automatikusan homoszexuális viselkedésnek".³³⁶ Dél-Afrikában is sok azonos nemű szexuális gyakorlatot folytató férfi elutasítja a homoszexuális identitást, mivel az nem afrikai és nyugati konstrukció.³³⁷

Egyes esetekben a nyugati szexuális paradigmák afrikai társadalmakra való ráerőltetése olyan kulturális gyakorlatok téves jellemzésével járt, amelyek valószínűleg egyáltalán nem tartalmaznak szexuális intimitást. Ifi Amadiume nigériai szociológus például megjegyezte, hogy az egyes nyugat-afrikai társadalmakban zajló, nők közötti házasságok lesbikusnak címkézésére tett nyugati kísérletek "sokkolóak és sértőek lennének a nnobi nők számára, mivel a köztük lévő erős kötelékek és támogatás nem jelentenek lesbikus szexuális gyakorlatot".³³⁸ Amadiume azzal érvelt, hogy az ilyen jellemzések nyugati előítéleteket erőltetnek rá az afrikai anyagra, hogy igazolják "a szexuális alternatívák olyan választásait, amelyeknek nyugati gyökerei és jelentése van."³³⁹

Néhány beszámoló potenciális igazolást kínál az esszencialista állítások számára, és ez az igazolás még azoknak a kommentároknak a közeli olvasásából is lehetséges, amelyek látszólag aláássák az esszencialista paradigmát. Ambrogetti leírásában a serdülőkor előtt álló eritreaiak idősebb férfakkal való múlt kapcsolatáról például a következőket jegyezzük meg

³³⁴ Rudolph P. Gaudio, *Male Lesbians and Other Queer Notions in Hausa*, in MURRAY & ROSCOE, *Supra* 54. lábjegyzet, 121. o.

³³⁵ Nii Ajen, *Nyugat-afrikai homoerotika: in* MURRAY & ROSCOE, *Supra* 54. lábjegyzet, 133-34. lábjegyzet.

³³⁶ MATTHEW W. ROBERTS, A MELEG IDENTITÁS ÉS A MELEG TÁRSADALMI MOZGALMAK KIALAKULÁSA A FEJLŐDŐ ORSZÁGOKBAN: AZ AIDS-VÁLSÁG MINT KATALIZÁTOR, ALTERNATÍVÁK (2024)1995).

³³⁷ K Rebe et al., *Towards "Men Who Have Sex With Men-Appropriate" Health Services in South Africa*, SOUTHERN AFRICAN HIV CLINICIANS SOCIETY, <http://www.sahivsoc.org/Articles/MSM>.

³³⁸ IFI AMADIUME, FÉRFI LEÁNYOK, NŐI FÉRJEK: NEM ÉS NEMI HOVATARTOZÁS A AFRIKAI TÁRSADALOM (71987).

³³⁹ *Id.*

172 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

bár a fiúk nyilvánvalóan kinőttek ezekből a kapcsolatokból a serdülőkor után, és nők után kezdtek el hajszozni, maga a tény, hogy voltak idősebb férfiak, akik igényt tartottak ilyen viszonyokra, arra utal, hogy a lakosság egy szegmensében az azonos neműek intimitása iránti vágyak kevésbé esetleges formája volt; feltehetően ezeknek a férfiaknak is voltak feleségeik és családjaik. Bár Evans-Pritchard az azandai homoszexualitást gyakorinak írta le, amikor a nők nem álltak rendelkezésre, azt is megjegyezte, hogy egyes hercegek fiúkkal feküdtek le, "csak azért, mert tetszettek nekik",³⁴⁰ és hogy egyes férfiak akkor is fiúkhöz mentek feleségül, amikor női feleségük is volt.³⁴¹

Számos okunk van arra, hogy gyanakvással olvassuk ezeket a gyarmati beszámolókat, függetlenül attól, hogy milyen következtetéseket vonnak le szerzőik. Először is, az írók által érzékelt valóság szükségszerűen tükrözte azokat a trópusokat, amelyek az elvárásait alakították. Másodsorban, a gyarmati írók definíciójuk szerint csak azután figyelhették meg az afrikai kultúrákat, hogy e kultúrák ki voltak téve a külvilággal való érintkezés potenciális hatásának; ez a tény szükségszerűen megnehezíti az "autentikus" hagyományok azonosítására tett kísérleteket.

