

A POZITÍV MEGKÜLÖNBÖZTETÉS PROBLÉMÁI

BEVEZETÉS

Alighanem természetesnek vesszük, hogy az állam tevékenysége során a legkülönbözőbb szempontok alapján tesz különbséget az állampolgárok között. Ezt azért nem érezzük igazságtalannak, mert a megkülönböztetés általában természetes különbségeken alapul. Nyilván helyes, hogy más munkavállalási szabályok vonatkozzanak a rendvédelmi szervek dolgozóira, mint az egyéni vállalkozókra, más szociális rendelkezések legyenek érvényesek a munkanélküliekre és a cégtulajdonosokra és így tovább. Az állam azonban néha olyan esetekben is eltérően kezeli a magánszemélyeket, amikor azok azonos vagy hasonló helyzetben vannak. Különösen feltűnő ez akkor, ha korlátozottan rendelkezésre álló „javak”, például költségvetési források vagy közszolgáltatások elosztásának módjáról van szó, mint amilyenek a pénzbeli szociális ellátások, a közteherviselési kedvezmények, a munkahelyek, a köz- és felsőoktatásban való részvételi lehetőségek és így tovább. Az ilyen kormányzati intézkedések közül némelyeket talán támogatunk, mások kevésbé szimpatikusak, sőt súlyos aggályokat vetnek fel, jóllehet azt a célkitűzést, amely a leggyakoribb indokul szolgál az ilyen megkülönböztetésekhez, vagyis a hátrányos helyzetű állampolgárok társadalmi esélyegyenlőségének előmozdítását elvben majdnem mindenki elfogadja.

E cél elérésére elvileg rendkívül sokféle kormányzati eszköz áll rendelkezésre. Ezeknek mégis van egy olyan jellemzőjük, amely alapján közös csoportba sorolhatók. Olyan jogalkotási és jogalkalmazási aktusok, az állami tevékenység olyan formái, amelyek a hátrányos helyzetű állampolgárok vagy csoportok esélyegyenlőtlenségeit oly módon kívánják támogatni, hogy meghatározott jogviszonyokban, speciális ellátások nyújtásában vagy a közszolgáltatásokhoz való hozzáférésben előnyben részesítik őket (azokat) más, hasonló jogi helyzetű állampolgárokkal, illetőleg csoportokkal szemben – azaz „pozitív diszkriminációt” alkalmaznak az érdekükben.

Azokban az országokban, amelyekben szélesebb körben alkalmazzák az ilyen, esélyegyenlőséget célzó kedvezményes kezelésmódra, pozitív megkülönböztetésre irányuló „megerősítő intézkedéseket”, egyes módszerek jelentősen megosztották a közvé-

leményt, szélesebb társadalmi vitákhoz, gyakran bírósági eljárásokhoz vezettek. Ennek oka az, hogy a pozitív megkülönböztetés eszköztendone és gyakorlata az egyenlőség biztosítását szolgáló társadalompolitika paradigmaváltását jelenti, amennyiben az már nem csupán a formális jogegyenlőség garantálására törekszik a faji, etnikai, nemi, szexuális, vallási stb. alapú diszkrimináció vagy szegregáció tilmán keresztül, hanem pozitív bánásmódra, kifejezett előnyben részesítésre irányul azok érdekében, akik múltbéli vagy jelenlegi diszkrimináció miatt másokkal szemben hátrányos helyzetben vannak.

A pozitív megkülönböztetés legitim formái és módszerei az Egyesült Államokban gyakorlatilag évtizedek óta a közpolitikai viták kereszttüzeében állnak. Amerikában ma is az egyik legfontosabb és legvitatottabb közpolitikai téma, hogy az állam hogyan avatkozhat be a piac működésébe, az oktatásba és a munka világába olyan preferenciák érvényesítésével, amelyek faji, nemi vagy más csoporthoz tartozás alapján különböztetnek a személyek között – az ilyen eszközök alkalmazása heves politikai vitákhoz vezetett, állami szintű népszavazásokkal, nemzeti szintű programokkal és országos jelentőségű jogvitákkal.¹ A hetvenes–nyolcvanas évek óta Nyugat-Európában is egyre több országban kerültek a politika napirendjére az ilyen állami tevékenységi formák, illetve vezették be a pozitív megkülönböztetés bizonyos eszközeit olyan eltérő jogi és kormányzati kultúrájú országokban, mint a skandináv államok, Nagy-Britannia, Franciaország vagy Németország. Az Európai Közösségben (Unióban) a diszkriminációellenes politika már a hetvenes évektől tartalmazott elvi lehetőséget az esélyegyenlőség támogatásának olyan módszerei számára, amelyek már túlmentek az egyenlőség biztosításának hagyományos határain, s pozitív kezelésmóddal kívánták ellensúlyozni az egyenlőtlenségeket, amelyek önhibájukon kívül sújtják a társadalom egyes csoportjait.

A kormányzati politikában, a közszolgáltatások nyújtásával kapcsolatban, és egyáltalán, az állami szervek tevékenysége során újabban Magyarországon is egyre gyakrabban merül fel a hátrányos helyzetű személyek és állampolgári csoportok kedvezményes kezelésében, a társadalom többségével szembeni pozitív megkülönböztetésében megnyilvánuló állami cselek-

vés megengedhetőségének, legitim voltának kérdése.² Mivel a közösségi jog tartalmazza a pozitív intézkedéseknek legalább az elvi lehetőségét, a csatlakozással megvalósuló jogharmonizációnak az ilyesfajta szabályozási lehetőségekre is ki kellett terjednie.³ Mindenesetre a magyar alkotmány is lehetővé teszi a hasonló kormányzati cselekvést,⁴ az egyenlő bánásmódról szóló 2003. évi törvény pedig kifejezett felhatalmazást ad az ilyen állami intézkedésekre és programokra.⁵

De vajon hogyan dönthető el, hogy mely állami cselekvésformák legitimek vagy helyesek, és melyek nem megengedhetők vagy helytelenek? Helyes-e, ha az önhibájukon kívül súlyosan hátrányos társadalmi helyzetben lévők esetében az állam előnyösebb kezelésmódot alkalmaz, többletjogokat biztosít másokhoz képest? Legitim-e az olyan állami cselekvés, amely az azonos jogi helyzetben lévő állampolgárok között olyan szempontok szerint differenciál, amelyek nem függenek össze a konkrét helyzettel? Megengedhető-e az úgynevezett fordított diszkrimináció, vagyis az olyan bánásmód, melyet az elesettek, hátrányos helyzetűek támogatása céljából alkalmaz az állam, ám amely bizonyosan megengedhetetlen lenne ilyen pozitív célok fennállta nélkül?

Ebben a tanulmányban a kormányzati politika olyan különbségtételeivel foglalkozom tehát, amelyeket az állam a korlátozottan rendelkezésre álló közjavak elosztása során pontosan beazonosítható, e jogok, szolgáltatások nyújtása tekintetében jogi értelemben azonos helyzetben lévő személyek vagy csoportok között alkalmaz, olyan kritériumok szerint osztályozva azokat, amelyek irrelevánsak az elosztásra kerülő javak szempontjából.

Az alábbiakban először az egyenlőség és a diszkrimináció olyan fogalmát igyekszem meghatározni, amely a pozitív megkülönböztetésről folytatott diszkusszió során – elvileg – az egyenlőség különböző morális felfogását vallók számára is alkalmazható lehet. Ezt követően a pozitív megkülönböztetés fogalmi kísérleteit, formáit és igazolási módjait fogom megvizsgálni, majd megpróbálok olyan normatív szempontokat megállapítani, amelyek igyekeznek objektívvá tenni e politikák értékelését, végül ezen kritériumok alapján vizsgálom meg a „pozitív diszkrimináció” igazolásait és egyes fő típusait.

EGYENLŐSÉG ÉS DISZKRIMINÁCIÓ

Az egyenlőség a magyar jogrendszerben

Az állampolgárok állam általi egyenlő kezelése nem feltétlen követelmény, hiszen az eltérő helyzeteket

– főszabály szerint – különböző módon kell megítélni. Ezért a megkülönböztetésnek két típusa biztosan van: egyrészt a legitim, azaz igazolható (az állami tevékenység szempontjából jogszerű), valamint az illegitim (jogszerűtlen) különbségtétel.

A pozitív megkülönböztetésről folytatott viták tárgya úgy is megfogalmazható, hogy az ilyen különbségtétel igazolható, s ezáltal megengedhető-e vagy sem. A nem legitim megkülönböztetés ugyanis diszkriminatív kezelésmód, amely sérti az egyenlő bánásmódhoz való alapjogot. Később látni fogjuk, hogy azok, akik a tényleges egyenlőség érdekében az állam által alkalmazott, a hátrányos helyzetű személyek vagy csoportok előnyben részesítésére irányuló pozitív intézkedéseket megengedhetőnek tartják, ezzel kapcsolatban kétféleképpen szoktak érvelni. Vagy azt mondják, hogy az ilyen különbségtétel céljai és következményei miatt nem is számít diszkriminációnak, vagy pedig azt, hogy noha az valóban diszkriminatív, olyannyira „jóindulatú” diszkriminációt valósít meg, amely megengedhető. Ahhoz, hogy lássuk, mi az alapja ezeknek az eltérő felfogásoknak, röviden foglalkoznunk kell az egyenlőség jelentésével és a diszkrimináció fogalmával.

Önmagában az egyenlőség értékének fontosságát alighanem széles körű egyetértés övezi, ám abban, hogy ez pontosan mit is jelent vagy hogy mit kellene jelentenie, már nincs konszenzus. Ez abból adódik, hogy arra a kérdésre, hogy az emberek milyen értelemben egyenlők egymással vagy mihez van egyenlő joguk, többféle válasz adható.

Sokan úgy gondolják, a valóságos egyenlőség materiális egyenlőséget jelent, vagyis mindenkinek egyenlően kellene részesülnie az anyagi és más javakból. Egy másik – nem kevésbé hagyományos – megközelítési mód az egyenlőséget az alapvető emberi és állampolgári jogokat illetően igényli, azaz annak lényegét abban látja, hogy ugyanolyan alapjogok mindenkit ugyanolyan tartalommal illetnek meg. A jogegyenlőség tehát azt jelenti, hogy egy közösség minden tagja ugyanazokkal az emberi és állampolgári jogokkal rendelkezik, vagyis nem tehető különbség köztük törvényes jogaik terjedelmét illetően. A legelterjedtebb felfogás szerint azonban az egyenlőség az emberek egyenlő bánásmódhoz való jogát jelenti, vagyis azt az alapvető jogukat, hogy az állam egyenlő méltóságú személyként kezelje őket, más szóval: ne alkalmazzon velük szemben önkényes megkülönböztetést. Az egyenlőség tartalma tehát az, hogy az állam morálisan irreleváns, de jól látható karakterjegyek alapján nem teremthet szisztematikus társadalmi hátrányokat az egyes személyek vagy csoportjaik között.⁶

Az egyenlőség értelmezésének egy másik dimenziója szerint különbséget tehetünk az esélyek, illet-

ve az eredmények egyenlősége között. Ez a felfogás az eddigiekhez képest azért jelent másik dimenziót, mert csak bizonyos társadalmi javakhoz való hozzájutást illetően érvényes. A kétféle értelmezés abban különbözik egymástól, hogy korlátozottan hozzáférhető társadalmi javak tekintetében milyen elosztási elvet alkalmaz.

Magyarországon az egyenlőség alkotmányos védelmet élvez. Az alkotmány 70/A. §-a szerint „a Magyar Köztársaság biztosítja a területén tartózkodó minden személy számára az emberi, illetve az állampolgári jogokat, bármely megkülönböztetés, nevezetesen faj, szín, nem, nyelv, vallás, politikai vagy más vélemény, nemzeti vagy társadalmi származás, vagyoni, születési vagy egyéb helyzet szerinti különbségtétel nélkül”. Az alkotmány tehát a jogegyenlőség – értsd: az alapjogok egyenlősége – felfogását követi, ám a magyar jogrendszer sajátos fejlődése 1990 után mégis lényeges változást hozott ebben a tekintetben. E szakasz részletes tartalmát, illetve az állami szervek számára is feltétlenül követendő követelményeket ugyanis az Alkotmánybíróság gyakorlata alakította ki, illetőleg módosította az alaptörvény eredeti koncepciójához képest. A testület már 1992-ben kiterjesztette a diszkriminációtilalmat a jogrendszer egészére, általános egyenlőségi klauzulának mondván ki az említett 70/A. §-t: „Az alkotmány 70/A. § (1) bekezdésében foglalt tilalom nemcsak az emberi, illetve az alapvető állampolgári jogokra irányadó, hanem – amennyiben sérti az emberi méltósághoz való jogot – kiterjed az egész jogrendszerre, ideértve azokat a jogokat is, amelyek nem tartoznak az emberi jogok, illetőleg az alapvető állampolgári jogok közé.”⁷ A magyar alkotmányos joggyakorlat ezen elv – amely lényegét tekintve az alkotmány vonatkozó rendelkezésének a korrekcióját, helyettesítését jelenti –: az alkotmány egy másik helyén említett emberi méltósághoz való jog segítségével magyarázta ezt a kiterjesztést.⁸ Eszerint az emberi méltóság az egyenlő elbánás mércéje is, amennyiben „a diszkriminációtilalom nem a jogok mennyiségileg egyenlő elosztását, hanem az elosztás módját határozza meg”.⁹ Később a jogegyenlőségi klauzula érvényesülésének alkotmányossági vizsgálata számára két kritériumot fogalmaztak meg: 1. Az egyenlőségnek azonos szabályozási koncepción belül, a tényállás lényeges elemeire nézve kell fennállnia. 2. A megkülönböztetés akkor alkotmányos, ha annak kellő súlyú alkotmányos indoka van.¹⁰

Ami az első megállapítást illeti, a későbbiekben ebből a kiindulási pontból fejlődött ki a „homogén csoport” formulája, ami azt jelenti, hogy az egyenlőség követelményének csak az azonos jogi helyzetben lévő személyek körében kell érvényesülnie,¹¹

míg azok között, akik jogi értelemben nem alkotnak ilyen közös csoportot, tulajdonképpen az eltérő szabályozás számít fő szabálynak.¹²

A másik kritériummal kapcsolatban azt lehet kiemelni, hogy mivel az Alkotmánybíróság nem adott normatív szempontokat ahhoz, hogy a megkülönböztetés alkotmányos indoka mikor számít „kellő súlyúnak”, valójában a jövőre nézve fenntartotta magának azt a jogot, hogy esetről esetre megítélje egy jogszabályi megkülönböztetés alkotmányosságát. Ennek során az alkotmánybírósági gyakorlat esetenként különböző mércéket alkalmaz attól függően, hogy a különbségtétel alapjogokat érint-e vagy csak egyéb jogviszonyokat. Amikor ugyanis a megkülönböztetés az alapjogokat is érinti, akkor az Alkotmánybíróság a legszigorúbb alapjogi tesztnek veti alá a különbségtételt, ami azt jelenti, hogy megvizsgálja, hogy az legitim (alkotmányos) célból történt-e, alkalmazása szükséges volt-e a cél eléréséhez, és azzal arányos volt-e az alapjog (vagyis ebben az esetben az egyenlő elbánáshoz való jog) korlátozása. Ezzel szemben akkor, ha a megkülönböztetés nem alapjogot érint, azt csak egy úgynevezett ésszerűségi tesztnek vetik alá, s csak azt vizsgálják, hogy a megkülönböztetésnek volt-e ésszerű indoka, „azaz objektív okokkal igazolható-e a személyek jogalkotó általi osztályozása”.¹³ Így például „ha a jogalkotó nem eleve jogosultakat különböztet meg”, vagyis úgynevezett *ex gratia* juttatásokról rendelkezik, akkor ugyan „a juttatások mértékét tekintve elvileg itt is fennáll a tiltott megkülönböztetés lehetősége, a törvényhozó mérlegelési joga azonban e körben szélesebb”, s gyakorlatilag az eltérő kezelésmód feltétele csak annyi, hogy a megkülönböztetés ésszerű legyen és ne sértse az emberi méltóságot.¹⁴

Azzal, hogy az Alkotmánybíróság a diszkriminációtilalmat a 70/A. § szerinti értelmén, vagyis az alapjogokon túli valamennyi jogviszonyra kiterjesztette, a jogegyenlőség hazai doktrínája az alapjogok egyenlőségének megközelítésétől az egyenlő bánásmód felfogásához jutott el, azaz lényegesen szélesebb körű követelményként érvényesül, mint eredetileg.

A jogalkotás és a jogalkalmazás igyekezett követni a kiterjesztő alkotmánybírósági értelmezést, s annak alapján a legfontosabb ágazati törvények is érvényesítették az állami tevékenység egyes szféráiban a diszkrimináció általános tilalmát. Így azt kimondta a nemzeti és etnikai kisebbségek jogairól szóló törvény,¹⁵ a munkaviszonnyal kapcsolatosan tartalmazta a Munka törvénykönyve,¹⁶ az egészségügyi ellátás vonatkozásában az egészségügyről szóló törvény¹⁷ és így tovább.

De a hazai egyenlőségfelfogásra nemcsak az alkotmánybírósági gyakorlat, hanem az európai uni-

ős jog fejlődése is jelentékeny hatással volt. Az EU diszkriminációellenes irányelveit rendszerint átvették a vonatkozó törvényeken,¹⁸ és a folyamat betetőzéseként 2003-ban elfogadták az egyenlő bánásmódról szóló törvényt.¹⁹ Ez paradigmaváltást hozott az egyenlőség hazai szabályozásában, mert a korábban szétszórtnak, az ágazati jogszabályokban megjelenő antidiszkriminációs rendelkezéseket egy közös aktusban foglalták össze.

A törvény nem az alkotmány szerinti, az emberi és állampolgári jogokra korlátozódó egyenlőségfelfogástette magáévá, hanem a kiterjesztő alkotmánybíró-sági gyakorlat alapján bevezetett egyenlő kezelésmód követelményét, mely szerint „a Magyar Köztársaság területén tartózkodó természetes személyekkel, ezek csoportjaival, valamint a jogi személyekkel és a jogi személyiséggel nem rendelkező szervezetekkel szemben e törvény rendelkezései szerint azonos tisztelettel és körültekintéssel, az egyéni szempontok azonos mértékű figyelembevételével kell eljárni”.

A diszkrimináció fogalma

Azt gondolhatnánk, hogy ha az egyenlőség oly különbözéképpen értelmezhető, akkor a diszkrimináció – az egyenlőség követelményének önkényes megsértése – szintűgy változó tartalmú lehet. Az önkényes megkülönböztetés azonban mindig csak egy meghatározott egyenlőségfelfogáshoz képest értelmezhető. Az egyenlőség követelménye ugyanis másképpen a diszkrimináció tilalma, melyet a nyugati szakirodalomban általában antidiszkriminációs szabálynak neveznek. Amíg tehát az egyenlőség követelménye normatív alapon meghatározható, addig diszkriminációról mindig csak egy bizonyos egyenlőségértelmezéshez képest lehet beszélni. Ezzel együtt a diszkrimináció fogalmát is többféleképpen határozzák meg.

„A diszkrimináció valamilyen klasszifikáción alapuló megkülönböztetést, megkülönböztetett elbánnást jelent.”²⁰ Ez a megközelítés a lehető legszélesebb értelemben fogja fel a diszkriminációt, vagyis valamennyi (vagy bármilyen) megkülönböztetést ebbe a körbe sorol. Azok, akik ezt a felfogást vallják, elfogadják, hogy a pozitív intézkedések is diszkriminatív bánásmódot jelentenek, mivel azonban szándékuk szerint legitimek, következményeikben pedig más jellegűek, mint a negatív diszkrimináció esetei, azokat legitimek tartják.²¹

Mások szerint azonban már a fogalomhasználatnak is tükröznie kell, hogy nem minden megkülönböztetés jelent diszkriminációt. Az egyenlőtlen kezelés csak akkor diszkriminatív is egyben, ha önkényes, vagyis célját vagy módját illetően illegitim.

A morálisan igazolható megkülönböztetés ugyanis nem sérti az egyenlőség követelményét, s így nem is esik az antidiszkriminációs szabály hatálya alá.²² Ez a felfogás tehát csak az önkényes megkülönböztetéseket azonosítja a diszkriminációval, ezért a pozitív diszkriminációt fogalmi képtelenségnek, önelletmondásnak tartja.

