

HOMOSZEXUALITÁS ÉS ALKOTMÁNY¹

A nyugati civilizáció történelme során az állam mindig beavatkozott az egyének homoszexuális kapcsolatokat érintő döntéseibe.

A homoszexuális cselekedetek elítélése mélyen a zsidó–keresztény erkölcsi és etikai alapelvekben gyökerezik... Blackstone szerint a természet ellen elkövetett hírhedt bűncselekmény „gonoszabb” tett, mint a nemi erőszak.

Warren Burger főbíró, *Bowers kontra Hardwick* (1986)

„A barátnőmmé teszek!”

Mike Tyson kihívójának, *Razor Ruddocknak* (1991)

Hogyan kezeli a demokratikus alkotmány a szexuális orientáció szerinti diszkriminációt? A homoszexuálisok és leszbikusok számtalan területen hátrányos megkülönböztetésnek vannak kitéve. Talán mert egy alsóbb kaszt tagjai? Nem valószínű. Egyrészt a szexuális beállítottság nem igazán látható, könnyen eltitkolható. Ráadásul a homoszexuálisok és leszbikusok csoportja a jóléti társadalom sokféle területén nem minősül másodrendűnek a heteroszexuálisokkal szemben. Például nem mondhatjuk, hogy a homoszexuálisok és a leszbikusok szegényebbek, nehezebben kapnak munkát és gyakrabban esnek bűntény áldozatává, mint a heteroszexuálisok (habár a homoszexuálisok elleni gyűlöletből fakadó bűncselekmények nem ritkák). Másrészt viszont a homoszexuálisok sok helyütt hátrányos megkülönböztetésnek vannak kitéve, gyakran éri őket megalkalmazás, amely károsan hat önbecsülésükre és elzárja őket a politikai befolyás lehetőségétől. Leghelyesebb, ha azt mondjuk, hogy bár a homoszexuálisok és leszbikusok nem egy úgynevezett alsóbb kasztba tartozó személyek, e kijelentés komoly kérdéseket vet fel a szexuális orientáció szerinti diszkriminációval kapcsolatban.

Itt kívánom hangsúlyozni, hogy az ilyen fajta diszkrimináció általában nem védhető józan érvekkel, és azt is, hogy azoknak, akik igyekeznek megakadályozni az úgynevezett másodrendű állampolgár tudat kialakulását, tudniuk kell, hogy a diszkriminációnak ez a fajtája illegitim. Hogy ezeket az állításokat megérthessük, hasznos lesz egy történettel kezdeni.

1993-ban Jamie Gorelick, a Védelmi Minisztérium általános tanácsadója vallomást tett a Képviselőház Honvédelmi Bizottsága előtt. Clinton elnök „ne kérdezz, ne válaszolj” politikájának védelmében Gorelicket arra kérték, magyarázza meg, hogyan tudja va-

laki, akiről azt állítják, hogy homoszexuális, bebizonyítani, hogy valójában nem az. Gorelick egy példával válaszolt: „Egyszer egy nő állítólag azt mondta magáról, hogy leszbikus. Ezt követően jött és tisztázta: félreértették a szavait. Sőt, valójában bizonyítékot is bemutatott: férfiakat hozott magával, akik tanúsították, hogy a hölgy heteroszexuális, melynek eredményeképp a nő megtarthatta állását.” Gorelick így illusztrálta, hogyan bizonyíthatják be a megvádolt munkatársak heteroszexualitásukat, megmentve ezzel állásukat.

Sokan gondolhatják, hogy e képviselőházi meghallgatást követően a homoszexuálisok hadseregéből való kitiltása komoly veszélybe került. Tényleg el lehet képzelni egy olyan pert, amelyben az amerikai hadsereg egy tagjának a leszbikusság vádja ellen kell védekeznie korábbi barátainak felsorakoztatásával? Vajon mit várnának az uraktól, mit mondjanak? Keresztkérdések alá vetnék őket? Ha azt kell kivizsgálni, hogy a vádlott valóban homoszexuális-e, milyen kérdéseket tennének fel, hogy ezt felderítsék? Biztosan azt gondolják, hogy Gorelick válasza kételyeket ébresztett azzal a politikával kapcsolatban, amelyet védelmezni próbált. Csakhogy semmiféle reakció nem érkezett Gorelick anekdotájára. Úgy tűnt, mintha az eset, amelyet elmesélt, józan ésszel tökéletesen elfogadható és a gyakorlatban is alkalmazható lett volna.

E meghallgatást követően aztán váratlanul korunk egyik legfontosabb egyenlőséggel kapcsolatos problémájává vált a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció. Az amerikai jog e területen jelentkező fejlődése váratlan volt, hiszen a *Bowers kontra Hardwick*-ügyről,² a Georgia állambeli homoszexuális perről azt tartották, hogy a legtöbb vonatkozó alkotmányjogi kérdésre választ adott. Tegyük fel, hogy jogszabály tiltja a homoszexuálisok szövetségi hivatalokban vagy akár a szövetségi hadseregben való alkalmazását. Vagy tegyük fel, hogy a szövetségi jog elismeri a heteroszexuális házasságot, de a homoszexuális házasságot és az együttélést nem. A *Bowers*-ügy megoldja ezt a problémát? Nem, hiszen azt a megfelelő törvényes eljárásról (due process) szóló cikk alapján döntötték el, nem pedig az egyenlő jogvédelmet biztosító alkotmányos szakasz alapján, az ügy tehát nem a diszkriminációról szólt. Meglehet, hogy a szexuális orientáció alapján történő legtöbb diszkrimináció alkotmányosan elfogadhatatlan.

A célom az, hogy bemutassam az alkotmányjognak a szexuális orientáció szerinti megkülönböztetéssel kapcsolatos ügyekben játszott szerepét. Mindvégig az amerikai jogra összpontosítok, mivel más országokban e kérdés mindaddig kevés esetben jutott bíróság elé. Ugyanakkor a tanulmány nagy része érinti ezen alkotmányos kérdés más nemzeteknél történő megvitatását, rendezését is. Gondoljunk csak arra a Dél-Afrikában hozott figyelemre méltó döntésre, amely olyan indoklással semmisítette meg a homoszexualitást tiltó törvényeket, hogy az ehhez hasonló törvények megengedhetetlen diszkriminációt eredményeznek a heteroszexuálisok és homoszexuálisok között.³ Legjobb tudomásom szerint Dél-Afrika alkotmánya az egyetlen olyan alaptörvény a világon, amely kifejezetten tiltja a szexuális beállítottság alapján történő diszkriminációt. Ám szinte valamennyi alkotmány deklarálja a szabadságot és az egyenlőséget, ami a jövőben sok vitára adhat okot. Érdekes megjegyeznünk azt is, hogy sok demokrácia az egyenlőséggel és méltósággal kapcsolatos aggodalmakra válaszolva szüntette meg az azonos neműek közötti kapcsolatok tiltását, és a homoszexualitás ma már nem számít bűntettnek az Egyesült Királyságban, Írországban, Ausztráliában (Tasmania kivételével), Új-Zélandon, Kanadában és Európa nyugati felének legnagyobb részében sem.

Legfontosabb állításom az, hogy a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció általában alkotmányellenes, részben azért, mert józan érvekkel nem védhető. Az ilyen fajta diszkrimináció valójában azt célozza, hogy megbélyegezzenek és megalázzanak egyes állampolgárokat, hogy kételyt ébresszen a kasztellenes elvekkel kapcsolatban – ez a fajta diszkrimináció alkotmányosan elfogadható érvekkel védhetetlen. Ebből következően a jog egyenlő védelmét biztosító 14. alkotmány-kiegészítés a fejlődés útja. Részben azért, mert ez a klauzula tudatos támadást intéz a hagyományos gyakorlat ellen, míg a megfelelő törvényes eljárás fordulata inkább megtartó, a hagyományra és a kialakult gyakorlatra épít. Külön figyelmet szentelek annak az érveknek, amely számomra a legérdekesebbnek és legerősebbnek, habár némileg egzotikusnak tűnik: a szexuális orientáció alapján történő diszkrimináció egyfajta nemi diszkrimináció. Ha a kasztellenes elv megtiltja a nemek alapján történő diszkriminációt legtöbb fajtáját, akkor szintén megtiltja a szexuális beállítottság alapján történő diszkriminációt legtöbb fajtáját is, hiszen az utóbbi az előbbi része. Véleményem szerint a bíróságoknak mintegy katalizátorként kellene ezen az elmélet által még nem teljesen feltárt területen előrehaladniuk.

ALKOTMÁNYOS LEHETŐSÉGEK

Az alkotmány számos lehetőséget nyújt a homoszexualitást érintő ügyek elbírálására. Talán a legnyilvánvalóbb, ha a magánélethez való jogot, ezen belül is a szexuális autonómiához való jogot vesszük alapul. Ezt az utat azonban elzárta a Bowers kontra Hardwick-ügy, amely Georgia állam homoszexualitás-ellenes törvényét nem tartotta ezen alkotmányos jogot sértőnek. A Bowers-ügyet joggal kritizálják, és nem leszünk szomorúak, ha a bíróság egyszer felülbírálja saját korábbi döntését. Egyetlen szabad társadalom sem tilthatja meg az ehhez hasonló, megegyezésen alapuló kapcsolatokat. De két okból, legalábbis részben, elfogadható a nevezett ügy kimenetele.

Először is kétséges a megfelelő törvényes eljárás klauzulájának keletkezése és története is.⁴ Nem világos, hogy e klauzula – a legrendkívülibb eseteket kivéve – hogyan alapozhatja meg valamely jogszabály alkotmányosértővé nyilvánítását. Másodszor az úgynevezett magánélethez való jog, amelynek gyökere az anglo-amerikai jogi hagyományokra nyúlik vissza, mindaddig visszautasította a homoszexualitás legitimitásának elismerését. Én korábban megkérdőjeleztem azt, hogy pusztán a hagyomány alapján váljon alanyi jog a due process klauzulából. Feltéve azonban, hogy a due process formula a hagyomány alapján jelentős jogokat biztosít – ahogyan ezt általában értelmezik –, a Bowers-ügyben a magánéletre való hivatkozás sebezhetővé válik.

Lehet, hogy ezek főként technikai nehézségek. A substantive due process klauzula tartalma több, a magánéletet érintő ügyben kristályosodott ki, és az így kialakult hagyományt megfelelően elvonatkoztatva a homoszexuálisok közötti, megegyezésen alapuló kapcsolatra is alkalmazhatnánk. Ha egy állam megtiltja az embereknek, hogy megegyezésen alapuló szexuális kapcsolatot létesítsenek egymással, annyi bizonyos, hogy legalábbis megfelelő indokkal kell rendelkezzen. A kiskorúak esetében rámutathat a valódi beleegyezés hiányára. A felnőttek közötti vérfertőzés esetében a pszichológiai károsodással és az esetleg születendő gyermekek kockázatával érvelhet. A házasságtörés esetében esetleg hangoztathatja a házasság védelmének szükségességét. Ám nehéz hasonló indoklást találni a felnőttek közötti, megegyezésen alapuló homoszexuális kapcsolatok esetében. Így hát a Bowers kontra Hardwick-ügy felülbírálata ünneplésre adhatna okot.