Végül soron egyetlen antropológiai beszámoló sem tud választ adni arra a kérdésre, hogy a homoszexualitás egy megváltoztathatatlan biológiai szükségszerűség terméke-e, vagy pedig - ahogy a liberális esszencialisták általában állítják - csupán a társadalmi konstrukció következménye. Amit azonban ezek a beszámolók közvetíteni tudnak, az az, hogy a különböző kultúrákban az egyének milyen jelentőséget tulajdonítanak a vágyaiknak. Ha sok kultúrában az azonos neműek intimitását gyakorlókat olyan fogalmakkal határozzák meg ezeket a gyakorlatokat, amelyek nem illenek össze a homoszexualitásról alkotott nyugati elképzelésekkel, akkor vajon kinek a célja, kérdezhetnénk, ha ragaszkodunk ahhoz, hogy az idegen szokásokat nyugati fogalmakkal osztályozzuk?

Végül is, akár biológiai, akár kulturális alapokon nyugszik a nyugatiak által homoszexuálisnak nevezett viselkedés, az antropológiai bizonyítékok, amelyek az azonos neműek intimitásának egyes afrikai kultúrákban elsősorban esetleges formáira utalnak, és még azok is, akik másokban élethosszig tartó homoszexuális intimitást folytatnak, nem hajlandóak identitásukat e kapcsolatok vagy vágyak köré szervezni, jelentős akadályokat jelentenek a liberális homoszexuális jogvédők számára. Legalábbis az afrikai kultúrákban az azonos neműek intimitásáról szóló történelmi jelentések áttekintése megnehezíti mindazok állításait, akik a homoszexuálisok jogairól szóló, nyugati elképzeléseken alapuló menetrendet akarnak követni.

³⁴⁰ E.E. EVANS-PRITCHARD, AZ AZANDE (1831971).

³⁴¹ Evans-Pritchard, *Sexual Inversion Among the Azande* (1431idézi: MURRAY & ROSCOE, 54. lábjegyzet, 26. o.329.,).

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 173

a homoszexualitás mint alapvető, megváltoztathatatlan tulajdonság, mint amely elsősorban a jogilag egyenrangúak közötti kapcsolatokat érinti, és mint a pszichikai, társadalmi vagy politikai identitás fő jelölője.

Természetesen, mint azt minden figyelmes olvasó észrevehette, a történetnek ezzel még nincs vége. A GALZ-hoz hasonló csoportok jelenléte Zimbabwében azt sugallja, hogy bármi is volt a zimbabwei kultúra egykor, ma már nyilvánvalóan vannak olyan zimbabweiek, akik pontosan beleillenek a nyugati homoszexuálisok formájába. Hasonlóképpen, a homoszexuális érdekképviselő és a közösségi csoportok korlátozott jelenléte más országokban is azt mutatja, hogy ma már az egész kontinensen vannak afrikai homoszexuálisok.³⁴²

V AZ ELŐRE VEZETŐ ÚT

A fenti elemzés alapján mit tehet egy jó szándékú nyugati liberális, aki aggódik az Afrikában azonos nemű intimitást folytató emberek védelméért? Erre a kérdésre nincsenek egyszerű válaszok. Kétségtelen, hogy a homoszexualitással kapcsolatos afrikai törvények és hozzáállás pusztító következményekkel járt az azonos neműek intim kapcsolatát a kontinensen gyakorló egyesekre nézve. Másrészt a liberális emberi jogok hívei jól tennék, ha felidéznék Kelley figyelmeztetését a fejlődő világban a liberális reformok elrontásának lehetőségéről. Könnyen elképzelhető, hogy a homoszexuálisok jogaiért Afrikában kifejtett nyugati nyomásnak negatív, nem szándékolt következményei lehetnek. A kommunikatív filozófia, a queer-elmélet és az afrikai kulturális hiedelmek és gyakorlatok megértése megkönnyíti ennek a lehetőségnek a megértését. Tekintettel arra, hogy sok afrikai kultúrában a csoportértékek az egyéni jogok helyett a csoportértékekre helyezik a hangsúlyt, a nyugati nyomás mélyebb politikai visszahatást válthat ki, mint amire egy olyan társadalomban számíthatnánk, ahol a liberális ideológia középpontjában álló atomista egyén iránti kulturális elkötelezettség jobban megrögzött. Ez a visszahatás tovább veszélyeztetheti az azonos neműek szexuális gyakorlatát folytató afrikaiakat. A problémát súlyosbítja, hogy a liberálisok ragaszkodnak ahhoz, hogy az azonos neműek intimitását gyakorló afrikaiakat homoszexuálisnak minősítsék, még akkor is, ha e besorolás címettjei közül sokan nem így gondolkodnak, ami az azonos neműek szexuális élményeit megélő afrikaiakat az erőszak és üldözés könnyebb célpontjaivá teheti.