Az utóbbi értelmezés – vagyis a diszkriminációt az önkényes különbségtétel azonosító felfogás – nem esik egybe teljesen a hátrányos megkülönböztetés fogalmával, bár igen elterjedt, hogy ezt a diszkrimináció szinonimájaként említik.²³ Amíg ugyanis az önkényes különbségtétel a diszkriminatív bánásmód indoka szerint osztályozza a magatartásokat, addig a hátrányos megkülönböztetés az eltérő kezelésmód következményeire utal, arra a hatásra, melyet alkalmazása bizonyos személyek vagy csoportok oldalán kivált. Amennyiben azonban elfogadjuk, hogy a hátrányos megkülönböztetés nem mindig önkényes, akkor az nem eshet egybe a diszkrimináció fogalmával.

A diszkrimináció tehát meghatározott tulajdonosság szerint osztályozott személyek másokhoz képest kedvezőtlen kezelésmódját, hátrányos megkülönböztetését jelenti, abban az esetben, amikor a különbségtételnek nincs objektív és igazolható indoka. Egy megkülönböztetést általában akkor tekintenek objektívnek és igazolhatónak, ha annak legitim célja van, s a különbségtétel módja vagy mértéke arányos az elérendő céllal. Akkor van tehát szó diszkriminációról, ha a különbségtételnek nincs legitim célja (ésszerű indoka), és/vagy az alkalmazott eszköz (a megkülönböztetés) és a cél között nincs összefüggés, vagy a kapcsolat nem elég erős (vagy mert a cél eléréséhez nincs szükség a személyek osztályozására és eltérő kezelésére, vagy mert a megkülönböztetés aránytalan az elérendő célhoz képest). Más esetekben az önkényesség fogalmát úgy próbálják közelebb hozni a jogalkalmazáshoz (és az érthetőséghez), hogy megpróbálják felsorolni, mely esetekben nem önkényes a differenciált kezelésmód.²⁴

Mind a nemzetközi joggyakorlatban, mind pedig az egyes államok saját jogrendszerében gyakran alkalmazott szabályozási technika, hogy előre meghatározzák azokat a klasszikus diszkriminációs szempontokat, amelyek nem tehetők a megkülönböztetés alapjává. Ebbe a körbe többnyire a faji (etnikai) vagy nemzeti hovatartozás, a származás, a vallási meggyőződés, a nem, a fogyatékoság, a szexuális orientáció és a politikai nézetek tartoznak, valamint egyéb olyan feltételek, amelyek nem relevánsak a megkülönböztetés tárgya szempontjából.

A diszkrimináció szokásos definíciói többnyire olyannyira pontatlanok, hogy a jog számára rendsze-

rint csak rendkívül nehezen használhatók. Ennek az az oka, hogy a legtöbbször megpróbálják felsorolni azokat az egyéni tulajdonságokat, jellemzőket, amelyek alapján „különösen” tilos a megkülönböztetés. A felsorolások azonban sohasem lehetnek teljes körűek (azaz taxatívok), vagyis bármely más, irreleváns sajátosságon alapuló megkülönböztetés is illegitimnek minősül. Ezért ezek szokás szerint olyan nyílt végű példálózások, amelyek „egyéb” (vagy „bármely más”) esetekben is tiltják a diszkriminációt. Másrészt a legtöbb jogrendszerben bizonyos helyzetekben a felsorolt indokok alapján is lehet legitim különbséget tenni, vagyis még a tételesen felsorolt jellemzők szerinti különbségtétel sem feltétlen tilalom. Ilyen körülmények között a példálózó felsorolások funkciója általában vagy csak az, hogy a diszkrimináció tilalma a kiemelt okok esetében nagyobb valószínűséggel érvényesüljön, mint a nem nevesített indokok körében (és esetleg alapja legyen a megkülönböztetés vizsgálata során alkalmazott eltérő típusú teszteknek), vagy az, hogy értelmezési segítséget nyújtson a jogalkotók és a jogalkalmazók számára, annak érdekében, hogy felismerhessék azokat a területeket, amelyek esetében gondosabban kell eljárniuk. Olyan joggyakorlat alapján azonban, amelyben az önkényességnek nincsenek normatív ismérvei, a nyílt végű példálózó felsorolásnak még ennél is gyengébb, legfeljebb szimbolikus szerepe lehet, annak jelzése, hogy a jogalkotó tényleg el van szánva a diszkrimináció megtiltására.²⁵

Más lehet a helyzet, ha a felsorolás teljes körű,²⁶ de általában használhatóbb a felsorolást nélkülöző, az eseti mérlegelést előtérbe helyező jogalkotás, különösen, ha annak szempontjai is meghatározhatók.²⁷

Gyakran felmerül továbbá, hogy a diszkrimináció-fogalom eltérő lehet az egyes diszkriminációs indokok esetében. Az amerikai Legfelső Bíróság például első nagy hatású, a pozitív megkülönböztetésről szóló döntésében úgy érvelt, hogy a nemi diszkriminációnál csak egy hátrányos és egy domináns csoport van, míg a faji megkülönböztetésnél több a lehetséges hátrányos helyzetű csoport, amely különbségnek abban áll a jelentősége, hogy más mércével kell vizsgálni az ellensúlyozásukra hozott intézkedések igazolhatóságát.²⁸ Ám az ilyen fogalmi distinkciók nem annyira elvi jellegűek, mint inkább gyakorlati szerepük lehet; inkább azért szokták alkalmazni, hogy bizonyos ügyekben e sajátosságokra hivatkozva meg lehessen fordítani a bizonyítási terhet annak vizsgálatakor, hogy egy döntés, eljárás vagy gyakorlat diszkriminatív-e vagy sem.²⁹

A diszkrimináció értelmezése gyakran kötődik az osztályozás szempontjához. Így például a szexuális orientáció alapján történő kezelésmód akkor diszkriminatív, ha egy személy (A) szexuális orientációja alapján hátrányos megkülönböztetést alkalmaz egy másik személlyel (B) szemben, illetve kevésbé kedvezően bánik vele, mint más személyekkel.³⁰ A kezelésmód ahhoz képest is lehet kedvezőtlenebb, ahogy az érintett személlyel bántak volna, ha nem tartozott volna az adott kisebbséghez.

1.3. A diszkrimináció formái

Az eddigiekben a megkülönböztetések azon formáit tárgyaltam, amelyek a személyeket valamely olyan jellemző, tulajdonság szerint sorolják osztályokba és kezelik ennek alapján eltérő módon, amely az adott magatartás szempontjából nem releváns, azaz nincs ésszerű indoka. Az ilyen különbségtételeket közvetlen diszkriminációnak nevezik.

Korábban már utaltam arra, hogy a diszkrimináció értelmezése, az önkényes megkülönböztetés körének meghatározása eltérő lehet attól függően, hogy a meghatározás során csak a vizsgált magatartás indokát vesszük figyelembe, vagy pedig a következményeit is. Azok definíciója, akik szerint egy döntést vagy eljárást önmagában az is diszkriminatívvá tesz, hogy egy meghatározott csoport tagjai számára indokolatlan (vagy aránytalan) hátrányt okoz, kiterjed az úgynevezett közvetett diszkriminációra is. Ez azt jelenti, hogy a látszólag objektív, valós és releváns szemponton alapuló kritériumok is megalapozhatnak diszkriminatív gyakorlatot; vagy mert valójában ilyen szándékot lepleznek, vagy egyszerűen tényleges hatásuk miatt – akár diszkriminatív szándék híján is.

Ilyen, látszólag semleges szempont lehet a szolgálati idő vagy a szakmai múlt hossza a munkaerő-felvétel során, mely hátrányosan érinti a nőket, akiknél nem számítják be a gyermekneveléssel otthon töltött időt, s így – önhibájukon kívül, illetve nemi szerepük teljesítése miatt – kerülnek hátrányba.³¹ A közvetett diszkrimináció jellemzője tehát az, hogy egy gyakorlat, eljárás vagy intézkedés olyan feltételt állapít meg, amely, bár önmagában nem tekinthető diszkriminatívnak (vagyis a megkülönböztetés ésszerű, de legalábbis nem osztályoz önkényes szempont szerint), meghatározott csoporthoz tartozó személyek számára mégis aránytalan hátrányt okoz.³²

Közvetett diszkrimináció elsősorban az olyan kiválasztási eljárásokban érvényesül, amelyek formai-

lag vagy látszólag ugyan nem sértik meg a teljesítményelvű vagy érdemeken alapuló, rendes vagy szokásos mechanizmust, hatásukat tekintve mégis súlyos hátrányokat okoznak egy vagy több azonosítható kisebbségi csoportnak.

A közvetett diszkrimináció kategóriájának alkalmazásával több probléma is van. Az egyik a bizonyítás nehézsége. Az biztos, hogy ezt a koncepciót főleg olyan diszkriminatív jelenségek esetén szokták leginkább alkalmazni, amelyek tekintetében nehéz a diszkrimináció bizonyítása. Ezért, annak érdekében, hogy megfordítsák a bizonyítási terhet, sokan megelégszenek az olyan statisztikai alapú igazolással, amely csupán a kisebbségi csoport tagjainak okozott hátrányok bekövetkeztét bizonyítja.³³ E módszer közismert problémája az, hogy nem bizonyítja magát a diszkriminációt, csupán a hátrányos következmények és a csoportképző ismérv közti korrelációt jelzi, amelynek azonban gyakran nem vagy nem csak a diszkriminatív eljárás az oka.³⁴

Ezen túlmutató fogalmi probléma, hogy a közvetett diszkriminációnak minősíthető esetek egy részében a kiválasztási/megkülönböztetési szempont nem önkényes, hanem ésszerű követelménynek tekinthető, még akkor is, ha alkalmazása valamely csoport számára jelentősebb vagy akár aránytalan hátránnyal jár. Ilyenkor ugyanis a diszkrimináció egyik alapvető fogalmi ismérve (a megkülönböztetés önkényessége) hiányzik.³⁵ Ezért közvetett diszkriminációról csak akkor lenne helyes beszélni, ha a látszólag semleges kiválasztási szempont tényleges megkülönböztető szándékot rejt, vagyis csakis azért alkalmazzák, hogy a valóságban valamely – a megkülönböztetés szempontjából közömbös ismérv alapján azonosítható – csoport tagjait diszkriminálják.

A diszkrimináció érvényesülhet alkalmilag, illetve csak bizonyos életviszonyokra korlátozott módon, ám lehet rendszerszerű, „strukturális” is. Az önkényes hátrányos megkülönböztetés gyakorlatának, kiterjedtségének azért lehet jelentősége, mert amíg az eseti diszkrimináció elleni fellépés számára az antidiszkriminációs típusú intézkedések elvileg megfelelő eszközöket nyújtanak, a társadalmi szintű, az életviszonyok széles körében érvényesülő, a társas érintkezési formákban állandósult és ismétlődő, illetve a társadalomban jelentős részében rögzült attitűdökön alapuló diszkrimináció kezelésére már nem feltétlenül alkalmasak.

A strukturális diszkriminációra ezért gyakran hivatkoznak a pozitív megkülönböztetés hívei, mint az előnyben részesítést igazoló társadalmi jelenségre.

A közösségi döntésekről folytatott vitákban az erre való hivatkozások kapcsán érdemes kiemelni, hogy a közvetett diszkriminációnál említett bizonyos

jellemzők itt is érvényesülnek. Az ilyen érvelésekre is igaz például, hogy a megkülönböztetés következményeit veszik csak figyelembe, függetlenül attól, hogy annak – egy adott társadalmi viszony vonatkozásában – vannak-e ésszerű indokai, vagy pedig önkényesek. Továbbá amikor a strukturális diszkriminációra a pozitív megkülönböztetés igazolásaként utalnak, rendszerint szintén olyan statisztikai bizonyítékokat szoktak emlegetni, amelyek csak a csoportképző ismérvek és a hátrányos helyzet közti korrelációra mutatnak rá, anélkül azonban, hogy a tényleges összefüggést bizonyítanák vagy megkövetelnék.³⁶ Ez egyrészt azért jelenthet problémát, mert az egyes társadalmi csoportokra, illetőleg a személyek bizonyos osztályaira nézve kimutatható eltérő következmények nem csupán diszkrimináció eredményei lehetnek,³⁷ másrészt pedig azért is, mert – számos esetben, az eredeti szándékkal ellentétben – éppen hogy elfedi a diszkrimináció valóságos okait vagy gyökereit.

Hadd hozzak egy olyan példát, amely talán mindkét elvi problémára rávilágít. Annak kimutatása például, hogy az akadémikusok között a cigány származásúak aránya messze elmarad a roma etnikum népességén belüli arányától, önmagában semmiképp sem bizonyítja azt, hogy az akadémikusok kiválasztása során faji diszkrimináció érvényesülne, holott a statisztikai „bizonyításból” ez következne. Ha viszont ezt be is bizonyítjuk – például arra hivatkozva, hogy a roma származásúak már az akadémiai tagság előfeltételét jelentő egyetemi tanári és vezető kutatói pozíciókban sem szerepelnek társadalmi arányuknak megfelelően, ezért logikus, hogy az akadémikusok között is csak kevesen vannak –, a végkövetkeztetés – tehát az, hogy e tekintetben nincs diszkrimináció – elfedi azt a tényt, hogy a romákkal szemben már sokkal korábban érvényesül a hátrányos megkülönböztetés, amelynek következtében még olyan helyzetbe sem kerülnek, amelyben diszkriminálhatnák őket.

A statisztikai módszerek bizonyítékként való felhasználásával tehát az a baj, hogy olyan vonatkozásokban is diszkriminációs láncolatot feltételez, olyan életviszonyokban is hátrányos megkülönböztetést sejtet, amelyekben nem vagy elsősorban már nem erről van szó. Mindez mégsem jelenti azt, hogy a strukturális diszkrimináció fogalma alkalmatlan lenne az egyenlőség megteremtésére irányuló közösségi politikákról szóló diskurzusban való felhasználásra. Hiszen helyes alkalmazása valóságos jelenségekre utal – tényleg előfordul bizonyos kisebbségekkel szemben olyan hátrányos megkülönböztetés, amely önkényes, mert a különbségtétel szempontjából közömbös egyéni vagy csoportjellemzőn alapul,

és rendszerszerű, vagyis számos életviszonyra kiterjed, s ezáltal az érintettek számára halmozott hátrányokat okoz.

Mindezek figyelembevételével úgy vélem, hogy a hátrányok aszimmetrikus társadalmi megoszlásának statisztikai kimutatása önmagában nem alkalmas a strukturális diszkrimináció bizonyítására, ám megfelelő eszköz a hátrányos megkülönböztetés lehetőségének vagy valószínűségének jelzésére.

A diszkriminációellenes nemzetközi szabályok és nemzeti jogrendszerek egyre gyakrabban ismerik el a diszkrimináció olyan egyéb alakzatait is, amelyeket bizonyos, megkülönböztető szándékú cselekmények jellege alapján határoznak meg. Ebben a körben szokták említeni viktimizációt, a zaklatást és a gyűlöletkeltést.

A viktimizáció olyan magatartásmódokat jelöl, amelyeket megtorlásul alkalmaznak azokkal szemben, akik jelezték a diszkriminatív gyakorlatot, illetve tiltakoztak (jogvédelmet kerestek) az ilyen eljárások miatt.

A zaklatás elvileg akkor tartozhat a diszkrimináció fogalomkörébe, ha annak valamely olyan meghatározott karakterjegy az oka, amely a hátrányos megkülönböztetés klasszikus indokai közé tartozik. Leggyakrabban a szexuális zaklatást sorolják ide, de a faji-etnikai, vallási stb. alapú hasonló magatartás is ebbe a kategóriába tartozik. Mivel a gyűlöletkeltés bizonyos formái is olyan személyi vagy csoportjellemzőn (például faji, nemzeti hovatartozáson) alapulnak, amely önmagában nem ad alapot megkülönböztető kezelésre, az ilyen magatartásokat egyre gyakrabban ugyancsak a diszkrimináció speciális típusaiként emlegetik.

E különleges alakzatok azonban a pozitív megkülönböztetés megítélése szempontjából nem játszanak lényeges szerepet – inkább csak a diszkriminációval szembeni hatékonyabb fellépéshez nyújthatnak segítséget.

A POZITÍV MEGKÜLÖNBÖZTETÉS

A pozitív megkülönböztetés fogalma és típusai

A pozitív megkülönböztetésnek nincs teljes konszenzust élvező, egységes fogalma. A leggyakrabban mégis olyan intézkedéseket, programokat, eljárásokat vagy politikákat értenek alatta, amelyek a tényleges egyenlőség megteremtése céljából bizonyos hátrányos helyzetű személyeket vagy csoportokat másokhoz képest előnyben részesítenek, illet-

ve számukra kedvezményes elbánást biztosítanak.³⁸ Lényeges ismérv, hogy olyan megkülönböztetésről van szó, amely azonos jogi helyzetben lévő csoportok tagjai között tesz különbséget, ám az eltérő kezelésmód mindig legitim célból és arányos módon történik.³⁹

A pozitív megkülönböztetés sajátossága – és egyben elvi problémája – az, hogy általában (de nem kizárólag) olyan ismérvek szerint meghatározott csoportok tagjai közötti szándékos, az állam általi megkülönböztetésre irányul, amely feltételek közömbösek a különbségtétel tárgya szempontjából. A kedvezményezett csoporthoz tartozók olyan közös jellemzővel rendelkeznek, amelyre tekintettel hátrányos helyzetben vannak a társadalomban. Ez a legtöbbször olyan elidegeníthetetlen karakterjegy, mint a nem, faj, bőrszín, nemzetiség, vallási vagy nemzeti kisebbséghez tartozás, de nem feltétlenül: a pozitív intézkedések irányulhatnak a fogyatékosok, szegények, bevándorlók, vagy bármilyen, épp e jellemzők alapján hátrányos helyzetű kisebbségi csoportra.⁴⁰ Ám még ha az alkalmazott csoportképző ismérv nem is olyan szempont, amelyen az érintettek természetől fogva nem változtathatnak, fontos körülmény, hogy a konkrét esetben megvalósított megkülönböztetéssel nincs szoros összefüggésben. A kedvezményes elbánás célcsoportjába nem feltétlenül azok tartoznak, akik személyükben diszkriminációt kénytelenek elviselni – az esélyek egyenlőségének megteremtése szempontjából ők csupán reprezentálják azt a csoportot, amelynek tagjai általában (és nem is biztos, hogy a támogató politikák által érintett területen) súlyosan hátrányos megkülönböztetést szoktak elszenvedni.

Lényeges körülmény továbbá, hogy a megkülönböztetés célja minden ilyen esetben a hátrányos helyzetű csoport tagjainak előnyös kezelése, vagyis társadalmi esélyeik kiegyenlítése – a cél tehát épp a valódi egyenlőség elősegítése, ám a hagyományos antidiszkriminációs eszközökön (vagyis a formális egyenlőség biztosításán, azaz a diszkrimináció tilalmán) túli módszerekkel.

Korábban már volt szó néhány terminológiai problémáról. Ezek alapján a fogalomhasználat nem csupán a jelentéstartalmat, hanem az elnevezéseket illetően is változatos. Az Egyesült Államokban a megerősítő intézkedések (*affirmative action*) megjelölés a leggyakoribb, bár más megnevezéseket is használnak: gyakran a pozitív diszkrimináció kifejezést, mint már említettem, vagy az előnyben részesítést (*preferential treatment*), amely alatt a leggyakrabban ugyan a megerősítő intézkedések valamennyi formáját értik, de egyes szerzők csak az úgynevezett kemény megoldásokat tekintik ilyennek. Több más

országban, ahol ehhez hasonló politikákat alkalmaznak, igyekeztek megkülönböztetni saját eljárásaikat az amerikai módszerektől, elsősorban annak érdekében, hogy ne vegyék magukra azokat a bírálókat, amelyek az Egyesült Államokban egyes „keményebb”, főleg faji alapú megerősítő intézkedéseket értek. Így például Kanadában a foglalkoztatási méltányosság (*employment equity*) kifejezést használják, míg máshol szívesebben nevezik foglalkoztatási esélyegyenlőségnek a hasonló szakpolitikákat, a skandináv és a Benelux államokban, illetve az Európai Unió vonatkozó irányelveiben pedig az egyenlő bánásmód keretei közötti pozitív intézkedéseknek (*positive action*) nevezik azokat. A közösségi jogban ugyancsak elterjedt még az előnyben részesítés kifejezés használata. A pozitív megkülönböztetés ellenzői gyakran fordított vagy pozitív diszkriminációnak (*reversed discrimination*) hívják, ezzel is hangsúlyozva, hogy ez is a diszkrimináció egyik formája.⁴¹

A pozitív megkülönböztetésnek számos formája ismert. Az egyes típusokat céljaik és alkalmazott eszközeik sajátosságai alapján is csoportosíthatjuk. Az ilyen intézkedések megvalósulhatnak a köz- és a magánszférában egyaránt, lehetnek kötelezők és önként vállaltak.