De vannak más problémák is. A homoszexuálisok alapvető problémája nem pusztán a magánélet hiánya. A homoszexuálisok el tudják rejteni szexuális beállítottságukat. A „belső szoba” biztosít némi magánéletet. Ám az álcázás lehetősége aligha jelent

megoldást ezekre a problémákra. Valójában az elrejtőzés lehetősége állandósíthatja a megbélyegzést és egyenlőtlenséget azáltal, hogy elhiti egyes emberekkel: szexuális beállítottságuk egyfajta iszonyatos, sötét titok, amit el kell rejtteni a közvélemény elől. Az eredmény pedig nagy valószínűséggel a megaláztatás egy formája és az önbecsülésen esett komoly sérülés, amely a kasztrendszer létét erősíti. Ezért aztán a magánélethez való jog hangsúlyozása talán félrevezető. Az állam és más magánszemélyek magánéletbe való beavatkozása természetesen probléma, de elsősorban a diszkrimináció mélyebb problémái miatt az. Ahogy egy dél-afrikai tudós megfogalmazta, akinek szavait (ha nem is egészen egyetértőleg) a dél-afrikai Alkotmánybíróság idézte: „A magánélethez való jogra hivatkozás káros hatással van egy olyan társadalom kialakulására, amely valóban nem bélyegzi meg az embereket szexuális orientációjuk alapján [...] A magánéletre való hivatkozás azt sugallja, hogy a homoszexuálisok és leszbikusok diszkriminációja csupán arra korlátozódik, hogy egyes felnőtteknek megtiltják a hálósobában folytatott kapcsolatukat [...] Ez pedig egyáltalán nem így van [...] A magánélet mint alkotmányos védelemre szoruló alapjog tehát nem megy elég messze, és bizonyos visszasságai vannak.”⁵

AZ EGYENLŐSÉGRŐL ÁLTALÁBAN

Mi a helyzet az egyenlőséggel? Vajon a szexuális orientáció alapján elkövetett diszkrimináció megsérti az alkotmány egyenlőségről szóló cikkelyét? Kezdjük egy technikai kérdéssel. Sok ember azzal érvel, hogy mivel a Legfelső Bíróság szerint a megfelelő bánásmódról szóló cikkely nem tiltja meg az államnak azt, hogy törvényen kívül helyezze a megegyezésen alapuló homoszexualitást, az egyenlő jogvédelemről szóló klauzula nem szolgálhat a homoszexuálisok és leszbikusok elleni diszkrimináció megkérdőjelezésének alapjául. Ha az alkotmány megengedi az államnak, hogy törvénytelenül nyilvánítsa a homoszexuális tevékenységet, mondhatnánk, ugyanez az alkotmány nyilván nem mondhatja azt, hogy az állam nem diszkriminálhatja a homoszexuálisokat.

De ez az érvelés túlságosan üres. Figyelmen kívül hagyja az egyenlő jogvédelemről és a megfelelő törvényes eljárásról (due process) szóló cikkelyek közötti jelentős különbségeket. Mivel az egyenlő jogvédelemről szóló cikkelyt a hagyományok elleni támadásnak szánták, sokkal ígéretesebb alapul szolgálhat új alkotmányos rendelkezésekhez, mint a magánélethez való jog. Általában véve a megfelelő törvényes eljárásról szóló cikkely a hagyományosan tiszteletben tar-

tott jogok védelmével kapcsolatos, s nagymértékben visszafelé tekint. Ezzel szemben az egyenlő védelemről szóló cikkely tudatosan a hagyományos felfogás ellen irányul. Célja az, hogy ellensúlyozza azon tevékenységeket, amelyeket az idők során tiszteletben tartottak és fenntartani igyekeztek. Olyan egyenlőségmintára alapozták, amely a múlt gyakorlatának kritikájaként működik. Az egyenlő védelemről szóló cikkely alapján a tény, hogy egy gyakorlat régi, még nem számít sokat; a cikkelyt a megkövült gyakorlatok elleni támadásnak szánták. Mivel a homoszexualitás ellenzésének mély történelmi gyökerei vannak, az egyenlő védelemről szóló cikkely csak még ésszerűbb alapja lehet az alkotmányos jogoknak.

Az amerikai alkotmányos jogban a megfelelő törvényes eljárásról szóló cikkely gyakran megtartó, míg az egyenlő védelemről szóló cikkely változtató rendelkezés. Ha ez így van, akkor ez utóbbi rendelkezés áll a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció vizsgálatakor.

EGYENLŐSÉG ÉS ÉSSZERŰSÉG

Az egyenlő védelemről szóló cikkely alapján a Legfelső Bíróság már érvénytelenítette a diszkrimináció bizonyos formáit azon az alapon, hogy ésszerűtlenek vagy nem szolgálnak legitim közcél.⁶ Ez a feltetelezés kapcsolatban áll a demokrácia fogalmával, valójában kifejezve annak a megközelítésnek a lényegét, mely szerint a juttatások kiosztásának és a terhek kiszabásának tükröznie kell a közjót. A juttatások és a terhek nem alapulhatnak pusztán a politikai hatalmon vagy egy csoport előnyben részesítésén egy másik csoporttal szemben.

Előfordult, hogy a bíróság azért minősített alkotmánysértőnek egy jogszabályt, mert a törvényhozás által előadott igazolás olyan eszméken alapult, amelyek „előítéletet”, „gyűlölködést” vagy „ellenségességet” tükröztek. Egy „előítéleten” alapuló törvény nem minősülhet ésszerűnek.⁷ Ezen érvelés alapján a Legfelső Bíróság alkotmánysértőnek találta Colorado állam alkotmányának 2. kiegészítését a Romer kontra Evans-ügyben,⁸ azt állítva, hogy a diszkrimináció csak a homoszexuálisok elleni „gyűlölködésre” való hivatkozással magyarázható, és hogy a „gyűlölet” nem számíthat jogszerűnek az egyenlő védelemről szóló cikkely alapján. A Romer-ügy csupán egyetlen példa; sok fontos ügyben mondták már azt az alsóbb szövetségi bíróságok, hogy a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció valóban ésszerűtlen, mivel pusztán az előítélet és az irracionális félelem terméke.

Így például néhány bíróság kijelentette, hogy a homoszexuális „orientációjú” – homoszexuális tevé-

kenységet nem folytató – személyek kizárása a hadseregből ésszerűtlen, s így az egyenlő védelemről szóló cikkely alapján alkotmányellenes.⁹ A Steffan kontra Aspin-ügyben¹⁰ született fontos döntésben a Washington környéki fellebbviteli bíróság azon a véleményen volt, hogy ésszerűtlen a homoszexuális beállítottságú embereket kizárni a katonai szolgálatból, ha csak nem végeztek már korábban homoszexuális tevékenységet. A bíróság szerint a homoszexuális beállítottság önmagában nem jogszerű alap a felmentésre. Két kerületi bíróság is hasonló következtetésre jutott, és úgy találták, hogy a hadseregből való kizárás nincs kapcsolatban semmilyen jogszerű közcéllal.¹¹

Részben e visszafogottság miatt hiszem azt, hogy az ésszerűségi szemlélet meglehetősen ígéretes, és jogosan vezet a legtöbb esetben az érvénytelenítéshez, amikor homoszexuálisok diszkriminációja történik. A kormányok rendszerint azzal védik a homoszexuálisok elleni diszkriminációt, hogy konkrét ártalmakat kockáztatnak meg, mint például a közhangulat vagy a gyerekek megrontása. A Romer-ügyben Colorado állam azt hangsúlyozta, hogy nem azért tiltja meg a térségeknek a homoszexuálisok anti-diszkriminációs törvényekkel való védelmét, mert nem szereti a homoszexuálisokat, hanem mert vallásos csoportokat próbál óvni vallásos gyakorlataik megzavarásától, és biztosítani akarja, hogy a helyi kormányzatok figyelme ne terelődjön el a faji és nemi diszkriminációról. Azt azonban nehéz volt megállapítani a Romer-ügyben, hogyan válhatna a diszkrimináció a fent említett ártalmak megakadályozásának megfelelő eszközévé. Ha az állam meg akarja védeni a vallásos csoportokat, nem a homoszexuálisok elleni diszkriminációt kell megengednie, hanem nyíltan ki kell jelentenie, hogy a diszkrimináció-tilalom e vallási csoportok belső életére nem alkalmazandó. Ha pedig az állam forrást kíván biztosítani a faji és nemi diszkrimináció elleni harchoz, azt egyébként is megteheti.

Természetesen az ésszerűség fogalma vagy a „gyűlölködés” igazából annak megítélésén múlik, hogy a törvényhozás indítékai kifogásolhatók vagy bosszantók-e. Például a Romer-ügy mögött álló megfontolás az lehetett, hogy legalábbis az egyenlő jogvédelemről szóló cikkely szerint immár nem jogszerű a homoszexuálisokat diszkriminálni csak azért, mert az állam el akar riasztani a homoszexualitástól. A diszkriminációt más, a közösséghez kapcsolódó alapon kell igazolni. A háttérben húzódó aggodalom az, hogy a homoszexuálisokat vagy a szellemi fogyatékosokat diszkrimináló szabály nagy valószínűséggel irracionális gyűlöletet és félelmet tükröz, az érintettek és cselekedeteik iránti félelmet. A cél a megvetett csoport tagjainak kirekesztése, mert azok jellemzőit valamilyen módon szennyezőnek, bomlasztónak és fertőző-

nek hisszük. Itt a szexuális orientáció alapján történő diszkrimináció kasztszerű vonásokat kap. Természetesen a homoszexualitással kapcsolatban sok valósi ellenvetés ismert. De egy pluralista demokráciában ezek az ellenvetések csupán az erkölcsi meggyőzésre nyújthatnak elegendő alapot, nem pedig a jog használatára.

NE KÉRDEZZ, NE VÁLASZOLJ!

Az biztos, hogy az a vélemény, amely szerint a diszkrimináció „ésszerűtlen”, ellentétben áll a ne kérdezz, ne válaszolj kormányprogrammal. A diszkrimináció különböző formái különbözőképpen kezelhetők. Vegyük például azt a tilalmat, amely miatt homoszexuálisok nem taníthatnak általános iskolákban. A tilalmat ésszerűtlennek kellene nyilvánítani és eltörölni. Nehezebb a kérdés a homoszexuálisok, pontosabban az „ismert” homoszexuálisok hadseregbe való belépésének megtiltása esetében, mint a ne kérdezz, ne válaszolj politika hadseregben való alkalmazása esetében. Mint az ésszerűségi nézet próbája, a hadsereggel kapcsolatos politika részletes megvitatást érdemel, különösen annak fényében, hogy a bíróságok részéről a hadsereg nagy tiszteletnek örvend, egyébként teljesen jogosan.

