

AMERIKAI MEGKÖZELÍTÉS A FAJI ALAPÚ DISZKRIMINÁCIÓ ÉRTELMEZÉSÉBEN

BEVEZETŐ

Az elmúlt hónapok során tovább folytatódott a vita egy antidiszkriminációs törvény szükségességéről Magyarországon. Ennek egyik oka az Európai Unió Bizottsága által kidolgozott direktíva megjelenése volt,¹ amelynek célja, hogy mindenfajta faji és etnikai alapú diszkriminációt megtiltsa az EU tagállamaiban. A direktíva diszkrimináció-értelmezése igen tág: magában foglalja a direkt diszkrimináció mellett a diszkrimináció indirekt formáját, valamint a faji alapú zaklatást is. Ugyanakkor fogalmait mindössze egy-egy mondatban fejt ki, amely a már meglévő értelmezési nehézségeinken aligha segít majd. Írásom célja a faji alapú diszkrimináció különböző fogalmainak részletesebb értelmezése, egy remélhetőleg mihamarabb megszülető antidiszkriminációs törvény alapvető fogalmainak megalapozása érdekében. Munkám elsősorban az egyesült államokbeli elveken és definíciókon, valamint az ottani eseteken alapul. Véleményem szerint az Egyesült Államokban követett elvekből való kiindulás több szempontból is indokolt. Egyrészt azért, mert az általuk használt megközelítés igen fejlett, árnyalt, amely egyrészt a speciális amerikai kisebbségi helyzetnek köszönhető, másrészt annak, hogy antidiszkriminációs törvényük és ennek kapcsán szövetségi szintű antidiszkriminációs politikájuk már több mint harminc éve érvényben van.² Másik indokom arra, hogy az Egyesült Államok antidiszkriminációs modelljét tekintsem mintának e dolgozat elveinek kidolgozása során, az, hogy az egyetlen európai, modellértékűnek tekinthető antidiszkriminációs politika és törvény, az angol 1976-os *Race Relations Act*, maga is bevallottan amerikai mintára jött létre, fogalmait és alapelveit Amerikából importálta. Írásom nem az amerikai modell kritikátlan elfogadását szorgalmazza, inkább az a célja, hogy az ottani elvek és definíciók ismertetésével, azok elemzésével a magyar antidiszkriminációs törvényhez kapcsolódó vita minőségét javítsa.

Elméleti elemzésem főként az amerikai, a faji alapú diszkriminációval kapcsolatos alkotmányos és ítélkezési gyakorlaton, illetve e gyakorlat másodlagos és elméleti elemzésén alapul. Célom nem a faji diszkrimináció egyesült államokbeli alkotmányos és törvényi megközelítésének leírása, hanem a gyakorlat mögött

húzódó, vagy az értelmezők által javasolt elvek oly módon való összefoglalása, hogy az egy Magyarországon is alkalmazható diszkriminációs elméletet eredményezzen. Írásom nem azt akarja sugallni, hogy Magyarországon az amerikai esetjogot vagy alkotmányos jogszolgáltatást kellene alkalmazni. Csupán elveket szeretne bemutatni, amelyek hozzásegítenek a faji alapú diszkrimináció fogalmának jobb megértéséhez.

A tanulmány a faji diszkrimináció legegyszerűbb és legköznapibb formáitól a sok szempontból vitatott elméletek által alátámasztott komplexebb változatok felé halad; ennek során a diszkrimináció széles értelmezése mellett fogok érvelni, amelybe az egyéni alapú aránytalan bánásmód elvén [*individual disparate treatment*] túl a nagyobb teher elvének [*disparate impact*] olyan változatai is beleférnek, ahol a sérelem nem szükségszerűen vezethető le az állam vagy más diszkrimináló fél megkülönböztető szándékából.

KLASSZIFIKÁCIÓK

Diszkrimináció alatt általában valamilyen kritériumon vagy klasszifikáción alapuló egyenlőtlen bánásmódot értünk. Persze abszurdum lenne azt mondani, hogy a diszkrimináció tilalmával minden megkülönböztető bánásmódot, klasszifikációt tiltunk, függetlenül az arra adott indoklásoktól, illetve a kritériumoktól, amelyekre alapul. Csakis az önkényes, azaz indokolhatatlan megkülönböztetéseket kell kiszűrni. Lehetne azal is érvelni, hogy minden velüncszületett, a rawlsi terminológiában³ „erkölcsileg önkényes” tulajdonságon alapuló megkülönböztetés elfogadhatatlan. De esetenként némely velüncszületett tulajdonság szolgálhat klasszifikáció alapjául. Például az egyetemekre való felvételt nehéz lenne elképzelni az intelligencia figyelmen kívül hagyásával. Úgy tűnik, a velüncszülettség önmagában nem elegendő szempont.

Írásom a faji, nemzeti, vagy etnikai alapú diszkriminációval, azaz a faji klasszifikációkkal foglalkozik. A faj szerinti klasszifikációnál nemcsak a velüncszületett tulajdonságokról van szó, hanem egy további tényezőről is. Az etnikai csoportok közötti viszonyok története, társadalmi beágyazottsága, az ezekhez kapcsolódó stigma és rasszizmus teszi minden esetben gyanússá a faji klasszifikációt. Dworkin szerint: „A faj

másnak tűnik, mert a faji hovatartozást alapul vevő kirekesztés a történelem során nem valamiféle számitáson alapult, mint mondjuk az intelligencia, kor, származási hely vagy fizikai képességek esetében, hanem a kirekesztett faj vagy vallási csoport mint olyan iránt érzett megvetésen. A faji alapú kirekesztés már önmagában sértést jelentett, mivel megvetés váltotta ki és megvetésben mutatkozott meg.”⁴

Ezen társadalmi kontextusnak köszönhetően jó okunk van feltételezni, hogy ha egy jogszabály vagy határozat faj szerint osztályoz, azaz egyenlőtlen bánásmódot ír elő valamilyen faji kategória alapján, akkor az adott jogszabály vagy határozat azon a feltételezésen alapul, miszerint valamely faji csoport tagjai kevésbé értékesek, mint mások, ami ellentmond az egyenlő törődés és tisztelet elvének.

Az igazságos munkajogot elemezve Owen Fiss a faji kritérium két olyan sajátosságát azonosítja,⁵ amelyek alátámasztják a faji tényező foglalkoztatási döntésekben való alkalmazásának eredendően igazságtalan mivoltát. Elsőként azzal érvel, hogy a faj ellentmondásban van az érdem-elvvel, hiszen a legkritikább esetben tekinthető a termelékenység pontos megővendőjének. A másik sajátosság a velünk születettség, azaz a faj fölötti egyéni kontroll teljes hiánya. Az egyének, érvel Fiss, nem választhatják meg önmagukat, ezért felelősségre sem vonhatók, ezért igazságtalan őket faji alapon megítélni. Szerinte a két attribútum együtt teszi a faji tényezőt igazságtalanná. Érvelése a foglalkoztatási kontextuson túl is jól alkalmazható. Könnyű belátni, hogy a faji tényező igen ritkán számít adminisztratív, lakhatási, vagy az oktatás területén hozott döntéseknél, a legtöbb adminisztratív céltól való függetlensége nyilvánvaló.

Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága a gyanús klasszifikáció [*suspect classification*] követelményeit némileg hasonlóképpen állapította meg a *Frontiero v. Richardson*⁶-esetben: a gyanús klasszifikációk általában veleszületett tulajdonságokon alapulnak; a történelem során a faji kisebbségek, amelyek a gyanús klasszifikáció elvének leggyakoribb alanyai, a törvénykezésből eredő hátrányos megkülönböztetés áldozatai voltak; a faj a legtöbb megengedhető közcél szempontjából lényegtelen. Ekképp a három sajátosság, amely a legtöbb esetben alkalmatlanná teszi a fajt klasszifikációs kritérium szerepének betöltésére, a következő: kívül esik az egyéni kontroll lehetőségén, a legtöbb hivatalos cél szempontjából lényegtelen – legyen az termelékenység vagy egyéb adminisztratív cél –, és végül, de nem utolsósorban, stigmát hordoz, amely a faji kisebbségek – az Egyesült Államokban a feketék, Magyarországon elsősorban a romák – elleni korábbi diszkrimináció történetében gyökerezik.

Világos tehát, hogy a klasszifikáció alapjául felbukkanó faji kritériumot mindig rendkívül elővigyázatosan kell kezelni. Black bíró így érvelt az egyik japán kitelepítési ügyben: „Minden jogi korlátozás, amely egyetlen faji csoport jogait nyírja meg, eleve gyanús. Ami nem azt jelenti, hogy minden ilyen korlátozás alkotmányellenes. Mindössze annyit jelent, hogy a bíróságoknak a legszigorúbb vizsgálatnak kell alávetniük azokat. A sürgető közszükség olykor indokoltá teheti ilyen korlátozások bevezetését; a faji ellentét sohasem.”⁷ Ez persze nem jelenti azt, hogy nem létezik olyan faji alapú klasszifikáció, amely ne menne át a vizsgálaton (lásd például a faji alapú kárpótlást a múltban elszenvedett faji diszkriminációért, vagy a faji kisebbségek tagjaival való kedvezményes bánásmódot), csupán annyit jelent, hogy a vizsgálatnak szigorúnak kell lennie. A sors iróniája, hogy a *Korematsu*-eset azon kevesek egyike volt a Legfelsőbb Bíróság joggyakorlatában, amely során egy szégyenletes faji klasszifikáció a legszigorúbb vizsgálaton is átment.⁸ Ebben az esetben japán származású amerikai állampolgároknak a nyugati partvidékről való kitelepítése – figyelembe véve az országra leselkedő katonai veszélyt, az egyes japán származású állampolgárok árulását, illetve a csupán az illojális csoporttagok kiszűrésének és kitelepítésének adminisztratív nehézségeit – jogosnak találtatott.

Stone bíró a *Carolene Products*-eset egyik lábjegyzetében további érvet hoz fel a faji klasszifikáció szigorúbb vizsgálatnak való alávetése indoklására.⁹ Az enyhe ésszerűségi teszt [*deferential rationality basis review*] kapcsán felsorolja azokat az eseteket, amikor szigorúbb vizsgálat indokolt. Ezek egyike a különálló és elszigetelt [*discrete and insular minorities*] kisebbségeké, amelyre vonatkozóan így érvel: „A különálló és elszigetelt kisebbségekkel szembeni előítélet olyan sajátos tényező lehet, amely komolyan csökkentheti a rendszerint a kisebbségek védelme támaszául szolgáló politikai folyamatok működését, és amely egy ennek megfelelően alaposabb bírói vizsgálatot követelhet meg.”¹⁰ Az érvelés lényege itt az, hogy a demokratikus politikai folyamatok mindig kisebbségeket eredményeznek, de a legtöbb ember és csoport olykor kisebbségben van, máskor viszont – másfajta koalíciók eredményeként – többségben. Azonban a különálló (azaz látható, megkülönböztethető) és elszigetelt (elkülönített) kisebbségek a demokratikus politikai folyamatokban mindig is kisebbségben maradnak, és mint olyant, mindig leszavazzák őket. Az előítéletesség miatt koalíciós lehetőségeik korlátozottak, ezért kisebbségi státusuk állandó. Az amerikai alkotmány ebben az értelemben többségi uralom-ellenes, a politikai folyamatokban az alkotmányos védelem hivatott ezt a hibát korrigálni azáltal, hogy szigorúbb

vizsgálatot rendel el, valahányszor ilyen csoportot érintő rendelet vagy határozat születik.¹¹

A teljes tiltás bevezetését elkerülendő, a Legfelsőbb Bíróság a faji alapú klasszifikációt a szigorú vizsgálat [*strict scrutiny*] tesztjének veti alá, amely a klasszifikációt annak célja és meghatározási módja alapján minősíti. Ennek a tesztnek két követelménye van: egyfelől ahhoz, hogy e teszt által ne minősüljön tiltottnak, a diszkriminációnak 'kényszerítő' állami érdeket [*compelling state interest*] kell szolgálnia, nem pedig 'megengedhető' állami érdeket, mint az enyhe vizsgálat esetében. Másfelől a teszt értelmében elfogadható faji megkülönböztetésnek *szigorúan* az előbb említett kényszerítő állami érdeket kell szolgálnia [*narrowly tailored*]. Ennek négy feltétele van: először be kell bizonyítani, hogy a megkülönböztetés fajszeleges alternatívái kevésbé volnának célravezetőek, másodsor a célokat úgy kell meghatározni, hogy azok szigorúan a kényszerítő állami érdek elérését szolgálják, harmadsor teret kell engedni az esetleges egyéni bánásmódnak, és végül a klasszifikáció nem lehet túl átfogó.¹² Eszerint a faji alapú klasszifikáció kiállhatja a szigorú vizsgálat próbáját, amennyiben szigorúan a kényszerítő állami érdeket szolgálja.

Élénk vita folyik arról, hogy vajon csupán a rosszindulatú faji klasszifikációkat kell szigorú vizsgálat alá vetni, vagy azokat is, amelyek kisebbségi csoportok kedvezményes bánásmódját célozzák. A *Bakke*-esetben¹³ a Brennan-csoportnak az volt a véleménye, hogy a jóindulatú faji klasszifikációkat közepesen szigorú vizsgálat illeti meg, amely csak annyit követel meg azoktól, hogy 'lényeges' állami érdeket szolgáljanak és az elérendő célt szolgáló eszközök alapvetően összhangban legyenek azzal. Szerintük ugyanis nem *különálló és elszigetelt kisebbségről* volt szó. Emellett a fehér, többségi *Bakke* által elszenvedett sérelemnek nincs megbélyegző hatása. Valóban, a fajt gyanús kategóriává minősítő okok összességének fényében, a jóindulatú faji klasszifikációk nem esnek a szigorú vizsgálat tárgykerébe. Dworkin szerint a jóindulatú faji preferenciák esetében a faji klasszifikációk elvesztik nyilvános sértő jellegüket, ebben az esetben a faj csupán egyike lesz a veleszületett tulajdonságoknak, amelyet néha figyelembe kell venni.¹⁴ Ilyenkor a faji klasszifikáció megszűnik olyan mértékben gyanúsnak lenni, mint a szigorúan vett rosszindulatú faji klasszifikáció esetében. A gyanús klasszifikáció ugyanis értelemszerűen hátrányt okoz a kisebbségeknek, illetve alapvető jogokat korlátoz. Ezért, érvel a Brennan csoport, a szigo-

rú vizsgálat tesztje csak rosszindulatú faji klasszifikációkra alkalmazható, míg a jóindulatú faji klasszifikáció esetében a közepesen szigorú vizsgálat tesztje is elégséges.

A közepesen szigorú vizsgálat [*intermediate scrutiny*] tesztjét Kent Greenawalt¹⁵ a következőképpen határozza meg: egy faji csoporttal szembeni jóindulatú diszkrimináció akkor engedhető meg, ha az lényeges érdeket szolgál, és ezt az érdeket nem lehet fajszeleges vagy kevésbé átfogó faji megközelítéssel ugyanúgy elérni. Paul Brest¹⁶ ehhez még hozzátesszi: e tesztnek el kell döntenie, hogy a várható haszon nagyobb-e az okozott kárnál, hogy e hasznot nem lehet-e más, fajszeleges eszközökkel elérni, és végül, hogy a faji alapú pozitív diszkriminációs program valóban úgy van-e megalkotva, hogy a lehetséges hátrányos következményei minimálisak legyenek.