A célok szerint a leggyakrabban megkülönböztetik

- a kiegyenlítő,
- a jóvátételi vagy kompenzációs és
- a sokszínűséget vagy változatosságot biztosító megerősítő intézkedéseket.

A kiegyenlítő pozitív megkülönböztetés (*outreach affirmative action*)⁴² célja az, hogy a közjavakhoz (jogokhoz, szolgáltatásokhoz, erőforrásokhoz, pozíciókhoz) olyan csoportok tagjait is hozzájuttassa, amelyek azoktól a korábbiakban el voltak zárva,⁴³ vagy legalábbis sokkal nehezebben fértek csak hozzájuk. Ezt a célt elsősorban az esélyek kiegyenlítésére irányuló programokkal érik el, amelyek tényleges versenyhelyzetbe hozhatják a hátrányos helyzetű csoportok tagjait. A legtöbbször olyan képzési, képzettségnevelő programok, amelyek a hátrányos helyzetűek számára igyekeznek biztosítani, hogy sikeresebben vehessenek részt a korlátozottan rendelkezésre álló javak és lehetőségek megszerzéséért folytatott társadalmi versenyben. Ide tartozhatnak panaszrendszerek és ellenőrző mechanizmusok is, amelyek annak kontrolljára irányulnak, hogy az alkalmazott kiválasztási vagy elosztási módszerek valóban relevánsak-e, illetőleg nem valósítanak-e meg diszkriminációt.

Összefoglalva tehát a kiegyenlítő pozitív intézkedések célja, hogy ellensúlyozzák az önhibájukon kí-

vül hátrányos helyzetű csoportok tagjainak öröklött vagy szerzett hátrányait, de ennek során nem alkalmaznak direkt megkülönböztetést azokkal szemben, akik nem tartoznak a csoporthoz, vagyis terheit az egész társadalom viseli. Tekintettel arra, hogy az ilyen kormányzati politikák nem az ered-

ményekben való egyenlőséget célozzák, az egyenlőséget nem egyéni viszonyokon keresztül érvényesítik, s az esélykiegyenlítés terheit megosztják a társadalom széles rétegei között, ezeket sokszor „puha” megerősítő intézkedéseknek tekintik,⁴⁴ amelyek rendszerint sokkal jelentősebb társadalmi

támogatottsággal bírnak, mint a megerősítő intézkedések egyéb formái.

A pozitív megkülönböztetés következő, célja szerint meghatározható csoportjába az úgynevezett kárpótlási, jóvátételi vagy kompenzációs megerősítő intézkedések (*remedial affirmative action*) tartoznak. Ennek két alcsoportja van, aszerint, hogy az előnyben részesítés múltbéli diszkrimináció következményével vagy jelenleg is érvényesülő hátrányos megkülönböztetéssel szemben biztosítja-e a kedvezményes elbánást. A múltban érvényesített diszkriminációnak ugyanis akkor is negatív – és érdemtelen – hatásai lehetnek az érintett, egykor hátrányosan megkülönböztetett csoport tagjaira, ha ma már őket is – formálisan – egyenlően kezelik. Ami pedig a ma is érvényesülő diszkriminációt illeti: ha bizonyítható, hogy az egyenlő bánásmód ellenére bizonyos jól meghatározható csoportok tagjai továbbra is hátrányos helyzetben vannak, avagy abból nem képesek kitörni, akkor ez azt mutatja, hogy a formális egyenlőség, vagyis a diszkriminációtilalom nem elégséges eszköz.

A pozitív megkülönböztetés az ilyen esetekben azt jelenti, hogy a múltban hátrányos megkülönböztetést elszenvedett, illetve a jelenleg is diszkriminációnak kitett csoportok tagjai számára, azon az alapon, amelyre tekintettel a velük szembeni diszkrimináció megvalósul(t), a közjavakhoz való hozzáférés tekintetében előnyt biztosítanak olyan személyekkel szemben, akik nem tartoznak a csoporthoz. Ennek alapján például a korlátozottan rendelkezésre álló javak elosztásakor (pozíciók betöltése, költségvetési támogatások szétosztása stb.) figyelembe veszik a jelentkezők (szolgáltatást igénylők) faji, származási, nemi vagy más olyan hovatarozását, amely egyébként semleges (közömbös) az elosztandó források, jogok stb. szempontjából.⁴⁵

Végül, az elérendő célok szempontjából külön osztályba sorolhatjuk az olyan pozitív megkülönböztetést, amelyet azért alkalmaznak, hogy egy közössé-

A KÖZÖSSÉGI JOGBAN UGYANCSAK ELTERJEDT MÉG AZ ELŐNYBEN RÉSZESÍTÉS KIFEJEZÉS HASZNÁLATA.

gen belül megőrizték a társadalom sokszínűségét, s az etnikai, nemi vagy más szempont szerinti változatosság révén bizonyos szakmai előnyöket érjenek el (*diversity affirmative action*). Bár egyesek szerint a faji, nemzeti(ségi) vagy nemi sokszínűség önmagában is érték lehet, többnyire bizonyos oktatási vagy foglalkoztatási előnyöket várnak a megerősítő intézkedésektől (élénkebb kulturális közéletet, hatékonyabb munkaerő-összetételt).

A pozitív megkülönböztetés céljai természetesen szorosan összefüggnek az alkalmazott eszközök, módszerek jellemzőivel. Mégis, e sajátosságok szerint megkülönböztethetünk olyan intézkedéseket, amelyek a hátrányos helyzetű csoport tagjai esélyeinek kiegyenlítésére irányulnak, illetőleg olyan politikákat, eljárásokat és döntéseket, amelyek az eredményekben való egyenlőséget kívánják biztosítani. Az előbbire elsősorban a készség- és képességfejlesztő képzési programok, a felkészülést segítő anyagi juttatások jelentenek példát, míg az utóbbinak ugyancsak számos formája, sőt fokozata van.

Az eredményekben való egyenlőség esetén az előnyben részesítés enyhébb megoldásaiban két vagy több, azonos helyzetben lévő személy közül a meghatározott tulajdonságokkal rendelkező személyt részesítik előnyben az ilyen jellemzővel nem bírókkal szemben. Mint már többször utaltam rá, az ilyen különbségtétel akkor minősül pozitív megkülönböztetésnek, ha az a szempont, amelyre tekintettel a kedvezményes elbánást nyújtják, nincs közvetlen összefüggésben az intézkedés jellegével vagy céljával. Az ilyen esetekben például két azonos képzettségű, egyformán alkalmas jelölt közül a meghatározott nemű vagy etnikai (vagy más) kisebbséghez tartozót (például a női vagy cigány jelöltet) kell felvenni az egyetemre vagy a munkahelyre a férfi vagy nem cigány pályázó ellenében.⁴⁶

Ennél radikálisabb eszköznek tekinthetjük az olyan eljárást, amikor a nem a preferált csoporthoz tartozókat kirekesztik a korlátozott közjavakért folytatott versengésből, vagy versenghetnek ugyan, de a kisebbségi preferenciák akkor is érvényesülnek, ha a kisebbséghez tartozók kevésbé alkalmasak vagy kompetensek a nem kisebbségi jelöltekhez képest. Ebbe a körbe tartoznak a nők vagy meghatározott kisebbségek számára biztosított kvóták vagy alacsonyabb bejutási (hozzáférési) küszöbök.

A célok, illetve az alkalmazott eszközök szerinti csoportosításhoz képest elképzelhetők más kategorizálások, sőt, ugyanezen szempontok alapján másként is lehet osztályozni a pozitív intézkedések egyes fajtaikat.⁴⁷

A pozitív megkülönböztetés igazolási módjai

A pozitív megkülönböztetés bármely formája rendkívül erős igazolást kíván, mivel – egyes fajtáiban eltérő mértékben – alapjogot korlátoz, az egyenlő bánásmódhoz való jogot. Láttuk, hogy a személyek között jogszerűen lehet különbséget tenni, s az emberek közti egyenlőség által megkívánt diszkriminációmentes kezelésmód elsősorban az azonos jogi helyzetben lévők tekintetében érvényesül. Ám még ilyenkor sem korlátozhatatlan jog az egyenlő bánásmódhoz való jog.

Az alábbiakban sorra veszem az előnyben részesítés politikái melletti legismertebb, illetve legkidolgozottabb igazolási módokat, illetve érveket. A támogató érvek – irányait, illetve céljaikat illetően – alapvetően két csoportba sorolhatók. Egyrészt a pozitív megkülönböztetés melletti érvelések igazságossági szempontúak, amennyiben azt a meggyőződést igyekeznek kifejezni, hogy azon erkölcsi elvekből, amelyek mindenki, vagy legalábbis a társadalom többsége számára elfogadhatók, illetve amelyek egy társadalom nyugszik, kényszerítő módon következnek az olyan megerősítő intézkedések, preferenciák, amelyek szükségesek az emberek közti tényleges egyenlőség megteremtéséhez. Az igazolási kísérletek másik csoportját hasznossági vagy hatékonysági érveléseknek nevezem, minthogy olyan argumentumokon nyugszanak, amelyek szerint az egyenlőséget – mint közpolitikai célt – a hátrányos helyzetű csoportok előnyben részesítésével lehet a legjobban elérni.

A pozitív megkülönböztetés melletti legáltalánosabb igazságossági érv szerint a meghatározott tulajdonság miatti múltbéli diszkrimináció következményeinek, illetve a jelenlegi hátrányos megkülönböztetés kiküszöbölése érdekében igazolható az egyenlőtlen helyzetben lévő csoportok kollektív kedvezményezése, azaz tagjainak előnyben részesítése.⁴⁸ Valójában csak akkor van igazi egyenlőség és akkor alkalmazhatók tiszta egyenlőségi kritériumok egyenlőtlen felek között, ha mindenkinek azonos vagy megközelítőleg hasonló esélyei, lehetőségei voltak arra, hogy ezeket a feltételeket teljesítse. Ha nem ez a helyzet, akkor csak álversenyről és olyan formális egyenlőségről lehet szó, amely önmagában nem érdemes a védelemre, vagy amely nem képvisel különösebb értéket egy jól berendezett társadalomban. Álságos az a társadalom, amely eltűri, hogy például egy falusi szegény családból származó gyermek ne jusson nagyjából azonos színvonalú közjavakhoz (például hasonló szintű oktatáshoz), majd az egyetemi felvételin a teljes egyenlőségre hivatkozva gyakorlatilag továbbra is megtagadja, hogy megfelelő ok-

tatáshoz vagy műveltséghez jusson. Társadalmi méreteken kívül az államnak van lehetősége arra, hogy gondoskodjék a közjavak, a közösségi szolgáltatások nyújtásáról, illetve azok színvonaláról, ezért az is csak tőle várható, hogy a közszolgáltatásokhoz való hozzájutás problémáit orvosolja.

Fontos, hogy ne csak a közvetlen diszkriminációval szembeni fellépésre legyen lehetőség, hanem a múltbéli, bizonyítható hátrányos megkülönböztetés jelenleg is kimutatható kedvezőtlen hatásainak orvoslására is. Általában ugyanis a hátrányos helyzetű személyeket nem egyfajta, jól körülhatárolható diszkrimináció éri, hanem hátrányos helyzetük az életminőség számos összetevőjét károsan befolyásolja; a szegény, roma származású személy rendszerint rosszabb iskolákba jár, alacsonyabb szintű egészségügyi ellátáshoz jut hozzá, rosszabbul fizetett munkakörökbe lát el, és így tovább. Egyfajta diszkriminációs spirálba kerülhet bárki, aki olyan „tulajdonsággal” rendelkezik, amely hátrányosan befolyásolja saját esélyeit vagy társadalmi elfogadottságát. Minél több ilyen tulajdonság jellemzi, annál többféle és annál tartósabb hátrányos megkülönböztetés áldozata lehet.

Bár a pozitív megkülönböztetés is a diszkriminációhoz hasonlóan a különbségtétel szempontjából irreleváns személyi tulajdonságokon alapul, és kétségtelen az is, hogy hátrányos következményekkel jár a teherviselő személyekre vagy csoportokra, az ilyen „pozitív” diszkrimináció azért engedhető meg mégis, mert nem önkényes, hanem legitim célra – a tényleges egyenlőség biztosítására – irányul. Ezért ezt a különbségtételt „jóindulatú diszkriminációnak” is nevezik (*benign discrimination*). Ha a hátrányos megkülönböztetés mint olyan azért megengedhetetlen, mert azon az igazolhatatlan és elfogadhatatlan feltételezésen alapul, hogy bizonyos elidegeníthetetlen születési jellemzőkkel rendelkezők más csoportokhoz tartozó személyeknél alacsonyabb rendűek, akkor a pozitív megkülönböztetés kivonható ebből a körből, mert a hátrányos helyzetben lévő személyek előnyben részesítése egyáltalán nem azon a premisszán nyugszik, hogy ők értékesebbek lennének más csoportokhoz tartozó személyeknél.⁴⁹ Ehhez járul, hogy a jóindulatú diszkrimináció a teherviselő (vagyis a megkülönböztetés során hátrányosan kezelt személyek) számára kevésbé súlyos károkat okoz, mint a hagyományos, stigmatizáló hatású megkülönböztetés.⁵⁰

A pozitív megkülönböztetést támogató igazságossági érvek jelentős része úgy szól, hogy a hagyományos felfogás, amely szerint az állam faji, származási, nemzetiségi, nemi, vallási alapon és más, nem befolyásolható egyéni tulajdonság szerint nem te-

het különbséget polgárai között, nem vezet megfelelő eredményre, ezért az egyenlőtlen kezelés szükséges bizonyos jól meghatározható esetekben. A demokratikus társadalmak tradicionális „színvak” alkotmányossága, a meghatározott egyéni karakterjegyeket illető közömbössége a közjavak igazságtalan elosztásához vezet az olyan kisebbségek tekintetében, amelyeket épp sajátos jellemzőik alapján hátrányos megkülönböztetés ér vagy ért a múltban. Az állami beavatkozás, cselekvés hagyományos, semleges felfogása ugyanis valójában csak formális egyenlőséget eredményezhet, mert úgy kezeli a társadalom különböző csoportjait, mintha egyenlő helyzetben lennének.⁵¹ Amíg az Egyesült Államokban a hatvanas években még a valóban színvak, a faji különbségek alapján nem különböztetett alkotmány érvényesülésének, vagy amíg korábban Európában az elnyomott kisebbségekkel, illetve a nőekkel szembeni faji vagy nemi diszkrimináció felszámolása, a formális egyenlőség biztosítása volt napirenden, úgy ma már ez nem elég, és az egyenlőség újfajta értelmezésére van szükség.⁵² A formális – a jogrendszer szintjén érvényesülő – egyenlőség ugyanis nem számolta fel a valóságos egyenlőtlenégeket. Az állam az egyenlőtlen helyzetű csoportok tagjainak egyenlő kezelésével valójában konzerválja azokat a társadalmi egyenlőtlenégeket, amelyek esetleg még az etnikumok, nemzetiségek, nemek egyenlőtlen kezeléséből származnak.⁵³ A faji, nemi stb. hovatartozással szembeni állami semlegesség a realitások figyelmen kívül hagyását jelenti, mintha soha nem lett volna – például Magyarországon – a romákkal szemben faji szegregáció vagy a nőket sújtó nemi diszkrimináció.

A pozitív megkülönböztetés alkalmazását részben az indokolja, hogy a múltban érvényesülő diszkrimináció következményei akkor is hátrányokat okoznak egy-egy csoport tagjainak, ha ma már érvényesül a formálisan egyenlő kezelésmód. Ennek az az oka, hogy az úgynevezett strukturális vagy rendszerszerű diszkrimináció láncszerűen működik, illetve az általa okozott hátrányok halmozódnak, vagyis az életviszonyok számos területén érvényesülnek. Így például a faji alapú megkülönböztetés, mint például Magyarországon az évszázados cigányellenesség eredményeként az olyan következmények, mint a gettósodás, az alacsony képzettségi szint, a munkanélküliség, a gyengébb egészségügyi ellátás (és ennél fogva állapot), az alacsonyabb jövedelemi szint stb. egymással szoros összefüggésben voltak és vannak, akkor is, ha ezek közül bizonyos egyenlőtlenések esetleg már nem tudatos diszkrimináció következtében alakultak ki.⁵⁴ Ha például a múltban érvényesített oktatási diszkrimináció eredményeként egyes csoportok alacsonyabb átlagos képzettséget szereztek, akkor az

ebből eredő hátrányok végigkísérik későbbi szereplésüket a munkaerőpiacon, ennél fogva alacsonyabb lesz a jövedelmük, rosszabb helyeken fognak lakni, ahol csak gyengébb színvonalú közszolgáltatásokhoz juthatnak hozzá és így tovább, még akkor is, ha az egyéb hátrányok közvetlen oka már nem a tudatos faji alapú megkülönböztetés.

Bár a sajátos egyéni karakterjegyek vonatkozásában semleges, közömbös állam, a „színvak” alkotmányosság felfogását általában a pozitív megkülönböztetést támogatók is kívánatosnak tartják, mivel maga a társadalom nem színvak és a valóságban nincs nemi egyenlőség, ezért az etnikai vagy a nemi hovatartozást figyelembe kell venni mindaddig, amíg a tényleges egyenlőség meg nem valósul. A „pozitív diszkrimináció”, legalábbis ideiglenesen, elkerülhetetlen ahhoz, hogy ne csak papíron, hanem a valóságban is egyenlő méltóságú személyként élhessen mindenki, bármilyen egyéni jellemzőkkel született is. Általában ezért a megerősítő intézkedéseket, a fizikai tulajdonságokon alapuló előnyben részesítést ideiglenes, kivételes eljárásoknak tekintik.⁵⁵

Ezekből az érvekből kitűnik, hogy a pozitív megkülönböztetés híveinek egyenlőségfelfogása gyakran túllép az egyenlő kezelésmód követelményein, és más tartalmat kíván adni az egyenlőség ideájának. Ezt gyakran nevezik „szubsztantív”, „tényleges”, „társadalmi” igazságosságnak, szemben a csak a jog által biztosított, formális egyenlőséggel. A társadalmi igazságosság a hatalom és a források egyenlőbb elosztásához vezet a társadalmi csoportok között, mint az egyenlő bánásmód hagyományos követelménye.⁵⁶ Az igazságosság nem annyira a törvény előtti egyenlőséget jelenti, hanem a gazdasági, társadalmi, szociális és politikai előnyök, illetve a hatalom megosztását bizonyos társadalmi csoportok között (szubsztantív igazságosság teóriája).⁵⁷ Ha tehát a formális jogegyenlőség nem eredményezi a társadalmi javak (jogok, erőforrások, lehetőségek) tisztességes elosztását az egyes csoportok között, akkor szükség van olyan eszközökre és eljárásokra, amelyekkel a szubsztantív igazságosság megvalósítható.