³⁴² *Lásd pl.* Ghoshal, *Supra* note 25 (egy "virágzó közösségi központ" leírása az LMBTI közösség tagjai számára Burundiban); Gay and Lesbian Coalition of Kenya, <http://galck.org>; Sexual Minorities Uganda, <http://www.smug.4t.com>.

Egyes megfigyelők máris visszahatást észleltek a homoszexuálisok jogaiért Afrikában folytatott nyugati nyomásgyakorlással szemben. Obama nyilatkozatát követően, miszerint a szövetségi ügynökségeknek elő kell mozdítaniuk a homoszexuálisok jogait a külföldi országokban, valamint David Cameron fenyegetését követően, miszerint megvonja a brit segélyeket azoktól az országoktól, amelyek büntetik a homoszexuális viselkedést, néhány afrikai ország, amely eddig nagyrészt figyelmen kívül hagyta a homoszexualitást, úgy reagált, hogy most először fordított jelentős negatív figyelmet a kérdésre. Libériában például, bár a szodomia vétségnek számított, és akár egy év börtönnel is büntethető volt, az amerikai bejelentést megelőző években nem indult büntetőeljárás a törvény alapján.³⁴³ Ez a kihirdetés azonban a homoszexualitás elítélésének libériai hullámát indította el, és ennek nyomán a libériai törvényhozók törvényjavaslatokat terjesztettek elő, hogy az azonos neműek szexuális gyakorlatát és a homoszexuális házasságot bűncselekménnyé nyilvánítsák.³⁴⁴ Hasonlóképpen, a Nemzetközi Meleg Biszexuális Transz- és Interszexuális Szövetség 2013-ban megjegyezte, hogy "a nyugati szövetségesek által az afrikai országoknak nyújtott "melegjogok" támogatásának diplomáciai kötelekei állandósították a nagyobb homofóbiát Afrikában, mivel a "melegeket" a nyugati finanszírozáshoz kötött egészségügyi, oktatási, hajléktalanszállási és egyéb alapvető közszolgáltatásokhoz való hozzáférés akadályának tekintik a közjóléti támogatásokhoz való hozzáférés akadályaként".³⁴⁵

Nyugaton is megfigyelték a többségellenes jogi reformok politikai visszahatásának káros potenciálját. Az Egyesült Államokban Michael Klarman professzor úgy érvelt, hogy rövid távon a *Brown v. Board of Education* káros visszahatást váltott ki, amely visszafordította a társadalmi reformmozgalmak fejlődését, amelyek a döntést megelőző években növelték a feketék választójogát és az integrációt az egyetemeken és a sportversenyeken a déli államokban.³⁴⁶ Hasonlóképpen, a *Roe kontra Wade* döntés elősegíthette az amerikai élethez való jog mozgalom kialakulását, megváltoztatva az amerikai politikai diskurzus körvonalait és megnehezítve az abortuszreformot. Ruth Bader Ginsburg, a Legfelsőbb Bíróság bírójának támogatta ezt a nézetet, azzal érvelve, hogy a *Roe v. Wade* által a politikai folyamat rövidre zárása vezetett az abortusszal szembeni tartós konzervatív ellenálláshoz.³⁴⁷ A meleg jogjaival kapcsolatban Klarman megjegyezte, hogy

³⁴³ Corey-Boulet, *Supra* note 65.

³⁴⁴ *Id.* Mások hasonló visszahatásokat tapasztaltak a homoszexuálisok jogait követelő nyugati felhívásokra Afrikán kívüli országokban. *Lásd pl.* Katyal, *supra* note 14, 139. o. (megállapítva, hogy a homoszexuális identitás nyugati konstrukciói figyelmen kívül hagyják a domináns paradigmán kívül eső szexuális kisebbségeket, hogy "ahogy a globális melegjogi mozgalom teret nyer Thaiföldön, a katonaság, a rendőrség és más állami vezetők egyre inkább a transznemű személyeket veszik célba láthatóságuk miatt").

³⁴⁵ ITABORAHY & ZHU, *Supra* note at 15,38.