A Legfelsőbb Bíróság állásponja e kérdésben – ahogyan az a *Croson*- és *Adarand*-döntésekből¹⁷ is kiderül – az, hogy az amerikai alkotmány értelmében egyazon mércét kell alkalmazni: a szigorú vizsgálat tesztjét minden faji klasszifikációra. Ez persze nem jelenti azt, hogy a faji preferenciák minden esetben megengedhetetlenek lennének. A bíróság azzal érvel, hogy az egyenlő bánásmód [*equal treatment*] elvétől csak időlegesen lehet eltérni, és minden esetben csak orvoslati céllal. Az orvoslatot azonban nem lehet múltbéli diszkriminációhoz kapcsolódó általános kijelentésekre alapozni, az csak a diszkrimináció

A TELJES TILTÁS BEVEZETÉSÉT ELKERÜLENDŐ, A LEGFELSŐBB BÍRÓSÁG A FAJI ALAPÚ KLASSZIFIKÁCIÓT A SZIGORÚ VIZSGÁLAT ISTRIC SCRUTINYI TESZTJÉNEK VETI ALÁ, AMELY A KLASSZIFIKÁCIÓT ANNAK CÉLJA ÉS MEGHATÁROZÁSI MÓDJA ALAPJÁN MINŐSÍTI.

konkrét, bizonyított eseteire lehet válasz. Ezen szigorú szabály alól egyedül az egyetemek pozitív diszkriminációs programjai képezhetnek kivételt.¹⁸ A kényszerítő állami érdeket, amelyet az ilyen programok felállításakor az egyetemek követnek, az egyetemi hallgatóság összetételének sokszínűsége. A sokszínűség érve akkor fogadható el az alkotmány értelmében, érvel a bíróság a *Bakke*-

döntésben, ha a faji hovatartozás csupán egyike a sokszínűséget meghatározó tényezőknak. Amennyiben viszont ez az egyetlen tényező, amely által a sokszínűséget az adott egyetem el kívánja érni, úgy elfogadhatatlan – ez volt a helyzet a *Bakke*-esetben is.

A fajtudatos intézkedések ezen igen szigorú megközelítése csak az alkotmányjogra vonatkozik. Az alacsonyabb szintű jogszabályok sokkal megengedőbbek a fajtudatoság bizonyos típusaival szemben. Jó példa erre a foglalkoztatási diszkriminációra vonatkozó jog. Ahhoz, hogy egy, a munkáltató által önként bevezetendő, megerősítő intézkedés [*affirmative action*] terve átmenjen az 1964-es *Civil Rights Act* VII. fejezete által előírt vizsgálaton, a tervnek a *Weber*-dön-

tés¹⁹ értelmében egy sor feltételnek kell eleget tennie. Ez a döntés jogszerűnek ítélt egy vitatott megerősítő intézkedési tervet, mert az régi, faji szegregációs és hierarchikus mintákat akart megváltoztatni, és olyan munkalehetőségeket megnyitni a feketéknek, amelyek addig hagyományosan elérhetetlenek voltak számukra; nem érintette hátrányosan a fehér alkalmazottak érdekeit (nem kellett elbocsátani őket, nem korlátozta előmenetelüket); csak időleges terv volt, és nem állt szándékában fenntartani a faji egyensúlyt, csak a nyilvánvaló faji egyensúlyhiányt akarta kiküszöbölni. Tervében a munkáltatónak, érvelt a bíróság, nem szükséges sem a saját korábbi diszkriminatív gyakorlatára, sem pedig egy általa elkövetett, vitatható sértésre hivatkozni. Annál inkább szükséges kiemelnie a hagyományosan szegregált munkakategóriákban fennálló, nyilvánvaló egyensúlyhiányt. Ez a faji egyensúlyhiány kategória közel áll ahhoz, amit a Legfelsőbb Bíróság társadalmi diszkrimináció [*societal discrimination*]²⁰ néven az alkotmányjogi kontextusban elfogadhatatlannak talált a megerősítő intézkedések indoklásaként.

Fiss²¹ egyéb, az alkotmánynál alacsonyabb szintű törvények által elfogadható, fajtudatos gyakorlatról is beszámol. Írásában azzal érvel, hogy az igazságos foglalkoztatási diszkriminációt szabályozó törvényeknek nem kell 'színvaknak' lenniük [*color blind*]. Számba veszi a színvaktság [*color blindness*] elvétől való eltérésnek néhány e téren elfogadható esetét. Elsősorban a törvényalkalmazási módszereket vizsgálja meg, a faji hovatartozás felhasználását a hatékonyabb végrehajtás biztosítására, úgymint a faji nyilvántartást végrehajtási célokra, a faji statisztikák alkalmazását végrehajtási célokra (a végrehajtási folyamat elindítására, a bizonyítási teher alperesre való hátrítására, a teljesítendő célok határozatbani megfogalmazására, hogy eltántorítsa a másik félt a diszkriminációtól). Vizsgálja továbbá a munkáltató törvényben előírt kötelezettségeit is, azt az elvet, amely olykor szükségessé és elfogadhatóvá teszi a munkáltató számára a faji hovatartozás figyelembevételét (nem kompetitív helyzetekben való döntést, például kisebbségeknek célzott információs programok; a látszólag semleges kritériumok értékelése, például diszkriminatív ügyintézés, aránytalan teher; a jogorvoslatként alkalmazott megerősítő intézkedés). Fiss szerint ezek a példák mind eltérnek a színvaktság normájától, mégis összhangban vannak az antidiszkrimináció elvével.

A fajtudatosan kedvezményes intézkedések, különösképpen a megerősítő intézkedés irodalma hatalmas, és mivel nem tartozik szorosan ezen írás témájához, további taglalásával itt nem foglalkozunk. A fentiekből levonható következtetés az, hogy a faji alapú

klasszifikációkat a legszigorúbb vizsgálatnak kell alávetni, valahányszor egy faji kisebbség megbélyegzése merül fel, és azok csak a legkivételesebb esetekben mehetnek át rajta.

A legtöbb diszkriminatív cselekvés alapjául a faji klasszifikációk szolgálnak. Azonban jelenlétük olykor rejtett, bizonyos diszkriminációs esetekben a klasszifikáció semmilyen megkülönböztetett bánásmódot nem eredményez, mégis diszkriminatívnak nevezjük. Lássuk a diszkriminatív cselekedetek lehetséges változatait.

A diszkrimináció legnyilvánvalóbb formája az, amely nyíltan diszkriminatív faji kritériumok alapján megkülönböztetett bánásmódban részesít bizonyos embereket. *Strauder*-eset²² remekül példázza ezt a gyakorlatot. Az eset főszereplője egy olyan állami törvény volt, amely faji alapon kizárta a feketéket az esküdtszéki szolgálatból. Az egyenlő védelem elve [*Equal Protection Clause*] alapján a Legfelsőbb Bíróság érvénytelenítette a törvényt. Az eset alapját egyértelmű faji klasszifikáció képezte, amely révén a feketék – faji hovatartozásuk miatt – megkülönböztetett bánásmódban és hátrányban részesültek. A diszkrimináció ezen formáját, amelyet Brest a fajfüggő döntések alapesetének nevez, ²³ mindenki elismeri. Ez a gyakorlat képezi az egyéni megkülönböztetett bánásmód elméletének [*individual disparate treatment*] alapját, amelyet a következőkben tárgyalunk. Ezekben az esetekben meglehetősen könnyű kimutatni a diszkriminációt, a klasszifikáció gyanús mivolta pedig mindig kiválthatja a legszigorúbb vizsgálatot. Mindemellett, a legtöbb diszkriminatív cselekedet nem ilyen egyértelmű, olykor semmiféle klasszifikáció nincsen. Ha a diszkriminációnak csak ezt a legnyilvánvalóbb formáját vennénk figyelembe, az a többi diszkriminatív cselekedet virágzását eredményezné.

A diszkriminatív cselekedetek második fajtája egy látszólag semleges törvény, jogszabály, vagy rendelet szándékosan diszkriminatív alkalmazása. Ilyen esetekben a látszólag semleges törvény vagy jogszabály általában szabályozatlanul hagy egy területet, ahol aztán a jogalkalmazó személyes preferenciái alapján dönthet, vagy esetleg az előírt gyakorlat önkényes döntéshozatalra hagy lehetőséget. Jó példa erre a *Yick Woo*-eset, ²⁴ amelyben a Legfelsőbb Bíróság megállapította, hogy egy látszólag semleges törvény alkalmazási módja a kínaiak elleni szándékos diszkriminációhoz vezetett. Az ominózus törvény megtiltotta a mosodák faépítményekben való üzemeltetését, hacsak azt a San Franciscói Felügyeleti Tanács nem engedélyezte. A nem kínai engedélykérőknek egy kivétellel megengedték, hogy mosodájukat tovább üzemeltessék, míg a kétszáz engedélyért folyamodó kínai kérvényét mind visszautasították. A Leg-

felsőbb Bíróság így indokolt: „A tények egy, olyannyira kizárólag egy bizonyos embercsoport ellen irányuló adminisztrációt mutatnak be, hogy arra kell következtetnünk, bármi is volt az elfogadott jogszabály szándéka, a hatóságok azt olyan egyenlőtlen és elnyomó szemlélettel alkalmazták, hogy az ellentmond a gyakorlatban az egyenlő védelem elvének. Legyen a törvény maga kifejezetten igazságos és látszólag pártatlan, amennyiben azt egy rosszindulatú és egyenlőtlen mércéjű közhivatal úgy alkalmazza és adminisztrálja, hogy az igazságtalan és törvénytelen diszkriminációt eredményez azonos helyzetű emberek között, az egyenlő bánásmód megtagadása akkor is az alkotmány tiltása alatt áll ... Kézzelfogható magyarázatot nem szolgáltatott, és arra kell következtetnünk, hogy más magyarázat, mint a kérvényező faja és nemzetisége iránti ellenérzés, amely a törvény szellemében jogtalan, nem is létezik.”²⁵ Ebben az esetben tehát volt klasszifikáció, de az fajsemleges volt. A vállalkozásokat aszerint csoportosították, hogy azok faépitményekben, avagy nem faépitményekben működtek. A második lépésben mindazoknak, akik faépitményekben üzemeltették mosodájukat, a Tanács elé kellett járulniuk. Azonban a törvény nem tartalmazott olyan utasításokat, amelyek alapján a Tanács dönteni tudott volna. Ez a joghézag egy önkényességi tényező bevezetését tette lehetővé a törvény alkalmazóinak, akik így faji preferenciáik alapján dönthettek. A törvény alkalmazásának eredményei faji szempontból annyira kiegyensúlyozatlanok voltak, hogy az a bíróságot a Tanács diszkriminatív szándékára engedte következtetni.

A munkavállalók életréletrében, pályázat kiírása nélkül történő toborzása, a jelentkezők szubjektív elbírálása ott, ahol üzleti kényszer ezt nem indokolja, hasonló eredményekhez vezethet. Ezekben az esetekben a gyakorlat kijelölése lehet jóindulatú, és működhet anélkül, hogy bármiféle diszkriminációt eredményezzen, amennyiben a jogalkalmazók mentesek a faji elfogultságtól és előítéletektől. Brest a fajtudatos adminisztratív döntések [*racially motivated administrative decisions*] kifejezéssel jelöli meg e kategóriát, hozzátéve, hogy ez megnyilvánulhat cselekvésben ugyanúgy, mint a cselekvés elmulasztásában²⁶. Ez a fajta cselekvés képezi az alapját annak, amivel a rendszerszerű megkülönböztetett bánásmód [*systemic disparate treatment*] elmélete hivatott foglalkozni.

A diszkrimináció harmadik formája az, amit Brest fajtudatos jogszabályoknak nevez. ²⁷ Ebben az esetben általában egy látszólag semleges klasszifikációt tartalmazó jogszabállyal, törvénnyel vagy eljárással állunk szemben, ahol a klasszifikációt szándékosan a faj helyett használják kibúvóként [*proxy*] azért, hogy végső soron faji alapon rekeszthessenek ki embere-

ket. Jó példa erre a huszadik század eleji Egyesült Államokban az írástudási-teszt használata a feketék szavazati jogának megvonására. A közép- vagy főiskolai fokozat megkövetelése az alkalmazás során, olyan esetekben, amikor a munka megfelelő elvégzésének ez nem szükséges feltétele, szintén felhasználható hasonló célra. Ilyenkor a döntéshozók egy semleges kritériumot alkalmaznak a faji alapú klasszifikáció helyett. Ezekben az esetekben a kritériumnak, mint kibúvónak a kirekesztő jellege nyilvánvaló: köztudott, hogy a kisebbségi csoport kevés tagja lenne képes a feltételek teljesítésére. Ezek az esetek mégis mindig szándékosak, s céljuk az aránytalan kirekesztés hatásának elérése. Néhány esetben azonban nincs klasszifikáció, csupán egy semleges jogszabály, amely egy faji kisebbség kirekesztését vagy hátrányos megkülönböztetését célozza. Ilyen jogszabályra példát a *Palmer v. Thomson*²⁸-esetben találunk, amikor a Mississippi állambeli Jackson városban elrendelték az uszodák szegregációjának megszüntetését, a város inkább a bezárásuk mellett döntött. Itt nem volt tettenérhető klasszifikáció, de az uszodák bezárásának nyilvánvaló oka, a Legfelsőbb Bíróság megfogalmazásában, „a faji integrációval való ideológiai szembehelyezkedés” volt, azaz a fajok elkülönítésének helyességében és a fehér faj magasabbrendűségében való hit. A jogszabály ilyen tartalmú üzenete megbélyegezte Jackson város fekete lakosságát, és ez a sérelem nagyban különbözött a fehérek által elszenvedettől, akik így szintén megfosztottak az uszodák használatának lehetőségétől. Annak ellenére, hogy a rendelet értelmében a feketék és a fehérek egyforma elbírálás alá estek, hiszen az uszodákat mindenki elől lezárták, a fekete lakosság sokkal nagyobb sérelmet könyvelhetett el, amelynek megbélyegző jellege volt. A Legfelsőbb Bíróság döntése szerint a diszkriminatív szándék önmagában nem volt elegendő egy olyan törvény eltörlésére, amely nem kezelte másképp a feketéket. A bíróság ezáltal elismerte, hogy az okok közt ott volt a faji elfogultság, de kudarcot vallott annak felismerésében, hogy ez a törvény a feketékkel és fehérekkel szembeni differenciált bánásmóddhoz, s ezáltal a feketék megkárosításához és rosszindulatú megkülönböztetéséhez vezet.