A pozitív megkülönböztetés elméleteit a szubsztantív egyenlőségfelfogás mellett az eredményekben való egyenlőségre törekvéssel is jellemezhetjük. Eszerint önmagában az esélyegyenlőség nem biztosítható csupán a diszkrimináció tilalmával, illetve a társadalmi egyenlőtlenségek mértéke és kiterjedtsége azt bizonyítja, hogy a formális jogegyenlőség nem

eredményes, ezért indokolt, hogy a tényleges egyenlőséget közvetlen módon éréjk el. Ez már nemcsak a korlátozottan rendelkezésre álló közjavakért folytatott versengés egyenlő feltételeinek garantálását tűzi célul, hanem magát a verseny eredményét kívánja befolyásolni a kívánatosnak tartott elosztás biztosítása érdekében (az eredményelvű egyenlőség érve).⁵⁸

A pozitív megkülönböztetés igazolásaira nemcsak az egyenlőség tartalmának szélesebb értelmezése jellemző, hanem a klasszikus individualista igazság-

osságfelfogás elvetése, legalábbis háttérbe szorítása is, a csoportelvű igazságosság javára. Az egyenlő bánásmód individualista alapokon, a közpolitika nemi és faji értelemben semleges koncepcióján nyugszik.⁵⁹ A diszkrimináció tilalmának, illetve az egyenlő kezelésmódnak a hagyományos individualista felfogása alapján a pozitív megkülönböztetés megengedhetetlen, mert az egyéni jogokkal nem lehet szembeállítani valamely csoport általános érdeke-

it. Ezzel szemben a hátrányos helyzetű személyek előnyös kezelése melletti érvelések szerint az egyéni érdekeknél nagyobb súllyal esnek latba a társadalmi érdekek – az elosztás igazságosságának elsősorban a társadalmi csoportok között kell érvényesülnie (a csoportelvű igazságosság koncepciója). E felfogás szerint például a nőknek a férfakkal kiegyensúlyozott módon van joguk a politikai döntéshozatalban való részvételre (azaz a hatalom és a befolyás tekintetében a nőket a férfakkal egyenlő képviselői illeti),⁶⁰ illetve az egyes kisebbségeknek a népességben fennálló arányuknak megfelelően kell részesülniük a közjavakban (a társadalmi arányosság elve). A társadalmi arányosság érve azon a feltételezésen alapul, hogy a férfiak és a nők, a fehérek és a feketék, illetve az egyes főbb társadalmi csoportokhoz tartozók összességében azonos képességekkel és tehetséggel rendelkeznek, aminek – normális esetben – a közjavak elosztásában is meg kellene mutatkoznia; például a jelentősebb etnikai közösségeknek többé-kevésbé a népességben belüli arányukban kellene jelen lenniük minden pozícióban. Ezért ahol ez nem érvényesül, ott alapos ok van strukturális diszkrimináció feltételezésére.⁶¹

Az igazságossági alapú érvelések egy másik iránya a korlátozottan rendelkezésre álló közjavak hagyományos elosztási elveinek bírálatából indul ki. Az ilyen szolgáltatásokat, jogokat, támogatásokat – éppen korlátozott mennyiségük miatt – nem lehet alanyi jogon szétosztani, ezért azokat vagy rászorultsági elven, vagy érdemek szerint osztják el. Azt hi-

szem, a pozitív megkülönböztetés hívei által többnyire vallott társadalmi igazságossággal teljesen összeegyeztethető a rászorultsági elv, azonban azzal ellentétes az egyéni teljesítmények meghatározó szerepe, amely az individualista igazságosság-felfogásokban foglal el központi helyet.

Az érdemek vagy teljesítmény szerinti elosztás bírálati részben megmaradnak az eltérő igazságosságelméletek összeadásának keretei között, sokszor azonban nem különböztethetők meg a pozitív megkülönböztetéssel összefüggő hatékonysági érvelésektől. Inkább a szubsztantív igazságosság alapjáról érik kritikák e kiválasztási, osztályozási elveket, azzal a szokásos érveléssel, hogy az érdemeken alapuló rendszer nem objektív, és – szemben a közvélekedéssel – a teljesítmény nem könnyen mérhető, s nem is feltétlenül releváns értékelési szempont. Ráadásul a kiválasztás konkrét feltételeit általában a domináns csoportok határozzák meg, akik ennek során saját kulturális standardjait érvényesítik. Hasonló érveléssel például feminista bírálók a kiválasztási eljárások diszkriminatív jellegét sokszor azok maszkulin jellemzőivel próbálják bizonyítani.⁶²

Különböben is, az érdemek szerinti kiválasztás rendre már annak hagyományos formáiban sem érvényesül kizárólagosan: azok, akik fennakadnak a faji, más származási vagy nemi hovatartozás figyelembevételén, általában nem tiltakoznak, amikor más szokásos, ám hasonlóan irreleváns szempont kerül beszámításra.⁶³ Ezért azoknak, teszem hozzá, akik tiltakoznak amiatt, hogy az etnikai származás vagy a nőneműség előnyt jelent egymással azonos jogi helyzetben lévők között az állam általi választás során, éppígy kellene vélekedniük a kiemelkedő sportolók vagy az ígéretes művészcsémének kedvezményes egyetemi befogadásáról is (feltéve persze, hogy nem speciális sport- vagy művészeti képzésről van szó).⁶⁴

Már a hasznossági érvek körébe sorolható az a vélekedés, amely szerint a legtöbb teljesítményen alapuló szelekciós eljárás nem tökéletes, mert nem nyújt olyan kifinomult és biztonságos módszert, amellyel több azonos képzettségű személy közül diszkriminációmentesen, azaz valóban objektív alapon lehet választani.⁶⁵ Ilyen helyzetben pedig mindig hasznosabb a kisebbségi jelöltet (igénylőt) választani, mint a társadalmi különbségeket konzerválva a többségi csoporthoz tartozót. Így a megerősítő intézkedések bizonyos esetekben (vagyis amikor ésszerű teszt alapján a közjavakra pályázók között nem lehet objektív különbséget tenni) valójában tökéletesítik az érdemeken alapuló elosztás rendszerét.⁶⁶

Ez a fajta érvelés tehát abban az értelemben hasznossági argumentáció, hogy támadja a hagyományos, érdemeken alapuló kiválasztási rendszer alkalmassá-

gát arra, hogy kizárólag ezen az alapon kerüljenek elosztásra a szóban forgó javak.⁶⁷ Az egyetemi felvételi tesztek például, amelyek az érdem- vagy teljesítményalapú szelekció mintapéldái, túl nagy hangsúlyt helyeznek a múltbéli teljesítményre és túl keveset a jövőben várható előnyökre, s azon a feltevésen alapulnak, hogy a felvételi eredmény, illetve az alkalmasság és a későbbi tanulmányi teljesítmény között összefüggés van. Márpedig ez nem abszolút összefüggés – a felvételi tesztek nem pontos mércéi a jövőbeli teljesítménynek vagy a későbbi alkalmasságnak.⁶⁸

A pozitív megkülönböztetés melletti további hasznossági érv szerint a hátrányos, korábban kiszorított helyzetben lévő csoportok előnyben részesítésétől s ezáltal bevonásától speciális előnyök várhatók. Például a nők befogadása a férfiak dominálta szektorokba új tapasztalatokat, attitűdöket és problémamegoldó módszereket integrál egy adott szervezetbe,⁶⁹ a sokszínűség által, vagyis az eltérő etnikumú, így különböző társadalmi háttérű és gondolkodású diákok integrálásától oktatási előnyök remélhetők⁷⁰ és így tovább.

Végül fontos hangsúlyozni azt, hogy a pozitív megkülönböztetés igazolásai a rendszerint nem megengedett alapon történő különbségtételt, vagyis a megkülönböztetés szempontjából közömbös jellemző szerinti előnyben részesítést csak meghatározott feltételek mellett támogatják.

Az enyhébb kvótarendszer esetén – melyet néha „rugalmas kvótának” vagy kötelező előnyben részesítési szabálynak neveznek (amikor két vagy több, azonosan alkalmas jelölt közül a kisebbségi pályázót/igénylőt preferálják – például feltétel lehet az azonos képzettség, illetve alkalmasság, valamint a támogatott csoport alulreprézantáltsága az adott területen,⁷¹ de egyéb követelmények is előfordulhatnak.⁷² A preferált kisebbség alulreprézantáltsága egyébként még a „merek” vagy „kemény” kvótáknál⁷³ is feltétel, ami a kvóták alkalmazásának természetes korlátot állít, vagyis azokat addig lehet alkalmazni, ameddig az adott területen ki nem alakul az egyes kisebbségeknek a népességben belüli arányuk szerinti részesevése. Mások a kvóták alkalmazása során a hatékonyság (valóban nő-e az adott kisebbség aránya a kedvezményezett körben) és a legitimitáció (indokolt-e az adott életviszony esetén arányosságra törekedni) követelményét hangsúlyozzák.⁷⁴

Az Egyesült Államokban a pozitív megkülönböztetés felülvizsgálatakor különböző tesztek alkalmaznak, amelyek az irreleváns szempontokon nyugvó egyenlőtlen kezelés megengedhetőségéhez más feltételeket fűznek, attól függően, hogy a különbségtétel a faji, a nemi hovatartozás vagy más közömbös szempontnak megfelelően történik-e. Ame-

rikában a faji alapú megkülönböztetés az évtizedes joggyakorlat szerint eleve „gyanús”, felülvizsgálata során a bíróságoknak úgynevezett szigorú vizsgálatot (*strict scrutiny*) kell végezniük. Ennek alapján azon két követelmény érvényesülését vizsgálják, amelyek feltétlenül szükségesek ahhoz, hogy a faji szempontú megkülönböztetés alkotmányos legyen. Egyrészt az állampolgárok faji osztályozására, illetve az azon alapuló eltérő kezelésmódra csak úgynevezett kényszerítő állami érdek (*compelling government interest*) esetén van lehetőség, másrészt a megkülönböztetést szigorúan csak e cél érdekében lehet alkalmazni (*narrowly tailoring*).⁷⁵ Enyhébb tesztet használnak a nemi megkülönböztetés alkotmányosságának felülvizsgálata során, ahol csak azt ellenőrzik, hogy a különbségtétel ésszerű indokon alapult-e.⁷⁶ A pozitív megkülönböztetésekkel kapcsolatos ügyekben ezért elsősorban azt szokták vizsgálni, hogy az eltérő kezelésmódnak van-e ilyen kényszerítő indoka, illetve az alkalmazott megkülönböztetés nem megy-e túl a feltétlenül szükséges mértéken. A faji preferenciák alkalmazását az egyetemi felvételik során például azért találták alkotmányosnak, mert a faji sokszínűség biztosítását elismerték ilyen közérdeknek, feltéve, hogy a szelekció során más személyes szempontok is mérlegelésre kerülnek.⁷⁷

A pozitív megkülönböztetés alkalmazásának feltételei a konkrét céltól függően is eltérők lehetnek. A már említett kompenzációs típusú megerősítő intézkedéseket például ugyancsak Amerikában csak akkor tartják megengedhetőnek, ha a korábbi diszkrimináció bizonyított, és csak az az intézmény alkalmazhat ilyen eszközöket, amely a múltban igazolhatóan maga is diszkriminatív gyakorlatot folytatott.⁷⁸

A POZITÍV MEGKÜLÖNBÖZTETÉS ÉRTÉKELÉSÉNEK ELŐKÉRDÉSEI

Ahhoz, hogy a pozitív megkülönböztetés igazolása elfogadható legyen s alkalmazásai legitim közpolitikai döntéseként jelenhessenek meg, azt kell bizonyítani, hogy a megkülönböztetés szempontjából irreleváns jellemzőkön alapuló előnyben részesítés – legalábbis bizonyos esetekben vagy feltételek mellett – nem minősül diszkriminációnak.

De hogyan dönthetjük el, hogy a pozitív megkülönböztetés egyes eszközei megengedhetőek-e, ha az egyes egyenlőségfelfogások eltérő értékválasztásokon nyugszanak, vagy ha a faji, nemi stb. preferenciák híveinek egy része szerint ezek még akkor is legitim intézkedések, ha a diszkrimináció egy formáját jelentik. Ha az ezzel kapcsolatos közösségi politikák megítélése olyan szélsőséges nézetkülönbségeket ge-

nerál, amelyek kölcsönösen kizárják egymást, vajon nem helyesebb-e e vitákat egyszerűen a demokratikus döntéshozatali eljárásokra utalnunk azzal, hogy nem lehetséges olyan normatív elveket, követelményeket meghatározni, amelyek eleve megkövetelik vagy kizárják a pozitív megkülönböztetés egyes formáinak alkalmazását?

Ebben a fejezetben amellet fogok érvelni, hogy az egyenlőség mint közösségi elv, legitim társadalmopolitikai cél elérése vagy elősegítése érdekében a pozitív megkülönböztetéseknek csak bizonyos fajtái elfogadhatók, vagy ha úgy tetszik, helyesek. Azt állítom, hogy a közösségi döntéshozatal néhány olyan normája alapján, amelyeket alapos okunk van elfogadni, az előnyben részesítés politikája számára olyan tartalmi követelményeket kell felállítani, amelyek bizony kizárnak egyes intézkedéseket, eszközöket és szakpolitikai megoldásokat, amelyeket hagyományosan a pozitív megkülönböztetés körébe szoktak sorolni.

Ennek bizonyításához két előkérdésre kell választ keresnünk. Az egyik arra vonatkozik, hogy az állam milyen módszerrel választhat egymással versengő egyenlőségfelfogások és igazolások között, különös tekintettel arra, hogy azok alapvetően megosztják a társadalom egyes csoportjait vagy tagjait. Az egyenlőség különböző tartalmi követelményei és magyarázatai eltérő eredményekhez, illetve következményekhez vezetnek. Ezért vagy azt kell mondanunk, hogy az állami tevékenység csak egy bizonyos egyenlőségfelfogást (nyilván az általunk támogatott koncepciót) követhet, vagy pedig azt, hogy az egyenlőség bármilyen vagy bármelyik értelmezését választja is, vannak olyan kényszerítő okok, amelyek kizárják (vagy ellenkezőleg, megkövetelik) a pozitív megkülönböztetés bizonyos, remélhetőleg jól körülhatárolható formáit.

Másrészt, ha olyan ambícióink van, hogy normatív követelményeket állapítsunk meg a közpolitikai döntéshozatal számára, akkor arról is nyilatkoznunk kell, hogy milyen ismervek alapján kívánjuk meghatározni vagy értékelni a közösségi döntések helyességét. Ez egyfelől amiatt szükséges, hogy álláspontunk vagy végkövetkeztetésünk több legyen, mint saját szubjektív értékválasztásunk ajánlása mások számára, másfelől azért is fontos, hogy konklúzióink ellenőrizhető legyen.

Minél jobban sikerül az állami beavatkozás számára szükséges vagy kívánatos egyenlőségfelfogást körülhatárolnunk, valamint a jó vagy helyes közösségi döntések kritériumait meghatározni, annál nagyobb esélye van annak, hogy az általunk javasolt megoldás mások számára is elfogadható vagy legalábbis tolerálható lesz.

Csak ezt követően veszem szemügyre alaposabban a pozitív megkülönböztetés melletti érveket. Itt kétféle érvelési stratégiát fogok követni. Egyrészt megvizsgálom az egyenlőtlen kezelésmód egyes formáinak indoklását. Szerencsére a „pozitív diszkrimináció” megengedhetőségéről folytatott elméleti viták résztvevői azonos, illetve közös célokat követnek – az egyenlőség érvényesítését –, bármelyik oldalon álljanak is a vitában. Ehhez járul, hogy általában még a politikák fontosabb elméletei is elismerik az irreleváns jellemzőkön alapuló különbségtétel ideiglenes és kivételes jellegét. Így a bizonyítási teher feltétlenül a pozitív megkülönböztetést – az egyenlő bánásmód ideiglenes felfüggesztését – ajánlók oldalán van, s elvileg elégséges kimutatni, hogy a támogató érvek nem igazolják megfelelően az egyes kivételes intézkedések, a preferenciális kezelés állami alkalmazását. Ezt a fentiek alapján kétféleképpen lehet kimutatni. Először is úgy, ha bebizonyítjuk, hogy a pozitív megkülönböztetés ellentétben áll az állami tevékenység számára kötelező egyenlőségfelfogás követelményeivel (már amennyiben vannak ilyen követelmények). Másodszor: azt is elegendő igazolni, hogy a preferenciális kezelés nem felel meg a helyes közösségi döntések kritériumainak – persze csak akkor, ha előzőleg sikerült ilyen ismérveket találnunk.

Én azonban többre törekszem a negatív bizonyításnál. Azt szeretném igazolni – és ez a másik érvelési stratégiám –, hogy a pozitív megkülönböztetés egyes jól körülhatárolható fajtái mellett nem is hozhatók fel megfelelő érvek, s ezért azok alkalmazása semmilyen esetben sem helyes.

Végül meg kell jegyeznem, hogy az alábbi bizonyítási kísérlet során mindvégig abból indulok ki, hogy a magyar társadalomban jelentős megkülönböztetés érvényesül egyes személyek és bizonyos csoportok tagjai között olyan személyi vagy csoportjellemzők alapján, amelyek az állami kezelésmód szempontjából irrelevánsak, s mint ilyenek, önkényesek, azaz diszkriminatívak. A diszkrimináció pedig ellentétben az egyenlőség bármely felfogásával, ezért az ellene való küzdelem nem pusztán legitim cél a kormányzati tevékenység számára, hanem egyenesen kötelezettség is.

A vita tehát nem a strukturális és eseti, a faji, nemi, társadalmi státusbeli stb. diszkriminációval szemben való fellépés szükségességéről folyhat, hanem arról, hogy annak melyek a helyes, az állam által alkalmazható eszközei.

Hogyan válasszon az állam egyenlőségfelfogást?

Ha az egyenlőségnek valóban olyan különböző tartalmakat lehet tulajdonítani, és olyan eltérő módon

lehet azokat igazolni, hogy az végletesen megosztja a társadalom tagjait, akkor felmerül a kérdés, hogy az állam hogyan válassza ki e versengő, a társadalomban eltérő támogatottságot élvező, de egyaránt jelen lévő, rivális elméletek közül azt az értelmezést, amelyet nem csupán a magáévá tesz, de amelyre a közjavak elosztásának politikáját is alapítja, s amely így mindenki számára elkerülhetetlen hatással jár. Úgy tűnik, bármely felfogás mellett dönt is, nem kerülheti el, hogy megsértse polgárai egy részének meggyőződéseit, értékválasztásait. De hát ez szinte minden olyan kormányzati intézkedés esetében is fennáll, amelyek tárgya igazságossági megfontolásokon nyugszik, hiszen bármely döntés megoszthatja a lakosság vagy a címzettek körét. Ezért úgy tűnik, hogy lényegében mindegy, milyen igazságossági, egyenlőségi megfontolásokat alkalmaz az állam, mivel az ilyen típusú közpolitikai döntésekkel nem állíthatók szembe tartalmi követelmények, csupán eljárási típusúak (a döntés demokratikus és jogszerű eljárás eredményeképp szülessen meg), illetve csak bizonyos pragmatikus megfontolások érvényesíthetők (például a legelfogadottabb vagy a legkevésbé megosztó változat mellett döntsenek).

Csak hogy az egyenlőség tartalmát és igazolását illetően a kormányzati politikának nem kötelező választania, sőt mérlegelési jogköre felettébb korlátozott.

Láttuk, hogy Magyarországon az egyenlőség alkotmányos alapjog, amelyet az alkotmány 70/A. § (1) bekezdése tartalmaz és több más rendelkezése egészít ki, illetve pontosít. Az alkotmány a fentebb kifejtett egyenlőségkategóriák közül a jogegyenlőségre helyezi a hangsúlyt, amit a területén tartózkodó valamennyi személy számára biztosít. Azt is rögzítettük, hogy ez a valóságban az állami tevékenység valamennyi formáját illetően, minden jogviszonyra kiterjedő olyan kötelezettség, amely az egyenlő kezelésmód követelményét jelenti, vagyis az önkényes megkülönböztetés tilalmát, mindenki személyes körülményeinek azonos gondosságú mérlegelését és így tovább.

Mivel az állami szervek működésének egyik legfontosabb sajátossága és egyben követelménye a joghoz kötöttség, illetve a jogszerűség elve, az állam számára az egyenlőség elvének a jog által meghatározott felfogása az irányadó, bármi legyen is az.

A valóságban lényegében mindig a jogi szabályozás közvetíti az egyenlő bánásmód követelményének érvényesítési módját, illetve a jog határolja körül a kormányzati cselekvés lehetőségeit. Az európai jogállamokban az egyenlőség kritériumai, keretfeltételei a kormányzás számára igen gyakran alkotmányos követelmények formájában kerülnek meghatározás-

ra, s ez különösen igaz a pozitív megkülönböztetés intézményére. Ezek vizsgálata során az alkotmányos-jogi definíciókban elsősorban nem olyan jogi-kodifikációs fogalmakat kell látnunk, amelyek a bírósági jogalkalmazás kereteit jelölik ki, hanem olyan ismereteket, amelyek a kormányzati politikák és a közigazgatási tevékenység számára is irányelvül szolgálhatnak a közösségi döntések meghozatalához.