Miért diszkriminálja a hadsereg a homoszexuálisokat? Van, aki szerint a szexuális visszaélések a hadsereg kötelékében teljességgel elfogadhatatlanok; vagy mert azoknak az embereknek a bevétele, akiket homoszexuálisokként ismernek, ártalmas lenne a hadsereg szellemére nézve; aláásná a toborzást; a magánéletre fordított figyelem fontos, és a fiatal katonákat nem szabad kitenni annak, hogy olyan azonos neműek közvetlen környezetében kelljen tartózkodniuk, akik esetleg szexuálisan érdeklődnek irántuk. Az biztos, hogy nem könnyű ezeket az érdekeket különválasztani az előítéllettől és az ellenségességtől, és a hadsereg körében a diszkrimináció háttérének jelentős része zavaróan közel van ahhoz, mint ami a faji elkülönítést és a nők megkülönböztetését igazolta. De a bíróságoknak a nagy tét és a mélyben húzódó bonyolult ténykérdések miatt minden kétséget kizáróan óvatosságnak kell lenniük a hadsereg esetében. Hogy megoldást találjunk e problémákra, szükséges részletesebben felderítenünk az alapul szolgáló igazolásokat.

A „ne kérdezz, ne válaszolj” egyik alapja az, hogy a szexuális kapcsolatok és szexuális visszaélések – legfőképpen a feljebbvalóknál – elfogadhatatlanok a hadsereg körében. Az egyik fő gond a szexuális zaklatás. Az bizonyos, hogy van abban valami ironikus, ha olyan emberek idézgetik a szexuális zaklatásról szóló törvényt, akik egyébként nem nagyon lelkesed-

nek e törvényekért. E politika némely védelmezője, úgy tűnik, attól fél, hogy a homoszexuális férfiak rendszeresen úgy fognak bánni a heteroszexuális férfiakkal, mint ahogy néha a heteroszexuális férfiak bánnak a nőkkel, és szeretnék megvédeni a heteroszexuális férfiakat ettől a bánásmódtól. Semmi kétség, sok ember tényleg azt hiszi – és ebben teljesen igazuk van –, hogy minden lépést meg kell tenni annak biztosítása érdekében, hogy a szexuális zaklatás ne fordulhasson elő a hadseregben. Azonban ha a szexuális visszaélések okozzák a problémát, akkor a természetes megoldás az lenne, ha megtiltanának mindenféle szexuális zaklatást, nem pedig az, hogy megtiltják a homoszexuálisoknak és a leszbikusoknak, hogy a hazájukat szolgálják.

Talán a probléma nem is a szexuális zaklatásban, hanem a szexuális viszonyokban rejlik. Lehet, hogy a hadsereg mint helyszín összeegyeztethetetlen tagja-inak még az önkéntes szexuális kapcsolataival is, legalábbis amikor egymás közvetlen környezetében kell együtt dolgozniuk. De ha ez így van – és minden okunk megvan rá, hogy így gondoljuk –, akkor a megoldás az, hogy az ilyen kapcsolatokat megtiltsák. A közelmúltban több megszorító rendelkezés született az úgynevezett összebarátkozásokkal kapcsolatban, és minden ilyen korlátozást ki lehet terjeszteni a homoszexuális kapcsolatokra is.

Talán a legerőteljesebb álláspont a diszkrimináló politika eltörlése ellen – amely valójában az „egység összetartásának” fogalmát látszik megalapozni –, hogy a szexuális zaklatást és a szexuális kapcsolatokat leszámítva is nagyon nehéz volna sok fiatal férfinak és nőnek elviselni azt a tudatot, hogy nyíltan homoszexuális és leszbikus emberekkel szolgálnak együtt. Természetesen van bizonyos mértékű szegregáció a hadseregben a fiatal férfiak és fiatal nők között, részben azért, hogy megakadályozzák a bonyodalmakat, feszültségeket és félreértéseket, amelyek komolyan alááshatnák a hadsereg felkészültségét és hatékonyságát. A nyílt homoszexualitás tiltását lehetne azzal védeni, hogy a hasonló problémák kiküszöbölését szolgálja. Ha pedig a tiltás feloldása valóban károsítaná a közhangulatot és a toborzást, és súlyos belső problémákat okozna, nem lenne olyan könnyű a kívülállók számára, hogy elutasítsák a hadsereg háttérben húzódó aggodalmát. Amikor Colin Powell és a vezérkar más tagjai 1993-ban elutasították Clinton elnök indítványát, ez volt legfőbb ellenvetésük. És a szexuális magánélet is komoly érdek, amely talán a közös helyiségekben és zuhanyzóknál a legfontosabb.

Mégis, ez a nézet is megkérdőjelezhető. Ha néhány fiatal ember nehéznek találja a munkát homoszexuálisok közvetlen környezetében, annak oka

gyakran a tudatlanság és az előítélet (néha gyűlölet) egy formája, amely normális esetben nem jogszerű indok arra, hogy megtagadjuk az emberektől a munkalehetőséget. Az ilyen érzelmeknek való behódolás sok esetben állandósítja és jóváhagyja ezeket. Fontos, hogy lássuk: jelentős számú ország nem zárja ki a homoszexuálisokat a hadszolgálatból. Nincsenek tilalmak, nem léteznek a „ne kérdezz, ne válaszolj” megfélelítő, és láthatólag nincsenek problémák az „egység összetartásával” Dániában, Norvégiában, Finnországban, Belgiumban, Spanyolországban, Hollandiában, Franciaországban, Kanadában, Németországban, Svájcban, Svédországban és Izraelben. De nem is kell külföldre mennünk hasonló bizonyítékokért. Homoszexuálisok és leszbikusok harcoltak a hazájukért a második világháborúban, a koreai és a vietnami háborúban, és nyilvántartó lapjuk szerint általában ugyanolyan jól szolgálták a nemzetet, mint a heteroszexuálisok. A szexuális magánélet jogos érdek, és lehet, hogy különleges erőfeszítéseket igényelne, hogy a nem diszkrimináló politika megvédje a magánéletet. De ha a katonai vezetők valóban a nem diszkrimináló politika elkötelezettjei volnának, annak megvalósítása, úgy tűnik, komoly gondokat nem okozna.

Ez tehát azt jelenti, hogy a bíróságoknak azzal az indokkal kellene elutasítani a ne kérdezz, ne válaszolj elvet, hogy alkotmányellenes? Amikor a hadsereg kerül szóba, a bíróságoknak rendkívül óvatosnak kell lenniük a kormány által felhozott érvek és indokok elutasításakor. De egy dolog a hadsereg iránti tisztelet, és egészen más, ha a bíróságok megengedik a kormánynak, hogy kizárja, megbélyegezze és megalázza az állampolgárok egy csoportját, akiknek tagjai régóta jelesen szolgálnak. A „ne kérdezz, ne válaszolj” nevében elkövetett, nagy számú visszaélés következményeként a védelmi minisztérium egy kísérletbe kezdett a zaklatás, az erőszak és a boszorkányüldözések ellen, hogy zaklatásellenes továbbképzést szervezzenek és követeljék, hogy csupán megbízható bizonyítékok alapján indíthassanak vizsgálatot. De még ha a reformok javítanak is a dolgokon, van valami nevetséges és bizarr és egyre inkább orwelli ebben az élénk és erősen reklámozott erőfeszítésben, hogy biztosítsák: az embereket csak akkor hallgatják ki feltételezett vagy gyakorló homoszexuálisokként, ha valódi bizonyíték van arra, hogy valóban feltételezett vagy gyakorló homoszexuálisok. A legalapvetőbb probléma a politikával nem az esetleges visszaélésekben rejlik, még ha némelyik minden képzeletet felülmúló volt is eddig, hanem a lényegével.

A kongresszus számára, amelynek egyébként alkotmányos kötelezettségei vannak, az lenne a legjobb megoldás, ha az egyenlő jogvédelem alkotmányos elve alapján elvetné a ne kérdezz, ne válaszolj

politikát, és együtt dolgozna a hadsereggel aggodalmainak megoldásában. És ez egyike azoknak a rendkívül ritka eseteknek, amikor a bíróságnak a katonai gyakorlat ésszerűtlenné nyilvánítására és érvénytelenítésére vonatkozó lépése támogatókra talál.

AZ AZONOS NEMŰEK KÖZÖTTI HÁZASSÁG

Egy demokratikus alkotmány megköveteli-e, hogy az állam megengedje az azonos neműek közötti házasságot? Az eddigiekben a válasz egyértelmű volt: természetesen a „házasságot” fenn kell tartani a férfi–nő kapcsolatok számára. Azonban ez mára már nem ilyen nyilvánvaló. Ennek oka az, hogy az azonos nemű egyesülések megtiltását nem lehet józan érvekkel megmagyarázni. Én azt mondanám, hogy ez az a terület, ahová a bíróságoknak félve kellene lépniük és adniuk kellene a demokráciának elég időt a megfontolásra; mindenesetre alkotmányjogilag komoly kérdéseket vet fel a tiltás.

A tilalom igazolható úgy, mint a házasság intézményének fenntartása olyan kapcsolatok számára, amelyekben gyermekek is érintettek. De ez az érvelés finoman szólva is elnagyolt. A homoszexuálisok örökbe fogadhatnak gyermekeket, ha a jog megengedi, és ha a jog megengedi, a homoszexuálisok akár még gyermekeket is vállalhatnak, aki biológiailag valóban az egyik szülő gyermeke lesz. Sok esetben a heteroszexuális házasságokban nincsen gyermek, mivel a pár nem tud vagy nem akar gyermeket vállalni. Ráadásul az állam nem akadályozza meg a terméketlen párok házasságát, vagy az olyan termékeny párokat, akik nem vállalnak gyermeket, illetve az olyan párokat, akik túlságosan idősek a gyermekvállaláshoz. Teljességgel elfogadhatatlan az azonos neműek házasságát megtiltani azon az alapon, hogy a házasságot olyan helyzetekre kell korlátozni, amelyek magukban hordozzák a biológiai utód lehetőségét.

Az állam mondhatja, nem akarja „reklámozni” azt a tényt, hogy az azonos nemű kapcsolatok is lehetnek boldogok, egészségesek és sikeresek, és a házassági engedély megadása egy olyan gyakorlat jóváhagyása lenne, amely legfeljebb semleges hozzáállást, de nem helyeslést érdemel. Ám ez a nézet gyenge lábakon áll. Hogy az azonos nemű kapcsolatok kevésbé boldogok és egészségesek-e, mint a heteroszexuális kapcsolatok – eltekintve most a köz- és a magánéletben megnyilvánuló diszkriminációtól –, nem tudható. Ugyanezt mondhatjuk el a fajok közötti kapcsolatokról, ahol szintén megvan a

boldogtalanság kockázata, és a kevesebb boldogság lehetősége ebben a helyzetben sem lehet indok a diszkriminációra.