Mind a fajtudatos adminisztratív döntéseknek, mind pedig a fajtudatos jogszabályoknak van egy tudatalatti változata. Egyik esetben sem áll a diszkrimináció mögött diszkriminatív szándék. Lawrence szerint²⁹ a szándék hagyományos meghatározásai nem ismerik el, hogy számos faji töltetű döntés se nem szándékos, se nem önkéntelen, legalábbis abban az értelemben, hogy véletlen és a döntéshozó vágyai által nem befolyásolt. Az ilyen döntések né-

melyike tudatalatti rasszizmusból fakad, és ez Lawrence szerint pont olyan káros a sértettek számára, mint bármely tudatosan rasszista cselekedet. A hasonló esetek csoportja Brest terminológiájában a fajszelektív semlegesség [*racially selective indifference*] elnevezést kapta. Szerinte „a fajfüggő döntések nem szükségszerűen fajtudatosak, de tükrözhetnek nem tudatos fajszelektív közömbösséget. Az effajta közömbösség sérti az antidiszkriminációs elvet, amikor abban nyilvánul meg, hogy kedvezményeket tagad meg kisebbségek tagjaitól, vagy terheket ró rájuk, és ez nem történe meg, ha azok fehérek lennének.”³⁰ Brest azt is megfogalmazza, hogy mit jelent számára a fajszelektív közömbösség: „A fajszelektív szimpátia és közömbösség jelenségén azt a nem tudatos kudarcot értem, amikor ugyanazt az elismerést és emberiséget, s ezáltal ugyanazt a szimpátiát és törődést, ami saját csoportodnak magától értetődően kijár, nem sikerül egy kisebbségi csoportra kiterjeszteni.”³¹

Az esetek legutolsó kategóriájába azok a látszólag semleges döntések, törvények és jogszabályok tartoznak, amelyek aránytalanul nagyobb terhet [*disproportionate impact*] rónak a kisebbségi csoportra, azaz a kisebbségi csoportból egy nagyobb részt rekesztenek ki, mint a többségből, ahol is ez a kirekesztés nem tudatos, és a döntés mögött nincs sem tudatos, sem önkéntelen faji elfogultság. Ez a legvitatottabb kategória mind közül. A diszkrimináció aránytalan hatásának elve foglalkozik ezen esetek némelyikével, de még azok is, akik elfogadják az aránytalan teher elvét mint érvényes diszkriminációs elméletet, annak csak egyes csoportjait sorolnák ide, az elv elfogadására adott indoklásuk függvényében. Erre a kérdésre egy későbbi fejezetben visszatérünk.

Az ismertetett öt típusú cselekedet: a nyíltan diszkriminatív megkülönböztetett bánásmód, a fajtudatos adminisztratív döntések, a fajtudatos jogszabályok, a tudatalatti rasszizmus által befolyásolt adminisztráció vagy döntések és végül az aránytalan hatás esetek, lefedik azt, amit a szó legtágabb értelmében diszkriminációnak nevezünk, a faji alapú megkülönböztetett bánásmód legegyszerűbb formájától a legbonyolultabb és legvitatottabb formáig. Főként gyakorlati okokból – az öt típus megkülönböztetése olykor nem könnyű, akárcsak a diszkriminatív szándék vagy a nem tudatos rasszizmus kimutatása – három diszkriminációs elmélet áll rendelkezésünkre, amelyek kiterjednek mind az ötféle diszkriminatív cselekedetre. Ezek: az *egyéni megkülönböztetett bánásmód*, a *rendszerszerű megkülönböztetett bánásmód* és az *aránytalan hatás elve*. A három megközelítési mód leírásában a faji alapú diszkriminációval kapcsolatos alkotmányos gyakorlat alapját ké-

pező elveket fogjuk követni, kiegészítve a faji alapú diszkrimináció alacsonyabb fokú törvények szintjén megjelenő megközelítésének elveivel, főként ahogyan azt az 1964-es *Civil Rights Act* VII. fejezete³² előírja. Az alkotmányos megközelítést önmagában túlságosan korlátozottnak találtuk ahhoz, hogy magyar viszonylatban működőképes definíció eredményezzen.³³

EGYÉNI MEGKÜLÖNBÖZTETETT BÁNÁSMÓD

„A megkülönböztetett bánásmód a diszkrimináció legközérthetőbb formája. A munkáltató fajuk, bőrszínük, vallásuk vagy egyéb védett tulajdonságuk miatt egyes munkavállalókat egyszerűen hátrányos bánásmódban részesít. A diszkriminatív szándék bizonyítéka nem mindig egyértelmű, noha olykor pusztán a bánásmód különbözőségéből is következtetni lehet rá...” – érvelt a bíróság a *Teamsters*-esetben.³⁴ A megkülönböztetett bánásmód előfordulhat nyíltan diszkriminatív politika, illetve szokás vagy gyakorlat formájában, de lehet *ad hoc*, egyénre szabott természetű is. Míg a *rendszerszerű megkülönböztetett bánásmód* az első két kategóriával foglalkozik, az *egyéni megkülönböztetett bánásmód* a harmadik típusra koncentrálna. Az egyéni megkülönböztetett bánásmód eseteiben a cselekedet mögött húzódó indíték egyénre szabott kell legyen, és alkalmazásáról be kell bizonyítani, hogy annyiban diszkriminatív, amennyiben más hasonló helyzetben lévő személyeket nem ugyanolyan bánásmódban részesítették. A szándék olykor lehet kifejezett, de legtöbbször nem az. A bíróság szerint, mivel a *Civil Rights Act* hatálya kiterjed a diszkriminatív következményekre is,³⁵ „a VII. fejezet alá tartozó esetekben a törvény megkövetelte szándék az alperes viselkedéséből is levezethető. A törvény szerint az alperesnek szándékosan kellett cselekednie, azaz a cselekedete nem lehet véletlen eredménye.”³⁶ Amennyiben a diszkriminatív szándék nem egyértelmű, közvetett bizonyítékok felhasználásával lehet azt bizonyítani.

Ahhoz, hogy egy egyéni megkülönböztetett bánásmódú esetet, amikor a jogsértő szándékai nem egyértelműek, jogi úton oldjanak meg, a felperesnek, a VII. fejezet alapján a diszkriminációt valószínűsítetnie kell [*prima facie case*]. A *McDonnell Douglas*-döntés³⁷ alapján, a VII. fejezet alá tartozó perek esetében a faji diszkrimináció valószínűsége bizonyításának terhe a panaszosra hárul. Ennek a következő feltételek fennállása mellett tehet eleget: bebizonyítja, hogy egy faji kisebbség tagja; hogy jelentkezett egy meghirdetett állásra, és ahhoz megfelelő képesítéssel rendelkezett; hogy képesítése ellenére elutasították;

hogy az elutasítás után az állás betöltetlen maradt és a munkáltató továbbra is az ő képesítésével rendelkező jelentkezőket keresett. Ha a valószínűnek látszó eset bizonyítása megtörtént, feltételezhető a munkáltató diszkriminatív szándéka. A valószínűnek látszó eset mögött lévő elv O'Connor bírónőnek a *Price Waterhouse*-beli³⁸ párhuzamos véleményében fogalmazódik meg: „A valószínűnek látszó eset célja, amint azt ebben az esetben kifejtettük, annak a ténynek az ellensúlyozása, hogy a szándékos diszkrimináció közvetlen bizonyítása nagyon nehéz.” Ennek alapján a munkáltatóra hárul annak igazolása, hogy a jelentkező elutasítására valamiféle elfogadható, nem diszkriminatív indokot hozott fel, azaz, hogy cáfolja a valószínűnek látszó diszkriminatív cselekedetet. Amennyiben a cáfolat sikeres, egy harmadik lépésben meg kell adni a panaszosnak azt a lehetőséget, hogy bebizonyítsa, a cáfolatban felhozott indoklás csupán ürügy volt a diszkriminatív szándék leplezésére.³⁹ Ebben a lépésben a bizonyítás közvetett úton történik, és ez sok esetben megkövetelheti a döntéshozó gondolatvilágának, a munkáltató munkamódszereinek és a kollégák alkalmazása hátterének a vizsgálatát.

A diszkriminatív szándék közvetlen bizonyításakor azonban elegendő kimutatni, hogy a cselekedet, a munkáltató egyik képviselőjének a számlájára írható, a felelősség megállapításához nem szükséges a vezetősség rosszindulata.⁴⁰ A *Slack v. Havens*-esetben elegendő volt bizonyítani, hogy az alkalmazott közvetlen felettese tett fajilag elfogult kijelentéseket („a feketéknek kell takarítaniuk, mert ők jobban tudnak takarítani()); mivel a felettes a munkáltató képviselője volt, kijelentése a munkáltató szándékát bizonyította, még akkor is, ha a felső vezetésnek amúgy nem állt szándékában diszkriminálni. Úgyszintén elegendő kimutatni, hogy a diszkriminatív szándék csupán a cselekedet egyik motiváló tényezője, de nem az egyetlen. Az 1991-es *Civil Rights Act*⁴¹ módosította a *Price Waterhouse*-döntést⁴²: a védelem alatt álló klasszifikáció csak az egyik okozati tényező kell legyen, nem az egyetlen. Mihelyt a panaszos bebizonyítja, hogy egy védett tulajdonság (faj, nem, stb.) motiváló tényező volt, a felelősség kimondható. A vádlottnak lehetősége van bebizonyítani, hogy a védett tulajdonság hiányában is ugyanígy döntött volna, ennek azonban csupán a jogorvoslatra van hatása (csökkenti a maximálisan kiszabható orvoslát mértékét), a felelőségre megállapítására nincs.⁴³

A VII. fejezet által meghatározott megközelítési mód az *egyéni megkülönböztetett bánásmód* eseteiben olyan minta, amely kiterjeszhető a munkajog területén kívülre eső ilyen esetek megközelítésére is. Az egyéni megkülönböztetett bánásmód elve legegyszerűbben az olyan esetekben használható, amikor a törvényeket vagy jogszabályokat diszkriminatív módon alkalmazzák. Ilyenek például a lakhatási határozatok, a szociális juttatások vagy akár a faji kisebbségek elleni rendőrségi visszaélések esete. Noha ez a legalapvetőbb és legkevésbé vitatott formája a diszkriminációnak, a gyakorlati alkalmazása nehézségekbe ütközhet. Ilyen nehézségek elsősorban a szándék kimutatásának követelményéből fakadnak. Az előző fejezetben leírt ötféle diszkriminatív cselekedettípus némelyike nem szándékos, ezek faji elfogultsága lehet tudatalatti, vagy az is előfordulhat, hogy szándékuk nem alapul faji megfontolásokon. Továbbá, ha egy cselekedetet diszkriminatív szándék mozgat is, a szándék kimutatása a döntéshozók gondolatvilágának vizsgálatát, feltárását követeli meg. Olykor a szándék ugyan kikövetkeztethető, de legtöbb esetben nem ez a helyzet. A nehézségek egy másik csoportja a megkülönböztetett bánásmód kimutatásának követelményéből fakad majd, azaz találni kell egy olyan személyt, akivel az áldozat, noha faji hovatartozását leszámítva hasonló helyzetben volt, másképpen bántak. Hasonlóképpen nem könnyű rávenni az embereket, hogy egyénileg pert indítsanak. A legtöbb áldozat nem panaszkodik. Sokan azzal sincsenek tisztában, hogy diszkriminációt szenvedtek el. Mások azért nem panaszkodnak, mert nem akarják felfedni az elszenvedett megaláztatást, vagy pedig mert nem bíznak a peres eljárás és a nekik valószínűleg kijáró jogorvoslat hatékonyságában.

Ezen nehézségek közül néhányal a jelen írásban tárgyalt második elmélet, a *rendszerszerű megkülönböztetett bánásmód* foglalkozik.

RENDSZERSZERŰ MEGKÜLÖNBÖZTETETT BÁNÁSMÓD

A *rendszerszerű megkülönböztetett bánásmód* elve a diszkrimináció azon strukturális formáival foglalkozik, amelyekre az egyéni megkülönböztetett bánásmód nem tér ki. Így olyan döntési mintákkal, szabályokkal, politikákkal száll vitába, amelyeknek hatása átfogóbb, mert nem csupán egyetlen személyt érintenek. A *rendszerszerű megkülönböztetett bánásmód* két esetben alkalmazható: akkor, ha egy munkáltatónak, intézménynek, helyi önkormányzatnak vagy más közintézménynek formálisan meghirdetett diszkriminációs politikája van, illetve, ha nincs formális politikája, de kimutatható, hogy a döntései meghozatalának mintája megkülönböztető bánásmódra utal.⁴⁴

Ezt a megközelítést az Egyesült Államokban mind az alkotmány, mind az antidiszkriminációs törvények⁴⁵ legitimálják. A *rendszerszerű megkülönböztetett*

bánásmód kimutatásához a diszkriminatív szándék bizonyítása vagy feltételezése szükségeltetik.

Közintézmények csak a legritkább esetben alkalmaznak formálisan diszkriminatív politikát vagy eljárásokat. A diszkrimináció tiltása azt jelenti, hogy ilyen politikákkal nem lehet egyéneket a származási csoportjukhoz kapcsolódó sztereotípiák alapján kezelni, nem lehet őket kizárólag csoport hovatartozásuk alapján megítélni, hanem minden egyének személyreszabott, kizárólag személyes érdemei szerinti bánásmód jár. Olykor a csoportok közti valós különbségek alapozzák meg a sztereotípiákat, de a védett tulajdonságnak, esetünkben a fajnak, kibúvóként való használata egy olyan jellegzetesség helyett, amely általában nagyobb mértékben jellemzi a védett csoportot, mint más csoportot – az antidiszkriminációs elv tiltása alá esik. Példaként a nemi alapú diszkriminációt alkalmazó *Manhart*-esetet⁴⁶ lehetne felhozni, amelynél egy cég, mivel azt találta, hogy a nők általában többet élnek, mint a férfiak, arra kötelezte női alkalmazottjait, hogy nagyobb nyugdíj járulékot fizessenek, mint a férfi alkalmazottak. Ennek eredményeként végső soron egy férfi alkalmazott több pénzt vitt haza, mint egy ugyanannyit kereső női alkalmazott. A *Civil Rights Act* világossá teszi, érvelt a bíróság, hogy munkaügyi döntéseket nem lehet egy védett csoport jellegzetességeire alapozott sztereotípiák alapján meghozni. A különbség ez esetben valóságos, statisztikák által is alátámasztott volt. A gond csak az, hogy mindkét (védett és nem védett) csoport számos tagja nem bír a kérdéses jellegzetességekkel. Ekképp a nemet kibúvóként használni a hátlázási arány helyett egyszerre volt túlságosan és nem eléggé átfogó lépés. A törvény kategorikusan tiltja az egyének kizárólag csoport hovatartozásuk alapján való kezelését. Ezért a bíróság úgy döntött, hogy a gyakorlat ellentétes a VII. fejezet megfogalmazásával és szellemével. Hasonló érvekre alapozva, az antidiszkriminációs elv tiltja a szegénység, az alacsonyabb iskolázottság helyetti használatát, még akkor is, ha olykor a faj és ezen tényezők között van összefüggés.

