

ანტიდისკრიმინაციული სამართალი თარგმანები

დიმიტრი გეგენავას და
გიორგი გორაძის რედაქტორობით

სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის გამომცემლობა

წინამდებარე მეთოდური სახელმძღვანელო შეიქმნა ამერიკელი ხალხის კეთილი ნებით, ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) მეშვეობით. სახელმძღვანელოს შინაარსზე პასუხისმგებელია ავტორი. იგი არ წარმოადგენს ამერიკის მთავრობის ოფიციალურ მოსაზრებას და არ ასახავს ამერიკის შეერთებული შტატების მთავრობის, შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) ან აღმოსავლეთ დასავლეთის მართვის ინსტიტუტის შეხედულებებს.



USAID
ამერიკელი ხალხისათვის

EAST • WEST
MANAGEMENT
INSTITUTE
კასონის უნივერსიტეტის მხარდაჭერა
საქართველოში (PROLOG)

წიგნი გამოიცემა USAID/PROLoG-ის მიერ დაფინანსებული ადამიანის უფლებების პროექტის ფარგლებში.

ანტიდისკრიმინაციული სამართალი, თარგმანები
დიმიტრი გეგენავას და გიორგი გორაძის რედაქტორობით
სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2021

Anti-Discrimination Law, Translations
Edited by Dimitry Gegenava and George Goradze
Sulkhan-Saba Orbeliani University Press, 2021

© სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი, 2021

შინაარსი

თანასწორობისა და ევროპული ანტიდისკრიმინაციული სამართლის საზი მოდელი	1
<i>ოლივიე დე შუტერი</i> <i>სოფიო დემეტრაშვილისა და მარიამ ჯიქიას თარგმანი</i>	
აღმსარებლობის თავისუფლება და ანტიდისკრიმინაციული სამართალი	106
<i>მაიკლ პ. მორლენდი</i> <i>ნაზიბროლა ჩინჩაღაძის თარგმანი</i>	
ეკლესია-სამღვდელოების ურთიერთობა და ანტიდისკრიმინაციული სამართალი	117
<i>ნიკოლას ჰაცისი</i> <i>გიორგი გორაძის თარგმანი</i>	
უთანხმოება ყოველთვის არ არის დისკრიმინაცია: MASTERPIECE CAKESHOP და რასათაშორისი ქორწინების ანალოგიაზე	144
<i>რაიან თ. ანდერსონი</i> <i>ცისია ოქროპირიძის თარგმანი</i>	
ანტიდისკრიმინაციული სამართალი განსაცდელის წინაშე? ...	188
<i>ტრინა ჯოუნსი</i> <i>მალხაზ ნაკაშიძის თარგმანი</i>	
სტრასბურგამდე: არაპირდაპირი დისკრიმინაცია და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-14 მუხლი	220
<i>კორინა ფერგიუსონი</i> <i>თამარ პაპაშვილის და პაატა ჯავახიშვილის თარგმანი</i>	

თანამედროვე ანტიდსკრიმინაციული სამართლის ბუნდოვანი საფუძვლები	237
--	-----

ქოლმ ოკინაიდა

მაკა ფარცვანიას თარგმანი

ოლივიე დე შუტერი*

სოფიო დემეტრაშვილისა** და მარიამ ჯიქიას*** თარგმანი

თანასწორობისა და ევროპული ანტიდისკრიმინაციული სამართლის სამი მოდელი

1. თანასწორობის სამი მოდელი

მას შემდეგ, რაც ევროპულმა სასამართლომ 1976 წელს დეფრენის („No.2“) საქმეში¹ პირველად განაცხადა, რომ კერძო მხარეებს შორის ურთიერთობებში, თანაბრად შესრულებული სამუშაოსთვის, აღიარებულ უნდა იქნეს ქალთა და მამაკაცთა თანაბარი ანაზღაურება, რომელიც აღნიშნულია ევროპის ეკონომიკური გაერთიანების შესახებ ხელშეკრულების 119-ე მუხლში და მას შემდეგ, რაც ევროპელი კანონმდებლები რომის ხელშეკრულების² დებულებების განხორციელების საწყის ეტაპზე იმყოფებოდნენ, ევროპულმა კანონმდებლობამ დისკრიმინაციის სხვადასხვა ფორმის აკრძალვის თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანი პროგრესი განიცადა. იმისათვის, რომ შეფასდეს, თუ რა შედეგები იქნა მიღწეული

* ლუვენის უნივერსიტეტის სამართლის პროფესორი ბელგიაში და გლობალური სამართლის პროფესორი ნიუ იორკის უნივერსიტეტში; ევროკავშირის ძირითადი უფლებების დამოუკიდებელი ექსპერტების ქსელის კოორდინატორი.

** სამართლის დოქტორი, საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი ასისტენტ-პროფესორი, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტის აღმასრულებელი დირექტორის მოადგილე.

*** სამართლის დოქტორი, საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტის სამართლისა და საერთაშორისო ურთიერთობების ფაკულტეტის ხარისხის უზრუნველყოფის სამსახურის აღმასრულებელი, პროფესორი.

¹ Case 43/75, Defrenne v Sabena (No. 2) [1976] ECR 455 (judgment of 8 April 1976).

² Directive 75/117/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 45, 1975, p.19.

ოცდაათი წლის შემდეგ და რომელი საკითხები რჩება კვლავ აქტუალური, აღნიშნული სტატია მიზნად ისახავს ევროპული ანტიდისკრიმინაციული კანონის მოქმედების არეალის დარღვევას მისი უფრო ფართო თეორიულ ჩარჩოებში მოთავსებით. რა თქმა უნდა, არსებობს თანასწორობის მოთხოვნის კლასიფიკაციის მრავალი მეთოდი, რომლითაც სხვადასხვა „მოდელის“ შედგენა ხდება და მათში თანაბარი მოპყრობის პრინციპი შეიძლება კონკრეტული სამართლებრივი წესების დონეზე იქნეს დაყვანილი. ამ სტატიაში შევეცდები განვასხვავო სამი ასეთი მოდელი, რომლებიც, ვფიქრობ, შესაძლოა ამ პრინციპის დამუშავებისას ევროპულ სამართალში წამოჭრილი ყველაზე მნიშვნელოვანი დილემების ხაზგასმას ემსახურებოდეს.

სამივე მოდელი ჩამოყალიბებულია ორ საკითხზე დაყრდნობით, რომლებიც, მე წარმოვადგინე და რომლებიც დიდწილად კვლავ ღიად რჩება ევროპული ანტიდისკრიმინაციული კანონის განვითარების პროცესში. პირველი საკითხი ეხება კანონის მიზნის დადგენას. კერძოდ, თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელებისას, ვცდილობთ კი ჩვენ, რომ დავიცვათ ყველა ადამიანი დისკრიმინაციისგან? ან ვცდილობთ, რომ უზრუნველვყოთ მრავალფეროვანი სოციალური ჯგუფების თანაბარი წარმომადგენლობა, რომლებიც საზოგადოებას მის სხვადასხვა სექტორებში ქმნიან და უზრუნველვყოფთ კი, ყველა სოციალური სიკეთის თანაბრად განაწილებას ამ ჯგუფებს შორის? ეს ზოგჯერ წარმოდგენილია, როგორც ალტერნატივა ფორმალურ (ან დე იურე) თანასწორობასა და არსებით (ან დე ფაქტო) თანასწორობას შორის, რომელსაც, ინტუიციურად შეიძლება შეესაბამებოდეს იგი: საკმარისი არაა, ვთქვათ, რომ დაცული იქნება ინდივიდუალური განმასხვავებელი დისკრიმინაციის აქტები (იქნება ეს წარმოშობილი იურიდიულ წესებში, თუ საჯარო მოხელეების ან სხვა კერძო პირების ქცევაში); ასევე აუცილებელია, რომ საზოგადოების ყველა ჯგუფს ზოგადად თანაბარი წვდომა ჰქონდეს მწირ სოციალურ სიკეთეზე და მოსახლეობის არცერთი ნაწილისთვის მეტნაკლებად მუდმივად არ იყოს ხელმიუწვდომელი ამგვარი კეთილდღეობა.

ამასთანავე, საყურადღებოა, რომ გამიჯვნის მოდელი, რომელიც უკანასკნელ მაგალითშია მოტანილი, ხელსაყრელი არაა, რადგან იგი მკვეთრად მიკერძოებულია მეორე მხარის სასარგებლოდ. ბოლოს და ბოლოს, ვის არ სურს თანასწორობა, რომელიც იქნება არა უბრალოდ „ფორმალური“, არამედ „არსებითი“? ბევრად უფრო განმანათლებლური მიდგომაა ამარტია სენის მიერ შემოთავაზებულ „უთანასწორობის გადამოწმებაში“, სადაც ის ამტკიცებს, რომ მთავარი საკითხი არაა ის, გვსურს თუ არა თანასწორობა, გვსურს იგი ფორმალური თუ არსებითი,³ არამედ არის ის, თუ რა არის თანასწორობის მოთხოვნის ორიენტირი. გაუგებარი (და ნამდვილად სასურველი) განსხვავებები ინდივიდებს შორის ნიშნავს, რომ თუ ერთ სიკეთესთან დაკავშირებით დაწესდება თანასწორობა, ეს მოთხოვნა აუცილებლად გამოიწვევს უთანასწორობას სხვა სიკეთეების განაწილებასთან დაკავშირებით. მაგალითად, თუ დაჟინებით ვაცხადებთ, რომ დასაქმების კონტექსტში ყველა პიროვნება თანაბრად უნდა იქნეს განხილული (ე.ი. დისკრიმინაციის გარეშე), მაშინ აუცილებლად უნდა დავეთანხმოთ აზრს იმის შესახებ, რომ ამან შეიძლება გარკვეული ჯგუფების წარმომადგენლობის არაპროპორციული ზრდა გამოიწვიოს (ზოგადად, თეთრკანიანების, არც ძალიან ახალგაზრდების და არც ძალიან ხნიერების, ძირითადად მამაკაცების, გარკვეულ პროფესიებში, მაღალი ან საშუალო სოციალური ფენის წარმომადგენლებში) გარკვეულ სექტორებში ან პროფესიულ კიბის გარკვეულ დონეზე. ეს დისბალანსი სრულყოფილად შეესატყვისება აკრძალვის მკაცრ აღსრულებას დამსაქმებლებისთვის ნებისმიერი დისკრიმინაციის აკრძალვაში: ეს უბრალოდ მექანიკური შედეგია იმისა, რომ თვისებები, რომლებიც შეიძლება ლეგიტიმურად სასურველად ჩაითვალოს სამუშაოს მსურველთა განხილვისას (კერძოდ, საგანმანათლებლო მიღწევების გარკვეული დონე) არათანაბრად ნაწილდება მოსახლეობის სხვადასხვა ჯგუფში. ასე რომ, ჩვენ დაქირავების პროცესში

³ მართლაც, როგორც სენი აღნიშნავს, „სოციალური მოწყობის ყველა ნორმატიული თეორია, რომელმაც გაუძლო დროს, როგორც ჩანს, ითხოვს რაიმეს თანასწორობას – ის, რაც ამ თეორიაში განსაკუთრებით მნიშვნელოვნად ითვლება“ (Sen, *Inequality Reexamined* (1992), p. 12).

უნდა ავირჩიოთ თანაბარი მოპყრობის პრინციპი (ისე, რომ ყველას მანსი თანაბარი იყოს) და უნდა გვექონდეს მკაცრად განსაზღვრული მოთხოვნები სამუშაო ადგილების განაწილების პროცესში (ისე, რომ ყველა ჯგუფი იყოს წარმოდგენილი თითოეულ სექტორში, იერარქიის თითოეულ დონეზე, მოსახლეობაში მათი წარმომადგენლობის პროპორციულად).

მეორე საკითხი, რომლის საფუძველზეც შეიძლება განვსაზღვროთ თანასწორობის მოდელები, ეხება ხილვადობას – უჩინარობისგან განსხვავებით – „საეჭვო“ მახასიათებლებს, რომლებიც ინდივიდებს აქვთ და რომლებმაც შეიძლება დისკრიმინაციული მოპყრობა ან დამოკიდებულება გამოიწვიოს. აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით ორი განსხვავებული მიდგომა არსებობს. ერთ შემთხვევაში ხდება იმის გათვალისწინება, რომ ამგვარი მახასიათებლების დაცვა, პერსონალური მონაცემების დაცვის წესების მკაცრი გააზრებით, დაიცავს ინდივიდებს დისკრიმინაციის რისკისგან – მაგალითად, თუ კონკრეტული პიროვნება არ გაამჟღავნებს საკუთარ რელიგიურ მრწამსს/აღმსარებლობას, დამსაქმებელი ვერ შეძლებს ამ პირის დისკრიმინაციას: მაშინაც კი, თუ იგი აპირებს ამის გაკეთებას, მისი დისკრიმინაციული იმპულსი ვერაფერს ჩაეჭიდება. მეორე შემთხვევაში, ვფიქრობთ, რომ „საეჭვო“ მახასიათებლები მკაფიოდ უნდა იქნეს წარმოჩენილი, თუ თანასწორობა ეფექტური იქნება. არჩევანის გაკეთება ისეთი მახასიათებლების სასარგებლოდ, როგორიცაა, მაგალითად, რასის ან ეთნიკური წარმოშობის, ან ასაკის გათვალისწინება – წესების შემქმნელის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებში, თუ საჯარო პოლიტიკის შემუშავებაში, ან გადაწყვეტილებებში კერძო დამსაქმებელის ან საგანმანათლებლო დაწესებულების მიმართ – შეიძლება მოტივირებული იყოს, უპირველეს ყოვლისა, იმის აღიარებით, რომ არ არსებობს სხვა გზა. მაგალითად, ასაკი ან თუნდაც რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობა, ისევე როგორც სქესი, უბრალოდ ვერ იმალება. ისინი თვალსაჩინო ხდება ყოველდღიური სოციალური ურთიერთობების დროს, ასევე, ისეთი პროცედურების განხორციელებისას, როგორიცაა გასაუბრება. უკეთესია იმის აღიარება, რომ ამ მახასიათებლებმა გადაწყვეტილების მიღების პროცესზე შეიძლება მოახდინოს

ნონ გავლენა და ამიტომ დისკრიმინაციისგან თავის დასაცავად, ყურადღებით უნდა განხორციელდეს იმ გადანაყვეტილებების მონიტორინგი, რომლებზეც შეიძლება გავლენა იქონიოს ამ ფაქტორებმა. რაც მთავარია, ამ თვისებების გათვალისწინება შეიძლება გამართლდეს ნეგატიური მიდგომიდან პოზიტიურ მიდგომაზე გადასვლით, თანასწორობაზე გადასვლის სურვილით: ხოლო უარყოფითი მიდგომა შეიძლება გაგებულ იქნეს, როგორც დისკრიმინაციული ქმედებების ჩადენის აკრძალვა. პოზიტიური მიდგომა უნდა ჩაითვალოს, როგორც პასუხისმგებლობის დაყენება, რომელიც პოზიტიურად შეუწყობს ხელს თანასწორობას, ისეთი საშუალებების გამოყენებით, როგორიცაა პოზიტიური სამოქმედო პოლიტიკა, სამოქმედო გეგმები მრავალფეროვნების სასარგებლოდ ან სხვა პოზიტიური სამოქმედო ღონისძიებები.⁴

ამ ორი ალტერნატივის შერწყმით, ჩვენ მივალწევთ ძალიან მარტივ მატრიცას „თანასწორობის მოდელების“ სახით. ეს მოდელები ეხება როგორც თანაბარი მოპყრობის პრინციპის მოთხოვნების განსხვავებულ გაგებას, ისე ზუსტ სამართლებრივ რეჟიმებს, რომლებიც ამ განსხვავებული გაგების ხელშეწყობას ახორციელებენ:

თანაბარი მოპყრობის მოთხოვნის დანესების მიზანი			
თანაბარი მოპყრობის პრინციპის კომბინაცია კონფიდენციალურობის მოთხოვნასთან		არა დისკრიმინაციული	პროპორციული წარმომადგენლობა
	საექვო მახასიათებლების უხილავობა	დისკრიმინაციის აკრძალვა	
	საექვო მახასიათებლების ხილვადობა	დისკრიმინაციის აკრძალვა, განსხვავებულ ი გავლენის	დადებითი თანასწორობა

⁴ On the distinction between affirmative action and positive action more generally, see *infra*, s.4. 1.

		მკონე დისკრიმინაციის ჩათვლით	
--	--	------------------------------------	--

ამ მატრიცაში ერთი უჯრა ცარიელია. ეს უბრალოდ გამოხატავს იმ ფაქტს, რომ თანაბარი მოპყრობა აღიქმება, როგორც პროპორციული წარმომადგენლობა (ან როგორც სოციალური სიკეთის სამართლიანი განაწილების მოთხოვნა მოსახლეობის სხვადასხვა ჯგუფს შორის) – და არა მხოლოდ, როგორც დისკრიმინაციის აკრძალვის მოთხოვნა – ამ დროს არ შეიძლება მონაცემთა დამუშავების აბსოლუტური აკრძალვა, რომელიც ეხება მახასიათებლებს, რომლებიც განსაზღვრავს ამ განსხვავებული ჯგუფების ბუნებას/არსს. მართლაც, ასეთი აბსოლუტური აკრძალვა საშუალებას არ იძლევა ნათლად იქნეს გაცნობიერებული, თუ რა წევრმა აქვს მოსახლეობის სხვადასხვა ნაწილს მწირ სოციალურ სიკეთეებზე (საცხოვრებელი, განათლება, დასაქმება, ჯანდაცვა), რომლებიც ამ ჯგუფებში სამართლიანად უნდა განაწილდეს. როგორც ჩანს, ეს აღიარებულია ევროპის საბჭოს რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპულ კომისიაში (ECRI) და მრჩეველთა კომიტეტში, რომელიც 1995 წელს ევროპის საბჭოს ეროვნული უმცირესობების დაცვის ჩარჩო კონვენციის შესაბამისად შეიქმნა, როდესაც ეს ორგანოები დისკრიმინაციის წინააღმდეგ უფრო ეფექტურად ბრძოლის მიზნით მოითხოვდნენ სახელმწიფოების მიერ უმცირესობათა ჯგუფების მდგომარეობის შესახებ ზუსტი მონაცემების ფლობას.⁵

⁵ For the views of the ECRI, see the Third report on Hungary, 5 December 2003, CRI (2004) 25, para.93 and Third report on the Czech Republic, 5 December 2003, CRI (2004) 22, para.86; see also ECRI General Policy Recommendation No. 1 on combating racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance, 4 October 1996, CRI (96) 43 rev For the views of the Advisory Committee of the Framework Convention (ACFC), see the Opinion on Slovakia, 22 September 2000, ACFC/OP/II/(2000)001, para.21; Opinion on Croatia, 6 April 2001, ACFC/OP/II/(2002)003, para.29; Opinion on the Czech republic, 6 April 2001, ACFC/OP/II/(2002)002, para.28.

დავუბრუნდეთ სამ მოდელს. პირველი მოდელის მიხედვით, დისკრიმინაცია აკრძალულია, მაგრამ არ არსებობს წესი, რომელიც სხვადასხვა სოციალური ჯგუფის პროპორციული წარმომადგენლობის არსებობას უზრუნველყოფს, რომელთა წევრები დაცულები იქნებიან დისკრიმინაციისგან. არც რაიმე მცდელობა არსებობს ამ ჯგუფების მდგომარეობის მონიტორინგის, სოციალური კეთილდღეობის გლობალური განაწილების მიზნით, რათა დისბალანსის არსებობის შემთხვევაში, საჭიროებისამებრ გადაიდგას გამოსასწორებელი ნაბიჯები. მეორე მოდელის მიხედვით, დისკრიმინაციის აკრძალვა ვრცელდება განსხვავებული ზემოქმედების დისკრიმინაციის აკრძალვაზე: ნებისმიერი გავლენა, რომელიც არაპროპორციულად და უარყოფითად აისახება გარკვეულ ჯგუფებზე, რომლებიც უკვე ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი (ან რომლებიც უკვე იღებენ საზოგადოებრივი სიკეთის პროპორციულ წილზე ნაკლებ ნაწილს) უნდა გადაიხედოს, იმ შემთხვევის გარდა, თუ შეიძლება იმის დემონსტრირება, რომ ასეთი ღონისძიება მიზნად ისახავს ლეგიტიმური მიზნის მიღწევას, როგორც სათანადოდ, ისე აუცილებელი საშუალებებით, რაც მეტნაკლებად საეჭვოა. პოზიტიური თანასწორობის მესამე მოდელის თანახმად, თანაბარი მოპყრობის მიზანი არა მხოლოდ დისკრიმინაციის შემთხვევების თავიდან აცილებაა, არამედ პროგრესის მიღწევა მოსახლეობის სხვადასხვა ფენაში სოციალური სიკეთის სამართლიანი წილის მიღების მიზნით. ამ მოდელის თანახმად, გატარებულია პოლიტიკა, რომელიც მიზნად ისახავს გარკვეული ჯგუფების წარმომადგენლობის გაუმჯობესებას იმ ადგილებში, სადაც ისინი ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი და მიზნას ისახავს არა მხოლოდ ისეთი მდგომარეობის მიღწევას, სადაც დისკრიმინაციული წესები, პოლიტიკა ან პრაქტიკა აკრძალულია, არამედ მდგომარეობის, სადაც უფრო მეტიც, სოციალური სიკეთე უფრო სამართლიანად ნაწილდება საზოგადოების შემქმნელ სხვადასხვა ჯგუფს შორის. მართლაც, როგორც ნათლად ასახულია პოზიტიური მოქმედების პოლიტიკის დასაშვებობასთან დაკავშირებით დებატებში, რომელსაც ზოგჯერ „საპირისპირო“ ან „პოზიტიურ“ დისკრიმინაციად მოიხსენიებენ, პოზიტიური თანასწორობის მოდელის მიხედვით,

დასახული მიზანი შეიძლება ეწინააღმდეგებოდეს დისკრიმინაციის აკრძალვის მიზანს: ნეიტრალური წესების ან პროცედურების გამოყენება არ ემსახურება მოსახლეობის სხვადასხვა ჯგუფში სოციალური სიკეთის სამართლიანი განაწილების მიზანს, საჭირო ხდება შემდგომი ნაბიჯების გადადგმა სრული თანასწორობის მისაღწევად; ეს შეიძლება გულისხმობდეს ინდივიდუალურად განსხვავებულ მოპყრობას ინდივიდუალურ ჯგუფებში წევრობის გამო, მათ მიერ წარმოდგენილი „საეჭვო“ მახასიათებლებით.

პარაგრაფის ამ ნაწილში, სადაც საუბარია, რომ ევროპული ანტიდისკრიმინაციული სამართალი მიეკუთვნება აღწერილი თანასწორობის პირველ მოდელს, წევრ ქვეყნებს არ ეკრძალებათ მეორე მოდელის მხარდაჭერა. რაც შეეხება თანასწორობის მესამე მოდელს, აქ გარკვეული დაბრკოლებები ჩნდება. ეს დაბრკოლებები ეხება, როგორც პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლების დაცვას პერსონალური მონაცემების დამუშავების თვალსაზრისით, ისე ევროკავშირის კანონმდებლობის თანაბარი მოპყრობის პრინციპის ამჟამინდელ გაგებას. ეს დაბრკოლებები ერთიანდება და თუ შეუძლებელს არ ხდის თანაბარი მოპყრობის პრინციპის, როგორც პოზიტიური თანასწორობის აღქმის განხორციელებას, ართულებს მაინც ამ პროცესს. შემდეგ ნაწილებში ამის დემონსტრირებას სამი საკითხის შესწავლით შევეცდები. მე-2 პარაგრაფი შეისწავლის ირიბი დისკრიმინაციის აკრძალვის მნიშვნელობას და ამ მხრივ დისკრიმინაციის შემთხვევებში მტკიცების ტვირთის განაწილების წესებს. 3.1. პარაგრაფში კეთდება კომენტარი პერსონალური მონაცემების დაცვასთან დაკავშირებულ წესებსა და მათ შორის, ურთიერთობის თანასწორობის განსხვავებულ გაგებაზე. მე-4 ნაწილში მე განვიხილავ პოზიტიური მოქმედების სტატუსს ევროკავშირის სამართალში. ამ საკითხებზე ყურადღების გამახვილებით, იმედი მაქვს, რომ უფრო მეტი ხასიათი შევძინე ერთმანეთისგან განსხვავებულ თანასწორობის სამ მოდელს, რომელთა მოკლე აღწერაც ამ შესავალ ნაწილშია წარმოდგენილი. იმედი მაქვს, დავარწმუნებ მკითხველს, რომ ევროპულმა სამართალმა შეიძლება კიდევ უფრო მეტს მიაღწიოს, ვიდრე ეს დღემდე შეძლო. ამასთან, თანასწორობისკენ მიმავალ გზაზე ნაბიჯების გადა-

სადგმელად საჭიროა თანასწორობის რუკაზე ევროპული სამართლის მდგომარეობის უკეთ გააზრება. ეს ნაშრომი უნდა იქნეს განხილული, როგორც ამ მიმართულებით შეტანილი წვილილი: მიუხედავად იმისა, რომ ევროპული ანტიდისკრიმინაციული კანონის ამჟამინდელი მდგომარეობა ზოგჯერ კრიტიკულია, მისი კრიტიკული კომპონენტი, ჩემი აზრით, უფრო ნაკლებად მნიშვნელოვანია, ვიდრე მისი კონსტრუქციული ამბიცია, რომელსაც იგი ექვემდებარება.

ამ სამი საკითხის შესწავლამდე, რომელზე პასუხები შეიძლება ემსახურებოდეს ნებისმიერი სახის სამართლებრივი წესის თანაბარი მოპყრობის პრინციპს, რომელიც ზემოთ აღწერილია თანასწორობის ერთ-ერთ მოდელთან, შეიძლება სასარგებლო იყოს იმის გარკვევა, რასაც მე „ევროპული ანტიდისკრიმინაციული კანონის“ ცნების ქვეშ ვგულისხმობ. ევროპის ეკონომიკური გაერთიანების დაფუძნების შესახებ რომის ხელშეკრულების ძალაში შესვლიდან (1958 წლის 1 იანვარი) ამსტერდამის ხელშეკრულების ძალაში შესვლამდე (1999 წლის 1 იანვარი), რომის ხელშეკრულების დებულებები კრძალავდა დისკრიმინაციას 119-ე მუხლით (ახლანდელი 141-ე მუხლი, შესწორების შემდეგ) და 48-ე მუხლის მე-4 პუნქტი (ახლა 39-ე მუხლი, გადასინჯვის შემდეგ). ორივე დებულება ძირითადად განიხილებოდა არა როგორც თანასწორობის ძირითადი უფლების დაცვა, არამედ როგორც საერთო ბაზრის განვითარება. ეს აშკარაა ევროპის ეკონომიკური გაერთიანების შესახებ ხელშეკრულების 48-ე მუხლში, რომელიც კრძალავს მოქალაქეობის ნიშნით დისკრიმინაციას წევრ სახელმწიფოთა მოქალაქეებს შორის, როგორც თანამშრომელთა თავისუფალი გადაადგილების უფლების ნაწილს.⁶ როგორც ცნობილია, რომის ხელშეკრულების 119-ე მუხლის

⁶ ამ დებულებაში გაცხადებულია, რომ მუშათა თავისუფალი გადაადგილება საზოგადოების შიგნით გულისხმობს ნებისმიერი დისკრიმინაციის გაუქმებას წევრ სახელმწიფოთა მუშაკებს შორის მოქალაქეობის საფუძველზე, დასაქმების, ანაზღაურების, შრომისა და დასაქმების სხვა პირობებთან დაკავშირებით.

შეტანა ასევე ემყარებოდა ეკონომიკურ დასაბუთებას⁷: როდესაც ევროკავშირის სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ეს პირდაპირი ეფექტის მისაღებად უნდა იქნეს აღიარებული, ევროკავშირის სასამართლომ აღნიშნა, რომ ამ დებულების ერთ-ერთი მიზანი იყო „თავიდან აეცილებინა სიტუაცია, როდესაც იმ სახელმწიფოებში დაფუძნებული საწარმოები, რომლებმაც რეალურად განახორციელეს თანაბარი ანაზღაურების პრინციპი, განიცდიან შიდა კონკურენტულ კრიზისს, იმ სახელმწიფოებში მდებარე კომპანიებისგან განსხვავებით, რომლებსაც ჯერ კიდევ არ აღმოუფხვრიათ ქალთა მიმართ დისკრიმინაცია ხელფასის თვალსაზრისით“.⁸ ამის ნაცვლად, ევროპული ანტიდისკრიმინაციული კანონის ბოლოდროინდელი მოვლენები ფუნდამენტური უფლებების განვითარების პერსპექტივას ითვალისწინებს,⁹ თუმცა, რა თქმა უნდა, სოციალური ინტეგრაციის ხელშემწყობი და დასაქმების დონის ამაღლების გაორმაგებული პრობლემა, ასევე ხელს უწყობს იმის გარკვევას, თუ რატომ გახდა პრიორიტეტული დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლა ევროპულ დონეზე 1990-იანი წლების ბოლოდან.¹⁰

⁷ See in particular C. Barnard, "The Economic Objectives of Article 119", in Hervey and O'Keeffe (eds.), *Sex Equality Law in the European Union* (1996), pp.101-141.

⁸ Case 43/75, *Defrenne v Sabena* (No.2), cited above, para. 9. სასამართლომ დასძინა, რომ ეს დებულება ასევე წარმოადგენს საზოგადოების სოციალური მიზნების ნაწილს, რომელიც არ არის მხოლოდ ეკონომიკური კავშირი, მაგრამ ამავე დროს მიზნად ისახავს, საერთო მოქმედებით, უზრუნველყონ სოციალური წინსვლა, საზოგადოების საცხოვრებელი ადგილის მოძიება და სამუშაო პირობების მუდმივი გაუმჯობესება, როგორც ამას ხაზს უსვამს ხელშეკრულების პრეამბულა (პუნქტი ... 10)

⁹ On this shift, see More, "The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?" in Craig and de Birca (eds.), *The Evolution of EU Law* (1999), pp. 5 17 -543.

¹⁰ მაგ. იხ., ევროპული საბჭოს მიერ მიღებული დირექტივის (ნომრით No.2000/43/EC) პრეამბულის მე-9 პარაგრაფი, (6.13 და თანდართული ტექსტი) რომელიც ადგენს: „დისკრიმინაციამ რასობრივი ან ეთნიკური კუთვნილების საფუძველზე შესაძლოა ძირი გამოუთხაროს რომის ხელშეკრულებით გაცხადებული მიზნების შესრულებას, ცხოვრების დონისა და ხარისხის გაუმჯობესებას, ეკონომიკურ და სოციალურ ჰარმონიასა და სოლიდარობას“. ანალოგიური არგუმენტაცია შეგვიძლია ვიხილოთ საბ-

ამსტერდამის ხელშეკრულებით, რომის ხელშეკრულებაში შეიტანეს მე-13 მუხლი (თავდაპირველად მე-6A მუხლი), რომელიც უფლებამოსილებას აძლევს საბჭოს, ერთხმად იმოქმედოს კომისიის წინადადებით და ევროპარლამენტთან კონსულტაციის შემდეგ მიიღოს შესაბამისი ზომები სქესის, რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობის, რელიგიისა ან რწმენის, შეზღუდული შესაძლებლობების, ასაკისა ან სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით დისკრიმინაციის წინააღმდეგ.¹¹ ამ ახალი იურიდიული საფუძვლის ძალაში შესვლიდან რამდენიმე თვეში კომისიამ საბჭოს წარუდგინა წინადადებები,¹² რომლებიც 1999 წლის ოქტომბერში ავსტრიის მთავრობის კოალიციაში ავსტრიის თავისუფლების პარტიის მოხვედრის შემდეგ გადაუდებელი აუცილებლობა იყო. 2000 წლის 29

ქოს დირექტივის (ნომრით No.2000/78/EC) პრეამბულის პირველ პარაგრაფში. ორივე პრეამბულა მიემართება აგრეთვე, 2000 წლის დასაქმებასთან დაკავშირებულ სახელმძღვანელო წესებს, რომელიც ევროპულმა საბჭომ პელსინკში შეიმუშავა 1999 წლის 10 და 11 დეკემბერს. სახელმძღვანელო წესებში ხაზგასმულია შრომითი ბაზრის განვითარების საჭიროება, რითაც ხელსაყრელი პირობები უნდა შეიქმნას სოციალური ინტეგრაციისთვის თანმიმდევრული სტრატეგიის შემუშავების გზით. ამ სტრატეგიის მიზანი კი, ცალკეული ჯგუფების, მათ შორის შშმ-ების მიმართ დისკრიმინაციის აღმოფხვრა უნდა იყოს.

¹¹ ამსტერდამის ხელშეკრულების მოცემული დებულების მიღების პროცესისა და მისი სამომავლო პოტენციალის შესახებ იხ., Flynn, "The Implications of Article 13 EC- After Amsterdam Will Some Forms of Discrimination be More Equal Than Others?" (1999) 36 Common Market L. Rev 1127; Bell, "Anti-Discrimination Law after Amsterdam", in Shaw (ed.), Social Law and Policy in an Evolving European Union (2000), pp.157-170. ნიცის ხელშეკრულებით, რომელიც ძალაში შევიდა 2003 წლის პირველ თებერვალს, რომის ხელშეკრულების მე-13 მუხლს დაემატა პარაგრაფი, რომელიც ადგენს რომ, ევროპული საბჭოს მიერ საზოგადოების წამახალისებელი ღონისძიებების გატარების პროცესში უნდა გამოირიცხოს წევრ სახელმწიფოთა კანონებისა და რეგულაციების პარმონიზაცია, რათა საბჭოს მიერ მხარდაჭერილ ინდივიდუალურ წევრ სახელმწიფოებს საშუალება მიეცეთ დამოუკიდებელი წვლილი შეიტანონ პირველ პარაგრაფში გაცხადებული მიზნების შესრულებაში. ამ პროცესში საბჭომ უნდა იხელმძღვანელოს 251-ე მუხლით გათვალისწინებული პროცედურით. (ნაგულისხმევია თანაგადაწყვეტის პროცესი, რომელიც მოითხოვს საბჭოს წევრთა შორის ევალიფიციური უმრავლესობის მიღწევას).

¹² COM(99) 564 to 566.

იენის საბჭომ მიიღო No.2000/43/EC დირექტივა, რომელიც უზრუნველყოფს თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელებას, რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობის მიუხედავად (შემდგომში მოხსენიებული როგორც „რასობრივი თანასწორობის დირექტივა“)¹³ ხოლო, 2000 წლის 27 ნოემბერს No.2000/78/EC დირექტივა – თანაბარი მოპყრობისთვის ზოგადი ჩარჩო, დასაქმებაში და პროფესიაში („დასაქმების თანასწორობის დირექტივა“).¹⁴ რასობრივი თანასწორობის შესახებ დირექტივა ავალდებულებს წევრ სახელმწიფოებს, აკრძალონ პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაცია რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობის საფუძველზე, მათ შორის, აკრძალონ შევიწროება და დისკრიმინაციისკენ მოწოდება, არა მხოლოდ სიტუაციაში, რომელიც მოიცავს დასაქმებულისა და თვითდასაქმებულის საქმიანობას და აგრეთვე ისეთ სფეროებს, როგორიცაა განათლება, სოციალური დაცვა, მათ შორის, ჯანდაცვა, სოციალური უპირატესობები და საქონლისა და მომსახურების ხელმისაწვდომობა და მიწოდება. დასაქმების ან „სტრუქტურული“ დირექტივა თანასწორობის შესახებ უფრო ფართოა ამკრძალავი საფუძვლების გათვალისწინებით, მაგრამ მისი გამოყენების სფერო შედარებით ვიწროა: „ის კრძალავს პირდაპირი ან არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ყველა ფორმას (მათ შორის, შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა მიმართ, უარი გონივრული საცხოვრებლის მოწოდებაზე) რელიგიის ან რწმენის, შეზღუდული შესაძლებლობის, ასაკის ან სექსუალური ორიენტაციის საფუძველზე დასაქმებაში და პროფესიაში. ამ სამართლებრივ ინსტრუმენტებს დაემატა No.2000/750/EC გადანყვეტილება დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლის საზოგადოების სამოქმედო პროგრამის შექმნის შესახებ (2001-2006).¹⁵

ამის შემდეგ, დირექტივა No.76/207/EEC ქალთა და მამაკაცთა თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელების შესახებ, დასაქმების, პროფესიული სწავლების, დანიინაურებისა და სამუშაო

¹³ OJ L 180 of 19.7.2000, p. 22.

¹⁴ OJ L 303 of 2.12.2000, p. 16.

¹⁵ OJ L 303 of 2.12.2000, p. 23.

პირობების შესახებ¹⁶ საბჭოს მიერ შეიცვალა ევროპარლამენტის No.2002/73/EC დირექტივით 2002 წლის 23 სექტემბერს.¹⁷ 119-ე მუხლის თანახმად, თანაბარი ანაზღაურების პრინციპით აღიარებული იყო ქალისა და მამაკაცისათვის ერთნაირი შესრულებული სამუშაოსთვის ერთნაირი ანაზღაურების მიცემა. თავდაპირველი დირექტივა ემყარებოდა იურიდიულ საფუძველს, რომელიც ეხებოდა დაწესებულებას და საერთო ბაზრის ფუნქციონირებას.¹⁸ No.2002/73/EC დირექტივა მიღებულ იქნა 141(3)-ე მუხლის საფუძველზე, რომელიც ახლა ითვალისწინებს საბჭოს მიერ ზომების მიღებას ქალთა და მამაკაცთა თანასწორი შესაძლებლობების პრინციპისა და თანაბარი მოპყრობის პრინციპის გამოყენების უზრუნველსაყოფად ზოგადად დასაქმებისა და საქმიანობის საკითხებში. სულ ახლახანს, ამსტერდამის ხელშეკრულების მე-13 მუხლის საფუძველზე (ვინაიდან 141-ე მუხლი ეხება მხოლოდ ქალისა და მამაკაცის თანაბარ მოპყრობას სამსახურსა და პროფესიულ საქმიანობაში), საბჭომ მიიღო 2004/113/EC დირექტივა, რომელიც ახორციელებს მამაკაცთა თანაბარი მოპყრობის პრინციპს და ქალებისთვის საქონლისა და მომსახურების ხელმისაწვდომობისა და მიწოდების საკითხში თანაბარ შესაძლებლობებს 2004 წლის 13 დეკემბერს.¹⁹ ეს დირექტივები მჭიდროდ ასახავს რასობრივი თანასწორობის დირექტივას და დასაქმების თანასწორობის დირექტივას, საიდანაც ისინი თავიანთ კონცეფციებსა და ინსტრუმენტებს იღებენ.²⁰ აღნიშნული ეხება, კერძოდ, პირდაპირი და არაპირ-

¹⁶ OJ L 39 of 14.2.1976, p.4 0.

¹⁷ OJ L 269 of 5.10.2002, p. 15.

¹⁸ მუხლი 100 EEC (ამჟამად EC 94-ე მუხლი) საშუალებას იძლევა მიღებულ იქნას დირექტივების ერთსულოვანი საბჭო, ნევრი სახელმწიფოების კანონების, რეგულაციების ან ადმინისტრაციული დებულებების დაახლოების შესახებ, რომლებიც პირდაპირ გავლენას ახდენენ საერთო ბაზრის დამყარებასა და ფუნქციონირებაზე.

¹⁹ OJ L 373 of 21.12.2004, p.37.

²⁰ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის შესახებ დირექტივები ყოველთვის ინოვაციური იყო. პირიქით, ამ დირექტივების მრავალი დებულება პირდაპირ არის ნასესხები ევროპული სასამართლოს მიერ გენდერული თანასწორობის საქმეებში შემუშავებული პრეცედენტული სამართლიდან.

დაპირი დისკრიმინაციის განმარტებებს, რიგ პროცედურულ დებულებებს, რომლებიც სხვა მრავალთა შორის შეეხება რეპრესიებისგან დაცვას, ან ასოციაციების, ან ორგანიზაციების როლს, რომლებიც მოქმედებენ დირექტივების აღსრულების პროცესში, დირექტივების დებულებების ან პოზიტიური მოქმედების ნებართვის მისაღებად.

ფაქტობრივად ხელშეკრულების დებულებების, საკანონმდებლო აქტებისა და პრეცედენტული სამართლის კრებულია ის, რაზეც მე „ევროპული ანტიდისკრიმინაციული სამართლის“ ცნების ქვეშ ვისაუბრებ. რა თქმა უნდა, ევროკავშირის სამართლის წვლილი თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელებაში არ შეიძლება შემცირდეს ამ კანონმდებლობით. კერძოდ, ევროპულმა სასამართლომ თანასწორობის პრინციპი შეიტანა კანონის ზოგად პრინციპებს შორის, რომელთა დაცვასაც ის ევროკავშირის სამართლის გამოყენების სფეროში ცდილობს.²¹ მართლაც, იმ სიტუაციებში, რომელთა მიმართებით გამოყენებულია რომელიმე ზემოხსენებული დირექტივა, მაგრამ ასევე კავშირშია წევრი სახელმწიფოს მიერ მიღებულ ზომასთან, რომელიც ევროკავშირის კანონის გამოყენებას ექვემდებარება (მაგალითად, რადგან ეს ღონისძიება მიზნად ისახავს დირექტივის განხორციელებას, ან გამოიწვევს გამონაკლისის ფუნდამენტური თავისუფლებისგან, რომელიც აღიარებულია ევროკავშირის კანონმდებლობით), შეიძლება სასურ-

²¹ Case C-144/04, *Mangold v Helm*, nyr (judgment of 22 November 2005 delivered upon a request for a preliminary ruling under art.234 EC from the *Arbeitsgericht Munchen* (Germany)), at paras.74-75 (No.2000/78 დირექტივა თავისთავად არ ადგენს თანაბარი მოპყრობის პრინციპს დასაქმებისა და პროფესიის სფეროში (...)) იმ ფაქტობრივი პრინციპის წყარო, რომელიც საფუძვლად უდევს დისკრიმინაციის ამ ფორმების აკრძალვას (...) წევრ სახელმწიფოთა კონსტიტუციებსა და საერთაშორისო ინსტრუმენტებში) ... იხ., ასევე საქმე Case C-442/00, *Caballero* [2002] ECR I-11915, paras.30 to 32; Case C-13/94, *P. v S. and Cornwall City Council* [1996] ECR I- 2143, paras.18 and 19 (No.76/207 / EEC დირექტივა, როგორც თანასწორობის პრინციპის გამოხატულება, რომ სქესის ნიშნით თანასწორობა დაცულია სასამართლოს მიერ) *Joined Cases 201/85 and 202/85, Klensch* [1986] ECR 3477, paras.9 to 10; Case 149/77, *Defrenne v Sabena* (No.3) [1978] ECR 1365, paras.26-2 7.

ველი იყოს უფრო მეტად თანასწორობის ზოგად პრინციპს დავეყრდნოთ, როგორც ფუნდამენტურ უფლებას, ვიდრე მოქმედ დირექტივას, რადგან ამ დირექტივების გამოყენება შესაძლებელია მხოლოდ საჯარო ხელისუფლების მიერ და არა „პორიზონტალურად“, კერძო პირების წინააღმდეგ.²² ამასთან, ამ სტატიის კონტექსტში, ჩვენ არ უნდა გავხდეთ დამოკიდებული თანასწორობის ზოგად პრინციპზე, რომელიც ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალში არის შემუშავებული. ეს მუხლი ცდილობს, დაადგინოს ევროპელი კანონმდებლის მიერ გაკეთებული არჩევანი ანტი-დისკრიმინაციული კანონის უფრო ფართო ჩარჩოში. მისი მიზანი არ არის წარმოადგინოს სრული სურათი, თუ რა წვლილი აქვს ევროკავშირის კანონს დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლაში.

2. ირიბი დისკრიმინაციის აკრძალვის ორმაგი მიზანი

არაპირდაპირი დისკრიმინაცია მოიცავს რეგულაციების, კრიტერიუმების ან პრაქტიკის გამოყენებას, რომლებიც, მართალია, აშკარად ნეიტრალურია, მაგრამ იგივე შედეგი მოაქვს, რაც განსხვავებული აკრძალული საფუძვლების გამოყენებას: მაგალითად, ნახევარ განაკვეთზე დასაქმებულთათვის უფრო დაბალი საათობრივი ხელფასის გადახდა, ვიდრე სრულ განაკვეთზე მომუშავე მუშაკები მიიღებენ იმავე სამუშაოსთვის, იმ შემთხვევაში, როდესაც ნახევარ განაკვეთზე მომუშავე ძალების უმეტესობა ქალია. მიღწეული შედეგი ანალოგიურია ანაზღაურების პოლიტიკაში, რომლის მიხედვითაც ხდება ქალებისთვის მამაკაცებთან შედარებით ნაკლები ანაზღაურების გადახდა, რაც 141(1)-ე მუხლის დარღვევაა. ამიტომ, ირიბი დისკრიმინაციის აკრძალვა პირდაპირი დისკრიმინაციის აკრძალვის გარდაუვალი, შემავსებელი ნაწილია, რომელიც, სხვა შემთხვევაში, ადვილად იქნებოდა

²² See the Opinion of Advocate General Tizzano delivered in the case of Mangold, supra n.21, at para.84.