³⁴⁶ Klarman, *Brown és Lawrence*, *lásd a*204, fenti megjegyzést. 454.

³⁴⁷ Bazelon, *Supra* note 205.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 175

hogy a *Lawrence-ügyhöz* hasonló ügyek, valamint a Massachusetts-i Legfelsőbb Bíróság *Goodridge kontra Department of Public Health* ügyben hozott döntése, amely szerint a homoszexuálisoknak joguk van a házasságkötéshez, olyan államokat is arra ösztönzött, amelyek korábban nem foglalkoztak a kérdéssel, hogy módosítsák alkotmányukat a meglegházasság betiltása érdekében, és mozgósította a konzervatív ellenállást a homoszexuálisok jogaival szemben.³⁴⁸

Klarman²⁰¹³, arra a következtetésre jutott, hogy a homoszexuálisok házassághoz való jogát kimondó széles körű döntéssel szembeni tömeges ellenállás nem valószínű.³⁴⁹ Megjegyezte, hogy a közvélemény megváltozott a kérdésben, és hogy a szegregációval ellentétben a házassági egyenlőségről szóló döntésnek nem lenne jelentős, közvetlen hatása az ellenzők életére.³⁵⁰ Ráadásul, ellentétben azzal a lehetőséggel, hogy a *Brown* után a helyi tisztviselőknek továbbra is jogukban állna aláásni az integrációt a diákok iskolákba való beosztásával, vagy aláásni az abortuszhoz való jogot a klinikákra vonatkozó elnyomó előírások bevezetésével, kevés lehetőség lenne arra, hogy aláássák a házassági egyenlőségről szóló széleskörű ítéletet.³⁵¹ Az afrikai közvélemény azonban nem változott drámaian a homoszexuálisok jogainak javára.³⁵² Ráadásul a homoszexuálisok jogainak többséggel ellentétes reformjával szembeni ellenhatás sokkal hevesebb és tartósabb lehet olyan kultúrákban, amelyekben nincs meg a Nyugat mélyen gyökerező kulturális elkötelezettsége az egyéni jogok iránt. Az Egyesült Államokban például az egyéni választás iránti szinte reflexszerű elkötelezettség arra a következtetésre vezethet sokakat, akik határozottan elítélik a homoszexuális viselkedést, hogy az ilyen viselkedést mégis tolerálni kell. Az olyan társadalmak tagjai, amelyekben a liberális jogi elkötelezettségek a politikai elit döntéseit tükrözik, nem pedig a széles körben elterjedt kulturális attitűdöket, más következtetésekre juthatnak.

A nyugati nyomásra adott ellenlépés sokféle formában jelentkezhet. Jelenthet szervezetlen, véletlenszerű erőszakos cselekményeket olyan emberek ellen, akiket úgy vélnek.

³⁴⁸ Klarman, *Brown és Lawrence*, lásd a204, fenti megjegyzést. 466.

³⁴⁹ Michael Klarman, *A meglegházasság visszahatása? Nem valószínű*, L.A. TIMES, március24,2013, <http://articles.latimes.com/2013/mar/24/opinion/la-oe-klarman-scotus-and-gay>.

-marriage-20130324/2; Michael Klarman, *Marriage Equality and Political Backlash*, N.Y. TIMES, Mar26,2013., <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2013/03/26/civil-rights-decisions-in-courts-or-legislatures/marriage-equality-and-political-backlash>.

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ *Id.*

³⁵² A Pew Research Center nemrégiben készült jelentése, amely nyolc afrikai ország adatait tartalmazza, kimutatta, hogy mind a nyolc országban a többség úgy véli, hogy a homoszexualitást nem kellene elfogadni. Jelzésekppen ebbe a körbe tartozott Dél-Afrika is, ahol az alkotmány kifejezetten védi a homoszexuálisokat a diszkriminációtól, és ahol a Legfelsőbb Bíróság kimondta, hogy a 2005homoszexuálisoknak joguk van az azonos neműek házasságához. Drew DeSilver, *A Global Snapshot of Same-Sex Marriage*, PEW RESEARCH CENTER (2013., június), <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2013/06/04/global-snapshot-sex-marriage/>.