Végül az azonos neműek közötti házasság tilalmát megalapozhatja az a széles körben elterjedt erkölcsi helytelenítés, amely az azonos nemű kapcsolatokról az emberek egy részében él. Ez elégségesnek bizonyult a Bowers kontra Hardwick-ügyben,¹² és lehet, hogy e kérdésben is elégséges lesz. Bár lényeges különbség, hogy itt mi azt feltételezzük, az azonos neműek házasságának tilalmát az egyenlő jogvédelemről szóló cikkely alapján kell megkérdőjelezni, nem pedig a megfelelő törvényes eljárásról szóló cikkely alapján; az előbbi pedig a széles körben elterjedt társadalmi meggyőződések támadása, nem pedig a jóváhagyása. Természetesen a széles körben vallott erkölcsi meggyőződések legtöbbször jogszerű alapjai a törvénykezésnek, de nem minden esetben. Gondoljunk csak a fajkeveredés megtiltására vagy a szellemi fogyatékosok diszkriminációjára. A kérdés az, hogy mi áll az erkölcsi meggyőződés hátterében, és vajon megvédhető-e józan megfontolások alapján. Ez rendkívül bonyolult kérdés, olyan, amelyet a bírának az elméleti megegyezések keresése közben meg kell próbálniuk összefoglalni. Logikusnak tűnik azzal a feltevéssel kezdeni, hogy ha a morális helytelenítés a jog legitim alapja egy heterogén társadalomban, az általában azért van, mert a szabályozott viselkedés olyan, amely egyesek szerint ártalmas másokra (ez a legegyszerűbb eset); vagy amely saját magukra nézve válhat ártalmassá (kevésbé egyszerű, de a paternalizmus alkotmányosan nem tilos). Ha pedig ebből indulunk ki, esetünkben igen nehéz alkotmányos alapot találni az azonos neműek házasságának erkölcsi helytelenítésére. Legálábbis nehéz belátni, miért kellene megtagadnia az államnak az azonos nemű kapcsolatokról ugyanazokat a juttatásokat és kiváltságokat, amelyeket megkapnának, ha megengednék nekik, hogy összeházasodjanak.

A fenti ellenvetések dacára azt gondolom, hogy szövetségi szinten és rövid távon a Legfelső Bíróságnak tartózkodnia kell attól, hogy beleavatkozzon az államoknak az azonos nemű házasságok elismerésével kapcsolatos gyakorlatába. Sokkal jobb, ha ezek a változások állami szinten történnek, általában törvényhozói szinten, néha pedig bírói döntések révén, mint Vermont állam Legfelső Bíróságának esetében, amely 1999-ben azt állapította meg, hogy a homoszexuális pároknak ugyanazokat az állampolgári előnyöket kell biztosítani, mint a heteroszexuális pároknak.¹³ Az Egyesült Államok Legfelső Bíróságának sokkal lassabb léptekkel kell előrehaladnia.

EGYENLŐSÉG ÉS „GYANÚS CSOPORTOK”

Mondhatnánk, hogy a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció hasonló a faji vagy nemi diszkriminációhoz, s ezért a legritkább esetek kivételével el kellene törölni. Ez egészében véve elfogadható állítás. A Legfelső Bíróság még meg sem közelítette ezt az álláspontot, de átvett néhány kedvező lépést az alsóbb bíróságoktól. A Jantz kontra Muci-ügyben¹⁴ egy kerületi bíróság azon az állásponton volt, hogy a szexuális orientáció alapján történő diszkrimináció „természeténél fogva gyanús”, és a 9. kerületi fellebbviteli bíróság egyik esküdszéke egyetértett, habár véleményét ezt követően érvénytelenítette.¹⁵

A Legfelső Bíróság „fokozott vizsgálatnak” veti alá azokat a törvényeket, amelyek olyan bizonyos jól identifikálható csoportot diszkriminálnak, amely különösen veszélyeztetett a hétköznapi politikai életben. Amikor a bíróság erősebb teszt alapján vizsgálódik, jelentős mértékben kételkedik a törvényhozás helyességében, s így minden kétely azoknak a csoportoknak az előnyére válik, amelyek a szóban forgó törvényeket megkérdőjelezzik. Valószínű, hogy a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció előítéletet vagy „gyűlölködést” tükröz. Amikor a kormány hátrányt okoz a homoszexuális személyeknek, annak gyakran az az oka, hogy „betegnek” vagy „alacsonyabb rendűnek” tekinti őket, vagy egyszerűen figyelmen kívül hagyja a tényeket. Így aztán a szexuális orientáció alapján történő diszkrimináció nagyon hasonló a faji és nemi diszkriminációhoz. Ilyen körülmények között az előítélet – amit úgy értelmeznek, mint sztereotipizáló gondolkodást, amely a tények meghamisításán alapul és gyakran egyszerűen gyűlöletben gyökerezik – a diszkrimináció egyik lehetséges oka.

Nyilvánvaló, hogy a homoszexuálisok eddig is ki voltak és valószínűleg ezután is ki lesznek téve diszkriminációnak a köz- és a magánéletben. Ha a homoszexuálisokat nem is tekintik minden értelemben egy alsóbb kaszt tagjainak, nyilvánvaló, hogy sok területen nem kezelik őket egyenrangú állampolgárként. Az amerikai történelem nagy részében a homoszexuális beállítottság felfedése elegendő indok volt arra, hogy az egyén komoly társadalmi hátrányokat szenvedjen el. A homoszexuálisoknak még ma is gyakran el kell titkolniuk beállítottságukat azért, hogy megszabaduljanak a diszkriminációtól, sőt az erőszaktól. A gazdaság sok szektorában nem egykönnyen juthat munkához, aki felfedi homoszexualitását. A homoszexuálisok alkotmányos értelemben még a politikai hatalomból is ki vannak zárva. Gyakran nehézségbe ütközik a más csoportokkal való szö-

vetségekötés az ellenük táplált, széles körben elterjedt előítélet és ellenségesség miatt. Pontosan azért, mert gyakran névtelenek maradnak (vagyis nem tudják róluk, hogy homoszexuálisok) és szétszélednek (vagyis nem szerveződnek össze), erős ellenállással szembesülnek, amikor megfelelő politikai befolyást igyekeznek elérni. Az álcázás lehetősége igazából még ronthat is a dolgokon a politikai hatalom gyakorlásának szemszögéből. Ezt a problémát, amely önmagában is elég súlyos, még csak fokozza az a tény, hogy azokat, akik harcolnak a szexuális orientáció alapján történő diszkrimináció ellen, gyakran azzal vádolják, hogy maguk is homoszexuálisok, ami viszont az ő jó hírnevüket ronthatja.¹⁶ A homoszexuálisok ellen érzett, széles körben elterjedt ellenségesség tehát mind a homoszexuálisok, mind pedig a heteroszexuálisok számára megnehezíti a diszkrimináció elleni fellépést.

De nézzük meg a mélyebb összefüggéseket! A „politikai erőtlenség” kérdésének egyik problémája az, hogy a kulcsfontosságú pont megítélése – hogy egy csoport rendelkezik-e politikai befolyással vagy sem – szükségszerűen nemcsak a politikai befolyással kapcsolatos tényeken alapul, hanem néhány elmentmondásos és általában ki nem mondott vélekedésen is egyrészt arról, hogy a kérdéses csoport mennyi politikai hatalmat érdemel, másrészt a csoportot érintő törvényhozói döntések alapjának jogszerűségéről. Vajon a nőknek van politikai hatalmuk? Bizonyos szempontból természetesen van, ám az ellenük folytatott diszkrimináció mégis különleges tárgyát képezi a bírói vizsgálatoknak az egyenlő jogvédelemről szóló cikkely alapján. Azt gondolhatnánk, hogy a homoszexuálisok jelentős politikai befolyással bírnak, hiszen hatással lehetnek a választásokra, még az elnökválasztásra is. De ugyanez igaz nemcsak a nőkre, hanem az afro-amerikaiakra is, akik nyilvánvalóan jelentős mértékben befolyásolják a választásokat. A választások erős befolyásolásának lehetősége ezeket a csoportokat még nem emeli ki a diszkrimináció ellen különös védelmet élvező csoportok közül.

Ennek oka az, hogy még ha politikai hatalommal bírnak is, az előítélet nagy valószínűséggel akkor is működik a politikai gépezetben mind a nőekkel, mind pedig a feketékkel szemben. A politikai erőtlenség kategóriája bekerült a politikatudomány fontos témái közé, de az valójában azokon az ítéleteken múlik, amelyek a kormány cselekedetei indokának jogszerűségéről döntenek. Hogy azt mondhassuk, a homoszexuálisok politikailag erőtlenek, azt is hangsúlyoznunk kell, hogy a diszkrimináció általános alapjai elfogadhatatlanok. Ez nem csupán a politikai hatalomról szól. A hagyományos rend az, ami ésszerűtlen.

A Legfelső Bíróság néhányszor kijelentette már, hogy nem kedveli a „személyes adottság” alapján történő diszkriminációt, ám ez az állítás megzavarhat minket. Valójában az adottság szó sok homályos elemzésre adott alkalmat. A homoszexualitás lehet adottság, amely megváltoztathatatlan, de lehet szerzett dolog is, ez ma még vitatott. Azonban nem a megváltoztathatóság a döntő tényező. Valójában az se nem szükséges, se nem elégséges feltétele a különleges bírói védelemnek. Egyrészt a megváltoztathatatlan jellegzetességek nem jelentenek jogszerűtlen indokot a kormány negatív lépéseire. A vakoknak mondhatják, hogy ne vezessenek és a süketeket megfoszthatják a telefonos szolgálattal járó állásoktól, a bíróságok mégsem fordítanak különös figyelmet a megkülönböztetés ezen formáira. Még ha létezne is valamilyen biológiai hajlam a bűnözésre, akkor is büntethetnénk az ilyen viselkedést, elriasztásul és megbélyegzésül. Ha a homoszexuális viselkedés jogszerűen büntethető, akkor nem számít, hogy a homoszexuális orientációnak ki lehet-e mutatni biológiai vagy gyermekkori tapasztalatokra visszavezethető okait.

Ezek a pontok megmutatják, hogy egy megváltoztathatatlan jellemző nem elegendő feltétel a különleges bírói védelemre. A kormány állandóan diszkriminál megváltoztathatatlan jellemzők alapján, és legtöbbször nem merülnek fel alkotmányos problémák. A megváltoztathatatlan jellegzetesség nem is szükségszerű indok a különleges bírói védelemre a diszkrimináció ellen. Tegyük fel például, hogy a bőrszín vagy a nem megváltoztatható lenne egy új technológia segítségével. Megváltoztatná ez az alkotmányos elemzéseket? Nyilvánvalóan nem. A faji diszkrimináció nem válna elfogadhatóvá attól, ha a tudósok felfedeznének egy szérumot, amittől a feketék fehérré válhatnának.

Az igazi kérdés az, hogy vajon az a jogszabály, amely hátrányos helyzetbe hoz egy bizonyos csoportot, illegitim alapokon nyugszik-e. Ennek eldöntésére egy alapos bírói vizsgálat vállalkozhat. Ezt tekintetbe véve a homoszexuálisok elleni diszkrimináció éppen annyira elutasítandó, mint a feketék vagy a nők elleni. Az ügyek nagy részében a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció valóban a „gyűlölködésben” gyökerezik – nem igazolt sztereotípiákban, és akár gyűlöletben is. Ezért a bíróságoknak meg kell követelniük a kormánytól, hogy az ilyen típusú diszkriminációt igen meggyőző érvekkel védje meg. Építkezhetünk a jelenleg hatályos jogszabályokra egy olyan érv segítségével, amely látszólag ugyan meghökkentő, de megragadja annak a lényegét, ami kockán forog.

EGYENLŐSÉG, NEMI DISZKRIMINÁCIÓ ÉS HOMOSZEXUALITÁS

Vajon a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció nemi diszkrimináció? Én azt hiszem, igen.