A legtöbb rendszerszerű megkülönböztetési esetben azonban nincs formális diszkriminatív politika. Ezeknél a diszkriminatív cselekvési mintákat vagy gyakorlatokat kell megvizsgálni. A *Teamsters*-esetben⁴⁷ a bíróság azt találta, hogy a diszkriminatív cselekvési minták vagy gyakorlatok [*patterns or practices of discrimination*] megléte akkor merül fel, ha a cég rendszeresen és szándékosan különböztette meg hátrányosan a kisebbségeket a fehérekkel szemben. Továbbá, hogy „a kormányzat⁴⁸ feladata többrendbeli bizonyítékkal [*by preponderance of evidence*] alátámasztani, hogy a faji alapú diszkrimináció a munkáltató

működési szabványa volt – inkább a szokásos, mintsem a véletlen gyakorlat.” „A államnak bizonyítania kellett azt is, hogy többről volt szó, mint elszigetelt, véletlenszerű vagy alkalmi diszkriminatív lépések előfordulásáról.”⁴⁹ A rendszerszerű megkülönböztetett bánásmód eseteiben a diszkriminatív szándékot kell tetten érni. Ilyen esetekben a munkáltató mintáinak és gyakorlatainak a védett kisebbségi csoportra nehezedő aránytalan hatását használják a diszkriminatív szándék kimutatására.

A *Washington v. Davis*⁵⁰ olyan megkülönböztetett bánásmód eset volt, amelyben az alkotmány egyenlő védelem elvének értelmében nem szerepelt formálisan meghirdetett politika és kifejezett diszkriminatív szándék.⁵¹ A bíróság azt találta, hogy a megkülönböztetett bánásmód kimutatásához szükség lett volna a szándékra, jöllehet a munkáltató cselekedeteinek hatása sem lényegtelen. „Ez nem azt jelenti, hogy szükséges faji alapú diszkriminatív célt a törvénynek ki kell fejeznie vagy szövegében meg kell jelenítenie, vagy, hogy a törvény aránytalan hatása lényegtelen lenne... Egy rosszindulatú diszkriminatív cél szükségszerűen kikövetkeztethető a lényeges tények összességéből, beleértve azt is, ha igaz, hogy egy törvény nagyobb terhet ró egy bizonyos fajra, mint egy másikra... Bár nem lényegtelen, az aránytalan hatás nem az alkotmány által tiltott, rosszindulatú faji diszkrimináció egyetlen ismérve.”

A *Teamsters*-esetben a kormányzat által használt, a cég diszkriminatív mintáit és gyakorlatait kimutatni szándékozó bizonyítékok elsődlegesen statisztikai jellegűek voltak, amelyeket azonban kiegészítettek a diszkrimináció egyéni áldozatainak vallomásaival. Amit ilyenkor a statisztikáknak ki kell mutatniuk, az az, hogy a kisebbségi csoporthoz tartozó alkalmazottak – akik lehetnek diákok, szociális támogatás kedvezményezettjei, vagy az ügy természetétől függően bármely más csoport – száma nem lényegesen kisebb, mint a kisebbségi csoporthoz tartozók aránya a jelentkezők releváns csoportjában. Munkaügyi kontextusban például, ha egy állás betöltéséhez nem kell különleges képesítés, vagy olyan kell, amely mindenki számára könnyen megszerezhető, a releváns összehasonlítási csoport a vonzáskörzeten belüli teljes lakosság lesz. Ha azonban különleges képesítés kell, mint a tanári fokozat vagy jogi fokozat, az összehasonlítási csoport leszűkül azokra, akik ezekkel a képesítésekkel rendelkeznek. A statisztikák tekintetében a bíróság úgy ítélte egy másik ‘cselekvési minták és gyakorlatok’ típusú esetben,⁵² hogy „ellenkező indoklás hiányában általában elvárható, hogy a nem diszkriminatív alkalmazási gyakorlat hosszú távon olyan munkaerőt eredményezzen, amely többé-kevésbé tükrözi a lakosság faji és etnikai összetételét abban a kö-

zóságban, ahonnan a munkavállalókat toborozzák. A munkaerő és a lakosság összetétele közötti hosszan tartó és masszív aránytalanság ily módon jelzés értékű lehet, még akkor is, ha a 703j világosan kimondja, hogy a VII. fejezet szerint a munkaerő összetételének nem kell tükröznie a lakosságét.”⁵³ A diszkriminatív cselekvési minták és gyakorlatok megállapításához az intézményes statisztikai bizonyítékokon kívül látszólag semmi más nem szükséges. Ez elegendő a felelősség megállapításához, és a jogellenes gyakorlat megszüntető jogorvoslat kiszabásához. Mindemellett, ha egyéni jogorvoslatról és a diszkriminált egyének kárpótlásáról van szó, egyéni esetekre vonatkozó bizonyítékokra is szükség van.

A *Teamsters*-esetben az aránytalan hatás szolgált bizonyítékul a diszkriminatív szándékra. Számos *rendszeres megkülönböztetett bánásmód* esetben a cselekvési minták és gyakorlatok hatásából kell következtetnünk a döntéshozó szándékára. Hasonló, a szándékot kikövetkeztető módszert alkalmaztak alkotmányos esetekben is, így a *Yick Woo*- és a *Gomillion*⁵⁴-esetekben. Ez utóbbiban egy törvény úgy rajzolta át a négyzet alakú Tuskegee választási körzet határait, hogy a kapott „otromba huszonnyolcszögű alakzat” magában foglalta az összes fehér szavazót, de négy kivételével kizárta az összes fekete szavazót. A bíróság azzal érvénytelenítette, hogy „a határozat gyakorlatilag egyenértékű annak matematikai demonstrálásával, hogy a törvénykezés egyetlen célja a fehér és színes szavazók szegregálása volt, azáltal, hogy a négyeret kizárta a városból és így megfosztotta őket helyhatósági szavazati joguktól, amellyel azelőtt rendelkeztek.”⁵⁵ Ezekben az esetekben a felháborítóan aránytalan hatás a közös, amelyet a határozatok, minták és gyakorlatok terheltek a kisebbségi csoportokra. A hatás nem mindig ilyen hatalmas, és nem is mindig utal egyértelműen a döntéshozó diszkriminatív szándékára. Ez készítette a Legfelsőbb Bíróságot a *Washington v. Davis*-esetben bemutatott érvelésre, amikor is nem fogadta el az aránytalan hatást, mint a diszkriminatív szándék kimutatóját, és úgy döntött, az eset nem sértette meg az egyenlő védelem elvét. Egy másik alkotmányos esetben⁵⁶, amikor úgy találták, hogy a lakhatási övezeteket kijelölő határozat aránytalan hatása nem sértette meg az egyenlő védelem elvét, Powell bíró felvázolta a kritériumokat annak kimutatására, hogy a rosszindulatú diszkriminatív szándék motiváló tényező volt egy diszkriminációs esetben vagy sem. Szerinte egy döntés mögött húzódó diszkriminatív szándék megállapításakor vizsgálat alá kell vetni: egy cselekedet nagyobb terhet ró-e egy bizonyos csoportra, mint egy másikra a döntés történelmi háttérében – különösképpen, ha az egy sor hivatalos diszkriminatív lépést tár fel. Figye-

lembe kell venni, hogy a szokásos döntési mechanizmustól eltértek-e, és a döntéshozó a maga által többnyire fontosnak ítélt tényezőktől eltért-e, amikor a szokásos tényezők egy ellentétes döntést eredményeztek volna. Végül vizsgálni kell törvény-előkészítés és -alkotás folyamatát, különösképpen ha rendelkezésre állnak a döntéshozók korabeli kijelentései.⁵⁷

Később, az 1979-es *Feeney*-eset⁵⁸ kapcsán a Legfelsőbb Bíróság tovább finomította az egyenlő védelem elve megsértésének bizonyításához szükséges diszkriminatív szándék követelményét. A bíróság itt az *U.J.O. v. Carey*-esetre⁵⁹ hivatkozva így érvelt: „A ‘diszkriminatív cél’ több annál, mint amennyit a szándék mint akarás vagy mint a következmények ismerete jelent... Magában foglalja azt is, hogy a döntéshozó, ez esetben egy állami törvényalkotó, kiválasztott vagy megerősített egy bizonyos cselekedetet legalábbis részben, ‘azért mert’, nemcsak ‘annak ellenére, hogy’ az egy meghatározható csoportra nagyobb terhet ró... Ez azonban nem jelenti azt, hogy egy semleges szabály következményeinek elkerülhetlensége és előreláthatósága nem utalhat a diszkriminatív szándék létre. Természetesen, amikor egy törvénynek egy meghatározható csoportra nehezedő terhe éppúgy elkerülhetetlen, mint a veteránok előnyben részesítésének nemi alapú következményei, alaposan feltételezhető, hogy az ellentétes hatás kívánt volt. De ebben a vizsgálatban a feltételezés munkaeszköz, nem pedig a bizonyíték szinonimája. Amikor, mint itt is, a hatás lényegében elkerülhetetlen következménye egy olyan törvényalkotási politikának, amelyet önmagában mindig is legitimnek vélték, és amikor, mint itt is, a törvénykészítés folyamata és minden rendelkezésre álló bizonyíték az ellenkezőjét erősíti meg, a feltételezés nem érik bizonyítékká.”

A *rendszeres megkülönböztetett bánásmód* elve mögött az az általános érv áll, hogy az egyénre szabott jogorvoslatoknak van néhány gyöngye pontja, és, ahogyan Lustgarten írja az európai kontextus kapcsán, „az egyénre szabott törvényalkalmazás a legjobb esetben is csak egy sor elszórt változást eredményezhet az egyéni munkáltatóknál”⁶⁰. A *rendszeres megkülönböztetett bánásmód* elve által kínált rendszeres megközelítés többre hivatott, mint hogy diszkriminált egyéneket kárpótoljon: lényege, hogy olyan politikákat, mintákat és gyakorlatokat vitasson, amelyek hatása nemcsak egy-egy egyénre terjed ki. Hozadéka az említett politikák összes múltbéli és jövőbeni potenciális áldozatainak védelme, függetlenül attól, hogy azok magukra vállalták a pereskedés terhet, vagy sem.

A szándék-követelmény a *rendszeres megkülönböztetett bánásmód* elvének legfőbb korlátja. Ami ki marad az egyéni és a rendszeres megkülönböz-

tett bánásmód elveinek hatásköréből, az az olyan cselekedetek, határozatok, törvények és gyakorlatok csoportja, amelyek aránytalan hatást fejtenek ki a kisebbségekre, de vagy nem szándékosak, vagy a döntéshozó diszkriminatív szándéka nem mutatható ki. Az egyenlő védelem elve és a Legfelsőbb Bíróság gyakorlata által meghatározott alkotmányjog semmire nem terjed ki, ami a szándékos faji alapú diszkrimináción túl van. Bizonyos esetekben, amikor az aránytalan hatás igen nagy, feltételezi belőle a diszkriminatív szándékot, de mint szabály, nem tekinti alkotmányosnak az aránytalan teher elvét.⁶¹

Mégis, figyelembe véve a szándék bizonyítási nehézségét, a tudatalatti rasszizmus létezését, és a múltbéli diszkriminatív gyakorlat jelenben jelentkező hatásához hasonló jelenségeket, a *rendszerszerű megkülönböztetett bánásmód* elve nem foglalja magába a diszkriminatív cselekedetek néhány, általunk korábban felsorolt típusával. Ezekre a *rendszerszerű aránytalan teher* elvének kell választ adnia.

RENDSZERSZERŰ ARÁNYTALAN TEHER

A harmadik és értelmezésében legmesszemenőbb diszkriminációs elv a *rendszerszerű aránytalan teher* [*systemic disparate impact*] elve. Munkaügyi kontextusban Zimmer a megkülönböztetett bánásmóddal ellentétben határozza meg: „míg a megkülönböztetett bánásmód nem más, mint a kisebbségek vagy nők munkahelyekről való céltudatos kizárása, addig az aránytalan teher elve akkor áll fenn, amikor a foglalkoztatási politikák szándéktól függetlenül nagyobb hatással vannak az egyik csoportra, mint a másokra”⁶². A *Teamsters*-esetben a bíróság így érvelt: „Az aránytalan hatásra alapuló követelések, ellentétben a megkülönböztetett bánásmóddal, olyan alkalmazási gyakorlatokat foglalnak magukban, amelyek a különböző csoportok szempontjából látszólag semlegesek, de valójában nagyobb terhet rónak az egyik csoportra, mint a másokra, és nem indokolhatóak üzleti szükség alapján. Az aránytalan hatás elve nem követeli meg a diszkriminatív szándék bizonyítását.”⁶³

Az amerikai joggyakorlatban az aránytalan hatást a *Griggs v. Duke Power Co.*-eset⁶⁴ határozza meg. Egy hosszú diszkriminációs múltra visszatekintő munkáltatóról szól, aki alkalmazottjaitól, illetve az általa meghirdetett állásokra jelentkezőktől érettségit vagy egy standardizált intelligenciateszt sikeres letételét követelte meg, mint az alkalmazás vagy áthelyezés feltételét. Sem az érettségi, sem pedig az intelligencia teszt letétele nem állt szignifikánsan összefüggésben a jó munkahelyi teljesítménnyel. Ugyanakkor a két

feltétel működése során, a feketéket lényegesen nagyobb arányban szűrte ki, mint a fehéreket. A *Civil Rights Act* érvénybe lépése előtt a munkáltató csak fehéreket alkalmazott, ami egy, a fehérek javát szolgáló, hosszan tartó diszkriminatív gyakorlat eredménye volt. A Legfelsőbb Bíróság úgy érvelt, hogy a Kongresszus célja az 1964-es *Civil Rights Act* az volt, hogy egyenlő esélyeket teremtsen a munkavállalás terén. „A törvény szerint a szövegükben, mitöbb szándékukban látszólag semleges gyakorlatok, eljárások vagy tesztek nem alkalmazhatók, amennyiben azok konzerválják a korábbi diszkriminatív munkáltatói szokások létrehozta helyzetet.”⁶⁵ Továbbá azzal érvelt, hogy az a bizonyított tény, hogy a fehérek mindkét, a munkáltató által állított követelményt nagyobb arányban teljesítik, arra vezethető vissza, hogy hosszú idők óta ők minőségibb oktatásban részesültek, mint a feketék a szegregált iskolákban. Azonban, folytatta a bíróság, „a Kongresszusnak sem állt szándékában a VII. fejezetben mindenkinek képezéstől függetlenül munkahelyet biztosítani. Összefoglalva, a törvény nem írja elő, hogy bárkit is alkalmazni kellene, amiért az korábban diszkrimináció áldozata volt, vagy mert egy kisebbségi csoport tagja. A Kongresszus csakis a bármilyen csoporttal, legyen az kisebbségi vagy többségi, szembeni diszkriminatív preferenciákat tiltja. A Kongresszus megköveteli a munkavállalást mesterséges, önkényes és szükségtelen módon akadályozó korlátok felszámolását olyan esetekben, amikor e korlátok faji vagy más tiltott klasszifikáció alapján rosszindulatúan diszkriminálnak. ... A törvény nemcsak a nyílt diszkriminációt tiltja, hanem a formálisan igazságosnak tűnő, de diszkriminatívan működő gyakorlatokat is. Az ismérv az üzleti szükség.”⁶⁶ Ebben az esetben egyik követelmény sem hozható összefüggésbe a munkateljesítménnyel, s ezáltal az üzleti szükséggel. „A jóindulat vagy a diszkriminatív szándék hiánya nem tesz jót olyan alkalmazási gyakorlatokat vagy vizsgamódszereket, amelyek a rendszerbe beépített ellenszélként hatnak a kisebbségi csoportokra és nincsenek összefüggésben az alkalmasság mérésével.”⁶⁷ Ekképp a bíróság diszkriminatívnak ítélte a követelményeket.