176 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

hogyan homoszexuálisok legyenek. Ez jelenthet olyan jogalkotási intézkedéseket, amelyek szigorítják a homoszexuális viselkedés büntetését, mint Libériában, vagy amelyek első alkalommal büntetetté teszik a homoszexuális viselkedést. Ha az emberi jogi csoportok sikeresen kérvényezik a bíróságoktól a homoszexuálisok jogait védő határozatokat, vagy ha az ellenzők attól tartanak, ez olyan alkotmánymódosításokat jelenthet, amelyek megerősítik az azonos neműek intim kapcsolatát gyakorlókkal szembeni megkülönböztetést. Zambiában ez a lehetőség valószínűnek tűnik, mivel a negyedik köztársasági alkotmányt kidolgozó konvent a "társadalomellenes viselkedésre" vonatkozó rendelkezéseket javasolta, hogy kizárja annak lehetőségét, hogy a homoszexuálisok az alapvető jogokra vonatkozó rendelkezéseket bírósági keresetek alátámasztására használják fel.³⁵³

Klarman három valószínű okot azonosított az Egyesült Államokban a többséggel ellentétes bírósági döntésekkel szembeni ellenreakciókra: az ilyen döntések növelik a kérdés fontosságát; a külső beavatkozás miatti düh; és annak a sorrendnek a megváltoztatása, amelyben a társadalmi változások a beavatkozás hiányában bekövetkeztek volna.³⁵⁴ E megfontolások mindegyike kétségtelenül jelentős annak kiszámításában, hogy milyen mélységű ellenállás várható a nyugati emberi jogi aktivistáknak a homoszexuálisok jogainak afrikai előmozdítására irányuló erőfeszítéseivel szemben. Afrikában azonban a nyugati ösztönzés olyan módon növelte a homoszexualitás jelentőségét, amely túlmutat azon, hogy pusztán reflektorfénybe helyez egy olyan kérdést, amelyet korábban sokan figyelmen kívül hagytak. Kreatív hatással volt az afrikai képzeletre is, és olyan társadalmi kategóriát hozott létre, amely sok társadalomban soha nem létezett.

Amikor az olyan vezetők, mint Mugabe azt állítják, hogy a nyugati befolyás felelős a homoszexualitás afrikai elterjedéséért, valószínűleg igazuk van, bár nem szándékolt értelemben; az afrikai emberek mindig is éltek azonos neműek közötti intimitásokkal, de az, hogy a mai afrikai kultúrákban egyesek a homoszexualitásról alkotott modern elképzelésekkel összhangban határozzák meg ezeket az intimitásokat, valóban a nyugati befolyás következménye lehet.³⁵⁵ Másrészt egyetlen kultúra sem statikus. Ma vannak olyan afrikaiak, akik homoszexuálisnak tartják magukat olyan értelemben, ami Nyugaton is ismerős lenne, és ezek az emberek is igényt tartanak arra, hogy

³⁵³ Charles Sakala, *New Zambian Constitution to Ban Homosexuality*, ZAMBIA REPORTS, Apr 15, 2013, <http://zambiareports.com/2013/04/15/new-zambian-constitution-to-ban-homosexuality/>.

³⁵⁴ Klarman, *Brown és Lawrence*, lásd a204, fenti megjegyzést. 473.

³⁵⁵ Ahogy Neville Hoad megfigyelte, a meleg kultúra, "a Coca-Colához, Madonnához és Calvin Klein fehérneműhöz hasonlóan, erős amerikai exportcikké vált". Neville Hoad, *Between the White Man's Burden and the White Man's Disease*, 5 GAY & LESBIAN Q. 559, 563 (1999); lásd még Katyal *supra* 14. lábjegyzet.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 177

a különböző afrikai kultúrákban, amelyeknek részei. Mégis, más afrikaiak, akik azonos nemű szexuális kapcsolatokat ápolnak, továbbra is ellenállnak a homoszexuális identitásnak. Azok a nyugatiak, akik ragaszkodnak ahhoz, hogy minden olyan afrikait, aki azonos nemű intimitást folytat, homoszexuálisnak minősítsenek - annak ellenére, hogy ez a besorolás nem felel meg annak az elképzelésnek, amelyet sokan a kedvezményezetttek közül a saját életükről alkotnak -, a korábban tapasztaltnál nagyobb ellenségeskedésnek és elnyomásnak tehetik ki azokat az embereket, akiknek segíteni szeretnének.