Hogy megközelíthessük ezt a kérdést, vegyük szemügyre Burger legfőbb bíró feltűnést keltő véleményét a Bowers-ügyben. Itt a főbíró elismerően idézte Blackstone azon véleményét, miszerint a homoszexualitás „gonoszabb tett, mint a nemi erőszak”, szörnyű cselekedet, „amelynek már a pusztá említése is lealacsonyítja az emberi természetet”, és „egy olyan bűntett, amelyre nem lehet szavakat találni”.¹⁷ Érdemes elidőznünk egy pillanatig annál a felvetésnél, hogy a férfiak közötti, beleegyezésen alapuló szexuális kapcsolatok „rosszindulatúbb tettek, mint a nemi erőszak”. Hogyan lehetséges ez? Miért tartotta helyesnek mind Blackstone, mind pedig a főbíró összehasonlítani a két bűntettet és hangsúlyozni a megegyezésen alapuló homoszexualitás nagyobb gonoszságát?

Azt hiszem, a válasz szoros összefüggésbe hozza a nemi diszkrimináció problematikáját a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció kérdésével. A nemi erőszakot sokszor és sokan tartották a természet elleni kisebb bűnnek, mint a homoszexualitást, és ez sokat elárul a nemi diszkrimináció természetéről és a nemek közötti különbségről. Vizsgáljuk hát meg most általánosabban a 14. alkotmánymódosítás egyenlőség-fogalmát.

ÚJRA A KASZTELLENES ELVRŐL

A 14. alkotmánymódosítás eredete és fő célja szerint nem az ésszerűtlen faji különbségtételekkel foglalkozik, hanem a faji kasztrendszerrel. Azok, akik megfogalmazták és jóváhagyták ezeket az alkotmánymódosításokat, jól tudták, hogy a faji hierarchia rendszerét régen természetesnek tekintették. A polgárháború alkotmánymódosításait a faji hierarchia feltételezett természetességének teljes elutasítására alapozták. A hierarchiát nem a természetes különbségek, hanem a jog termékének tartották, mégpedig a rabszolgaság törvényének, az alkotmánymódosítások tehát az abolíció következményei.

Ugyanígy meg kell értenünk a nemi diszkrimináció problémáját annyiban, hogy az már-már egyfajta kasztrendszert eredményez, amely a nemeken alapul, és gyakran a jogon keresztül működik. Ezt a rendszert, akárcsak a faji és más kasztrendszereket, gyakran tulajdonítják a „természetnek” és a „természetes különbségeknek”. Gondoljunk csak itt John Stuart Mill szavaira: „De van-e olyan dominancia, amely nem

tűnik természetesnek azok számára, akik birtokolják? [...] Így hát igaz, hogy a természetellenes általában csupán nem szokásost jelent, és minden, ami általános, természetesnek tűnik. A nők alárendelése a férfiaknak egyetemes szokás, és bármilyen elrugaszkodás tőle meglehetősen természetességgel tűnik természetellenesnek.”¹⁸ A faji párhuzamra építve a nemi egyenlőségre vonatkozó egyenlőségelv éppen a kaszt ellentéte. A szabályozó elv, amelyet a jog igazol, nem az, hogy a nőket „ugyanúgy” kell kezelni, mint a férfiakat, hanem hogy a nők nem lehetnek „másodrendű állampolgárok”.

Gyakran halljuk, hogy a nők és a férfiak különbözők, és hogy a különbségek segítenek megmagyarázni és igazolni a ma létező társadalmi és jogi egyenlőtlenségeket. Állítják például, hogy a nők különböznek a férfiaktól, tehát a különböző jogi bánásmód tökéletesen helyénvaló. Valójában sok jogi rendszerben, beleértve Amerikát is, a legfőbb társadalmi és jogi kérdés az: különböznek-e a nők a férfiaktól? Ha nem, egyformán kezelik-e őket? Bármennyire elterjedt is, nem helytálló ez a megközelítés. Nem az a kérdés, hogy van-e különbség – legtöbbször minden bizonnyal van –, hanem hogy ennek a különbségnek a társadalmi és jogi kezelését megfelelően lehet-e igazolni. Ha a különbségek nem eredményeznek egyenlőtlenséget, akkor az a jogi és társadalmi szokások eredménye, nem csupán maguké a különbségeké. Mivel ezek jogi és társadalmi szokások, még akkor is megváltoztathatók, ha a különbségek változatlanok. Bárhogy is van, az egyenlőtlenséget nem lehet a különbség pusztá tényével magyarázni.

De menjünk még egy kicsit tovább. A férfiak és nők közötti – különösen a szexualitást és a szaporodást érintő – különbségeket gyakran magyarázatként hozzák fel a nemi egyenlőtlenségre, sőt az egyenlőtlenség eredetének tartják őket. Jobb volna pedig, ha elfogadnánk, hogy legalábbis néhány e különbségek közül épp az egyenlőtlenség eredménye vagy gyümölcse. Az biztos, hogy néhány „valódi különbség” csupán a nemek egyenlőtlenségének következménye. A fizikai erő különbsége például biztos, hogy az egyenlőtlenség nélkül is fennállna, de a ma létező különbségeknek minden kétséget kizáróan sok köze van az elvárások, a táplálkozás és a képzés különbségeihez. Ezeket a különbségeket nem tulajdoníthatjuk teljes egészében a nők szexuális és szaporodásbeli képességeinek. Valójában a nők és a férfiak közötti különbség mértéke köztudottan változhat térben és időben. Ez pedig elegendő ahhoz, hogy megmutassa: amit a társadalom a természetnek tulajdonít, gyakran a társadalom terméke.

Még a vágyakban, preferenciákban, törekvésekben és értékekben megjelenő különbségek is jelen-

tős mértékben a társadalom és a jog funkcióit töltik be – különösen azokat, amelyek a szexualitással és a szaporodással kapcsolatosak. A preferencia gyakran alkalmazkodik a fennálló helyzethez, és egy a nemeken alapuló kasztrendszer vonásait mutató fennálló helyzet előreláthatóan különböző hatással lesz arra, hogy a férfiak és a nők mit részesítenek előnyben. Vagyis az előnyben részesítés különböző módjait fogja eredményezni, és mind a nyilvános, mind a magánszférában különböző irányokba fogja ösztökélni a férfiakat és a nőket.

A NEMEK KÖZÖTTI KÜLÖNBBSÉGEK ÉS A SZEXUÁLIS ORIENTÁCIÓ

Most a nem és a szexuális beállítottság alapján történő diszkriminációra térünk át. Az azonos neműek házasságának betiltása ma látszólag nem veti fel a nemek egyenlőtlenségének problémáját az Egyesült Államok alkotmánya alapján. De nem lehet a jogi tiltás (és társadalmi tabu) annak a vágynak az eredménye, hogy fenntartsuk a nemi hierarchiát, azt a rendszert, amelyet az azonos neműek házassága megpróbál aláásni azáltal, hogy megkérdőjelezi a hagyományos és még mindig uralkodó nézetet a férfiak és nők közötti „természetes különbségekről”?

Ahogy Andrew Koppelman fogalmaz egy jelentős írásában: az azonos neműek házasságának tilalma ugyanolyan kapcsolatban áll a nemi kasztokkal, mint a faji keresztházasságok a faji kasztokkal.¹⁹ A legjobb párhuzam erre a Loving kontra Virginia-ügy, amelyben a bíróság alkotmányesértőnek minősítette a faji keresztházasságok tilalmát. Én itt most a valódi világ motivációiról beszélek, és ahogyan a ma hatályos jog, én is azt feltételezem, hogy a meg nem engedhető motivációk végzetesek a törvényhozás szempontjából. Ezzel nem azt mondom, hogy az azonos neműek házasságának tiltása szükségszerűen elfogadhatatlan. De itt a tiltás olyan, mint egy diszkriminatív célzatú műveltség-vizsgálat, vagy egy veterán elsőbbségi joga, amelynek az a célja, hogy kizárja a nőket a munkavállalásból. Ezért az érvelésért sokkal tartozom Koppelman véleményének, habár hozzászerek még néhány problémát az egyenlőtlenség és a kaszt kapcsán.

SZERELEM ÉS HÁZASSÁG

1958-ban Richard Loving, egy fehér férfi és Mildred Jeter, egy fekete nő összeházasodott Washington környékén. Nem sokkal ezután visszatértek Virginia

állambeli otthonukba, és azon nyomban vád alá helyezték őket. Bűnük az volt, hogy összeházasodtak Virginia faji keresztházasságot tiltó törvényének ellenére. Bűnösnek vallották magukat, és egy év börtönbüntetésre ítélték őket. A bíró felfüggesztette a büntetést azzal a feltétellel, hogy a Loving házaspár elhagyja Virginiát, és huszonöt évig nem tér vissza. A bíró így fogalmazott: „A magasságos Isten fehérnek, feketének, sárgának, malájnak és vörösnek teremti az embereket, és különböző kontinenseken helyezte el őket. És ha nem avatkoztunk volna be ebbe az elrendezésbe, nem lenne ok az ilyen házasságokra. Az, hogy elválasztotta egymástól a fajokat, azt mutatja, hogy nem akarta, hogy keveredjenek egymással.”²⁰ A Loving házaspár alkotmányos alapon megfellebbezte a fajkeveredés-ellenes törvényt, azt állítva, hogy a törvény megfosztja őket az „egyenlő jogvédelemtől”. Így született meg az egyik legtöbbször idézett ügy az egész amerikai jogtörténetben, a Loving kontra Virginia.

A Loving-ügyben az Egyesült Államok Legfelső Bírósága elé került problémák meglehetősen egyszerűek voltak. 1954-ben a bíróság döntést hozott a Brown kontra oktatási tárca-ügyben.²¹ Itt a bíróság azt hangsúlyozta, hogy a faji diszkrimináció alkotmányosan elfogadhatatlan, és az „elkülönítve, de egyenlően” az nem egyenlő.²² A Brown-ügyben a bíróság azon a véleményen volt, hogy az alkotmány alapján a kormány nem diszkriminálhatja a feketéket. A Loving-ügyben pedig ez volt a kérdés: vajon a faji keresztházasság megtiltása ehhez hasonló diszkrimináció-e. E kérdés körül heves vita alakult ki. Virginia állam számára a válasz „világos, hogy nem” volt.

Virginia állam ügyvédei azzal érveltek, hogy a fajkeveredés elleni törvények egyenlően büntetik a feketéket és a fehéreket. Azt állították, hogy nincs szó a feketék diszkriminálásáról. Az egyetlen lényegi diszkrimináció olyan emberek esetében történik, akik egyes házasságot kívánnak kötni, és ezek az emberek különböző fajokba tartoznak. A Brown-üggyel ellentétben, ahol a faji elkülönítés a faji egyenlőtlenséget jelezte, itt az elkülönítés valóban egyenlő volt. Az olyan emberek diszkriminációja, akik egyes házasságban kívánnak élni, egyáltalán nem „faji diszkrimináció”. Nem húz határvonalat a feketék és a fehérek közé. Azt biztos, hogy egyfajta diszkrimináció – de nem az a fajta, amely igazolná az alkotmány alapján táplált bírói kételyeket. Mivel a feketék és a fehérek pontosan ugyanolyan bánásmódban részesültek, ez a fajta kételkedés indokolatlannak látszott.