Az, hogy a kormányzati tevékenység számára az egyenlő kezelésmód az egyenlőség kötelező értelmezési módja, nem jelenti azt, hogy az állami redistribúció során a közpolitikának ne lenne semmilyen mérlegelési szabadsága. Sőt, egyes részpolitikáinak kialakításakor – eltérő mértékben, de – érvényesíthető akár a materiális egyenlőség,⁷⁹ akár a csak az alapjogokra vonatkoztatott egyenlőség, feltéve, hogy annak alkalmazása összhangba hozható az egyenlő kezelésmód követelményeivel. Mindez azonban nem változtat azon, hogy bármilyen elosztási elvet alkalmazzon is az állam, annak ki kell állnia az egyenlő bánásmód tesztjét.

A közösségi döntések megfelelőségének ismérvei

A végeláthatatlan közpolitikai viták gyakori sikertelenségének talán legfőbb oka az, hogy a szembenálló felek között nincs konszenzus arról, hogy a közösségi döntések megfelelőségének melyek az ismérvei, vagyis milyen körülmények között mondhatjuk el egy kormányzati döntésről, intézkedésről vagy programról, hogy jó vagy helyes. Persze a véleménykülönbségek oka a legtöbbször az, hogy a vitázók különböző célokat határoznak meg, amelyek eltérő állami cselekvést igényelnek. Márpedig ilyen esetben akkor sem kerülnek közelebb a megegyezéshez, ha a közösségi választások helyességéről hasonlóan gondolkodnak.

Ez azonban nincs feltétlenül így. Bár nem állítom, hogy a közösségi döntések megfelelőségének normatív módon, előre, minden esetre alkalmazhatóan meghatározhatók lennének a szempontjai, amelyek megfelelő használatával minden ügyben mindenkinek azonos következtetésre kellene jutnia, ám azt igen, hogy e kritériumok konszenzusos megállapítása sokszor segíthetne a kompromisszumok kialakításában. Az ilyen ismervek ugyanis – szerencsés esetben – már a legitím célok kijelöléséhez, illetve a lehetséges célok közti hierarchia felállításához is fogódzókat nyújthatnak, ami már a döntéshozatali folyamat kezdetén konszenzuskeresésre ösztönöz.

De vajon hogyan dönthető el, hogy a – bármilyen tárgyú – közösségi döntések helyesek-e vagy sem? Meg lehet-e határozni a közpolitikai választások megfelelőségének olyan általános kritériumait, amelyek az egyedi esetekben is értelmesen alkalmazhatók, s ha igen, vajon melyek ezek?

A válasz természetszerűleg az, hogy egy közösségi döntés akkor helyes vagy jó, ha eléri célját, azaz kifejti azt a hatást, eredményt, amelynek érdekében hozták. Az eredményességi (vagy hatásossági) kritérium önmagában azonban elég keveset mond, hiszen nem mindegy, milyen célból alkották meg, s a cél elérésének milyen ára, ha úgy tetszik, társadalmi költsége van. Ezen túl a kormányzati szakpolitikák helyességét jelentősen befolyásolja azok hatékonysága is, vagyis az a mutató, hogy a célt mekkora ráfordítással éri el. A leggyakoribb mutató ezért a közpolitikai cél eléréséhez való hozzájárulás, amelynek kritériumrendszerét a legtöbbször az eredményesség/hatékonyság/hatásosság hármásával szokták megadni, amely szerint akkor helyes egy döntés, ha

- eléri azt a célt, amelynek érdekében hozták (cél/eredmény), ezt
- a rendelkezésre álló erőforrások optimális vagy legalábbis ésszerű felhasználásával érték el (output/input); és
- megvalósítása a remélt (társadalmi) hatást érte el.

Mások ehelyett (esetleg emellett) a közösségi döntések legitimitációján keresztül mérik azok megfelelőségét. Eszerint a közpolitika akkor helyes, ha találkozik a közvélemény többségének egyetértésével és támogatásával – néha függetlenül az eredményességi vagy hatékonysági jellemzőktől. Ez a felfogás igyekszik kiküszöbölni az eredményesség/hatékonyság/hatásosság kritériumrendszer semleges jellegéből eredő problémákat, oly módon, hogy nem csupán neutrális célszerűségi, hanem társadalompolitikai szempontokat is figyelembe vesz. Ez különösen az olyan esetekben vezet az előző megközelítéshez képest eltérő közösségi politikákhoz, amelyek élesen megosztják a közvéleményt, vagy amelyek eredményessége, hatékonysága vagy hatásossága nehezen vagy egyáltalán nem mérhető egzakt módon. A legitimitációs típusú kritériumok közé tartoznak az olyan felfogások is, amelyek nem a társadalom többsége általi elfogadást teszik meg a helyesség mércéjévé, hanem más közösség helyeslését (például a politikai döntéshozók vagy egy meghatározott társadalmi csoport támogatásán mérik a közpolitika megfelelőségét).

A LEGITIMÁCIÓS TÍPUSÚ KRITÉRIUMOK KÖZÉ TARTOZNAK AZ OLYAN FELFOGÁSOK IS, AMELYEK NEM A TÁRSADALOM TÖBBSÉGE ÁLTALI ELFOGADÁST TESZIK MEG A HELYESSÉG MÉRCÉJÉVÉ, HANEM MÁS KÖZÖSSÉG HELYESLÉSÉT.

Megint más a helyzet, ha a közösségi politikákától bizonyos abszolút értékek megvalósítását várjuk. Ilyenkor ugyanis a közösségi döntések megfelelőségének egyetlen mércéje a transzcendens (úgy érttem, egy adott rendszeren kívüli) érték elérése. Ez a megközelítés mindkét előző felfogásra sokban hasonlít, de lényegesen különbözik is azoktól. Egyfelől határossági ismérven nyugszik, ám kevésbé fontos a hatékonyság kritériuma. Legitimációs annyiban, amennyiben a legitim cél elérése a megfelelőség mércéje, de az nem a közvélemény (vagy a döntés által érintettek) értékelésén (elfogadásán) nyugszik (vagyis nem fontos, hogy a többség magát a célt elfogadja).

A valóságban mindhárom kritériumrendszer megjelenik és alapul szolgál a közpolitika vagy egy-egy közösségi döntés megítéléséhez. Gyakran nem is különböztethetők meg egymástól, hiszen a döntés legitim volta beépíthető az eredményesség kritériumai közé (például a kívánt hatást olyan döntéssel kell elérni, amely többségi támogatást élvez). Mégis, az eredményesség/hatékonyság/határosság normarendszer leginkább világosan meghatározott célok esetén, különösen egyes konkrét szakpolitikai irányok, döntések tekintetében érvényesül, míg a jelentős társadalmi figyelmet keltő, politikailag érzékeny problémák kezelésére inkább a legitimációs értékelés jellemző, ismét más esetekben a transzcendens értékek érvényesülése az egyedüli szempont. Sarkítva e felfogások különbségeit, ha például a kisközségi önkormányzatok reformjának irányairól van szó, az eredményesség/hatékonyság/határosság kritériumra a legjellemzőbb a minimális önkormányzati méret nagyság meghatározása lesz, a legitimációs megközelítés a politikailag vagy társadalmilag leginkább elfogadható megoldást fogja keresni (bármilyen legyen is az), a transzcendentális filozófia pedig – mondjuk – csak olyan megoldásokat tart elfogadhatónak, amelyek megőrzik (vagy ellenkezőleg, felszámolják) a kisközségi önkormányzatokat, annak megfelelően, hogy mit tekintenek önértéknek.

Bármilyen eljárást használunk is a közösségi politikák (mint amilyen az állam által alkalmazott pozitív megkülönböztetés is) helyességének meghatározásához, bizonyos feltételeknek valamennyi döntésnek meg kell felelnie. Ezért két vagy több döntési alternatíva közül mindig azt kell választani, amelyik jobban megfelel e feltételeknek.

Ilyen természetes követelmény, hogy a döntés jogszerű legyen.⁸⁰ Bizonyosan alapkövetelmény az is, hogy a közösségi döntéseknek legitim célja kell hogy legyen, amelyek az alkalmazott eszközökkel elérhetők. Közösségi források nyilvánvalóan éppúgy nem

használhatók fel például magáncélra, ahogy nem vehetők igénybe megvalósíthatatlan célkitűzések érdekében. Ezek tehát olyan feltétlenül érvényesítendő követelmények, amelyek hiánya akadálya egy közösségi döntés, intézkedés, program végrehajtásának; nem lehetséges a kevésbé jogszerű vagy a csak kicsit alkalmatlan utat választani. Más megfogalmazásban e követelmények figyelmen kívül hagyása, megsértése a lehető legmagasabb társadalmi költséget jelenti, amelyet semmiképp sem akarunk megfizetni – amennyiben elfogadjuk, hogy az említett értékek a közösségi döntések során alkalmazandó értékhierarchia legfelső kategóriájába tartoznak.

Ezek az alapvető – mindenki által elfogadható – követelmények természetesen önmagukban nem alkalmasak arra, hogy több döntési alternatíva közül az alkalmazásukkal kiválasszuk az optimális megoldást, de a választási lehetőségek közül bizonyos szelekció elvégezhető a segítségükkel, illetőleg irányelvül szolgálnak bármely közpolitikai döntéshozatal számára.

Ahhoz, hogy a közpolitika-alkotás számára jobban alkalmazható normatív szabályokat kapjunk, meg kell határoznunk az értékhierarchia egy vagy több olyan szintjét, amelyek érvényesítése ugyan szintén kívánatos, ám nem feltétlen követelmény. Amíg tehát a szerzett jogok vagy a törvény előtti egyenlőség alkotmányos mércéje abszolút követelményeket állít a közpolitika-alkotás elé, addig ezek olyan puha, gyakran szubjektív értékítéleteken nyugvó szempontok, amelyek követése célszerű, ám nem jelentenek kényszerítő erejű feltételeket.

Mivel az állam legfontosabb kötelezettsége, hogy biztosítsa az alapvető jogokat, azok tiszteletben tartását is ide kell sorolnunk. Az alapjogok érvényesítése azért nem került az értékhierarchia legfőbb csoportjába, mert ebben az esetben a jogok szükségszerű kollíziója esetén egyetlen közpolitikai opció sem lenne választható, hiszen számos közösségi döntés elkerülhetetlenül alapjog-korlátozással jár. Ennek elvi megengedésével azonban megnyílik az út afelé, hogy az alkotmányos jogok tiszteletben tartása a helyes közpolitikai döntések egyik legfontosabb, ám ésszerűen korlátozható ismérve legyen. Ennek folytán a versengő közpolitikai opciók közül azt kell választani, amely a legkisebb, még szükséges jogkorlátozással jár.⁸¹ Ebben a kontextusban tehát a közösségi döntések teherviselőinek okozott jogkorlátozás mint a kormányzati tevékenység egyik társadalmi költségtetele jelenik meg. Ezt a szempontot ezért a harmadik személyeknek okozott jogsérelem minimalizálása követelményének nevezhetjük.

Egy további lényeges megfelelőségi feltétel lehet a lehető legkisebb társadalmi költség elve,⁸² ami azt

jelenti, hogy a legitim cél elérését a leginkább költséghatékony módon kell megvalósítani. A közösségi döntések végrehajtási költségei minimalizálásának körében említhető az elérhető előnyök maximalizálása, valamint az e költségeknek a társadalom tagjai, csoportjai között való szétterítése elve.

A szakpolitikák értékelésének nyilván még további elvei határozhatók meg, és az sem kétséges, hogy e szempontok további követelményekre bonthatók, azaz az értékelés további szintjeit lehet meghatározni (a terhek szétterítésének módja például bizonyos költségek esetében lehet az arányos közteherviselés, másoknál a haszonélvezők köre, megint másoknál tiszta egalitárius hozzájárulás követelhető meg és így tovább). Mégis, a felsorolt rendezőelvek konszenzusos kereteket jelenthetnek az állam egyenlőségi politikája számára, illetőleg igazolási kényszert raknak azokra, akik más szempontok alapján kívánják megítélni az erre irányuló kormányzati szakpolitikák helyességét.

Ha a fenti értékelési szempontok konszenzust élveznének, akkor azt kellene mondanunk, hogy két vagy több döntési alternatíva közül az érdemel támogatást, amely

- jogszerű,
- alkalmas a legitim cél elérésére, illetőleg
- a legkisebb alapjogsérelmet okozza mások számára, ugyanakkor
- a legkisebb társadalmi költséggel
- a lehető legnagyobb előny várható az alkalmazásától,
- s megvalósításának terhei megoszlanak a költségviselők között.

A POZITÍV MEGKÜLÖNBÖZTETÉS IGAZOLÁSI PROBLÉMÁI

Az eltérő kezelésmódra vonatkozó diskurzus tárgya elsősorban az, hogy az alkalmazásától várható hasznok elérésének módja legitim-e, vagy másképp, hogy a társadalmi költségek/hasznok egyenlege pozitív vagy negatív. Az ezzel foglalkozó magyarázatokat továbbra is igazságossági érveléseknek tekintem, szemben a hasznossági érvekkel, amelyek a pozitív megkülönböztetés eredményességével kapcsolatosak, és arra a kérdésre irányulnak, hogy az általában alkalmazott eszközök valóban elérik-e a kitűzött célokat.

A pozitív diszkrimináció elismerten megkülönböztetés, amely igazolásra szorul, ha egyszer a jog-egyenlőség alapvető érték, és maga a pozitív diszkrimináció is a tényleges egyenlőség megvalósulását

célozza. Ezért ezeket az intézkedéseket rendszerint még támogatói is ideiglenesnek, a fő szabálytól eltérőnek tekintik, amelyekre legfeljebb addig van szükség, illetve lehetőség, amíg a tényleges egyenlőség meg nem valósul. Ezért a pozitív megkülönböztetés támogatói és ellenzői a vita szempontjából nincsenek egyenlő vagy paritásos viszonyban, mert amíg a kedvezményes bánásmód igazolásának hiánya elegendő a pozitív megkülönböztetés elutasításához, addig az egyenlő kezelésmód önmagában nem igényel igazolást, hisz azt mindkét fél elérendő célnak tartja. Ezért először azt próbálom bizonyítani, hogy a pozitív megkülönböztetés melletti érvek csak korlátozott mértékben relevánsak, s így nem elegendők ahhoz, hogy a megerősítő intézkedések bizonyos formáit megfelelően igazolják.

Ezen kívül azonban, mint jeleztem, emellett is érvelni fogok, hogy az előnyben részesítés bizonyos formái, amelyek során a megkülönböztetés a különbségtétel szempontjából irreleváns jellemzőkön alapul, egyáltalán nem igazolható, s az ilyen eszközök felhasználása sohasem lehet helyes a kormányzati politika számára.

A pozitív megkülönböztetés melletti igazságossági típusú érvek egyik legfőbb jellemzője, mint láttuk, az, hogy megkísérlik újraértelmezni a hagyományos egyenlőségfelfogás egyes alapelveit. Ilyen erkölcsi követelésként azonosítottam azt az igényt, amely szerint az egyéni igazságosság elve helyett inkább csoportelvű igazságosságra kell törekedni, vagyis a személyek közötti egyenlőség követelményénél (még ha azt az egyenlő bánásmódra korlátozzuk is) fontosabb érték a főbb társadalmi csoportok közti egyenlőség elve.

A csoportelvű igazságosság eszménye sajnos ritkán jelenik meg kidolgozott álláspontként, jóllehet a vele szemben felhozható megfontolások elég kézenfekvők ahhoz, hogy ez a követelés eleve felkészüljön a megválaszolásra, s az igazságosság individualista alapú elve sem csupán olyan hitbéli dogma, melyet csak azért kellene elfogadnunk, mert a modern alkotmányok történetesen ezt rögzítik. Ésszerű ugyanis, hogy az állam mindenki érdekét egyéniileg értékelje, és ne valamely csoporthoz való tartozása alapján.⁸³ Az utóbbi eljárás akkor lenne racionális, ha az egyéni sajátosságok minden esetben azonosíthatók lennének a csoportjellemzőkkel, az egyéni érdekek pedig a csoportérdekkel, ami az esetek jelentős részében biztosan nem igaz.

A csoportalapú igazságosság megfelelő elosztási elv lehet bizonyos esetekben (amikor például az adott szolgáltatás elosztása szempontjából releváns jellemző a legésszerűbben valamely osztályozás alapján állapítható meg, vagy az egyéni körülmények el-

térésének nincs különösebb jelentősége),⁸⁴ de aligha helyettesítheti az egyéni igazságossági szempontokat. Nagy hátránya, hogy nincs tekintettel az azonos csoporton belüli egyenlőtlenségekre, hiszen az elosztás alapja a közös csoportképző ismérv.

A Másik jelentős probléma, hogy a társadalom még akkor is sokféle és egymást átfedő csoportokra tagolható, ha csak a diszkriminációtól sújtott csoportok definiálása a feladat (például a hátrányos helyzetű csoportok tagjai egymással is érdekellentétbe kerülhetnek). A csoportelvű igazságosságra könnyű hivatkozni, amíg csak egyetlen, bizonyosan hátrányos helyzetű, diszkriminációtól sújtott csoport (például a romáké) a kedvezményezett, ám felettébb nehéz lenne a társadalom csoporttagozódásának nem önkényes meghatározása, ha a jogosultságok és források elosztásának az osztályba sorolás lenne az elsődleges irányelve.

Végül ugyancsak jelentős hátrány, hogy az osztályozás szinte sohasem pontos. Ez nem különösebben aggályos az állami juttatásoknál mindaddig, amíg a teherviselők köre sem állapítható meg pontosan. Amikor azonban a pozitív megkülönböztetés olyan formáiról van szó, amelyek során a költségviselői oldalon konkrét, azonosítható személyek állnak, a haszonélvezők köre viszont nem pontosan körülhatárolt, az előnyben részesítés nehezen indokolható.⁸⁵ Az osztályozás általában egyrészt azért pontatlan, mert a meghatározott karakterjegyek nem mindegyik hordozóját éri személyében diszkrimináció, másrészt pedig azért, mert a hátrányos következmények más alapú hátrányos megkülönböztetés, sőt nem diszkriminatív kezelésmód eredményei is lehetnek.

A csoportelvű igazságosság értéke gyakran a szubsztantív igazságosság elvével együtt jelenik meg, amely szerint nemcsak a formális jogokat, hanem a társadalmi forrásokat, a hatalmat és a lehetőségeket is egyenlően kell elosztani.

Mint láttuk, az állami tevékenység számára az egyenlő kezelésmód alkalmazása feltétlen kötelezettség; ez nem zárja ugyan ki, hogy az egyenlőség más dimenzióinak elérésére is törekedjen, például a materiális javak mennyiségi értelemben való egyenlő elosztására, ha erre megfelelő erőforrásai vannak és az igazságos eredményhez vezet. Ám az állam ezt nem teheti meg az egyenlőség olyan formáinak rovására, amelyek érvényesítése feltétlen kötelezettsége. Ebben a tekintetben a célok között olyan viszony van, amely köti az államot; egy más példával élve: az önkormányzat

akkor sem idegenítheti el a meghatározott kötelező feladatainak ellátására szolgáló törzsvagyont, ha az annak értékesítéséből származó jövedelmét egyébként csupa legitim és jó célra költené el.

Amíg továbbá az egyenlő bánásmód feltétlen betartása megkövetelhető az államtól – hiszen az épp az állami tevékenységre vonatkozó eljárási szabály – , a társadalmi források egy részének, a politikai hatalom vagy az anyagi javak egyenlő elosztásához (bármilyen legyen is ezúttal ennek tartalma) nem rendelkezik megfelelő felhatalmazással és lehetőséggel, ezért nem is lehet elvárni tőle. Ellenőrizhetetlenné tenné az állami beavatkozás formáit és mértékét, ha a szubsztantív igazságosság érdekében a formális jog-egyenlőséget is feláldozhatná – például a magántulajdonhoz kötődő rendelkezési jogok formális egyenlőségét.

A csoportelvű és a szubsztantív igazságosságra való hivatkozásnál alighanem nagyobb súllyal esik latba az az érvelés, amely szerint a diszkrimináció felhasználása érdekében legitim az erkölcsileg közömbös szempontokon alapuló megkülönböztetés. Ezt nevezik a „jóindulatú diszkrimináció” érvenek.⁸⁶ Ennek az igazolási módnak az a lényege, hogy – miközben elismeri a meghatározott személyeknek okozott olyan hátrányokozást, amely a megkülönböztetés szempontjából irreleváns jellemzőn alapul – az eltérő kezelésmód alkalmazását megengedhetőnek tartja, ha az jó, vagyis legitim célra irányul. Egy különbségtétel tehát nem attól lesz önkényes vagy észszerű, hogy feltétlenül szükséges-e a közjavak igazságos elosztásához vagy sem, hanem hogy milyen célra irányul.