Még a magukat homoszexuálisnak valló afrikaiak számára sem biztos, hogy a Nyugatról érkező kényszerítő nyomás a legjobb megoldás. Ahogy más szerzők is megjegyezték, a liberális mítosz, miszerint az amerikai homoszexuálisok nem tudtak kielégítő életet élni a melegjogi mozgalmat kiváltó 1969 Stonewall-lázadások előtt, nem felel meg a valóságnak.³⁵⁶ Ehelyett jóval a Stonewall előtt az amerikai homoszexuálisok sikeresen alakítottak olyan közösségeket, amelyek bizonyos fokú bajtársiasságot, szabadságot és védelmet nyújtottak a külvilág ellenséges viselkedésével szemben.³⁵⁷ Hasonlóképpen, még a homoszexuálisok jogait védő törvények hiányában is Afrikában az afrikai homoszexuálisok olyan közösségeket hoztak létre, amelyek barátságot, érzelmi támogatást és vigaszt nyújtanak. Teljesen elképzelhető, hogy a nyugati jogvédők nyomása olyan reakciókat vált ki, amelyek árthatnak ezeknek a közösségeknek, és megakasztják a nagyobb elfogadás felé való lassú haladás lehetőségét.³⁵⁸

³⁵⁶ *Lásd pl.*, Ball, *Communitarianism and Gay Rights*, *supra* note at (69,469) lásd GEORGE CHAUNCEY, *GAY NEW YORK: GENDER, URBAN CULTURE, AND THE MAKING OF THE GAY MALE WORLD, 1890-1940* (1994).

³⁵⁷ *Id.*

³⁵⁸ Ahogy Guy Scott zambiai alelnök nemrégiben kissé szertelenül érvelt: "Ebben a városban rengeteg melegbár van. Nos, nem tonnaszámba, de ott vannak, jól ismertek. Ez teljesen ugyanaz a jelenség, mint bárhol máshol. Élni és élni hagyni. Felkavarni és rontani a helyzetet, ez a legnagyobb veszély. Az alvó kutyákat feküdni hagyni egyszerűbb politika." David Smith, *Zambiai alelnök: "A dél-afrikaiak elmaradtak"*, THE GUARDIAN (2013. május 1.), <http://www.guardian.co.uk/world/2013/may/01/zambian-vicepresident>.

-dél-afrikaiak-hátrafelé. Scott alelnök kijelentése nem veszi figyelembe azt a tényt, hogy legalábbis néhány zambiai homoszexuális számára nem az "élni és élni hagyni" a lényeg. Az elmúlt hónapokban például a zambiai Kapiri Mposhi város két állítólagos homoszexuálisának büntetőeljárása rendszeresen a címlapokra került az országban és nemzetközi szinten is. *Lásd pl.*, *Zambian Men Charged Over Gay Sex*, BBC (2013. május), <http://www.bbc.co.uk/news>.

/world-africa-22451632. Emellett Paul Kasonkamona melegjogi aktivistát áprilisban letartóztatták, mert 2013 a homoszexuálisok jogaiért kiállt a zambiai televízióban. Obert Simwanza, *Zambia's Gay Rights Cases Raise Concerns Over Nation's Growing Intolerance*, AFP, június 4, 2013, http://www.huffingtonpost.com/2013/06/05/zambia-gay-rights-cases-_n_3385441.html. Mégis ez a két eset volt az egyetlen homoszexualitás miatt indított büntetőeljárás Zambia közelmúltbeli történetében, az Agence France Press szerint "egyre inkább melegellenes légkör" közepette. *Id.* Hasonlóképpen, annak ellenére, hogy Uganda a homoszexuális magatartás szigorú büntetésére vonatkozó javaslatai nemzetközi figyelmet keltenek, Uganda

178OREGONREVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,

A kulturális dinamizmus szintén kétirányú. Néhány modern afrikai homoszexuális jelenlétére való rámutatás ésszerű válasz az antropológiai narratívákra, amelyek az azonos neműek intimitásának Afrikában elsősorban kontingens formáit sugallják. Ha azonban ez a helyzet, akkor nincs sok értelme annak hangsúlyozásának, hogy eredetileg kívülállók vezették be Afrikába a szodómiaellenes törvényeket, valamint a muszlim és keresztény ideológiát, amely továbbra is inspirálja az afrikaiak intoleranciáját a homoszexualitással szemben. Ezek a törvények és ez az ideológia segítettek az afrikai kultúrákat olyanná alakítani, amilyenek ma, és ma már ugyanúgy részei ezeknek a kultúráknak, mint a régebbi, gyarmatosítás előtti hagyományok, amelyeket gyakran átalakítottak és néha elfelejtettek. Az afrikai attitűdök leértékelésére irányuló nyugati kísérletek azáltal, hogy megtagadják az ezeket kifejezőktől a cselekvőképességet, a gyarmati diskurzusokat tükrözik, és tökéletesen illeszkednek abba a történelmi mintába, hogy a gyarmatosított népeket úgy különböztetik meg, mint amelyek nem teljesítik a liberális jogok teljes köréhez való hozzáférés minimális kritériumait. Az emberi jogok védelmének ez a lekezelő megközelítése valószínűleg további ellenállást fog kiváltani.