თავიდან აცილებული.²³ ამასთან, ამ მარტივი განმარტების მიღმა ირიბი დისკრიმინაციის ფუნქციის ორი საკმაოდ განსხვავებული აღქმა არსებობს. პირველი კონცეფციის თანახმად, რომელიც საუკეთესოდ ხსნის კონცეფციის წარმოშობას, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის აკრძალვა ემსახურება განზრახული დისკრიმინაციის შემთხვევების ამოღებას, რომლებიც მიზნად ისახავენ არაპირდაპირი გზით მიაღწიონ იმას, რისი გაკეთებაც პირდაპირ არ შეიძლება. სხვა კონცეფციის თანახმად, იგი მთლიანად მოწყვეტილია ნებისმიერი სახის განზრახვას და განიხილება, როგორც ინსტიტუციონალიზებული ჩვევებისა და პროცედურების მუდმივი გადასინჯვის საშუალება. მიუხედავად იმისა, რომ პირველი მიზანი (განზრახ დისკრიმინაციის თავიდან აცილება, რომელიც აშკარად დაფარულია ნეიტრალური ზომების გამოყენების დროს) შეიძლება მოქმედებდეს სტატისტიკის გამოყენებით ამ ზომების გავლენის დემონსტრირებისთვის ან „აშკარად ნეიტრალური, მაგრამ საეჭვო“ კონცეფციის საშუალებით. მეორე მიზანი (სტრუქტურების ადაპტაცია განსხვავებულობის გათვალისწინებით) აუცილებლად მოითხოვს სტატისტიკური ინსტრუმენტის გამოყენებას, რადგან არაპირდაპირი დისკრიმინაციის კონცეფცია გაფართოვდა და განსხვავებული გავლენის დისკრიმინაციის შემთხვევებს მოიცავს.

2.1. არაპირდაპირი დისკრიმინაცია, როგორც განსხვავებული გავლენის დისკრიმინაცია

ჯენკინსის საქმე²⁴ იყო პირველი, რომლის დროსაც ევროკავშირის სასამართლომ თავის პრეცედენტულ სამართალში შეიტანა არაპირდაპირი დისკრიმინაციის აკრძალვა. საოლქო სასამართლომ, გაერთიანებული სამეფოს დასაქმების სააპელაციო ტრიბუნალმა, სცადა გაეგო, შეიძლება თუ არა განსხვავება ანაზღა-

²³ უფრო სიღრმისეული ანალიზისთვის (დისკუსიისთვის, განხილვისთვის) De Schutter, *Discriminations et marche du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi* (2000) 93-144.

²⁴ Case 96/80, J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. [1981] ECR 911 judgment of 31 March 1981).

ურებებს შორის ერთსა და იმავე შესრულებულ სამუშაოზე, რომელიც შესრულებულია ნახევარ განაკვეთზე და სრულ განაკვეთზე, ეწოდოს 119-ე მუხლის მიერ აკრძალული სახის დისკრიმინაცია, როდესაც ნახევარ განაკვეთზე მომუშავეთა კატეგორია მხოლოდ ან უპირატესად ქალებს მოიცავს. 1981 წლის 31 მარტის გადაწყვეტილებაში ევროკავშირის სასამართლომ განაცხადა, რომ ეს სიტუაცია არ იყო დისკრიმინაციული, „რამდენადაც სხვაობა ანაზღაურებაში ნახევარ განაკვეთზე და სრულ განაკვეთზე სამუშაოს შორის განპირობებულია ფაქტორებით, რომლებიც ობიექტურად არის გამართლებული და სქესობრივი ნიშნით რაიმე დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული არ არის,²⁵ „მაგალითად, როდესაც ამგვარი ანაზღაურების პოლიტიკით“, დამსაქმებელი ცდილობს, ეკონომიკური ნიშნით, ხელი შეუწყოს სრულ განაკვეთზე მუშაობას, მშრომელის სქესისგან დამოუკიდებლად“.²⁶ ამასთან, მან დასძინა, რომ დისკრიმინაციის ფორმად უნდა იქნეს მიჩნეული მოვლენა, „როდესაც, ქალების მიერ, სირთულეების გათვალისწინებით, სამუშაოზე კვირაში საათების მინიმალური რაოდენობით მოწყობისას, სანარმოს ანაზღაურების პოლიტიკა არ შეიძლება აიხსნას სხვა ფაქტორებით ვიდრე სქესობრივი ნიშნით დისკრიმინაციისა“.²⁷ არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ცნება ჯერ კიდევ განიხილება, როგორც განზრახ დისკრიმინაციის აკრძალვის საშუალება, როდესაც ანაზღაურების პოლიტიკა შემუშავებულია იმისთვის, რომ მიაღწიოს არაპირდაპირი გზით იმას, რისი მიღწევაც ღიად არ შეუძლია, სქესის ხელფასების გაანგარიშების კრიტერიუმად გამოყენებით: თითოეულ საქმეზე ეროვნულმა სასამართლოებმა დამოუკიდებლად უნდა გადანყვიტონ „საქმის ფაქტების, მისი ისტორიისა და დამსაქმებლის განზრახვის გათვალისწინებით, ანაზღაურების პოლიტიკა [სადაც ანაზღაურების საათობრივი სახელფასო განაკვეთი სამუშაოების ნახევარ განაკვეთზე და სრულ განაკვეთზე განსხვავებულია] თუმცა წარმოდგენილია როგორც

²⁵ Para. 11.

²⁶ Para 12.

²⁷ Para 13.

განსხვავება ყოველკვირეული სამუშაო საათების საფუძველზე, ან სინამდვილეში არ წარმოადგენს დისკრიმინაციას მშრომელთა სქესის მიხედვით".²⁸

ბილკა-კაუჰაუსის საქმეში, რომელზეც გადანყვეტილება ხუთი წლის შემდეგ იქნა მიღებული, მიდგომა უკვე შეცვლილი იყო.²⁹ ევროკავშირის სასამართლოში ამ შემთხვევაში მიიჩნევენ, რომ 119-ე მუხლის თანახმად, დამქირავებელს შეუძლია გაამართლოს ანაზღაურების პოლიტიკა, ნახევარ განაკვეთზე მომუშავეთა გამოკლებით პროფესიული საპენსიო სქემიდან, მათი სქესისგან დამოუკიდებლად, იმ მიზეზით, რომ იგი ითვალისწინებს რაც შეიძლება ნაკლები ნახევარ განაკვეთზე მომუშავე თანამშრომლის ყოლას, „სადაც დადგინდა, რომ ამ მიზნის მისაღწევად არჩეული საშუალებები საწარმოს რეალურ საჭიროებას შეესაბამება, შესაბამისია მოცემული მიზნის მისაღწევად და აუცილებელია ამისთვის“.³⁰ ბილკა-კაუჰაუსის მნიშვნელობა მდგომარეობს იმაში, რომ სასამართლომ აშკარად დაადასტურა, – მას შემდეგ, რაც დადგინდა, რომ ანაზღაურების პოლიტიკას აქვს განსხვავებული გავლენა ქალებზე (რომლებიც ზედმეტად არიან წარმოდგენილი ნახევარ განაკვეთზე მომუშავეთა შორის),³¹ მტკიცების ტვირთი

²⁸ Para. 14. მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ანაზღაურების განსხვავებული ოდენობა სრულ განაკვეთზე და ნახევარ განაკვეთზე მომუშავე პირებისთვის არ წარმოადგენს დისკრიმინაციულ მოპყრობას ხელშეკრულების 119-ე მუხლის მიზნებისთვის, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც გატარებული ღონისძიებები სინამდვილეში არაპირდაპირ საშუალებას წარმოადგენს ნახევარ განაკვეთზე მომუშავეთა ანაზღაურების შესამცირებლად იმ საფუძველით, რომ მომუშავეთა ჯგუფი უმეტესად ქალებისგანაა დაკომპლექტებული (პარა 15). ხელშეკრულების ტექსტში გამოყენებული ტერმინები მკაფიოდ მიუთითებენ, რომ არაპირდაპირი დისკრიმინაცია მოხმობილია მხოლოდ იმიტომ, რომ დამსაქმებელმა ვერ მოახერხოს გვერდის ავლა იმ აკრძალვისთვის, რაც დაწესებულია პირდაპირ დისკრიმინაციაზე ქალებისა და მამაკაცების მიმართ ანაზღაურებასთან მიმართებაში.

²⁹ Case 170/84, Bilka - Kaujhaus GmbH v Karin Weber von Hartz, [1986] ECR 1607 (judgment of 13 May 1986).

³⁰ Para. 37.

³¹ ევროპული სასამართლოს მიერ მონოდებული მონაცემების თანახმად, სრულ განაკვეთზე მომუშავე მუშახელის 10% (ამით ისარგებლებს პრო-

ეკისრება დამსაქმებლის მიერ იმის დემონსტრირებას, რომ პოლიტიკას აქვს ეკონომიკური დასაბუთება, რომელიც აკმაყოფილებს მიზანშეწონილობისა და აუცილებლობის მოთხოვნებს. ნახევარ განაკვეთზე დასაქმებული ქალი არაა იმის სადემონსტრაციო მაგალითი, რომ ნახევარ განაკვეთზე მომუშავე მუშაკის გარიცხვა პროფესიული საპენსიო სქემიდან არის დამქირავებლის მიერ არჩეული საშუალება ქალთა დისკრიმინაციისთვის; დამსაქმებელმა უნდა წარმოადგინოს ეკონომიკური აუცილებლობა ამგვარი ქმედებისთვის, მას შემდეგ, რაც ქალებზე განსხვავებული გავლენა იქნება გამოვლენილი.

1997 წლის 15 დეკემბერს საბჭოს No.97/80/EC დირექტივის მიღება სქესობრივი ნიშნით დისკრიმინაციის შემთხვევებში მტკიცების ტვირთის შესახებ შეიძლება განიხილებოდეს³² როგორც მსგავსი საქმეების ბუნებრივი შედეგი.³³ დირექტივა ემყარება დასკვნებს, რომ, მართალია, ევროსასამართლომ მიიჩნია, რომ მტკიცების ტვირთი უნდა იყოს ადაპტირებული, როდესაც არსებობს *prima facie* ქეისი, დისკრიმინაციის შემთხვევა და თანაბარი მოპყრობის პრინციპი ფეფექტურად უნდა იქნეს გამოყენებული. ამგვარი დისკრიმინაციის მტკიცებულების გამოტანისას მტკიცების ტვირთი უნდა დაეკისროს რესპონდენტს, როდესაც ყველა წევრი სახელმწიფო არ ცვლის შესაბამის წესებს დისკრიმინაციის

ფესიული საპენსიო სქემით) ქალი იყო; მთლიანობაში, ორგანიზაციაში შედიოდა კაცების 72% და ქალების 28%; მამაკაცების 90% იყო დასაქმებული სრულ განაკვეთზე (10% ნახევარ განაკვეთზე); ქალების 61,5% მუშაობდა სრულ განაკვეთზე (38,5% ნახევარ განაკვეთზე).

³² OJ L 14 of 20.1.1998, p.6

³³ See, among many others, Case 171/88, Rinner-Kuhn [1989] ECR 2743 (para.12) (judgment of 13 July 1989); Case C-33/89, Kowalska [1990] ECR I-2591 (para.16) (judgment of 27 June 1990); Case C-184/89, H. Nimz [1991] ECR I-297 (para.12) (judgment of 7 February 1991); Case C-127/92, Enderby [1993] ECR I-5535 (para.17) (judgment of 27 October 1993); Case C-444/93, Megner and Scheffel v Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz [1995] ECR I-4741 (para.24); Case C-343/92, De Weerd (nie Roks) and Others [1994] ECR I-571 (para.33); Case C-100/95, Kording [1997] ECR I-5289 (para.18) (judgment of 2 October 1997).

შემთხვევებში მტკიცების ტვირთზე.³⁴ დირექტივა განსაზღვრავს არაპირდაპირ დისკრიმინაციას, როგორც სიტუაციას, როდესაც „აშკარად ნეიტრალური დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა ხელს უშლის ერთი სქესის წარმომადგენელთა მნიშვნელოვნად უფრო მაღალ ნაწილს, თუ ეს დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა არ არის სათანადო და აუცილებელი და ამართლებს ობიექტურ ფაქტორებს, რომლებიც არ არის დაკავშირებული სქესთან.“³⁵ იგი ადგენს, რომ „როდესაც პირები, რომლებიც თავს უსამართლობის მსხვერპლად მიიჩნევენ, რადგან მათ მიმართ არ არის გამოყენებული თანაბარი მოპყრობის პრინციპი, სასამართლოს ან სხვა კომპეტენტური ორგანოს წინაშე დაადგენენ ფაქტებს, საიდანაც შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ ადგილი ჰქონდა პირდაპირ ან არაპირდაპირ დისკრიმინაციას, რესპონდენტმა უნდა დაამტკიცოს, რომ თანაბარი მოპყრობის პრინციპი არ დარღვეულა“.³⁶

არაპირდაპირი დისკრიმინაციის კონცეფციის ეს მიდგომა, გაგებული, როგორც დისკრიმინაცია, რომელიც გამომდინარეობს გარკვეული აშკარად ნეიტრალური დებულებების განსხვავებული ზემოქმედებით, შესაძლოა იყოს როგორც უპირატესობა, ისე სირთულე. მისი უპირატესობა არის მისი პოტენციური მიღწევის მოქმედების არეალი. არაპირდაპირი დისკრიმინაცია, ამ მიდგომის თანახმად, შეიძლება განისაზღვროს იმ ზომებშიც კი, რომელთა შინაარსი არანაირად არ არის საეჭვო. იქ, სადაც კონკრეტული ღონისძიება განსხვავებულ ზემოქმედებას ახდენს გარკვეული დაცული კატეგორიების წევრებზე, ეს უნდა იყოს გამართლებული, მაშინაც კი, თუ ეს ღონისძიება, სტატისტიკურად დადასტურებული ზემოქმედების გარდა, არ წარმოჩინდება, როგორც პოტენციურად დისკრიმინაციული. ეს უპირატესობა აშკარაა, განსაკუთრებით იმ შემთხვევებში, როდესაც გასაჩივრების პრაქტიკა გაუმჭვირვალე ან არაფორმალურია, რაც ართულებს მისი გავლენის პროგნოზირებას. მაგალითად, დანფოსში, როდესაც საწარმოს ჰქონდა ანა-

³⁴ See the Preamble, Recitals 18-20.

³⁵ Article 2(2) of Directive 97/80.

³⁶ Article 4(1) of Directive 97/80.

ზღაურების პოლიტიკა, რომელიც სრული გამჭვირვალობით ხასიათდებოდა, მართლმსაჯულების სასამართლომ მიიჩნია, – „დამსაქმებელმა უნდა დაამტკიცოს, რომ მისი პრაქტიკა ხელფასების საკითხში არ არის დისკრიმინაციული, თუ ქალი თანამშრომელი აცხადებს, რომ ქალების საშუალო ანაზღაურება უფრო ნაკლებია, ვიდრე მამაკაცების“.37 მსგავსი მსჯელობა შეიძლება არსებობდეს, როდესაც დამსაქმებელი აყვანის პროცესში ემყარება კრიტერიუმების ან პროცედურების გამოყენებას, რომლებიც გაუმჭვირვალეა (მაგალითად, ფსიქოტექნიკური ტესტები ან გასაუბრება) ან ზოგადად, რომელთა პოტენციური დისკრიმინაციული ზემოქმედება შეიძლება მხოლოდ გამოვლენილი იქნეს სტატისტიკის საშუალებით (მაგალითად, როდესაც უპირატესობა ენიჭება კონკრეტულ გეოგრაფიულ არეალში მცხოვრებ კანდიდატებს, სადაც გარკვეული ეთნიკური უმცირესობები ძირითადად არ არიან წარმოდგენილნი და ამგვარი კრიტერიუმის გამოყენება ჯგუფებს შორის არაპროპორციულ ხელმისაწვდომობას ქმნის).

ამასთან, ამ მეთოდის მიწის ისაა, რომ იგი მოითხოვს სპეციფიკურ მეთოდოლოგიაზე დაყრდნობით სტატისტიკური მონაცემების შეგროვებას და ანალიზს, რაც შეიძლება განსაკუთრებით რთული ან დისკრიმინაციის მსხვერპლთათვის მიუწვდომელიც კი იყოს. განსხვავებული ზემოქმედების ანალიზი მოითხოვს შედარებას „ჯგუფში“ სხვადასხვა კატეგორიის პირთა (ვთქვათ, ქალები და კაცები, ან სხვადასხვა ეთნიკური ჯგუფები) წარმომადგენლობას შორის. დისკრიმინაციის არსებობა სავარაუდოა, როდესაც ამ ზომების გავლენა „არაპროპორციულია“, ანუ, როდესაც ერთი კატეგორიის წარმომადგენლობა (ვთქვათ, ქალების ან გარკვეული ეთნიკური წარმოშობის პირების) მნიშვნელოვნად დაბალია. ამასთან, გარდა იმ საკითხისა, თუ რა წარმომადგენს არაპროპორციულ გავლენას ამ ანალიზის მიზნებისთვის, ამგვარი მეთოდოლოგიის განხორციელება მოითხოვს, რომ ჩვენ ზუსტად განვსაზღვროთ

37 Case 109/88, Handels- og Kontorfunktioncerernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss [1989] ECR 3199 (judgment of 17 October 1989), para. 16.

„ჯგუფების“ საზღვრები, რომელთა საფუძველზეც მოქმედებს დებულების გავლენა. მაგალითად, დასაქმების კონტექსტში, „ჯგუფის“ დელიმიტაცია ბადებს ისეთ კითხვებს, როგორიცაა, რომელი კვალიფიკაციის მინიმალური დონეა საჭირო კანდიდატების „ჯგუფის“ დასადგენად, რომელთა შორისაც უნდა მოხდეს შერჩევა³⁸ – შემოთავაზებულია, თუ არა ინფორმაცია იმის შესახებ, თუ რა

³⁸ მაგალითად, გამართლებული არ იქნება ვივარაუდოთ, რომ აყვანის პროცესი ირიბად დისკრიმინაციული ხასიათისაა, თუკი მუშათა მხოლოდ 10% არის გარკვეული ეთნიკური წარმოშობის რეგიონში, სადაც აქტიური მოსახლეობის 25% ამ ეთნიკური ჯგუფის წარმომადგენელია, მხოლოდ 5% მათ, ვისაც საშუალო განათლება აქვთ მიღებული, ამ ჯგუფის წევრები არიან. თუ გავითვალისწინებთ, რომ საშუალო სკოლის დასრულება არსებითი მოთხოვნაა შესაბამის საწარმოში დასაქმებისათვის (უფრო სარწმუნოა: ამ საქმიანობაში გარკვეული საქმიანობის ფარგლებში), რეკრუტირების პროცესი ფაქტობრივად ხელსაყრელია ამ ეთნიკური ჯგუფის პირებისთვის, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი ჯერ კიდევ არიან წარმოდგენილნი, მათ წარმომადგენლობასთან შედარებით, რეგიონის მთლიან აქტიურ მოსახლეობაში. იხ., მაგ., ის შემთხვევები, როდესაც შესაბამისი დეფინიცია განხილულ იქნა აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის კონტექსტში, კერძოდ, 1964 წლის სამოქალაქო უფლებების აქტის მე-7 თავის საფუძველზე: *Johnson v Transportation Agency, Santa Clara County, Calif, et al.*, 107 S. Ct. 1442, 1452 (1987) (მაშინ, როდესაც სამსახური მოითხოვს სპეციალურ მომზადებას) ერთმანეთთან უნდა შედარდნენ მხოლოდ ის მუშაკები, რომელთაც გააჩნიათ მოცემული სამუშაოსთვის შესაბამისი კვალიფიკაცია. *Mayor of Philadelphia v Educational Equality League*, 415 U.S. 605, 620 (1974) (აღსანიშნავია, რომ სასამართლოს არ უმსჯელია იმ კონტექსტში, სადაც ყველა მოქალაქე თანაბარდებოდა იმ მიზნისთვის, რათა დავადგინოთ ადგილი ჰქონდა თუ არა კონკრეტული ჯგუფის წარმომადგენელთა დისკრიმინაციას). *Hazelwood School District v United States*, 433 U.S. 299 (1977) (საიმიხოდ, რომ დავადგინოთ, საფუძვლიანია თუ არა ბრალდება იმის თაობაზე, რომ მასწავლებელთა შერჩევის პროცედურა არაპირდაპირ დისკრიმინაციას წარმოადგენს რასის ნიადაგზე, დასაქმებულ ფერადკანიან სკოლის მასწავლებელთა ხვედრითი წილი კონკრეტულ ტერიტორიულ ერთეულზე უნდა შედარდეს კვალიფიციურ ფერადკანიან მასწავლებელთა ხვედრით წილთან შრომით ბაზარზე) *City of Richmond v JA. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989) (იქ, სადაც სპეციალური კვალიფიკაციაა საჭირო, სტატისტიკური ანალიზის მეთოდოლოგია იმდამკვრად უნდა იყოს შერჩეული, რომ ეყრდნობოდეს უმცირესობის წარმომადგენელთა რაოდენობას, რომლებიც კვალიფიციურნი არიან რომ შეითავსონ კონკრეტული ფუნქცია.

მინიმალურ კვალიფიკაციას მოითხოვს სამსახური, ან შეთავაზებულია, თუ არა ტრენინგები, რომელსაც დამქირავებელი უზრუნველყოფს³⁹ – რა თქმა უნდა, ამგვარი „პრეფერენციები“ ყოველთვის ეჭვქვეშ იქნება ინსტიტუციური დისკრიმინაციის არსებობის გამო.⁴⁰ უფრო მეტიც, ასეთი ღონისძიების გავლენის შეფასება მოითხოვს, განესაზღვროთ სხვადასხვა კატეგორიის წარმომადგენლობა „ჯგუფებში“, სადაც, ხშირ შემთხვევაში, ასეთი მონაცემები შეიძლება არ არსებობდეს ან შეიძლება არსებობდეს ასეთი მონაცემების შეგროვების იურიდიული დაბრკოლებები.⁴¹

2.2. არაპირდაპირი დისკრიმინაცია და არსებითად საეჭვო კრიტერიუმები

რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის შესახებ დირექტივების მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტი აცხადებს, რომ არაპირდაპირი დისკრიმინაცია „უნდა იქნეს აღიარებული, როდესაც აშკარად ნეიტრალური დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა განსაკუთრებით უარყოფით მდგომარეობაში აყენებს პირებს [რომლებსაც დაცული საფუძვლები ეხება] სხვა

³⁹ იხ. მაგ. *Teamsters v United States*, 431 U.S. 324 (1977); *United Steelworkers of America v Weber*, 443 U.S. 193 (1979) (დადგინდა, რომ ნერტილი უნდა დაესვას პოზიტიურ დისკრიმინაციას, რომელიც შეიქმნა გადამზადებაზე თანაბარი წვდომის უზრუნველყოფის მიზნით).

⁴⁰ ამრიგად, ეთნიკური უმცირესობების წარმომადგენლობის გარკვეულმა დონემ გარკვეულ თანამდებობებზე შეიძლება ხელი შეუშალოს მათ იმ საგანმანათლებლო ღონის მიღწევაში, რომელიც მათ ამ თანამდებობებზე წვდომას შეუქმნის, რაც გარი ბეკერის „აღამიანური კაპიტალის ფორმირების“ კონცეფციაშია ნათქვამი. (G. Becker, "Investment to Human Capital: A Theoretical Analysis", *Journ. Pol. Econ.*, vol. LXX (No. 5, part 2), October 1962, pp.9-49; Becker, *The Human Capital: A Theoretical Approach and Empirical Analysis with Special Reference to Education* (1st ed. 1964)). ანალოგიურად, რასიზმის ან სექსიზმის არსებობამ გარკვეულ პროფესიულ გარემოში შეიძლება ხელი შეუშალოს ქალებსა და უმცირესობებს იმ გარემოში შესვლისკენ: see, e.g. Anker, "Sdgdragation professionnelle hommes-femmes: les theories en presence", *Rev int. du travail*, vol.136, No.3, 1997, p.343, at p. 34 5.

⁴¹ აღნიშნულ შეკითხვას მე-3 განყოფილებაში დავუბრუნდები.

პირებთან შედარებით, თუ ეს დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა ობიექტურად არ არის გამართლებული ლეგიტიმური მიზნით და ამ მიზნის მისაღწევი საშუალებები სათანადო და აუცილებელი არ არის". ორივე დირექტივა აგრეთვე ითვალისწინებს მტკიცების ტვირთის გადატანას დისკრიმინაციის შემთხვევებში: „როდესაც პირები, რომლებიც თავს უსამართლობის მსხვერპლად მიიჩნევენ, რადგან მათ მიმართ არ გამოიყენება თანაბარი მოპყრობის პრინციპი, სასამართლოს ან სხვა კომპეტენტური ორგანოს წინაშე წარადგენენ ფაქტებს, საიდანაც სავარაუდოა, რომ ადგილი ჰქონდა პირდაპირ ან ირიბ დისკრიმინაციას, რესპონდენტმა უნდა დაადასტუროს, რომ თანაბარი მოპყრობის პრინციპი არ დარღვეულა".⁴² ფაქტები, რომელთაგანაც შეიძლება დასკვნის გაკეთება, რომ ადგილი ჰქონდა პირდაპირ ან ირიბ დისკრიმინაციას, ეროვნული კანონის ან პრაქტიკის შესაბამისად ეროვნულ სასამართლოს ან სხვა კომპეტენტურ ორგანოს უნდა გადაეცეს. დირექტივების წინასიტყვაობებში ნათქვამია, რომ ეს ეროვნული წესები „შეიძლება ითვალისწინებდეს, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დამტკიცებას ნებისმიერი საშუალებით, მათ შორის, სტატისტიკური მტკიცებულებების საფუძველზე".⁴³

შესაბამისად, ეს დირექტივები ემყარება არაპირდაპირი დისკრიმინაციის კონცეფციას, რომელიც განსხვავდება ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლისაგან ქალისა და მამაკაცის საქმეების თანაბარი მოპყრობის შესახებ და კოდირებულია No.97/80/EC დირექტივაში.⁴⁴ იმის გათვალისწინების ნაცვლად,

⁴² Art.8(l) of the Racial Equality Directive; art.] 0(l) of the Employment Equality Directive.

⁴³ 15th Recital of the Preamble.

⁴⁴ მართალია არაპირდაპირი დისკრიმინაციის განმარტება, წარმოდგენილი რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის დირექტივებში განმეორდა აგრეთვე დირექტივაში ნომრით No.76/207/EEC და 2002 წელს ჩანაცვლა დირექტივა No.76/207/EEC-ს 2.2., რომელმაც, თავის მხრივ, ჩანაცვლა 2002 წლის 23 სექტემბრის დირექტივა No.2002/73/EC და დირექტივა No.2004/1 !3/EC, რომელიც 2004 წლის 13 დეკემბერს მიიღეს, რომელიც მიზნად ისახავდა თანასწორი მოპყრობის განმტკიცებას მამაკაცებსა და ქალებს შორის, საქონელთან და სერვისებთან თანაბარი

რომ გარკვეულ ზომებს, მიუხედავად აშკარად ნეიტრალურისა, შეიძლება განსხვავებული გავლენა აქონდეს გარკვეულ დაცულ კატეგორიებზე – რაც საჭიროებს მათ გამართლებას, თუ ასეთი ზემოქმედება დასტურდება სტატისტიკური საშუალებებით, როგორც მიზანშეწონილი და აუცილებელი გარკვეული ლეგიტიმური მიზნების მისაღწევად – რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის შესახებ დირექტივები ემყარება აზრს, რომ გარკვეული აშკარად ნეიტრალური ზომები შეიძლება არსებითად საეჭვო იყოს.

ეს ეწინააღმდეგება კომისიის თავდაპირველ ჩანაფიქრს, როგორც გამოხატულია ანტიდისკრიმინაციული პაკეტით, რომელიც 1999 წლის 25 ნოემბერს იქნა წარმოდგენილი.⁴⁵ როდესაც ამ თავდაპირველ წინადადებებში კომისარმა წარმოადგინა ირიბი დისკრიმინაციის განმარტება, შთაგონებული ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით, მუშახელის თავისუფალი გადაადგილების არეალი, ამ კონკურენციის განმარტებას მიზნად ისახავდა მსხვერპლის ამოცანას დისკრიმინაციის დამტკიცებაში, აკრძალვის პოტენციური მიღწევის შეზღუდვის გარეშე. ამ ალტერნატიული განმარტების თანახმად: „არაპირდაპირი დისკრიმინაცია უნდა მოხდეს მაშინ, როდესაც აშკარად ნეიტრალური დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა შეიძლება უარყოფითად მოქმედებდეს იმ პირზე ან პირებზე, რომლებზეც ვრცელდება [საეჭვო საფუძველი], თუ ეს დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა არ არის ობიექტურად ლეგიტიმური მიზნით გამართლებული და მისი მისაღწევი საშუალებები სათანადო და აუცილებელი არ არის“. როგორც ნათლად ასახულია კომისიის მიერ მოხსენიებული ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებაში, არაპირდაპირი დისკრი-

წედომის ნაწილში, (იხ., დირექტივა No.2004/113/EC-ის მე-2 მუხლი), საბჭოს დირექტივა No.97/80/EC-ის მიხედვით მტკიცების ტვირთი სქესზე დაფუძნებული დისკრიმინაციის შემთხვევებში უცვლელი რჩება; შესაბამისად, მიუხედავად იმისა, რომ დირექტივა No.76/207/EEC არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ახალ დეფინიციას გვთავაზობს, არაგანზრახი დისკრიმინაცია კვლავინდებურად აკრძალულია, როდესაც საქმე შეეხება სქესის ნიშნით დისკრიმინაციას.

⁴⁵ Supra, n.12.

მინაციის ამ ალტერნატიული განმარტებით, მსხვერპლი არ არის ვალდებული შეაგროვოს სტატისტიკური მონაცემები, რომლებიც ხშირად მიუწვდომელი შეიძლება იყოს, თუ წარმომადგენლობითი ნიმუში საკმარისად მნიშვნელოვანია.⁴⁶ ამასთან, კომისია მიზნად ისახავდა, რომ დაზარალებულს უნდა შეენარჩუნებინა შესაძლებლობა, დაემტკიცებინა დისკრიმინაცია სტატისტიკური საშუალებებით, მაშინაც კი, თუ ამას არ მოითხოვდა ბრალეულობის დამტკიცების ტვირთი. კომისიის მიერ საბჭოს დირექტივის

⁴⁶ იხ., გადანყევტილება C-237/94, *O'Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR 2417 (1996 წლის 23 მაისის გადანყევტილება). წარმოდგენილ საქმეში ო'ფლინს, წარმოშობით ირლანდიელ მამაკაცს, რომელიც გაერთიანებულ სამეფოში ცხოვრობდა, ვაჭიშვილის გარდაცვალების შემდგომ გაერთიანებული სამეფოს სოციალურმა ფონდა უარი განუცხადა დაკრძალვის ხარჯების გადახდაზე 1987 წლის აქტის საფუძველზე, იმ დებულებაზე მითითებით, რომელიც აქტის ტერიტორიული მოქმედების ფარგლებს ადგენს. ამ დებულების მიხედვით, დაკრძალვის ხარჯების ანაზღაურება მხოლოდ იმ შემთხვევაშია შესაძლებელი, თუკი გარდაცვლილი გაერთიანებული სამეფოს ტერიტორიაზე დაიკრძალება. სასამართლომ დაადგინა, რომ მოცემული დებულება წინააღმდეგობაში მოდიოდა საბჭოს რეგულაციასთან ნომერი No.1612/68. კერძოდ, მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილთან, რომელიც მიღებულ იქნა 1968 წლის 15 ოქტომბერს და მიზნად ისახავდა მუშაკებისათვის გადაადგილების თავისუფლების უზრუნველყოფას ევროკავშირის ფარგლებში(01, English Special Edition 1968 (II), p.475), ამ რეგულაციის საფუძველზე მუშაკი, ნევრი სახელმწიფოდან, რომელიც იმყოფება სხვა ნევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, უფლება-მოხილია ისარგებლოს იმავე სოციალური და საგადასახადო შეღავათებით, რითაც სარგებლობენ ადგილობრივი მუშაკები. გადანყევტილებაში მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო მოიხმობს საკუთარ პრეცედენტულ სამართალს, რომლის მიხედვითაც, ეროვნული სამართლის მიხედვით დადგენილი წესები მიჩნეულ იქნება არაპირდაპირ დისკრიმინაციად იმ შემთხვევებში, როდესაც ისინი, მართალია. გამოიყენება განურჩევლად პირის მოქალაქეობისა, თუმცა მნიშვნელოვან ზეგავლენას ახდენენ მიგრანტ მუშაკებზე (იხ., გადანყევტილება (see Case 41/84, *Pinna v Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie* [1986] ECR 1, para.24; Case 33/88, *Allue and Another v Universit' degli Studi di Venezia* [1989] ECR 1591, para.12; and *Le Manoir*, para.11) ანდა იმ პირთა წრე, რომლებზეც ნება-ტიურად აისახა რეგულაციის მოქმედება, უპირატესად მიგრანტი მუშაკები არიან (იხ. Case C-279/89, *Commission v United Kingdom* [1992] ECR 1-5785, para.42, and Case C-272/92, *Spotti v Freistaat Bayern* [1993].

შემოთავაზებით დასაქმების და პროფესიის თანაბარი მოპყრობის ზოგადი ჩარჩოს შემუშავება განმარტავს, რომ:

„სქესობრივი დისკრიმინაციის სფეროში“, ევროპულმა სასამართლო მოითხოვა სტატისტიკური მტკიცებულებები, რათა დაედასტურებინა არაპირდაპირი დისკრიმინაცია, თუმცა, ადეკვატური სტატისტიკა ყოველთვის არ არის ხელმისაწვდომი. მაგალითად, ფირმაში შეიძლება ძალიან ცოტა ადამიანი იყოს, რომლებზეც გავლენას ახდენს დებულება ან, როდესაც დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა ახლახანს იქნა შემოღებული, სტატისტიკა შეიძლება ჯერ კიდევ არ იყოს ხელმისაწვდომი. (...) [კომისიის მიერ შემოთავაზებული არაპირდაპირი დისკრიმინაციის განმარტების⁴⁷] თანახმად, აშკარად ნეიტრალური დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა განიხილება, როგორც არაპირდაპირ დისკრიმინაციული, თუ ის არსებითად შეიძლება უარყოფითად აისახოს პირზე ან პირებზე პირველი მუხლით გათვალისწინებული საფუძვლების თანახმად. „პასუხისმგებლობის ტესტი“ შეიძლება დამტკიცდეს სტატისტიკური მტკიცებულებების საფუძველზე ან ნებისმიერი სხვა საშუალებით, რომელიც ცხადყოფს, რომ დებულება შინაარსობრივად იქნება არახელსაყრელი პირისთვის ან დაინტერესებული პირებისთვის.⁴⁸

ბოლო წინადადებიდან ირკვევა, რომ კომისია აპირებდა დისკრიმინაციის მსხვერპლთათვის სტატისტიკური მონაცემების წარმოდგენის შესაძლებლობის მიცემას, რათა დადგენილიყო დისკრიმინაციის პრეზუმფცია, რაც ბრალდებულს გადასცემდა მტკიცების ტვირთს. ამის ნაცვლად, საბჭოს დისკუსიების შედეგად, ნევრ სახელმწიფოებს ახლა აქვთ არჩევანი, მისცენ უფლება მსხვერპლს დაეყრდნოს სტატისტიკას, რათა დადგინდეს დისკრი-

⁴⁷ თავდაპირველ ვერსიაში განმარტებულია: „არაპირდაპირი დისკრიმინაცია უნდა განხორციელდეს, როდესაც აშკარად ნეიტრალური დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა შეიძლება უარყოფითად მოქმედებდეს იმ პირზე ან პირებზე, რომლებზეც ვრცელდება რომელიმე საფუძველი [დირექტივაში მითითებული]. თუ ეს დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა ობიექტურად არ არის გამართლებული ლეგიტიმური მიზნით და მისი მისაღწევი საშუალებები სათანადო და აუცილებელია“.

⁴⁸ COM(1999) 565 final, 25.11.1999, at p.8 (emphasis added).

მინაციის პრეზუმფცია.⁴⁹ შედეგად, რიგ წევრ ქვეყნებში, სადაც ეს მოცემულობა არ იქნება მსხვერპლისთვის ხელმისაწვდომი, შეუძლებელი იქნება დაამტკიცონ, რომ ეს ზომა არის კანონიერი მიზნის შესაბამისი და აუცილებელი. თუ ამ ზომების განსხვავებული ეფექტი შეიძლება დაფიქსირდეს გარკვეულ დაცულ კატეგორიაში, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც დაზარალებულმა შეიძლება დაარწმუნოს კომპეტენტური ორგანო, რომ გასაჩივრების ღონისძიებით ამ კატეგორიის წევრები „განსაკუთრებით დაუცველნი არიან სხვა პირებთან შედარებით“.

ეს მნიშვნელოვნად ავიწროებს თანაბარი მოპყრობის პრინციპის მიღწევას. ილუსტრაციის მიზნით, განვიხილოთ *Griggs v Duke Power Co.*, ცნობილი საქმე, რომელიც შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ გადაწყვიტა 1971 წელს და რომელიც, ზოგადად, განიხილება, როგორც პირველი „განსხვავებული გავლენის“ გადაწყვეტილება, რომელიც მიღებულია დასაქმების საკითხზე 1964 წლის სამოქალაქო უფლებების აქტის შესახებ.⁵⁰ ამ კლასობრივმა სარჩელმა, რომელიც დუქსის ენერგოკომპანიის აფრო-ამერიკელი თანამშრომლების სახელით შეიტანეს, ეჭვქვეშ დააყენა მოპასუხის „შიდა“ პოლიტიკა, რომელიც სთხოვდა თანამშრომლებს, რომელთაც სურდათ ემუშავათ კომპანიაში, გარდა ყველაზე დაბალანაზღაურებადი დეპარტამენტისა, უნდა დაეფიქსირებინათ მინიმალური ქულა ორი ცალკეული შესაძლებლობების ტესტში, გარდა საშუალო სკოლის განათლებისა. სასამართლომ ჩათვალა, რომ ეს პოლიტიკა არღვევდა სამოქალაქო უფლებების აქტის მოქმედ დებულებას.⁵¹ არსებობდა მტკიცებულებები, რომ ამ

⁴⁹ See *supra*, text corresponding to n.43.

⁵⁰ *Griggs v Duke Power Co.*, 410 U.S. 424 (1971). On the significance of this case, see D.A. Strauss, "Discriminatory Intent and the Taming of Brown", 56 *Univ Chicago L. Rev* 935 (1989); or Th. Eisenberg, "Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication", 52 *N. Y.U. L. Rev* 36 (1977).

⁵¹ განსახილველი პერიოდისთვის, 1964 წლის სამოქალაქო უფლებების აქტის 703-ე განყოფილების საფუძველზე (ა) დასაქმების წესების დარღვევა და მსაქმებლის მხრიდან დასაქმებულთა შეზღუდვა, სეგრეგაცია ან კლასიფიკაცია ნებისმიერი სახით, რაც შეუზღუდავს მათ საშუალებას ან

პოლიტიკის თანახმად, გაცილებით მეტი თეთრკანიანი ადამიანი შეუერთდებოდა სხვა დეპარტამენტებს ვიდრე აფროამერიკელები: ჩრდილოეთ კაროლინაში, 1960 წლის სტატისტიკამ აჩვენა, რომ თეთრკანიან მამაკაცთა 34%-მა დაამთავრა საშუალო სკოლა, ხოლო აფრიკელების მაჩვენებელი მხოლოდ 12%-ს შეადგენდა. სტანდარტიზებულ ტესტებთან დაკავშირებით, დასაქმების თანაბარი შესაძლებლობების კომისიამ (EEOC) დაადგინა, რომ ბატარეის ტესტების გამოყენების დროს, მათ შორის Wonderlic და Bennett ტესტების გამოყენებისას, რომლებიც კომპანიის მიერ გამოყენებულ იქნა მოცემულ შემთხვევაში, თეთრკანიანთა 58%-მა ჩააბარა, ხოლო შავკანიანებში ეს მაჩვენებელი მხოლოდ 6%-ს შეადგენდა.⁵² ამან აიძულა სასამართლო გაერკვია, გამართლებული იყო თუ არა ეს მოთხოვნები „ბიზნესის აუცილებლობით“, – რადგან, სასამართლომ გაიხსენა „სამოქალაქო უფლებების აქტი“, რომელიც აწესებს არა მხოლოდ ამკარა დისკრიმინაციას, არამედ პრაქტიკას, რომელიც სამართლიანი ფორმის, მაგრამ დისკრიმინაციული ხასიათისაა. თუ დასაქმების პრაქტიკა, რომელიც მოქმედებს შავკანიანების გამორიცხვაზე, არ შეიძლება იყოს დაკავშირებული სამუშაოს შესრულებასთან, ეს პრაქტიკა აკრძალულია“. რამდენადაც „არც საშუალო სკოლის დასრულების მოთხოვნა და არც ზოგადი უნარების შეფასების ტესტი არ აჩვენებს, რომ არსებობს არსებითი კავშირი იმ სამუშაოების წარმატებით შესრულებასთან, რისთვის-

იქნება მიმართული ნებისმიერ ინდივიდისთვის დასაქმების საშუალების შეზღუდვისკენ, ანდა უარყოფით ზეგავლენას მოახდენს მისი, როგორც დასაქმებულის სტატუსზე, ამ პირის რასის, კანის ფერის, რელიგიური მრწამსის, სქესის, ეროვნული კუთვნილების ან სხვა მიზეზით... (3) განურჩევლად ნებისმიერი სხვა დათქმისა ამ თავის საფუძველზე, არ უნდა იყოს მიჩნეული უკანონოდ ისეთი პრაქტიკა, სადაც დამსაქმებელი საკუთარი გადაწყვეტილებების მიღებისას ხელმძღვანელობს ტესტირების შედეგებით, რომლებიც ეფუძნება დასაქმებულის პროფესიული უნარჩვევების შემოწმებას, იმ პირობით, რომ ეს ტესტი, მისი ჩატარების პირობები და შედეგების საფუძველზე განხორციელებული ქმედებები არ არის მიმართული ან გამოიყენება დისკრიმინაციული მიზნებით რასის, კანის ფერის, რელიგიის, სქესის, ეროვნული კუთვნილების და სხვა ნიშნით. (78 Stat. 255, 42 U.S.C. 2000e-2).

⁵² See the references in n.6 of the Griggs majority opinion.

საც იგი გამოიყენებოდა". სასამართლომ დაასკვნა, რომ გამოყენებული პოლიტიკა დისკრიმინაციული იყო:

„ამ საქმის ფაქტები ცხადყოფს ფართო და ზოგადი საცდელი მონყობილობების არაადეკვატურობას, ასევე ატესტაციების ან დიპლომების უუნარობას, როგორც შესაძლებლობების ფიქსირებულ საზღვრებს. ძალიან ბევრი მაგალითი არსებობს იმ მამაკაცებისა და ქალებისა, რომლებიც წარატებით ასრულებენ მოვალეობებს სერტიფიკატების, დიპლომების თუ ხარისხის გარეშე. დიპლომები და ტესტები საკმაოდ მნიშვნელოვანია, მაგრამ კონგრესმა წარმოადგინა წინადადება იმის შესახებ, რომ ისინი არ უნდა გახდნენ რეალობის ოსტატები.“

აქ ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ მონაცემები, რომლებიც არ მიუთითებს აფროამერიკელთა და თეთრკანიანების პროცენტულ მაჩვენებელზე, რომლებმაც დაამთავრეს საშუალო სკოლა ჩრდილოეთ კაროლინაში და მიუთითეს ე.წ. „შესაძლებლობების ტესტების“ არაპროპორციულ გავლენაზე აფროამერიკელ განმცხადებლებზე, ეს პრაქტიკა არ ჩაითვლებოდა საეჭვოდ და სავარაუდოდ დისკრიმინაციულად. სინამდვილეში, დუქსის ელექტროენერგიის მუშახელის ეთნიკურ ჯგუფებად დაყოფის გარეშე, ეს მოთხოვნები, ალბათ, შეუმჩნეველი დარჩებოდა: მიუხედავად იმისა, რომ უფრო მკაცრი გამოკვლევის შედეგად აღმოჩნდა, რომ ისინი არაპროპორციულ მოთხოვნებს უყენებდნენ განმცხადებლებს და განსაკუთრებულ ზიანს აყენებდნენ აფროამერიკელ მუშებს.