Az 1990-es évekből nézve ez a vélekedés talán furcsának tűnik, mintha egy más világból származna. De ha elidőzünk felette egy kicsit, látni fogjuk, hogy a logikája egyenes, és még hihető is. Az igaz, hogy a fa-

jok közötti házasságot tiltó törvények egyként kezelik a feketéket és a fehéreket. De hogyan válaszolt erre a Legfelső Bíróság? A Loving-ügy kulcsmondata így hangzik: „a [kérdéses] faji osztályozások önmagukat igazolják, mint a Fehér Felsőbbrendűség fenntartására hozott rendelkezések.”²³ Ennek a fehér felsőbbrendűségre tett megdöbbentő utalásnak – olyan bíróság által, amely egyhangúan egyetértett, nagybetűvel írta mindkét szót, és a nemzet történelmében egyedüli alkalommal nyilatkozott meg így – az volt a célja, hogy Virginia állam azon érvelésének mélyére hatoljon, mely szerint a vegyes házasságban való részvétel alapján történő diszkrimináció nem faji diszkrimináció.

A Legfelső Bíróság a következő álláspontot foglalta el. Habár a fajok közötti házasság tiltása egyformán kezeli a feketéket és a fehéreket – még ha formálisan egyenlőség is van köztük –, a tilalom átlátszó kísérlet arra, hogy a fajokat különválasszák egymástól, és ezáltal fenntartsák a faji különbözőség formáját és felfogását, ami elengedhetetlen a fehér felsőbbrendűséghez. A körülmények ismeretében a tilalom így a faji kasztrendszer része. Virginia állam valójában azért ellenezte a fajok keveredését, mert ez összezavarta volna a faji határokat, ezáltal legyőzte volna azt, amit a kerületi bíró Isten akaratából alkotott „természetes” különbségnek látott. Egy olyan világban, ahol a fajok közötti házasság létezik, a feketék és a fehérek közötti természetes különbségek értelmetlenné válnának; maga a fajok közötti házasság fogalma is elveszítené értelmét.

S valóban, egy olyan világban, ahol a fajok keverednek, nem lenne többé világos, ki fekete és ki fehér. Maguk a kategóriák felborulnának – és kiderülne, hogy nem a természet, hanem a szokás művei voltak. Egy ilyen világban a fehér felsőbbrendűség nem lenne tovább fenntartható. Mivel ez a meg gondolás állt Virginia állam jogrendje mögött, ez a jogrendszer most lelepleződött mint az egyenlő jogvédelem elvének elfogadhatatlan megsértése.

Most képzeljünk el egy másik esetet. Két nő szeretne összeházasodni. Ebben megakadályozza őket az azonos neműek házasságát tiltó törvény. Azzal érvelnek, hogy a kérdéses törvény megsérti a nemi diszkrimináció ellen való jogukat. Lehet, hogy azzal próbálnák alátámasztani ezen állításukat, ami egyébként igaznak tűnik, hogy ha egyikük férfi volna, a házasságnak semmi akadálya sem lenne. A törvény tehát láthatólag határozottan nemi diszkriminációt tartalmaz. Egy személyt a neme miatt különbözőképpen kezel, mint egy másikat. Így tehát a törvény a nemi diszkrimináció egy formája.

Azok a törvények, amelyek tiltják az azonos nemű kapcsolatokat, nyílt, valóban nemi diszkriminációt

tartalmaznak. A jelenleg érvényben lévő jogi normák alapján azonban nem világos, mennyire lenne sikeres ez az állítás. Az azonos neműek házasságának megtiltásáról néha azt mondják, inkább a szexuális beállítottság alapján diszkriminál, mintsem a nem alapján. Nincs szó nemi diszkriminációról, mivel a férfiak és a nők pontosan ugyanolyan bánásmódban részesülnek. Sem egy férfi egy másik férfival, sem pedig egy nő egy másik nővel nem léphet házasságra. Ezért a nőkkel és a férfiakkal nem bántik különböző módon. Eből láthatjuk, hogy a mi elképzelt ügyünkben a panasz inkább a szexuális orientáció miatt történő diszkriminációról szól, nem pedig a nem alapján történőről.

Úgy tűnik, hogy jelenleg ez az érvényes válasz ezen alkotmányjogi kérdésre. Ezt a következtetést vontta le Missouri állam Legfelső Bírósága egy hasonló ügy kapcsán. A bíróság szerint az állam elismeri, hogy a törvény megtiltja a férfiaknak azt, amit a nőknek nem, vagyis hogy szexuális kapcsolatot létesítsenek férfakkal. Ám az állam álláspontja az, hogy ugyanígy megtilt a nőknek olyasmit, amit a férfiak megtehetnek: hogy szexuális kapcsolatot létesítsenek nőkkel. Úgy hisszük, hogy ez egyenlő mértékben vonatkozik férfiakra és nőkre, mivel mindkét nemnek megtiltja, hogy saját nemükkel létesítsenek szexuális kapcsolatot. Így tehát nincs szó az egyenlő védelem megtagadásáról ebben az esetben.²⁴

Ahogy Koppelman már megmutatta, meglehetősen nyilvánvaló, hogy ez a válasz ugyanaz a válasz, mint amit Virginia állam adott a Loving-ügyben – olyan válasz, amelyet azon az alapon utasítottak el, hogy a fajok közötti házasság megtiltása kapcsolatban áll a fehér felsőbbrendűség elfogadhatatlan intézményével. A jelenlegi jogrendszer résztvevői nélkül sokkal nehezebb azt mondani, hogy az azonos neműek kapcsolatának megtiltása összefügg áll egy ugyanilyen elfogadhatatlan társadalmi intézménnyel. Pontosan hogyan lehet az azonos neműek házasságának tilalma kísérlet arra, hogy a nemek közötti egyenlőtlenséget vagy akár a férfiak felsőbbrendűségét elősegítsék? Milyen köze lehet az egyiknek a másikhoz? A fajok közötti házasság a faji különbségekre gyakorolt hatásai miatt volt elutasítandó, amiket természetesnek és kívánatosnak tartottak, ám ezekről azért hitték (az 1960-as években) azt, hogy társadalmi következményeik vannak, mivel a társadalmi intézmények faji alapú, kasztyszerű rendszert képeztek.

Az a véleményem, hogy a Loving-ügynek jelentős szerep jut annak felismerésében, hogy az azonos neműek kapcsolatának megtiltása megengedhetetlen nemi diszkrimináció, és döntő precedens lehet az azonos neműek házasságának vagy élettársi közösségének védelmében. A faji keresztházasságok megtil-

tása része annak a törekvésnek, hogy továbbra is ragaszkodjunk a feltevéshez: a fajok tekintetében csak „két fajta” van. Az emberiség szétválasztása két szigorúan elhatárolt részre, fehérekre és feketékre része annak, amit a fehér felsőbbrendűség jelent. Igaz, vannak emberek, akiknek sötétebb a bőre, mint másoknak, és igaz, hogy a gének eltérők lehetnek, ez a különválasztás mégis társadalmi találmány. Az emberek génállománya nagyon összetett, a legtöbb úgynevezett feketének sok fehér őse van; az emberiség szétválasztását „feketékre” és „fehérekre” tehát aligha döntheti el a genetika. Azt állítani, hogy csupán „két fajta” ember van, fekete és fehér, nem egyszerű tényközlés, hanem az emberi nemről való egyedi és szükségtelen gondolkodásmód gerjesztése. Ez az emberiségről való egyedi gondolkodásmód komoly problémákat vet fel az egyenlő védelemről szóló törvény alapján, mivel a jogon alapuló gyakorlatba fordul át.

Nagy a kísértés, hogy azt higgyük, ugyanez nem mondható el az emberiség két másik csoportra való felosztásáról, a férfiak és nők „fajtájáról”. Lehet, hogy ezt a szétválasztást valóban a természet írja elő; lehet, hogy egyáltalán nem társadalmi találmány, legalábbis nem ugyanúgy. Az bizonyos, hogy vannak nők és férfiak, és legalábbis ezt a tényt bizonyosan a genetika dönti el. Ki tagadhatná, hogy a nők és a férfiak közötti különbség ebben a tekintetben alapvető?

Ám ez az állítás is túlságosan könnyen kikezdehető. Az valóban igaz, hogy némelyik ember fekete, olyan értelemben, hogy afro-amerikai felmenői vannak, mások pedig fehérek abban az értelemben, hogy nincsenek afro-amerikai ősai. Igen hihető, hogy ugyanígy igaz vagy „tényszerű” az, ha az emberiséget férfiakra és nőkre osztjuk fel. Logikus azt gondolnunk, hogy az azonos neműek házasságának megtiltása mint a „két fajtához” való társadalmi és jogi ragaszkodás ugyanolyan szoros összefüggésben áll a férfi dominanciával, mint a fajok közötti házasság tilalma a fehér felsőbbrendűséggel. Az azonos neműek házasságát részben azért tiltják meg, mivel megbonyolítják a nemekről való hagyományos gondolkodásmódot, és megmutatják, hogy az emberi lények felosztása két egyszerű fajtára része a nemi funkciók sztereotipizálásának, bármennyire igaz is, hogy a nők és a férfiak különbözők.

Ahogy Koppelman megmutatta, ez nem csupán filozófiai vagy szociológiai megfigyelés. Igen fontos a jogi érvelés szempontjából is. Azt sugallja, hogy akárcsak a fajok közötti házasság megtiltása esetében, az azonos neműek házassága megtiltásának sorát is megpecsételheti egy alkotmányosan elfogadhatatlan cél. A tilalomnak sok köze van a férfiak és nők megfelelő szerepeinek alkotmányosan elfogadhatatlan sztereotípiáihoz. Mi több, a tilalomnak könnyen

lehetnek alkotmányosan elfogadhatatlan hatásai is. Egy a nemek funkcióin alapuló, sztereotipizáló rendszer része, amely káros a férfiakra és nőkre, heteroszexuálisokra és homoszexuálisokra egyaránt, habár különböző módokon. S valóban, a legérdekesebb kérdések egyikének sok köze van ahhoz, hogy a tilalom különösen a heteroszexuális férfiak, homoszexuális férfiak, heteroszexuális nők és leszbikusok számára sérelmes.

Az biztos, hogy ezt a tételt nem hazudtolja meg az a tény, hogy néhány „macsó” kultúrában nem bélyegzik meg a férfiak homoszexualitását annyira, mint például az Egyesült Államokban. Még ilyen kultúrákban is éles különbséget tesznek a passzív és aktív szexuális kapcsolatok között, és a passzív és aktív jelzők kulturális értelmezése nemi értelemben történik. A passzív szerepet megbélyegzik, egyúttal a nőiséggel azonosítják, míg az aktív szerep társadalmilag elfogadható, és a férfiassággal azonosítható. Az ilyen kultúrákban a nemi szerepek megkülönböztetése más módon jelenik meg, de a nemi diszkrimináció ott van a nőkről, a férfiakra és a szexualitásról való gondolkodásban.