Végző soron a nyugatiak számára a legjobb módja annak, hogy javítsanak az azonos nemű intimitást gyakorlók életén Afrikában, az lehet, hogy az lenne, ha visszalépnének a frontvonalból. Az emberi jogi válságtól való teljes elvonulás lehetetlen lehet a liberális filozófiai elkötelezettségük számára, és a kérdés teljes elhagyása nem kívánatos. Végző soron az egyetemes jogok létezéséhez való liberális ragaszkodás jobb védelmet nyújt a marginalizált kisebbségek számára, mint az identitás posztmodernista dekonstrukciójának felszabadító potenciálja vagy a közösség előnyeinek hangsúlyozása; a jogok létezésének tagadása, mint ami nem más, mint azon közösségek hatalmi viszonyainak és értékeinek tükörképe, amelyekben ezek az igények felmerülnek, súlyosan csökkenti a kisebbségi érdekek komolyan vétele melletti érveket. Még ha a nyugatiak nem is tesznek közvetlen kísérletet az afrikai jog alakítására, a nyugati kultúra kérlelhetetlen befolyása és az afrikai kultúrák tagjainak önállóan fejlődő hozzáállása végül a homoszexualitás nagyobb mértékű elfogadásához vezethet Afrikában. A

A jelenlegi szodómia törvényeket olyan ritkán hajtják végre, hogy az ugandai homoszexuális közösség tagjai szerint a törvények megtámadása nem prioritás. Hollander, *Supra* note 20, at Az elmúlt években néhány afrikai országban a homoszexualitással szembeni növekvő tolerancia mérsékelt jelei 221. mutatkoztak. Annak ellenére, hogy Botswana-ban és Mauritiuson például továbbra is érvényben vannak a szodómiaira vonatkozó törvények, mindkét országban nemrégiben betiltották a szexuális irányultságon alapuló munkahelyi megkülönböztetést. Ghoshal, 25. lábjegyzet. 2012-ben Joyce Banda malawi elnök felfüggesztette az ország szodómia törvényeinek végrehajtását. Godfrey Mapondera, *Malawi Suspends Anti-Gay Laws as MPs Debate Repeal*, THE GUARDIAN (Nov. 20125.), <http://www.guardian.co.uk/world/2012/nov/05/malawi-gay>.
-szabályok-vita-helyreigazítás.

2013] *Nyugati univerzalizmus és afrikai homoszexualitás* 179

a szerényebb megközelítés annak a nagyszámú afrikaiaknak is hasznára válhat, akik intim kapcsolatban állnak azonos nemű emberekkel, de nem tartják magukat homoszexuálisnak, akik közül sokan valószínűleg negatív következményekkel szembesültek a homoszexualitás növekvő jelentőségének Afrikában való megjelenése és a homoszexuálisok jogainak a kulturális imperializmussal való összekapcsolása miatt. Mindenesetre a nyugatiak közvetlen részvétele az afrikai homoszexuálisok jogaiért folytatott küzdelemben többet érthet, mint használ. Minden társadalomban mindig lesznek olyan küzdelmek, amelyek a múlt meghatározásáért folynak a jelen alakítása és a jövő befolyásolása érdekében. Amikor e küzdelmek hátterét kevésbé ismerő idegenek megpróbálják befolyásolni azok kimenetelét, általában nem szándékolt és olykor mélyen nemkívánatos következményekkel szembesülnek. Nincs egyszerű megoldás, de ha a liberálisok azt remélik, hogy pozitív hatást gyakorolhatnak az Afrikában azonos neműek intim kapcsolatát folytató emberek életére, akkor a befolyásolni kívánt kultúrákkal való interakcióinkat inkább beszélgetésként, mintsem kioktatásként vagy parancsként kell felépítenünk.

180 OREGON REVIEW OF INTERNATIONAL LAW [Vol. X.15,