გრიგისგან მიღებული გაკვეთილი ნათელია. მოთხოვნის გაუქმებით, რომ წევრმა სახელმწიფოებმა ნება დართონ დისკრიმინაციის მსხვერპლებს, ბრალდების მტკიცების ტვირთი გადაიტანონ მოპასუხეზე, როდესაც სტატისტიკა მიუთითებს, რომ აშკარად ნეიტრალურმა დებულებამ, კრიტერიუმმა ან პრაქტიკამ განსხვავებული გავლენა მოახდინა გარკვეულ დაცულ კატეგორიებზე, ეს

კანონით აკრძალული არაპირდაპირი დისკრიმინაციის სპეციფიკური ფორმაა, რომელიც სწორედ გრიგის მიერ იქნა ხაზგასმული – განსხვავებული გავლენის დისკრიმინაცია, რომლის დამტკიცებაც ევროპელმა კანონმდებელმა გაართულა, ან პრაქტიკაში შეუძლებელიც კი გახადა. თანაბარი მოპყრობის პრინციპის მოქმედების შეზღუდვის გარდა, სავარაუდოდ, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის მსხვერპლისათვის დაწესებული მოთხოვნა აშკარად ნეიტრალური ღონისძიების გამოყენების შედეგად იმის დემონსტრირებაა, რომ ამგვარი გამოყენების შემთხვევაში დაცული კატეგორიის წევრებს შეიძლება განსაკუთრებული ზიანი მიაღგეთ, სხვა პირებთან შედარებით „შეიძლება წარმოშვას სპეციფიკური სირთულეები“. როდესაც ეს უკანასკნელი 1971 წელს გადაწყდა, გრიგსმა „გახსნა ფრჩხილები“ შეერთებული შტატების ფედერალური სასამართლოების პრეცედენტულ სამართალში, რომლის დროსაც დისკრიმინაციის აკრძალვა მთლიანად მონყვეტილი იყო დისკრიმინაციის განზრახვისგან: განსხვავებული ზემოქმედების მარტივი ფაქტი, თუნდაც ეს კეთილსინდისიერად მიღებული ზომების შედეგი იყოს, საკმარისი იქნება იმისთვის, რომ მოხდეს ავტორისგან ამ გავლენის მქონე ღონისძიების გამართლების მოთხოვნა.⁵³

⁵³ გრიგის საქმეზე გადაწყვეტილების გამოტანიდან რამდენიმე წლის თავზე აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ საიმისოდ, რომ კონსტიტუციის მე-14 შესწორების საფუძველზე, რომელიც კანონის წინაშე თანასწორობის პრინციპს განამტკიცებს, სტატუტი რასობრივი ნიშნით დისკრიმინაციულად ჩაითვალოს, უნდა დადგინდეს, რომ ის დისკრიმინაციის განზრახვას შეიცავს. (*Washington v Davis*, 426 U.S. 229 (1976)). იხ., აგრეთვე, *Village of Arlington Heights v Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 265 (1977); *Personnel Administrator of Massachusetts v Feeney*, 442 U.S. 256 (1979); *Hunter v Underwood*, 471 U.S. 222 (1985). სამოქალაქო უფლებების 1964 წლის აქტის მე-7 თავის საფუძველზე, *Griggs v Duke Power Co.*ზე დადგენილი პრეცედენტი გადამწყვეტი უმრავლესობით შეიცვალა საქმეზე *Wards Cove Packing Co. v Antonio*, 490 U.S. 642, 109 S.Ct. 2115 (1989). საქმეზე *Wards Cove Packing Co.*, უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ საკმარისი არაა მოსარჩელემ დაამტკიცოს, რომ სამუშაო ადგილზე დასაქმებულთა შორის რასობრივი დისბალანსია, მოსარჩელემ დამატებით უნდა დაამტკიცოს, რომ ეს დისბალანსი განპირობებულია დამსაქმებლის მიერ დისკრიმინაციული პრაქტიკის გატარებით. გადაწყვეტილებაში განისაზღვრა,

თანაბარი მოპყრობის პრინციპის მოქმედების შეზღუდვის გარდა, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის სავარაუდო მსხვერპლისათვის დაწესებული მოთხოვნა აშკარად ნეიტრალური ღონისძიებების გამოყენების შედეგად იმის დემონსტრირებაა, რომ ამგვარი განაცხადის შედეგად დაცული კატეგორიის წევრები შეიძლება

რომ სადავოდ გამხდარი პრაქტიკა, რამაც უარყოფითი შედეგი მოიტანა დასაქმებულისთვის, არ არის აუცილებელი იყოს „არსებითი ანდა განუყოფილი ნაწილი დამსაქმებლის საქმიანობის. კონკრეტული შემთხვევის შეფასებისას, სასამართლოს თქმით, დამსაქმებელმა უნდა წარმოადგინოს გონივრული ახსნა-განმარტება, თუ რა გამართლება ჰქონდა სადავოდ გამხდარ მოპყრობას. საპასუხოდ, ფედერალურმა კონგრესმა 1991 წლის სამოქალაქო უფლებების აქტი მიიღო, რომლის ძალითაც შეიზღუდა „ვარდის“ სარჩელზე მიღებული გადაწყვეტილებით შემუშავებული დოქტრინის მოქმედების ფარგლები. შესწორებული სამოქალაქო უფლებების აქტის შესაბამისი რეგულირების მიხედვით, დამსაქმებლის მიერ შემუშავებული პრაქტიკა, რომელიც ეფუძნება უარყოფით ზეგავლენას დასაქმებულზე, ექცევა ამ ქვეთავით გათვალისწინებული ნორმების რეგულირების ქვეშ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი მოსარჩელე მხარე შეძლებს დაამტკიცოს, რომ მოპასუხემ გამოიყენა კონკრეტული დასაქმების პრაქტიკა, რომელმაც უარყოფითი ზეგავლენა მოახდინა პირის, როგორც დასაქმებულის მდგომარეობაზე რასის, კანის ფერის, რელიგიის, სქესის ან ეროვნული წარმოშობის საფუძველზე და მოპასუხე ვერ შეძლებს დაამტკიცოს რომ სადავოდ გამხდარი პრაქტიკა დაკავშირებულია კონკრეტული სამუშაოს სპეციფიკასთან და შესაბამისობაშია ბიზნესის ამოცანებთან. ანდა, მოსარჩელე მხარე დაამტკიცებს, რომ არსებობს ამ პრაქტიკის ალტერნატიული ვარიანტი და რესპონდენტი უარს იტყვის გაიზიაროს ეს იდეა. რაც შეეხება მტკიცების ტვირთს იმ შემთხვევებისთვის, როდესაც კონკრეტული პრაქტიკა ნეგატიურ ზეგავლენას ახდენს დასაქმებულზე, როგორც ეს აღწერილია ქვეპარაგრაფ ა(ი)-ში, მოსარჩელემ მხარემ უნდა დაამტკიცოს, რომ თითოეული პრაქტიკა, რომელიც სადავოდაა გამხდარი, ნეგატიურ ზეგავლენას იწვევს. გამონაკლისია შემთხვევა, როდესაც მოსარჩელე მხარეს შეუძლია დაამტკიცოს სასამართლოში, რომ ცალკეული ელემენტები დასაქმების პრაქტიკიდან შეუძლებელია გაანალიზდეს როგორც ერთიანი პრაქტიკა. თუკი მოპასუხე მოახდენს დემონსტრირებას, რომ სპეციფიკური პრაქტიკა არ იწვევს ნეგატიურ ეფექტს, აღარ არის საჭირო მისი მხრიდან იმის მტკიცება, რომ პრაქტიკა ბიზნესის საჭიროებებიდან გამომდინარეობდა. 42 U.S.C. s.2000e-2, (k) მტკიცების ტვირთი ნეგატიური ზეგავლენის საქმეებზე. 1991 წლის სამოქალაქო უფლებების აქტის მიღმა მიზნების შესახებ. იხ. Peritt, Civil Rights Act of 1991: Special Report, New York, John Wiley and Sons, 1992.

„იყვნენ განსაკუთრებით დაუცველნი, სხვა პირებთან შედარებით“, აღნიშნულმა კი შეიძლება წარმოშვას სპეციფიკური სირთულეები. პირველი, როდესაც დებულების ადრესატებმა ან მათ, ვის მიმართაც გამოიყენება მოქმედი კრიტერიუმი, შეიძლება თავიდან აიცილონ განსაკუთრებული ზიანი, გარკვეული ქცევის გამოყენებით (მაგალითად, კონკრეტული დამსაქმებლის მიერ მოთხოვნილ კვალიფიკაციას, ეთნიკური ნიშნის სპეციფიკურ განზომილებას შეენირა ან რელიგიური მრწამსის გამოხატვის თავისუფლებაზე უარი თქვა), ჩნდება კითხვა, შეუძლიათ თუ არა კვლავ იჩივლონ იმ ღონისძიებების წინააღმდეგ, რომლებიც ამ ნეგატიურ დამოკიდებულებას იწვევს. აშკარაა, რომ თუ ქცევის შეცვლა გულისხმობს რომელიმე მახასიათებელზე უარის თქმას, რომლითაც ეთნიკური ან რელიგიური უმცირესობა გამოხატავს საკუთარ თავს, მიუღებელი იქნება დისკრიმინაციული სარჩელის უარყოფა იმ მიზეზით, რომ სადავო მოთხოვნას „არ მოერგება“, მსხვერპლი უარს იტყვის საჩივრის უფლებაზე.⁵⁴ შეიძლება დადგინდეს გარკვეული სასა-

⁵⁴ იხ., მაგ., *CRE v Dutton* (1989) 1 All ER 306, 315 (სადაც მეპატრონეს ბრალი ედებოდა დისკრიმინაციაში ბოშების წინააღმდეგ რასობრივი ურთიერთობების შესახებ 1976 წლის აქტის საფუძველზე, რადგანაც მან გამოაქვეყნა ბილი, რომლის საფუძველზეც მოგზაურებს აეკრძალათ შესვლა მის დანესებულებაში. სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა: ბოშები არიან მომთაბარეები და არ შეუწყვეტიან აღნიშნული ცხოვრების წესი, თუმცა ეს ვერ იქნება ხელისშემშლელი გარემოება ბოშასთვის, თავისი სურვილიდან გამომდინარე, შევიდეს კონკრეტულ ობიექტზე, მათ შორის, სადავოდ გამხდარ დანესებულებაში და დალიოს სასმელი. საქმეზე *Mandla v Dowell Lee* (1983) 1 All ER 1062, 1069 სასამართლომ დაადგინა, რომ სიქებს, ნებისმიერი სხვა პირის მსგავსად, შეუძლიათ თავი შეიკავონ ტურბანის ჩაცმისგან, თუკი სიტყვა „შედლება“ პირდაპირი მნიშვნელობით გავიგებთ. იმ შემთხვევაში თუკი 1976 წლის აქტში მოცემული სიტყვა „ეთნიკური“ - მისი ფართო კულტურულ/ისტორიული მნიშვნელობის შესატყვისია, ამ შემთხვევაში, სიტყვა-სიტყვითი გაგებით სიქებიც, სხვა ეთნიკური ჯგუფების მსგავსად, დაკარგავენ იმ დაცვას, რაც 1976 წლის აქტის საფუძველზე პარლამენტმა განსაზღვრა მათთვის. იმ შემთხვევაში თუკი ისინი გამოხატავენ მზაობას უარი თქვან საკუთარ გამორჩეულ ჩვეულებებსა და კულტურულ ადათებზე, შესაძლებელი იქნება კანონის მოთხოვნებთან მათი მისადაგება. სიტყვაში „შეუძლიათ“ პარლამენტმა სავარაუდოდ იგულისხმა არა ფიზიკური შეძლება, თეორიული შესაძლებლობა, არამედ პრაქტიკული შესაძლებლობა.

ზღვრო შემთხვევები, როდესაც კონკრეტული პრაქტიკა არ უკავშირდება ადამიანის ეთნიკურ ან რელიგიურ საკითხებს.

მეორე, რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის შესახებ დირექტივების თანახმად, დაცული „განსაკუთრებით ნეგატიური“ სტანდარტის ირიბი დისკრიმინაციის ამჟამინდელი განმარტებით, საჭიროა ჯგუფის წევრების ყველა ან აბსოლუტური უმრავლესობის გარკვეული საერთო მახასიათებლები საკმარისად ცნობილი იყოს. მხოლოდ ასეთი ცოდნის საშუალებით იქნება შესაძლებელი აშკარად ნეიტრალური დებულებების, კრიტერიუმების ან პრაქტიკის შემოწმება და, ამრიგად, იმ ზომების იდენტიფიცირება, რომლებიც საეჭვოა. პირიქით, რაც უფრო მეტია ჩვენი უგულებელყოფა ერთი დაცული კატეგორიის წევრთა საშუალო მდგომარეობის შესახებ, მით უფრო რთული იქნება გარკვეული „საეჭვო“ ღონისძიებების გამოვლენა. მაგალითად, საჭიროა შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა მდგომარეობის გარკვევა, იმის დასადგენად, რომ გარკვეულმა ასაკობრივმა შეზღუდვებმა შეიძლება განსაკუთრებული ზიანი მიაყენოს ამ პირებს (რადგან ისინი შრომის ბაზარზე მოგვიანებით შემოდიან), ან მოთხოვნა, რომ ამ სამუშაოს კანდიდატს აქვს მართვის მონმობა.⁵⁵ ანალოგიურად, ეთნიკური უმცირესობის წევრებისთვის უარყოფითი მხარეა; აღნიშნული მოითხოვს მოცემულ რეგიონში სხვადასხვა ეთნიკური ჯგუფის გეოგრაფიული დანაწევრების შესახებ ინფორმაციის ფლობას; ეთნიკური უმცირესობებისათვის განსაკუთრებული უარყოფითი ასპექტია ქსელებით დაკომპლექტება, განსაკუთრებით, დასაქმებულთა ოჯახის ნაცნობობით,⁵⁶ ეს ასევე გულისხმობს, რომ ჩვენ გვაქვს წარმოდგენა არსებული სამუშაო ძალის ეთნიკური შემადგენლობის შესახებ, რომლის დაქირავეების პროცესები გაგრძელდება ან განმტკიცდება. გარკვეულ დაცულ

⁵⁵ See Waddington, *Disability, Employment and the European Community* (1995) 56.

⁵⁶ On this form of recruitment, see Bataille, *Le racisme au travail* (1997) 122-123; Eymard-Duvermay and Marchal, *Façons de recruter. Le jugement des comptdences sur le marchi du travail* (1997), at 26 and 37; Granovetter, *Getting a Job. A Study of Contracts and Careers* (1974) 46.

კატეგორიებთან მიმართებით, „განსაკუთრებული გამოწვევის“ სტანდარტი გამოუსადეგარი აღმოჩნდება, რადგან დაცული კატეგორიის წევრები უბრალოდ სხვა საერთო მახასიათებლით არ არიან წარმოდგენილნი, სანამ ისინი ამ კატეგორიის წევრები არიან: ამრიგად, „აშკარად ნეიტრალური“ არ არსებობს. კრიტერიუმი (გამოწვევის ალბათ უპირატესობა დაქორწინებულ პირთა ან ოჯახში მყოფი პირების სასარგებლოდ ტრადიციული გაგებით), რომელიც იმუშავებს პომოსექსუალური ორიენტაციის მქონე პირების სისტემატურ გამოორიცხვაზე; ამიტომ. დამსაქმებელი, რომელსაც სურს პომოსექსუალების გარიყვა სამუშაო ძალისგან, დაეყრდნობა შერჩევის არაფორმალურ საშუალებებს, განსაკუთრებით გასაუბრებას, რომლის დისკრიმინაციული გავლენის გამოწვევა შეუძლებელი იქნება სტატისტიკური მონაცემების არარსებობის შემთხვევაში.

მესამე სირთულე ისაა, რომ რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის შესახებ დირექტივების მიდგომა არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ცნების მიმართ უბრალოდ არარეალისტურია, თუნდაც დასაქმების კონტექსტში. შემთხვევათა დიდ უმრავლესობაში, კანდიდატების შეფასება სამუშაოს ან დაწინაურების მიზნით უნდა ემყარებოდეს, როგორც არაფორმალურ პროცესებს (კერძოდ, გასაუბრებებს), ასევე შედარებით ბუნდოვან კრიტერიუმებს, როგორიცაა „პიროვნება“, „კულტურული“ შესაბამისობა, დაწესებულების ან კანდიდატის „პრეზენტაცია“. ამრიგად, შეფასება ხდება მოლაპარაკებებით.⁵⁷ ასეთი არაფორმალური კრიტერიუმების გათვალისწინებით, დისკრიმინაციის მსხვერპლისთვის განსაკუთრებით სასარგებლოა იმის დემონსტრირება, რომ გარკვეული დებულებები, კრიტერიუმები ან პრაქტიკა „განსაკუთრებულ ზიანს აყენებს“ იმ კატეგორიას, რომელსაც იგი ეკუთვნის.

⁵⁷ For a theoretical discussion of this opposition, see Eymard-Duvemay and Marchal, *Façons de recruter*, supra n. 56 at 24-26. For empirical evidence, see, inter alia, D. Bartram, P. Lindley, L. Marschall, J. Foster, "The Recruitment and Selection of Young People by Small Businesses", *Journ. of Occupational and Organisational Psychology*, vol. 68 (1995) 339.

ნის. ზუსტად ამგვარი კრიტერიუმების არაფორმულობის გამო, ეს კრიტერიუმები არ შეიძლება ჩაითვალოს უდავოდ საეჭვოდ. მნიშვნელოვანია არა ის, თუ როგორი სახისაა შეზღუდვები, არამედ ის, თუ როგორია მათი პრაქტიკაში გამოყენება: მხოლოდ ამგვარი კრიტერიუმების ზემოქმედების შემდგომმა შეფასებამ, სტატისტიკური ანალიზის საფუძველზე, შეიძლება მოგვცეს საშუალება გავარკვიოთ მათ მიერ განხორციელებული დისკრიმინაცია შეგნებულია თუ გაუაზრებელ ხასიათს ატარებს.

2.3. დასკვნა

როდესაც კომისიამ შემოგვთავაზა მიდგომა, რომელიც ასახავს ჰპოვებდა რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის დირექტივებში, იგი აპირებდა დაზარალებულებისთვის მიეცა შესაძლებლობა სტატისტიკურ მონაცემებს დაყრდნობდნენ, რათა დისკრიმინაციის პრეზუმფცია დადგენილიყო, თუმცა მიიჩნევდნენ, რომ ვალდებულები იყვნენ კომპეტენტური ორგანოსთვის მიეწოდებინათ ისეთი მონაცემები, რომლებშიც საკმარისად აშკარად იქნებოდა გამოკვეთილი, რომ გასაჩივრებას შესაძლოა უარყოფითად ემოქმედა იმ პირზე ან პირებზე, რომლებზეც ვრცელდებოდა რომელიმე დაცვის საფუძველი.⁵⁸ ამის ნაცვლად, საბჭომ გადაწყვიტა, რომ ნევრ სახელმწიფოებს უფლება უნდა ჰქონოდათ, თავად გადაეწყვიტათ, უნდა გაეთვალისწინებინათ თუ არა დისკრიმინაციის მსხვერპლის შესაძლებლობა და დაყრდნობდნენ თუ არა სტატისტიკას არაპირდაპირი დისკრიმინაციის პრეზუმფციის დასადგენად. ეს იმას გულისხმობს, რომ გარდა იმ მკაფიო შემთხვევებისა, როდესაც აშკარად ნეიტრალური ღონისძიება შეიძლება დისკრიმინაციული ეფექტის მქონედ ჩაითვალოს, რომლის მიღწევა შეუძლებელი იქნება ღიად დისკრიმინაციული ზომებით, მსხვერპლს გაუჭირდება ტვირთის ავტორზე გადატანის მტკიცებულების წარდგენა, მაშინაც კი, როდესაც ამ ზომას აშკარად განსხვავებული გავლენა აქვს გარკვეულ დაცულ ჯგუფებზე.

⁵⁸ See supra, n.47 and the corresponding text.

ეს ეწინააღმდეგება იმას, რაც, უმეტეს სახელმწიფოთა სამართლებრივ სისტემებში გამართლებულია, პირველ ყოვლისა კი, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის კონცეფციის შემოღება. როგორც ევროკომისიის მიერ შედგენილი შედარებითი კვლევის თანახმად დგინდება, მონაცემთა შეგროვების შესახებ დისკრიმინაციის მასშტაბისა და გავლენის გასაზომად:⁵⁹

„ირიბი დისკრიმინაციის კონცეფცია და მასთან დაკავშირებული სამოქმედო სქემები არსებითად უკავშირდება სტატისტიკას, მათი ლოგიკითა და ამოცანებით“. არაპირდაპირი დისკრიმინაციის განმარტება ემყარება რაოდენობრივ კონცეფციებს: მნიშვნელოვან ეფექტებს და შედარებებს ჯგუფებს შორის. სტატისტიკურად არააპრობირებული შემეცნებითი ინსტრუმენტები, გამოყენებული დისკრიმინაციის დასადგენად, ემყარება იურიდიულ და პოლიტიკურ განვითარებას. დისკრიმინაციის აღკვეთა აღარ ხდება პერსონალურად, ის არის კოლექტიური და დაცულ ჯგუფში, მათი რეალური ან სავარაუდო კუთვნილების თვალსაზრისით მხოლოდ ინდივიდებს ეხება. ინდივიდიდან ჯგუფზე გადასვლა მკაცრად ანალოგიურია სტატისტიკაზე დაყრდნობით განხორციელებული ოპერაციების თვალსაზრისით: უპიროვნო აგრეგატები, რომლებიც ხაზს უსვამენ კოლექტიურ სიტუაციას. შედეგად, ინტერვენციული სქემის ყველა ძირითადი ელემენტი მოითხოვს სტატისტიკას: მონაცემთა ჩანერა და შეგროვება, პირადი მახასიათებლების შედარებითი ცხრილები, ინდიკატორების წარმოება, დიფერენცირების შემოწმება და მათი მოცულობისა და ვარიაციების შეფასება, რაოდენ-

⁵⁹ Comparative Study on the collection of data to measure the extent and impact of discrimination within the United States, Canada, Australia, Great-Britain and the Netherlands (Medis Project (Measurement of Discriminations), co-ord. P. Simon (INED -Economie & Humanisme), August 2004, p. 82.

*ნობრივი მიზნების შემუშავება პროცედურების გა-
მოსწორებისა და თანასწორობის ხელშესაწყობად
პროგრამების შედეგების შეფასება და ა.შ.“*

რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის შესახებ დირექტივების ერთმნიშვნელოვანი პირობების მიუხედავად, რომლებიც აშკარად გამორიცხავენ, რომ ნევრ სახელმწიფოებს დაეკისროთ ვალდებულება, შექმნან სტატისტიკური საშუალებებით დისკრიმინაციის პრეზუმფციის დადგენის შესაძლებლობა, ევროპულ სასამართლოს მიაჩნია, რომ ასეთი ვალდებულება უნდა დაწესდეს, როგორც დისკრიმინაციისგან დაცვის ეფექტურობის პირობა. ეს დირექტივები განიხილება, როგორც უფრო ზოგადი პრინციპის, თანაბარი მოპყრობის დირექტივის განხორციელების მეთოდი.⁶⁰ აღნიშნული კი, არა მარტო ამართლებს მათი მოთხოვნების ფართოდ გაგებას, არამედ ამან შეიძლება ასევე გაამართლოს ევროკავშირის კანონმდებლობის შესაბამისად მოქმედი ნევრი სახელმწიფოებისათვის ვალდებულების დაკისრება, ისევე როგორც დირექტივების შესრულებისას – ვალდებულებების, რომლებიც უფრო მეტია, ვიდრე ეს მითითებულია დირექტივებში და როგორც ამას მოითხოვს თანაბარი მოპყრობის პრინციპი. სოციალური უფლებების ევროპული კომიტეტის მიერ შედგენილი ევროპული სოციალური ქარტიის თანახმად, საჭიროა სტატისტიკური მონაცემების დამტკიცება დისკრიმინაციის შემთხვევებისთვის, რათა ირიბი დისკრიმინაციის აკრძალვა ნამდვილად ეფექტური იყოს.⁶¹ მართლაც, Enderby-ს საქმეში ხდება იმის გათვალის-

⁶⁰ See the judgment of 22 November 2005 delivered in Case C-144/04, *Mangold v Helm*, nyr.

⁶¹ იბ., European Committee of Social Rights, *European Roma Rights Centre (ERRC) v Greece*, collective complaint No. 15/2003 გადაწყვეტილება 2004 წლის 8 დეკემბერი, para. 21-28. კომიტეტმა აღნიშნა, რომ მისი სურვილიდან გამომდინარე, შეაფასოს, ჰქონდა თუ არა ადგილი დისკრიმინაციულ მოპყრობას „რომა“-ს საზოგადოების ნევრებისადმი (ბოშები), რასაც მოსარჩელე ორგანიზაცია ამტკიცებდა, მთავრობამ განაცხადა, რომ უკანასკნელ პერიოდამდე მას არ ჰქონდა საშუალება განესაზღვრა, თუ რა მასშტაბების საზოგადოებაზე იყო საუბარი. საკუთარი პოზიციის გასა-

წინება, რომ მოსარჩელემ სტატისტიკური მტკიცებულებები წარადგინა, რაც საშუალებას იძლეოდა დადგენილიყო *prima facie* დისკრიმინაციის საქმე, რომელიც სასამართლომ განიხილა, „სადაც არსებობს *prima facie* დისკრიმინაციის შემთხვევა, დამსაქმებელმა აჩვენოს, რომ არსებობს ხელფასის სხვაობის ობიექტური მიზეზები. მუშები ვერ შეძლებენ თანაბარი ანაზღაურების პრინციპის დაცვას ეროვნული სასამართლოების წინაშე, თუ *prima facie* დისკრიმინაციის ფაქტის დამტკიცების დროს დამსაქმებელს არ გადაეცემა იმის ჩვენების უფლება, რომ სახელფასო დიფერენცირება არ არის დისკრიმინაციული“.⁶² წარსულში სასამართლოს არ ეშინოდა წევრი სახელმწიფოების საპროცესო ავტონომიის შეზღუდვისა, იქ სადაც ჩათვლიდა, რომ ეროვნული წესები, რომლებიც ეხებოდა მტკიცებულებათა წარდგენას ეროვნული იურისდიქციის წინაშე, საკმარისად არ იცავდა ევროპული კავშირის სამართლით მინიჭებულ უფლებებს.⁶³ ახლა შეიძლება დადგეს დრო, როდესაც ეს იურისპრუდენცია კიდევ ერთხელ გადადგამს ნაბიჯებს.

მტკიცებლად ის მოიშველიებს სამართლებრივ და სახელდობრ, კონსტიტუციურ შეზღუდვებს. კომიტეტს მიაჩნია, რომ როდესაც შეგროვება და შენახვა პერსონალური მონაცემების შელუდულია ამ მიზეზით, მაგრამ ზოგადად, აღიარებულია, რომ კონკრეტული ჯგუფი არის ან შეიძლება იქცეს დისკრიმინაციის ობიექტად, ხელისუფლებას აკისრია პასუხისმგებლობა გამონახოს ალტერნატიული ღონისძიებები, რათა შეაფასოს პრობლემის მასშტაბები და დასახოს პრობლემის გადაჭრის გზები, რაც არ არის შეზღუდული კონსტიტუციურ-სამართლებრივად (პარა. 27). ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის მიერ გატარებული ღონისძიებების შესახებ შეგიძლიათ იხილოთ აქ Resolution Res ChS (2005)11. კოლექტიური საჩივარი ევროპის ბოშათა ცენტრის მიერ საბერძნეთის წინააღმდეგ, No. 15/2003. მიღებულ იქნა მინისტრთა კომიტეტის მიერ 2005 წლის 8 ივნისს 929-ე შეხვედრაზე.

⁶² Case C-127/92, Enderby, [1993] ECR I-5535, para.18 (judgment of 27 October 1993).

⁶³ See, e.g. Case 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Societa San Giorgio* [1983] ECR 3595 (judgment of 9 November 1983); Case 22/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651, para.20 (judgment of 15 May 1986).

3. თანასწორობისა და პირადი მონაცემების დაცვის მოდელები⁶⁴

ზოგჯერ ჩანს, რომ პერსონალური მონაცემების დაცვასთან დაკავშირებული წესები სპეციფიკურ დაბრკოლებებს ქმნიან დისკრიმინაციის პოტენციური მსხვერპლის მიერ სტატისტიკის გამოყენებისათვის, რათა – წევრ სახელმწიფოებში, რომლებმაც ეს შესაძლებლობა შექმნეს, მტკიცების ტვირთის გადატანა მოხდეს რესპონდენტზე. 2003 წლის ოქტომბერში ევროკომისიის (დასაქმების, საწარმოო ურთიერთობებისა და სოციალურ საკითხთა გენერალური დირექტორატისთვის) წარდგენილ მოხსენებაში – საწარმოს ფარგლებში მრავალფეროვნების პოლიტიკის შემუშავების შესახებ⁶⁵ – აღნიშნულია, რომ ევროკავშირში მგრძნობიარე პერსონალური მონაცემების დამუშავების პროცესში შეზღუდვები სამუშაო ძალის მრავალფეროვნების პოლიტიკის მიღებისა და განხორციელებისთვის განსაკუთრებულ დაბრკოლებას წარმოადგენს, რამაც შესაძლოა შეუძლებელი გახადოს სამუშაო ძალის ევოლუცია სექსუალური ორიენტაციის, რასის ან ეთნიკური წარმოშობის ან რელიგიის მიმართულებით. უახლესი ანგარიში ასახავს „სამუშაო ძალის პროფილს“, როგორც კომპანიების მრავალფეროვნების პროგრესის მონიტორინგის კარგ პრაქტიკას.⁶⁶ დისკრი-

⁶⁴ See further on the questions discussed in this section two publications of the EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Report on the situation of Fundamental Rights in the Union in 2003 (January 2004), at 97-100; and Thematic Comment No.3: The Protection of Minorities in the Union (March 2005), section 2 ("Monitoring the situation of minorities"). The documents of the Network may be consulted on:

http://www.europa.eu.int/comm/justicehome/cfr_cdf/index_en.htm.

⁶⁵ The Costs and Benefits of Diversity. A Study on Methods and Indicators to Measure the Cost-Effectiveness of Diversity Policies in Enterprises, report drawn up by the Centre for Strategy and Evaluation Service (CSES) on behalf of the European Commission. The report is based on a survey of 200 companies in 4 EU countries, on literature reviews, on 8 case studies in 6 Member States, and on a number of interviews with a range of actors. See [http://europa.eu.int/comm/employment](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamentairights/prog/studies-en.htm)

[social/fundamentairights/prog/studies-en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamentairights/prog/studies-en.htm).

⁶⁶ ეს შემდეგნაირად განისაზღვრება: „სამუშაო ძალის პროფილირება, მათ შორის. ეთნიკური, ეროვნული, რელიგიური, სასაუბრო ენების, სქესისა და

მინაციის წინააღმდეგ ბრძოლის სათვისტომომ, ევროკავშირის 15 წევრ სახელმწიფოში ჩატარებული შედარებითი კვლევის შედეგად⁶⁷ (2001-2006) დაადგინა, რომ ევროკავშირის წევრ ქვეყნებში დისკრიმინაციის უკეთ გააზრების მიზნით უნდა გაუმჯობესდეს მონაცემთა შეგროვების პროცესი: „მონაცემები საჭიროა გადაწყვეტილების მიმღებთა სახელმძღვანელოდ, ცნობიერების ამაღლების მიზნით, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო მონიტორინგის ორგანოების უკეთ მუშაობის უზრუნველსაყოფად, სამართლებრივი ზომების მისაღებად და დისკრიმინაციის შესახებ კვლევის ხელშესაწყობად.“ სინამდვილეში, გამოკითხულ ექსპერტთა 90%-ზე მეტი დარწმუნებული იყო, რომ დისკრიმინაციის შესახებ მონაცემთა შეგროვება დისკრიმინაციისგან დაუცველი პირებისა და ჯგუფების მდგომარეობის გაუმჯობესებას უწყობს ხელს.“ რეკომენდაციებს შორის, მოხსენებაში ნათქვამია, რომ „სახელმწიფოებმა უნდა განავითარონ თავიანთი სოციალური და ეკონომიკური სტატისტიკა ისე, რომ ისინი უფრო სასარგებლონი აღმოჩნდნენ დისკრიმინაციის მიმართ მგრძნობიარე ჯგუფებისთვის (პოტენციურად), არახელსაყრელი ეკონომიკური და სოციალური მდგომარეობის პირობებში. დასაქმებასთან, საცხოვრებელთან, განათლებასთან და შემოსავლებთან დაკავშირებული მონაცემები უნდა დაიყოს დისკრიმინაციის საფუძველზე, მაგ., ეროვნული წარმოშობა, შეზღუდული შესაძლებლობა, სქესი და ასაკი და რომ მსხვილმა საჯარო და კერძო კომპანიებმა, უნდა გააკონტროლონ თავიანთი სამუშაო ძალა, რათა შეძლონ მათი დაქირავების, დანინაურების და სამსახურიდან გათავისუფლების პოლიტიკისა და პრაქტიკის შეფასება.“ ეს კვლევა ასევე ქმნიდა გაურკვევლობის

ასაკობრივი ნიშნით, რათა შესაძლებელი იყოს მცირე წარმომადგენლობის ცალკეული სფეროების იდენტიფიცირება, ისევე, როგორც ადგილობრივი დემოგრაფიული მონაცემების შედარების საშუალება: *ბიზნესის ქეისი მრავალფეროვნებისთვის. კარგი პრაქტიკა სამუშაო ადგილზე, სექტემბერი, 2005 წელი, ევროკომისია, დასაქმების, სოციალურ საკითხთა და თანაბარი შესაძლებლობების გენერალური დირექტორატი (განყოფილება D3), 26.*

⁶⁷ Reuter et al., Study on data collection to measure the extent and impact of discrimination in Europe, Final report of 7 December 2004.

მაღალ დონეს იმის შესახებ, იყო თუ არა მონაცემთა დაცვის არსებული წესები დაბრკოლება დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული მონაცემების შეგროვებისთვის.⁶⁸

2004 წლის შედარებითი კვლევის ავტორებმა მონაცემთა შეგროვების შესახებ, დისკრიმინაციის მასშტაბისა და გავლენის გასაზომად, შეერთებულ შტატებში, კანადაში, ავსტრალიაში, დიდ ბრიტანეთსა და ნიდერლანდებში დაადგინეს პარადოქსი, რომელიც გახდა ევროპაში დისკრიმინაციის განხორციელების სანინა-ალმდეგო სტრატეგიების საფუძველი:

„მიუხედავად იმისა, რომ წევრ სახელმწიფოებში დისკრიმინაციის მასშტაბის შესაფასებლად სტატისტიკური ინდიკატორების ნაკლებობა გვხვდება, გავრცელებულია რწმენა, რომ დისკრიმინაცია ფართოდ არის გავრცელებული და ამ დისკრიმინაციის შესამცირებლად საჭიროა, რომ ყველა სოციალური ინსტიტუტისა და დაინტერესებული მხარის მობილიზება განხორციელდეს. მიუხედავად ამისა, ეთნიკურ ან რასობრივ წარმოშობასთან, რელიგიასთან, შეზღუდულ შესაძლებლობასთან ან სექსუალურ ორიენტაციასთან დაკავშირებული სტატისტიკის შეგროვება ძლიერი წინააღმდეგობის საგანი გახდა. ამ მოხსენებაში შესწავლილი ქვეყნების გამოცდილება ცხადყოფს, რომ დისკრიმინაციის საილუსტრაციოდ და ობიექტურად შესაფასებლად საჭირო სტატისტიკის ნაკლებობა არ შეესაბამება შექმნილ ოპერატიულ სქემას, რომლის მთავარი მახასიათებელი სტატისტიკური მონაცემების ინტენსიური გამოყენებაა. როგორც ჩანს, აუცი-

⁶⁸ გამოკითხულთა 31% მიიჩნევდა, რომ მონაცემთა დაცვის კანონმდებლობა ზღუდავს მონაცემთა შეგროვებას. 36% არ დაეთანხმა. 33%-მა არ იცოდა. ამ საკითხთან დაკავშირებით არასამთავრობო ორგანიზაციების და მთავრობის წარმომადგენლების შეხედულებებში მნიშვნელოვანი განსხვავება არ ყოფილა. იხილეთ როიტერი და სხვ. ანგარიში, *Supra* n.67, გვ.158-160.

ლებელია, რომ ევროპული პარადოქსი გადაილახოს, რომელიც დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლას და „მგრძნობიარე“ სტატისტიკის წარმოებას ეწინააღმდეგება.⁶⁹

ამიტომ განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მონაცემთა დაცვის კანონმდებლობით დაწესებული საზღვრების სტატისტიკური ინსტრუმენტების გამოყენების შეზღუდვა, რათა დისკრიმინაციის მონიტორინგი, როგორც სახელმწიფო პოლიტიკაში, ასევე კერძო გარემოში, კონკრეტულად, კერძო საწარმოების სამუშაო ძალის ფარგლებში მოხდეს. ეს საჭიროა სამართლებრივი გარკვეულობის მიზეზების გამო, რადგან როგორც საჯარო, ისე კერძო მოქმედი პირების მხრიდან ასეთი მონიტორინგის განხორციელების სურვილი შეიძლება განპირობებული იყოს, რიგ შემთხვევებში, მცდარი წარმოდგენებით მონაცემთა დაცვის წესების მოთხოვნებთან დაკავშირებით და აუცილებელია დადგინდეს, არსებობს თუ არა კონფლიქტი ამ მოთხოვნებსა და ანტიდისკრიმინაციულ სტრატეგიებს შორის. ამ ნაწილის მიზანია დაადგინოს, ნამდვილად არსებობს თუ არა ასეთი კონფლიქტი და თუ არსებობს, რა უნდა გაკეთდეს მისი შემსუბუქების მიზნით.

ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებში პერსონალური მონაცემების დამუშავება უნდა შეესაბამებოდეს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლისა⁷⁰ და ევროსაბჭოს

⁶⁹ Supra, n.59, at 87.

⁷⁰ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ ეს დებულება იცავს ინდივიდს მონაცემთა დამუშავებისგან, იქნება ეს დაკავშირებული მის პირად ან საზოგადოებრივ საქმიანობასთან, რომელმაც შეიძლება კვალდაკვალ წაგვიყვანოს იდენტიფიცირებულ ან იდენტიფიცირებად პიროვნებამდე (ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო (დიდი პალატა), როტარუ რუმინეთის წინააღმდეგ (მიმართვა No.28341/95), 2000 წლის 4 მაისის გადაწყვეტილება, 43 თავის მიხედვით " (კერძოდ, აღინიშნება, რომ „საჯარო ინფორმაცია შეიძლება მოხვდეს პირადი ცხოვრების სფეროში, სადაც ხდება მათი სისტემატიური შეგროვება და ხელისუფლების ორგანოების ფაილებში შენახვა"). ამასთან, სასამართლომ უარყო ამ პრეცედენტული სამართლის ფართო გაგება, რაც ხელს შეუშლიდა რაიმე ინფორმაციის გამოყენებას, თუნდაც ბოლოდრო-

კონვენციის (No.108) ინდივიდების დაცვის შესახებ პერსონალის ავტომატური დამუშავების გარანტიებს.⁷¹ ამ უკანასკნელი ინსტრუმენტის თანახმად, პერსონალური მონაცემები, რომლებიც ავტომატურ დამუშავებას გადაიან, „მიიღება და დამუშავდება სამართლიანად და კანონიერად“, „ინახება განსაზღვრული და ლეგიტიმური მიზნებისთვის“ და დამუშავდება „ადეკვატურად, რელევანტურად და არა გადაჭარბებულად იმ მიზნებისათვის, რისთვისაც ისინი ინახება.“⁷² ევროპის საბჭოს No.108 კონვენციის თანახმად, პერსონალური მონაცემების გამოყენება შეუძლებელია იმ მიზნებთან შეუსაბამოდ, რისთვისაც მათ აგროვებენ.⁷³ სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ უსაფრთხოების შესაბამისი ზომები ავტომატიზირებულ მონაცემთა ფაილებში შენახული პირადი მონაცემების უნებართვო წვდომისგან, შეცვლისგან ან გავრცელებისგან დასაცავად.⁷⁴ ამავე კონვენციის თანახმად, ეთნიკურ წარმოშობასთან ან ინდივიდის რელიგიასთან დაკავშირებული მონაცემები არ შეიძლება ავტომატურად დამუშავდეს, თუ შიდა კანონი შესაბამის გარანტიებს არ ითვალისწინებს.⁷⁵ ევროკავშირის ფარგლებში, ევროპარლამენტისა და საბჭოს 1995 წლის 24 ოქტომბრის No.95/46/CE დირექტივა, პერსონალური მონაცემების დამუშავებისას და მათი თავისუფალი გადაადგილებისა და ინდივიდების დაცვის შესახებ (შემდგომში მოხსენიებული, როგორც „პერსონა-

ინდელი, მითითებულ პიროვნებასთან დაკავშირებით, ამ ინდივიდზე ზემოქმედების გარკვეული გადაწყვეტილებების მისაღებად: იხილეთ 2003 წლის 6 მარტის ნაწილობრივი დაუშვებლობის შესახებ გადაწყვეტილება, ზდანოკა ლეტონიეს წინააღმდეგ საქმეში (მიმართის No. 58278/00).

⁷¹ This Convention has been opened for signature on 28 January 1981.

⁷² Art.5 (a), (b) and (c).

⁷³ Art.5(b).

⁷⁴ იხ. მუხლი 7. გასატარებელია შესაბამისი უსაფრთხოების ღონისძიებები პერსონალური მონაცემების შემთხვევითი ან უნებართვო განადგურებისგან ან შემთხვევითი დაკარგვისგან დასაცავად.

⁷⁵ მუხლი 6. ჩარჩო კონვენციის მრჩეველთა კომიტეტმა ასევე ხაზი გაუსვა ეროვნული (ეთნიკური, რელიგიური, ენობრივი ან კულტურული) უმცირესობების წევრობასთან დაკავშირებული მონაცემების კონფიდენციალურობის დაცვის აუცილებლობას (აზრი იტალიაზე, 2001 წლის 14 სექტემბერი, ACFC / OP / I (2002) 007, პუნქტი 20).

ლური მონაცემების დირექტივა")⁷⁶ ვრცელდება 1981 წლის No.108 კონვენციაზე, რამდენადაც იგი ვრცელდება პერსონალური მონაცემების არაავტომატური საშუალებით დამუშავებაზე. უფრო მეტიც, ეროვნული უმცირესობების შესახებ ევროპის საბჭოს ჩარჩო კონვენციის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტი ითვალისწინებს, რომ თითოეულ ადამიანს აქვს უფლება თავისუფლად აირჩიოს, განიხილებოდეს თუ არა, როგორც ეროვნული უმცირესობის წარმომადგენელი... და ამ არჩევანს არანაირი ზიანი არ მოაქვს.⁷⁷ ამ დებულების თანახმად, სახელმწიფო ორგანოებს არ შეუძლიათ დააკისრონ უმცირესობის კუთვნილების ხარისხი ინდივიდებს.⁷⁸ „და ბოლოს, ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის No.97 (18) რეკომენდაციის პრინციპები, შეგროვებული პერსონალური მონაცემების დაცვის შესახებ⁷⁹ და მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია No.(91) საჯარო პირების მიერ მესამე პირებთან პირადი მონაცემების კომუნიკაციის შესახებ მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული სტატისტიკური მიზნებისთვის.

ამ ნაწილში განმარტებულია, თუ რატომ არის შედარებით გავრცელებული აღქმა, პერსონალური მონაცემების დამუშავებასთან დაკავშირებული წესების შესახებ, მათ შორის, მგრძნობიარე მონაცემების გაძლიერებული დაცვა, რომლებიც ეხება ეთნიკურ წარმოშობას, რელიგიურ მრწამსს ან ჯანმრთელობის მდგომარეობას (და შეზღუდულ შესაძლებლობას), არ უნდა ჩაითვალოს ადეკვატური მონიტორინგის დაბრკოლებად და არ უნდა მოახ-

⁷⁶ OJ L 28 of 23.11.1995, p. 3 1

⁷⁷ შესაბამისად, კითხვაზე პასუხის გაცემა, რომელიც ეხება უმცირესობას, არ იქნება თავსებადი ეროვნული უმცირესობების შესახებ ჩარჩო კონვენციის მე-3(i) მუხლთან: იხილეთ ესტონეთის ჩარჩო კონვენციის მრჩეველთა კომიტეტის აზრი, 14 სექტემბერი 2001, ACFC / INF / OP / I (2002) 005, პუნქტი 19; მოსაზრება პოლონეთის შესახებ, 2003 წლის 27 ნოემბერი, ACFC / INF / OP / I (2004) 005, პუნქტი 24.

⁷⁸ ეს უფლება გულისხმობს იმასაც, რომ თითოეულ ადამიანს უნდა ჰქონდეს თავისუფლება მოითხოვოს მის მიმართ, როგორც უმცირესობის წარმომადგენლის მიმართ მოპყრობა (იხ. აზრი კვიპროსზე, 2001 წლის 6 აპრილი, ACFC/OP/I/(2002)004, პუნქტი 18).

⁷⁹ Adopted by the Committee of Ministers on 30 September 1997 at the 602nd meeting of the Ministers' Deputies.