A pozitív megkülönböztetés bírálóinak egyik legfőbb érve éppen ezt a felfogást támadja leginkább,

mert alapvető ellentmondást látnak abban, hogy a megerősítő intézkedések ugyanazt a módszert – az irreleváns tulajdonságokon alapuló osztályozást – alkalmazzák, mint amellyel szemben maguk is fel akarnak lépni.⁸⁷ Egy erkölcsi rossz nem orvosolható ugyanolyan, másoknak okozott erkölcsi rosszal,⁸⁸ még ideiglenesen sem.⁸⁹ Márpedig itt épp arról van szó, hogy bizonyos

személyek egyenlő bánásmódhoz való jogát mások hasonló jogának sérelme árán kívánják elérni.

Véleményem szerint azonban a megkülönböztetés szándéka erkölcsi értelemben nem tekinthető irrelevánsnak, különösen, ha nem jár elfogadhatatlan mértékű kárral a teherviselők számára. Az az érv, amely szerint a pozitív megkülönböztetés végső soron relativizálja az egyenlő bánásmód értékét, tehát aláássa

ABBAN, HOGY A MEG-
ERŐSÍTŐ INTÉZKEDÉSEK
UGYANAZT A MÓDSZERT
– AZ IRRELEVÁNS TULAJ-
DONSÁGOKON ALAPULÓ
OSZTÁLYOZÁST – ALKAL-
MAZZÁK, MINT AMELY-
LYEL SZEMBEN MAGUK IS
FEL AKARNAK LÉPNI.

annak a célnak a legitimitását, amelynek elérésére irányul, mégis helytálló, ám más ok miatt.

A pozitív megkülönböztetés támogatása ugyanis csak úgy tekinthető koherens álláspontnak, ha nem önmagában az egyenlő kezelésmód megvalósítása a legitím cél, vagyis az az érdek, amelyre az igényelt közösségi politika irányul. Ha az lenne az abszolút érték, akkor valóban nem lenne megengedhető még ideiglenes megsértése sem, csak akkor, ha bizonyos személyek egyenlő méltóságához való jogát értéke-sebbnek tekintenénk, mint másokét. De hát ezt a következtetést nyilván senki sem akarja levonni, s a pozitív intézkedések körében sem erről van szó. Ebben az esetben azonban keresni kell egy még alapvetőbb morális célt, amely akár még a faji alapú egyenlőtlen kezelést is legitimmé teszi.

Ismert néhány ilyen kísérlet. Így például nem önmagában a faji alapú megkülönböztetés az erkölcsi rossz, hanem az a mögötte meghúzódó erkölcsi ítélet, amely a feketéket és más emberfajtaakat értéktele-nebbnek, alacsonyabbrendűnek tekinti a fehérekénél. Másrészt, az akár önkényes hátrányos megkülönböz-tetés is lehet megengedett, ha nem jár stigmatizáció-val, az alárendeltség lelki terhével.⁹⁰

Látható, hogy itt az egyenlőség újrafogalmazásá-ról van szó.⁹¹ A probléma azonban nemcsak az, hogy a vitát tisztán erkölcsi dimenzióba helyezi (amely-ben megengedhető az egyenlőség rekonceptualizá-lása), hanem az, hogy alkalmazása elfogadhatatlan következményekkel járna. Ha ugyanis nem önmagában az indokolatlan megkülönböztetés mint olyan elítélendő, hanem az általa kiváltott hátrányos hely-zet, vagyis a frusztráció és stigmatizáció bekövetke-zése számít, akkor ebből az következik, hogy akár a legitím cél nélküli faji alapú hátrányos megkülönböz-tetés is megengedhető lehet, ha nem okoz halmo-zottan hátrányos helyzetet vagy ha nem kelti a stig-matizáció, illetőleg a frusztráció érzetét. Vajon meg-engedhetőnek tartanánk-e a cigányok adminisztratív kizárásának szabályba foglalását olyan egyetemi szakokról, amelyekben évek óta egyetlen roma hall-gató sem tanult, s ha empirikusan bizonyítható len-ne, hogy ettől nem változott hátrányosan a cigányság megítélése a közvéleményben?

A következő, gyakran visszatérő igazságossági ér-velés a társadalmi arányosság elvére hivatkozik. Mi-vel nincs ok azt feltételezni, hogy a társadalmat al-kotó főbb etnikai, nemzeti csoportok, a nemek vagy más csoportok tagjai nagyjából ne egyenlő megosz-lásban lennének tehetségesek, a közjavak egyen-lőtlen megoszlása közöttük nyilván diszkrimináció eredménye,⁹² és mindenképpen igazságtalan. Ezért e csoportoknak a népességen belüli arányuknak meg-felelően kell részesülniük a közjavakból. E céloknak

egyrészt az eredményekben való egyenlőség eszmé-je, másrészt a pozitív diszkrimináció úgynevezett ke-mény eszközei, mint a faji vagy nemi kvótarendszer vagy a verseny teljes kizárása felelnek meg.

A társadalmi arányosság elvére alapozott igényt gyakran igyekeznek hasznossági érvekkel visszautatítani, például azzal, hogy az arányosítás zsákmány-rendszerhez, a kedvezményekért folytatott – immár a kisebbségi csoportokon belüli – rivalizáláshoz ve-zet.⁹³ Ez a megközelítés az embereket egyszerű statisztikai adatnak tekinti, és nincs tekintettel a sze-mélyiségre és a teljesítményre. Egy megosztott társa-dalomban újfajta osztályozást eredményez azok cso-portjai között, akik saját teljesítményükkel és akik faji vagy nemi hovatartozásuk alapján kerültek elő-nyös helyzetbe.⁹⁴ Közismert további problémája a társadalmi arányosság elvének, hogy az arányosítás szinte megoldhatatlan feladat elé állítja az államot, mivel egyes közjavak egyenlőtlen megoszlása önma-gában nem bizonyítja a diszkriminációt; az arányta-lanságnak – a különböző társadalmi viszonyok sze-rint eltérő mértékben – történelmi, kulturális, sőt akár fizikai okai is lehetnek.⁹⁵

Ám a hasznossági ellenérvek önmagukban nem jelentenek elvi kifogást a társadalmi arányosság ér-vényesítésének követelményével szemben, mert amennyiben e gyakorlati problémák megoldhatók, akkor akár alkalmazható is lenne ez az elv.

Márpedig talán súlyosabb ellenérvek is vannak. Az előnyben részesítés indoklásaként például szem-betűnő, hogy a megkülönböztetés igazolásául felhoz-ható érv megegyezik az igazolás céljával; legalábbis egyszerű tautológiának hat, ha például egy munka-helyre azért kell több nőt felvenni, hogy ott több nő legyen. Ez ugyanis önmagában semmit sem mond arról, hogy miért helyesebb egy nőt alkalmazni egy ugyanúgy alkalmas férfi jelölttel szemben.⁹⁶

Mínt hogy a társadalmi arányosság a közjavak el-osztásának elsődleges címzettjeivé a főbb csoporto-kat tenné, a csoportelvű igazságossággal szemben felhozott ellenérvek itt is megismételhetők. Külö-nösen azon csoportok kijelölése tűnik aggályosnak, amelyek között arányosan kellene elosztani a társa-dalmi forrásokat, és az sem világos, hogy a faji, nem-zeti, etnikai, szexuális stb. jellemzők alapján össze-állított csoportok tagjainak miért lennének homogén érdekeik, vagy hogy a csoport akár arányos képvise-lete miért elégítené ki a kisebbségi csoportba tarto-zó, de nem kedvezményezett jelölteket (igénylőket, pályázókat stb.).

Végül fontosnak tartom megjegyezni, hogy azok a mechanizmusok, szervezetek, amelyek közjavakat biztosítanak a polgárok számára, döntő többségben nem képviseleti intézmények; nem csupán életsze-

rútlén, hogy minden tevékenységben vagy foglalkozási ágban arányosan legyenek képviselve a faji és etnikai csoportok, hanem szükségtelen is, mert a közösségi javak nagy részére a személyek saját maguk által nem befolyásolható tulajdonságaiktól függetlenül jogosultak.⁹⁷

Ami azokat a magyarázatokat illeti, amelyek a teljesítmény-, illetve érdemalapú megkülönböztetés gyakorlatát bírálják, talán elegendő arra utalni, hogy azok eleve csak bizonyos közjavak hozzáférhetőségének mechanizmusaira korlátozódnak, másrészt pedig még sikerük esetén sem számíthatnak arra, hogy önálló igazolásul szolgáljanak valamely kifejezett elosztási vagy kiválasztási elv számára.⁹⁸

Ennyivel azonban nem lehet elintézni a pozitív megkülönböztetés melletti igazságossági érveket. Ezek a magyarázatok ugyanis, mint láttuk, az előnyben részesítés egyes formái számára – azok céljai szerint – külön igazolásokat is magukban foglalnak, amelyek jóval erősebb és relevánsabb érveknek látszanak a gyakran túl általános igazságossági értékválasztásoknál. Hatékonyabb bizonyítások azért is, mert a tisztán morális érvek mellett a közpolitika-alkotás számára is konkrét célokat, illetve elvárásokat közvetítenek.

Az eddig megvizsgált érvelési módok nagy induló hátránya, hogy vagy a modern jogállamok alkotmányos fundamentumát támadják (például a csoportérdekeknek az egyéni jogok fölé helyezésével), vagy aligha megvalósítható morális ideákat követnek (például a szubsztantív igazságosság állami kikényszerítésének követelésével). A pozitív megkülönböztetés egyes formáinak az elérendő célokhoz igazodó bizonyításai azonban többnyire nem ilyenek. Még ha a társadalmi-politikai vitákban gyakran az imént említett igazságossági felfogásokkal együtt jelennek is meg, azok önmagukban is vizsgálhatók és értékelhetők.

A kiegyenlítő célzatú preferenciális kezelésmód melletti érvek nagyon meggyőzők, mert a pozitív megkülönböztetés e formái nem viselik magukon azokat a jellemzőket, amelyek oly támadhatóvá tesznek bizonyos megoldásokat. Bár osztoznak azokban a problémákban, amelyek a csoportképzésből adódnak, a másik oldalon, a költségviselők oldalán nem alkalmaznak közvetlen faji, nemi vagy más, irreleváns jellemző szerinti direkt megkülönböztetést. Ezt úgy kerülik el, hogy nem az eredményben, hanem az esélyekben való egyenlőségre törekednek, s ezzel nem torzítják el a korlátozottan rendelkezésre álló közjavakért folytatott versengést. Az ilyen programok legvitathatóbb része a kedvezményezettek kiválasztása, mert az ebben a vonatkozásban tett megkülönböztetés éppúgy irreleváns szem-

pontok szerint történik, mint más típusoknál. Kétséges tehát, hogy például a kizárólag faji alapú csoportképzés megengedhető-e, amennyiben azt nem a költségviselő, hanem a kedvezményezettek oldalán alkalmazzák.⁹⁹

Sokkal több problémát vet fel a kompenzációs célú pozitív megkülönböztetés. A visszatérő kritika szerint ebben az esetben a faji, nemi, nemzeti vagy más preferenciák költségeit azoknak kell viselniük, akik nem felelősek a korábbi vagy akár a jelenleg is érvényesülő diszkriminációért.¹⁰⁰ Márpedig nem lehetséges, hogy egy *A*-nak *B* által okozott sérelmet *C*-nek *D* hátrányára biztosított kedvezménnyel orvosoljanak.¹⁰¹

Egyébként is felvethető az az igény, hogy ha a cél valóban a korábbi vagy a jelenlegi diszkriminációból eredő hátrányok orvoslása, akkor a kedvezmény biztosításának a kritériuma is ez, vagyis a hátrány elszüntetése kell hogy legyen. A sokszínűség érdekében alkalmazott etnikai, nemi stb. preferenciákkal kapcsolatban ismét felmerülnek csoportképzési problémák,¹⁰² ám ezeknél lényegesebb kérdés az, hogy a feltételezett vagy akár bizonyítható előnyök megfelelő súlyú indoknak tekinthetők-e az egyenlő kezelésmód elvének, illetőleg az egyenlő bánásmód alapjogának korlátozásához. Tegyük fel például, hogy bebizonyosodik, hogy a fajilag szegregált (vagyis a tiszta roma, illetve „magyar”) osztályokban jobb a tanítás és a tanulás színvonala, és ezek az előnyök messze meghaladják az integrált oktatástól várható szakmai előnyöket. Ám mégsem gondolnánk, hogy ez igazolja a szegregált oktatást, mert az etnikai elkülönítés súlyos megbélyegző hatása, valamint az egyenlő bánásmódnak a szegregáció általi durva megsértése elfogadhatatlan ár még esetleges valószínű oktatási előnyökhöz képest is.¹⁰³

Felmerülhet persze, hogy még ha a pozitív megkülönböztetés igazságossági érvei önmagukban nem is igazolják kellő mértékben az ilyen szakpolitikák alkalmazását, más típusú, hasznossági megfontolások megfelelően alátámaszthatják azt. Mégsem foglalkozom részletesen a preferenciális kezelésmód hasznossági érveivel,¹⁰⁴ mert a pozitív megkülönböztetés bizonyos formái esetében az esetleges várható előnyök sem igazolhatják az irreleváns szempontokon nyugvó megkülönböztetést.

Korábban utaltam a közösségi döntések helyességének néhány olyan értékelési szempontjára, amelyek körül jó eséllyel konszenzus alakulhatna ki, ha a megfelelőség kritériumait az egyes szakpolitikai igényektől vagy álláspontoktól függetlenül, normatív módon kívánnánk meghatározni.

Amennyiben ezeket az ismérveket a pozitív megkülönböztetés fő formáira alkalmazzuk, azt találjuk,

hogy azok a preferenciális kezelésmódok, amelyek irreleváns különbségtétel útján kívánják előnyben részesíteni a kedvezményezettek ugyanilyen ismervekkel meghatározott csoportjait, legalább két lényeges szempontnak nem felelnek meg.¹⁰⁵ Azáltal ugyanis, hogy a legitim célt mások alapjog-korlátozásával valósítja meg, nem teljesíti a harmadik személyek jogsérelmei minimalizálásának követelményét, amennyiben bizonyítható, hogy a diszkrimináció által okozott egyenlőtlenség felszámolása más, alapjog-korlátozással nem járó módon is elérhető. Ez utóbbi állítás kétségtelenül további vitákhoz vezet, de ezúttal ez nem áthághatatlan akadály: a pozitív diszkrimináció szakpolitikájára irányuló szinte valamennyi igény a hagyományos eszközök (elsősorban szociális védőháló, jövedelempolitika) elégtelenségére, illetve alacsony hatásfokára hivatkoznak, de nem vonják kétségbe azt, hogy léteznek ilyen eszközök.¹⁰⁶

Másodszor, amint utaltam rá, az elérendő célok között érték- és érdekhierarchia van: amíg az egyenlő méltóságú személyként való kezelés feltétlen állami kötelezettség, addig a társadalmi esélyegyenlőség, a materiális vagy az eredményben való egyenlőség csupán legitim, de nem feltétlen állami cél. Amíg az állam nem tehet különbséget a polgárai között faji alapon, addig eltekinthet a javak mennyiségi értelemben egyenlő elosztásától. De még ha azonos szintű értéknek fogadnánk is el az egyenlő bánásmódot és a teljes esélyegyenlőségre való törekvést, vagyis egyformán fontosnak tekintenénk mind kettő érvényesülését, az esélyteremtésnek akkor is csak olyan módozatait lehetne alkalmazni, amelyek az egyenlő elbánás elvének sérelme nélkül érik el céljukat. Ha ugyanis az egyenlő kezelésmód alapjog, amelynek érvényesülése a közösségi döntések számára korlátot jelentő feltétlen érdek, akkor a csak a sérelme árán megvalósítható esélyegyenlőségi politika társadalmi költsége a lehető legmagasabb.

A pozitív megkülönböztetés legtöbb formájának harmadik fő problémája az, hogy egy hátrányos helyzetű csoport tagjaival szembeni társadalmi gyakorlat – a diszkrimináció – megszüntetésének terheit konkrét személyek viselik, s ezáltal nem érvényesül a közösségi politikák költségei megosztásának elve. A költségviselők olyan személyek, akik ugyan a többségi – vagy kedvezményezett – társadalomhoz tartoznak, ám személyükben éppúgy nem okozói a kisebbségi csoport tagjaival szembeni hátrányos megkülönböztetésnek, ahogy társadalmi (faji, nemi,

vallási stb.) hovatartozásuk ugyancsak nem egyéni választásuk következménye. Ez különösen akkor nem fogadható el, ha a terhek „szétterítése” a társadalom többségére elvben megoldható lenne, valamint ha – mint a pozitív megkülönböztetés esetében – a kedvezményezettek köre nem egyéni szempontok alapján van meghatározva.

A pozitív megkülönböztetés alkalmazása jól megfigyelhetően gyakran olyan területekre irányul, amelyeken az állami fellépés sikertelen, vagy pedig túl költséges lenne. Ilyen helyzetekben a kormányzati politikák számára pragmatikus megoldás, hogy a legkritikusabb beavatkozások terheit a társadalom egyes tagjaira hárítsák. A preferenciális ke-

AMÍG AZ ÁLLAM NEM
TEHET KÜLÖNBÉGET
A POLGÁRAI KÖZÖTT
FAJI ALAPON, ADDIG
ELTEKINTHET A JAVAK
MENNYISÉGI ÉRTELEM-
BEN EGYENLŐ ELOSZ-
TÁSÁTÓL.

zelés, a megerősítő intézkedések alkalmazása a legtöbb esetben valóban jelentős előnyökkel, kimutatható fejlődéssel jár. Ezek a hasznok azonban – amelyek természetesen, ha a kitűzött célt eredményeszméletű, közvetlen állami beavatkozással érik el – nem tekinthetők az alkalmazás egyenlegének, mert nem veszik számításba az egyéni jogok faji, nemi, vagy más, irreleváns szempont szerinti megkülönböztetésből eredő sérelmét, a társadalmi költségek koncentrált áthárításának és a faji, nemi és más személyes tulajdonságok közpolitikai szemponttá emelésének következményeit, amelyek elfedéséhez megfelelő támogatást nyújt az, hogy a teherviselők nem tartoznak a kedvezményezett hátrányos helyzetű csoporthoz.