Az aránytalan hatás esetek alapszerkezete világosan megjelenik a *Griggs*-esetben felhozott érvekben és magyarázatokban. Ezekben az esetekben a cselekedetek hatását kell vizsgálni és nem a mögöttük álló szándékot. A diszkriminációt a cselekedetnek a hátrányos helyzetű, kisebbségi csoportra kifejtett hatása határozza meg. Az azonosító többé már nem egy faji alapú klasszifikáció. Az aránytalan hatás ilyenkor egy semleges klasszifikációból adódik, amely valamilyen okból másképpen hat a faji kisebbség tagjaira, mint a többségére. A diszkrimináció ezen fajtája mö-

gött az az elv húzódik meg, hogy az egyenlő bánásmód olykor nem elegendő, mert a csoportok között jelentős különbségek vannak, amelyeket figyelembe kell venni. Az egyik lehetséges megoldás a csoportokkal szembeni megkülönböztetett bánásmód; szerényebb s így elfogadhatóbb megközelítést kínál azonban az aránytalan teher elve [*disparate impact theory*]. Ez kimondja, hogy a döntéshozóknak figyelniük kell arra, nehogy olyan határozatokat, szabályokat, gyakorlatokat vagy eljárásokat alkalmazzanak, amelyek szükségtelenül a hátrányos helyzetű csoportokat megkülönböztető tulajdonságokra épülnek, és ezeket hátrányos helyzetbe hozzák.

A gyakorlatban az aránytalan teher elve, ahogyan azt a munkahelyi diszkrimináció területén megfogalmazták, megköveteli, hogy a panaszos valószínűleg látszó esetet mutasson be: be kell bizonyítania, hogy egy bizonyos gyakorlat oly módon válogatja ki az alkalmazásra vagy előlépésre várakozókat, hogy a faji megoszlás jelentősen eltér a jelentkezők csoportjában fennállótól. A második lépésben a munkáltatónak igazolnia kell, hogy bár aránytalan hatása van, a teszt összefüggésben van az ellátandó munkával, és üzleti szükség indokolja. Amennyiben a vádlott ennek eleget tesz, a panaszos a harmadik lépésben kimutathatja, hogy más, e nem kívánatos faji hatásoktól mentes gyakorlatok ugyanúgy szolgálnák a munkáltató jogos érdekét. Ez volna az ürügy bizonyítéka, megmutatná, hogy létezik egy kevésbé korlátozó, kevésbé aránytalan hatású alternatíva, s így a nagyobb hatású gyakorlat alkalmazása diszkriminatív.⁶⁸

Egy minden korlátok nélküli, tiszta aránytalan hatás [*pure disparate impact*] megközelítés egy, a csoportok közti arányossági követelményhez vezetne a társadalom minden területén: ha minden aránytalan hatás azt hordozná magában, hogy a mögötte lévő cselekedet diszkriminatív, az aránytalan hatás diszkriminációs elve a faji egyensúly megteremtéséhez vezetne. Ennek fényében a Legfelsőbb Bíróság a *Washington v. Davis*-esetben⁶⁹ alkotmányos kontextusban elvetette az aránytalan hatás megközelítést, és azt a következőképpen indokolta: egy ilyen hozzáállás érvénytelenítene „egy sor adóügyi, szociális, közigazgatási szabályozó és engedélyező törvényt, ami esetleg nagyobb terheket róna a szegényekre és az átlag feketékre, mint a jóval tehetősebb fehérekre.” Megjegyzem, az irodalom az elrettenő példák soraként hivatkozik erre az idézetre. A bíróság döntését elemelve Eisenberg⁷⁰ megállapítja, hogy a *Washington*-esetben a Legfelsőbb Bíróság tulajdonképpen a tiszta aránytalan hatás elvét vetette el, és ellene érvelt. Valójában azonban, mondja Eisenberg, a bíróság érvelése több volt, mint a tulajdonképpen elfogadható elutasítása a tiszta aránytalan hatás elvének. A bíróság

annál tovább ment és felállította a diszkriminatív szándék követelményét, így elégtelenné téve az alkotmányos tesztet: a hatás és szándék tesztjét. A tiszta hatás megközelítés – amikor minden eredménybeli aránytalanság diszkriminációt jelez – elutasítása nem vezetett szükségszerűen a szándék követelményéhez. A Legfelsőbb Bíróság álláspontja így korlátozta a bíróságok lehetőségeit a gyanús klasszifikációk leleplezése terén. A tiszta aránytalan hatás modellje elfogadhatatlan egyrészt a Legfelsőbb Bíróságnak a *Davis*-esetben felhozott gyakorlati indokai miatt, másrészt azért, mert a szubsztantív egyenlőséget olyan értékek fölé látszik helyezni, mint az igazságság vagy az egyéni érdem fontossága, és előnyben részesíti a csoportokat mint jogalanyokat az egyénnel szemben.

A tiszta aránytalan hatás megközelítés működés-képtelenségnek tűnik, de megfelelő korlátok mellett könnyen megindokolhatóvá válik. Számos indoklás lehetséges arra vonatkozóan, hogy a diszkriminációt ne csupán szándékos diszkriminatív cselekedetként értelmezzük. A következőkben az aránytalan hatás elvének néhány lehetséges indoklását fogjuk megvizsgálni.

Egy nem túl ambiciózus indoklás az aránytalan hatás elve bizonyos formáinak elfogadására az a nézet, amely kimondja: a diszkriminatív szándék kimutatása igen nehéz, a cselekedetek mögött olykor nincs tudatos diszkriminatív szándék, azok mégis diszkriminatívak. Ugyanakkor számos, látszólag semleges klasszifikáció és más gyakorlat rossz szándékot vagy legalábbis valamiféle faji alapú megbélyegzést rejt magában. Az ilyen esetekben, mondják e nézet támogatói, a döntések, gyakorlatok és jogszabályok aránytalan hatását a diszkrimináció jeleként kell felfognunk.

Paul Brest szerint az aránytalan hatás elve „továbbra is hasznosan segíthet a bíróságoknak és a törvényalkotóknak az antidiszkriminációs elv alkalmazásában”.⁷¹ Az általa definiált antidiszkriminációs elv fényében az aránytalan hatás elvének olyan indoklásai fogadhatóak el, amelyek múlt-, a jelen- és a jövőbeli diszkriminációra adott orvoslattal kapcsolatosak. Ezek közül az első a jelenben történő diszkrimináció orvoslásában keresi a magyarázatot az aránytalan hatás elvére. Ez jó példa az előbb leírt indoklás típusra. Brest ezt gyanítható fajfüggőségűnek nevezi. A gyanítható fajfüggőség esetén azért használjuk az aránytalan hatás elvét, hogy elkerülhessük a diszkriminatív szándékkal való foglalkozás nehézségeit. Ez biztosítékként szolgál olyan esetekre, amikor a szándéokra vonatkozó bizonyíték híján elfogadhatatlan fajfüggő döntések nem minősülnek diszkriminációnak. Azonban a *Washington v. Davis*-esetbeli elretten-

tő példasor elkerülése végett Brest a módszer óvatos alkalmazását javasolja, azt, hogy az aránytalan hatásból kiindulva „a diszkriminatív szándékról inkább cáfolható, mintsem bizonyító erejű feltételezések alakuljanak ki.”⁷²

Lawrence⁷³ szintén vitatja a Legfelsőbb Bíróság szándék követelményét. Új megközelítést javasol, miszerint a rasszizmus egyszerre bűncselekmény és kór, amely megfertőzi a társadalom majd minden tagját. Szerinte a szándék hagyományos megfogalmazásába nem fér bele az, hogy számos fajfüggő döntés sem nem szándékos, sem nem önkéntelen. Így „megkövetelni a tudatos vagy szándékos motiváció bizonyítékát annak az alkotmányos elismerése érdekében, hogy egy döntés fajfüggő, sok mindent figyelmen kívül hagy abból, amit az emberi agy működéséről tudunk. Továbbá figyelmen kívül hagyja a rasszizmus irracionális természetét, és azt a mélyreható befolyást, amelyet a fajok közti kapcsolatok amerikai története az egyéni és kollektív tudatalattira gyakorolt.”⁷⁴ Mivel úgy látja, hogy az egyenlő védelem elve megköveteli minden olyan fajfüggő cselekedet felszámolását, amely mögött nem áll alapos indok, Lawrence amellet érvel, hogy a tudatalatti rasszizmusból fakadó cselekedetekkel is foglalkozni kell, és azokat is meg kell vizsgálni. Az ő javaslata erre a vizsgálatra a kulturális jelentés tesztje, amely a cselekedetekhez kapcsolódó kulturális jelentést mint a mögöttük álló tudatalatti rasszizmus bizonyítékát vizsgálja. „A teszt az állami szereplők viselkedését vizsgálja, abból a szempontból, hogy az nem hordoz-e olyan szimbolikus üzenetet, amelynek a kultúra faji relevanciát tulajdonít. Az, hogy a kultúra egy feltételezhetően diszkriminatív állami cselekedetről faji terminusokban gondolkodik, az állami szereplők elképzeléseire és indokaira vonatkozó információt is jelenti. E szereplők maguk is tagjai a kultúrának, és cselekedeteik nem maradhattak függetlenek a faji alapú megfontolásoktól, még ha nincsenek is tudatában rasszista meggyőződésüknek.”⁷⁵ Tehát összességében Lawrence nem veti el a diszkriminatív szándék követelményét, hanem tágabb értelmet ad az emberi motivációnak, amely bizonyításához okvetlenül szükséges lesz az aránytalan hatás elvére.

Az aránytalan hatás elve jogosultságának egy sokkal messzemenőbb és gyakrabban használt magyarázata lényegében arról szól, hogy múltbeli diszkrimináció hatásai fajsemleges gyakorlatok révén a jelenben is fenntarthatók. Ezek a gyakorlatok elfogadhatatlanok és diszkriminatívak.

Brest ezt a magyarázatot is elfogadja, az általa kidolgozott antidiszkriminációs elvvel kompatibilisként. Szerinte „a diszkrimináció által okozott sérelmek hátrányos helyzetbe hozhatják az áldozatokat

különbéle jövőbeni törekvéseik során, és a diszkrimináció fenntarthatja önmagát a társadalmi környezet megváltoztatásával, amely az áldozatok újabb nemzedékeket fogja károsítani. A diszkrimináció okozta sérelmek közvetítői sok esetben a fajtól független gyakorlatok, amelyeket diszkriminálni nem szándékozó intézmények alkalmaznak. Múltbeli és távoli diszkrimináció gyakorta nyilvánul meg faji szempontból aránytalan hatásban, ezért indokolt, hogy az antidiszkriminációs elv ezek enyhítését és megszüntetését is célozza.”⁷⁶ Brest két módot ismertet, amelyek révén a múltbeli diszkrimináció hatása fenntartható: az egyik a múltbeli diszkrimináció és jelenbeli hatása közötti okozati kapcsolat, a másik a múltbeli szegregáció folytatódó stigmája. Az okozati kapcsolatot a *Green*-esettel⁷⁷ illusztrálja, amelyben évtizedekig tartó iskolai szegregációt követően az iskolai tanács egy választási szabadságon alapuló, deszegregációs programot vezetett be, amely szabad iskolaválasztást tett lehetővé minden gyerek számára. Három év elteltével az eredmények nem voltak kielégítőek: a fekete gyerekeknek csak mintegy 15%-a ment a korábbi fehér iskolákba, és egyetlen fehér gyerek sem iratkozott át a fekete iskolába. Brest egyértelmű okozati összefüggést lát a múltbeli szegregáció és a semleges szabad választási program hatásai között. Brest megköveteli a múltbeli diszkrimináció és jelenbeli hatásai közti viszonylag szoros kapcsolatot, mert attól tart, hogy a kárpótlást és orvoslást célzó program meghaladja kitűzött célját és megkülönböztethetetlen lesz egy, Brest számára elfogadhatatlan, újraelosztást célzó programtól. „Úgy vélem, hogy egy egyén morális kárpótlási igénye veszít erejéből, amint az okozott sérelmek természetének, nagyságának és következményeinek azonosítása nehezebbé válik, illetve a sérelmek a múlt homályába vesznek.”⁷⁸ A múltbeli szegregáció folytatódó, káros stigmájának példáját Brest ismét az iskolai szegregáció területéről veszi: a fajsemleges, szabad választási program szintén fenntartja a múltbeli iskolai szegregáció megbélyegző sérelmét.