დინოს გავლენა გარკვეულ ჯგუფებზე, რომლებიც დაცულნი არიან საჯარო პოლიტიკის, კანონმდებლობის ან კერძო პრაქტიკის დისკრიმინაციისგან. ამის საწინააღმდეგოდ, ისინი წარმოადგენენ აუცილებელ და მისასალმებელ დაცვას ამგვარი მონიტორინგის პროცესში მონაცემების ბოროტად გამოყენების რისკისგან, რისი წინაპირობაც პირადი მონაცემების დაცვის წესების დაურღვევლობაა. მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთ ქვეყანას მიაჩნია, რომ მონიტორინგის ეს ფორმა ეწინააღმდეგება პერსონალური მონაცემების დაცვას, იგი გარანტირებულია მათი ეროვნული კანონმდებლობით, რომელიც ახორციელებს No.95/46/EC დირექტივას, პერსონალური მონაცემების დამუშავების შესახებ და ინდივიდების დაცვის შესახებ. ამგვარი მონაცემების თავისუფლად გადაადგილების წინააღმდეგობა ფაქტობრივად არ არსებობს. სასარგებლოა ზოგადი მონიტორინგი სტატისტიკური საშუალებებით განვასხვაოთ პოზიტიური პოლიტიკისგან, რომელიც პერსონალური მონაცემების დამუშავებას გულისხმობს.

3.1. სტატისტიკური საშუალებებით პოტენციური დისკრიმინაციული გავლენის მონიტორინგი

პერსონალური მონაცემების დირექტივის მე-2 მუხლის (ა) ქვეპუნქტის თანახმად, პერსონალური მონაცემები არის:

„პირის მაიდენტიფიცირებელი მონაცემები ან მისი ფიზიკური, ფიზიოლოგიური, ფსიქიკური, ეკონომიკური, კულტურული ან სოციალური იდენტურობის სპეციფიკური თვისებების შესახებ ინფორმაცია.“

ამრიგად, მას შემდეგ, რაც პერსონალური მონაცემები ანონიმური გახდება, მათი სტატისტიკაში გამოყენების მიზნით, ინფორმაცია, რომელსაც შეიცავს ეს სტატისტიკა, არ უნდა ჩაითვალოს პირად მონაცემებად. ეს სხვადასხვა ფორმის შედარებისას უნდა იქნეს მხედველობაში მიღებული, რომლის მიხედვითაც, გარკვეული პოლიტიკით, კანონმდებლობით ან პრაქტიკით შესაძლებელია

გარკვეული პირების კონკრეტულ კატეგორიებზე ზემოქმედება. ასეთი მონიტორინგი შეიძლება მოიცავდეს სტატისტიკური მიზნებისათვის დაინტერესებული პირებისგან ინფორმაციის შეგროვებას, ეს ასევე შეიძლება ეფუძნებოდეს ინფორმაციის დამუშავებას, რომელიც ამ მიზნით არ ყოფილა მიღებული უშუალოდ დაინტერესებული პირებისგან, მაგრამ დამუშავებულია სტატისტიკური მიზნებისთვის და მონაწილეობს პროცესში, რომელსაც „პირადი მონაცემების მეორად შეგროვებას“ უწოდებენ. იგი შეიძლება დაეფუძნოს სხვა საიმედო ტექნიკას, მაგალითად, სოციალურ მეცნიერებაში ემპირიულ კვლევაში ტრადიციულად გამოყენებულ მეთოდებს, მათ შორის, წარმომადგენლობითი ნიმუშების გამოყენებას ან დამოუკიდებელი მკვლევარების მიერ ანონიმურობის პრინციპის დაცვით ჩატარებულ პირად ინტერვიუებს. სინამდვილეში, ამ უკანასკნელმა ტექნიკამ შეიძლება უფრო საიმედო შედეგები მოგვცეს, ვიდრე ინდივიდუალური კითხვარების გამოყენებამ, რომლებიც თავდაპირველად დაკავშირებული იყო იდენტიფიცირებულ ან იდენტიფიცირებად პიროვნებებთან.

პერსონალური მონაცემების დირექტივის პრეამბულის 29.6 მუხლის პირველი პუნქტის „b“ ქვეპუნქტის განმარტებით პერსონალური მონაცემების თავდაპირველი შეგროვება უნდა მოხდეს განსაზღვრული, მკაფიო და ლეგიტიმური მიზნებისათვის, პერსონალური მონაცემების შემდგომი დამუშავება კი ისტორიული თვალსაზრისით უნდა განხორციელდეს. ზოგადად, სტატისტიკური ან სამეცნიერო მიზნები არ უნდა ჩაითვალოს იმ მიზნებთან შეუსაბამოდ, რომელთათვისაც მონაცემების შეგროვება წარსულში განხორციელდა, იმ პირობით, რომ წევრი სახელმწიფოები უზრუნველყოფენ შესაბამის გარანტიებს, რაც უნდა გამორიცხავდეს მონაცემების გამოყენებას რაიმე კონკრეტულ ინდივიდუალურ ზომებთან დაკავშირებით. რამდენადაც დირექტივა სენსიტიურ მონაცემებს ეხება, რასაც ან ეთნიკურ წარმოშობას, რელიგიას ან მონაცემთა სუბიექტის შეზღუდულ შესაძლებლობებს, იგი წევრ სახელმწიფოებს გადასცემს უფლებამოსილებას, თუ ეს დასაბუთებულია მნიშვნელოვანი საზოგადოებრივი ინტერესის სა-

ფუძველზე, მიიღონ ინფორმაციის გადამუშავების ამკრძალავი ზომები.⁸⁰

თუმცა, როდესაც მონიტორინგი გულისხმობს პერსონალური მონაცემების გამოყენებას, ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაციაში NoR(97) მოცემული პრინციპით წევრ სახელმწიფოებში შესრულებული უნდა იყოს სტატისტიკური მონაცემებისთვის⁸¹ შეგროვებული და დამუშავებული პერსონალური მონაცემების დაცვის მიზნები. კერძოდ, ეს რეკომენდაცია განსაზღვრავს, რომ სტატისტიკური მიზნებისათვის შეგროვებული და დამუშავებული პირადი მონაცემები უნდა გახდეს ანონიმური, როგორც კი ისინი იდენტიფიცირებადი ფორმით აღარ იქნება საჭირო (პრინციპი 3.3), ანუ მონაცემთა შეგროვების დასრულებისთანავე ან რაიმე შემთხმების ან შესატყვისი ოპერაციების დასრულების შემდეგ, რომლებიც მოჰყვება შეგროვებას, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც საიდენტიფიკაციო მონაცემები აუცილებელია სტატისტიკური მიზნებისათვის და საიდენტიფიკაციო მონაცემები განცალკევებულია და ინახება სხვა პირადი მონაცემებისგან დამოუკიდებლად, თუ ამის გაკეთება აშკარად შეუძლებელი არ არის (პრინციპი 8.1 და პრინციპი 10.1), ან თუ სტატისტიკური დამუშავების ხასიათი მოითხოვს მონაცემთა დამუშავების დაწყებამდე სხვა დამუშავების ოპერაციების დაწყებასა და პერსონალური მონაცემების კონფიდენციალურობის უზრუნველსაყოფად, ყველა შესაბამისი ტექნიკური და ორგანიზაციული ზომების გატარებას, მათ შორის, უნებართვო წვდომის და შეცვლის წინააღმდეგ ბრძოლის ზომებს. იგი ასევე განსაზღვრავს, რომ პერსონალური მონაცემების შეგროვება და დამუშავება, სტატისტიკური მიზნებისათვის, უნდა ემსახურებოდეს მხოლოდ ამ მიზნებს და შესაბამისად, ისინი არ უნდა იქნეს გამოყენებული მონაცემთა სუბიექტის მიმართ გადანაცვლების ან სხვა ზომების მისაღებად, ან პერსონალური ფაილების შევსების ან შესწორების მიზნით. მონაცემები, რომლებიც დამუშავებულია არასტატისტიკური მიზნებისათვის (პუნქტი 4.1) და

⁸⁰ Recital 34 of the Preamble and art.8(4) of the Personal Data Directive.

⁸¹ Cited supra, n.79.

იმისათვის, რომ პერსონალური მონაცემების დამუშავება სტატისტიკური მიზნების პროპორციული იყოს, უნდა შეგროვდეს და დამუშავდეს მხოლოდ ის პერსონალური მონაცემები, რომლებიც აუცილებელია სტატისტიკური მიზნების მისაღწევად, რაც გულისხმობს, რომ ხდება მხოლოდ საიდენტიფიკაციო მონაცემების შეგროვება და საჭიროების შემთხვევაში მათი დამუშავება (პუნქტი 4.7). დაინტერესებული პირების მიერ ინფორმაციის მარეგულირებელი კონკრეტული პრინციპები გამოიყენება სტატისტიკური მიზნებისათვის პირადი მონაცემების პირველადი ან მეორადი შეგროვების ფონზე (პრინციპები 5.1-დან 5.5-მდე).

რეკომენდაცია NoR(97)18 ითვალისწინებს, რომ როდესაც დაინტერესებული პირის მხრიდან პირადი მონაცემების შეგროვება ხდება სტატისტიკური მიზნებისათვის, რომელიც მონიტორინგთან არის დაკავშირებული, მას უნდა ეცნობოს პასუხის გაცემის სავალდებულო ან არასავალდებულო ხასიათისა და იურიდიული საფუძვლის არსებობის შესახებ (პრინციპი 5.1) და პასუხის გაცემაზე უარის თქმისთვის შეიძლება დაწესდეს მხოლოდ გათვალისწინებული ჯარიმა (პრინციპი 6.4). ამასთან, თუ დაინტერესებული პირისგან შეგროვებული მონაცემები პირდაპირ ან ირიბად უკავშირდება პირის უმცირესობის ჯგუფის წევრობას, ასეთ კითხვაზე პასუხის გაცემა ყოველთვის არასავალდებულო უნდა იყოს. ეს გამომდინარეობს, ეროვნული უმცირესობების დაცვის შესახებ ჩარჩო კონვენციის მე-3 მუხლიდან, რომელიც ითვალისწინებს, რომ ყველა ეროვნულ უმცირესობას აქვს თავისუფალი არჩევანის უფლება, რომ ასეთად განიხილებოდეს. უფრო მეტიც, NoR(97)18 რეკომენდაციის მე-6 პრინციპი ითვალისწინებს, რომ:

„თუ მონაცემთა სუბიექტის თანხმობა საჭიროა მგრძნობიარე მონაცემების შეგროვების ან დამუშავებისათვის, იგი მკაფიოდ ინფორმირებული უნდა იყოს ამის შესახებ. კვლევის მიზანი შესაძლოა ლეგიტიმურად არ ჩაითვალოს ამგვარი თანხმობის დაუინფორმებული მოთხოვნის დროს, გარდა განსაკუთრებული

საზოგადოებრივი ინტერესის არსებობის შემთხვევისა. ინტერესი ამართლებს გამონაკლისს.

როდესაც მონიტორინგი მოიცავს მონაცემების გამოყენებას, რომლებიც არ იქნა შეგროვებული უშუალოდ იმ პირისგან, რომელსაც ეს მონაცემები ეხება (პირადი მონაცემების მეორადი შეგროვება), ამ პირს აუცილებლად უნდა ეცნობოს ამ მონაცემების გამოყენების შესახებ, მონაცემები ჩაინერება მესამე პირისათვის ინფორმაციის გამჟღავნებისთანავე, მაგალითად, როდესაც დამსაქმებელი სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოებში ავრცელებს გარკვეულ სტატისტიკურ მონაცემებს თავისი სამუშაო ძალის ეთნიკური მახასიათებლების შესახებ, თუ დაინტერესებული პირებისათვის ასეთი ინფორმაციის მიწოდება არ მოიცავს არაპროპორციულ ძალისხმევას, მაგალითად, თუ დაინტერესებული პირების რაოდენობა ძალიან დიდია ან იმ შემთხვევაში, თუ ინფორმაცია მხოლოდ წმინდა სტატისტიკური მიზნებისათვის გამოიყენება.⁸²

ამ გარანტიების მნიშვნელობა რთულად შეიძლება შეფასდეს. მათ ხელი უნდა შეუშალოს პერსონალური მონაცემების ბოროტად გამოყენებას მათი დამუშავების პირობებში, ანონიმურობის შემდეგ, სტატისტიკური მიზნებისათვის, რათა მოხდეს კანონმდებლობის, პოლიტიკის ან პრაქტიკის პოტენციურად დისკრიმინაციული გავლენის მონიტორინგი. ამასთან, არ არსებობს კონფლიქტი პირადი მონაცემების დაცვასა და სტატისტიკური საშუალებებით დისკრიმინაციის მონიტორინგს შორის, რამდენადაც ასეთი მონიტორინგის მიზანია კონკრეტულ სექტორებში ან გარკვეულ დონეზე ცალკეული ჯგუფების წარმომადგენლობის უკეთ გააზ-

⁸² This follows from Recitals 39 and 40 of the Preamble of the Personal Data Directive, and from its Article II. This is also compatible with Principles 5.2. and 5.3. of Recommendation No. R (97) 18 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to the Member States concerning the protection of personal data collected and processed for statistical purposes.

რება და გაზომვა, მოქმედების საჭიროების დასადგენად და მოქმედების ყველაზე ეფექტური კურსის ასარჩევად.

პრინციპში, არც ისეთი კონფლიქტი უნდა არსებობდეს, როდესაც ასეთი სტატისტიკის მომზადებაა საჭირო, რათა შესაძლებელი გახდეს იმ პირებმა, რომლებიც აცხადებენ, რომ ისინი დისკრიმინაციის მსხვერპლნი არიან, წარადგინონ გარკვეული სტატისტიკური მონაცემები, რომლებიც დისკრიმინაციის საკმარისად დამაჯერებელი მტკიცებულებაა.

ნევრ სახელმწიფოებში, რომლებიც დისკრიმინაციის მსხვერპლს საშუალებას აძლევენ, სტატისტიკური მონაცემები წარადგინონ, რათა დისკრიმინაციის პრეზუმფცია დადგინდეს, დამქირავებელს შეიძლება გარკვეული სტატისტიკური მონაცემების საფუძველზე დაეკისროს მსხვერპლის სავარაუდო დისკრიმინაციისგან დაცვა. ამისათვის შეიძლება საჭირო გახდეს დამსაქმებლის მიერ სხვადასხვა კატეგორიის მუშაკებთან ან პერსპექტიულ მუშებთან დაკავშირებით მიღებული გადანწყვეტილებების შედეგების მუდმივი კონტროლი. მართლაც, როგორც იმ ქვეყნების გამოცდილება⁸³ აჩვენებს, სადაც განსხვავებული გავლენის დისკრიმინაციის კონცეფციაა გამოყენებული, სავარაუდო დისკრიმინაციის მსხვერპლთა მიერ სტატისტიკის გამოყენების ნებართვა პოტენციურ რესპონდენტებზე დისკრიმინაციის ზემოქმედების განსხვავებულ შემთხვევებს იწვევს, რომლებიც „მუშაობენ ციფრებით“, რათა დისკრიმინაციის ამ სპეციფიკური ფორმისთვის თავიდან აირიდონ პასუხისმგებლობა.

როგორც ჩანს, ეს პერსონალური მონაცემების დაცვის კანონმდებლობას არ ეწინააღმდეგება. 1995 წლის პერსონალური მონაცემების დირექტივის თანახმად, დამსაქმებლის მიერ მგრძნობიარე მონაცემების დამუშავება დასაშვებია შრომითი კანონმდებლობით

⁸³ See Goodman, "Affirmative Action", Phil. & Public Affairs, vol. 5, No. 2, Winter 1976, reprinted in M. Cohen, Th. Nagel and Th. Scanlon (eds.), Equality and Preferential Treatment (Princeton, Princeton Univ. Press, 1977) 192 at 198; Meyer, "Finding a 'Manifest Imbalance': The Case for a Unified Statistical Test for Voluntary Affirmative Action Under Title VII", 87 Mich. L. Rev 1986 (1989).

მასზე დაკისრებული ვალდებულებების შესრულების მიზნით, რამდენადაც ეს კანონი ადეკვატურად უზრუნველყოფს დაცვას.⁸⁴ ამრიგად, ნევრ სახელმწიფოებში, რომლებიც დისკრიმინაციის მსხვერპლს აძლევენ დისკრიმინაციის პრეზუმფციის დასადგენად სტატისტიკური მონაცემების წარდგენის საშუალებას, და სადაც დამქირავებელს შეიძლება მისი გადაწყვეტილებების სამუშაო ძალაზე გავლენის მონიტორინგი დაეკისროს, დამქირავებელი შეიძლება გამართლდეს „მგრძნობიარე“ მონაცემების დამუშავების გამო, როგორიცაა რასობრივი ან ეთნიკური ჯგუფის წევრობა, რელიგია ან ჯანმრთელობა (შეზღუდული შესაძლებლობა).

დასაქმების სფეროს მიღმა (განსაკუთრებით განათლება, სოციალურ დაცვა, სოციალურ უპირატესობები, საქონლისა და მომსახურების მიწოდება, რომელსაც ეხება რასობრივი თანასწორობის დირექტივა), პერსონალური მონაცემების დირექტივა იძლევა მგრძნობიარე მონაცემების დამუშავების შესაძლებლობას, სადაც „აუცილებელია სამართლებრივი მოთხოვნების დადგენა, განხორციელება ან დაცვა“.⁸⁵

ცალკეული პირების მიერ პოზიტიური ზომების მიღების დროს, საკითხის განხილვისას, რათა თავი დაიცვან პოტენციური იურიდიული პასუხისმგებლობისგან, განსხვავებული ზემოქმედებისგან, განსხვავებული დისკრიმინაციისგან, ჩვენ უკვე ველით შემდეგი აბზაცის განვითარებას. ამ კითხვას მიემართავთ სწორედ ახლა.

⁸⁴ No.95/46/EC დირექტივის მე-9 მუხლის მე-2 ნაწილი, რომელიც ციტირებულია ქვემოთ 2.2 ნაწილში, ითვალისწინებს, რომ ეროვნულმა კანონმდებლობამ უნდა უზრუნველყოს კონკრეტული გარანტიები, ანუ მკაცრად უნდა არეგულირებდეს დამსაქმებლის მიერ გამოყენებულ მეთოდს და ამ მონაცემების გამოყენებას, კერძოდ, ამ მონაცემების შეგროვების მეთოდი (მხოლოდ დასაქმებულის თვითიდენტიფიკაცია გარკვეულ კატეგორიებთან ხდის ამ კლასიფიკაციას მისაღებას), მონაცემთა დაცვა (ამ მონაცემებზე წვდომის მქონე პირები და ხელმისაწვდომობის პირობები) და წვდომისა და გასწორების უფლებების მქონე პირის მიერ ამ უფლების განხორციელება.

⁸⁵ See art.8, s. 2, e) of Directive 95/46/EC, quoted *infra* in s.2.2.

3.2. პოზიტიური სამოქმედო პოლიტიკის პირობებში სპეციალური უფლებების მინიჭება

გარკვეულ შემთხვევებში, პირადი მონაცემების დამუშავება, მაგალითად, პირის ეთნიკური ან რელიგიური კუთვნილების ან მისი შეზღუდული შესაძლებლობის შესახებ, საჭირო იქნება არა მხოლოდ სტატისტიკური მიზნებისათვის, რათა კანონმდებლობის ან პოლიტიკის მიერ ადეკვატურად განხორციელდეს უმცირესობების მდგომარეობის ზოგადი კონტროლი, არამედ, ასევე, უმცირესობათა ცალკეული წევრებისთვის გარკვეული უპირატესობების მინიჭების ან მათთვის განსაკუთრებული გამოსავლის შეთავაზების მიზნით. ეს ნამდვილად მოეთხოვება დადებით სამოქმედო პროგრამებს, რომლებიც ზოგადად, პოზიტიური სამოქმედო პროგრამების ქვენაწილებია.⁸⁶ შესაბამისი წესები, რომლებიც ეხება პერსონალური მონაცემების დაცვას, ამგვარი პოლიტიკის ფარგლებში, სრულად უნდა იქნეს დაცული. რასობრივი წარმოშობის, რელიგიური ან სხვა რწმენის, ჯანმრთელობის (შეზღუდული შესაძლებლობის) ან სექსობრივი ცხოვრების შესახებ „მგრძნობიარე“ მონაცემების დამუშავება, დისკრიმინაციის რისკის შემცირების მიზნით, მკაცრ პირობებს ექვემდებარება.

პერსონალური მონაცემების დირექტივა ითვალისწინებს, რომ ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოები პრინციპულად კრძალავენ მგრძნობიარე მონაცემების დამუშავებას. იგი განმარტებულია, როგორც „პირადი მონაცემები, რომლებიც ავლენენ რასობრივ ან ეთნიკურ წარმოშობას, პოლიტიკურ მოსაზრებებს, რელიგიურ ან ფილოსოფიურ მრწამსს, პროფკავშირში გაწევრიანების შესახებ ინფორმაციას და ჯანმრთელობის ან სექსუალური ცხოვრების შესახებ მონაცემების დამუშავებას“ (მუხლი 8, პუნქტი 1).⁸⁷

⁸⁶ See *infra*, s.4.

⁸⁷ აგრეთვე იხ., ევროპის საბჭოს კონვენციის მე-6 მუხლი, პერსონალური მონაცემების ინდივიდუალური დაცვის შესახებ, პერსონალური მონაცემების ავტომატური დამუშავების შესახებ, მოხსენიებული *supra*, n.71 (სადაც ნათქვამია, რომ მგრძნობიარე მონაცემები „არ შეიძლება ავტო-

დირექტივა No.95/46/EC საშუალებას იძლევა, რომ მგრძნობიარე მონაცემების დამუშავება მხოლოდ ხუთ სიტუაციაში განხორციელდეს, რომელთაგან ორი, ამ კონტექსტში განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანია:

„(ა) მონაცემთა სუბიექტმა აშკარად განაცხადა თანხმობა ამ მონაცემთა დამუშავებაზე, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც წერილი ქვეყნის კანონმდებლობით გათვალისწინებულია, რომ აკრძალვა არ შეიძლება მოიხსნას[დანესებული მგრძნობიარე მონაცემების დამუშავებაზე] მონაცემთა სუბიექტის მიერ თანხმობის საფუძველზე; ან (...)

(ბ) დამუშავება დაკავშირებულია ისეთ მონაცემებთან, რომლებიც მონაცემთა სუბიექტის მიერ აუცილებელი სამართლებრივი პრეტენზიების დასადგენად, განსახორციელებლად ან დასაცავად ქვეყნდება.“

განმარტების თანახმად, როდესაც მგრძნობიარე პერსონალური მონაცემების დამუშავება, შეღავათიანი მოპყრობის მიზნით, მონაცემთა სუბიექტისთვის ხელსაყრელი იქნება; როგორც წესი, შესაძლებელი იქნება ამ პირის თანხმობის მიღება მითითებულ მონაცემთა დამუშავებაზე. ეთნიკური ან რელიგიური უმცირესობების წევრებთან მიმართებით, რომელთა წევრობა ამ ჯგუფებში მათი ეთნიკური წარმომავლობით ან მათი რელიგიით განისაზღვრება, რომლებიც ორი „მგრძნობიარე“ მახასიათებელია, პრინციპის შესაბამისად. არსებობს კომპლემენტაცია, თუ რომელი მგრძნობიარე მონაცემების დამუშავება არ შეიძლება მოხდეს და არსებობს ეროვნული უმცირესობების დაცვის შესახებ ჩარჩო კონვენციის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული წესი, რომელიც, როგორც მკითხველმა შეიძლება გაიხსენოს, ითვალისწინებს, რომ

მატურად დამუშავდეს, თუ შიდა კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს შესაბამის გარანტიებს“).

თითოეულ ადამიანს აქვს თავისუფალი არჩევანის უფლება არ განიხილებოდეს, როგორც ეროვნული უმცირესობის წარმომადგენელი და რომ ამ არჩევანს რაიმე ზიანი არ მოაქვს. ამ წესების შედეგად, როდესაც პოზიტიური სამოქმედო პროგრამის პოტენციური ბენეფიციარი თანახმაა განისაზღვროს, როგორც კონკრეტული ეთნიკური ან რელიგიური მრწამსი, ამ პირს პროგრამით გათვალისწინებული შეღავათები მიენიჭება; თუ პოტენციური ბენეფიციარი უარს იტყვის ერთ ეთნიკურ ან რელიგიურ ჯგუფთან იდენტიფიკაციაზე, უბრალოდ ჩაითვლება, რომ ის იყენებს იმ უფლებას, რომ არ განიხილებოდეს, როგორც ეთნიკური ან რელიგიური უმცირესობის წარმომადგენელი. „თანხმობა“ ყოველთვის ბადებს ეჭვს.

1995 წლის პერსონალური მონაცემების დირექტივის კონტექსტში ცნება „თანხმობა“ განისაზღვრება, როგორც „მისი სურვილები, მოცემული სპეციფიკური და ინფორმირებული მითითებით, რომლითაც მონაცემთა სუბიექტი აცხადებს თანხმობას საკუთარი პირადი მონაცემების გადამუშავებასთან დაკავშირებით“.⁸⁸ კითხვები ჩნდება, მაშინაც კი, როდესაც თანხმობა თავისუფალი, ინფორმირებული და სპეციფიკურია, როგორც ამას განსაზღვრავს ერთი მხრივ, ეროვნული უმცირესობების დაცვის შესახებ ჩარჩო კონვენციის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტი – ინდივიდს არ განიხილავენ, როგორც უმცირესობის წევრს. მეორე მხრივ, შრომითი ურთიერთობის სპეციფიკურ კონტექსტში, ეყრდნობა მუშაკის თანხმობას ან ზოგადად, პერსონალური მონაცემების დამუშავების⁸⁹ ან მგრძნობიარე პერსონალური მონაცემების დამუშავების შეფერხების ფონზე, საეჭვოა, ენერგიის დისბალანსი პროცესორს (დამსაქმებელს) და მონაცემთა სუბიექტს (მუშაკს) შორის. მართლაც, ეს იყო ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი საკითხი, რომელიც სოციალურ პარტნიორობთან კონსულტაციების დროს წამოიჭრა, რომელიც ევროკომისიამ შესაძლო დირექტივის შესახებ

⁸⁸ Art.2, h, of the Personal Data Directive.

⁸⁹ მუხლი 7. პერსონალური მონაცემების დირექტივის თანახმად, თუ ეს ერთმნიშვნელოვანია, პერსონალური მონაცემების დამუშავებაზე მონაცემთა სუბიექტის თანხმობა ამ პროცესს ხდის ლეგიტიმურს.

138(2)-ე მუხლის შესაბამისად ჩაატარა და რომელიც დასაქმების სფეროში პერსონალური მონაცემების დამუშავებას ეხებოდა.

როგორც ჩანს, მონაცემთა სუბიექტის თანხმობაზე დამოკიდებულებასთან წინააღმდეგობაში მყოფი მოცემული არგუმენტები, გადამწყვეტი არ არის. ამ გადამწყვეტილების თანახმად, დაინტერესებული პირისგან არ უნდა მოითხოვონ თანხმობა პირადი მონაცემების დამუშავებაზე პოზიტიური სამოქმედო პროგრამის კონტექსტში, ან საერთოდ უარი უნდა თქვან ასეთი პროგრამის იდეაზე, მაგრამ ეს ალტერნატივები არაა დამაკმაყოფილებელია და პოზიტიური მოქმედების პოტენციური ბენეფიციარისთვისაც არ არის უფრო ხელსაყრელი. მართლაც, პირველი გამოსავალი (მონაცემთა სუბიექტის თანხმობის გაუქმება) იქნება ეროვნული უმცირესობების დაცვის ჩარჩო კონვენციის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტის აშკარა დარღვევა, სადაც ეს ეხება ეთნიკურ ან რელიგიურ უმცირესობებს, აგრეთვე რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის კომიტეტის მიერ რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ საერთაშორისო კონვენციის 1(4) მუხლის ინტერპრეტაციას;⁹⁰ ხოლო მეორე გამოსავალი ეწინააღმდეგება ჩარჩო კონვენციის მრჩეველთა კომიტეტის თანმიმდევრულ მოსაზრებას, რომ პრინციპში სასურველია არსებობდეს პოზიტიური მოქმედების პროგრამები, რომლებიც ხელს შეუწყობენ უმცირესობების ეფექტურ ინტეგრაციას საზოგადოებაში.⁹¹ რაც შეეხება თანხმობის სუსტ მხარეს შრომითი ურთიერთობის კონტექსტში, ეს არის შემოფთება, რაც განსაკუთრებით გამოიხატა პერსონალურ მონაცემთა დირექტივის 29-ე მუხლის შესაბამისად შექმნილ სამუშაო ჯგუფში⁹² - დაქირავების პროცესის კონკრეტულ

⁹⁰ რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის კომიტეტმა მის ოცდამეოთვრამეტე სესიაზე, 1990 წელს, მიიღო VIII, გენერალური რეკომენდაცია, რომელშიც მან დაასკვნა, რომ ინდივიდების იდენტიფიკაცია, როგორც კონკრეტული რასობრივი ან ეთნიკური ჯგუფის ან ჯგუფის წევრების, "თუ არ არსებობს დასაბუთება, პირიქით, უნდა ემყარებოდეს დაინტერესებულ პირის თვითიდენტიფიკაციას" (გაეროს დოკუმენტი. A / 45/18).

⁹¹ See *infra*, s.4.3.b, and text corresponding to n. 133.

⁹² Opinion No. 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, WP 48, 5062/01, 13 September 2001.

სიტუაციაში, სადაც რა თქმა უნდა, კანდიდატმა სამუშაოს შესრულებაზე უარი განაცხადა, დამქირავებლის მიერ მოთხოვნილი ინფორმაციის მიწოდებას შეუძლია დაინტერესებული პირი უარყოფით პოზიციაში ჩააყენოს.⁹³ ამასთან, თუ დასაქმებულის თანხმობა მოითხოვება პოზიტიური სამოქმედო პროგრამის განსახორციელებლად, არ შეიძლება ვიფიქროთ, რომ იგი იძულებითი ან განსაკუთრებით საეჭვო ხასიათის მატარებელია⁹⁴: ჩვეულებრივ, დამსაქმებელი ამ ინფორმაციას მოსთხოვს დასაქმებულს, რათა შეასრულოს კანონით დამსაქმებლისთვის დაკისრებული ვალდებულებები და ორივეს ინტერესში იქნება, რომ დასაქმებულმა განსაზღვროს საკუთარი თავი – კონკრეტული ჯგუფის წარმომადგენლად, რომელიც ამ წესებით სარგებლობს.⁹⁵

3.3. დასკვნა

სტატიის ამ ნაწილის არგუმენტი ისაა, რომ ევროკავშირის სამართლის თანახმად, პერსონალური მონაცემების დაცვა, თანახმობის შედარებით პოზიტიური მოდელისკენ მიმავალ გზაზე, დაბრკოლება არაა, ან ის, რომ მინიმუმ საშუალებას აძლევს მსხვერპლს დაადგინოს დისკრიმინაციის პრეზუმფცია სტატისტი-

⁹³ See p.32 of Opinion No. 8/2001, *supra* n.92

⁹⁴ ამ თვალსაზრისით შეიძლება მნიშვნელოვანი იყოს ის, რომ იგი გამოხატავს ეჭვებს პერსონალის მიერ პერსონალური მონაცემების დამუშავებაზე მიცემული თანხმობის სისწორეში, შრომითი ხელშეკრულების მხარეებს შორის არსებული არსებითი უთანასწორობის გათვალისწინებით, სოციალურ პარტნიორობთან მეორე კონსულტაციის ეტაპის დაქირავებულთა პირადი მონაცემების დაცვის შესახებ მოსამზადებელ დოკუმენტში ევროკომისია აღნიშნავს, რომ რასობრივი და ეთნიკური წარმოშობის ან რელიგიური მრწამსის შესახებ პერსონალური მონაცემები შეიძლება დამუშავდეს კანონის შესაბამისად, იმ პირობებში, როდესაც კანონი იძლევა განსხვავებული მოპყრობის საშუალებას ზემოაღნიშნულ რომელიმე საფუძველზე, კერძოდ, როდესაც საქმე ეხება ძირეულ პროფესიულ მოთხოვნებს ან აფირმაციული/პოზიტიური ზომების მიღებას (გვ. 14).

⁹⁵ For a more elaborate discussion of this question, see De Schutter, "La protection du travailleur vis-à-vis des nouvelles technologies dans l'emploi ", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, No. 54, pp.627-664.

კური მონაცემების წარდგენით, რაც საშუალებას მისცემს განსხვავებული ზემოქმედების დისკრიმინაციის კონცეფციას გამოვიდეს ქალთა და მამაკაცთა თანაბარი მოპყრობის კონტექსტში. ევროკავშირის ძირითადი უფლებების დამოუკიდებელი ექსპერტების ქსელმა, ევროკავშირში უმცირესობათა უფლებებთან დაკავშირებით არსებულ თემატურ კომენტარში No3, განმარტა, რომ სამუშაო ჯგუფის მიერ პერსონალური მონაცემების დირექტივის 29-ე მუხლით დადგენილი მოსაზრება მისასაღებელია, რათა გაირკვეს დირექტივის მოთხოვნები და თავიდან იქნეს აცილებული ყოველგვარი არასწორი წარმოდგენა, რაც ხელს შეუშლის წევრ სახელმწიფოებს ნაბიჯები გადადგან თანასწორობის უფრო ეფექტური მოდელისკენ ან გამოიყენონ პირადი მონაცემების დაცვის კანონმდებლობა, როგორც მათი იურისდიქციის ქვეშ მყოფი ცალკეული ჯგუფების მდგომარეობის მონიტორინგის გაუმჯობესების საშუალება.⁹⁶ რა თქმა უნდა, სხვადასხვა „მგრძნობელობა“, რომლებიც ამ სფეროში არსებობს, სრულად უნდა იქნეს დაცული. ამავდროულად, თავიდან უნდა იქნეს აცილებული პერსონალური მონაცემების შესახებ დირექტივის განსხვავებული ინტერპრეტაციები, არა მხოლოდ სამართლებრივი გარკვეულობის აშკარა მიზეზების გამო, არამედ იმიტომ, რომ წევრ სახელმწიფოებს შორის, ამ საკითხთან დაკავშირებით მიდგომის ნებისმიერმა სხვაობამ შეიძლება საფრთხე შეუქმნას დირექტივის მთავარ მიზანს, რამდენადაც იგი წევრ სახელმწიფოებს შორის, მონაცემთა თავისუფალი გადაადგილების უზრუნველსაყოფად იქნა მიღებული, განსაკუთრებით კი ტრანსსასაზღვრო ეკონომიკური საქმიანობის ხელშესაწყობად.⁹⁷

⁹⁶ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Thematic Comment No.3: The Rights of Minorities in the European Union, March 2005, at p.18, available at

<http://www.europa.eu.int/comm/Justice-home/cfr/cdf/index-en.htm>

⁹⁷ იხ., კომისიის კომუნიკე No.95/46/CE დირექტივის განხორციელების შესახებ, COM (2003) 265 საბოლოო, 15.5.2003. კომისია იხსენებს პერსონალურ მონაცემთა დირექტივის შეფასებისას მის მოსაზრებას, რომ შიდა ბაზრის კანონმდებლობამ „უნდა უზრუნველყოს თანაბარი პირობები ეკონომიკური ოპერატორებისთვის სხვადასხვა წევრ სახელმწიფოებში; და-

4. თანაბარი მოპყრობის პრინციპის დადებითი გავლენა: პოზიტიური მოქმედება 4.1. პოზიტიური მოქმედების მრავალი სახე

პოზიტიური მოქმედება მრავალფეროვანია. იურიდიული თვალსაზრისით, ფუნდამენტური განსხვავება უნდა გაკეთდეს პოზიტიური მოქმედების ფორმებში, რომლებიც არ ქმნი დისკრიმინაციის რისკს, იმ ჯგუფის წევრების მიმართ, რომლებიც ასეთი რისკის საფრთხის ქვეშ იმყოფებიან (მოხსენიებული აქ, როგორც „მტკიცებითი მოქმედება“). როდესაც, მაგალითად, დამსაქმებელი სამუშაოს რეკლამას ისეთი წყაროს საშუალებით ავრცელებს, რომელიც ძირითადად კონკრეტული ეთნიკური საზოგადოების წევრებისთვის არის ხელმისაწვდომი, ან აცხადებს ვაკანსიას, რომელიც უმცირესობების ან ქალებისთვის არის განკუთვნილი, ვთქვათ, ვაკანსიაში მიუთითებს, რომ სანარმოს აქვს ბაგა-ბაღი, რათა ქალებისგან მოიზიდოს განაცხადები, თუმცა ასეთი ზომები არადისკრიმინაციული პოლიტიკის მიღმა, სამუშაო ძალის უკეთესი ბალანსის მისაღწევად მზაობას აჩვენებს და არაა „შელავათიანი მოპყრობის“ ფორმები, რომლებიც შეიძლება გაგებულ იქნეს როგორც ფორმალური თანასწორობის მოთხოვნა.⁹⁸ მეორე მხრივ, „ეკოტების“ ან

ეხმაროს მარეგულირებელი გარემოს გამარტივებაში როგორც კარგი მმართველობის, ასევე კონკურენტუნარიანობის ინტერესებიდან გამომდინარე; და უფრო მეტად უნდა ხელს უწყობდეს, ვიდრე უშლიდეს ევროკავშირში ტრანსსასაზღვრო საქმიანობას“. ამ მიზნის რეალიზებას საფრთხე შეექმნება, კერძოდ, თუ ეროვნულ კანონებს შორის მიდგომის სხვაობას ხელისშემშლელი ეფექტი ექნება საკადრო პოლიტიკის განხორციელებაში, რომელიც ხელს უწყობს მრავალფეროვნებას კომპანიებში, რომლებიც მუშაობენ რამდენიმე სახელმწიფოში.

⁹⁸ ისინი შეესაბამება იმას, რასაც ადამიანის უფლებათა ხელშეწყობისა და დაცვის ქვეყნების ანგარიშში მომზადებულ მოხსენებაში მ. ბოსუიტი აღწერს, როგორც „დადებით მობილიზაციას“ („როდესაც პოზიტიური რეკრუტირების გზით, მიზანმიმართულ ჯგუფებს აგრესიულად მოუწოდებენ და აგრძნობინებენ, რომ გამოიყენონ სოციალური სიკეთე, მაგალითად სამუშაო ან ადგილი საგანმანათლებლო დანესებულებაში“) ან „აფირმაციულ სამართლიანობას“ („როდესაც ხდება საგულდაგულო გა-

მითითებების პრაქტიკა, ან ხისტი იქნება (ადგილების განსაზღვრული პროცენტის დაზუსტება ნაკლებად წარმოდგენილი ჯგუფების წევრებისთვის) ან მოქნილი (შელავათიანი მოპყრობა კანდიდატისადმი, რომელიც არასაკმარისი წარმომადგენლობის კატეგორიას მიეკუთვნება, სადაც კონკურენტ კანდიდატებს თანაბარი კვალიფიკაცია აქვთ), ან მრავალფეროვნების მიღწევასთან დაკავშირებული გეგმების ნაწილია, რომლებიც გარკვეული მიზნების მისაღწევად გადადგმული ნაბიჯებისა და ამ მიმართულებით მიღწეული პროგრესის ერთობლიობაა.⁹⁹ ეს იმ შემთხვევაში მოხდება, თუ თანაბარი მოპყრობის პრინციპი სიმეტრიულად არის ჩამოყალიბებული – განსაზღვრული მახასიათებლის, მაგალითად, რასის ან ეთნიკური წარმოშობის ან სქესის საფუძველზე, და არა რომელიმე განსაზღვრული კატეგორიის სასარგებლოდ, მაგალითად, ეთნიკური უმცირესობებისა და ქალებისთვის – ისე, რომ ერთი ჯგუფის წევრებისთვის აღიარებულ სპეციფიკურ უპირატესობებს, ამ მახასიათებლის შესაბამისად, მეორე ჯგუფის წევრები მათთვის ხელშემშლელ ფაქტორებად აღიქვამენ.

ვინაიდან პოზიტიური მოქმედების პოლიტიკა განიხილება თანაბარი მოპყრობის პრინციპის მოთხოვნებთან შეუსაბამო, გამოიყოფა მნიშვნელოვანი ორი საკითხი. პირველ რიგში, საჭირო იქნება ასეთი პოლიტიკის მიზნების შესწავლა, რათა დადგინდეს, არის თუ

მოკვლევა იმისთვის, რომ დარწმუნდნენ, რომ სამიზნე ჯგუფების წევრებს სამართლიანად ექცევიან სოციალური სიკეთეების ატრიბუციის პროცესში, მაგალითად, საგანმანათლებლო დაწესებულებაში ჩაბარება, სამსახურის მიღება ან დანიშნულება"). ასეთი ღონისძიებები, მიუხედავად იმისა, რომ „მიზნობრივი ჯგუფის სოციალური პრობლემების გადალახვას ემსახურება, (...) თავისთავად არ გულისხმობს იმ ადამიანების დისკრიმინაციას, რომლებიც არ არიან ამ ჯგუფის წევრები. ამის ნაცვლად, ისინი აკისრებენ აფირმაციული ქმედების საფასურს მთელ საზოგადოებას“ („აფირმაციული ქმედების კონცეფცია და პრაქტიკა“, სპეციალური მომხსენებლის, ბატონი მარკ ბოსუიტის მიერ წარმოდგენილი საბოლოო ანგარიში, ადამიანის უფლებათა ხელშეწყობისა და დაცვის ქვეკომისიის 1998/5 რეზოლუციის შესაბამისად, გაეროს დოკუმენტი N E/CN.4/ Sub.2 / 2002/21, 2002 წლის 17 ივნისი, პუნქტი 72-74).

⁹⁹ For a discussion built around such a typology, see D. Schiek, "Sex Equality Law After Kalanke and Marschall", 4 Eur. L. Journal 148 (1998).

არა ეს მიზნები ლეგიტიმური და შეიძლება, თუ არა, ამართლებდეს თითოეული ადამიანის უფლებების შეზღუდვას, რათა მათ „თანაბრად“ მოექცნენ. ამ თვალსაზრისით შეიძლება გამოყენებულ იქნეს სამი განსხვავებული საფუძველი.¹⁰⁰ პირველი: დასაბუთების პოზიტიური მოქმედება აქ წარმოდგენილია, როგორც კომპენსაციური: ვინაიდან A ჯგუფს მიკუთვნებულმა, B ჯგუფისგან განსხვავებით, წარსულში გამორიცხა ან უარყო გარკვეული სარგებელი. ამ შემთხვევაში გამართლებული იქნება შეღავათიანი მოპყრობა A-ს მიმართ, იმისათვის, რომ გადავლახოთ წარსული დისკრიმინაციის მემკვიდრეობა. მეორე: დასაბუთება ფოკუსირდება არა წარსულზე, არამედ აწმყოზე. იგი მიიჩნევს, რომ პოზიტიური მოქმედება არის ინსტრუმენტი, რომელიც აუცილებელია „არსებითი თანასწორობის“ დასადგენად და არა მხოლოდ „ფორმალური თანასწორობისთვის“, რადგან ეს უკანასკნელი (კანონის წინაშე თანასწორობა, ანუ დისკრიმინაციის აკრძალვა) დაფარული დარჩება გარკვეული რეალობებისთვის – შეგნებული თუ არაცნობიერი ცრურწმენა ან სტერეოტიპები, რომლებიც, თუ არ იქნება გათვალისწინებული, იმუშავებს განსაზღვრული კატეგორიის წევრების საზიანოდ. ინდივიდის თვისება, რომელიც ამ ინდივიდს, როგორც ჯგუფის წევრს ახასიათებს, ამგვარად არამომგებიანი მდგომარეობის მაგალითად მიიჩნევა. ამ დამოკიდებულების გამოსწორება პოზიტიური სამოქმედო პოლიტიკის მიზანია. შეიძლება ითქვას, რომ მესამე საფუძველი – „მომავალია“. იგი მიიჩნევს, რომ დადებით მოქმედებას წარმოადგენს მრავალფეროვნების ან პროპორციული წარმომადგენლობის ხელშეწყობი ინსტრუმენტი სექტორებში ან იმ დონეზე, სადაც მნიშვნელოვანია საზოგადოების ყველა ქვეჯგუფის სამართლიანად წარმოდგენა.

მას შემდეგ დადგინდება პოზიტიური მოქმედების დასაბუთებული ლოგიკა, როგორც თანაბარი მოპყრობის პრინციპთან დაკავშირებით არსებული შეზღუდვა (ფორმალური), მეორე საკით-

¹⁰⁰ For a more systematic approach, see C. McCrudden, "Rethinking positive action", *Industrial Law Journal*, 1986, vol. 15. pp. 2 1 9-243; or "The concept and practice of affirmative action", *supra* n.98.