A pozitív megkülönböztetés gyakorlatát azonban nem lehet *en bloc* megítélni; az egyes eszközöket, módszereket külön-külön érdemes értékelni. Az előző fejezet második részében javasolt – vagy ahhoz hasonló – kritériumok ebben segíthetnek, olyan követelmények kialakításával, amelyek szerint amíg a jogosulti (kedvezményezetti) oldalon az előnyök egyéniesítésére célszerű törekedni, addig a költségviselők oldalán épp ellenkezőleg, a terhek megosztására. Az állam által működtetett felzárkóztató, esélyteremtő, kiegyenlítő programok, intézkedések alacsony hatékonyságára nem feltétlenül a faji kvóták alkalmazása, a teljesítményelvű kiválasztás mellőzése vagy a nők érdemektől független előnyben részesítése az adekvát válasz, hanem az előbb említett állami tevékenység hatásfokának növelése, ahogy az egész társadalmi csoportokat érő, egyes vonatkozásokban szisztematikus diszkrimináció felszámolására sem biztos, hogy más típusú – ezúttal „pozitív” – diszkrimináció lehet a legalkalmasabb, nem pedig a diszkrimináció tilalmának hatékonyabb érvényesítése.¹⁰⁷

JEGYZETEK

1. Tom R. TYLER: *Affirmative Action in an Institutional Context. The Antecedents of Policy Preferences and Political Support*, Social Justice Research, 2004/1, March, 5–6.
2. Lásd például TAUSZ Katalin: *Egyenlőtlenségek és különleges bánásmód*, Fundamentum, 1998/1–2, 97–102; KÁLMÁN Zsófia: *Az antidiszkriminációtól a pozitív diszkriminációig*, Uo., 103–104; RADÓ Péter: *Romák és esélyek*, Uo., 113–121.
3. Részletesen lásd erről: *Egyenlő esélyek és jogharmonizáció. A nemek közötti megkülönböztetés tilalma a nemzetközi kötelezettségek tükrében*, szerk. GYULAVÁRI Tamás, MüM Egyenlő Esélyek Titkársága, Integrációs Stratégiai Munkacsoport, 1997.
4. Az alkotmány 70/A. § (3) bekezdése már a rendszerváltást megelőzően is elismerte az állam jogát arra, hogy a jogegyenlőség megvalósulását az esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölését célzó intézkedésekkel is elősegítse.
5. 2003. évi CXXV. törvény az egyenlő bánásmódról és az esélyegyenlőség előmozdításáról, 11. §.
6. Cass R. SUNSTEIN: *Affirmative Action, Caste, and Cultural Comparisons*, Michigan Law Review, 1999/5, March, 1312.
7. 61/1992. (XI. 20.) AB határozat, ABH 1992, 280–281. Valójában már a kezdetektől, 1990-től felismerhető volt ez a folyamat: „a jognak mindenkit egyenlőként (egyenlő méltóságú személyként) kell kezelnie, azaz az emberi méltóság alapjogán nem eshet csorba, azonos tisztelettel és körültekintéssel, az egyéni szempontok azonos mértékű figyelembevételével kell a jogosultságok és a kedvezmények elosztásának szempontjait meghatározni.” 9/1990. (IV. 25.) AB határozat, ABH 1990, 46, 48.
8. 9/1990. (IV. 25.) AB határozat; 61/1992. (XI. 20.) AB határozat.
9. SÓLYOM László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*, Budapest, Osiris, 2001, 460.
10. A megkülönböztetés eszerint akkor alkotmányellenes, „ha a jogszabály a szabályozás szempontjából azonos csoportba tartozó (egymással összehasonlítható) jogalanyok között tesz különbséget anélkül, hogy annak alkotmányos indoka lenne” (191/B/1992. AB határozat, ABH 1992, 592–593).
11. „Az egyenlőségnek az adott tényállás lényeges eleme nézve kell fennállnia. Ha azonban adott szabályozási koncepción belül eltérő szabályozás vonatkozik valamely csoportra, ez a megkülönböztetés tilalmába ütközik, kivéve ha az eltérésnek kellő súlyú alkotmányos indoka van” [21/1990. (X. 4.) AB határozat, ABH 1990, 78].
12. Az Alkotmánybíróság gyakorlata értelmében az eltérő ismérvek ellenére történt homogén csoportképzéssel is sérülhet az egyenlő méltóságú személyként kezelés alkotmányos követelménye [22/1996. (VI. 25.) AB határozat, ABH 1996, 89, 96]. Alkotmányellenes tehát az is, ha alkotmányossági szempontból lényegesen eltérő helyzetben lévő csoportokra ésszerű indok nélkül azonos szabályozást alkalmaznak [6/1997. (II. 7.) AB határozat, ABH 1997, 67, 69].
13. KOVÁCS Krisztina: *A hátrányos megkülönböztetés tilalma*, in *Emberi jogok*, szerk. HALMAI Gábor, TÓTH Gábor Attila, Budapest, Osiris, 2003, 380.
„Az alapjognak nem minősülő egyéb jogra vonatkozó, személyek közötti hátrányos megkülönböztetés vagy más korlátozás alkotmányellenessége akkor állapítható meg, ha a sérelem összefüggésben áll valamely alapjoggal, végső soron az emberi méltóság általános személyiségi jogával és a megkülönböztetésnek, illetve korlátozásnak nincs tárgyilagos mérlegelés szerint ésszerű indoka, vagyis önkényes” [35/1994. (VI. 24.) AB határozat, ABH 1994, 197, 200].
14. 16/1991. (IV. 20.) AB határozat, ABH 1991, 62. és 1/1995. (II. 8.) AB határozat.
15. 1993. évi LXXVII. törvény.
16. 1992. évi XXII. törvény 5. § (1) bekezdés.
17. 1997. évi CLIV. törvény 7. §.
18. Például a Munka törvénykönyvének korábbi részletező rendelkezését felváltották az egyenlő bánásmód követelményére való – semmitmondó – hivatkozással, az egyenlő bánásmódról szóló törvényre hagyva a részletes szabályozást.
19. 2003. évi CXXV. törvény.
20. KRIZSÁN Andrea: *A szándékol az eredményig. Az amerikai bírói gyakorlat tesztjei és a magyar megoldás körvonalai*, in *A hátrányos megkülönböztetés tilalmától a pozitív diszkriminációig. A jog lehetőségei és korlátai*, Budapest, Aduprint–Indok, é. n., 19.
21. A pozitív diszkrimináció kifejezést a magyar Alkotmánybíróság is használja. Lásd például 1/1995. (II. 8.) AB határozat és 11/2001. (IV. 12.) AB határozat.
22. „Ma általánosan elfogadott, hogy a »diszkrimináció« kifejezés alatt az önkényes és törvénytelen megkülönböztető kezelést kell érteni. A megkülönböztetés, másrészt, olyan semleges fogalom, amelyet olyan esetben kell használni, amikor még nem tudható, hogy a különbségtétel igazolható-e vagy sem” (Marc BOSSUYT: *Prevention of Discrimination. The concept and practice of affirmative action*, United Nations, Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/2002/21, 20).
23. Tulajdonképpen a teljes magyar jogrendszer is ilyen értelemben használja a „hátrányos megkülönböztetés” fogalmát. Ez azonban aszimmetrikus (és egy vitában tautologikus) fogalomhasználat, mert a pozitív megkülönböztetés esetén nem a következmény, hanem a szándék alapján nevesíti a jelenséget, azt a lát-

- szatot kelve, hogy amíg a diszkriminációnak csak hátrányos következményei vannak, addig a pozitív megkülönböztetésnek csak haszonélvezői.
24. Nagy-Britanniában például a korábbi diszkriminációellenes szabályozás megpróbálta felsorolni azokat az eseteket, amikor a faji alapú megkülönböztetés megengedhető. Az új (2003-as) szabályozásban azonban már nincs ilyen felsorolás. Lásd Mark BELL: *A Patchwork of Protection. The New Anti-discrimination Law Framework*, *The Modern Law Review*, 2004/3, May, 473.
 25. Különösen szép példája az értelmetlen kodifikációs fogalomalkotásnak a magyar antidiszkriminációs törvény, amely a közvetlen hátrányos megkülönböztetés definícióját egy huszonnegy(!) szempontot tartalmazó felsorolás segítségével adja meg, amely felsorolást egy „egyéb helyzetre, tulajdonságra vagy jellemzőre” való utalás zár le (2003. évi XXII. törvény 8. §).
 26. A diszkriminációtilalom hatókörének pontos meghatározása, illetve a taxatív felsorolás például használható lehet a szexuális orientáció tekintetében, főleg azért, hogy aggálymentes legyen bizonyos magatartások (például a pedofília) kivonása az antidiszkriminációs szabály hatálya alól.
 27. Nagy-Britanniában például a vallási és világnézeti alapú megkülönböztetés tilalmának vizsgálatokor többféle szempontot is figyelembe kell venni annak eldöntésekor, hogy mi számít vallásos hitnek vagy ahhoz hasonló világnézeti meggyőződésnek. Így vizsgálni kell a kollektív vallásgyakorlást, a hitelvek világos rendszerét, a világra vagy az életre vonatkozó mély hitet; ide sorolják a mély meggyőződésen nyugvó világnézeteket is, mint a humanizmust, az ateizmust és az agnoszticizmust. Nehéz lenne azonban normatív módon, jogszabályban felsorolni, hogy pontosan mely csoportok mely hitei kerüljenek a védelemben részesített körbe. Lásd BELL: *I. m.*, 468.
 28. James P. STERBA: *Defending Affirmative Action, Defending Preferences*, in Carl COHEN, James P STERBA: *Affirmative Action and Racial Preference. A Debate*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 227.
 29. Amíg korábban az európai közösségi jogra inkább a differenciált megközelítési mód volt jellemző, külön irányelvekkel a munkahelyi, nemi, oktatásbeli, szociális diszkriminációra, az utóbbi években inkább a hátrányos megkülönböztetés egységes definíciójának használata a tendencia, amely több tagállami nemzeti szabályozásban is érezteti a hatását. Lásd például az egyenlő bánásmódról és az esélyegyenlőség előmozdításáról szóló 2003. évi CXXV. törvényt, mely egységes antidiszkriminációs jogszabály, vagy a hasonló brit tendenciát, ahol az újabb törvényi szabályozás már egységes fogalmat használ a vallási és világnézeti, a szexuális orientáción és a fogyatékos-
ságon alapuló megkülönböztetésekre (BELL: *I. m.*, 470).
 30. *Uo.*
 31. Louise ACKERS: *The development of affirmative action in European Commission policy-making: assessing the risks*, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2000/3, 354.
 32. Bob HEPPLER: *Race and Law in Fortress Europe*, *The Modern Law Review*, 2004/1, January, 12 és BELL: *I. m.*, 470. A hazai szabályozás az európai uniós koncepciót követi, mely szerint közvetett hátrányos megkülönböztetésnek minősül az a közvetlen hátrányos megkülönböztetésnek nem minősülő, látszólag az egyenlő bánásmód követelményének megfelelő rendelkezés, amely a szabályozás szempontjából közömbös személyes tulajdonságokkal rendelkező egyes személyeket vagy csoportokat más, összehasonlítható helyzetben lévő személyhez vagy csoporthoz képest lényegesen nagyobb arányban hátrányosabb helyzetbe hoz (2003. évi XXII. törvény 9. §).
 33. A kiválasztási szempontok közvetett diszkriminációt jelenthetnek, ha kimutatható, hogy általuk több nő kerül hátrányos helyzetbe és nincs megfelelő objektív indok. Lásd Dagmar SCHIEK: *Sex Equality Law After Kalanke and Marschall*, *European Law Journal*, 1998/2, June, 155.
 34. Jól mutatja az ilyen típusú problémákat a nők jelentős alulreprezentáltsága a doktor és posztdoktor tudományos kutatók körében, amit – empirikus kutatások eredményei alapján – kevéssé lehet a nőkkel szembeni diszkriminációnak tulajdonítani. A nők ugyanis – sajátos társadalmi szerepük és a hagyományos családmodellben elfoglalt helyük miatt – állítólag szívesebben választják a rövidebb kutatói ösztöndíjakat, és hátrányukat valószínűleg nem is az oktatásban szerzik; Európában például a középfokú oktatásban a nők számítanak a domináns csoportnak, mert sokkal jobban szerepelnek, mint a férfiak. Lásd erről ACKERS: *I. m.*, 348–349.
 35. Gyakran említik a közvetett diszkrimináció példaként a közszolgálati alkalmazás során a szolgálati idő hosszának beszámítását, amelynek alapján a férfiak általában előnyt élveznek, mert a nők egy része a gyermekvállalás vagy más társadalmi szerep teljesítése miatt csak rövidebb szolgálati idővel rendelkezik. Lásd SCHIEK: *I. m.*, 155. A szolgálati idő figyelembevétele azonban szoros összefüggésben lehet az alkalmazással olyan munkakör betöltése esetén, ahol a szakmai tapasztalat valóban fontos gyakorlati előnyt jelenthet a munkáltatónak. Ilyen esetekben a szolgálati idő alapján az alkalmasság megítélésében tett különbség nem önkényes. Másrészt, még ha a következmények oldaláról közelítünk is, a hátrányt szenvedett csoportot nem a nők jelentik, hanem minden

- olyan munkavállalói kör, amelynek tagjai nem nekik felróható ok miatt rövidebb szolgálati idővel rendelkeznek.
36. Az e felfogást képviselők az általuk alkalmazott diszkriminációfogalomhoz gyakran nem kívánják meg a megkülönböztetés önkényes jellegét, hanem annak társadalmi eredményei alapján konceptualizálják a diszkriminációt. Jellemző példa erre a munkaerő-piaci „statisztikai diszkrimináció” kategóriája, amelynek oka – munkaadói oldalon – akár ésszerű is lehet: „Világosan látnunk kell: a cigányok többségével szemben alkalmazott munkaerő-piaci diszkrimináció zömében ilyen – statisztikai – jellegű: nem a munkáltató személyes rokonszenvein vagy előítéletein múlik, hogy alkalmaz-e cigány dolgozókat, hanem az etnikai hovatartozás mint felvételi szűrő relatív olcsóságán” (KERTESI Gábor: *A társadalom peremén. Romák a munkaerőpiacon és az iskolában*, Budapest, Osiris, 2005, 117.
37. Ha egy-egy területen statisztikai adatok alapján – egy-egy csoport alulreprezentáltságát bizonyítva – általánosítjuk a diszkriminációra vonatkozó feltételezést, akkor ezzel minden egyéb szempontot szükségszerűen kizárunk, amely elvileg befolyásolhatja a csoportreprezentációt; például az olyan hagyományos nemi szerepeket, társadalmi normákat, amelyek önkéntes normakövetésen alapulnak, a kulturális sajátosságokat, sőt akár fizikai törvényszerűségeket is. Az, hogy a pályakezdő fiatalok arányukat tekintve alulképviselet a vezetői beosztásokban, döntően akkor sem életkor szerinti diszkrimináció, ha nem alkalmazják a szeniorátus vagy a szolgálati idő előmeneteli szempontjait; annak, hogy az állami vezetők körében felülreprezentáltak a budapesti születésűek, aligha származás szerinti megkülönböztetés az indoka stb.
38. BOSSUYT: *I. m.*, 3.
39. A megerősítő intézkedések a megfelelően képzett nőket és a kisebbségi jelölteket előnyben részesítő olyan politika részei, amelyek közvetlen célja az esélykiegyenlítés, a diszkrimináció kompenzálása vagy a sokszínűség elérése, végső célja pedig a színvak (fajilag igazságos) és nemi megkülönböztetéstől mentes (nemileg igazságos) társadalom megteremtése (STERBA: *I. m.*, 200).
40. BOSSUYT: *I. m.*, 3.
41. Carol BACCHI: *Policy and Discourse. Challenging the Construction of Affirmative Action as Preferential Treatment*, Journal of European Public Policy, 2004/1, February, 133.
42. Előfordulnak más elnevezések is, például *affirmative mobilization, affirmative fairness*.
43. STERBA: *I. m.*, 204.
44. BACCHI: *I. m.*, 133.
45. Ahogyan például az anyasági támogatások esetében nem különbözik a nemi hovatartozás vagy az anyaság maga, ám indifferens az életkor vagy a felekezeti kötődés.
46. Az Európai Bíróság vonatkozó joggyakorlata eddig elsősorban a nők foglalkoztatási esélyeinek egyenlőségét elősegítő nemzeti normák jogszerűségével foglalkozott, olyan nemzeti (német) jogszabályok esetében, amelyek szerint az azonos képzettségű (azonosan alkalmas) jelöltek közül a női pályázót kell előnyben részesíteni. Lásd a Kalanke kontra Freie Hansestadt Bremen (C-450/93) és a Marschall kontra Land Nordrhein-Westfalen (C-409/95) ügyet. Mindkét eset tárgya az volt, hogy az ilyen előnyben részesítés nem ellentétes-e az 1976. február 9-i 76/207/EGK tanácsi irányelv 2. cikkének (1) és (4) bekezdésével. Az (1) bekezdés egyrészt biztosítja a férfiak és nők közötti egyenlő elbírálás elvét a munkához jutás – beleértve az előmenetelt és a szakképzést –, a munkafeltételek és a szociális biztonság vonatkozásában, és megtiltja a nemek közötti – különösen házassági, illetve családi állapotra hivatkozó – közvetlen vagy közvetett hátrányos megkülönböztetést. A (4) bekezdés ugyanakkor így szól: „Ez az irányelv nem áll ellentétben a nők és férfiak esélyegyenlőségét elősegítő intézkedésekkel, különösen azon fennálló egyenlőtlenségek felszámolását célzó intézkedésekkel, amelyek a nők esélyeit [...] korlátozzák.” A Kalanke-ügyben a bíróság úgy foglalt állást, hogy az irányelv rendelkezéseivel „ellentétes az olyan nemzeti szabályozás, amely egyenlő képesítésű, különböző nemű, az előléptetésre alkalmas pályázók közül automatikusan elsőbbséget biztosít a női pályázóknak azokban az ágazatokban, amelyekben a nők alulreprezentáltak”. Később, a Marschall-ügyben a testület elmozdult ettől az állásponttól, amikor a hasonló preferenciát már nem találta jogellenesnek, igaz, ebben az esetben a vizsgált nemzeti jogszabály tartalmazott egy olyan kitételt, mely szerint a nők automatikus előnyben részesítését nem kell alkalmazni akkor, ha a férfi jelölt mellett olyan egyéni szempontok szólnak, amelyek „az ő irányába mozdítják a mérleg nyelvét”.
47. Szajbély Katalin például aszerint csoportosítja a pozitív megkülönböztetés egyes formáit, hogy azok a diszkrimináció mely alakzatainak hatásait kívánják ellensúlyozni. Így a közvetlen és a szándékos közvetett diszkrimináció elleni intézkedések mellett megkülönbözteti az úgynevezett ésszerű alkalmazkodás eszközeit, amikor a nem szándékolt hátrányt okozó feltételeket a kisebbségi csoportok sajátosságaihoz igazítják (SZAJBÉLY Katalin: *A pozitív intézkedések fogalma és alkalmazásuk lehetősége a faji diszkrimináció elleni küzdelemben az Európai Unió tagállamaiban*,