Tovább folytatva Brestnek az okozati kapcsolatra vonatkozó fejtegetését, Perry⁷⁹ úgy érvel, hogy az aránytalan faji hatás [*disparate racial impact*] diszkriminációs elmélete a múltbeli diszkrimináció fennmaradásnak megakadályozását szolgálja. Az alkotmány 1. kiegészítésébe foglalt pozitív állami kötelezettségek mintájára alapozva Perry szerint a negatív kötelezettségek mellett, mint például a faji kritérium alapos indok nélküli használatától való tartózkodás, lennie kell egy pozitív állami kötelezettségnek is, hogy „jogos érdekeinek olyan kiválasztott törvények által szerzesen érvényt, amelyek eléggé finomra vannak hangolva ahhoz, hogy elkerüljék a faji kisebbségek érdeke-

inek szükségtelen sérelmét.”⁸⁰ Általában szerinte az olyan törvényekre, amelyek nem alkalmaznak faji klasszifikációt, az ésszerűségi teszt alkalmazandó; minden törvény hátrányban részesít valamilyen kisebbséget, és ez elkerülhetetlen. Eredetileg az aránytalan faji hatás elvét kimerítő esetek az ésszerűségi teszt hatálya alá kellene essenek, hiszen a bennük lévő klasszifikáció nem gyanús. De kivételt képeznek, mivel ezek olyan esetek, amikor a hátrányt nemcsak a törvény okozza, hanem emellett „egy olyan korábbi állami intézkedés” is szerepet játszik, „amely alkotmányos (és etikai) szempontból sértő volt.” Ilyenkor a vizsgálati módszernek szigorúbbnak kell lennie az ésszerűségi tesztnél. Az ok, amelyből kifolyólag ezek a törvények hátrányosan kezelik a feketéket, az „a feketék társadalomban elfoglalt helye.” A társadalmat és az államot súlyos erkölcsi felelősség terheli emiatt, és mivel itt az „állam a társadalom képviselője, az állam mulasztását a magánszemélyek által elkövetett diszkrimináció szabályozása terén a társadalomnak a rosszindulatú diszkrimináció ápolására való összeesküvésnek tekinthetjük.” Továbbmenve, Perry szerint az államtól nem megkövetelni, hogy figyelembe véve a csoport különösen hátrányos társadalmi helyzetét, a törvények megválasztása és érzékeny szövegezése által kerülje a helyzet szükségtelen és megdöntetlen súlyosbítását, egyet jelentene az amerikai társadalom ezen társadalmi pozíció iránti felelősségének figyelmen kívül hagyásával.⁸¹ A teszt, amelyet az aránytalan faji hatás azonosítására javasol, szigorúbb, mint az ésszerűségi teszt, de a szigorú vizsgálat tesztjénél megengedőbb. Ahhoz, hogy egy törvény megbukjon az aránytalan faji hatás Perry által javasolt tesztjén, három tényező megléte szükséges: a panaszos olyan csoport tagja kell legyen, amely az idők során folyamatos diszkriminációt szenvedett el, amely még most sem szűnt meg; lennie kell egy, a csoportra aránytalanul ható állami intézkedésnek; végül, okozati kapcsolatnak kell fennállnia az elszenvedett múltbéli diszkrimináció és a hatás aránytalan jellege között. Perry szerint az aránytalan faji hatás célja az, hogy a kormányzat ne súlyosbítsa jobban a múltbéli diszkrimináció hatásait, mint amennyire az „ésszerűen szükséges az állami célok eléréséhez,” de nem feladata a korábbi diszkriminációk hatásainak kezelése. Ez az alapvető különbség a megerősítő intézkedés és az aránytalan faji hatás elmélete között. Végül, hogy a White bíró által a *Washington v. Davis*-esetben felsorolt elrettentő példák kritikájára is válaszoljon, az aránytalan faji hatás elvét Perry leszűkíti az állami alkalmazottakra, a föld-

SENKI NEM SZENVEDHET
OLYAN VISZONYLAGOS
HÁTRÁNYT AZ ÁLLAM
CSELEKEDETEI NYOMÁN,
AMELY ÉSSZERŰEN ÖSSZE-
FÜGGÉSBE HOZHATÓ A
FAJJAL FÜGGETLENÜL
A HIVATALOS CÉLTÓL
VAGY SZÁNDÉKTÓL.

használat tervezésére és az állami iskolák adminisztrációjára, egyértelműen kirekesztve olyan területeket, mint az esküdtek kiválasztása és a választási körzetek kialakítása.

A magyarázatok ezen kategóriájában kell megemlítenünk Eisenberg⁸² okozati elvét [*causation principle*] is, noha annak egyik kiindulópontja az, hogy a múltbéli diszkrimináció fennmaradásának érve túlságosan átfogó, majdnem annyira, mint a tiszta hatás modellje [*pure impact model*]. Szerinte „mivel minden jelenlegi aránytalan hatás végül is visszavezethető egy korábbi, hivatalos diszkriminációhoz,”⁸³ ez a megközelítés nem különbözik lényegesen a Legfelsőbb Bíróság által jogosan elutasított, tiszta hatás elvétől. Az Eisenberg kínálta alternatíva, az okozati elv, igyekszik elkerülni a tiszta faji hatás elvének hátulütőit, azáltal, hogy az aránytalan hatásnál többet követel: annak kimutatását, hogy az aránytalan hatás ésszerűen összefüggésbe hozható valamely faji kritériummal. Az aránytalan hatás és a gyanús tulajdonság okozati viszonyban kell álljon egymással. Ez két lépésben történik. Először be kell bizonyítani, hogy a faj a tulajdonképpeni oka az aránytalan hatásnak, vagyis „az aránytalan hatás nem jelentkezett volna, vagy kevésbé lett volna erős egy bizonyos fajfüggő döntés hiányában – egy olyan döntés hiányában, amely a fajt döntési kritériumként használta.”⁸⁴ A fajnak nem szükséges a döntés legfontosabb vagy egyetlen tényezőjének lennie, csak egynek a kritériumok közül. A második lépésben a panaszosnak be kell bizonyítania, hogy a faji hovatartozás az aránytalan hatás közvetlen kiváltó oka volt, vagyis a sérelem

megfelelően közvetlen, vagyis nincsenek lényeges közbeeső okok a tulajdonképpeni ok és a sérelem között. Ez a lépés az eljárást még igazságos keretek között igyekszik tartani, hiszen, mondja Eisenberg, „ahogy az aránytalan hatást kiváltó, korábbi diszkriminatív cselekedetek egyre távolabb kerülnek, a költségek kirovásának igazságossága egyre csökken.”⁸⁵ Az aránytalan hatás mögött

húzódó egyenlőségi elvet Eisenberg a következőképpen fogalmazza meg: „senki nem szenvedhet olyan viszonylagos hátrányt az állam cselekedetei nyomán, amely ésszerűen összefüggésbe hozható a fajjal függetlenül a hivatalos céltól vagy szándéktól.”⁸⁶ Végül egy, a végzetesen szigorú vizsgálatnál („elméletben szigorú, és a valóságban végzetes”⁸⁷) enyhébb megközelítést javasol. Mivel az okozati elv alkalmazásakor a klasszifikációknak egy sokkal nagyobb csoportja esne szigorú vizsgálat tesztje alá, az automatikus érvénytelenítés gyakorlatát, érvel Eisenberg, célsze-

rű lenne újra megvizsgálni. Néhány esetben továbbra is alkalmazható maradna, amikor szándékos állami diszkriminációval vagy önkényes klasszifikációval állunk szemben, máskor viszont nem lenne elfogadható, például amikor a legfőbb állami érdekek konfliktusba kerülnek a kisebbségi érdekekkel: munkahelyi ügyek, költségvetési korlátozások – azaz olyan érdekek kapcsán, amelyek nem biztos, hogy kiállnának a kényszerítő állami érdek tesztjét. Ehelyett mérlegelni kellene, vagyis a szigorú vizsgálat tesztjét kevésbé mechanikusan kellene alkalmazni.

Az aránytalan hatás elvének egy további magyarázatával Owen Fiss⁸⁸ szolgál. Szerinte az igazságos munkahelyi diszkriminációt szabályozó törvényeknek nem célszerű színvak álláspontot támogatniuk, mert a kérdést illetően a színvakság elve egyszerre túlságosan és nem eléggé átfogó. Nem eléggé átfogó, mert számtalan olyan döntés van, amely, noha nem nyíltan fajfüggő, mégis a faji kisebbségek hátrányos megkülönböztetéséhez vezet. Ugyanakkor túlságosan átfogó, mivel a faji kritériumnak néhány olyan értelmezése is van, amely az igazságos munkatörvények céljait támogatja. Fiss szerint nem igazságos a döntéseket faji kritériumra alapozni, mert az két okból is önkényes.⁸⁹ Először is, a legtöbb esetben faj alapján nem lehet a teljesítményre következtetni, a fajnak semmi köze az egyéni érdem elvéhez, amely az alkalmazási terület egyik legalapvetőbb elve. Másodszor, az egyének nem rendelkezhetnek saját fajuk fölött, valamely faji csoporthoz tartozásuk eleve elrendelt, azért őket felelősségre vonni semmilyen formában nem lehet. Fiss úgy találja, hogy némely, a faji csoportokra aránytalan hatással lévő döntés olyan kritériumokra épül, amelyek attribútumai megegyeznek a fajnál megismertekkel: nincsenek összefüggésben az egyéni érdem elvével és veleszületettek, azaz egyénileg nem kontrollálhatóak. Tehát ezek a kritériumok gyakorlatilag egyenértékűek [*functional equivalents*] a fajjal,⁹⁰ ezért a rajtuk alapuló klasszifikációk, hacsak nem üzleti szükség indokolja azokat, éppoly diszkriminatívok, mint a faji alapú klasszifikációk. Ekképp, míg Fiss magyarázata magában foglalja a múltbeli diszkrimináció jelenbeni hatásainak semleges kritérium általi továbbvitelét, egyúttal olyan semleges kritériumokra is kiterjed, amelyek valamely veleszületett tulajdonságon alapulnak, semmi köze az érdem elvéhez, de hátrányt jelentenek az egyik csoportra nézve – mint például a nők aránytalan kiszűréséhez vezető, magassági és testsúlybeli követelmények.⁹¹ Magyarázata így kiterjed az olyan kritériumokon alapuló, szükségtelen hátrányos megkülönböztetések tiltására is, amelyek csoportok közötti, veleszületett különbségeket képeznek, s így az azokhoz kapcsolódó egyenlő bánásmód egyenlőtlenségeket eredményeznek.

Egyesek szerint az aránytalan hatás eseteinél a hátrány oka nem lényeges.⁹² Paetzold és Willborn az aránytalan hatás modelljének egy korlátozottabb magyarázata mellett érvel. Az ő stratégiájuk az, hogy nem egy normatív megközelítésből kell kiindulni, majd annak fényében a gyakorlatot kritizálni, hanem meg kell próbálni magyarázatot találni az aránytalan hatás modelljére, ahogyan az az amerikai törvénykezési gyakorlatban működik. Ők azt találták, hogy egy kritérium aránytalan hatása általában két okra vezethető vissza: az egyik az alkalmazási gyakorlat maga, amelyért a munkáltató felelősséggel tartozik, a másik egy társadalmi ok (úgy mint a feketék alacsonyabb iskolázottsága, rosszabb szociális helyzete stb.), amelyért azonban a munkáltató nem vonható felelősségre. A bíróságok alkalmazta aránytalan hatás modell egyfajta szemellenzős okozati megközelítést [*blinded causation approach*] használ, azaz, mint okot, csak az alkalmazási kritériumot veszi figyelembe, az általánosabb társadalmi kontextust nem. Ez egyúttal magyarázza az aránytalan hatás modellje alapján kiszabható, korlátozottabb orvoslásokat is. A magyarázat, amit e modellre találnak, ahogyan az már a *Griggs*-esetben is megfogalmazódott: a modell „a munkavállalást mesterséges, önkényes és szükségtelen módon akadályozó korlátok felszámolására” irányul. Nézetük szerint az aránytalan hatás modellje az olyan akadályok megszüntetését célozza, amelyek a termelékenységet nem fokozzák és a feketék aránytalan kizáráshoz vezetnek.⁹³

Végül pedig meg kell említenünk Oppenheimer⁹⁴ magyarázatát az aránytalan hatás elvének elfogadására. Zimmer szerint „az aránytalan hatásért való felelősség új kötelezettséget ró a munkáltatókra: azonosítaniuk kell és meg kell szüntetniük azokat az alkalmazási gyakorlatokat, amelyek szükségtelenül, a rendszerbe épített szélmalomként működnek a fehér férfiakkal való gazdasági paritást még el nem ért, védett csoportok számára.”⁹⁵ Véleményét Oppenheimer erre a törvényi kötelezettségre, valamint Lawrence azon érvelésére alapozza, miszerint a diszkrimináció legnagyobb része tudatalatti rasszizmusból fakad. Azzal érvel, hogy „a diszkrimináció inkább a gondatlan, mintsem a szándékos viselkedésre vezethető vissza.”⁹⁶ „Valahányszor egy munkáltató elmulaszt megakadályozni egy diszkriminációt, amelyről tudomása van vagy tudnia kellene, amelynek megtörténésére számít vagy számíthatnia kellene, úgy őt gondatlansággal kellene vádolni. A felelősséget akkor is fel kell ismerni, amikor egy munkáltató megszegi a törvény szabta gondatlansági mércét azáltal, hogy diszkriminatív hatású alkalmazási döntéseket hoz anélkül, hogy előzetesen megvizsgálná módszereit, kevésbé diszkriminatív alternatívákat keresne és

megvizsgálja saját indítékait sztereotip gondolkodás jelei után kutatva.”⁹⁷ Mivel a tudatalatti rasszizmus és a nem szándékos diszkrimináció áldozatai végső soron ugyanolyan sérelmeket szenvednek el, mint a szándékos diszkrimináció áldozatai, a jogorvoslat őket is megilleti. Oppenheimer szerint az orvoslat terén különbséget kell tenni a szándékos és a gondatlanságból elkövetett diszkrimináció között: a szándékos diszkriminációt nemcsak kárpótlással kell orvosolni, de elkövetőjét büntetőjogi szankcióval is sújtani kell. Ugyanakkor a felelősség megállapítása és a kárpótlás megítélése a gondatlanságból elkövetett diszkrimináció esetében is elengedhetetlen. Azonban ebben az esetben nem a munkáltató büntetésén van a hangsúly, hanem a sértettek kárpótlásán („orvoslat nyújtani a sértetteknek, mintsem vétkest találni”⁹⁸). Véleménye szerint a gondatlanságból elkövetett diszkrimináció esetei így könnyebben bizonyíthatókká válnak, nagyobb gondosságra, törődésre sarkallnak és kevésbé megbélyegzőek a munkáltató számára. A büntetőjogi szankciót pedig meg kell hagyni a szándékos diszkriminációs eseteknek.

Az aránytalan hatás elvének fent elemzett magyarázatai két problémakört érintenek. Az egyik felvetett kérdés az, hogy miért kell azokat a döntéseket, jogszabályokat, politikákat, amelyeknek a kisebbségi csoportokra való viszonylag nagyobb hatásukat leszámítva semmi közük a fajhoz, faji szempontból diszkriminatívnak tekintenünk, amikor a diszkrimináció a faji hovatartozás figyelembevételéről, a fajfüggő döntések meghozataláról szól. A másik problémakör pedig a felelősségre, a döntéshozók felelősségére vonatkozik. A kérdés itt az, hogy ha elfogadjuk is, hogy a fajsemleges döntések diszkriminatívak, azaz más, fajfüggő döntések okozta sérelmekhez hasonlókat hordoznak magukban, hogyan tehetjük a döntéshozókat felelőssé olyan döntésekért, amelyekkel nem szándékoztak ártani, különösképpen egy faji kisebbségnek nem, vagy amelyeknek a káros hatásai nem is maguktól a döntésektől függenek, hanem a szélesebb társadalmi kontextustól.

Mi lenne a megfelelő válasz e két kérdéskörben? Először is, miért kellene a kisebbségi csoportokra aránytalan hatást kifejtő fajsemleges gyakorlatokat diszkriminatív cselekedetként fölfogni? Brest érve a fajsemleges döntések aránytalan hatásának vizsgálatára nagyon fontos és teljes mértékben elfogadható: szerinte az aránytalan hatás felhasználása biztosítéka lehet a diszkriminatív szándék kimutatásának – annak, hogy a fajsemleges kritériumot szándékosan ürügyként használták a faj helyett. A diszkriminatív szándék bizonyításának nehézségei különösen az olyan esetekben nyilvánvalóak, amelyekben nincs nyílt faji klasszifikáció. Bizonyos kritériumok (szegre-

gált környékbeli lakóhely, szegénység, oktatás) szoros összefüggése a fajjal nem feltétlenül olyan tény, amelyre hosszas vizsgálódás után lehet csak rájönni, hanem gyakran része a köztudatnak, így hozzáférhető a potenciális diszkriminátorok számára is, az olyanok számára, akik elég agyafúrtak ahhoz, hogy döntéseikbe vagy politikájukba ne építsenek be nyílt faji klasszifikációt. Az ilyen esetekben az aránytalan hatás, a fajfüggő döntések legszorosabb értelmébe vett faji diszkriminációra utal.