ხი იქნება, თუ რომელი დონის კონტროლი უნდა იქნეს გამოყენებული. ექვემდებარება თუ არა პოზიტიური მოქმედების პოლიტიკა მკაცრ შემოწმებას, რათა მათი შესაბამისობისა და მკაცრად პროპორციული, ანუ აუცილებელი მიზნების მიღწევა მოითხოვს. ამაზე მნიშვნელოვნად იქნება დამოკიდებული პოზიტიური მოქმედება თანაბარი მოპყრობის მისაღწევად (ფორმალური თანასწორობის მოთხოვნის შევსება, როგორც დისკრიმინაციის აკრძალვა), ან როგორც ამ პრინციპის უბრალო გადახრა, ეს ასევე შეიძლება დამოკიდებული იყოს იმ თვისების მეტ-ნაკლებად საეჭვო ხასიათზე, რომელზეც პოზიტიური მოქმედების პოლიტიკაა – მაგალითად, რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობა ჩვეულებრივ საეჭვოდ ჩაითვლება, ხოლო სქესი ნაკლებად საეჭვოდ.

4.2. ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი

ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის მიერ პოზიტიური მოქმედების საკითხი მხოლოდ ერთადერთ კონტექსტში იქნა განხილული, სადაც ამგვარი პოზიტიური სარჩელი გამოიტანეს ქალის სასარგებლოდ,¹⁰¹ რომელიც კაცის დისკრიმინაციაში იქნა დადანაშაულებული. ამის მიუხედავად, იგი შეიძლება შემოწმდეს ზემოთ მოცემული ტიპოლოგიის საფუძველზე. სასამართლოს პოზიციის გასაგებად, პირველ რიგში უნდა გავიხსენოთ ის სამართლებრივი ჩარჩო, რომელშიც იგი მოქმედებს. როდესაც თავდაპირველად იქნა მიღებული, საბჭოს 1976 წლის 9 თებერვლის 76/207/EEC დირექტივა ქალთა და მამაკაცთა თანასწორი მოპყრობის პრინციპის განხორციელების შესახებ, დასაქმების ხელმისაწვდომობის, პროფესიული სწავლებისა და დანიშნულების და სამუშაო პირობების შესახებ,¹⁰² თანაბარი მოპყრობის პრინციპი, როგორც სქესის ნიშნით რაიმე პირდაპირი დისკრიმინაციის არსებობა, იქნება ეს პირდაპირი თუ არაპირდაპირი, გათვალისწინებულია მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტში, და აღნიშნულია, რომ

¹⁰¹ See however *infra*, n.1 17 and the corresponding text.

¹⁰² OJ 1976 L 39, p.4 0.

დირექტივა „არ აყენებს ზიანს მამაკაცთა და ქალთა თანაბარი შესაძლებლობების ხელშემწყობ ზომებს, განსაკუთრებით ეწინააღმდეგება არსებულ უთანასწორობას, რომელიც გავლენას ახდენს ქალთა შესაძლებლობებზე“. ეს ფორმულირებები სიმეტრიულად ეხება ქალებსაც და მამაკაცებსაც, რითაც ორივე ჯგუფის წევრებს სქესობრივი ნიშნით დისკრიმინაციისგან იცავს. უფრო მეტიც, 1984 წლის 13 დეკემბერს საბჭომ მიიღო რეკომენდაცია No.84/635/EEC ქალთა პოზიტიური ქმედებების განვითარების შესახებ, სადაც ხაზგასმული იყო, რომ „არსებული სამართლებრივი დებულებები თანაბარი მოპყრობის შესახებ, რომლებიც მიზნად ისახავს ინდივიდებისთვის უფლებების მინიჭებას, არასაკმარისია უთანასწორობის აღმოფხვრისათვის თუ პარალელურად არ იქნა გატარებული ღონისძიებები ხელისუფლების, ინდუსტრიის ყველა მხარის და სხვა დაინტერესებული პირების მიერ, ქალებისათვის საზიანო შედეგების საწინააღმდეგოდ, რაც განპირობებულია სოციალურ დამოკიდებულებაზე, ქცევასა და სტრუქტურაზე.“¹⁰³ ამრიგად, რეკომენდაციამ ნეერ სახელმწიფოებს მოუწოდა:

„მიიღონ პოზიტიური სამოქმედო პოლიტიკა, რომელიც სამუშაოსთან დაკავშირებით ქალთა მიმართ არსებული უთანასწორობის აღმოფხვრას და დასაქმების პროცესში სქესთა შორის უკეთესი ბალანსის დამყარებას ისახავს მიზნას, შესაბამისი ზოგადი და სპეციფიკური ზომების გათვალისწინებით, [...] იმისათვის, რომ: ა) ეწინააღმდეგება ქალებზე ზიანის მიმყენებელ გავლენას დასაქმებისას ან სამუშაოს ძიების პროცესში, რაც წარმოიქმნება არსებული დამოკიდებულების, ქცევისა და სტრუქტურების საფუძველზე, რომელიც ემყარება საზოგადოებაში ქალთა როლების ტრადიციულ დაყოფას; ბ) ქალთა მონაწილეობის წახალისება სხვადასხვა პროფესიებში იმ სექტორებში, სადაც ისინი ამჟამად ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი, განსაკუთრებით მომავლის

¹⁰³ OJ 1984 L 331, p.34.

*სექტორებში ხელმძღვანელ/მაღალ პოზიციაზე, რათა მი-
აღწიონ ადამიანური რესურსების უკეთ გამოყენებას."*

როდესაც ევროპული სასამართლო წევრი სახელმწიფოების მიერ მიღებული პოზიტიური სამოქმედო პოლიტიკის წინაშე აღმოჩნდა, მან ჩათვალა, რომ, „როგორც დირექტივით გათვალისწინებული ინდივიდუალური უფლების შეღავათი, მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტი მკაცრად უნდა განიმარტოს“.¹⁰⁴

ამ საკითხზე პირველი გადაწყვეტილება კალანკეს საქმეზე იქნა გამოტანილი 1995 წლის 17 ოქტომბერს. სასამართლომ დაასკვნა, რომ 1990 წლის ბრემენის კანონი, თანაბარი მოპყრობის შესახებ, სახელმწიფო სამსახურში, რომელიც ითვალისწინებს ქალების დასაქმებას, რომლებსაც აქვთ იგივე კვალიფიკაცია, როგორც იმავე თანამდებობაზე დასაქმების მსურველ მამაკაცებს, მაგრამ პრიორიტეტს ანიჭებს ქალებს იმ სექტორებში, სადაც ისინი ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი, სცილდება No.76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტით ნებადართულს. „ეროვნული წესები, რომლებიც უზრუნველყოფს ქალების აბსოლუტურ და უპირობო პრიორიტეტს დანიშვნის ან დანიშნაურების საკითხში“, სასამართლოს განცხადებით, „გასცდება თანაბარი შესაძლებლობების პოპულარიზაციას და გადალახავს დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტით გათვალისწინებული გამონაკლისის საზღვრებს“, და ასევე „რადგან ის ცდილობს ქალთა და მამაკაცთა თანაბარი წარმომადგენლობის მიღებას დეპარტამენტში, (...) [ბრემენის კანონი] შესაძლებლობების თანასწორობას შეცვლის, როგორც ეს გათვალისწინებულია მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტში, რომელიც მიღწეულია მხოლოდ შესაძლებლობის ასეთი თანასწორობის უზრუნველყოფით.“¹⁰⁵

1997 წლის 2 ოქტომბერს, ევროკავშირის სახელმწიფოთა და მთავრობების მეთაურებმა ხელი მოაწერეს ამსტერდამის ხელშეკრულებას, რომელიც ძალაში 1999 წლის 1 მაისს შევიდა. ამ

¹⁰⁴ Case C-450/93, Kalanke v Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-305 1.

¹⁰⁵ Paras.23-24 of the judgment.

შემთხვევაში არსებითად შეიცვალა 119-ე მუხლი (ახ. ნ. 141-ე მუხლი). ახლა მე-4 პუნქტით გათვალისწინებულია, რომ:

„სამუშაო პირობებში მამაკაცთა და ქალთა შორის სრული თანასწორობის უზრუნველსაყოფად, თანაბარი მოპყრობის პრინციპი ხელს არ უშლის არცერთ ნევრ სახელმწიფოს, შეინარჩუნონ ან მიიღონ ზომები, რომლებიც სპეციფიკურ უპირატესობებს განსაზღვრავს, რათა ნაკლებად წარმოდგენილ სქესს პროფესიული საქმიანობა ან პროფესიონალური კარიერის უარყოფითი მხარეების თავიდან აცილება და კომპენსაციის მიღება გაუადვილოს.“¹⁰⁶

მიუხედავად იმისა, რომ ამსტერდამის ხელშეკრულება ჯერ კიდევ არ იყო ძალაში შესული, როდესაც სასამართლომ მისი მეორე პოზიტიური მოქმედება გადაწყვიტა, მან შესაძლოა გავლენა იქონია შედეგზე, რადგან სასამართლოს გაუგზავნა ძლიერი სიგნალი იმის შესახებ, რომ ნევრ სახელმწიფოებს განზრახული აქვთ შეინარჩუნონ და განავითარონ პოზიტიური მოქმედება. ჩათვალეთ, რომ ეს უნდა ეწინააღმდეგებოდეს თანაბარი მოპყრობის მოთხოვნებს. მარშალის საქმე რომელიც 1997 წლის 11 ნოემბერს გადაწყდა, სასამართლომ განასხვავა კალანკე იმის საფუძველზე, რომ გასაჩივრებული დებულება შეიცავდა „დანაზოგის მუხლს“ (Offnungsklausel), რომ ქალებს არ ენიჭებათ უპირატესობა დანიშნულებაში, თუკი სპეციფიკური მიზეზები არსებობს, ინდივიდუალური მამაკაცი კანდიდატები ბალანსს თავის სასარგებლოდ

¹⁰⁶ 141(4) მუხლში ევროკომისიის ენა სიმეტრიულია, იდენტურად ვრცელდება როგორც ქალებზე, ასევე მამაკაცებზე. ამასთან, ამსტერდამის ხელშეკრულებას თანდართული ევროპული საზოგადოების დამფუძნებელი ხელშეკრულების 141 (4) მუხლის (ყოფილი მუხლი 119 (4)) შესახებ No.28 დეკლარაციაში ნათქვამია: „ევროპული საზოგადოების დამფუძნებელი ხელშეკრულების 141(4) მუხლში მოხსენიებული ზომების მიღებისას, პირველ რიგში, ნევრმა სახელმწიფოებმა მიზნად უნდა დაისახონ ქალის მდგომარეობის გაუმჯობესება სამუშაო ცხოვრებაში“.

უნყობენ ხელს.¹⁰⁷ მართლაც, 1981 წელს მიღებულ კანონში, ნორდ-რაინ-ვესტფალენის მიწის სახელმწიფო მოსამსახურეების შესახებ, რომელიც ბოლოს, 1995 წელს შევიდა მოქმედებაში, დადგენილია, რომ „სადაც, დანინაურებაზე პასუხისმგებელი ორგანოს სექტორში, უფრო მაღალი რანგის თანამდებობებზე ნაკლები ქალია, ვიდრე მამაკაცი, ქალებს უნდა მიენიჭოთ პრიორიტეტი დანინაურებისათვის თანაბარი შესაბამისობის, კომპეტენციისა და პროფესიონალური მუშაობის შემთხვევაში, თუ ცალკეული [კაცი] კანდიდატისთვის დამახასიათებელი მიზეზები ბალანსს მის სასარგებლოდ არ შეცვლიან.“ მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს მსჯელობაში¹⁰⁸ ეს ელემენტი გადამწყვეტი აღმოჩნდა, განაჩენი აგრეთვე ასახავს სასამართლოს სურვილს, ნაკლებად ფორმალისტური პოზიცია დაიკავოს შრომის ბაზარზე ქალთა მდგომარეობისა და შესაძლებლობების თანასწორობის მიმართ. მან დაადასტურა, რომ „მაშინაც კი, როდესაც ქალი და კაცი კანდიდატები თანაბრად კვალიფიციურები არიან, უპირატესობა მამაკაც კანდიდატებს ენიჭებათ, განსაკუთრებით ქალთა როლისა და შესაძლებლობების შესახებ ცრურწმენებისა და სტერეოტიპების გამო, იმის შიშით, რომ ქალები უფრო ხშირად შეაჩერებენ კარიერას, რომ საყოფაცხოვრებო და საოჯახო მოვალეობების გამო ისინი სამუშაო

¹⁰⁷ Para.24.

¹⁰⁸ მ მიუხედავად იმისა, რამ დირექტივის 2(4) მუხლის დადასტურება უნდა აგებულ იქნას მკაცრად, რადგან იგი წარმოადგენს თანაბარი მოპყრობის ინდივიდუალური უფლების შეზღუდულ გამოწვევას, რომელიც დადგენილია 2(1) მუხლში, სასამართლო აღნიშნავს, რომ მოცემული წესი არ აღემატება გამოწვევას საზღვრებს, რამდენადაც „თითოეულ ცალკეულ შემთხვევაში, [დანაზოგის მუხლი] ითვალისწინებს მამაკაც კანდიდატებისთვის, რომლებსაც ისეთივე კვალიფიკაცია აქვთ, როგორც ქალ კანდიდატებს, იმის გარანტიას, რომ კანდიდატურები იქნება ობიექტური შეფასების საგანი, რომელიც ითვალისწინებს ინდივიდუალური კანდიდატებისთვის დამახასიათებელ ყველა კრიტერიუმს და უგულებელყოფს ქალი კანდიდატებისთვის მინიჭებულ პრიორიტეტს, როდესაც ამ კრიტერიუმებიდან ერთი ან მეტი ხრის ბალანსს კაცი კანდიდატის სასარგებლოდ. თუმცა, ამასთან დაკავშირებით, უნდა გვახსოვდეს, რომ ეს კრიტერიუმები არ უნდა იყოს ისეთი, რომ არ მოახდინოს ქალი კანდიდატების დისკრიმინაცია“ (პუნქტი 33).

საათებში. ნაკლებად მოქნილები იქნებიან ან უფრო ხშირად არ გამოცხადდებიან სამუშაოზე ორსულობის, მშობიარობისა და ძუძუთი კვების გამო. ამ მიზეზების გამო, მხოლოდ ის ფაქტი, რომ კაცი კანდიდატი და ქალი კანდიდატი თანაბრად კვალიფიციურია არ ნიშნავს, რომ მათ ერთნაირი შანსები აქვთ.”¹⁰⁹

2000 წლის 28 მარტს¹¹⁰ იუსტიციის სასამართლოს მიერ გამოტანილმა განაჩენმა, ბადეკისა და სხვათა საქმეზე, დაადასტურა კალანკესა და მარშალის განაჩენების კომბინაციით მიღებული გაკვეთილები. პესეს მიწის კანონის მთელი რიგი დებულებების წინაშე, რომლებიც ეხებოდა ქალთა და მამაკაცთა თანასწორობას და ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის აღმოფხვრას საჯარო სამსახურში, იუსტიციის სასამართლომ დაიწყო მარშალის განაჩენში მითითებული კრიტერიუმის ნამდვილობის დადგენა: უპირატესობა ენიჭება ქალებს დანიშნულებაში, როდესაც ისინი ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი საჯარო სამსახურში – შეესაბამება No.76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის 1-ლი და მე-4 პუნქტებს, რამდენადაც იგი ავტომატურად და უპირობოდ არ ანიჭებს უპირატესობას ქალებს, როდესაც ქალი და მამაკაცი კონკურენტულ მდგომარეობაში არიან წარმოდგენილნი. თანაბრად კვალიფიციური კანდიდატურები ობიექტური შეფასების საგანია, რომელიც ითვალისწინებს ყველა კანდიდატის¹¹¹ კონკრეტული პირადი სიტუაციების შესწავლას „მეორადი“ არადისკრიმინაციული კრიტერიუმების საფუძველზე. ამასთან, სასამართლომ ამ კრიტერიუმს რამდენიმე სპეციფიკაცია დაამატა, რომელთაგან სამი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ჩვენი მიზნისთვის. პირველ რიგში, მაშინაც კი, თუ პრინციპში „ავტომატური“ ან „აბსოლუტური და უპირობო“ შეღავათები ინდივიდუალური თანაბარი მოპყრობის გამონაკლისის ზღვარს აღე-

¹⁰⁹ Case C-409/95, Marschall v Land Nordrhein- Westfalen [1997] ECR I- 6363.

¹¹⁰ Case C-158/97, Badeck and others [2000] ECR I-1875.

¹¹¹ მკაცრად რომ ვთქვათ, ეს ორი კრიტერიუმი არც ალტერნატიული და არც კუმულაციურია. როგორც მათი წარმოშობა Marschall საქმეში განხილულ წესებში ჩანს, ისინი სინამდვილეში ერთი და იგივე კრიტერიუმის ფორმულირების ორი გზაა.

მატება, რომელიც No.76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტში არის მოცემული, ასეთი ავტომატურობა შეიძლება გამართლებული იყოს, როდესაც ამგვარი უპირატესობა რაოდენობრივ კრიტერიუმს ემყარება, რომელიც „ფაქტია“, მაგალითად, „იმ პირთა რაოდენობის მითითებით, რომლებმაც გაიარეს შესაბამისი ტრენინგი“.¹¹² მეორეც, როდესაც საქმე ეხება „ტრენინგებს კვალიფიკაციის მოპოვების მიზნით, საჯარო სამსახურში შემდგომი წვრთნის შესაძლებლობით“¹¹³ და არა რეალური დასაქმების პოზიციებს, აბსოლუტური უპირატესობის დაწესება მიზნად ისახავს დაბალანსებული წარმომადგენლობის მიღწევას. ეს დასაშვებია, რამდენადაც (1) „მიუხედავად სათანადო ზომებისა, ქალების ყურადღების მისაპყრობად სატრენინგო ადგილებზე“¹¹⁴ შეიძლება საკმარისი განაცხადები არ შევიდეს ქალების მხრიდან და (2) რადგან სახელმწიფოს არ აქვს მონოპოლია ტრენინგის ჩატარების ადგილებზე, სადაც ეძებენ ქალთა და მამაკაცთა დაბალანსებულ წარმომადგენლობას, „კაცი საბოლოოდ არ არის გამორიცხული ტრენინგში მონაწილეობისგან“, რადგან კერძო სექტორში ასევე ხელმისაწვდომია ადგილები.¹¹⁵ მესამეც, რამდენადაც ის მიზნად ისახავს „ქალისა და მამაკაცის თანაბარი შესაძლებლობების მიღწევას“ შედეგის გარანტიის გარეშე, წესების ერთობლიობა, რომელიც უზრუნველყოფს აუცილებელი კვალიფიკაციის მქონე ქალების მოწვევას გასაუბრებაზე საჯარო სამსახურის სექტორში, სადაც ისინი ნაკლებად არიან წარმოდგენილი, წარმომადგენს აკრძალულ დისკრიმინაციას, მაგრამ უნდა განიხილებოდეს No.76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტით ნებადართული პოზიტიური მოქმედების ზომად.¹¹⁶

კალანკეს, მარშალისა და ბადეკის შემდეგ, რომლებიც ყველა შემდგომ სასამართლო პრაქტიკას დაედო საფუძვლად, ევროპულმა სასამართლომ კიდევ ოთხი გადაწყვეტილება გამოაქვეყნა, მათ

¹¹² Para.42.

¹¹³ Para.52.

¹¹⁴ Paras.51 and 55.

¹¹⁵ Para.53.

¹¹⁶ Para.56 to 63.

შორის კიდევ ორი პასუხი გერმანიის სასამართლოებიდან წინასწარი განაჩენის მოთხოვნაზე, პოზიტიური სამოქმედო პოლიტიკის დასაშვებობის შესახებ ქალების ან, ერთ შემთხვევაში, კაცების სასარგებლოდ.¹¹⁷ EFTA სასამართლომ ასევე გამოიტანა ერთი გადაწყვეტილება ამ საკითხთან დაკავშირებით. აქ არ არის ადგილი ამ პრეცედენტული სამართლის დეტალურად განხილვისთვის. ქვემოთ მოცემულ ცხრილში შეჯამებულია ის საკითხები, რომლებიც ევროსასამართლოებს ამ საქმეებში წარუდგინეს, აგრეთვე წარმოდგენილია მათ მიერ მოწოდებული პასუხები:

¹¹⁷ იხილეთ საქმე C-79/99, შნორბუსი [2000] ECR I-10997. საქმე ასევე ატიპიურია სხვა თვალსაზრისით და ზოგი ეწინააღმდეგება მის კლასიფიკაციას „აფირმაციული ქმედების“ საქმეებს შორის. სასამართლომ ამ საქმეზე გადაწყვიტა, რომ ლონისძიება, რომელიც უპირატესობას ანიჭებს პირებს, რომლებმაც დაასრულეს სავალდებულო სამხედრო ან სამოქალაქო სამსახური, მიუხედავად იმისა, რომ წარმოადგენს არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შემთხვევას მამაკაცთა სასარგებლოდ (რომლებიც კანონის შესაბამისად ექვემდებარებიან ასეთ ვალდებულებას), არ შეიძლება ჩაითვალოს ქალისა და მამაკაცის თანაბარი მოპყრობის პრინციპის სანინაალმდეგო ფაქტად, რადგან „სადავო დებულება, რომელიც ითვალისწინებს საგანმანათლებლო პროცესში იმ შეფერხებებს, რომელიც განიცადეს იმ კანდიდატებმა, რომლებსაც სამხედრო ან სამოქალაქო სამსახურის შესრულება მოეთხოვებოდათ, ობიექტური ხასიათისაა და ნაკარნახევია მხოლოდ ამ შეფერხების შედეგების გარკვეულწილად გათანაბრების სურვილით“ (პუნქტი 44), უფრო მეტიც, „უპირატესობა, რომელიც ენიჭებათ შესაბამის პირებს, რომელთა პრიორიტეტით სარგებლობა შეიძლება სხვა განმცხადებლების საზიანოდ მოქმედებდეს მაქსიმუმ 12 თვის განმავლობაში, არ ჩანს არაპროპორციული, რადგან მათ შეფერხება განიხილეს მოხსენიებული საქმიანობის გამო, მინიმუმ ამ პერიოდის ტოლია“ (პუნქტი 46). მიუხედავად ამისა, სამართალწარმოების დროს მხარეთა მიერ გამოყენებულ No.76/207 /EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტს მკაფიოდ არ დაეყრდნო თავად სასამართლო. ეს შეიძლება აიხსნას იმით, რომ, ამ დებულებით გათვალისწინებული სანინაალმდეგო, პესენის მიწის იურიდიული სწავლების რეგლამენტის სადავო დებულება არ ითვალისწინებდა მამაკაცების სასარგებლოდ აფირმაციული ქმედების ფორმას, არამედ ათავისუფლებდა იურიდიულ განათლებაზე ხელმისაწვდომობის მოლოდინის პერიოდისგან, თუ პრაქტიკულ იურიდიულ სწავლებაზე დაშვების განმცხადებელთა რაოდენობა აღემატებოდა ხელმისაწვდომი სასწავლო ადგილების რაოდენობას, მათთვის, ვისთვისაც ეს „დამატებით სირთულეებს“ გამოიწვევდა, მათ შორის, ვისაც სამხედრო ან სამოქალაქო სამსახურის შესრულება მოეთხოვებოდა.

საქმე	ეროვნული დებულების არსებითი მნიშვნელობა	ევროპული სასამართლოს / EFTA სასამართლოს დასკვნები
<i>Kalanke</i> 17 October 1995 C-450/93	თანაბრად კვალიფიცირებულ ქალებს ავტომატურად ენიჭებათ პრიორიტეტი იმ სექტორებში დანიშვნაში, სადაც ისინი ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი (ბრემენის 1990 წლის კანონი „ქალთა და მამაკაცთა თანასწორი მოპყრობის შესახებ“)	დანიშვნის ან დანიშნულების აბსოლუტური და უპირობო პრიორიტეტი სცილდება თანაბარი შესაძლებლობების პოპულარიზაციას და სცილდება 76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტით გათვალისწინებულ გამონაკლისს. ქალთა და მამაკაცთა წარმომადგენლობა ყველა კლასსა და საფეხურზე დებარტამენტში ცვლის შესაძლებლობების თანასწორობას, როგორც ეს გათვალისწინებულია მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტში, რომლის მიღწევაც მხოლოდ ამ შესაძლებლობების

		თანასწორობით ხდება.
<i>Marschall</i> 11 Nov 1997 C-409/95	როდესაც საჯარო სამსახურის სექტორში შესაბამისი პოსტის დონეზე ნაკლები ქალი ვიდრე მამაკაცი და კანდიდატი ქალი და მამაკაცი თანაბრად კვალიფიცირდება მათი შესაბამისობის, კომპეტენციის და პროფესიული საქმიანობის თვალსაზრისით, პრიორიტეტი მიენიჭება ქალი კანდიდატების დანიშნულებას, თუ ცალკეული მამრობითი სქესის კანდიდატის სპეციფიკური მიზეზები არ შეუცვლის ბალანსს მის სასარგებლოდ (კანონი Nordrhein-Westfalen მიწის მოხელეთა შესახებ) (1981, Rev.1995))	ეროვნული წესი, რომლის თანახმადაც, დანიშნულების მსურველი ქალი კანდიდატები, რომლებიც თანაბრად არიან კვალიფიციურნი, უნდა განიხილებოდნენ უპირატესად იმ სექტორებში, სადაც ისინი ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი, შეიძლება მოხდეს მე-2(4) მუხლის მოქმედებაში, თუ ამ წესმა შეიძლება ზიანი მიაყენოს და გავლენა მოახდინოს ქალი კანდიდატების დამოკიდებულებასა და ქცევაზე ქალების მიმართ და ამით რეალურად ამცირებს უთანასწორობის შემთხვევებს, რომელიც შეიძლება არსებობდეს რეალურ სამყაროში; ასეთი წესი არ არის

		არაპროპორციული, თუ ეს თითოეულ შემთხვევაში ითვალისწინებს მამაკაც კანდიდატებს, რომელთაც ისეთივე კვალიფიკაცია აქვთ, როგორიც ქალ კანდიდატებს, იმის გარანტია, რომ კანდიდატურებს ექნებათ ობიექტური შეფასება, რომელიც ითვალისწინებს ინდივიდუალური კანდიდატების სპეციფიკურ ყველა კრიტერიუმს და უგულვებელყოფს ქალი კანდიდატების პრიორიტეტის მინიჭებას, სადაც ერთი ან მეტი კრიტერიუმი ახდენს ბალანსის გადახრას კაცი კანდიდატის სასარგებლოდ, იმ პირობით, რომ ეს კრიტერიუმები მათ არ განასხვავებს ქალი კანდიდატებისაგან.
<i>Badeck</i> 28 March 2000 C-158/97	„მოქნილი შედეგის კვოტა“ (Ergebnisquote მოქნილი) არის სისტემა, რომლის მიხედვითაც სავალდებულო მიზნები	დირექტივის მე-2 (1) და (4) მუხლები არ გამოორიცხავს ეროვნულ წესს,

	განისაზღვრება შესაბამისი სექტორების/დეპარტამენტების სპეციფიკის შესაბამისად და რომელიც თავიდანვე არ განსაზღვრავს – ავტომატურად – რომ თითოეული შერჩევის პროცედურის შედეგი უნდა იყოს, ჩიხური სიტუაცია, სადაც კანდიდატებს აქვთ თანაბარი კვალიფიკაცია, აუცილებლად უპირატესობას ანიჭებენ ქალ კანდიდატებს (პესენის მიწის კანონი „ქალისა და მამაკაცის თანასწორი უფლებებისა და ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის აღმოფხვრის შესახებ სახელმწიფო ადმინისტრაციაში“ (1993 წლის 21 დეკემბერი), ძალაშია 13 წლის განმავლობაში).	რომელიც საჯარო სამსახურის იმ სექტორებში, სადაც ქალები ნაკლებად არიან ნარმოდგენილნი, უპირატესობას ანიჭებს ქალი კანდიდატების თანაბარ კვალიფიკაციას, ქალ კანდიდატებს, თუ ეს აუცილებელი აღმოჩნდება ქალთა განვითარების გეგმის მიზნების შესრულების უზრუნველსაყოფად, თუკი უფრო დიდი სამართლებრივი ნონის მიზეზები არ იქნება სანინალმდეგო, იმ პირობით, რომ ეს წესი უზრუნველყოფს კანდიდატურების ობიექტურ შეფასებას, რომელიც ითვალისწინებს კონკრეტულ, პირად სიტუაციას ყველა კანდიდატისათვის.
	ეროვნული წესი, რომელიც განსაზღვრავს, რომ აკადემიურ სამსახურში	გამართლებულია, რამდენადაც ასეთი სისტემა არ ადგენს

	დროებითი თანამდებობების დასაკავებლად და აკადემიური ასისტენტებისთვის ქალთა წინსვლის გეგმის სავალდებულო მიზნები უნდა ითვალისწინებდეს ქალთა მინიმალურ პროცენტს, რომელიც სულ მცირე ტოლია კურსდამთავრებულთა, უმაღლესი ხარისხის მქონე კანდიდატების და თითოეული დისციპლინის სტუდენტები.	აბსოლუტურ ჭერს, მაგრამ აფიქსირებს მას, იმ პირთა რაოდენობის გათვალისწინებით, რომლებმაც გაიარეს შესაბამისი ტრენინგი, რაც ნიშნავს ფაქტების გამოყენებას ქალთა უპირატესობის რაოდენობრივი კრიტერიუმის სახით.
	ეროვნული წესი საჯარო სამსახურისთვის, რომელიც განვრთნილ პროფესიებში, სადაც ქალები ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი და რომელთათვისაც სახელმწიფოს არ აქვს ტრენინგის მონოპოლია, ტრენინგზე მინიმუმ ნახევარი ადგილები გამოყოფილია ქალებისთვის, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც, მიუხედავად სათანადო ზომებისა, ქალების ყურადღების მისაპყრობად სასწავლო ადგილების მიმართ, არ არის საკმარისი განაცხადები ქალებისგან, ამ შემთხვევაში შესაძლებელია ადგილების ნახევარზე მეტი კაცებმა დაიკავეთ.	ეს დებულება შესაძლებლობის თანახმად შეზღუდული კონცეფციის ნაწილია: ეს არ არის სამუშაო ადგილები, რომლებიც ქალებს ეკუთვნით, არამედ ადგილები ტრენინგისთვის კვალიფიკაციის მისაღებად, საჯარო სამსახურში შემდგომი წვრთნების შესაძლებლობების მიღების პერსპექტივით; ვინაიდან კვოტა ვრცელდება მხოლოდ იმ სასწავლო ადგილებზე,

		რომლებზეც სახელმწიფოსაც არ გააჩნია მონოპოლია და, შესაბამისად, ეხება ტრენინგებს, რომელთა ადგილები ასევე ხელმისაწვდომია კერძო სექტორში, არცერთი მამრობითი სქესის წარმომადგენელი კაცები, საბოლოოდ არ არიან გამორიცხულნი ტრენინგიდან.
	ეროვნული წესი, რომელიც უზრუნველყოფს, რომ მამაკაც და ქალ კანდიდატებს აქვთ თანაბარი კვალიფიკაცია, რომ კვალიფიციური ქალი კანდიდატები იყვნენ მიწვეულნი გასაუბრებაზე, იმ სექტორებში, სადაც ისინი ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი.	მთავარ პროცესში განხილული დებულება არ გულისხმობს საბოლოო შედეგის მიღებას – დანიშვნას ან დანიშნულებას – მაგრამ ქალებს, რომლებსაც აქვთ კვალიფიკაცია, სამუშაო ცხოვრებაში და კარიერაში წინსვლის ხელშეწყობის დამატებით შესაძლებლობებს აძლევს.
Abrahamsson 6 July 2000 C-407/98	კანდიდატი, რომელიც მიეკუთვნება არასაკმარისად წარმოდგენილ სქესს და ფლობს ამ თანამდებობაზე	იმ პირობით მასშტაბი და მოქმედება, რომლის მიხედვითაც

	საკმარის კვალიფიკაციას, შეიძლება აირჩეს საპირისპირო სქესის მქონე კანდიდატი, რომელიც სხვაგვარად აირჩეოდა, იმ პირობით, რომ განსხვავება მათ შესაბამის კვალიფიკაციაში იმდენად დიდი არ არის, რომ ეს წესი ეწინააღმდეგებოდეს დანიშვნებისას ობიექტურობის მოთხოვნას (JamstAlldhetslagen (1991: 433) (შვედეთის კანონი თანასწორობის შესახებ) და Högskolefrordningen (1993: 100) (შვედეთის რეგულაცია უნივერსიტეტების შესახებ))	თითოეული სქესის კანდიდატის დამსახურებებს შორის განსხვავება არც თუ ისე დიდია, ზუსტად არ შეიძლება დადგინდეს, დანიშვნისას ობიექტურობის მოთხოვნის დარღვევა მოხდება თუ არა და გამოიწვევს თუ არა რომ კანდიდატის შერჩევა, რომელიც საკმარისად კვალიფიციურია, საბოლოო ჯამში ემყარება მხოლოდ ნაკლებად წარმოდგენილ სქესის წარმომადგენლობას და ეს ასეც ხდება, თუკი იმდენად შერჩეული კანდიდატის ღვანლი ჩამოუვარდება სანინააღმდეგო სქესის კანდიდატს. უფრო მეტიც, კანდიდატურები არ ექვემდებარებიან ობიექტურ შეფასებას ყველა კანდიდატის კონკრეტული
--	---	---

		პირადი სიტუაციების გათვალისწინებით. აქედან გამომდინარეობს, რომ შერჩევის ასეთი მეთოდი არ არის ისეთი, რაც ნებადართულია დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტით.
<i>Schnorbus</i> 7 Dec 2000 C- 79/99	როდესაც საჭიროა გადაწყვეტილება აპლიკანტების პრაქტიკულ იურიდიულ მომზადებაზე დაშვების შესახებ, რადგან განმცხადებლების რაოდენობა აღემატება სასწავლო ადგილების რაოდენობას, განმცხადებელმა, რომელმაც დაასრულა სამსახური, რომელიც სავალდებულოა მხოლოდ მამაკაცებისთვის (სამხედრო ან შემცველი სამსახური Grundgesetz-ის მე- 12 მუხლის შესაბამისად)) დაუყოვნებლივ უნდა დაიშვას ტრენინგში და არ უნდა აკმაყოფილებდეს შემდგომ მოთხოვნებს ამ თვალსაზრისით, ხოლო სხვა განმცხადებლების (ქალი და მამაკაცი) მიღება შეიძლება გადავადდეს 12 თვემდე ვადით.	უპირატესობა მიანიჭეთ განმცხადებლებს, რომლებმაც დაასრულეს სავალდებულო სამხედრო ან სამოქალაქო სამსახური, თავად სადავო დებულებები წარმოადგენს არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ფაქტს, რადგან შესაბამისი ეროვნული კანონმდებლობით, ქალებს არ მოეთხოვებათ სამხედრო ან სამოქალაქო სამსახურის გავლა და, შესაბამისად, მათ არ შეუძლიათ ისარგებლონ

პრიორიტეტით,
 ვისაც სამსახური
 დაასრულა; ამასთან,
 სადავო დებულება,
 რომელიც შეეხება
 პირის მიერ
 დაგვიანებული
 განათლების
 მიღებას, რაც
 განმცხადებლების
 მიერ იქნა
 განხილული, რომ
 სამხედრო ან
 სამოქალაქო
 სამსახურის
 შესრულება
 მოეთხოვებოდათ და
 აღნიშნული
 გამონკვეული იყო
 მხოლოდ არსებული
 შეფერხებების
 შედეგით და
 გარკვეულწილად
 განონასწორების
 სურვილით. ამიტომ,
 იგი არ შეიძლება
 ჩაითვალოს ქალისა
 და მამაკაცის
 თანაბარი
 მოპყრობის
 პრინციპის
 საწინააღმდეგოდ:
 უპირატესობა,
 რომელიც ენიჭებათ
 შესაბამის პირებს,
 რომელთა
 პრიორიტეტით
 სარგებლობა

		შეიძლება სხვა განმცხადებლების საზიანოდ მოქმედებდეს მაქსიმუმ 12 თვის განმავლობაში, არ არის არაპროპორციული, რადგან შეფერხება, რომელიც მათ განიცადეს აღნიშნული საქმიანობის გამო, სულ მცირე ტოლია იმ პერიოდს.
<i>Lommers, /</i> March 2002, C-476/99	მინისტრის მიერ შექმნილი სქემა, რომელიც ემსახურება ქალთა ფართო წარმომადგენლობის შემცირებას მის სამინისტროში, რომლის თანახმად, შეზღუდული რაოდენობით სუბსიდირებული ბაგა-ბაღების ადგილები, რომლებიც მისთვის ხელმისაწვდომია თანამშრომლებისთვის, მხოლოდ ქალი ოფიციალური პირებისთვისაა განკუთვნილი, ხოლო მამაკაც ოფიციალურ პირებს მათზე წვდომა აქვთ მხოლოდ გადაუდებელი შემთხვევებში, რომელიც უნდა დადგინდეს დამსაქმებლის მიერ	დირექტივის მე-2 (1) და (4) მუხლები არ გამორიცხავს სამინისტროს მიერ შემუშავებულ სქემას, რომელიც მიზნად ისახავს ქალთა ფართო წარმომადგენლობის შემცირებას, რომლის თანახმად, სათანადო, ხელმისაწვდომი მოვლის საშუალებების დადასტურებული უკმარისობით დამახასიათებელ კონტექსტში, სამინისტროს მიერ პერსონალისთვის ხელმისაწვდომი

		სუბსიდირებული სანერგეების ადგილები შეზღუდულია მხოლოდ ქალი ჩინოვნიკებისთვის, ხოლო მამაკაც ჩინოვნიკებს მათზე წვდომა მხოლოდ დამსაქმებლის მიერ დადგენილ საგანგებო შემთხვევებში გააჩნიათ, რამდენადაც აღნიშნული გამონაკლისი მამაკაცი თანამდებობის პირების სასარგებლოდ განიმარტება, რადგან მათ, ვინც საკუთარ შვილებზე ზრუნავს, საშუალებას აძლევს პქონდეთ წვდომა ბაგა-ბალების ადგილების სქემაზე იმავე პირობებით, როგორც ქალ მოხელეებს.
EFTA Court, 24 January 2003, E- 1/02, <i>EFTA Surveillance</i>	მუდმივი და დროებითი აკადემიური თანამდებობები, რომლებიც განკუთვნილია ქალებისთვის, დადგენილი ან ნორვეგიის მთავრობის	მოცემული ნორვეგიის კანონმდებლობა უნდა ჩაითვალოს, რომ სცილდება

<i>Authority v Norway</i>	მითითებით ან ოსლოს უნივერსიტეტის მიერ	დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის ფარგლებს, რამდენადაც იგი საშუალებას აძლევს განსაზღვროს გარკვეული თანამდებობები არასაკმარისად წარმოდგენილ სქესის წარმომადგენელთა და ოსლოს პირების მიმართ. ოსლოს უნივერსიტეტის მიერ გამოყენებული უნივერსიტეტის აქტის 30(3)-ე მუხლის ბოლო წინადადება აბსოლუტურ და უპირობო პრიორიტეტს ანიჭებს ქალ კანდიდატებს. არ არსებობს დებულება მოქნილობისთვის და შედეგი ავტომატურად განისაზღვრება ქალი კანდიდატის სასარგებლოდ.
<i>Briheche, 30 September 2004, C- 319/03</i>	კანონმდებლობა, რომელიც შეეხება „ქვრივებს, რომლებიც ალარ დაქორწინდნენ“ საჯარო სექტორში დასაქმების მოპოვებისთვის ასაკობრივი	ასეთი დებულება ავტომატურად და უპირობოდ ანიჭებს უპირატესობას ქალთა გარკვეული

	ზღვარიდან (45 წელი) თავისუფლდებიან სარგებლისაგან, ქვრივები გამოირიცხვება იმავე უპირატესობიდან	კატეგორიის კანდიდატურებს, მათ შორის, ქვრივებს, რომლებიც არ დაქორწინდნენ, რომლებიც ვალდებულნი არიან იმუშაონ, მათ გადაეცემათ სახელმწიფო სექტორში დასაქმების ასაკობრივი ზღვრისგან გათავისუფლების სარგებელი და იმ ქვრივების გამოკლებით, რომლებიც არ დაქორწინდნენ, რომლებიც იმავე სიტუაციაში არიან, რაც დაუშვებელია No.76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის შესაბამისად.
--	--	--

მართალია, მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ გაკეთებული შეფასებები, რომლებიც მას წარუდგინეს მასში ზემოთ ჩამოთვლილ შემთხვევებში, შეიძლება რთული აღმოჩნდეს ერთმანეთთან შესათანხმებლად, თუმცა სასამართლოს მიდგომის ზოგადი მნიშვნელობა საკმაოდ ნათელია. როგორც ჩანს, ეს მიდგომა ემყარება იმ აზრს, რომ ქალების სასარგებლოდ პოზიტიური მოქმედება, რომელიც მიზნად ისახავს ქალისა და მამაკაცის თანაბარი

შესაძლებლობების მიღწევას, არ შეიძლება სცილდებოდეს ამ მიზანს და თანაბარი „შედეგების“ მიღწევის მიზანს. ეს უკანასკნელი მიზანი ეწინააღმდეგება თანაბარი მოპყრობის პრინციპს, რომლის მიხედვითაც თითოეულ ადამიანს აქვს უფლება დაუცველი არ იყოს თავისი სქესის გამო. სასამართლოს მიერ მოცემული ინტერპრეტაციის თანახმად, ეს ზღვარი გადალახულია, როდესაც პოზიტიური მოქმედება უპირატესობას ანიჭებს ქალებს შედეგის მიღებაში (დასაქმების ხელმისაწვდომობა, დანინაურების მოპოვება), რომელსაც აქვს აბსოლუტური ხასიათი, ანუ, უარყოფილმა მამაკაცმა კანდიდატმა უნდა წარმოადგინოს არგუმენტები, რომლებიც წონასწორობას სავარაუდოდ მის სასარგებლოდ შეუწყობს ხელს. ამ თვალსაზრისით აბსოლუტური უპირატესობა დისკრიმინაციულად ჩაითვლება, რადგან იგი ადგენს სადავო პრეზუმფციას ქალების სასარგებლოდ იმ შემთხვევებში, როდესაც ორივე სქესის წარმომადგენელი კანდიდატი თანაბრად კვალიფიცირებულია, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც იგი ემყარება „ფაქტს“, როგორიც არის, მაგალითად, მამაკაცთა და ქაღთა წილი ასეთი კვალიფიკაციის მქონე პირთა შორის. მეორეს მხრივ, შეღავათიანი მოპყრობა, რომელიც ენიჭებათ ქალებს, გარკვეული შესაძლებლობების ხელმისაწვდომობის თვალსაზრისით (პროფესიული ტრენინგი, გასაუბრება), ნაკლები სიმძიმით განიხილება: ასეთი შეღავათიანი მოპყრობა მიზნად ისახავს მამაკაცებისა და ქალების მიერ თანაბარი შესაძლებლობების მიღწევას და ამის გათვალისწინებით უნდა ჩაითვალოს, რომ გაზიარებულია No.76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტით გათვალისწინებული გამონაკლისი. თუმცა, უფრო მჭიდრო გამოკვლევის შედეგად, განსხვავება შესაძლებლობების თანასწორობასა და შედეგების თანასწორობას შორის, რომელსაც სასამართლო ასე დიდ მნიშვნელობას ანიჭებს - და რომლისთვისაც No.76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტში მოცემულია გარკვეული ტექსტური მხარდაჭერა - ეს შეიძლება დაბნეულობის გამომწვევიც კი გახდეს, რადგან იგი გამოიყენება ნაცვლად იმისა, რომ განასხვავოს ზომები, რომლებიც ქალების შანსების გაზრდას ისახავს მიზნად და ასევე მიზნად ისა-

ხავს შედეგის გარანტიას¹¹⁸, ან განასხვავებულ ზომებს, რომლებიც აუმჯობესებენ ქალთა წვდომას სატრენინგო პოზიციებზე და კონკურენციას დასაქმების ბაზარზე იმ ზომების მიღებიდან, რომლებიც ქალებს სამუშაოს სწორად განაწილებაში ეხმარება.¹¹⁹

კიდევ ერთი – და, ჩემი აზრით, უფრო ნაყოფიერი გზა – მართლმსაჯულების პრეცედენტულ სასამართლოში მის მიერ წარმოდგენილი რთული საქმეების მიდგომის გზა არის მისი ლოკალიზება

¹¹⁸ კალანკეში განსხვავება ასე გაიგეს. ბადეკში, როგორც გენერალურმა ადვოკატმა ა. საჯიომ, მისი მოსაზრების 41-ე პარაგრაფში, ისე სასამართლომ მიიჩნია, რომ ეროვნული წესი, რომელიც უზრუნველყოფს, რომ მაშინ, როდესაც მამაკაც და ქალ კანდიდატებს აქვთ თანაბარი კვალიფიკაცია, რომ კვალიფიციური ქალებს ინვევენ გასაუბრებაზე იმ სექტორებში, სადაც ისინი ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი, „არ ნიშნავს საბოლოო შედეგის – დანიშვნის ან დანიშნულების მიღწევას, არამედ ქალებს, რომლებსაც აქვთ კვალიფიკაცია, დამატებითი შესაძლებლობებს სთავაზობს სამუშაო ცხოვრებაში შესვლის და კარიერაში ხელშეწყობისთვის“ 119 (განაჩენის 60-ე პუნქტი).