Fontos különbség van itt egyfelől a férfiak homoszexuális kapcsolatainak megbélyegzése mögött húzódó okok és azok között, amelyek a nők homoszexuális kapcsolatainak megtiltásáért felelősek. A bizonyíték azt sugallja, hogy a férfiak homoszexualitásának társadalmi megszegyenyítése nagy részben abból fakad, hogy a férfiak szexuális passzivitását természetellenesnek tartják. A heteroszexuális férfiak ellenérvése a férfiak homoszexualitásával kapcsolatban főként abban a vágyban gyökerezik, hogy megbélyegezzék a férfiak szexuális passzivitását. Gondolhatnánk, hogy a szexuális agresszióknak való ez a fajta alárendeltség különösen azért zavaró, mert a férfiakat nőkké változtatja, ezáltal zavaróan hat a nemek különbségéről vallott hagyományos nézetre. Így tehát az áldozat nőiesítése ismerős része az erőszakos férfiösszecsapásoknak, mint a bokszoló Mike Tyson kihívójának, Donovan „Razor” Ruddocknak szóló megjegyzése, amelyet a tanulmány elején idéztünk: „A barátnőmmé teszek.” Szerintem ez a megjegyzés távol áll a szokatlanságtól, és igen árulkodó az azonos nemű kapcsolatok és a nemen alapuló kasztrendszer közötti viszonyról.

A leszbikus kapcsolatok megtiltása látszólag egészen más megfontolásból fakad.²⁵ Az ilyen tilalmak egyik célja az lehet, hogy biztosítsák a nők szexuális elérhetőségét a férfiak számára. A dolog másik része az a tény, hogy a leszbikusság szintén megbonyolítja a nemi különbségeket azáltal, hogy szexuálisan aktív szerepet oszt nőkre, ez pedig aláássa a természetes különbségről alkotott felfogást. Ez okból kifolyó-

lag könnyű belátni, hogy a szociálisan aktív nőket miért bélyegzik leszbikusnak. A leszbikusság vádjá valójában azoknak a nőknek a törvényen kívül helyezése, akik úgymond férfias társadalmi szerepet vállalnak magukra. Így tehát szoros összefüggés van a nemi egyenlőtlenség és a leszbikusság megtiltása között.

Az ilyen megfontolások segítenek fenntartani a homoszexualitást érintő jogi és társadalmi tabut olyan módon, amely könnyen válhat ártalmassá mind a nők, mind a férfiak számára, akár heteroszexuálisok, akár homoszexuálisok, habár természetesen nagyon különböző módokon és meglehetősen különböző mértékben. A „férfi” és „nő” szigorú kategóriái közötti különbség és az azt kísérő „passzív” és „aktív” társadalmi és szexuális vonások közötti különbségtétel különösen káros hatással van a homoszexuális férfiakra és a leszbikusokra. Ám ezek a kategóriák és jellemzők mindannyiunk számára túlságosan elnagyoltak ahhoz, hogy a társadalmi és szexuális életért feleljenek, amikor mindkettőben rendben megy minden. A heteroszexuális nőknek szintén igen ártalmas lehet ez a különbségtétel, mivel szigorúan behatárol, és nem hű saját tapasztalatuk komplexitásához, még ha szexuális vonzalmukkal a férfiakat célozzák is. A károsodás szoros kapcsolatban áll a nemi kapcsolatok jelenlegi rendszerének kaszt jellegével. A heteroszexuális férfiakra nagyjából ugyanez igaz, mivel elengedhetetlen a társadalmi és a szexuális kapcsolatokban mutatott bizonyos mértékű passzivitás, valamint kíváncsiság is, épp ezért szükségtelen zavart vagy büntületet érezni emiatt.

Akár elfogadják a bírúk ezt az érvelést, akár nem, végül arra a következtetésre kell jutnunk a tárgyalótermen kívül és belül, hogy az azonos neműek kapcsolatának megtiltása egyfajta nemi diszkrimináció, ahogyan a faji vegyes házasság megtiltása egyfajta faji diszkrimináció volt. Mindkét tilalom megengedhetetlen az egyenlő jogvédelem cikkelye alapján.

ÓVATOSSÁG ÉS ALKOTMÁNYOSSÁG: ABRAHAM LINCOLN PÉLDÁJA

Abraham Lincoln mindig azt hangsúlyozta, hogy a rabszolgaság helytelen. Az alapelv tekintetében Lincoln nem engedett meg kompromisszumot. Nem volt elfogadható indoka a rabszolgatartásnak. Ám a módszer tekintetében Lincoln meglehetősen kétértelmű volt – rugalmas stratégia, kompromisszumokra nyitott, és tisztában volt a kételyekkel. A tény, hogy a rabszolgaság nem helyes, nem jelentette azt, hogy azonnal el kell törölni vagy hogy a feketéket és a fehéréket azonnal egyenlővé kell tenni. Lincoln véle-

ménye szerint a „fehér emberek nagy tömegének” érzelmei nem engednék ezt meg.²⁶ Legmeglepőbb megnyilatkozásában ezt mondta: „Hogy ez az érzés egybevág-e az igazsággal és józan megítéléssel, nem a fő kérdés, ha egyáltalán része annak. Egy általános érzelmet, akár helyes, akár helytelen, nem lehet egyszerűen figyelmen kívül hagyni.”²⁷

Lincoln szerint azok az erőfeszítések, amelyeket az azonnali társadalmi változásokért tesznek ebben az igen kényes kérdésben, váratlan következményekkel és hátulütőkkel járhatnak, még ha teljesen ésszerű alapokra helyezik is őket. Először is meg kell ismertetni az embereket a változás szükségességének okairól. A szenvedélyeket le kell csillapítani. A fontosabb érdekeket egyeztetni kell, és rá kell beszélni az embereket, hogy csatlakozzanak az ügghöz. Az időzítés létfontosságú. Meg kell hallgatni és tiszteletben kell tartani a kritikusokat. Lincoln szerint az elv szigorúságát össze kell kapcsolni azoknak a módszereknek az óvatos bemutatásával, amelyekkel az igazságos eredményt el akarják érni. Ezért hiba lenne Lincoln abolícióban mutatott óvatosságát a mögöttes elv felett érzett bizonytalanságnak tartani. De éppen ennyire hiba azt gondolni, hogy Lincolnnak az elv felett érzett magabiztossága együtt járt a faji egyenlőség azonnali megvalósításával.

Ahogy Alexander Bickel hangsúlyozta, a kérdés igen fontos alkotmányjogi szempontból, különösen a szociális reform területén.²⁸ Mivel a bíróságokon keresztül működik, az alkotmányjog az elmélet függetlenségének és az intézményből fakadó korlátoknak a furcsa keveréke. Az elmélet ugyanis követelhet erős és azonnali kasztellenes elvet, amely sokkal agresszívebben veszi fel a harcot a faji és nemi egyenlőtlenséggel, mint a Legfelső Bíróság. Ám lehet, hogy az intézményből fakadó korlátok miatt a bíróságok vonakodnának érvényre juttatni az elvet. Az alkotmányos jogokat tehát szisztematikusan alááshatná a bíróság.²⁹ Az okoknak sok köze van a bíróságok korlátozott tényfeltáró képességéhez, gyenge demokratikus pedigrijéhez, korlátozott legitimitásához. Így tehát rés van aközött, amit a bíróságok (helyesen) követelni képesek és aközött, amit az alkotmány (helyesen) elvár.

A jóléti jogok területén ez meglehetősen jól nyomon követhető. Tegyük fel, hogy az alkotmány egyenlő védelemről szóló klauzuláját olyan módon kellene értelmezni, hogy az a létminimum jogát biztosítja. A jóléti jogok bírói biztosítása esetleg bonyolult vezetői szerepeket követelhet meg. A bíróságoknak ellenőrizniük kellene a komplex intézményrendszer ahhoz, hogy biztosítsák a megfelelő jogok védelmét. A jóléti rendszer egyedi természete miatt a létminimumhoz való jog megállapításának negatív hatá-

sai lehetnének más tervek, amelyeknek éppen ilyen sürgető szüksége van a közpénzekből való finanszírozásra. A bíróságok viszont, mondhatni, nincsenek abban a helyzetben, hogy meglássák ezeket a negatív hatásokat. A vezetői szerep olyasmiről, amire nincsenek felkészülve. Ez az állítás a társadalmi reform sok területén érvényes.

A nemi diszkrimináció esetében ezek a vezetői kérdések ritkán vannak jelen. Ha az azonos neműek házasságának betiltását az egyenlő védelem alapján kérdőjelezzük meg, a bonyolult intézményrendszer bírói felülvizsgálata nem igazán kerül szóba. Ennek ellenére minden okunk megvan a legnagyobb óvatosságra a bíróságokkal szemben. Ennek az elvnek az azonnali bírói kinyilvánítása könnyen veszélybe sodorhatja néhány fontos érdeket. Életre kelthetné az ellenzékét. Gyengíthetné magát a diszkrimináció-ellenes mozgalmat. Ellenségességet vagy akár erőszakot is kiprovokálhatna. Veszélybe sodorhatná a bíróság tekintélyét. Könnyen kikényszeríthetne egy olyan alkotmánymódosítást, amely eltörlőné a Legfelső Bíróság döntését. Vagy legalábbis a bíróságok arra kényszerülnének, hogy visszafogottabban döntenek olyan ügyekben, amelyek a politikai folyamatba való jelentősebb beavatkozások természetét és időzítését korlátozzák. A bíróságoknak tartózkodniuk kellene még a helyes elvek védelméről is, ha ez a védelem nyilvánvalóan kockáztatna más fontos érdekeket is, köztük végső esetben magukat az elveket.

A homoszexualitás kapcsán néhány észrevételt kell tennünk. Bizonyos ítéletek minimális mértékben kiterjesztenék a bíróság hatáskörét és tekintélyét, más döntések viszont a lehető legsúlyosabb kérdéseket vetnék fel a bírói körülményekkel kapcsolatban. Például az az érvelés, amelyet itt végigvezettem – arról a felvetésről, hogy az azonos neműek kapcsolatának vagy akár házasságának megtiltása nem egyeztethető össze az egyenlő védelemről szóló cikkellyel –, enyhén szólva is vakmerő. Ha az Egyesült Államok Legfelső Bírósága elfogadná ezt az érvelést a közeljövőben, az könnyen okozhatna alkotmányos válságot, a bíróság legitimitásának gyengülését, a homoszexuálisok elleni gyűlölet megnövekedését, egy a bíróság döntését megsemmisítő alkotmánymódosítást és még sok más egyebet. Bármely bíróságnak, még annak is, amely elkötelezett az alapelv mellett, szembe kell néznie ezekkel a kilátásokkal. Sokkal jobb volna, ha a bíróság óvatosan indulna el és fokozatosan haladna előre.

A Legfelső Bíróság például elfogadhatja a legalaposabb érveléseket, és elutasíthatja, vagy ami jobb, elkerülheti az általánosabbakat és tolatódóbbakat. A Legfelső Bíróság hangsúlyozhatja – ahogyan azt a Romer kontra Evans-ügyben tette –, hogy a kormány

nem diszkriminálhatja a homoszexuális beállítottságú személyeket anélkül, hogy megmutatná, ezek a személyek olyan cselekedetbe bonyolódtak, amely sérti a kormányzat jogos érdekeit. A bíróságok elismerhetik, hogy egyedül a szexuális beállítottság alapján történő diszkriminációra jellemző alapján véve a „status offence”, amit az Egyesült Államok jogrendszere nem kedvel.³⁰ Az ehhez hasonló döntések aztán teret hagynak a nyilvánosság számára a vitára, mielőtt elérkezne az idő egy olyan szövetségi döntésre, amely biztosítja a hagyományos eljárást egy olyan erkölcsi kérdés ügyében, amellyel kapcsolatban a társadalom evolúciót él át.