A magyarázatoknak egy másik, általunk elfogadhatónak talált csoportja az, amikor diszkriminatívnak tekintjük a múltbeli diszkrimináció jelenbeli hatását fenntartó semleges gyakorlatokat. Ennek a magyarázat típusnak azonban többféle jelentése lehet: az egyik véglelet az az álláspont képviseli, amely szerint a múltbeli diszkrimináció és a jelenbeli következmények (vagyis a semleges gyakorlat okozta aránytalan teher) között szoros okozati összefüggésnek kell lenni. Itt csakis konkrét, esetleg *de jure*, diszkriminatív cselekedettel, és nem csupán általános társadalmi diszkriminációval kell összefüggésbe hozni az aránytalan terhet. A másik véglelet egy olyan értelmezés képviseli, amely szerint a múltbeli diszkriminációnak nem kell szoros okozati összefüggésben lennie az aránytalan hatással, és a múltbeli diszkrimináció konkrét esetére sincs szükség. Mindössze azt kell kimutatni, hogy a múltban létezett valamiféle általános társadalmi diszkrimináció, amely a társadalmi élet különböző szintjein mutatkozott meg; ez pedig bizonyítható bármivel a szociológiai kutatási adatoktól a valamely múltbeli diszkriminatív döntés közvetlen bizonyítékáig.

E problémakörre adott válaszómban a tágabb értelmezés mellett szeretnék érvelni. A szoros okozati összefüggés és a *de jure* diszkrimináció konkrét bizonyítékának megkövetelése teljesen alkalmatlan a legtöbb olyan ország esetében, ahol a múltbeli diszkrimináció nem rabszolgaság, illetve Jim Crow-izmus formájában jelentkezett, ahol a szegregáció nem annyira az állami végrehajtás, mint inkább a társadalmi diszkrimináció és az államnak e diszkrimináció betiltásával kapcsolatos mulasztásának az eredménye. De egy ilyen szigorú okozati követelmény akkor is szűkségtelen, ha az alperesnek rendelkezésére áll egy komoly üzleti szükség típusú cáfolat. Egy ilyen cáfolati lehetőség meglelte egyébként is kiszűri azokat a semleges gyakorlatokat, amelyek aránytalan terhet rónak a kisebbségi csoportra, a kisebbségi csoport valamely, múltbeli diszkriminációból származó jellegzetessége eredményezi őket, de mégis szükségesek az üzlet, a hivatal, az iskola vagy bármely más intézmény működéséhez.

Ekképp arra a kérdésre adott válaszómban, hogy miért terjesszük ki a hátrányos megkülönböztetés tilalmának elvét az egyéni és rendszerszerű megkülön-

böztetett bánásmód diszkriminációs elve mellett a rendszerszerű aránytalan hatás elvére is, két tényezőtől tevődik össze. Először, az aránytalan hatás biztosítékként szolgál, mivel a faji kisebbséggel szembeni diszkriminatív szándék kimutatása sok esetben igen nehéz. Olykor azért, mert szükség van a diszkriminátor gondolatvilágának ismeretére, máskor pedig azért, mert, noha a következmények szándékosak, nincs rosszindulat mögöttük, inkább a tudatalatti rasszizmus motiválja őket. Ezért, ha a szándék a diszkrimináció szükséges feltétele lenne, számtalan fajfügő döntésre nem terjedne ki a diszkrimináció meghatározása. A másik érv arra, hogy az aránytalan hatást a faji diszkrimináció jelének tekintjük, az, hogy múltbeli diszkrimináció hozta a faji kisebbségeket olyan helyzetbe, amelyben a csoportok rendszerint hátrányban vannak az alkalmazás, oktatás, lakhatás, szegénység, azaz a társadalmi lét majd minden területén. E hátrányok miatt, illetve amiatt, hogy a faji kisebbségi csoportok tagjai általában gyengébben teljesítenek a fontos kritériumok szerinti megmérettetésben, mint a többségi csoportok tagjai, az egyenlően kezelés sok esetben nem jelenti az egyenlőként kezelést.⁹⁹ A fenti hátrányok miatt némely fajsemleges kritériumnak a döntéshozatalban való alkalmazása aránytalanul nagy terhet ró a kisebbségi csoport tagjaira, és így a faji kritériummal majdnem egyenértékű akadályként fog működni. A múltbeli diszkrimináció jelenbeli hatásainak ilyenén fennmaradása elfogadhatatlan, és mindaddig, amíg nincs jól megfontolt indoklás (azon terület lényegét érintően, amelyben a döntéshozatal történik) az adott semleges kritérium használatára, fajfügőnek kell tekinteni, és mint olyant, a faji diszkrimináció egyik formájaként be kell tiltatni.

Arra a kérdésre, hogy miért kell a döntéshozókat olyan semleges gyakorlatok miatt felelősségre vonni, amelyekkel nem szándékoztak ártani, vagy az olyan aránytalan hatásért, amelyért nem ők személy szerint, hanem a társadalom általában a felelős, a következőképpen válaszolnék: a megfelelő magyarázatot véleményem szerint a fentebb leírt gondatlanságra és az állam pozitív kötelezettségeire vonatkozó érvek szolgáltatják. A munkáltatóknak, ügyintézőknek, döntéshozóknak pozitív kötelezettségük kell legyen arra ügyelni, hogy az általuk hozott döntések ne tartsák életben szükségtelenül a múltbeli diszkrimináció jelenbeli hatásait, még akkor sem, ha azért a diszkriminációért személyesen nem felelősek. Gondosan meg kell vizsgálniuk gyakorlataikat, hogy azonnal fölismerhessék azokat, amelyek aránytalan hatással vannak a kisebbségi csoportokra, és amennyiben ilyenre bukannak, meg kell próbálniuk megtalálni a létező legkevésbé terhelő alternatív gyakorlatot.¹⁰⁰ Ez különösen érvényes a helyi vagy központi szintű állami sze-

replőkre és alkalmazottakra, akik annak az államnak a képviselői, amely korábbi gondatlansága révén megengedte a faji kisebbség elleni, folytatólagos magán- vagy hivatalos diszkriminációt, amely diszkrimináció a kérdéses hátrányhoz vezetett. Ennek a kötelezettségnek a nem betartása a gondatlanság egyik formája. A gondatlanság elkerülése azonban nemcsak az állami alkalmazottak kötelezettsége, hanem ugyanakkor valamennyiünk állampolgári kötelezettsége is.

A DISZKRIMINÁCIÓ OKOZTA SÉRELMEK

Többféle normatív megközelítése van annak, hogy mi az a sérelem, amelyet az antidiszkriminációs elv orvosolni kíván, hogy miért kell tiltani azokat a cselekedeteket, amelyek a tanulmány korábbi fejezeteiben tárgyalt három diszkriminációs megközelítés alá esnek.

A procedurális álláspontot képviselő elméletek szerint a diszkrimináció a demokratikus eljárásban jelentkező hibákat jelenti, azt, hogy ebbe az eljárásba valamilyen torzító tényező került. Ez a torzító tényező lehet faji preferencia, rossz szándék vagy egyszerűen fajtudatosság.¹⁰¹ Amennyiben a torzító tényező explicit rosszindulatú faji alapú preferenciában nyilvánul meg, a fentiek alapján elmondható, hogy gyanús faji klasszifikációval állunk szemben, amely ellenkezik az egyenlő törődés és egyenlő tisztelet elvével, s mint ilyen a szigorú vizsgálat tesztjének kell alávetni. De a torzító tényező lehet például rejtett faji preferencia. Ez esetben a faji alapú klasszifikáció nem jelenik meg explicit módon. Végezetül, a procedurális elméletek kapcsán meg kell említenünk egy harmadik fajta diszkriminációt is. A döntéshozatalban jelentkező torzító elem származhat tudatalatti faji vagy etnikai alapú ellenérzésből, vagy rasszizmusból, tehát megtörténhet, hogy a döntéshozatal során megszegik a demokratikus szabályokat, ellentmondva ezáltal az egyenlő törődés és tisztelet elvének, dacára annak, hogy ez nem áll a diszkrimináló fél szándékában. Ezek tehát olyan döntések, ahol a faj nem tudatosan, hanem tudat alatt játszik szerepet a döntéshozatalban. Jó példa ilyen, a döntéshozatalban jelentkező torzításra a Legfelsőbb Bíróság által tárgyalt *McCleskey*-eset.¹⁰² Ezen esetben azt mutatták ki statisztikai adatok segítségével, hogy amennyiben áldozata fekete lett volna, az elítéltet (McCleskey) ugyanazért a bűncselekményért nem ítélték volna halálra. Ennek bebizonyítása semmitmondó az illető bíróság szándékos faji alapon történő diszkriminatív magatartását illetően, azonban megmutatja, hogy a bírói hatalom sem mentes az elfogultságtól, a faji preferenciáktól, hogy a döntéshozatalban ott is jelentkezhet torzító tényező.

Tehát a faji alapú diszkriminációt procedurálisan megközelítő elméletek alapgondolata a következő: „A jogszabályok (és egyéb döntések) nem alapulhatnak rosszindulatú preferenciákon, tehát olyan preferenciákon, amelyek explicit módon, rejtve vagy akár tudat alatt megtagadják a politikai közösség egyes tagjaitól az egyenlő törődést és tiszteletet.”¹⁰³ John Hart Ely elmélete jó példa a diszkrimináció procedurális megközelítésére. Szerinte a demokratikus döntéshozatali folyamatokat megfertőzheti akár az adott kisebbség hátrányban részesítésének vágya, vagy a valóságot eltorzító előítélet, amely nem engedi láttatni a kérdések mögötti valódi érdekeket, s így a kisebbségek kirekesztéséhez vezet.

A diszkrimináció másik lehetséges megközelítési módja az eredményorientált megközelítés, amelynek két típusa van: az egyikbe a *stigma elméletek*, a másikba a *csoport-hátrány elméletek* tartoznak. A stigma elméletek szerint a diszkrimináció antidemokratikus mivolta abban a megbélyegzésben jelentkezik, amelyet a politikai közösség bizonyos tagjainak vagy bizonyos csoportjai tagjainak okoz. Ebben az esetben a kisebbségi csoport tagjainak stigmatizációja nem csak azért jelent gondot, mert torzítja a demokratikus eljárást, hanem azért az eredményért is, amelyet előidéz. A gonosz, amelyet a hátrányos megkülönböztetés elve fel akar számolni, ahogyan azt az eredményorientált megközelítés képviselői látják, a stigmatizációban rejlik, amelyet a hátrányos helyzetű csoport tagjai elszenvednek etnikai, nemzeti vagy faji hovatartozásuk miatt, függetlenül attól, hogy honnan származik ez a stigma, szándékos-e vagy sem, tudatos vagy tudat alatti-e. Tulajdonképpen ez a megközelítés kiterjed az összes, a procedurális megközelítéshez kapcsolódóan tárgyalt esetre, de magában foglal más eseteket is. Azokon az eseteken túl, amelyekben torzítás jelentkezik a demokratikus eljárásrendben, az eredményorientált megközelítés kiterjed olyan diszkriminatív eljárásokra, illetve döntésekre is, amelyek procedurális szempontból ártatlanok és mégis nagyobb terhet jelentenek a kisebbségi csoport tagjai számára. Az érv, amelyet ez a megközelítés használ, az, hogy a hátrányos megkülönböztetés tilalmának elvét úgy kell értelmeznünk, hogy az ilyen sérelmekre is kiterjedjen. Ezen megközelítés szerint a döntések eredménye számít elsősorban, nem a mögöttük álló szándék. A stigma elméletekre jó példa Lawrence érvelése, amellyel a tudatalatti rasszizmus motiválta döntéseket diszkriminatívnak minősíti. De Paul Brestnek az antidiszkriminációs elvre és annak korlátaira adott értelmezése is a stigma elméleten alapul.

A stigma elmélet érveit többféleképpen is meg lehet fogalmazni.¹⁰⁴ Az egyiket Brestnél találjuk meg, aki így érvel: „a belső értékkel kapcsolatos feltétele-

zéseken és a szelektív közömbösségen alapuló döntések pszichológiai sérelmet okoznak áldozataiknak azáltal, hogy alacsonyabbrendűnek stigmatizálják őket. Mitöbb, mivel a diszkriminatív cselekedetek a legkülönfélébb formákban terjednek, áldozataik sérelmei különösen frusztrálóak, kumulatívak és meggyöngítőek.”¹⁰⁵ Egy másik lehetséges érvvel Kenneth L. Karst szolgál, aki szerint „az egyenlő állampolgárság elve végső soron stigmától mentes élethez való jogot jelent.”¹⁰⁶ A stigma elmélet egy harmadik megközelítése a procedurális elmélethez kapcsolódik: „a stigma az eszköze annak, hogy procedurális hiba procedurális hibát szül,”¹⁰⁷ a stigma felerősíti a rasszizmust. Végezetül, a stigma elmélet legfőbb érve az, hogy a stigma önmagában sérelmet jelent, mert öngyűlöletet, csökkent önbecsülést okoz, befolyásolja törekvéseinket és mindezek által motivációs problémákhoz is vezethet.