¹¹⁹ ბადეკში სასამართლო შეთანხმდა, რომ საჯარო სამსახურის ეროვნული წესი, რომელიც წერთნად პროფესიებში, სადაც ქალები ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი და რომელთათვისაც სახელმწიფოს არ აქვს სწავლების მონოპოლია, სასწავლო ადგილების სულ მცირე ნახევარს ქალებზე ანაწილებს, მისაღებია No.76/207/EEC დირექტივის 2(4) მუხლის შესაბამისად. ამ მხრივ მან აღნიშნა, რომ გასაჩივრებული დებულება „წარმოადგენს შესაძლებლობების თანასწორობის შეზღუდული კონცეფციის ნაწილს. ქალებისთვის უზრუნველყოფილია/შენახულია არა სამუშაო ადგილები, არამედ სასწავლო ადგილები კვალიფიკაციის მოპოვების მიზნით, რათა ჰქონდეთ საზოგადოებრივ სამსახურებში შემდგომი წვდომის შესაძლებლობა“ (პუნქტი 52). EFTA-ს სასამართლო მიიჩნევს, რომ ევროპულმა სასამართლომ „განასხვავა დასაქმებისთვის სწავლება და დასაქმების რეალური ადგილების ტერმინები. რაც შეეხება სასწავლო პოზიციებს, იგი დაეყრდნო შესაძლებლობების თანასწორობის შეზღუდულ კონცეფციას, რომელიც საშუალებას აძლევს ქალებს დაიკავონ პოზიციები, იმ თვალსაზრისით, რომ საშუალებას აძლევს მათ, მიიღონ კვალიფიკაცია, რაც აუცილებელია შემდგომ საჯარო სამსახურში დასაქმებაზე წვდომისთვის“ (პუნქტი 50). ამასთან, როგორც EFTA სასამართლო ასევე სწორად აღნიშნავს, ევროპული სასამართლოს მიერ ამ ზომის კვალიფიკაცია, როგორც შესაძლებლობის თანასწორობა, არ ათავისუფლებს ამ ღონისძიებას პროპორციულობის მოთხოვნასთან შესაბამისობის შემოწმებისგან: „სასწავლო პოზიციებისთვისაც კი, კანონი მოითხოვს სისტემას, რომელიც არ არის მთლად მოუქნელი“ (პუნქტი 50).

ზემოთ აღწერილ ჩარჩოში.¹²⁰ პირველ რიგში, თუ გავითვალისწინებთ პოზიტიური სამოქმედო ზომების მიღების სამ შესაძლო დასაბუთებას (წარსული დისკრიმინაციის შემობრუნება ან კომპენსაცია; როგორც ფაქტობრივი უთანასწორობის აღმოფხვრის ინსტრუმენტი; ან პერსპექტიული და პროპორციული წარმომადგენლობის ან მრავალფეროვნების მიზანი) აშკარად ჩანს, რომ სასამართლომ დღემდე მხოლოდ მეორე საფუძველი მიიჩნია ლეგიტიმურად: სასამართლო კითხულობს No.76/207/EEC დირექტივის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტს, როგორც „სპეციალურად და მხოლოდ გამიზნული ზომების მიღების ნებართვისათვის, სინამდვილეში მიზნად ისახავს უთანასწორობის ფაქტების აღმოფხვრას ან შემცირებას, რომლებიც შეიძლება საზოგადოებრივი ცხოვრების რეალობაში არსებობდეს.“¹²¹ სასამართლო მიიჩნევს, რომ მხოლოდ შესაძლებლობებში არსებულ უთანასწორობას შეუძლია ლეგიტიმური გახადოს პოზიტიური მოქმედების ზომების გამოყენება, როგორც ინდივიდუალური თანაბარი მოპყრობის უფლების შეზღუდვა. თავდაპირველად ეს 76/207/EEC დირექტივის მე-2 (4) მუხლში გამოჩნდა, რომელიც გულისხმობს „არსებული უთანასწორობის აღმოფხვრას, რაც გავლენას ახდენს ქალთა შესაძლებლობებზე“.¹²² ამასთან, ამსტერდამის ხელშეკრულებით,¹²³ რომის

¹²⁰ Supra, s.4.1.

¹²¹ 1 Kalanke, para.18 (citing Case 312/86 Commission v France [1988] ECR 6315, paragraph 15); Marschall, para.26; Badeck, para. 19. The emphasis is added.

¹²² Emphasis added.

¹²³ 141-ე მუხლის მე-4 პუნქტი ეხება „ღონისძიებებს, რომლებიც უზრუნველყოფენ კონკრეტულ უპირატესობებს, რათა ნაკლებად წარმოდგენილ სქესს გაუადვილდეს პროფესიულ საქმიანობაში ჩართვა ან ხელი შეუშალოს უარყოფით მხარეებს. ასეთის შემთხვევაში კი, მოხდეს შესაბამისი ანაზღაურება“. ეს, როგორც ჩანს, ისეთი ზომების მიღებას საშუალებას იძლევა, რომლებიც მიმართულია ქალთა მიმართ წარსული დისკრიმინაციის ზემოქმედების გამოსასწორებლად (რაც, მაგალითად, გარკვეულ სექტორებში ქალთა წარმომადგენლობის ნაკლებობას ხსნის), განაწილების მიღწევით, რომელიც წარმომადგენს წარმომადგენლობის თანასწორობის (...) დონეს, რაც ქალებს ექნებოდათ საზოგადოებრივი დისკრიმინაციის არარსებობის შემთხვევაში (კენერი, ევროკავშირის დასაქმების კანონი (2003) No.451), ასევე ისეთ ზომებს, რომლებიც ითვალისწინებს

ხელშეკრულებაში ჩასმული 141(4)EC მუხლის უფრო დამაიმედებელი ფორმულირების მიუხედავად, როგორც ჩანს, სასამართლო ამ არგუმენტს მყარი ტექსტური მხარდაჭერის გარეშეც ემორჩილება.¹²⁴

სასამართლო ასევე მიიჩნევს, რომ ნებისმიერი პოზიტიური მოქმედება, რომელიც მიზნად ისახავს უთანასწორობის ფაქტების აღმოფხვრას ან შემცირებას, მკაცრად უნდა იყოს პროპორციული ამ მიზნისა. ეს არის მისი ეჭვის საფუძველი ქალებისადმი შეღავათიანი და უპირობო მოპყრობის წესების მიმართ, რომლებიც ყველა კონკურენტი კანდიდატის ობიექტურად შეფასებას არ ითვალისწინებენ. ამიტომ, მაგალითად, სასამართლომ ბადეკში არ გააპროტესტა საჯარო სამსახურის ეროვნული წესი, რომელიც იმ პროფესიებში, სადაც ქალები ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი და რომელთათვისაც სახელმწიფოს არ აქვს ტრენინგის მონოპოლია, ტრენინგისთვის განკუთვნილი ადგილების ნახევარი გამოყოფილია ქალებისთვის, იმის საფუძველზე, რომ „კვოტა ვრცელდება მხოლოდ იმ ტრენინგებზე, რომლებზეც სახელმწიფოს არ აქვს მონოპოლია და, შესაბამისად, ეხება ტრენინგებს, რომელთა ადგილები ასევე ხელმისაწვდომია კერძო სექტორში, [ისე, რომ] არცერთი კაცი კანდიდატი არ არის ტრენინგში მონაწილეობიდან გამორიცხული.“¹²⁵ მრავალი მაგალითის მოყვანა შეიძლება, მაგრამ მნიშვნელოვანია ის, რომ სასამართლოს მიერ დაწესებული პროპორციულობის მოთხოვნა უნდა განიმარტოს, რათა წევრ სახელმწიფოთა მიერ შემუშავებული პოზიტიური ზომების განხორციელება უზრუნველყოს. არ შესწიროთ ინდივიდუალური სამართლიანობა (თითოეული ადამიანის უფლებაა, მოექცნენ მას მისი პირადი მდგომარეობიდან გამომდინარე) ჯგუფურ სამართლიანობას

რისკს, რომ ქალები ნაკლებად ხელსაყრელად განიხილებიან აფირმაციული ქმედების არარსებობის შემთხვევაში, მაშინაც კი, როდესაც ამგვარი რისკის მატერიალიზება არ არის დადასტურებული.

¹²⁴ 4 See Abrahamsson, paras.54-55 (where the Court appears to consider that a measure found disproportionate under arts.2(1) and (4) of Directive 76/207/EEC also would fail to be justified under art. 141(4) EC).

¹²⁵ Badeck, para.53.

(ავტომატური და აბსოლუტური უპირატესობა ერთი ჯგუფის წევრებს, მაგ. ქალები, წევრობა მხოლოდ ამ მიზეზით).

4.3. პოზიტიური მოქმედების იურისპრუდენციის მომავალი

ამრიგად, როგორ შეიძლება განვითარდეს ეს პრეცედენტული სამართალი, როდესაც იგი აკრძალული დისკრიმინაციის ახალ საფუძვლებს შეემატება, რომელიც მე-13 მუხლში არის ჩამოთვლილი და როდესაც დასაქმების გარდა სხვა სფეროებშიც მოხდება მისი გამოყენება? მე-13 მუხლის საფუძველზე მიღებული თითოეული ინსტრუქცია ითვალისწინებს: „პროფესიულ ცხოვრებაში სრული თანასწორობის უზრუნველყოფას [ან ზოგადად, პრაქტიკაში], თანაბარი მოპყრობის პრინციპი რომელიმე წევრ სახელმწიფოს პირობების მიღებასა და შენარჩუნებაში არ უშლის ხელს, რომ თავიდან აიცილონ ან მოახდინონ ისეთი ნაკლოვანებების კომპენსირება [როგორიცაა რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობა].“¹²⁶ როდესაც კომისიამ დირექტივებში ამ პუნქტების ჩასმა შემოგვთავაზა, მან ივარაუდა, რომ ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი, რადგან მან განვითარება დაიწყო კალანკესთან და მარშალთან, მათ პრაქტიკას გამოიყენებდა *mutatis mutandis* დისკრიმინაციასთან საბრძოლველად.¹²⁷ „ამასთან, მკაფიო განსხვავება არსებობს, ერთი მხრივ, სქესის კრიტერიუმს და მეორეს მხრივ, რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობის, რელიგიის ან რწმენის, ასაკის, სექსუალური ორიენტაციის ან შეზღუდული შესაძლებლობის კრიტერიუმებს შორის, ამ განსხვავებული კრიტერიუმების ხილვადობა და უხილავობა და მათი ობიექტურობა, რომლის დადგენაც შესაძლებელია, მნიშვნელოვანი საკითხებია, და იმ რთულ საკით-

¹²⁶ Art.7(l) of the Employment Equality Directive; art.5 of the Racial Equality Directive.

¹²⁷ იხ., COM (1999) 565 final, of 25.11.1999, at p. 11: „რადგან პოზიტიური ზომები წარმოადგენს თანასწორობის პრინციპის გადახვევას, ისინი უნდა განიმარტოს მკაცრად, სქესობრივი დისკრიმინაციის შესახებ არსებული პრეცედენტული სამართლის გათვალისწინებით“.

ხებს შორის მოიაზრება, რომელსაც სასამართლო ადრეც შეჯახებულია და რომელთანაც მომავალშიც მოუწევს დაპირისპირება."

A. ქალთა და მამაკაცთა მიმართ თანაბარი მოპყრობა

უპირველეს ყოვლისა, გაითვალისწინეთ, რომ მიუხედავად იმისა, რომ ევროსასამართლო შედარებით ღიაა ნევრ სახელმწიფოთა საკანონმდებლო ორგანოს გადაწყვეტილებისთვის, რომლის თანახმად, ქალების სასარგებლოდ პოზიტიური ზომების მიღება მხოლოდ ფორმალური თანასწორობის მიღმაა საჭირო, იგი არასდროს მიიჩნევს, რომ ნევრ სახელმწიფოებს შეიძლება თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განსახორციელებლად ასეთი ზომების მიღება მოსთხოვონ. EFTA სასამართლოს წინაშე წარდგენილ საქმეზე, ნორვეგიის სამეფომ სცადა გაერკვია წესები, რომლითაც მრავალი ქალი აკონტროლებდა მხოლოდ ქალებს, 1979 წლის ქალთა დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის საერთაშორისო კონვენციის (CEDAW) მოთხოვნების შესაბამისად. EFTA სასამართლომ უარყო ეს არგუმენტი იმის გამო, რომ არც CEDAW და არც სხვა საერთაშორისო ინსტრუმენტები, რომლებიც სხვადასხვა ვითარებაში პოზიტიური ზომებით მოქმედებენ, მონაწილე სახელმწიფოებს ამგვარი ზომების მიღების ვალდებულებას არ აკისრებდნენ: პოზიტიური ქმედების მიმართ, ეს ინსტრუმენტები იყო „ნებართვითი და არა სავალდებულო“.¹²⁸

საქმე შეიძლება ასე მარტივად არ იყოს, მას შემდეგ, რაც საკითხს ქალთა სასარგებლოდ პოზიტიური მოქმედების მიღმა გავავრცელებთ. სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის თანახმად, გაეროს ადამიანის უფლებათა კომიტეტმა აღნიშნა, რომ „თანასწორობის პრინციპი ზოგჯერ სთხოვს მონაწილე სახელმწიფოებს, მიიღონ პოზიტიური ღონისძიებები, რათა შეამცირონ ან აღმოფხვრან პირობები, რომლებიც პაქტით აკრძალული დისკრიმინაციის შენარჩუნებას იწვევენ ან ხელს

¹²⁸ Case E-1/02, EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway (judgment of 24 January 2003), para.58.

უნყობენ. მაგალითად, იმ სახელმწიფოში, სადაც მოსახლეობის გარკვეული ნაწილის ზოგადი პირობები ხელს უშლის ან აფერხებს ადამიანის უფლებებით სარგებლობას, სახელმწიფომ უნდა გაატაროს კონკრეტული ღონისძიებები ამ პირობების გამოსასწორებლად.”¹²⁹ ამასთან, 1965 წლის საერთაშორისო კონვენციის მე-2(2) მუხლი,¹³⁰ რომელიც ევროკავშირის ყველა წევრი სახელმწიფოს მიერ რატიფიცირებული კიდევ ერთი დოკუმენტია, ადგენს:

„მონაწილე სახელმწიფოები, საჭიროებისამებრ, სოციალურ, ეკონომიკურ, კულტურულ და სხვა სფეროებში გაატარებენ სპეციალურ და კონკრეტულ ღონისძიებებს გარკვეული რასობრივი ჯგუფების ან მათში გაერთიანებული პირების ადეკვატური განვითარებისა და დაცვის უზრუნველსაყოფად. ამას არავითარ შემთხვევაში არ უნდა მოჰყვეს სხვადასხვა რასობრივი ჯგუფისთვის არათანაბარი ან ცალკეული უფლებების შენარჩუნება, მათი მიზნების მიღწევის შემდეგ.“

უნდა აღინიშნოს, რომ ეს დებულება უფრო ზუსტია, ვიდრე მისი ექვივალენტი CEDAW- ში (მუხლი 3), რომელიც EFTA სასამართლომ, სავარაუდოდ, განიხილა, მე-4 მუხლის პირველ პუნქტთან ერთად, როდესაც მან გადანყევტილება მიიღო საქმეზე E-1/02. ICERD და CEDAW ასევე შეიცავენ დებულებებს, რომლებითაც ნებადართულია პოზიტიური ღონისძიებების გატარება, იმ პირობით, რომ ისინი არ გამოიწვევენ შედეგად არათანაბარი ან ცალკეული უფლებებისა და სტანდარტების შენარჩუნებას, და რომ ასეთი ზომები უნდა შეწყდეს თანასწორობის მიზნების მიღწევის შემ-

¹²⁹ Human Rights Committee. General Comment No.18: Non-discrimination (1989), in Compilation of the General Comments or General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN doc. HRI/GEN/II/Rev7, 12 May 2004, at p. 146, para. 10

¹³⁰ The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination was adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965. It entered into force 4 January 1969.

დეგ.¹³¹ თუმცა, ICERD-ის მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის დებულებებიდან გამომდინარე, პოზიტიური მოქმედების ღონისძიებების გატარება გარკვეულ შემთხვევებში შეიძლება სავალდებულო იყოს, როდესაც კონკრეტული რასობრივი ან ეთნიკური ჯგუფი სტრუქტურული დისკრიმინაციის ფორმას ექვემდებარება.¹³² დამკვიდრებული უთანასწორობის პირობებში ღონისძიებების გატარების მსგავსი პოზიტიური ვალდებულებები შეიძლება გამომდინარეობდნენ ევროპის საბჭოს ეროვნული უმცირესობების დაცვის ჩარჩო კონვენციიდან. ჩარჩო კონვენციის მე-4 მუხლის თანახმად, მონაწილე სახელმწიფოებმა უნდა გაატარონ „ადეკვატური ღონისძიებები, რათა ხელი შეუწყონ ეკონომიკური, სოციალური, პოლიტიკური და კულტურული ცხოვრების ყველა სფეროს, სრულ და ეფექტურ ეროვნულ უმცირესობაში მყოფ პირებსა და უმრავლესობაში მყოფ პირებს შორის თანასწორობას“. ჩარჩო კონვენციის მრჩეველთა კომიტეტი ხელს უწყობს პოზიტიური მექანიზმების შემოღებას უმცირესობის წევრთა სასარგებლოდ, რომლებიც

¹³¹ Art.4(1) CEDAW; art. 1(4) ICERD.

¹³² სადაც ნათქვამია, რომ ICERD-ის წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა „მიიღონ სპეციალური ზომები, რათა ხელი შეუწყონ ბოშების დასაქმებას საჯარო ადმინისტრაციასა და დანესებულებებში, ასევე კერძო კომპანიებში“ და „შეძლებისდაგვარად, მიიღონ და განახორციელონ, ცენტრალურ ან ადგილობრივ დონეზე, სპეციალური ღონისძიებები ბოშების სასარგებლოდ საჯარო სექტორში დასაქმებისთვის, როგორცაა საჯარო კონტრაქტი და მთავრობის მიერ განხორციელებული ან დაფინანსებული სხვა ღონისძიებები (...)“, რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის კომიტეტი შეიძლება ირიბად მიუთითებდეს წევრ სახელმწიფოთა ვალდებულებებზე ICERD-ის 2(2) მუხლის შესაბამისად. იხილეთ რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის კომიტეტი, ზოგადი რეკომენდაცია No.27, ბოშათა დისკრიმინაცია, (ორმოცდამეჩვიდმეტე სესია, 2000), გაეროს დოკ. NA/55/18, V დანართი 154 (2000), გადაბეჭდილი ადამიანის უფლებათა ხელშეკრულების ორგანოების მიერ მიღებული ზოგადი კომენტარებისა და ზოგადი რეკომენდაციების კომპილაციაში, გაეროს დოკ. No.HRI/GEN/II/Rev6 216 (2003) პუნქტები 27-28. აგრეთვე იხილეთ ო. დე შუტერი და ა. ვერსტიხელი, „კავშირის როლი ბოშების ინტეგრაციაში: ანმყო და შესაძლო მომავალი“, ევროპული მრავალფეროვნებისა და ავტონომიის დოკუმენტები (EDAP) 2/2005, 37 ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: www.eurac.edu/edap

განსაკუთრებით დაუცველნი არიან.¹³³ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა მიმართ, გაეროს ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა კომიტეტმა განიხილა ზოგადი კომენტარი No.5 შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა შესახებ, რომელშიც ნათქვამია, რომ მონაწილე სახელმწიფოებს ეკისრებათ საერთაშორისო პაქტის ეტაპობრივი რეალიზაციის ვალდებულება და „ამგვარი მოწყვლადი და არახელსაყრელი ჯგუფის შემთხვევაში“ ავალდებულებს მათ „გაატარონ პოზიტიური ღონისძიებები სტრუქტურულად უარყოფითი მხარეების შესამცირებლად და შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთათვის შემოიღონ სასურველი შეღავათიანი მოპყრობა, ყველა შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირის საზოგადოებაში სრული ინტეგრაციისა და თანასწორობის მიზნების მისაღწევად. ეს თითქმის ნიშნავს, რომ ამ მიზნისთვის საჭირო იქნება დამატებითი რესურსების განთავსება და სპეციალურად მორგებული ღონისძიებების ფართო სპექტრი.“¹³⁴ ამიტომ, ნევრ სახელმწიფოებს შეიძლება უფრო გაუადვილდეთ რასობრივი, ეთნიკური, ან რელიგიური უმცირესობებისთვის პოზიტიური ღონისძიებების გამართლება, ვიდრე იმ მსგავსი მექანიზმების დასაბუთება, რომლებიც ქალთა პროფესიული ინტეგრაციის ხელშესაწყობად მიიღეს.¹³⁵

¹³³ See, e.g. Opinion on Azerbaijan, 22 May 2003, ACFC/OP/II (2004)001, para.28; Opinion on Ukraine, 1 March 2002, ACFC/OP/II(2002)010, para.27; Opinion on Serbia and Montenegro, 27 November 2003, ACFC/OP/II(2004)002, para.38.

¹³⁴ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n.5: Persons with disabilities, adopted at its 11 th session (1994) (UN doc. E/1995/22), para.9.

¹³⁵ მიუხედავად იმისა, რომ ადვილია იმის დადგენა, რომ აფირმაციული ქმედება არ ეწინააღმდეგება საერთაშორისო სამართალს, საუბარია იმის ირგვლივ, რომ აფირმაციული ქმედების სავალდებულო ხასიათი გარკვეულ გარემოებებში, კვლავ სადავოდ განიხილება. „აფირმაციული ქმედების კონცეფცია და პრაქტიკა“, ბატონი მარკ ბოსუიტის მიერ წარდგენილი საბოლოო ანგარიში, ზემოაღნიშნული 53-ე სესიის 98-ე პუნქტი (აღნიშნავს, რომ „არცერთი პაქტი [ICCPR და ICESCR] მკაფიოდ არ ცნობს აფირმაციული ქმედების სავალდებულო ხასიათს“), მ. კრავენტან, საერთაშორისო პაქტი ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ, მისი განვითარების პერსპექტივა, ოქსფორდი, კლარენ-

В. დასაქმების სფეროში თანაბარი მოპყრობის ხელშეწყობა

პირველი შენიშვნა ეხება პრეცედენტული სამართლის კანონის შემუშავებას, რომელიც ქალების სასარგებლოდ პოზიტიური ლონისძიებების მისაღებად შეიქმნა, რომელიც ანალოგიურია იმ ლონისძიებებისა, რომლებიც სხვა ჯგუფების სასარგებლოდ განხორციელდა. რასობრივი თანასწორობის დირექტივამ და დასაქმების თანასწორობის დირექტივამ თანაბარი მოპყრობის პრინციპი გააფართოვა. მეორე გამოწვევა ეხება დასაქმების სფეროში შემუშავებული პრეცედენტული სამართლის სხვა დარგებზე გადატანას, რასაც რასობრივი თანასწორობის დირექტივის¹³⁶ მე-3 მუხლი ან ახლახანს, საბჭოს მიერ დადგენილი No.2004/113/EC 2004 წლის 13 დეკემბრის დირექტივის მე-3 მუხლი მოიცავს. ქალთა და მამაკაცთა თანასწორი მოპყრობის პრინციპის განხორციელება საქონლისა და მომსახურების ხელმისაწვდომობისა და მიწოდების საკითხში.¹³⁷

დონის პრესა, 1995, გვ. 126 (ხაზს უსვამს სახელმწიფოთა ვალდებულებას, ფოკუსირება მოახდინონ საზოგადოების ყველაზე დაუცველ და მოწყვლად სოციალურ ჯგუფებზე, რაც შეიძლება მოიცავდეს შეღავათებს ამ დაუცველი ჯგუფის წევრების სასარგებლოდ) შედარება. თავისი მოხსენების დასკვნებში, მ. ბოსუიტი აღნიშნავს, რომ „მოსახლეობის გარკვეული ჯგუფების სისტემატური დისკრიმინაციის წარსულის მკაცრმა პოლიტიკამ შეიძლება გაამართლოს – და ზოგიერთ შემთხვევაში შეიძლება მოითხოვოს კიდევ – სპეციალური ლონისძიებების გატარება, რომლებიც მიზნად ისახავს მეორეხარისხოვნობის მდგომარეობის გაგრძელების გადალახვას, რაც ჯერ კიდევ ახდენს ზეგავლენას ამ ჯგუფების წევრებზე“ (პუნქტი 101 (ხაზგასმული)).

¹³⁶ Supra, nn. 13-15 and the corresponding text.

¹³⁷ ამ დირექტივის მე-4 მუხლის მე-5 პუნქტით გათვალისწინებულია, რომ იგი „არ გამორიცხავს განსხვავებულ მოპყრობას, თუ საქონლისა და მომსახურების მიწოდება მხოლოდ ან პირველ რიგში ერთ-ერთი სქესის წარმომადგენლებისთვის გამართლებულია ლეგიტიმური მიზნით და ამ მიზნის მიღწევის საშუალებები შესაბამისი და საჭიროა“. განსხვავება ფორმულირებაში ცხადყოფს, რომ დირექტივის ავტორებმა იცნან ევროპული სასამართლოს არსებული პრეცედენტული სამართლის გადატანის, სათანადო ცვლილებების/შესწორებების შეტანის (*mutatis mutandis*) სირთულეები, რომელიც განვითარებულია დასაქმების სფეროში საქონლისა

ამ მიმართულებით მოძრაობის დროს, ჩვენ სამართლიანობის ერთი სფეროდან გადავდივართ სხვა სფეროებში, რათა გამოვიყენოთ Walzer-ის ტერმინოლოგია,¹³⁸ რამაც ღრმად უნდა იმოქმედოს პოზიტიური მოქმედების ლეგიტიმურობის გაგებაზე და შესაბამისად, მის სამართლებრივ დასაშვებობაზე. დასაქმების სფეროში სამუშაო ადგილების განაწილება მოხდება პროფესიული კვალიფიკაციის მიხედვით, დასაქმების პროცედურის საშუალებით, ხოლო სამსახურიდან გათავისუფლებისგან დაცვა განისაზღვრება სტაჟის მიხედვით,¹³⁹ შიდა დაქირავების წახალისება, ზოგადად, ამ ორი კრიტერიუმის კომბინაციით გადაწყდება. ანალოგიურად, ისევე, როგორც აკადემიური შეფასება გაიცემა კანდიდატის მიღწევების შესაბამისად და გარკვეული მინიმალური სოციალური სარგებლის განაწილება ინდივიდუალური საჭიროებების შესაბამისად ხდება, სასწავლო სტიპენდიის მინიჭება გადაწყდება ამ ორი ცვლადის კომბინაციის საშუალებით. რაც შეეხება სუბსიდირებული სახლის გამოყოფას, ეს შეიძლება დამოკიდებული იყოს ოჯახის მოთხოვნებზე, რომლებმაც განაცხადი შეიტანეს, მაგრამ ასევე განაცხადის შეტანის თარიღზე – პრიორიტეტი შეიძლება მიენიჭოთ პირველ რიგში შეტანილ მოთხოვნებს, ისე, რომ ოჯახები, რომლებმაც განაცხადი სხვებზე ადრე შეიტანეს, დაკმაყოფილდებიან იქამდე ვიდრე სხვა ყველა – და შესაძლოა იმის გამო, რომ საჭიროა სოციალური ან ეთნიკური შერევის შენარჩუნება სოციალური სა-

და მომსახურების ხელმისაწვდომობისა და მიწოდების მიმართულებით. მიუხედავად ამისა, დირექტივის პრეამბულაში (მე-16 რედაქცია) ნათქვამია, რომ „განსხვავებები მოპყრობაში შეიძლება მისაღები იყოს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ისინი დასაბუთებულია ლეგიტიმური მიზნით. (...) ამის მიუხედავად, ნებისმიერი შეზღუდვა უნდა იყოს სათანადო და საჭირო ევროპული საზოგადოებების მართლმსაჯულების სასამართლოს პრეცედენტული სამართლიდან მიღებული კრიტერიუმების შესაბამისად“. ამასთან, ნახსენები მაგალითები არ შეიცავს აფირმაციულ სამოქმედო პოლიტიკას საქონლისა და მომსახურების ხელმისაწვდომობის ან უზრუნველყოფის სფეროში.

¹³⁸ M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983.

¹³⁹ S. Romm, "Layoffs: Principles and practices", in J. Elster (ed.), *Local Justice in America*, New York: Russell Sage Foundation, 1995, pp.153-226, at. p. 155.

ცხოვრების განაწილებაში, რომ ამით თავიდან იქნას აცილებული სეგრეგაციის ან გეტოიზაციის მოვლენები.

„ადგილობრივი სამართლიანობის“ ეს ფენომენი ასახავს იმას, თუ რამდენად დამოკიდებული იქნება მწირი საქონლის განაწილების მისაღები დასაბუთება იმ სფეროზე, სადაც ჩვენ ვართ ლოკალიზებული.¹⁴⁰ ამ ცნების შესაბამისობა პოზიტიური ქმედების შესახებ დებატებთან აშკარა უნდა იყოს. ეს გვიჩვენებს, რომ პოზიტიური მოქმედების გამოყენება შეიძლება მისაღები იყოს კონკრეტულ სფეროში, მაგრამ ის შეიძლება გამოირიცხოს სხვა სფეროში, რათა უზრუნველყოს კიდევ ერთი მწირი სოციალური სიკეთე: ამრიგად, საჭიროა კულტურის ყველა ჯგუფის წარმომადგენლობის შენარჩუნება. აუდიოვიზუალურ პროგრამებში საზოგადოებამ შეიძლება გაამართლოს დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპის გარკვეული შეზღუდვები,¹⁴¹ თუმცა მსგავსი მოთხოვნა არ იქნება მისაღები, მაგალითად, დასაქმების პროცესში; პოზიტიური სამოქმედო პროგრამა, რომელიც დასაქმების ეტაპზე

¹⁴⁰ See L. Boltanski et L. Thievenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991. See already, by the same authors: *Les conomies de la grandeur*, Paris, Centre d'études sur l'emploi, Presses universitaires de France, 1987.

¹⁴¹ იმ შემთხვევაში, თუ ეროვნული კანონმდებლობა უპირისპირდება კაპიტალის თავისუფალი გადაადგილებისა და მომსახურების თავისუფალი მიწოდების შესახებ რომის ხელშეკრულების წესებს, მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო შეთანხმდა, რომ აუდიოვიზუალურ სექტორში ლეგიტიმურ მიზნად უნდა ჩაითვალოს სხვადასხვა კომპონენტის საზოგადოების გამოხატვის თავისუფლება, განსაკუთრებით სოციალური, კულტურული, რელიგიური ან ფილოსოფიური გამოხატვის თავისუფლება: იხილეთ საქმე No.353/89, კომისია ნიდერლანდების წინააღმდეგ, ECR [1991] 4089, პუნქტი 30; და საქმე No.288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda და სხვები Commissariaat voor de Media-ს წინააღმდეგ, ECR [1991] 4007, პუნქტი 23. მიუხედავად იმისა, რომ რადიომაუწყებლობის ეროვნული ორგანიზაციებისათვის დაკისრებული ვალდებულება, უზრუნველყონ, რომ პოლანდიის საზოგადოების სხვადასხვა სოციალური, კულტურული, რელიგიური ან ფილოსოფიური კომპონენტები წარმოდგენილი იქნენ მათ პროგრამებში ეროვნული ნაშთების მეშვეობით, *Bedrijf*-ი დასახულ მიზანთან მიმართებით, არაპროპორციულად იქნა მიჩნეული.

მისაღება, შეიძლება ნაკლებად მისაღები იყოს სამსახურიდან დათხოვნის რიგის განსაზღვრისთვის კოლექტიური გათავისუფლების პროცედურებში.¹⁴² ამიტომ უკიდურესად ძნელია დამტკიცებული მოქმედების დასაშვებობის კრიტერიუმების დადგენა, რომლებსაც შეუძლიათ მოითხოვონ ზოგადი მოქმედება, ანუ კრიტერიუმები, რომლებიც დაკავშირებულია არა მხოლოდ კონკრეტულ „სფეროსთან“, როგორიცაა დასაქმება ან განათლება, არამედ გარკვეულ კონკრეტულ კონტექსტებთან, როგორიცაა, მაგალითად, კომპანიის ზომა, ან ბაზრის სახეობა – ადგილობრივი, ეროვნული ან გლობალური – სადაც პროდუქციის რეალიზაცია ხორციელდება. ზოგადი კრიტერიუმების დადგენა უფრო რთული იქნება, თუ სტიპენდიების ან სოციალური საცხოვრებლის გამოყოფის შემთხვევაში, სოციალური სიკეთის განაწილება უფრო ხშირად კრიტერიუმების კომბინაციის მიხედვით მოხდება, ვიდრე ერთი ცალკეული საზომის მიხედვით.

იმის მიუხედავად, რომ პოზიტიური მოქმედების შესაძლო შეფასება მკაცრად არის დამოკიდებული სოციალური სიკეთის ხასიათზე, რომლის განაწილებაც საფრთხის წინაშე დგას, არასწორი იქნება თუ ჩავთვლით, რომ გარემო, რომელშიც ვხვდებით, განაწილების დასაბუთებული კრიტერიუმების ხასიათს განსაზღვრავს. ის, თუ რომელი სახის „ადგილობრივი სამართლიანობა“ ჭარბობს კონკრეტულ სფეროში, დამოკიდებულია სოციალურ მოლოდინებზე. ეს შეიძლება შეიცვალოს. ამგვარი ცვლილება ძირითადად სპონტანური არ არის და ხშირ შემთხვევაში სოციალური ინსტი-

¹⁴² იხილეთ, მაგ. Wygant-ი Jackson Bd of Educ.-ის წინააღმდეგ, 476 აშშ 267 (1986). ამრიგად, რ. ბ. გინზბურგისა და დ. ჯ. მერიტის თანახმად, „შეშფოთება იმის შესახებ, რომ აფირმაციული სამოქმედო გეგმები მნიშვნელოვნად არ არღვევენ დამკვიდრებულ მოლოდინებს, გამოიკვეთებოდა აშშ-ს აფირმაციულ სამოქმედო იურისპრუდენციაში. ამრიგად, სამუშაოზე აყვანისას დაშვებული პრეფერენციები უარყოფილია, როდესაც დასაქმებულების სამსახურიდან გათავისუფლება წარმოადგენს საკითხს, სამსახურიდან გათავისუფლებისთვის მკაცრი სტაჟის სისტემები დომინირებენ“ (რ.ბ. გინზბურგი და დ.ჯ. მერიტი, „აფირმაციული ქმედება: ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო დიალოგი“, კარდოზო ლ. რევ. 253 (1999), გვერდი 265).

ტუტების ხელოვნური ფორმის შეცვლის შედეგს წარმოადგენდეს, რომელშიც მნიშვნელოვანი როლი თავად საკანონმდებლო რეგულირებას ეკისრება. აუცილებელია თუ არა სიმართლე, მაგალითად, რომ კომპანიას არა აქვს მოგების მიღების გარდა სხვა მიზანი და შესაბამისად, დაუშვებელია, გარდა განსაკუთრებული მტკიცების დასაბუთებისა, მოსთხოვონ კომპანიას დასაქმების პრინციპიდან გადახვევა, მხოლოდ იმის საფუძველზე, რომ კანდიდატების მოსალოდნელი პროდუქტიულობა შეიძლება განსხვავებული იყოს იმისგან, როგორც ისინი თავს წარადგენენ. პირიქით, არ უნდა ჩავთვალოთ, რომ კომპანიამ, ისევე როგორც ყველა სხვა სოციალურმა მოთამაშემ, ხელი უნდა შეუწყოს დასაქმების ბაზარზე მოსახლეობის „ტრადიციულად გამორიცხული“ ფენების ინტეგრაციას – ზუსტად ისე, როგორც ჩვენ უნდა მიუთითოს სოციალური საცხოვრებლისთვის გამოყოფის სისტემას მიზანი, რომ დააკმაყოფილოს „საჭიროებები“, რომლებიც წარმოიქმნება მათი გადაუდებელი აუცილებლობის შესაბამისად, მაგრამ ასევე უნდა შეუწყოს ხელი მეზობლების სოციალურ თუ ეთნიკურ შერევას. ჩვენ ვხედავთ, რომ საფრთხე ემუქრება პოზიტიური მოქმედების საკითხის წმინდა ინსტრუმენტულ მიდგომას, რომელიც მხოლოდ თავის თავს ეკითხება, შეუძლია თუ არა ამგვარი პოლიტიკის (ბენეფიციარი ჯგუფის ინტეგრაცია) დასასრულს განანილების პრინციპიდან გასვლა, არადისკრიმინაციული წესის შესაბამისად გაამართლოს.

„დამსახურების“ ან „კვალიფიკაციის“ ცნებების ამ რეფლექსურ ხელახალ მითვისებას შორსმიმავალი შედეგები აქვს. იმის ნაცვლად, რომ ამ კონცეფციების შინაარსი მოგვიტანონ გარედან, მაგალითად, როდესაც ისინი წარმოდგენილია „ბაზრის კანონების“ შესაბამისად, ისინი ნორმალურად განისაზღვრება, როგორც დემოკრატიული განხილვის პროცესის შედეგი. ეს პოზიტიური მოვლენაა. ბაზრის მექანიზმებზე გავრცელებული წესები, რომლებიც არც ისე შორეული წარსულიდან მოდის, მემკვიდრეობით არის მიღებული, იმ დროიდან, როდესაც დისკრიმინაცია ჯერ კიდევ არ იყო უარყოფილი. ისინი ასახავენ ინდივიდუალური პრეფერენციების სიმრავლეს, რაც შეიძლება ვიფიქროთ, რომ თავისუფალი არაა ცრურწმენებისგან. უფრო მეტიც, დამსახურების

ცნების კრიტიკულად განხილვით, ჩვენ ვქმნით შესაძლებლობას, გავითვალისწინოთ გარკვეული თვისებები, რაც შეიძლება ჰქონდეთ ამ პირებს, თუმცა ისინი ინსტიტუციური აღიარებით ზოგადად არ სარგებლობენ. როდესაც პოზიტიური მოქმედება ზოგადად ცდილობს კომპენსაცია გაუწიოს გარკვეულ პირებს მხოლოდ მათი ტრადიციულად დაუცველი კატეგორიისადმი კუთვნილების გამო.

ეს შეიძლება ილუსტრირდეს იმ როლით, რომელსაც აქამდე ასრულებდნენ ცნებები „დამსახურება“ ან „კვალიფიკაცია“ ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალში. ეს ცნებები მოქმედებენ სასამართლოს დასაბუთების საფუძვლად, პოზიტიური მოქმედების საქმეებში: პროცედურები ან კრიტერიუმები, რომლებიც დააჯილდოებს სამუშაოსთვის შესაბამისი „კვალიფიკაციის“ მქონე პირს, პრინციპში მოქმედებს, ნებისმიერი ღონისძიების მიმართ, რომელიც მიზნად ისახავს ამ საბაზისოდან გადახვევას, სოციალური სამართლიანობის მისაღწევად (კერძოდ, ქალთა წარმომადგენლობის გასაუმჯობესებლად) დასაშვებია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ისინი შეესაბამება პროპორციულობის პრინციპს. ამრიგად, მიუხედავად იმისა, რომ იგი ამტკიცებს გარკვეულ ეფექტებს, რომლებიც გამოწვეულია იმ მექანიზმებზე დამოკიდებულებით, რომელთა საშუალებით ბაზარი ანაწილებს თავის ჯილდოს ფიზიკურ პირებზე, როგორც ჩანს, პოზიტიური მოქმედება აღიარებს ამ მექანიზმების ნეიტრალიტეტს, რადიკალურად გამოწვევის გარეშე. პოზიტიური მოქმედების ტექნიკა გამოყოფს როლებს. ეს არის საბაზრო მექანიზმების როლი „დამსახურებებისა“ და „უნარების“ დადგენაში; მოკლედ რომ ვთქვათ „ყველაზე კვალიფიციური“. ამის შემდეგ კანონის ინსტრუმენტს ენიჭება ამ იდენტიფიკაციების შედეგების გადახრა, რათა გარკვეული შეღავათიანი ჯგუფებს შეღავათიანი მოპყრობა გაენიოთ ნევრების მიერ წარმოდგენილი მახასიათებლების გათვალისწინებით.“¹⁴³

¹⁴³ აბრაამსონის განჩინებაში, რომელიც ეხებოდა შვედეთის წესს, რომელიც ხელს უწყობდა ქალთა დანიშვნას უნივერსიტეტის მასწავლებელთა პოზიციებზე, მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ ნათლად კვლავ დაადასტურა პრინციპი: „როგორც წესი, პოსტზე კანდიდატების შერჩევის პროცედურა მოიცავს მათი კვალიფიკაციის შეფასებას ვაკან-

ამრიგად, პოზიტიური მოქმედება, გაბატონებული ლოგიკის ჩაშლისაგან შორს – იდეა, რომ ბაზარი დააჯილდოებს ყველაზე „კვალიფიციურს“, შეიძლება სინამდვილეში გაამყაროს იგი. შედეგად, არახელსაყრელი ჯგუფების წევრებმა შეიძლება აღმოაჩინონ, რომ უარყოფითი სტერეოტიპები, რაც მათ მიმართ არსებობს, კიდევ უფრო განმტკიცებულია კანონის ჩარევის მომენტიდან, რათა კომპენსაცია გაუწიოს იმ ფაქტს, რომ მათ არ აქვთ ან არ ითვლება ისეთი თვისებები, მათ საშუალებას მისცემდნენ, მართონ მისი დახმარების გარეშე.

უფრო დივერსიული მიდგომა შეიძლება შედგებოდეს ნაბიჯის გადადგმაში, რომელიც წარმოადგენს არა მხოლოდ პოზიტიური მოქმედების გამოყენების შედეგების გამოწვევას, არამედ თვით „დამსახურების“ კონცეფციას – კონცეფცია, რომელიც, რეალურად ბუნებრივ ხასიათს ატარებს საბაზრო მექანიზმებისგან, ჩვენ გვაქვს ასეთი ძლიერი ტენდენცია ფეტიშად გადაქცევის. ბადეის საქმე ზუსტად გთავაზობთ იმ შედეგების ილუსტრაციას, რამაც შეიძლება ასეთი მიდგომა გამოიწვიოს. ჰესენის მიწის კანონი, რომელიც ამ საქმეზე წარუდგინეს სასამართლოს, შეიცავდა დებულებას (მე-10 პუნქტი), რომელიც ითვალისწინებს: „კვალიფიკაციის შეფასებისას, მხედველობაში მიიღება კვალიფიკაცია და გამოცდილება, რომელიც შეიძინა ბავშვების ან სხვა პირების მოვლაში, რომლებიც საჭიროებენ საყოფაცხოვრებო სექტორში ზრუნვას (საოჯახო საქმე), რამდენადაც მათ აქვთ მნიშვნელობა განმცხადებლების ვარგისიანობის, შესრულებისა და შესაძლებლობებისათვის. სასამართლო ასევე აღნიშნავს, რომ ასეთი კრიტერიუმები, „მართალია ფორმულირებულია ისეთი სქემებით, რომლებიც ნე-

ტური თანამდებობის მოთხოვნებთან ან შესასრულებელ მოვალეობებთან მიმართებაში“ (საქმე C-407/98, აბრაჰამსონი და სხვები, პუნქტი 46). საგულისხმოა, რომ ეს მტკიცება გაკეთებულია იმ კონტექსტში, როდესაც სათემო სასამართლოს სთხოვეს განეხილა აფირმაციული ქმედების მიმართვის ლეგიტიმურობის შესახებ: მისი გადანაცვეტილება უნდა ემყარებოდეს „დამსახურების“ საჯარაუდოდ ნეიტრალური კონცეფციის თავდაპირველ პოზიციას, რომლის მოთხოვნებთან მიმართებაში აფირმაციული ქმედება გამონაკლისს უშვებს.