Még tovább is mehetünk. Az alkotmányjog nem csupán a bíróságok számára létezik, hanem minden köztisztviselő számára. Az eredeti felfogás szerint az alkotmány értelmezése része lett volna az elnök és a törvényhozók feladatának is. Az alkotmányértelmezés bírói monopóliuma ekkor még nem volt egyértelmű. A Warren utáni bíróság azonban azonosította az alkotmányt a Legfelső Bíróság döntéseivel, s ezzel csúnyán elárulta a vitatkozó demokrácia iránti hagyományos amerikai elkötelezettséget. Abban a rendszerben minden tisztviselő kötelessége az alaptörvény iránti hűség, nemcsak a bíráké. S abban a rendszerben a megválasztott tisztviselők bizonyos mértékig értelmezhetik az alkotmányt a bíróságtól függetlenül. Betölthetik az az által okozott réseket, hogy a bíróság alapvetően nem tényfeltáró és politika-csináló szerv. Így akkor is eljuthat arra a következtetésre, hogy egy gyakorlat alkotmányellenes, ha a bíróság fenntartja azt; vagy arra, hogy egy gyakorlat jogszerű, ha a bíróság érvényteleníti is azt. Lincoln itt is példakép lehet. Gyakran hozott fel alkotmányos elveket, hogy megkérdőjelezze a rabszolgaságot, még akkor is, ha a Legfelső Bíróság elutasította az alkotmány ilyenén való értelmezését.

A Legfelső Bíróság álláspontjától függetlenül fontos, hogy a megválasztott hivatalnokok és a hétköznapi állampolgárok is úgy vélekedjenek: a szexuális beállítottság alapján történő diszkrimináció összeegyeztethetetlen az alkotmányos értékekkel. Például az elnöknek sokkal nagyobb a tere ahhoz, hogy ilyen következtetésre jusson, mint a bíróságnak. De még egy olyan elnök sem járna jól, ha ragaszkodna ennek az elvnek az azonnali megvalósításához, aki eltökélte is, hogy véget vet az ilyen diszkriminációnak. Ehelyett az elnöknek pragmatikusnak és stratégának kell lennie. Lincoln példáját követve az elnök minden körülmények között ragaszkodhat ahhoz, hogy az ilyen diszkrimináció helytelen, mivel megsérti az alkotmány legalapvetőbb értékeit. S valóban, helyes és jó is, ha az elnök megmutatja a szexuális orientáció szerinti és más-

fajta diszkriminációk, leginkább a nemi diszkrimináció között fennálló kapcsolatot.

Az elvek megvalósításakor azonban lehetőség van mind az óvatosságra, mind pedig a körültekintésre. Akárcsak a Legfelső Bíróság, az elnök és más hivatalnokok is szelektálhatnak a napirendre tűzendő kérdések között. A közhivatalnokok főleg kirívó eseteket használhatnak – köztük például a képzett katonák hadseregéből való elbocsátását vagy az AIDS-betegek diszkriminációját –, hogy akkor is hangsúlyozzák az elv fontosságát, amikor a körülmények miatt az a lehető legelfogadhatatlanabbnak tűnik. Érdemes a legnyilvánvalóbb esetektől lassan elindulni. Az egyik fő célpont az oktatás kell legyen. Az intenzív támadás megindítása az azonos neműek házasságának megtiltása ellen több év múlva lehet csak esedékes, amikor az alapelvet már több, kevésbé ellentmondásos kontextusban is megvédték. De még ha az elvet szem előtt tartjuk is, és még ha úgy is szemléljük, mint egy alkotmányos utasítás részét, annak az amerikai jogba és életbe való beiktatása nem kell hogy azonnal történjen – főleg mivel az elvhez való azonnali ragaszkodás sok más közcélal összeütközésbe kerülne, többek közt olyanokkal is, amelyek magának az elvnek a háttérében állnak.

Azt hiszem, nem kell hozzá sok idő, és a szexuális beállítottság alapján történő diszkriminációt nehéz lesz józan érvekkel megvédeni, mert úgy tekintenek majd arra, mint egy kasztszerű rendszer fenntartásában részt vevő jelenségre, mint a gondolkodás nélküli előítélet és ellenségesség termékére, amely igen hasonló a faji és nemi diszkriminációhoz. Úgy tűnik, ez a gondolat egyre erősödik szerte a világon.³¹ A bíróságoknak fontos szerep jut ebben a folyamatban, a társadalmi hátrányok konkrét igazolását kell követelniük, megerősítve a demokratikus megfontolást, és valódi megokolást követelve mindenfajta diszkrimináció esetében. Ám a bíróságok szerepe másodlagos. Ha a homoszexuálisok diszkriminációját végül úgy fogjuk látni – ahogy szerintem látnunk kellene –, mint az alkotmányos elvekkel össze nem egyeztetett, az az állampolgárok közötti megegyezés eredménye lesz, amely folyamatban a bíróságok csupán a katalizátor szerepét játsszák majd.

Fordította: Karnis Andrea

JEGYZETEK

1. A tanulmány eredeti megjelenési helye Cass R. SUNSTEIN: *Designing Democracy. What Constitutions Do?*, – Oxford University Press, 2001. 8. fejezet, 209–229.
2. 478 US 186 (1986). [A Bowers-ügy tárgya egy a felnőttek közötti, beleegyezésen alapuló homoszexuális kap-

- csolatot tiltó, Georgia állambéli büntetőjogszabály volt, amelyet a bíróság nem tartott alkotmányosértőnek, mondván, a magánszféra joga nem részesíti védelemben a felnőttek homoszexuális cselekedeteit. – *A szerk.*]
3. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality versus Minister of Justice*, 1998 BCLR 1517, 1998 SACLR LEXIS 36 (1998); *National Coalition for Gay and Lesbian Equality versus Minister of Justice*, 1998 (6) BCLR 726 (W); 1998 SACLR LEXIS 6 (1998).
 4. Lásd John H. ELY: *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980, 15–18.
 5. Edwin CAMERON: *Sexual Orientation and the Constitution. A Test Case for Human Rights*, 110 SALJ 450, 464 (1993), idézi: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality versus Minister of Justice*, 1998 BCLR 1517, 1998 SACLR LEXIS 36 (1998).
 6. Lásd például *Cleburne versus Cleburne Living Center*, 473 US 432, 440 (1985).
 7. Lásd *uo.*, 450.
 8. *Romer versus Evans*, 116 S. Ct. 1620 (1996). [A Romer-ügy tárgya Colorado állam alkotmányának 2. kiegészítése, amely az állam területén megtiltott minden olyan helyi szabályalkotást, amely a szexuális kisebbségek számára pozitív diszkriminációt jelentett volna. – *A szerk.*]
 9. Például *Steffan versus Aspin*, 8 F.3d 57, 70 (DC Cir. 1993), hatálytalanítva, 1994 US App. LEXIS 9977 (DC Cir. Jan. 7, 1994); *Dahl versus Secretary of the United States Navy*, 830 F. Supp. 1319, 1337 (ED Cal. 1993); *Meinhold versus United States' Department of Defense*, 808 F. Supp. 1453, 1455 (CD Cal. 1993).
 10. *Steffan*, 8 F. 3d 57.
 11. *Dahl*, 830 F. Supp. 1319; *Meinhold*, 808 F. Supp. 1453.
 12. *Bowers versus Hardwick*, 478 US 186, 196 (1986).
 13. *Baker versus State*, 744 A.2d 864 (1999).
 14. 759 F. Supp. 1453, 1551 (D. Kan. 1991) más alapokon felülbírálv, 976 F. 2d 623 (10th Cir. 1992).
 15. *Watkins versus United States Army*, 847 F.2d 1329, 1349 (9th Cir. 1988), visszavonva, 875 F.2d (9th Cir. 1989), elutasítva, 498 US 957 (1990).
 16. Nem tudok e témával foglalkozó tanulmányról, ám érdemi bizonyítékok támasztják alá elterjedtségét. Tekintetbe kell vennünk a tényt, miszerint éles vita övezi a kérdést, vajon tekinthető-e „a megelfelvonuláson való részvétel” a homoszexualitás bizonyítékaként. Lásd 139. Kongresszusi Jegyzőkönyv S6691, S6692 (napi szerk. 1993. március 27.) (Nunn szenátor megjegyzései Frank képviselőnek a meleg férfiak és nők hadseregben való részvételét tárgyaló előterjesztésére); *uo.* S11211 (napi szerk. 1993. szeptember 9.), (bizottsági jelentés).
 17. *Bowers versus Hardwick*, 478 US 186, 197 (1986) (Burger főbíró különvéleménye), idézi William BLACKSTONE: *Commentaries*, 215.
 18. John Stuart MILL: *The Subjection of Women*, Cambridge, MIT Press, 1970, 13–14.
 19. Lásd átfogóan: Andrew KOPPELMAN: *Why Discrimination Against Lesbian and Gay Men Is Sex Discrimination*, 69 New York Law Review 197, 1994; Andrew KOPPELMAN: *The Miscegenation Analogy*, 98 Yale Law Journal 145, 1988; Sylvia A. LAW: *Homosexuality and the Social Meaning of Gender*, Wisconsin Law Review, 1988, 187.
 20. *Loving versus Virginia*, 388 US 1, 3. (1967).
 21. *Brown versus Board of Education*, 347 US 483 (1954).
 22. *Uo.*, 495. Meg kell jegyezni, hogy a Brown-ügy esetében, megszorítóan értelmezve, a nyilvános iskolai képzés határain belül maradt. Később a Legfelső Bíróság kiterjesztette ezt, és más kontextusban is alkotmányellenesnek találta a faji diszkriminációt. Lásd például *New Orleans City Park Improvement Association versus Detiege*, 358 US 54 (nyilvános parkok), AFF'G 252 F.2d 122 (5th Cir. 1958); *Gayle versus Browder*, 352 US 903 (buszok), AFF'G 142 F. Supp. 707 (D. Ala. 1956); *Holmes versus City of Atlanta*, 350 US 879 (nyilvános golf kurzusok), hatályon kívül helyezte 223 F.2d 93 (1955); *Mayor of Baltimore versus Dawson*, 350 US 877 (nyilvános strandok) aff. 220 F.2d 386 (4th Cir. 1955).
 23. *Loving versus Virginia*, 388 US 1. (1967).
 24. *State versus Walsh*, 713 S. W.2d 508, 510 (1986).
 25. Lásd a 19. jegyzetben idézett forrásokat.
 26. Alexander BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962. Idézi Abraham Lincoln 1854. október 16-i peoriai (Illinois) beszédét (in *The Collected Works of Abraham Lincoln*, 2., ed. Roy P. BASLER, 1953, 256.)
 27. *Uo.*
 28. *Uo.*, 68.
 29. Lawrence G. Cf. SAGER: *The Legal Status of Unerenforced Constitutional Norms*, 91 Harvard Law Review, 1978, 1212.
 30. Lásd például *Robinson versus California*, 370 US 660 (1962).
 31. Lásd áttekintésül *National Coalition for Gay and Lesbian Equality versus Minister of Justice*, 1998 BCLR 1517, 1998 SACLR LEXIS 36 (1998).