- Jogelméleti Szemle, 2004/3). Az én definícióm szerint azonban ez utóbbiak fogalmilag nem tartoznak a pozitív megkülönböztetés körébe.
- Mások az egyes csoportok vonatkozásában értékelik az alkalmazott intézkedéseket, például a női egyenjogúság érdekében felhasználható úgynevezett rugalmas és szigorú kvótákat, illetve más, enyhébb eszközöket (mint amilyen az úgynevezett egyenlőségi tervek, cselekvési programok elfogadása) különítve el. Lásd SCHIEK: *I. m.*
48. *Uo.*, 158.
 49. Paul BREST: *In Defence of the Antidiscrimination Principle*, Harvard Law Review, 1976/1, November, 16.
 50. STERBA: *I. m.*, 224. Jóllehet az eredmények oldaláról minden ilyen döntés hátrányt okoz a többségi társadalomhoz tartozóknak, de aligha alakulhat ki a stigmatizációból eredő kár, s a domináns csoport tagjai a fordított diszkrimináció nyomán aligha kerülhetnek olyan halmozottan hátrányos helyzetbe, amelyekkel szemben a hagyományos antidiszkriminációs elv véd (BREST: *I. m.*, 17).
 51. Leland WARE: *Turning Back the Clock. the Assault on Affirmative Action*, Journal of Urban and Contemporary Law, 1998/3, Summer, 5; <http://law.wustl.edu/journal/54/Ware.pdf>.
 52. Ez a paradigmaváltás egyaránt megfigyelhető a faji, valamint a nemi egyenlőségre való törekvésekben. Ez az út az Egyesült Államokban a faji szegregációt alkotmányellenessé tevő 1954-es Brown kontra Board of Education ügytől, illetve a hatvanas évek polgárjogi törvényeitől a megerősítő intézkedések alkalmazásának a nyolcvanas és kilencvenes években való elterjedésének korszakáig tartott. Ennek során az amerikai feketék elvetették az integráció asszimilációs modelljét, és a különbözőség (sokszínűség) ideálját vallják. Lásd Harry T. EDWARDS: *The Journey from Brown v. Board of Education to Grutter v. Bollinger. from Racial Assimilation to Diversity*, Michigan Law Review, 2004, March, 944–947. Hasonló folyamat figyelhető meg a női egyenjogúsági – különösen a feminista – mozgalmakban is, melynek nyomán elmozdulás ment végbe a korábbi évtizedek egyenlőség-orientált, jogokon alapuló szemléletétől a különbségeken alapuló eltérő kezelésmód követeléséig. Lásd Mari TEIGEN: *The affirmative action controversy*, NO-RA, 2000/2, 64).
 53. *Uo.*
 54. A magyarországi cigányság egymásra épülő, halmozódó hátrányainak kimutatására az oktatás és a munkaerőpiac vonatkozásában lásd KERTESI: *I. m.*
 55. Morris B ABRAM: *Affirmative Action. Fair Shakers and Social Engineers*, Harvard Law Review, 1986/6, April, 1318; BACCHI: *I. m.*, 133.
 56. TEIGEN: *I. m.*, 64.
 57. ABRAM: *I. m.*, 1317.
 58. Egyes érvelések szerint nem választható szét egyértelműen az esélyek, illetve az eredmények egyenlősége. Az esélyek egyenlősége továbbá nem mérhető, illetve érvényesülése csakis az eredmények alapján becsülhető meg. Ezért eleve érdemesebb az utóbbiak egyenlőségére törekedni. Lásd SCHIEK: *I. m.*, 163.
 59. BACCHI: *I. m.*, 132.
 60. Lásd Helga HERNES: *Welfare state and woman power. Essays in state feminism*, Oslo, Norwegian University Press, 1987 és TEIGEN: *I. m.*, 66, 69. Az elv egyfajta kiegészítő – feminista – érve szerint a férfiak és a nők érdekei ellentétesek, s a valóságban a férfiak uralta társadalomban a nők érdekeit elnyomják, ezért a nők jogosultak érdekeik egyenlő védelmére (*Uo.*, 69).
 61. BOSSUYT: *I. m.*, 8.
Az USA-ban például egy 1978-as, a munkaerő-felvételről szóló rendelet (*Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures*) szerint ha egy felvételi teszt eredményeképpen a kisebbségi jelöltek átlagban nem érik el a nem kisebbségiek eredményének 80%-át, akkor a teszt diszkriminatív. ABRAM: *I. m.*, 1316.
 62. BACCHI: *I. m.*, 133.
 63. A német közszolgálati alkalmazás során például évtizedek óta bevett előnyös egyéni körülmény az életkor és a családfenntartói jelleg, bár azok ugyancsak kevésbé befolyásolják a szakmai alkalmasságot. Lásd SCHIEK: *I. m.*, 154. Az amerikai felsőoktatási intézményekben pedig általános a sportolói, művészi tehetség előnyként való beszámítása, vagy annak figyelembevétele, hogy már a szülők is az adott intézményben tanultak. Lásd WARE: *I. m.*, 24.
 64. Csak a rend kedvéért jegyzem meg, hogy a rokoni, ismerősi vagy más kapcsolati tőkén alapuló kiválasztási eljárások nem tartoznak e tanulmány tárgyához – azok a korrupciós kutatások érdeklődési körébe sorolandók.
 65. Iris M. YOUNG: *Justice and the politics of difference*, New Jersey, Princeton University Press, 1990, 202.
 66. TEIGEN: *I. m.*, 67–68.
 67. Az érdemeken alapuló kiválasztást a szakirodalom egy része gyakran a pozitív megkülönböztetés igazolása szempontjából tautologikus módon, csupán az eredményére utalva bírálja: „A rendszeresített vizsgáknak súlyos hatása is van, mivel a fekete és a latin tanulók átlagos vizsgaeredményei alacsonyabbak a fehérek átlagos eredményeinél. A teszteredmények túlértékelése aránytalan módon kizárja a kisebbségi jelölteket” (WARE: *I. m.*, 23).
 68. TEIGEN: *I. m.*, 68, 71; WARE: *I. m.*, 23.
 69. TEIGEN: *I. m.*, 66.
 70. STERBA: *I. m.*, 241. Ehhez hasonló szempontok Magyarországon is felmerültek, például roma származású rendőrök alkalmazásának programjaként olyan te-

- lepülés(rész)eken, ahol a cigány népesség aránya magasabb az átlagosnál.
71. SCHIEK: *I. m.*, 150.
 72. Németországban például néhány tartományban a közszolgálati alkalmazás során a nők előnyben részesítését előíró szabályokat más, a gyakorlatban inkább a férfiakat preferáló rendelkezéssel ellensúlyozzák: nem kell előnyben részesíteni a női jelentkezőt, ha az a férfi pályázónak személyes nehézséget okozna (például mert ő a családfenntartó). Lásd *Uo.*
 73. Az úgynevezett kemény vagy merev kvóták az adott területen teljesen kiiktatják az érdemeken alapuló szabad versenyt, mert a szolgáltatások (források vagy pozíciók) meghatározott részét fenntartják a preferált csoport tagjai számára. Ezek egyik típusa a Franciaországban például a választási listák esetén alkalmazott paritásos rendszer, amely szerint a képviselőjelöltek nemi megosztása 50-50%-os kell hogy legyen. A módszert Németországban „eredménykvótáknak” (*Ergebnisquoten*) nevezik. Lásd SCHIEK: *I. m.*, 150.
 74. ACKERS: *I. m.*, 352.
 75. STERBA: *I. m.*, 195; KRIZSÁN: *I. m.*
 76. Ennek az az oka, hogy súlyosabb megkülönböztetésnek tartják a faji diszkriminációt, ezért erősebb bizonyítási terhet állapítanak meg a faji szempontú megkülönböztetés igazolásához. Lásd STERBA: *I. m.*, 228.
 77. Ezt először a híres Bakke-ügyben mondta ki az amerikai Legfelső Bíróság (*Regents of the University of California versus Bakke*, 1978). Lásd ehhez még STERBA: *I. m.*, 241; Douglas G. SMITH: *Originalism and the Affirmative Action Decisions*, *Case Western Reserve Law Review*, 2004/1, 10. Az egyes esetekben több új feltételt is megfogalmaztak, amelyek irányadó jellege azonban vitatott. A híres Grutter kontra Bollinger ügyben például – ugyancsak az egyetemi felvételinél alkalmazott faji megkülönböztetés esetén – követelményként jelent meg az is, hogy annak alkalmazása csak akkor megengedhető, ha ugyanaz a cél más, semleges szempontú kiválasztással nem érhető el, valamint ha az ilyen gyakorlat végpontja időben meghatározható. Lásd SMITH: *I. m.*, 11–13.
 78. STERBA: *I. m.*, 213.
 79. Például ha a közösségi forrásokat az azonos jogi helyzetben lévők között materiális értelemben is egyenlően osztják el, mert annak megvannak az anyagi feltételei.
 80. Miután egy közösségi cél elérése akár törvénymódosítással megvalósulhat, a jogszerűség más és más konkrét követelményeket jelenthet. A kormányzati szintű közpolitikák például akár új törvények megalkotására is irányulhatnak, míg egy helyi kormányzati célkitűzés ebből a szempontból értelemszerűen sokkal korlátozottabb lehet csak.
 81. Az alapjog-korlátozás alkotmányos követelményeinek érvényesítése természetesen abszolút érték kell hogy legyen, de ezt a szempontot a jogszerűség körébe sorolom. Itt értelemszerűen csak a jogkorlátozást alkotmányos módon tartalmazó alternatívák közötti választásról van szó.
 82. Társadalmi költségnek nevezem azon jogok, érdekek, magán- és közjavak összességét, amelyek felhasználása vagy feláldozása szükséges valamely cél eléréséhez. Ezek vagy közvetlen költségek (például egy szolgáltatás pénzbeli, adminisztratív, infrastrukturális költségei), amelyek szükségesek a cél megvalósításához, vagy közvetett költségek, azaz a cél elérésének elkerülhetetlen következményei (például mások jogainak vagy érdekeinek sérelme).
 83. TEIGEN: *I. m.*, 67.
 84. Megjegyzem, a csoportalapú igazságosság alkalmazása bevett gyakorlatnak mondható a kormányzati szakpolitikákban – gondoljunk csak a meghatározott jogosulti csoportba sorolt személyeknek juttatott anyagi jogú ellátásokra. Bármennyire jellemző is azonban a csoportalapú kedvezményezés, illetőleg teherhivés, azok minden esetben csak kiegészítői és nem alternatívái az individualista igazságosság alapján levezetett egyéni jogoknak, másrészt a megszo- kott osztályozásnál többnyire igyekeznek gondot fordítani arra, hogy a csoportba sorolás a megkülönböztetés szempontjából releváns jellemzőkön alapuljon.
 85. A preferenciális kezelésmódról folytatott filozófiai vitákban is gyakran visszatérő probléma a csoportképzés pontatlansága, valamint az, hogy a kedvezményezett túl széles körének meghatározása (*overinclusiveness*), illetőleg bizonyos jogosulti kör kihagyása (*underinclusiveness*) mennyiben befolyásolja a csoportalapú megkülönböztetés legitimitását. Lásd például Owen M FISS: *Groups and the Equal Protection Clause*, in *Anti-Discrimination Law*, ed. Christopher McCURD-DEN, Dartmouth, Aldershot, 1991. Minthogy szinte minden osztályozás pontatlan, elméletileg a legjobb elosztási rendszert az jelenti, ha mindenki személyes körülményeit (praktikusan igényjogosultságát) külön, egyénileg vizsgálják meg. Számos esetben azonban a közigazgatás „kényelme”, valójában hatékonyabb működése érdekében az enyhén torzító csoportosítás elfogadható. Lásd erről *Uo.*, 76–77.
 86. A jóindulatú diszkrimináció egyesek szerint nemcsak a megkülönböztetés szándéka, hanem eredménye alapján is elválasztható a negatív diszkriminációtól, például azért, mert nem stigmatizál, azaz nincs sértő jellege a hátrányt elszenvedők számára. Lásd BREST: *I. m.*, 17; KRIZSÁN: *I. m.*, 30.
 87. TEIGEN: *I. m.*, 67.
 88. Carl COHEN: *Why Race Preference Is Wrong and Bad*, in Carl COHEN, JAMES P. STERBA: *Affirmative Action and*

Racial Preference. A Debate, Oxford – New York, Oxford University Press, 2003, 27.

89. A lényegét tekintve önkényes hátrányos megkülönböztetés alkalmazását nem teszi elfogadhatóvá ideiglenes és korlátozott jellege, ha alapvető jogokról van szó. A bűnözés visszaszorítása is fontos közérdek, mégsem lehet azt a tisztességes eljárás garanciáinak akárcsak átmeneti felfüggesztésével elérni. Lásd ABRAM: *I. m.*, 1318. Ez az érvelés azonban csak akkor védhető, ha, mint Magyarországon, az egyenlő méltóságú személyként kezelésnél súlyosabb érdeket fogalmilag kizártnak tekintjük.
90. Mindkét példát lásd BREST: *I. m.*, 16–18.
91. Paul Brest eredeti célja valóban az volt, hogy a szerinte nem elég hatékony antidiszkriminációs szabály helyett más erkölcsi (és jogi) követelményt dolgozzon ki.
92. „Ha a cigányok felül voltak reprezentálva a hasonlóan alacsony képzettségű munkanélküliek között a munkanélküliség korai szakaszában, akkor ez közvetlenül bizonyítja, hogy hátrányosan megkülönböztették őket mind a felvételek, mind az elbocsátások során” (KERTESI: *I. m.*, 60).
93. ABRAM: *I. m.*, 1317.
94. *Uo.*, 1322.
95. Számos esetben mutatták ki empirikus kutatások, hogy a társadalmi aránytalanságnak olyan kulturális, életvitelbeli okai is lehetnek, amelyek az érintettek szabad választásán alapulnak. Lásd például ACKERS: *I. m.*. Egyes esetekben még maga az arányosság is lehet megtévesztő. Ackers példája szerint Nagy-Britanniában 1995-ben az általános iskolákban a női és férfi osztályfőnökök száma megközelítőleg azonos volt, ami tehát arra utalna, hogy ezen a területen nincs nemi diszkrimináció. A valóságban azonban ezekben az iskolákban ötször annyi nő tanított, mint férfi, és amíg az erre a pályára lépő minden harmadik férfiből vált vezető beosztású tanár, addig a nők közül csak minden tizenegyedikből. Lásd *Uo.*, 352.
96. Ez persze fordítva is igaz; indokolatlan volt például a nyolcvanas években a férfiak előnyben részesítése a jogászok között, mondván, hogy a jogászai pálya elnőiesedett.
97. Vajon miért kellene minden foglalkozási körben, tisztségben vagy szervezeti tagságban a teljes népességben belüli arányban jelen lennie a férfiaknak és a nőknek, az egyes korosztályoknak, a különböző etnikumhoz és nemzetiséghez tartozóknak, a kormánypárti és az ellenzéki szavazóknak, a hetero- és homoszexuálisoknak (biszexuálisoknak és transzvesztitáknak), a keresztényeknek és az ateistáknak (valamint a más valláshoz tartozóknak) vagy a fővárosiaknak és a vidékieknek? S vajon milyen csoportképző szempontok számítanak? A diszkrimináció alapjául szolgáló klasszikus ismérvek szerinti csoportokat kell figyelembe vennünk, vagy egyéb alapú klasszifikációkat is? A kövéreknek és a soványaknak vagy a szegényeknek és a gazdagoknak is arányosan kell-e részesülniük a közjavakban?
98. Abból tudniillik, hogy a múltbeli tanulmányi teljesítményből nem következik ígéret a jövőbeli alkalmaságra, nem következik, hogy a faji vagy nemi hovatartozásból igen. A pozitív diszkrimináció ellenzői továbbá szívesen hívják fel a figyelmet arra, hogy az etnikai csoportok arányos részesedését követelőik nem viszik végig gondolatmenetüket, amennyiben csak az afroamerikaiak s legfeljebb még a spanyol ajkúak (a latin vagy hispán kisebbség) érdekében lépnek fel, vagyis egyéb esetekben nem annyira érzékenyek a faji-etnikai aránytalanságokra. Márpedig erre egyéb okok is lehetnének: Amerikában az ázsiaiak aránya például kevesebb mint 4% a népességben belül, de az elit egyetemeken 24–35%-os a reprezentációjuk; egyes jogi karokon a zsidók aránya állítólag 40%-os, míg a feketék aránya mintegy kétharmados a profi futballban és négyötödös a kosárlabdában. Lásd Lino GRAGLIA: *The „Affirmative Action” Fraud*, *Journal of Urban and Contemporary Law*, 1998, Summer, 35.
99. Bizonyosan felvethető például, hogy önmagában a megkülönböztetés szempontjából irreleváns jellemzők kiválasztási kritériumként való használata fenn tartja a faji, nemi és egyéb hovatartozás állam általi figyelembevételének gyakorlatát, noha azokon a területeken, ahol korábban a kirekesztés volt a jellemző, inkább a befogadásnak kellene érvényesülnie (COHEN: *I. m.*, 40). Ezzel kapcsolatban pedig akár a „csúszós lejtő” érve is felmerülhet, amely szerint ha – csak korlátozott körben – megengedjük az ilyen szempontok alkalmazását a közpolitikában, akkor fennáll annak a kockázata, hogy ez a gyakorlat az állami tevékenység más szegmenseiben is megjelenik majd.
100. COHEN: *I. m.*, 33. Carl Cohen szerint az a megoldás, hogy a faji preferenciák költségviselői a hátrányos megkülönböztetés szempontjából „ártatlan” személyek vagy csoportok, csupán azért, mert „a bőrük színe nem megfelelő”, éppoly tisztességtelen, mint a kedvezményezettek tisztán faji alapú kiválasztása. A korlátozottan rendelkezésre álló közjavak esetén, ha az elosztás faji alapú, akkor csak úgy lehet adni az egyik faji csoportnak, hogy elvesznek egy másiktól; ha bizonyos faji és nemi csoportok előnyt élveznek, akkor más faji és nemi csoportok hátrányt szenvednek el, ezért nem lehet „jóindulatúnak” nevezni az ilyesfajta preferenciát (*Uo.*, 34).
101. GRAGLIA: *I. m.*, 33. A közjavak elosztása nem történhet a korábbi viszonyok alapján, mert „a fiúk nem felelősek az apák tet-

teiórt” (TEIGEN: *I. m.*, 67). Az érv azonban csak a kompenzációk érdeke esetében igaz, mert az elosztást bizonyos körülmények között lényegesen meghatározzák korábbi viszonyok, gondoljunk csak a szerzett jogok védelmére.

102. A kifogásokat az USA-ban elsősorban az az érvelés váltotta ki, amely a faji sokszínűségtől oktatási előnyöket remél az egyetemi képzésben. Ebben az összefüggésben azonban meggyőző az a bíráló, amely szerint a nézetek, kultúrák, szokások változatosságát a faji preferenciáknál jóval inkább szolgálják az eltérő vallású vagy nemzetiségű (például külföldi) diákok felvétele, mint a faji kisebbséghez tartozó, a valóságban jellemzően ugyanúgy középosztálybeli fekete hallgatók, akiket az előnyben részesítés kedvezményez. A sokszínűséget ezért sokan a faji arányosság eufémizmusának tekintik. Lásd például COHEN: *I. m.*, 38.
103. Cohen és mások példájának parafrázisa (COHEN: *I. m.*, 39). Egy másik megjelenési formája Paul Brest nevéhez köthető; a feltevés úgy szól, hogy hogyan kell megítélni azt, ha az iskolai ünnepeken pusztán a látvány kedvéért, vagyis esztétikai okból elkülönítik a fekete és fehér tanulókat (BREST: *I. m.*; FISS: *I. m.*, 66).
104. Mindazonáltal megemlíthető, hogy a leggyakrabban hasznosítási ellenérv szerint azokon a területeken, amelyeken az előnyben részesítéssel helyettesítik az érdemeken alapuló kiválasztást, szükségszerűen csökkennek a teljesítménystandardok. Mivel a kedvezményezettek nincsenek rákényszerítve az optimális teljesítményre, a preferenciális kezelés negatívan hat az egyéni teljesítményekre, s hosszabb távon mindenki veszít. Lásd ABRAM: *I. m.*, 1319; TEIGEN: *I. m.*, 64. Gyakori kifogás az is, hogy kétséges a semleges szemponton alapuló kedvezményezés célba érése, mert az ilyen szempontok szerinti kiválasztás „vakon” segít a preferált kisebbségi csoportokhoz tartozóknak, s esetleg a már amúgy is előnyös helyzetű tagokat juttatja további előnyökhöz (ABRAM: *I. m.*, 1323).
Egy következő hasznosítási ellenérv szerint a faji, nemzeti és hasonló szempontok szerint juttatott kedvez-

mények a támogatott csoporttal szembeni ellenérzések fokozódásához vezethetnek, fenntartják és megerősítik a kisebbségekkel szembeni előítéleteket. A pozitív diszkrimináció kockázata, hogy megbélyegzi az érintett kisebbségek tagjait, mert az az üzenete, hogy az irreleváns tulajdonság alapján kedvezményezettek annyira különböznek másoktól, hogy nem is lehet elvárni tőlük azon szabályok és standardok betartását vagy teljesítését, amelyek másokra kötelezők. Lásd TEIGEN: *I. m.*, 66; GRAGLIA: *I. m.*, 38.

A csoportismérv pontatlansága, valamint az osztályozás szempontjából homogén csoporton belüli egyenlőtlenségek figyelmen kívül hagyása a kedvezmények hasznosulására is negatívan hat: egyrészt a preferált csoporton belüli semleges elosztás óhatatlanul a hátrányos helyzetű csoportok versengését eredményezi a kedvezmények eléréséért (ABRAM: *I. m.*, 1321.), másrészt csökkenti a kedvezményezettek önbecsülését, mivel részben olyanok jutnak az előnyhöz, akiknek arra nem lett volna szükségük, ám a preferált pozíció őket is megbélyegzi (TEIGEN: *I. m.*, 66). Valójában azonban sok esetben a kedvezményezett csoport alárendelt helyzetén alig segít a csoportból véletlenszerűen kiválasztott szerencsések előnyben részesítése, különösen, ha az eredményelvű intézkedésekkel történik, hiszen nem számolja fel az egyenlőtlenség eredeti okait.

105. Nem számítva az alkotmányossági aggályokat, amelyek, ha alaposak, akkor a politikaalakítás első szintjén lévő egyik követelmény (a jogszerűség elve) nem érvényesül.
106. „Másként érvényesíti ugyanis egy roma és egy nem roma származású ember egyes alkotmányos alapjogait. Az eltérő alapjog-érvényesítésre a közigazgatásnak is a hagyományostól eltérő eszközökkel kell reagálnia...” (PALÁSTI Sándor Fórum-hozzászólása a *Szűkség van-e antidiszkriminációs törvényre?* körkérdésre, Fundamentum, 1998/3, 55). Megjegyzem, egyes álláspontok nem pusztán a hagyományos egyenlőségpolitikai eszközök hatékonyságát kritizálják, hanem tagadják, hogy bizonyos esetekben léteznek a pozitív diszkrimináción kívüli más állami eszközök (KRIZSÁN: *I. m.*, 31).