იტრალურია სქესის მიმართ და ამით მამაკაცებისთვისაც სარგებელს ადგენენ, თუმცა ზოგადად, ისინი ქალებს ემხრობიან“, აშკარად მიზნად ისახავდნენ თანასწორობის მიღწევას, რომელიც არსებითია და არა ფორმალური, იმ უთანასწორობის შემცირებით, რაც შეიძლება პრაქტიკულად მოხდეს სოციალურ ცხოვრებაში”.¹⁴⁴ ეჭვეშ არ აყენებს მათ ლეგიტიმურობას.¹⁴⁵ ანალოგიურად, როდესაც იგი ნორვეგიის აკადემიაში ქალების სასარგებლოდ გამოყოფის წინაშე აღმოჩნდა, EFTA სასამართლომ აღნიშნა, რომ“... კანდიდატების კვალიფიკაციის შეფასების კრიტერიუმები არსებითია. ამგვარი შეფასებისას, როგორც ჩანს, არსებობს იმ ფაქტორების განხილვის შესაძლებლობა, რომლებიც ემპირიული გამოცდილების საფუძველზე, ქალ კანდიდატებს უბიძგებენ მდგომარეობაში, ვიდრე მამაკაც კანდიდატებთან შედარებით. ცნობიერების ასეთმა ფაქტორებმა შეიძლება შეამციროს გენდერული უთანასწორობის ფაქტები. გარდა ამისა, იმ შესაძლებლობისთვის მნიშვნელობის მინიჭება, რომ მრავალ აკადემიურ დისციპლინაში ქალის ცხოვრებისეული გამოცდილება შეიძლება შეესაბამებოდეს შესაძლებლობების განსაზღვრას, ხოლო მაღალ აკადემიურ თანამდებობებზე მუშაობას შეუძლია გააძლიეროს ქალთა და მამაკაცთა თანასწორობა, წარმოადგენს დირექტივის ბირთვს.”¹⁴⁶

და ამავდროულად, არსებობს რისკი, რომელიც თან ახლავს ამგვარი მცდელობებს, შეცვალონ ცნებები „დამსახურება“ ან „კვალიფიკაცია“, რომლებიც პოზიტიური მოქმედების იურისპრუდენციის საფუძველია. ამ ცნებების თანმიმდევრულმა გადასინჯვამ არ უნდა დაგვავიწყოს, რომ დავივიწყებთ იმ ფონური პირობების შექმნის მნიშვნელობას, რაც თითოეულ ინდივიდს, არ აქვს მნიშვნელობა, რომელ სოციალურ ჯგუფს მიეკუთვნება, შეასრულოს მოთხოვნები, რომლებიც ერთნაირადაა დაწესებული ყველა პირზე. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ნებისმიერ უთანასწორობაზე

¹⁴⁴ Para.32.

¹⁴⁵ სასამართლოს, ფაქტობრივად, არ დასჭირვებია პოზიცია ამ კრიტერიუმების მისაღები საკითხის თაობაზე, რაც მთავარ პროცესში მონაწილე მხარეებს არ გაუპროტესტებიათ.

¹⁴⁶ Para.57.

დათანხმება, რომელიც საერთოა ყველასათვის, იქნება ყურადღების გარეშე დარჩენილი და ნებისმიერი არსებული უთანასწორობის შესაძლებლობები იქნება მიღებული, იმ პირობით, რომ ამ უთანასწორობის ანაზღაურება და უთანასწორობის შედეგები სხვადასხვა სოციალურ ჯგუფებს შორის, ამით შემცირდება.¹⁴⁷

ჩვენ ვხედავთ, რომ არსებობს ბალანსი ამ ორ საკითხს შორის, რომლებიც უნდა მივიჩნიოთ, როგორც ურთიერთმოქმედი და არა ურთიერთსაწინააღმდეგო. არც პოზიტიური მოქმედება და არც „კვალიფიკაციის“ ცნების გადახედვა პოლიტიკის სათანადო შემცველი არაა იმისთვის, რომ კონცეფციის დეფექტიანობის აღმოფხვრა მოხდეს. პირველ რიგში, რაც შესაძლებლობებში უთანასწორობას ქმნის ეს არის – პოლიტიკა, რომელიც, მაგალითად, ბავშვთა აღზრდისა და განათლების სფეროებში, ემსახურება კარიერული და ოჯახური ცხოვრების შეთავსებას, ან მიზნად ისახავს დომინანტი სტერეოტიპების შეცვლას ქალთა კონკურენციის უნარის შესახებ. ამ უკანასკნელი მიზნის დაღალატებით, ჩვენ შევქმნით საფრთხის შემცველი კომპეტენციის კრიტერიუმებს სტრუქტურული პოლიტიკისთვის, რომელიც მიზნად ისახავს შესაძლებლობების თანასწორობას. საფრთხე იქნებოდა, რომ ნევრთა ჯგუფები, რომელთა მიერ ხორციელდება სარგებლის მიღება ამ მოლაპარაკებების შედეგად, აღარ შეეცდება ინვესტიციების ჩადებას გარკვეული უნარების შეძენაში, და საბოლოოდ, ჩვენ აღმოვაჩინოთ, რომ საზოგადოების უტოპიური შეხედულებისაგან შორს წასვლის ნაცვლად, უფრო ახლოს მივდივართ, სადაც სოციალური ერთობა საკმარისად ძლიერია და ბაზრის მექანიზმებზე დამოკიდებულება არ გამოიწვევს სტრუქტურულ უთანასწორობას. არც პოზიტიური მოქმედება და არც „კვალიფიკაციის“ ცნების გადახედვა ამ კონცეფციის გააზრების დეფექტიფიცირებისთვის, რომელიც, როგორც ვხედავთ, ბუნებრივად ნაკარნახევია ბაზრის მოთხოვნებით, არ არის სათანადო შემცველი პოლიტიკისთვის,

¹⁴⁷ See in this sense R. H. Fallon, "To Each According to His Ability, From None According to His Race: The Concept of Merit in the Law of Antidiscrimination", *Boston Univ L. Rev.*, vol. 60, 1980, p.815, here p.876.

რომელიც მიზნად ისახავს პირობების მოხსნას. პირველ რიგში, რაც შესაძლებლობებში უთანასწორობას ქმნის არის – პოლიტიკა, რომელიც, მაგალითად, ბავშვთა აღზრდისა და განათლების სფეროებში, ემსახურება სამუშაო და ოჯახური ცხოვრების შერიგებას, ან ისახავს დომინანტი სტერეოტიპების შეცვლას ქალების ბაზარზე კონკურენციის შესაძლებლობის შესახებ.

სამომავლო პოზიტიური მოქმედებისათვის, ამ ინსტრუმენტის გამოყენების მიღმა, ქალთა პროფესიული ინტეგრაციის დაჩქარების მიზნით – კონტექსტი, რომელშიც აქამდე ვითარდებოდა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი – მოცემულია შემდეგ ნაწილში. გააგრძელებს თუ არა სასამართლო ამ პრეცედენტული კანონის დაცვას? ნებადართულია თუ არა პოზიტიური მოქმედება მხოლოდ იმ შემთხვევებში, როდესაც ნაჩვენებია „რეალური უთანასწორობა“, რომლის ამოღება ან კომპენსაცია ცხორციელდება და პროპორციულობის შემონახვა პოზიტიური ღონისძიებების გატარებას ექვემდებარება? პოზიტიური მოქმედების ალტერნატივა, რომლის შემდგომში შესწავლა იმ კრიტერიუმების ხელახლა განსაზღვრის პროცესისგან შედგება, რომელიც ჩვეულებრივ სოციალური სიკეთის განაწილების მიზნით ხორციელდება, გამოიყენება ამ სიკეთის ხასიათის შესაბამისად. „კვალიფიკაციის“ განსაზღვრა შესაძლებელია იმ გამოცდილების გათვალისწინებით, რომელიც პირმა ბავშვების ან სხვა პირების მოვლაში მონაწილეობისას შეიძინა, რომლებიც ზრუნვას საჭიროებდნენ ან კონკრეტული „ქალის ცხოვრებისეული გამოცდილების“ გათვალისწინებით, მათ შეიძლება გაითვალისწინონ კონკრეტული მნიშვნელობა, როგორც კერძო ბიზნესში, ისე სახელმწიფო სექტორში, და ჩართონ უფრო მეტი უმცირესობა, რათა კლიენტების და საზოგადოების საჭიროებებზე უფრო ეფექტური რეაგირება მოახდინონ.¹⁴⁸ ანალოგიურად, რასობრივი თანასწორობის

¹⁴⁸ რასაკვირველია, პიროვნების რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობის, რელიგიის ან რწმენის, შეზღუდული შესაძლებლობების, ასაკის ან სექსუალური ორიენტაციის სპეციფიკურად გათვალისწინებაც კი შეიძლება იყოს მისაღები და აუცილებელი არ არის, რომ განიმარტოს, როგორც პირდაპირი დისკრიმინაციის აკრძალული ფორმა. რასობრივი თანასწორობის

დირექტივით გათვალისწინებულ სხვა სფეროებში, როგორიცაა განათლება, სოციალური დაცვა ან სოციალური უპირატესობები, ან საქონლისა და მომსახურების ხელმისაწვდომობა და მიწოდება, რომლებიც ასევე გათვალისწინებულია No.2004/133/EC 2004 წლის 13 დეკემბრის დირექტივით ქალებსა და მამაკაცებს შორის თანაბარი მოპყრობის პრინციპით, შეიძლება ექვეყნებოდეს კრიტერიუმები, რომლებსაც ჩვეულებრივ მივმართავთ ამ საქონლის განაწილების მიზნით, რათა უმცირესობათა ჯგუფების წევრთა ნაკლოვანებების აღმოფხვრა უზრუნველვყოთ. მეტი ინვესტიციის ჩადება შეიძლება განათლებაში, მაგალითად, იმ უბნებში, სადაც იმიგრანტი მოსახლეობაა კონცენტრირებული; შეიძლება შემოუღებოდეს სპეციალური პროგრამები მომთაბარე მოსახლეობის ჯანმრთელობის სერვისების ხელმისაწვდომობის გასაზრდელად, ისე, რომ ჯანმრთელობის სერვისების განაწილებისას მხედველობაში მიიღონ არა მხოლოდ ჯანმრთელობის საჭიროებები და შემოსავ-

შესახებ დირექტივაც (პრეამბულის მე-18 რეციტირების მე-4 მუხლი) და დასაქმების თანასწორობის დირექტივაც (მუხლი 4 (I) და პრეამბულის 23-ე რეციტირება) ითვალისწინებენ, რომ განსხვავებული მოპყრობა, რომელიც ექვემდებარება მახასიათებელს ემყარება, არ უნდა წარმოადგენდეს დისკრიმინაციას, როდესაც „კონკრეტული პროფესიული საქმიანობის ხასიათის ან მათი განხორციელების კონტექსტის გამო, ეს მახასიათებელი წარმოადგენს ნამდვილ და განმსაზღვრელ პროფესიულ მოთხოვნას, იმ პირობით, რომ მიზანი ლეგიტიმურია და მოთხოვნაც პროპორციული“. მიუხედავად იმისა, რომ ეს ტერმინები განზრახ შემზღუდველია, რათა თავიდან იქნას აცილებული ნებისმიერი სახის ბოროტად გამოყენება, კომისია თვლის, რომ „ტერმინი „ძირეული პროფესიული კვალიფიკაცია“ უნდა განიმარტოს ვიწროდ, რათა მოიცავდეს მხოლოდ იმ პროფესიულ მოთხოვნებს, რომლებიც მკაცრად არის საჭირო შესაბამისი საქმიანობის შესასრულებლად. რასობრივი და ეთნიკური წარმოშობის საფუძველზე განსხვავებული მოპყრობის შემთხვევაში, ასეთი შემთხვევები ძალზე საგამონაკლისო იქნება. მაგალითად, ასეთი განსხვავებების მაგალითები შეიძლება მოიძებნოს, როდესაც დრამატული წარმოდგენის ავთენტურობის შენარჩუნების გამო საჭიროა კონკრეტული რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობის ადამიანი, ან თუ კონკრეტული სამუშაოს მფლობელი უზრუნველყოფს კონკრეტული ეთნიკური ჯგუფის პირებს პირადი მომსახურებით მათი კეთილდღეობის გასაუმჯობესებლად და ეს მომსახურება ყველაზე ეფექტურად შეუძლია უზრუნველყოს ამ ეთნიკური ჯგუფის პირმა“. (COM (1999) 566 საბოლოო, 25.11.1999, გვ. 8)

ლების დონე, არამედ ისეთი სერვისების მიუწვდომლობა, რომელსაც გარკვეულ ჯგუფებში შეიძლება განიცდიდნენ; ზოგადად, რაიმე პოლიტიკა, რომელიც მიზნად ისახავს კონკრეტული კატეგორიის განსაზღვრას, გარკვეული „საჩუქრების“ განაწილებით, „საეჭვო“ მახასიათებლებით, არ უნდა იქცეს უფრო სტრუქტურული საშუალებების მიღების ნამახალისებლად, რომლებიც მათი ამოქმედების შემდეგ, ეტაპობრივად შექმნის სიტუაციას, როდესაც ასეთი სპეციალური ღონისძიებები ზედმეტი გახდება.

5. დასკვნა

კომისიის ბოლოდროინდელი კომუნიკაცია „დისკრიმინაციის აკრძალვა და ყველასთვის თანაბარი შესაძლებლობები – ჩარჩო სტრატეგია“, ¹⁴⁹ რომელიც წარმოიშვა კონსულტაციის პროცესის შედეგად და რომელიც გაფართოებულ ევროკავშირში მწვანე წიგნის გამოცემით დაიწყო 2004 წლის, 28 მაისს, ¹⁵⁰ ადგენს, რომ: „ინდივიდუალურ დონეზე ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობის განხორციელება საკმარისი არ არის ზოგიერთ ჯგუფში მრავალმხრივი და ღრმად ფესვგადგმული უთანასწორობის ამოსაძირკვად, საჭიროა გასცდეს ანტიდისკრიმინაციული პოლიტიკის მიღწევას, რომელიც ხელს უშლის უთანასწორო მოპყრობას. ევროკავშირმა უნდა გააძლიეროს თავისი ძალისხმევა, ხელი შეუწყოს ყველასთვის თანაბარი შესაძლებლობების შექმნას, რათა გადალახოს სტრუქტურული ბარიერები, რომლებსაც მიგრანტები, ეთნიკური უმცირესობები, შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირები, ხანდაზმულები, ახალგაზრდები და სხვა მონყვლადი ჯგუფები აწყდებიან.“

დადგა ანტიდისკრიმინაციული მოდელის გადახედვის დრო, რომელსაც აღნიშნული თემის საკანონმდებლო ბაზა ემყარება. პირვე-

¹⁴⁹ COM(2005)224 final, 1.6.2005.

¹⁵⁰ COM(2004) 379 final, 28.5.2004. The reactions to the Green paper are available at:

http://europa.eu.int/comm/employment-social/fundamental_rights/policy/aneval/greenen.htm.

ლი ნაბიჯი იქნება იმის განხილვა, ხდება თუ არა უკანონო წესით წევრ სახელმწიფოებში დისკრიმინაციის განსხვავებული გავლენა. ეს გულისხმობს ირიბი დისკრიმინაციის ამჟამინდელ განმარტებას, რაც რასობრივი თანასწორობისა და დასაქმების თანასწორობის დირექტივებში შედის. დისკრიმინაციის მსხვერპლს საშუალება უნდა მიეცეს, დაადგინოს დისკრიმინაციის პრეზუმფცია სტატისტიკის წარდგენით, რითაც ავალდებულებს ღონისძიებების ავტორს შექმნას განსხვავებული ზემოქმედება გარკვეულ დაცულ ჯგუფებზე, ან ეს ღონისძიება როგორც მიზანშეწონილი, ისე ლეგიტიმური მიზნის მიღწევით გაამართლოს ან შეცვალოს იგი (ზემოთ, სექცია 2). ზოგჯერ რასობრივი, ეთნიკური ან რელიგიური უმცირესობების, შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა, სხვადასხვა სქესობრივი ორიენტაციის მქონე პირთა ან ასაკობრივი ჯგუფების მდგომარეობის მონიტორინგის მიზნით აკრძალულია ინფორმაციის დამუშავება. პირადი მონაცემების დამუშავებისას პირადი ცხოვრების დაცვასთან დაკავშირებით (ნაწილი 3.1). მეორე ნაბიჯი იქნება პოზიტიური თანასწორობის მოდელისკენ გადაადგილება, რომელშიც ანტიდისკრიმინაციული კანონი ცდილობს არა მხოლოდ პროცესის სამართლიანობა, არამედ შედეგების სამართლიანი განაწილება უზრუნველყოს, მათ შორის, საზოგადოების ყველაზე დაუცველი ჯგუფებს შორის მდგომარეობის გაუმჯობესების ზომების მიღების ვალდებულებების გათვალისწინებით. თანასწორობის ამ მოდელის მიხედვით, პოზიტიური სამოქმედო პოლიტიკა გადამწყვეტ როლს ასრულებს, როგორც დისკრიმინაციის სტრუქტურულ ფორმებთან ბრძოლის ინსტრუმენტი, რომელსაც ადეკვატურად ვერ პასუხობენ დისკრიმინაციის ცალკეული შემთხვევების აკრძალვით (ნაწილი 4). აქ კიდევ ერთხელ შეიძლება ეს შეთანხმდეს არსებულ კანონმდებლობასთან, რომელიც პირად ცხოვრებას პირადი მონაცემების დამუშავების თვალსაზრისით იცავს, იმ პირობით, რომ გარკვეული გარანტიები არსებობს (ნაწილი 3.2).

თავის კომუნიკაციაში, სადაც შემოთავაზებულია ჩარჩო სტრატეგია არადისკრიმინაციული საკითხების შესახებ, კომისია აღნიშნავს, რომ „შესაძლოა საჭირო გახდეს პოზიტიური ღონისძიებების გატარება იმ ადამიანთა ჯგუფების დიდი ხნის უთანასწორობის

კომპენსაციისთვის, რომლებსაც ისტორიულად თანაბარი შესაძლებლობები არ გააჩნდათ",¹⁵¹ „მხოლოდ კანონმდებლობისთვის რთულია გაუმკლავდეს უთანასწორობის რთულ და ღრმად ფესვგადგმულ სქემებს, რომელსაც ზოგიერთი ჯგუფი განიცდის“. კანონმდებლობა მნიშვნელოვან როლს ასრულებს სტრუქტურული დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლაში.¹⁵² რა თქმა უნდა, ამ მიზნის მისაღწევად სოციალური და ეკონომიკური პოლიტიკაც არის საჭირო, მაგრამ ეს არ უნდა გვათავისუფლებდეს საკანონმდებლო ჩარჩოს გაუმჯობესებისკენ სწრაფვისგან, იმ პირთა საჭიროებების დასაკმაყოფილებლად, რომლებიც ნაკლებად არიან წარმოდგენილნი. ახლა მოქმედების დროა.

¹⁵¹ COM (2005)224 final, at Para. 3.3.

¹⁵² Christopher McCrudden, "Institutional Discrimination", 2(3) Oxford Journal of Legal Studies (1982), 303-367.

ნაზიბროლა ჩინჩალაძის** თარგმანი

აღმსარებლობის თავისუფლება და ანტიდისკრიმინაციული სამართალი

მე ვისაუბრებ ანტიდისკრიმინაციულ კანონებსა და აღმსარებლობის თავისუფლებას შორის არსებულ კონფლიქტზე. მსურს, ამ საკითხთა შესახებ ვისაუბრო კონკრეტულად იმ ორი თანამედროვე ტრენდის შუქზე, რომელიც უკავშირდება რელიგიის თავისუფლად გამოხატვასთან დაკავშირებულ სასამართლო პროცესებსა და აზრთა სხვადასხვაობას. ეკლესია-სახელმწიფოს დისკუსიის ძალიან დიდი ნაწილი, როგორც ჩანს, ისეთი საკითხებითაა გამოწვეული, როგორიც ათი მცნების საჯაროდ გამოფენა, სკოლის დაფინანსება და სხვა მეტად გახმაურებული სფეროებია. თუმცაღა, ამ შემთხვევების მნიშვნელობა რომ არ დაკნინდეს, არსებობს სამართლის სფეროები, რომლებიც, როგორც ჩანს, უფრო ნაკლებ ყურადღებას იპყრობს, მაგრამ, ამავდროულად, უფრო სიღრმისეულ და საინტერესო საკითხებს აყენებს დღის წესრიგში პირველ შესწორებასთან, ეკლესია-სახელმწიფოსა და აღმსარებლობის თავისუფლებასთან დაკავშირებით. შესაბამისად, ვაპირებ ვისაუბრო შემდეგ ორ საკითხზე: პირველი, საქმეებისა და პოლიტიკის საკითხების ჩამონათვალი ე.წ. სასულიერო გამონაკლისის ირგვლივ და მეორე, საქმეების ჯგუფი სავალდებულო დახმარებებთან დაკავშირებულ საკანონმდებლო ნორმათა შესახებ, განსაკუთრებულ ყურადღებას მივაპყრობ რა მცირე ხნის წინ ნიუ იორკში დასრულებულ საქმეს და მის ანალოგიურ საქმეს კალიფორნიის შტატში, რომლებიც

* სამართლის ასისტენტი-პროფესორი, ვილანოვას უნივერსიტეტის სამართლის სკოლა. B.A., ნოტრდამის უნივერსიტეტი, M.A and Ph.D. (Cand.), ბოსტონის კოლეჯი; J.D., მიჩიგანის უნივერსიტეტი. უღრმესი მადლობა ფრანკლინ ც. მილერ უმცროსს მისი კვლევითი ასისტენტობისთვის.

** სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი.

დამსაქმებლებს დასაქმებულთათვის სარეცეპტო კონტრაცეპტული მედიკამენტის ღირებულების ანაზღაურებას ავალდებულებს.

სასულიერო გამონაკლისთან დაკავშირებულ პირველ საკითხზე: მათთვის, ვინც უკვე გაირა კურსი შრომით დისკრიმინაციასა და „სამოქალაქო უფლებების შესახებ“ კანონის VII კარის საკითხებში – ფედერალური დასაქმების მნიშვნელოვან ანტიდისკრიმინაციულ კანონთან დაკავშირებით - მოგეხსენებათ, რომ ეს კანონი უკვე ითვალისწინებს გამონაკლისს რელიგიური ორგანიზაციებისათვის, მათ მიერ რელიგიის საფუძვლით პირთა წრის განსხვავების შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას. ანუ, VII კარში განმტკიცებული აკრძალვა რელიგიის საფუძვლით განხორციელებული დისკრიმინაციის შესახებ არ ვრცელდება რელიგიურ ინსტიტუტებზე. როგორც ჩანს, აღნიშნული ერთობ მგრძნობიარე საკითხია უმეტესი ადამიანისათვის. უმაღლესმა სასამართლომ სახელმწიფო რელიგიის ამკრძალავი (Establishment Clause) საკანონმდებლო ნორმით შექმნილი გამოწვევის პასუხად ამ გამონაკლისს მრავალი წლის წინ დაუჭირა მხარი.¹ მაგრამ სასულიერო გამონაკლისი არის არა კანონისმიერი, არამედ შექმნილია სასამართლოს მიერ და განსაზღვრავს, რომ რელიგიური ინსტიტუტები მთლიანად თავისუფლდებიან VII კარის მოთხოვნებისაგან, როდესაც სარჩელები შეტანილია „სასულიერო პირების“ დასაქმების შესახებ რელიგიური ინსტიტუტების გადაწყვეტილების გასასაჩივრებლად. ეს საკითხი არასოდეს გადაწყვეტილა უმაღლესი სასამართლოს მიერ, მაგრამ მრავალმა საოლქო სასამართლომ – სინამდვილეში ყველა საოლქო სააპელაციო სასამართლომ მხარი დაუჭირა ამ გამონაკლისს, გარდა ერთი შემთხვევისა, რომლის შესახებაც უფრო მეტს ძალიან მალე ვისაუბრებთ.

ამ სააპელაციო სასამართლოების მიერ წარმოდგენილი არგუმენტი, სავარაუდოდ, ნაცნობია საკონსტიტუციო სამართალში გამოცდილების მქონე პირებისთვის, რომელთაც მოეხსენებათ

¹ Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos, 483 U.S. 327(1987).

კონსტიტუციური აცილების დოქტრინის² შესახებ, რაც ზოგჯერ გამოიყენება სასამართლოების მიერ, როდესაც ისინი კონსტიტუციური პრობლემის წინაშე აღმოჩნდებიან. სასულიერო გამონაკლისის საკითხის შემთხვევაში სასამართლოებმა დაადგინეს, რომ VII კარი არ ვრცელდება რელიგიური ინსტიტუციის სასულიერო პირების მიმართ მიღებულ დასაქმების გადაწყვეტილებაზე, რათა თავიდან ყოფილიყო აცილებული აღმსარებლობის თავისუფლებასთან დაკავშირებული პრობლემა, რომელიც შეიძლებოდა წარმოშობილიყო რელიგიური ინსტიტუტების მიმართ შრომითი დისკრიმინაციის კანონის გამოყენების შემთხვევაში.

რა არის ამის გამართლება? ამის სულ მცირე ორი დასაბუთება არსებობს და აქ დავესესხები კოლუმბიის ოლქის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლე ბაქლის გადაწყვეტილებას საქმეზე *EEOC v. Catholic University*³, რომელიც 1990-იანების შუა პერიოდის პრეცედენტს წარმოადგენს. ჯერ ერთი, ეკლესიის მიერ სასულიერო პირთა დანიშვნისას შრომითი დისკრიმინაციის აკრძალვის სეკულარული სტანდარტების დანესება მძიმე ტვირთად დაანვებოდა აღმსარებლობის თავისუფლებას. მეორეც, დისკრიმინაციის აკრძალვის სახელმწიფო ინტერესი გადანოწილია ეკლესიის კონსტიტუციური ავტონომიით. არსებითად, ეს დასაბუთება ნიშნავს იმას, რასაც ეკლესიის ავტონომიის დოქტრინა მოიცავს, რომ შრომითი დისკრიმინაციის კანონების აღსრულებისას დისკრიმინაციის აკრძალვის სახელმწიფო ინტერესი გადაიწონება, როდესაც რელიგიური ინსტიტუტი იღებს შრომით გადაწყვეტილებებს საკუთარ სამღვდელოებასთან დაკავშირებით. ზემოთ ჩამოთვლილი გვევლინება ჩვეულებრივ დასაბუთებად სასულიერო გამონაკლისისათვის. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, VII კარისა და მსგავსი ანტიდისკრიმინაციული კანონების გამოყენება რელიგიური ინსტიტუტების მიმართ საფრთხეს შეუქმნიდა აღმსარებლობის თავისუფლებას და

² Constitutional Avoidance Doctrine - აშშ-ის საკონსტიტუციო სამართლის დოქტრინა, რომელიც ფედერალურ სასამართლოებს ავალდებულებს, გვერდი აუარონ ნორმის კონსტიტუციურობის საკითხის განხილვას, თუ საქმის გადაწყვეტა უამისოდაც შესაძლებელია.

³ 83 F. 3d 455 (D, C, Cir.1996)

ეკლესიის ავტონომიის დოქტრინას. ამგვარად, საოლქო სასამართლოებმა დაადგინეს, რომ VII კარი უნდა განმარტებულიყო ისე, რომ ეს გამონაკლისი გამოკვეთილიყო, რათა თავიდან აეცილებინათ კონსტიტუციური პრობლემა.

მცირედი გამონაკლისი საოლქო სასამართლოების თითქმის ერთგვაროვანი ნორმათშეფარდებისგან, რომელზეც მიეუთითებოდა, მომდინარეობს მესამე საოლქო სასამართლოს მცირე ხნის წინ მიღებული გადაწყვეტილებიდან საქმეზე *Petruska v. Gannon University*,⁴ რომელიც დაკავშირებულია განონის უნივერსიტეტთან (ერია, პენსილვანია). მოსამართლე ბეკერი, რომელმაც ეს გადაწყვეტილება დანერა, მის გამოქვეყნებამდე ცოტა ხნით ადრე გარდაიცვალა. გადაწყვეტილება, რომელიც კოლეგიამ ორი ხმით ერთის წინააღმდეგ მიიღო, ადგენდა, რომ სასულიერო გამონაკლისი შესაძლოა არ გამოყენებულიყო, როდესაც ქალი უჩიოდა განონის უნივერსიტეტს (კათოლიკური უნივერსიტეტი, რომელიც იმართება ერიის ეპარქიის მიერ) და ამტკიცებდა, რომ იგი დაექვემდებარა სქესის ნიშნით დისკრიმინაციას. ეს ერთობ გასაკვირი იყო, რადგან საოლქო სასამართლოებმა ერთგვაროვნად დაადგინეს, რომ VII კარი და შრომითი დისკრიმინაციის აკრძალვის სხვა კანონები ითვალისწინებდა სასულიერო პირებისთვის დაწესებულ ამგვარ გამონაკლისს. ეს მოსაზრება, სინამდვილეში, ახლა რთულად პოვნადია, რადგან, როგორც ვახსენე, მოსამართლე ბეკერი გარდაიცვალა, ხოლო მოსამართლე ნაიგარდმა, რომელმაც მეორე ხმა მისცა კოლეგიაში, თვითაცილებას მიმართა. მესამე საოლქო სასამართლომ საქმე ხელახლა განიხილა, შეცვალა კოლეგიის გადაწყვეტილება და ამდენად, იგი უკვე აღარაა პრეცედენტული. მაგრამ ნამდვილად ღირს ამ მოსაზრების წაკითხვა იმის სანახავად, თუ რა გასაჭირის წინაშე იდგა სასულიერო გამონაკლისის შემთხვევის გადაწყვეტისას მოსამართლე ბეკერი, ძალიან კარგი მოსამართლე, რომელმაც ამ ინსტიტუტისთვის ახალი მიმართულება შექმნა.

⁴ 488 F. 3d 615 (3d Cir.2006) (გამოთხოვილია განმეორებით მოსმენაზე წარდგენისას 2006 წლის 6 ივნისს).

მოსამართლე ბეკერმა რამდენიმე რამ გააკეთა ამ საქმეში, რომლის შესახებაც მსურს საუბარი, ვიდრე სახელმწიფოს მანდატით გაცემულ სარგებელთან დაკავშირებით არსებულ საქმეებზე გადავიდოდე. პირველი, მოსამართლე ბეკერმა ცოტათი განავრცო ბაკლის მოსაზრებები, რაც გამოთქმულია საქმეში *EEOC v. Catholic University* და ისაუბრა სხვა მოსაზრებებზე, რომელიც გარკვეულწილად ბაკლის მოსაზრებებს ფარავს და რომლის შესახებაც უკვე ვისაუბრე. პირველი, ის საუბრობს ხელისუფლების მიერ რაციონალურ კონტროლზე, რაც აუცილებელია ეკლესიის შიდა საქმეებში სახელმწიფო ჩარევის თავიდან ასაცილებლად. იგი ამტკიცებს, რომ ეს შეენიხაღმდეგებოდა სახელმწიფო რელიგიის ამკრძალავ და აღმსარებლობის თავისუფლების პრინციპებს. მეორე, იგი განიხილავს „სასულიერო პირების შერჩევის“ საფუძველს, რაშიც მოიაზრება ეკლესიის თავისუფლება, თავად შეარჩიოს დასაინიშნად საკუთარი სამღვდელოება და მიიჩნევს, რომ ეს ნამდვილად არის აღმსარებლობის თავისუფლების ერთ-ერთი გამოხატულება. დაბოლოს, აღნიშნული გარკვეულწილად ემთხვევა პირველ არგუმენტს, მოსამართლე ბეკერი განიხილავს „რელიგიური დოქტრინის კვლევის“ საფუძველს. სასულიერო პირთა გადანყვეტილებების გადასინჯვა მოითხოვდა რელიგიური დოქტრინების ხანგრძლივ და ინვაზიურ გამოკვლევებს. მაშასადამე, ამ მიზეზთა გათვალისწინებით, უნდა არსებობდეს სასულიერო გამონაკლისი.

თუმცა, საბოლოოდ, განონის უნივერსიტეტი დამარცხდა. ისინი დამარცხდნენ, რადგან მესამე საოლქო სასამართლომ დაადგინა, რომ მიუხედავად სასულიერო გამონაკლისის არსებობისა, ის უფრო ვიწროდ უნდა განმარტებულიყო. კერძოდ, იგი უნდა შეზღუდულიყო იმის გათვალისწინებით, რელიგიური ინსტიტუტის მიერ დასაქმების შესახებ გადანყვეტილების დასაბუთებად რა იქნებოდა შემოთავაზებული – აქ იგულისხმება, რომ თავად დასაქმების შესახებ გადანყვეტილება აუცილებლად უნდა ყოფილიყო მიღებული რელიგიურ საფუძველებზე დაყრდნობით, რაც, სავარაუდოდ, ამ საქმეში არ ყოფილა. შედეგად, საქმე უკან გადაეგზავნა პირველი ინსტანციის სასამართლოს და როგორც ეს მოსამართლე სმითის განსხვავებულ აზრშია აღნიშნული, თქვენ პირველად დაინა-

ხეთ სასულიერო გამონაკლისის იალქნების ნაფლეთები და სასამართლო, რომელიც რელიგიურ ინსტიტუტებს თხოვდა, დაესაბუთებინათ თავიანთი გადანყვეტილება სასულიერო პირების გამწესებასთან დაკავშირებით და აიძულებდა მათ, ეჩვენებინათ, რატომ იყო დასაქმების შესახებ გადანყვეტილება მიღებული რელიგიური მიზეზების და არა მიუღებელი და არარელიგიური დისკრიმინაციული მიზეზების გამო.

ამრიგად, ზემოხსენებული მცირედი პრეისტორიის შემდეგ, ვფიქრობ, ამ საკითხთან დაკავშირებით სამი აქტუალური შეკითხვა არსებობს, რომლის შემდეგაც მოკლედ განვიხილავ სავალდებულო შეღავათებს (mandated benefits).⁵ პირველი, საქმეზე *Empolyment Division v. Smitt*⁶ უმაღლესი სასამართლოს გადანყვეტილების პროფესორ ბონვენტრესეული სასარგებლო მიმოხილვაზე დაყრდნობით უნდა დავსვათ შეკითხვა, კიდევ უნდა ჰქონდეს თუ არა პოსტ-სმიტის სასულიერო გამონაკლისს - საიდანაც ახლა უკვე თექვსმეტი ან ჩვიდმეტი წელია გასული - ის პრეცედენტული ძალა, რომელიც მას აქვს? *სმიტი* იმ პოზიციას უჭერს მხარს, რომ ზოგადი გავრცელებადობის ნეიტრალური კანონი პრეზუმფციულად მართებულია აღმსარებლობის თავისუფლების გამონკვევის წინააღმდეგ და ამ მოთხოვნის მქონე მოსარჩელე ვერ მიიღებს მკაცრი ზედამხედველობის სარგებელს. აქ, რა თქმა უნდა, თქვენ გაქვთ VII კარი და სხვა ანალოგიური სახელმწიფო დებულებები, რომლებიც უეჭველად ზოგადი გამოყენების ნეიტრალური კანონებია და ამიტომ უნდა დავსვათ შეკითხვა: სასულიერო გამონაკლისი, რომელიც, ფართო გაგებით, რელიგიის თავისუფლების ერთ-ერთი ფორმაა, ინარჩუნებს თუ არა სიცოცხლისუნარიანობას დღეს, პოსტ-სმიტის პერიოდში? მეორე, საინტერესოა, თუ ვინ მოიაზრება სასულიერო პირის დეფინიციის ქვეშ. საქმეებში ეს საკითხი ხშირად იჩენს თავს. რა თქმა უნდა, ერთი შეხედვით,

⁵ Mandated Employee Benefits - არის კანონით დადგენილი ფინანსური შეღავათები, რაც დამსაქმებელმა უნდა გადაუხადოს დასაქმებულს. მასში შედის კომპენსაცია დროებითი შრომისუუნარობისათვის, უმუშევრობისთვის, საშვებულებო დახმარება, დაზღვევა და სხვა.

⁶ 494 U.S. 872 (1990).

ძალიან მარტივია იმის განსაზღვრა, რომ, „სასულიერო გამო-
ნაკლისის“ ცნების გაგებით, პასტორი, მღვდელი ან რაბინი სასუ-
ლიერო პირია. მაგრამ „სასულიერო გამონაკლისის“ სუბიექტებად
უნდა ჩაითვალოს თუ არა მაგალობელთა გუნდის დირექტორები,
სკოლის პედაგოგები, კაპელანები სამღვდლო კამპუსებში? კიდევ
ერთხელ ვუსვამ ხაზს, რომ ეს ერთობ აქტუალური საკითხია. მაშინ,
მესამე შეკითხვა, რომელიც უკვე ვახსენე *პეტრუსკას* საქმის კონ-
ტექსტში, ეხება იმის განსაზღვრას, სასამართლოები უნდა იყვნენ
თუ არა ჩართულები თავად ინსტიტუტის მიერ გადანყვებილების
მიღების პროცესის გამოკვლევაში და უნდა აიძულებდნენ თუ არა
მათ საკუთარი გადანყვებილებისთვის რელიგიური დასაბუ-
თების მოძებნას.

კიდევ ერთხელ უნდა აღინიშნოს, რომ ყველაფერი ეს იმ მოცე-
მულობის ფარგლებში მოიაზრება, თუ როგორაა დაკავშირებული
დისკრიმინაციის აკრძალვა და აღმსარებლობის თავისუფლება.
მეორე მაგალითი ეხება კანონებს, რომლებიც დამსაქმებლებს გარ-
კვეული შეღავათების დანესებას ავალდებულებს. ნიუ იორკმა და
კალიფორნიამ დაახლოებით ოც სხვა შტატთან ერთად მიიღეს
კანონები, რომლებიც ყველა იმ დამსაქმებელს, ვინც თავის თანა-
მშრომლებს რეცეპტით გასაცემი წამლების ღირებულებას უნა-
ზღაურებს, ავალდებულებს, რომ მათ სარეცეპტო კონტრაცეპტი-
ვებიც დაამატონ. აქ მთავარი საკითხია, არის თუ არა აღმსარებლო-
ბის თავისუფლების საფუძვლით შეტანილი სარჩელები უპირატე-
სად იმ კათოლიკური ინსტიტუციების მხრიდან, რომლებიც ეწინა-
აღმდეგებიან სახელმწიფოს მიერ დანესებულ მოთხოვნას, აანა-
ზღაურონ ასეთი რეცეპტების ღირებულებაც. საინტერესოა იმის
აღნიშვნა, რომ ორივეგან, ნიუ იორკსა და კალიფორნიაში კანონი
ითვალისწინებს გამონაკლისს რელიგიური ნიშნის საფუძველზე,
თუმცა ეს გამონაკლისი იმდენად ვიწროდ არის განსაზღვრული,
რომ თავად რელიგიური ინსტიტუტები ამით ვერ სარგებლობენ.
ორივეგან, ნიუ იორკსა და კალიფორნიაში, გამონაკლისი შეზღუ-
დული იყო მხოლოდ იმ ინსტიტუტებით, პირველი, რომელთა უმ-
თავრესი მიზანიც რელიგიური მრწამსის ქადაგება იყო და, მეორე
და მესამე, მხოლოდ იმ ინსტიტუტებით, რომლებიც მხოლოდ და

მხოლოდ ემსახურებოდნენ და ასაქმებდნენ თავიანთი რელიგიური მრწამსის მქონე ადამიანებს. დიახ, რა თქმა უნდა, კათოლიკური საქველმოქმედო ინსტიტუტები, რომლებიც ამერიკის შეერთებულ შტატებში ფედერალური ხელისუფლების შემდეგ სოციალური მომსახურების მეორე უმსხვილესი მომწოდებლები არიან; კათოლიკური ჯანდაცვის ინსტიტუტები, რომლებიც ამერიკის შეერთებულ შტატებში ვეტერანების ადმინისტრაციის შემდეგ ჯანდაცვის სერვისების მეორე უმსხვილესი მომწოდებლები არიან; კათოლიკური უნივერსიტეტები, ჩემი ინსტიტუტის, ვილანოვასა და დანარჩენი ორას ოცდაათი ან ოდნავ მეტი ან ნაკლები უნივერსიტეტის ჩათვლით, რომლებიც თავიანთ სადამფუძნებლო მისიად არ მიიჩნევენ არც რელიგიური დოქტრინების ქადაგებას და არც კათოლიკური აღმსარებლობის მქონე ადამიანების დასაქმებას. მაშასადამე, ისინი არ ექცევიან საგამონაკლისო ნორმის მოქმედების ფარგლებში. მათ გაასაჩივრეს ეს კანონები ნიუ იორკსა და კალიფორნიაში და წააგეს.

მე ვფიქრობ, რომ იმ არგუმენტში, რომლის თქმაც მსურს, არსებობს ორი შეცდომაში შემყვანი მომენტი, მაგრამ, რა თქმა უნდა, ზოგიერთი შემედავება ამაში. პირველი, ეს საქმეები მოიცავს კონტრაცეპტივთან დაკავშირებულ შემთხვევებს და კათოლიკური ეკლესიის პოზიციას კონტრაცეფტივზე, რომელიც, მართალია, მხოლოდ კათოლიკური ეკლესიისთვის არაა დამახასიათებელი, მაგრამ ასეთი პოზიცია სხვა რელიგიური მიმდინარეობების ფართო მხარდაჭერით არ სარგებლობს. კონსტიტუციური თვალსაზრისით, რელიგიური ინსტიტუტისათვის შეურაცხმყოფელია ამ შეღავათის უზრუნველყოფის ვალდებულების დაკისრება.

მეორე, და ეს, ვფიქრობ, უფრო რთული საკითხია, რომ ამ კანონების თანახმად, დამსაქმებელს საერთოდ არ ეკისრება დასაქმებულის მედიკამენტის რეცეპტის საფასურით უზრუნველყოფის ვალდებულება. ამ კანონებში ნათქვამია, რომ *თუ* თქვენ უზრუნველყოფთ სარეცეპტო მედიკამენტის შეღავათებს თქვენი თანამშრომლებისთვის, მაშინ გევალებათ, თქვენს გეგმაში სარეცეპტო კონტრაცეპტივიც შეიტანოთ. აქედან მარტივი გამოსავალი არსებობს: სუბიექტმა საერთოდ არ უნდა უზრუნველყოს მედიკამენტის

რეცეპტის საფასური. აღნიშნულზე პასუხი, ორივეგან, კალიფორნიასა და ნიუ-იორკში მიმდინარე სასამართლო პროცესებში ის იყო, რომ ეს კათოლიკურ ინსტიტუტებს გამოუვალ მდგომარეობაში აყენებდა, რადგან მათ სწამთ, რომ, როგორც სოციალური სამართლიანობის საკითხი, მათ თავიანთი დასაქმებულები უნდა უზრუნველყონ ჯანდაცვის მომსახურების საფასურით, რომელშიც სარეცეპტო მედიკამენტების ხარჯების დაფარვაც შედის. ამრიგად, სახელმწიფო მათ დილემის წინაშე ყოფნას აიძულებს. მათ საკუთარი თანამშრომლები ან არ უნდა უზრუნველყონ სარეცეპტო მედიკამენტის ჯანდაცვის შეღავათებით, რასაც ისინი სოციალური სამართლიანობის ჩავარდნად განიხილავენ, ან, თუ ასე მოიქცევიან, მაშინ თავიანთ გეგმაში კონტრაცეპტივის მედიკამენტის საფასურის გაწერაც მოუწევთ, რაც ამორალურად მიაჩნიათ.

დასრულებამდე სავალდებულო შეღავათებთან დაკავშირებით დავსვამ სამ შეკითხვას. პირველი, შესაძლოა ეს საკითხი მარტივად გადაწყდეს სმიტის პრეცედენტის საფუძველზე? გასულ შემდგომზე ნიუ-იორკის სააპელაციო სასამართლომ ამ შეკითხვას დადებითად უპასუხა⁷ და ეს ის პასუხი იყო, რომელიც რამდენიმე წლის წინ კალიფორნიის უმაღლესმა სასამართლომ გარკვეული დათქმებით გასცა საქმეში *Catholic Charities of Sacramento*.⁸ ამ თვალსაზრისით, მოცემულ შემთხვევაში ნამდვილად არ არსებობს აღმსარებლობის თავისუფლების საფუძველით რაიმე მოთხოვნის დაყენების შესაძლებლობა და ასევე ცხადია, რომ ეს არც ფედერალური კონსტიტუციით და არც შტატის რაიმე მსგავსი კონსტიტუციური ნორმებითაა გათვალისწინებული, როგორც ეს უმრავლესი შტატების სასამართლოებმაც განმარტეს.

მეორე შეკითხვა ცოტა უფრო რთულია. ხომ არ არის ეს არა იმდენად სმიტის პრეცედენტის შემდგომი აღმსარებლობის თავისუფლების, არამედ აზრის ან გაერთიანების თავისუფლებაში ჩარევის შემთხვევა? მაშასადამე, *Employment Division v. Smith* საქმის ნაცვლად, რომელშიც რელიგიური მრწამსის მქონე მოსარჩელები

⁷ *Catholic Charities v. Serio*, 859 N.E. 2d 459(N.Y. 2006).

⁸ *Catholic Charities v Superior Court*, 85 p.3d 67 (Cal. 2004).

ცდილობდნენ მიეღოთ გამონაკლისი ნეიტრალური და საყოველთაო კანონის მოქმედების ფარგლებიდან, შესაბამისი პრეცედენტი ხომ არ არის *Boy Scouts v. Dale*,⁹ რომელშიც ინსტიტუტი ამტკიცებდა, რომ სახელმწიფოს მიერ ისეთი ცნობის გაზიარების იძულება, რომელსაც იგი არ ეთანხმებოდა, იკრძალებოდა პირველი შესწორებით?

მესამე და ბოლო შეკითხვა ეხება ამ გამონაკლისების ფარგლებს. აქ, ნიუ-იორკსა და აგრეთვე კალიფორნიაში, გამონაკლისი არ ვრცელდებოდა ყველა შესაძლო ინსტიტუტზე, რომლებზე გავრცელებაც რელიგიურ მოსარჩელებს სურდათ. ამრიგად, იქნებ უმჯობესია, შტატმა საერთოდ არ დაუშვას რაიმე გამონაკლისი? ხომ არ აჯობებდა, შტატს ამ კანონებში არ დაეშვა რაიმე გამონაკლისი, რადგან მას აქვს სმიტის პრეცედენტის პირდაპირი არგუმენტი, ვიდრე ეცადოს, შექმნას გამონაკლისი, რომელიც არ ითვალისწინებს საავადმყოფოებს და მათ მსგავს ინსტიტუტებს?