A másik eredményorientált megközelítésbe a csoport-hátrány elméletek tartoznak. E megközelítés egyik jelentős képviselője Owen Fiss.¹⁰⁸ Szerinte az antidiszkriminációs elv az alkotmány egyenlő védelem elvének elfogadott közvetítője, amely azonban túlságosan korlátolt, az egyenlőségnek túl szűk, individualista értelmezését adja, és egyetlen eszköze az eszközök és célok megfelelőségének vizsgálata. Az antidiszkriminációs elv helyett Fiss a csoport-hátrány elméletet javasolja. Szerinte az egyenlő védelem elvét elsősorban a feketék védelmére találták ki, és a bíróságok is ebben az értelemben használták. Úgy gondolja, hogy a társadalomban vannak természetes társadalmi csoportok, és az egyenlő védelem elvét nem lehet a rájuk való hivatkozás nélkül értelmezni, még akkor sem, ha velük dolgozni sokkal problematikusabb, mint az egyénnel. A feketék ilyen társadalmi csoportot alkotnak. A csoport érdekeinek támogatását kétféleképpen lehet indokolni: a múltba visszatekintő módon – a csoport viszonylagos társadalmi helyzete és annak tartama indokolják a kárpótlást és egyéb újraelosztási intézkedést; vagy a jövőbe előretekintő módon – az újraelosztási stratégiát itt a kasztok elleni morális tiltakozás indokolja, továbbá a kasztok felszámolása a társadalmi béke, a közösség egészségének fenntartása érdekében. A feketéknek mint csoportnak a védelmét a csoport korlátolt politikai ereje is indokolja, vagyis az a tény, hogy elkülönült és elszigetelt kisebbséget alkotnak.¹⁰⁹ A politikai folyamatok igazságtalanságát a Legfelsőbb Bíróság és az alkotmány nem-többségi uralom elvén alapuló intézménye hivatott korrigálni. A feketék védelmére szorulnak, mert különösen hátrányos helyzetű csoportot alkotnak, és az egyenlő védelem elve az ilyen csoportok védelmét szolgálja. A bíróság feladata az ilyen csoportok meghatározása. Azonban a véde-

lemnek nem kell kiterjednie mesterséges csoportokra, így a csoport-hátrány elve nagyobb egyenlőséget nyújt kevesebb csoport számára. Fiss meghatározza a tiltott cselekedetek természetét is: oda kell figyelni „azokra a törvényekre és gyakorlatokra, amelyek különösen terhelnek egy bizonyos hátrányos helyzetű csoportot ... ami a legfontosabb, hogy az állami törvény vagy gyakorlat súlyosbítja vagy fenntartja a különösen hátrányos helyzetű csoport alárendelt helyzetét. Ez az, amit az egyenlő védelem elve tilt.”¹¹⁰

A diszkrimináció mögötti sérelmek mindhárom megközelítése, a procedurális álláspont, a stigma elmélet és a csoport-hátrány elmélet, bizonyos szempontból igaz, de, mint arra Koppelman helyesen rámutat, figyelmen kívül hagynak fontos szempontokat.¹¹¹ A procedurális álláspont helyesen világítja meg a demokratikus döntési folyamatok torzulását, de elmulasztja kifejteni, honnan ered e torulás. A stigma elmélet a torulás gyökereit keresi, de nem ad választ arra a kérdésre, hogy mely típusú stigmákat kell tiltania az antidiszkriminációs elvnek. Végül, a csoport-hátrány elméletek megmutatják a diszkrimináció eredményeinek szerkezetét, de eredetére nem adnak választ, visszautalva ezáltal a procedurális és stigma elméletekre.¹¹² A Koppelman kínálta megoldás mellett érvel, hogy az antidiszkriminációs elv faji diszkrimináció esetében többet jelent, mint amit a három megközelítés bármelyike is javasol. A diszkrimináció tilalmának elve egy társadalmi rekonstrukciós politikát [*project of social reconstruction*]¹¹³ von maga után. Az antidiszkriminációs politika a társadalomban uralkodó rasszizmus ellen irányul, az ellen a gondolat ellen, hogy a társadalom egyes csoportjainak tagjai eredendően, nemzeti, etnikai vagy faji hovatartozásuk miatt, alacsonyabb rendű és kevésbé értékes tagjai a politikai közösségnek. Ez a gondolat áll ugyanis minden diszkriminatív cselekedet vagy gyakorlat mögött, mitöbb ezek a cselekedetek és gyakorlatok a maguk során újratermelik a gondolatot, s tápot adnak továbbéléséhez. Ezért az egyes diszkriminatív cselekedetek szankcionálása csak a probléma felszíni kezelését jelenti, ugyanakkor elmulasztjuk a kérdés átfogóbb, mélyrehatóbb felvetését, az okok vizsgálatát. Az antidiszkriminációs politikának inkább irányadó, mint tiltó jellege kell legyen.

Koppelman¹¹⁴ szerint az antidiszkriminációs politikának három szinten kell hatnia. Az első szint a rasszista jelentések, vagyis a társadalom tagjai által elfogadott értékek és hiedelmek szintje. A második szint a faji szempontból mérvadó gyakorlatok szintje, tehát az olyan gyakorlatoké, amelyeket az első szinten említett hiedelmek és értékek határoznak meg, illetve amelyek a maguk során meghatározzák ezeket az értékeket és hiedelmeket. A harmadik szint a faji

szempontok alapján eltorzult elosztás, vagyis a javaknak és hatalomnak a második szint kapcsán említett faji szempontokat figyelembe vevő gyakorlatok által létrehozott elosztása.

Koppelman nézete a faji alapú diszkrimináció tág értelmezését mutatja, amely e tanulmányban tárgyalt mindhárom diszkriminációs elméletre kiterjed: az egyéni megkülönböztetett bánásmódra, a rendszerszerű megkülönböztetett bánásmódra és a rendszerszerű aránytalan hatásra. Világos, hogy míg az első inkább az egyéni gyakorlatokkal és az egyéni áldozatok panaszaival foglalkozik, addig a két utóbbi strukturális kérdésekkel is foglalkozik, mitöbb, az aránytalan hatásnak újraelosztó vonzata is van, mégha az csak implicit jellegű is. Az antidiszkriminációs politika többet kell jelentsen annál, minthogy a diszkriminációs kérdéseket a bíróságok szintjén kezelje. Átfogóbb antidiszkriminációs politikát feltételez, amelynek kialakításában és koordinálásában olyan intézményeknek és szakosodott testületeknek,¹¹⁵ mint a magyar kisebbségi ombudsman, központi szerep juthat. Ez azonban már egy másik írás témáját képezi.

(*Szilágyi Csaba fordítása*)

JEGYZETEK

1. Council Directive implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000. Official Monitor of the European Communities. 19. 07. 2000. L 180/22.
2. Civil Rights Act 1964
3. John Rawls: A Theory of Justice. Oxford University Press, London, 1971.
4. Ronald Dworkin: Bakke's Case: Are Quotas Unfair? In: A Matter of Principle. Harvard University Press, Cambridge, MA, 1985. 301. o.
5. Owen Fiss: A Theory of Fair Employment Laws 38. In: University of Chicago Law Review 23. 241–242. o.
6. 411 U.S. 677 (1973)
7. Korematsu v. United States. 323 U.S. 214 (1944)
8. Gerald Gunther & Kathleen M. Sullivan: Constitutional Law. 13th edition. The Foundation Press, Westbury, NY, 1997. 664. o.
9. United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938) 4. lábjegyzete.
10. Gunther–Sullivan: idézett mű 484. o.
11. Ezt az érvet később John Hart Ely használta Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review [Cambridge Harvard University Press, 1980.] című könyvében az antidiszkriminációs elv procedurális megközelítésének indoklására.

12. Justin Schwartz: A Not Quite Color-Blind Constitution: Racial Discrimination and Racial Preference in JUstice O'Connor's 'Newest' Equal Protection Jurisprudence. Lásd <http://jefferson.villarxism.org/color-blind.html>.
13. Regents of University of California v. Bakke 438 U.S. 265 (1978). Az eset egy olyan megerősítő intézkedés-csomagról szólt, amely egy orvosi egyetemen a felvételi során elkülönített helyeket a kisebbségi jelentkezőknek. A döntésben nem volt többségi vélemény. A bíróság véleményének utóbb Powell bíró véleményét tekintették, amely szerint a kényszerítő állami érdek, a hallgatóság összetételének sokszínűségének eléréséhez nem volt szükséges a faj szerinti kvótarendszer. Azt ugyanis más módszerekkel is el lehetett volna érni, amelyek során nem a faj lett volna az egyedüli előnyben részesítést maga után vonó kategória, mivel a válás vagy a szociális helyzet stb. is meghatározója lehet a sokszínűségnek.
14. Ronald Dworkin: idézett mű 301. o.
15. Kent Greenawalt: Judicial Scrutiny of Benign Racial Preference. In: Barry R. Gross (ed.): Reverse Discrimination. Prometheus Books, Buffalo, NY, 1977. 219. o.
16. Paul Brest: Foreword: in Defense of the Antidiscrimination Principle. In: Harvard Law Review 90. 21. o.
17. Richmond v. J.A. Croson 488 U.S. 469 (1989), Adarand Constructors v. Peña 518 U.S. 351 (1995)
18. Úgy tűnik, hogy még ezt is megkérdőjelezi egy, az ötödik körzetben (fifth circuit) folyamatban levő eset, a Hopwood v. Texas 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996)
19. Először a United Steelworkers of America v. Weber 433 U.S. 193 (1979) eset definiálta, később a Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County 480 U.S. 616 (1987) tovább finomította a definíciót. Az utóbbi döntés állami alkalmazottakra vonatkozik.
20. Powell bíró véleménye a Regents of University of California v. Bakke-ügyhöz. 438 US265 (1978)
21. Owen Fiss: idézett mű. 265–313. o.
22. Strauder v. West Virginia 100 U.S. 303 (1880)
23. Brest: idézett mű. 12. o.
24. Yick Wo v. Hopkins 118 U.S. 356 (1886)
25. Lásd hozzá Gunther–Sullivan idézett művét. 750. o.
26. Brest: idézett mű. 12–13. o.
27. Brest idézett mű. 13. o.
28. 403 U.S. 217 (1971)
29. Lawrence: The Id, the Ego, and Equal Protection: Reasoning with Unconscio U.S. Racism. In: Stanford Law Review 39. 317. o.
30. Brest: idézett mű. 14. o.
31. Brest: idézett mű. 8. o.
32. Civil Rights Act of 1964 kodifikáció: 42 USC. (2000e-2000e-15)
33. Különösen korlátozott a diszkriminatív szándék megkövetelése terén, valamint a társadalmi diszkriminációnak és faji egyensúlytalanságnak mint orvoslatra, illetve megerősítő intézkedésekre okot szolgáltató tényezőknél az elismerése terén.
34. Teamsters v. U.S. 431 U.S. 324 (1977)
35. Griggs in Zimmer, Sullivan, Richards, Calloway Cases and Materials on Employment Discrimination. In: Aspen Law and Business. 4th edition. 1997. 98. o.
36. United States v. Central Motor Lines Inc., 338 F. Supp. 532 (W.D.N.C. 1971)
37. McDonnell Douglas Corp. v. Green 411 U.S. 792 (1973)
38. Price Waterhouse v. Hopkins 490 U.S. 228 (1989)
39. A három lépésben történő bizonyítást a Bíróság a Texas Department of Community Affairs v. Burdine 450 U.S. 248 (1981) esetben fogalmazta meg.
40. Slack v. Havens 7 FEP 885 (SD Cal. 1973), affirmed as modified, 522 F.2d 1091 (9th Cir. 1975)
41. Pub. L. No. 102–166, 105 Stat. 1071
42. Price Waterhouse v. Hopkins 490 U.S. 228 (1989)
43. Lásd 35. lábjegyzet. 227. o.
44. Ugyanott. 229. o.
45. VII. fejezet, Age Discrimination in Employment Act, (1981)
46. Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart 435 U.S. 702 (1978)
47. Teamsters v. U.S. 431 U.S. 324 (1977)
48. Ebben az esetben a főügyész képviselte az államot a diszkrimináló cég elleni perben, később ugyanezt a feladatot az Equal Employment Opportunity Commission (Egyenlő Esélyek Bizottság) látta el.
49. Lásd 35. lábjegyzet. 247. o.
50. Washington v. Davis 426 U.S. 229 (1976)
51. Az eset még a VII. fejezet állami alkalmazottakra történő kiterjesztése előtről való, az állami alkalmazottak ekkor még munkaügyi diszkriminációs pert csak az alkotmány alapján indíthattak. VII. Fejezet kiterjesztéséhez lásd Equal Employment Opportunity Act of 1972 – kodifikáció: 42 USC. 2000e-16
52. Hazelwood School District v. U.S. 433 U.S. 299 (1977)
53. Lásd 35. lábjegyzet. 260. o.
54. Gomillion v. Lightfoot 364 U.S. 339 (1960)
55. Gunther–Sullivan: idézett mű. 752. o.
56. Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp. 429 U.S. 252 (1977)
57. Gunther–Sullivan: idézett mű. 760. o.
58. Personnel Administrator v. Feeney 442 U.S. 256 (1979). Ez az eset egy olyan politikát kérdőjelezett meg alkotmányossági szempontból, amely abszolút elsőbbséget biztosított háborús veteránoknak az állami alkalmazottak felvétele terén. A vád azzal érvelt, hogy ez a politika diszkriminatív a nőkre nézve, hiszen a háborús veteránok 98%-férfi.
59. United Jewish Organizations v. Carey 430 U.S. 144 (1977)
60. Laurence Lustgarten Legal Control of Racial Discrimination. MacMillan Press, London, 1980. 241. o.

61. *Washington v. Davis* 426 U.S. 229 (1976)
62. Lásd 35. lábjegyzet. 405. o.
63. *Teamsters v. U.S.* 431 U.S. 324 (1977)
64. 401 U.S. 424 (1971)
65. Lásd 35. lábjegyzet. 408. o.
66. Ugyanott. 409. o.
67. Ugyanott. 410. o.
68. *Albemarle Paper Co. v. Moody* 422 U.S. 405, 425 (1975)
69. *Washington v. Davis* 426 U.S. 229 (1976)
70. Eisenberg: Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication. In: *New York University Law Review* 36. 52. o.
71. Brest: idézett mű. 26. o.
72. Ugyanott. 29. o.
73. Lawrence: idézett mű 317. o.
74. Ugyanott. 323. o.
75. Ugyanott. 324. o.
76. Brest: idézett mű. 31. o.
77. *Green v. County School Board* 391 U.S. 430 (1968)
78. Brest: idézett mű. 42. o.
79. Perry: The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination. In: *U.Pa.L.Rev.* 125–540. o. (1977)
80. Ugyanott. 557. o.
81. Ugyanott. 558. o.
82. Eisenberg: idézett mű. 52. o.
83. Ugyanott. 54. o.
84. Ugyanott. 59. o.
85. Ugyanott. 60. o.
86. Ugyanott. 62. o.
87. *Regents of University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978) A Brennan-csoport véleménye.
88. Owen Fiss: idézett mű. 238. o.
89. Ugyanott. 241. o.
90. Ugyanott. 299. o.
91. *Dothard v. Rawlinson* 433 U.S. 321 (1977)
92. Paetzold–Willborn: Deconstructing disparate impact: A view of the Model Through New Lenses. In: *North Carolina Law Review* 74. 325. és 353–354. o.
93. Ugyanott. 374. o.
94. Oppenheimer–David Benjamin: Negligent Discrimination. In: *University Pa. Law Review* 141. 899. o.
95. Lásd 35. lábjegyzet. 417. o.
96. Oppenheimer–David Benjamin: idézett mű. 899. o.
97. Ugyanott. 970. o.
98. Ugyanott. 972. o.
99. Dworkin: Taking Rights Seriously. Duckworth, 1977. 227. o.
100. Oppenheimer–David Benjamin: idézett mű. 968. o.
101. Andrew Koppelman: *Antidiscrimination Law and Social Equality*. Yale University Press, New Haven–London. 1996. 13-57. o.
102. *McCleskey v. Kemp* 481 U.S. 279 (1987)
103. Andrew Koppelman: idézett mű. 55. o.
104. Ugyanott. 58-62. o.
105. Brest: idézett mű. 8. o.
106. Andrew Koppelman idézett művének 59. ooldalán Kenneth L. Karstot idézi. Lásd *The Supreme Court 1975 Term – Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*. In: *Harvard Law Review* 91. 1-4. o.
107. Andrew Koppelman: idézett mű. 60. o.
108. Fiss Owen: Groups and the Equal Protection Clause. In: *Philosophy and Public Affairs* 5. 107. o.
109. Ugyanott. 152. o.
110. Ugyanott. 157. o.
111. Andrew Koppelman: idézett mű. 96. o.
112. Ugyanott. 92. o.
113. Ugyanott.
114. Ugyanott. 95. o.
115. Lásd ECRI: Good Practices: Specialized Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Antisemitism and Intolerance at National Level. In: *CRI* 43. April 1999.