ამრიგად, ორი ზოგადი შეკითხვაც და შემდგომ სიტყვას სხვა პანელისტებს დავუთმობ. პირველი, ზოგადი შეკითხვა იმის შესახებ, აღმსარებლობის თავისუფლების სამართლის შესაბამისად, აღმსარებლობის თავისუფლებასთან დაკავშირებულ ამ საქმეებში ინსტიტუტებისა და ინდივიდების სარჩელებს შორის რაიმე ზღვარი უნდა იყოს თუ არა გავლებული? როგორც სასულიერო გამონაკლისის, ისე კონტრაცეპტივით უზრუნველყოფის დებულებებთან მიმართებით არსებობს დაფარული არგუმენტი (და აქ ისევ უნდა აღინიშნოს, რომ მთავარი არ არის, რომელი მოიგებს), რომ აღმსარებლობის თავისუფლების ანალიზის მიზნებისათვის ინსტიტუტების მიმართ განსხვავებული მოპყრობა უნდა განხორციელდეს. ინდივიდუალურმა მოსარჩელებმა წააგეს სმიტის საქმეში და, ასევე, მაგალითად, საჰაერო ძალების თავსაბურავის საქმეში *Goldman v. Weinberger*¹⁰, მაგრამ აღმსარებლობის თავისუფლების საქმეებში ინსტიტუციების თავისუფლად გამოხატვის სარჩელები განხილული უნდა იქნეს განსხვავებული სტანდარტით?

⁹ 530 U.S. 640 (2000).

¹⁰ 475 U.S. 503(1986)

მეორე ეს არის კონფლიქტი ზოგადად ანტიდისკრიმინაციულ ნორმებსა და პირველ შესწორებას შორის. და დასკვნაში, ციტატის სახით მოვიშველიებ ნაკლებსავარაუდო წყაროს, ლოურენს ტრაიბს, რომელმაც ბოისკაუტის საქმის შემდეგ აღნიშნა, რომ

[რ]ოდესაც მოცემულ საკითხზე სახელმწიფოს პოზიციას ძალუძს, უპირატესობა მოიპოვოს მარტოოდენ კონკრეტული ინდივიდის ან ჯგუფის გამომხატველობითი ან კონსტიტუციით სხვაგვარად დაცული მისიის განხორციელების შესაძლებლობის მნიშვნელოვნად შეზღუდვით, ვერავინ შეძლებს იმის ავტომატურად დაშვებას, რომ სახელმწიფოს მიერ ამ სადავო პრაქტიკის „დისკრიმინაცია“ განხილვას აქვს დამაჯერებელი გამართლება, რაც საკმარისია ინდივიდის ან ჯგუფის თავისუფლების უარყოფისთვის. რამეთუ ეს „დისკრიმინაცია“ სხვა არაფერია, თუ არა იმ რაღაცის დამამცირებელი იარაღი, რომელიც ინდივიდმა ან ჯგუფმა აუცილებლად უნდა განახორციელოს, რათა გამოხატოს ამის სანინაღმდეგო ფილოსოფია და ეს ფილოსოფია გადასცეს მომავალ თაობას.¹¹

¹¹ Laurence H. Tribe, Disentangling Symmetries: Speech, Association, Parenthood, 28 PEPP. L. REV. 641, 653 (2001).

ექლესია-სამღვდელოების ურთიერთობა და ანტიდისკრიმინაციული სამართალი

ამერიკის შეერთებული შტატების უმაღლესმა სასამართლომ, თავის ახლანდელ გადაწყვეტილებაში საქმეზე *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v EEOC*, დაადგინა, რომ პირველი შესწორება გამორიცხავს დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის მოქმედებას ეკლესიასა და მის სამღვდელოებას შორის არსებულ შრომით ურთიერთობებზე. 2005 წელს, ლორდთა პალატა საპირისპირო დასკვნამდე მივიდა, როდესაც, საქმეზე, *Percy v Board of National Mission of the Church of Scotland* დაადგინა, რომ წინასწარ განსაზღვრული სასულიერო წოდების მინიჭების გზით გამწესებული მღვდლის გათავისუფლება არ წარმოადგენდა სასულიერო საკითხს, რომელიც დისკრიმინაციის აკრძალვის კანონმდებლობის ფარგლებს გარეთ ექცეოდა. წინამდებარე სტატია ამტკიცებს, რომ *Percy*-ის გადაწყვეტილებამ მნიშვნელოვნად უგულვებელყო ეკლესიის ავტონომიის მნიშვნელოვანი ასპექტები და რომ მსჯელობა რომელიც *Hosanna-Tabor*-ის საქმეში განვითარდა, გვთავაზობს შესაძლებლობას, ხელახლა დავიჭიროდეთ, საერო კანონმდებლობას უნდა ჰქონდეს თუ არა გავლენის მოხდენის საშუალება რელიგიური ჯგუფების გადაწყვეტილებებზე, თანამდებობაზე გაამწესონ ან გაათავისუფლონ სასულიერო პირები.

* სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის დეკანი, პროფესორი.

საკვანძო სიტყვები: სამღვდულოება, დასაქმება, სასულიერო გამონაკლისი, შოტლანდიის ეკლესია

წინამდებარე *ჟურნალში* უკანასკნელი ოცდახუთი წლის განმავლობაში გამოქვეყნებულ საეკლესიო საქმეებთან დაკავშირებით გამოტანილ სასამართლო გადაწყვეტილებათა მიმოხილვაში, აღინიშნა, რომ საქმეთა უმრავლესობაში, სადაც რელიგიის თავისუფლება და საერო წესები უპირისპირდებოდნენ ერთმანეთს, საერო წესები იმარჯვებდა.¹ ამ ტრენდში უახლესი საქმე იყო *Bull v Hall and Preddy*,² სადაც სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ სასტუმროს ქრისტიანული მრწამსის მქონე მესაკუთრემ დაარღვია სექსუალური ორიენტაციის საფუძველზე დისკრიმინაციის აკრძალვის ნორმა, როდესაც მან სამოქალაქო პარტნიორობაში მყოფ გეი წყვილს უარი უთხრა მათთვის ორადგილიანი ოთახის მიქირავებაზე. სხვა ცნობილი მაგალითები, რომლებმაც ფართო ყურადღება მიიპყრეს, მოიცავს 2012 წელს, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს წინაშე ერთად განხილულ ოთხ საქმეს:³ *McFarlane v Relate Avon Ltd*⁴, ფსიქოლოგის შესახებ, რომელმაც უარი განაცხადა კონსულტაცია გაენია სქესობრივ საკითხებზე ერთნაირსქესიანი წყვილებისათვის, ვინაიდან სწამდა, რომ ერთნაირსქესიანთა სექსუალური ურთიერთობა ცოდვა იყო; *Ladele v Islington LBC*⁵, სარეგისტრაციო ბიუროს შესახებ, რომელმაც რელიგიურ მიზეზთა გამო უარი განაცხადა სამოქალაქო პარტნიორობის ცერემონიების განხორციელებაზე; *Eweida v British*

¹ C George, "The ecclesiastical common law: a quarter-century retrospective", (2012) 14 Ecc LJ 22.

² [2012] EWCA Civ 83.

³ *Eweida and Others v The United Kingdom* (App Nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10), 15 January 2013, ECtHR, Fourth Section. ქალბატონ ივიდას (MS Eweida) საქმეში სასამართლომ დაადგინა მე-9 მუხლის დარღვევა და არ დააკმაყოფილა დანარჩენი სამი სარჩელი.

⁴ [2010] EWCA Civ 880. იხ. R Sandberg, "Laws and religion: unravelling *McFarlane v Relate Avon Limited*", (2010) 12 Ecc LJ 361-370.

⁵ [2009] EWCA Civ 1357. იხ. Sandberg "Laws and religion".

Airways,⁶ თანამშრომლის შესახებ, რომელმაც სამსახური იმის გამო დაკარგა, რომ დაჟინებით მოითხოვდა ყელსაბამზე პატარა ჯვრის ტარებას, მიუხედავად დამსაქმებლის გაცხადებული პოლიტიკისა, რომელიც სამსახურში ნებისმიერი სახის სამკაულის ტარებას კრძალავდა; და *Chaplin v Royal Devon and Exeter Hospital NHS Foundation Trust*,⁷ ექთნის შესახებ, რომელმაც უარი თქვა მოეხსნა ჯვრის ყელსაბამი კომპანიის ჯანდაცვისა და უსაფრთხოების პოლიტიკის შესაბამისად, რომელიც კრძალავდა ყელსაბამების ტარებას. სხვა საინტერესო საქმეებში შედის *R (E) v JFS Governing Body*,⁸ სადაც უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ებრაულ რელიგიურ სკოლაში ჩარიცხვის კრიტერიუმები რასობრივ დისკრიმინაციას წარმოადგენდა; და *R (Johns) v Derby City Council*,⁹ ქრისტიანი (მინდობით) აღმზრდელების შესახებ, რომლებიც ჰომოსექსუალიზმს მორალურად არასწორად მიიჩნევდნენ.

ამ საქმეებში, რელიგიურ თავისუფლებასა და დისკრიმინაციის აკრძალვის ნორმებს შორის დაძაბულობა წარმოიქმნება იმის გამო, რომ მორწმუნე კონკრეტულ საკითხთან მიმართებით ეყრდნობა და სურს იმოქმედოს, რელიგიური თვალთახედვის შესაბამისად (მაგალითად, რომელი სქესობრივი კავშირია მორალურად მისაღები ან როგორ უნდა განისაზღვროს რელიგიურ საზოგადოებაში წევრობა), რომელიც წინააღმდეგობაში მოდის იგივე საკითხის შესახებ არსებულ დაპირისპირებულ შეხედულებასთან; დასაბუთებად კი, რელიგიური საფუძველია მოხმობილი ნებისმიერი იმ დისკრიმინაციული ზეგავლენის გასამართლებად, რაც შესაძლოა მორწმუნის ქმედებას ჰქონოდა. მაგრამ, ეს დაძაბულობის წარმოშობის ერთადერთი გზა არაა. განვიხილოთ შემდეგი მაგალითი: რელიგიური საზოგადოება ინდივიდს სასულიერო პირს თანამდებობაზე ნიშნავს;

⁶ [2010] EWCA Civ 80. See N Hatzis, "Personal religious beliefs in the workplace: how not to define indirect discrimination", (2011) 74 MLR 287-305.

⁷ [2010] ET 1702886/2009 (21 April 2010).

⁸ [2009] UKSC 15. იხ. C McCrudden, "Multiculturalism, freedom of religion, equality and the British constitution: the JFS case considered", (2011) 9 International Journal of Constitutional Law 200-229; P Barber, "State schools and religious authority: where to draw the line?", (2010) 12 Ecc LJ 224-228.

⁹ [2011] EWHC 375 (Admin).

ამ ორ მხარეს რაიმე უთანხმოება მოსდის; ინდივიდს ათავისუფლებენ სამსახურიდან, უჩივის ეკლესიას და დავობს, რომ მისი სამსახურიდან გათავისუფლება არღვევს ანტიდისკრიმინაციულ კანონს; მოპასუხე პასუხობს, რომ ეკლესიასა და მის სასულიერო პირებს შორის არსებული ურთიერთობა წარმოადგენს რელიგიურ საკითხს და დისკრიმინაციის აკრძალვის კანონმდებლობის მოქმედების ფარგლებს მიღმა ძევს. აქ მოპასუხის შედავების რელიგიური ხასიათი წარმოჩინდება არა როგორც კონკრეტული დისკრიმინაციული ზეგავლენის გამართლებად, რომელიც შესაძლოა მის მოქმედებას ჰქონდეს, არამედ, როგორც მიზეზი, რომელიც მას საერთოდ ათავისუფლებს დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის მარწმუნებიდან.

ამ მაგალითში მოყვანილი ფაქტები, უეჭველად, ნაცნობი იქნება. ეს ასე იმიტომაა, რომ ისინი ძალიან ჰგვანან *Percy v Board of National Mission of the Church of Scotland* - ის საქმეს,¹⁰ რომელიც წამყვანი ავტორიტეტული საქმეა სასულიერო პირებსა და მათ ეკლესიებს შორის არსებულ შრომით ურთიერთობებზე დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის გავრცელების შესახებ. მაგრამ, ეს მაგალითები მოყვანილია აშშ-ის უმაღლესი სასამართლოს მიერ ახლახანს გადაწყვეტილი სხვა *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v Equal Employment Opportunity Commission*-ის საქმიდან.¹¹ *Percy*-ში ლორდთა პალატის მიერ მიღებული გადაწყვეტილებისაგან განსხვავებით, უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ რელიგიის თავისუფლება კრძალავს სასულიერო პირების მიერ მათი რელიგიური დანესებულებების წინააღმდეგ დისკრიმინაციის დადგენის მომთხოვნი სარჩელით მიმართვას, რომლის დროსაც, ამით, პირველად დაადასტურა, „სასულიერო გამონაკლისის“ არსებობა ეკლესიებთან მიმართებით.

ამ სტატიის პირველი ნაწილი წარმოგვიდგენს გარკვეულ შესავალს „სასულიერო გამონაკლისის“ კონცეფციასა და მის კონსტი-

¹⁰ [2005] UKHL 73. See F Cranmer and S Peterson, "Employment, sex discrimination and the churches: the Percy case", (2006) 8 Ecc LJ 392-405.

¹¹ 102 S Ct 694 (2012).

ტუციურ საფუძველზე პირველ შესწორებაში; მეორე ნაწილი განიხილავს *Hosanna-Tabor*-ის გადანყვეტილებას; და ბოლო ნაწილი ხელახლა მიმოიხილავს *Percy*-ის საქმეს უმაღლესი სასამართლოს დასაბუთების შუქზე. ორი წინასწარი განმარტებაა საჭირო. პირველი, მაშინ როდესაც სტატიის მიმდინარეობისას ვიყენებ ისეთ ტერმინებს როგორიცაა „ეკლესია“ და „მსახური“, იგივე მიდგომა ვრცელდება ყველა რელიგიაზე და არა მხოლოდ ქრისტიანულ მრწამსზე. მეორე, ჩემი აქ მოყვანილი არგუმენტი ექსკლუზიურად მხოლოდ ეკლესია-სასულიერო პირების ურთიერთობაზე დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის გავრცელების შესახებაა. რა თქმა უნდა, რელიგიურმა ჯგუფმა შესაძლოა ისეთი არადისკრიმინაციული ღონისძიებების გამოყენებას მიმართონ, რომელსაც ნეგატიური გავლენა აქვს სასულიერო პირებზე, ან სხვა ღონისძიებები გამოიყენონ (დისკრიმინაციული ან არა), რომელსაც ზეგავლენის მოხდენა შეუძლია იმ თანამშრომლებზე რომლებიც არ არიან ეკლესიის მსახურები; ამ შემთხვევებში კი სხვა წესები ვრცელდება.¹²

სასულიერო გამონაკლისი: რამდენიმე რამ წინასწარ

სასულიერო გამონაკლისი არის პრინციპი, რომელიც ეკლესიასა და მის მსახურებს შორის არსებულ შრომით ურთიერთობებზე ანტიდისკრიმინაციული კანონების გამოყენებას კრძალავს. მისი რაციონალი ისაა, რომ არ უნდა არსებობდეს გარეგანი ჩარევა რელიგიური საზოგადოების უფლებამოსილებაში თანამდებობაზე გასამწესებლად შეარჩიონ, განამწესონ და თანამდებობა შეუნარჩუნონ მათ სასულიერო პირებს; იმის გათვალისწინებით, რომ ეს გადანყვეტილებები განუყრელ კავშირშია საზოგადოების რელიგიურ მსოფლმხედველობასთან, რელიგიის თავისუფლებასთან

¹² For a discussion of the application of employment legislation to religious organisations, see M Hill, R Sandberg and N Doe, Religion and Law in the United Kingdom (Alphen aan den Rijn, 2011) part VI.

შეუსაბამო იქნებოდა სახელმწიფო ინსტიტუციებისთვის რაიმე ფორმით ჩარევის შესაძლებლობის მიცემა.

ამერიკულ კონსტიტუციურ სამართალში, ეკლესიის მსახურთა სტატუსის საკითხი პირველად დღის წესრიგში დადგა საზოგადოების შიგნით მიმდინარე დავების კონტექსტში ეკლესიის ქონების გამოყენებასთან დაკავშირებით. საქმე *Kedroff v Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America*¹³ ეხებოდა რუსული მართლმადიდებლური საკათედროს გამოყენებას ნიუ-იორკში. ეკლესია ორ ფრაქციად დაიყო, რომლის ფარგლებშიც თითოეული ბანაკი კანონიერ არქიეპისკოპოსად განსხვავებულ მღვდელს ალიარებდა: ერთი მხრივ, ეს იყო პირი განმწესებული მოსკოვის საპატრიარქოს მიერ; მეორე მხრივ კი, არქიეპისკოპოსი განმწესებული ტაძრის ჩრდილოეთ ამერიკის კონგრეგაციების მიერ, რომელიც განუდგა მოსკოვის საეკლესიო ძალაუფლებას, ვინაიდან სწამდა, რომ იგი კომუნისტური რეჟიმის ზეგავლენის ქვეშ იმყოფებოდა. განხეთქილების შემდეგ, ნიუ-იორკის შტატმა მიიღო კანონი, რომლითაც ჩრდილოეთ ამერიკის კონგრეგაციების მიერ გამოცხადებული ავტონომია მოქმედებაში მოიყვანა და ნიუ-იორკში მოქმედი ყველა რუსული მართლმადიდებლური ეკლესია დაავალდებულია, ჩრდილოეთ ამერიკის იერარქიის იურისდიქციას, მოსკოვის საპატრიარქოს იურისდიქციაზე მალლა დაეყენებინათ. საკათედრო ტაძრის დაკავებისა და გამოყენების უფლება დამოკიდებული იყო იმის განსაზღვრაზე, თუ ამერიკაში მდებარე რუსული ეკლესიის მმართველი მღვდელის ასარჩევად განკუთვნილი რომელი მეთოდი იყო კანონიერი, მოსკოვის მიერ თანამდებობაზე გამწესება თუ ჩრდილოეთ ამერიკის კონგრეგაციების მიერ განხორციელებული დანიშვნა.

უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ნიუ-იორკის კანონი არაკონსტიტუციური იყო, რადგან, იგი „პირდაპირ კრძალავდა საეკლესიო უფლების თავისუფლად განხორციელებას, ეკლესიის მიერ საკუთარი იერარქიის თავად განსაზღვრის უფლებას.“¹⁴ სასა-

¹³ 344 US 94 (1952).

¹⁴ იქვე, 119.

მართლმადიდებლობის მმართველობის მკაცრ ჩარჩოებში, რუსული მართლმადიდებლური ეკლესიის უზენაესი ეკლესიის ძალაუფლებაში, დაენიშნა ჩრდილოეთ ამერიკის არქიდieceვოს მმართველი იერარქი.¹⁵ რუსეთის ეკლესია იერარქიული იყო და ჩრდილოეთ ამერიკაში წინამძღვარი ყოველთვის მოსკოვის მიერ ინიშნებოდა. სადავოდ გამხდარი კანონის ეფექტი, რომელიც უპირატესობას ადგილობრივად არჩეულ წინამძღვარს ანიჭებდა, „ეკლესიის ერთი მმართველის მეორეთი ჩანაცვლება[ს] განაპირობებდა. იგი მკაცრად სასულიერო საკითხების კონტროლს ერთი საეკლესიო ხელისუფლებიდან მეორეს გადასცემდა. მაშასადამე, აღნიშნული, ეკლესიის ერთი სეგმენტის სასარგებლოდ, სახელმწიფოს ძალაუფლების გამოყენებით რელიგიური თავისუფლების აკრძალულ სივრცეში შეიჭრ[ა] პირველი შესწორების პრინციპების საწინააღმდეგოდ.“¹⁶ სასამართლომ საკუთარი გადაწყვეტილების უფრო ფართო კონსტიტუციური მნიშვნელობა შემდეგი ტერმინებით განმარტა: „სასულიერო პირების შერჩევის თავისუფლება, მაშინ როდესაც შერჩევის რაიმე შეუსაბამო მეთოდის გამოყენება არ მტკიცდება, ვფიქრობთ, აუცილებლად უნდა აღინიშნოს იმის შესახებ, რომ ახლა უკვე ფედერალურ-კონსტიტუციური დაცვით სარგებლობს, როგორც სახელმწიფოს ჩარევის წინააღმდეგ რელიგიის თავისუფლად გამოხატვის ნაწილი.“¹⁷

მაშინ როდესაც, *Kedroff*-ი პირველი სასამართლო გადაწყვეტილება იყო, რომელმაც ეკლესიების უფლება საკუთარი მსახურები თავად განემსესებინათ კონსტიტუციურად შებოჭა, ამ წესის წარმოშობის საფუძვლები შესაძლოა საერთო ფედერალური სამართლის მიხედვით მეცხრამეტე საუკუნეში გადაწყვეტილ საქმე

¹⁵ იქვე, 115.

¹⁶ იქვე, 119.

¹⁷ იქვე, 116. კედროფის საქმე დაუბრუნდა ნიუ-იორკის შტატის სასამართლოს, რომელმაც გადაწყვეტილება კვლავ ადგილობრივად არჩეული არქიეპისკოპოსის სასარგებლოდ მიიღო, თუმცა ამ შემთხვევაში უკვე შტატის საერთო სამართლის საფუძველზე. აშშ-ის უმაღლესმა სასამართლომ კვლავ გააუქმა გადაწყვეტილება საქმეში *Kreshik v Saint Nicholas Cathedral* 363 US 190 (1960).

*Watson v Jones*¹⁸-ში მოიძებნოს. ამ საქმეში, უმაღლესმა სასამართლომ განიხილა კენტუკიში მდებარე პრესვიტერიანული ეკლესიის ფარგლებში მომხდარი განხეთქილება მონობის მომხრე და მოწინააღმდეგე ფრაქციებს შორის და აქედან მომდინარე დავა ეკლესიის ქონების მართვის შესახებ. ეროვნულმა პრესვიტერიანულმა ეკლესიამ, მისი მმართველი ორგანოს - გენერალური ასამბლეის მეშვეობით, სამოქალაქო ომში ფედერალური მთავრობის მხარეს დადგა და მონობის გაუქმებას მხარი დაუჭირა. მონობის მხარდამჭერმა ფრაქციამ კენტუკიში, დაგმო ეს ქმედება, როგორც ერეტიკული და გამოაცხადა რომ იგი უარს ამბობდა მისი მართვის ქვეშ ყოფნაზე. როდესაც გენერალურმა ასამბლეამ დაადასტურა ადგილობრივ ეკლესიაში მონობის მოწინააღმდეგე უზუცესების თანამდებობაზე განმწესება, მონობის მომხრე უზუცესებმა უარი განაცხადეს მათი როგორც ეკლესიის მაღალ იერარქიულ საფეხურზე მდგომ პირებად აღიარებაზე. შემდეგ, გენერალურმა ასამბლეამ გამოაცხადა, რომ მონობის მომხრე ჯგუფის მიერ აღიარებული კენტუკის პრესვიტერი და სინოდი „არცერთი გაგებით ითვლებოდნენ... ნამდვილ და კანონიერ“¹⁹ წევრებად ამერიკის შეერთებული შტატების პრესვიტერიანული ეკლესიისა. თუმცა, კენტუკის სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ მონობის მომხრე ჯგუფს ეკლესიის ქონების მართვაზე კონტროლი უნდა შეენარჩუნებინა, რადგან გენერალური ასამბლეის მოქმედება ეწინააღმდეგებოდა პრესვიტერიანული ეკლესიის კონსტიტუციას და, შესაბამისად, არარა იყო. მონობის მოწინააღმდეგე ჯგუფმა დაადგინა ფედერალური იურისდიქციის არსებობა, სარჩელით მიმართა საოლქო ფედერალურ სასამართლოს და საბოლოოდ, საქმემაც, უმაღლეს სასამართლომდე მიაღწია.

ცენტრალური საკითხი იყო შეეძლოთ თუ არა სამოქალაქო სასამართლოებს გადანყვეტილება მიეღოთ იმ ინდივიდთა წოდების განსაზღვრის შესახებ, რომლებიც საეკლესიო თანამდებობის პირები იყვნენ და აგრეთვე, შიდა საეკლესიო პროცედურების

¹⁸ 13 Wall 679 (1872).

¹⁹ იქვე, 693.

კანონიერებაზე. უმაღლესმა სასამართლომ ერთმანეთისაგან განასხვავა ინგლისური და ამერიკული სამართალი. *Attorney-General v Pearson*-ის საქმეზე²⁰ მიღებული გადაწყვეტილების ციტირებით, მან აღნიშნა, რომ სამოქალაქო სასამართლოებს ინგლისში, ევალეზობდათ გადაწყვეტილება მიეღოთ იმის შესახებ თუ რა არის „ეკლესიის ორგანიზაციაში არსებული რწმენის სწორი სტანდარტი და განესაზღვრათ სასამართლოს წინაშე მყოფ მოდავე მხარეთაგან თუ რომლის ქცევა შეესაბამებოდა ამ სტანდარტს“²¹ როდესაც ეს საჭირო გახდებოდა მათ წინაშე წარდგენილი დავის გადასაწყვეტად. თუმცა, ამერიკულ სამართალში, არ არსებობდა რაიმე ასეთი ზუსტი სტანდარტი, რომელიც სამოქალაქო სასამართლოებს უნდა აღესრულებინათ:

სამართალი არ ცნობს რაიმე ერესს, არც რაიმე დოგმის მხარდაჭერისკენ მიილტვის, მითუმეტეს არც სექტის დაფუძნებისკენ. ნებისმიერი რელიგიური დოქტრინის გამოხატვასა და გავრცელებაში მხარდაჭერის, ასოციაციის შიგნით წარმოქმნილი მრწამსთან დაკავშირებული სადავო საკითხების გადასაწყვეტად ტრიბუნალების შექმნის, ასოციაციის ფარგლებში ყველა ცალკეული წევრის, კონგრეგაციისა თუ ოფიცრის საეკლესიო მმართველობის მიზნით ნებაყოფლობითი რელიგიური გაერთიანებების შექმნის უფლებები ეჭვგარეშეა.²²

რელიგიური ორგანიზაციების ის წევრები, რომლებიც მათი გადაწყვეტილების გამო, თავს დაზარალებულად მიიჩნევდნენ, შეეძლოთ მიემართათ შიდა პროცედურებისა და ტრიბუნალებისათვის, მაგრამ, შეუსაბამო იქნებოდა, აღნიშნა უმაღლესმა სასამართლომ, საერთო სასამართლოებისათვის შიდა საქმეებში

²⁰ (1817) 3 Merivale 353; 36 ER 135.

²¹ Watson, 13 Wall 679 (1872) at 727.

²² იქვე, 728-729.

ჩარევის საშუალების მიცემა, ვინაიდან, აღნიშნული „რელიგიური ორგანოების ყოველმხრივ ჩამოშლამდე მიგვიყვანდა.“²³ სასულიერო საკითხებთან დაკავშირებით, რომლებიც თავისი არსით ეხება „თეოლოგიურ დავას, ეკლესიის დისციპლინას, სასულიერო მმართველობას ან ეკლესიის წევრთა მოქმედებების შესაბამისობას მორალის იმ სტანდარტთან, რომელთანაც შესაბამისობა მათგან მოთხოვნილია“²⁴ – საერო სასამართლოები არ ახორციელებენ რაიმე სახის იურისდიქციას.²⁵

Watson-ის საქმე მიიჩნევა „საეკლესიო ქონებრივ დავებთან მიმართებით საკონსტიტუციო სამართლის უმეტესი ნაწილის წყაროდ“²⁶ და მიდგომამ, რომელიც მან განავითარა, გადამწყვეტი ზეგავლენა იქონია პირველი შესწორების თანამედროვე დოქტრინაზე. *Kedroff*-ის საქმეში, უმაღლესმა სასამართლომ აღიარა *Watson*-ის საქმის მნიშვნელობა: „მოსაზრება... ასხივებს თავისუფლების სულს რელიგიური ორგანიზაციებისთვის, დამოუკიდებლობას საერო კონტროლისა და მანიპულაციისგან, მოკლედ რომ ვთქვათ, იგი ანარეკლია, უფლებამოსილებისა, რომ თავიანთ საქმეებს თავადვე მიხედონ, სახელმწიფო ჩარევისაგან დამოუკიდებლად, როგორც ეკლესიის მმართველობასთან, ასევე, რელიგიურ მრწამსთან და დოქტრინასთან მიმართებით.“²⁷ *Kedroff*-ის საქმის ეფექტი მდგომარეობდა, რელიგიური საზოგადოებების უფლების კონსტიტუციურ სარტყელში მოთავსებაში, თავად შეერჩიათ საკუთარი მსახურები დასანიშნად, როგორც თვითმმართველობაზე მათი უფრო ზოგადი უფლების ნაწილი.

²³ იქვე, 729.

²⁴ იქვე, 733.

²⁵ უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ, ვინაიდან მონობის მომხრე ფრაქცია დაშორდა პრესვიტერიანული ეკლესიის ცენტრალურ ორგანოს და უარი განაცხადა გენერალური ასამბლეის მიერ არჩეული უზუცესების დამტკიცებაზე, მას სადავო ქონებაზე უფლება არ ჰქონდა.

²⁶ K Greenawalt, "Hands off! Civil court involvement in conflicts over religious property", (1998) 98 Columbia Law Review, 1847.

²⁷ Kedroff 344 US 94 (1952) at P 115.

რელიგიური თავისუფლების ამ ასპექტს, რომელიც მიემართებოდა საეკლესიო მმართველობას, „ჩაურევლობის“²⁸ ან ეკლესიის ავტონომიის²⁹ ნესი ეწოდა. ზოგადი თვალსაზრისით, ეს იმას ნიშნავს, რომ რელიგიურ საზოგადოებებს უნდა გააჩნდეთ პრივილეგირებული სფერო, რომელშიც შეძლებენ სახელმწიფოსაგან ჩაურევლად ფუნქციონირებას. დოქტრინისა და მრწამსის საკითხები და თეოლოგიური დავები მათი სწორი განმარტების შესახებ, იმის ცხად მაგალითებს წარმოადგენენ, თუ რას მოიცავს ეს სფერო. მაგრამ, ნესი ბევრად უფრო ფართოა და მოიცავს შიდა გადანყვებილებების უმეტესობას საზოგადოების ფარგლებში კოლექტიური რელიგიური ცხოვრების ორგანიზების შესახებ.³⁰ რელიგიური თავისუფლების ირგვლივ არსებულ უმაღლესი სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალში, იდეა, რომლის მიხედვითაც, საეკლესიო და საერო საკითხები ერთმანეთისგან არის და უნდა იყოს გამიჯნული, განმეორებადი თემაა. ამის ერთ-ერთი ყველაზე გამორჩეული ფორმულირება ეკუთვნის მოსამართლე Black-ს, რომელმაც 1948 წელს აღნიშნა, რომ „პირველი შესწორება ეფუძნება თეზისს, რომ ორივეს, რელიგიასაც და სახელმწიფოსაც, თავიანთი დიადი მიზნების საუკეთესოდ მიღწევა იმ შემთხვევაში შეეძლება, თუ თითოეულს საკუთარ სფეროში მეორესგან თავისუფლად შეეძლება მოქმე-

²⁸ R Garnett, "A hands-off approach to religious doctrine: what are we talking about?", (2008-2009) 84 Notre Dame Law Review 837-864; Greenawalt, "Hands off!", pp 1843-1907.

²⁹ D Laycock, "Church autonomy revisited", (2009) 7 Georgetown Journal of Law and Public Policy 253278; P Horwitz, "Churches as First Amendment institutions: of sovereignty and spheres", (2009) 44 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 79-131; D Laycock, "Towards a general theory of the religion clauses: the case of church labor relations and the right to church autonomy", (1981) 81 Columbia Law Review 1373-1417.

³⁰ Laycock, "Church autonomy revisited", p 254: „როდესაც ეკლესია რაიმე ღონისძიებას ახორციელებს თავისი შინაგანი საქმეების მართვის თვალსაზრისით, არაა საჭირო, რომ ყოველ ჯერზე მან მოძღვრებაზე, აკრძალვაზე ან სინდისზე მიუთითოს. მას შეუძლია შეადგინოს საეკლესიო ავტონომიის კარგი მოთხოვნა უბრალოდ იმის თქმით, რომ ეს ეკლესიის შინაგანი საქმეა. ეს ჩვენი საქმეა; ეს შენი საქმე არ არის.“

დება.³¹ ორი ათეული წლის შემდეგ, ჯორჯიაში მდებარე პრეს-
ვიტერიანული ეკლესიის განხეთქილებასთან დაკავშირებით არსე-
ბულ ცნობილ საქმეში,³² მოსამართლე Brennan-ი გახლდათ მოსაზ-
რების ავტორი, რომელმაც განამტკიცა ეკლესიების უფლება თა-
ვად მიეღოთ გადაწყვეტილებები იმ საკითხების შესახებ, რომლე-
ბიც საეკლესიო სფეროში ექცეოდა, აღნიშნა რა, რომ „სამოქალაქო
სასამართლოებს არაფერი ესაქმებათ საეკლესიო შეკითხვების
განსაზღვრაში.“³³ ეს ახლა დომინანტური მიდგომაა ამერიკულ სა-
მართალში, და ქვედა სასამართლოებიც ფრთხილად არიან რათა
თავიდან აიცილონ საეკლესიო საკითხებში თავის ამოყოფა.³⁴

მაგრამ, რა არის იმ საკითხთა ჩამონათვალი, რომელიც საერო
სამართალმა და ინსტიტუციებმა გადასაწყვეტად რელიგიურ ინს-
ტიტუტებს უნდა მიანდონ? მაშინ როდესაც ეკლესიის ავტონომიის
სფეროს ზუსტი საზღვრები დავის საგანია,³⁵ ეჭვგარეშეა, რომ მსა-
ხურების არჩევა ნამდვილად ამ სფეროში ექცევა. ეკლესიის მსა-
ხურები მნიშვნელოვან როლს თამაშობენ საზოგადოების კოლექ-
ტიურ რელიგიურ ცხოვრებაში, გამოხატულებას სძენენ რა მის
დოგმებსა და პრინციპებს, მაშასადამე, გადაწყვეტილება მათი სა-
ეკლესიო თანამდებობაზე განმწესებისა და გათავისუფლების შესა-
ხებ არის საზოგადოების რელიგიური თავისუფლების გამოხატვის

³¹ McCollum v Board of Education 333 US 203 (1948) at 212.

³² Presbyterian Church in the United States v Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church 393 US 440 (1969).

³³ იქვე, 447.

³⁴ Greenawalt, "Hands off!", p 1844: „უმაღლესი სასამართლოს ძირითადი კონსტიტუციური მიდგომა ... არის ის, რომ საერო სასამართლოებმა არ უნდა განსაზღვრონ რელიგიური დოქტრინისა და პრაქტიკის საკითხები. მათ არამარტო თავი უნდა შეიკავონ იმის განსაზღვრისგან თუ რომელი მოძღვრება და პრაქტიკაა სწორი თუ ბრძნული, არამედ ასევე თავი უნდა აარიდონ გადაწყვეტილებების ისეთ საკითხზე მიღებას, თუ რომელი მათგანია ჯგუფის ტრადიციების ერთგული.“ Garnett, 'A hands-off approach', p 842: „ჩვენს პოლიტიკურ საზოგადოებაში სახელისუფლებო ორგანოები და სუბიექტები (სასამართლოების ჩათვლით) ცდილობენ თავიდან აირიდონ საღვთისმეტყველო დავები; ისინი თავიდან იცილებენ (შესაძლოა, შეცდო-
მითაც) ზედმეტ ჩარევას რელიგიური თემების, ინსტიტუტებისა და ტრა-
დიციების მმართველობასა და დოქტრინებში“.

³⁵ განსჯისათვის იხ. 28-ე და 29-ე სქოლიოები.

უფლების გამოყენება. მაშინ როდესაც სეკულარული ნორმის ეფექტი ისაა რომ ეკლესიას არასასურველი მსახური დაანიშნინოს, ამ უფლების ფუნდამენტური ასპექტი ირღვევა. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ეკლესიასა და სასულიერო პირებს შორის არსებული ურთიერთობა საეკლესიო საკითხია, რომელსაც ეკლესიის ავტონომიის პრინციპი ეკლესიის ექსკლუზიურ იურისდიქციას აკუთვნებს.³⁶

აი, როგორ გაიგეს და განმარტეს ამერიკის შეერთებული შტატების ქვედა ინსტანციის სასამართლოებმა სასულიერო გამონაკლისი. მაგალითად, საქმე *Petruska v Gannon University* ეხებოდა კერძო კათოლიკურ კოლეჯში დასაქმებულ მდებრობითი სქესის მღვდელს, რომელმაც, როდესაც სამსახურიდან გაათავისუფლეს, სასამართლოს სარჩელით მიმართა ყოფილი დამსაქმებლის წინააღმდეგ, რომლის ფარგლებშიც, ამტკიცებდა, რომ მისი სამსახურიდან გათავისუფლება, მათ შორის, განპირობებული იყო მისი სქესითა და მისი დამსაქმებლის სურვილით სამაგიერო გადაეხადა მისთვის იმის გამო, რომ მან ხისტი პოზიცია გამოიჩინა სექსუალური შევიწროვების წინააღმდეგ კოლეჯში. აშშ-ის მესამე ოლქის სააპელაციო სასამართლომ არ დააკმაყოფილა ორივე, დისკრიმინაციასთან და სამაგიეროს გადახდასთან დაკავშირებული მოთხოვნები, სასულიერო გამონაკლისის გათვალისწინებით, პირველ შესწორებაზე დაყრდნობით. სასამართლომ განსაზღვრა, რომ რელიგიის თავისუფლად გამოხატვა ორ ასპექტს მოიცავდა. პირველი, ინდივიდების მსგავსად, რელიგიურ ჯგუფებსაც გააჩნდათ ინტერესი გამოეხატათ საკუთარი რელიგიური მსოფლალქმა და მათი მრწამსიც სხვა ადამიანებისთვის გაეზიარებინათ. თუმცა, ინდივიდებისგან განსხვავებით, ჯგუფებს არ აქვთ საკუთარი ხმა; მაშასადამე, არსებობს საჭიროება, რომ მათ ისაუბრონ მათ მიერ უფლებამოსილებით აღჭურვილი წარმომადგენლების, სასულიერო პირების მეშვეობით:

³⁶ ეკლესიის ავტონომიის როგორც სასულიერო გამონაკლისის საფუძვლის შესახებ, იხ., C Lund, "In defense of the ministerial exception", (2011-2012) 90 North Carolina Law Review 35 ff.

ეკლესიის მსახური არაა უბრალოდ ეკლესიის თანამშრომელი; იგი მისი გზავნილის განსახიერებაა. ეკლესიის მსახური მოღვაწეობს როგორც ეკლესიის საჯარო წარმომადგენელი, მისი ელჩი და მისი ხმა მორწმუნეთათვის. შესაბამისად, ეკლესიის მსახურის შერჩევის პროცესი *per se* რელიგიური ქმედებაა.³⁷

მეორე, ეკლესიის მსახურთა შერჩევა და საეკლესიო თანამდებობაზე განმწესება მოიცავს რელიგიური თავისუფლების ინსტიტუციურ განზომილებას, „ეკლესიის უფლებაა, გადაწყვიტოს მმართველობასთან შიდა ორგანიზაციულ მოწყობასთან დაკავშირებული საკითხები.“³⁸ კოლეჯის კაპელანი ასრულებს სულიერ ფუნქციებს, ამიტომ გადაწყვეტილებები იმის შესახებ, თუ ვინ უნდა დასაქმდეს, პირდაპირ იმ ფუნქციებს ეხება, რომლებიც სახელმწიფო ჩარევისგან კონსტიტუციითაა დაცული.

მსგავსი დასაბუთების გამოყენებით, სხვა ფედერალური სასამართლოების უმეტესობაც იმ დასკვნამდე მივიდა, რომ კონსტიტუცია სასულიერო გამონაკლისის არსებობას უშვებს რათა ეკლესიები თავიანთ მსახურებთან ურთიერთობისას საერო ნორმების მარწმუნებისგან დაიცვას.³⁹ თუმცა, 2012 წლის იანვრამდე უმაღლეს სასამართლოს არასოდეს მიუღია გადაწყვეტილება თავად სასულიერო გამონაკლისის არსებობის ან მისი გამოყენების პირობების შესახებ.

აშშ-ის უმაღლესი სასამართლო ეკლესია-სამღვდელოების ურთიერთობის შესახებ

Hosanna-Tabor არის მისურის სინოდის ლუთერანული ეკლესიის კონგრეგაციის წევრი. მისი ერთ-ერთი აქტივობა სკოლის ფუნქ-

³⁷ Petruska v Gannon University 462 F3 d 294 (3rd Circ. 2006) at 306.

³⁸ იქვე, 307.

³⁹ იხ., მაგ., Rweyemamu v Cote 520 F3 d 198 (2nd Circ. 2008); Alicea-Hernandez v Catholic Bishop of Chicago 320 F3 d 698 (7th CirC. 2003); EEOC v Roman Catholic Diocese of Raleigh 213 F3 d 795 (4 th Circ. 2000); Bollard v Society of Jesus 196 F3 d 940 (9th Circ. 1999).

ციონირებაა, სადაც ორი კატეგორიის პედაგოგია დასაქმებული. ერთი მხრივ, არიან „მონოდებით“ მასწავლებლები, რომელთა შესახებაც მიიჩნევა, რომ პროფესიაში ღმერთის მიერ კონგრეგაციის მიერ ჩატარებული არჩევნების გზით არიან წარგზავნილნი, მეორე მხრივ კი, არიან „საერო“ მასწავლებლები, რომლებიც კონგრეგაციის ჩართულობის გარეშე, სკოლის მმართველობის მიერ ინიშნებიან. ორივე კატეგორია ერთნაირ მოვალეობებს ასრულებს.

Cheryl Perich-მა საერო მასწავლებლად მუშაობა 1999 წელს დაიწყო და თეოლოგიური მომზადების გავლის შემდეგ, Hosanna-Tabor-ისგან თხოვნა მიიღო გამხდარიყო „მონოდებით“ მასწავლებელი. 2004 წელს მას ნარკოლეფსიის დიაგნოზი დაუდგინეს. დირექტორმა შესთავაზა, რომ მას ავადმყოფობის საფუძვლით შვებულება აეღო 2004-2005 სასწავლო წლისთვის, და უთხრა, რომ მას სამსახურში დაბრუნება მაშინ შეეძლო როცა თავს უკეთესად იგრძნობდა. თუმცა, 2005 წლის იანვარში დირექტორმა პერიჩს შეატყობინა, რომ სკოლის საბჭო შრომითი წესების შეცვლას აპირებდა, რომლითაც, იმ თანამშრომლებს, რომლებსაც, ექვს თვეზე მეტ ხანს ჰქონდათ ავადმყოფობის საფუძვლით შვებულება აღებული, ავალდებულებდა „მონოდებით მასწავლებლის“ თანამდებობა დაეტოვებინათ. პერიჩმა უპასუხა, რომ იგი თებერვლიდან გეგმავდა დაბრუნებოდა მასწავლებლობის მოვალეობების შესრულებას და წარუდგინა სამედიცინო ცნობა, რომლითაც დასტურდება რომ იგი ფორმაში იყო დაკისრებული ვალდებულებების შესასრულებლად. მიუხედავად ამისა, სკოლის საბჭომ კონგრეგაციას განუცხადა, რომ, მათი აზრით, ის იმ წელს ან შემდეგ წელსაც ვერ შეძლებდა სამსახურში დაბრუნებას, და კონგრეგაციამ მას თანამდებობიდან გადადგომა სთხოვა და მისი ჯანმრთელობის დაზღვევის პრემიების ნაწილის გადახდა შესთავაზა. პერიჩმა უარი განაცხადა შეთავაზებაზე და სამსახურში მაშინვე გამოცხადდა როგორცკი ექიმმა დაუდასტურა, რომ ამის გაკეთება უსაფრთხო იყო. დირექტორმა უთხრა, რომ მისთვის სამუშაო აღარ იყო და პერიჩმაც სკოლა მხოლოდ მას შემდეგ დატოვა, რაც მიიღო წერილი, რომლითაც მისი სამსახურში გამოცხადება დასტურდებოდა. იმავე საღამოს დირექტორმა პერიჩს ტელეფონით აცნობა, რომ იგი სამსახურიდან

გათავისუფლდებოდა, რაზეც პერიჩმა მიუგო, რომ იგი სამართლებრივი გზებით აპირებდა ბრძოლას დისკრიმინაციის წინააღმდეგ საკუთარი უფლებების დასაცავად. სკოლამ იგი დაადანაშაულა „დაუმორჩილებლობასა და წესრიგის დარღვევაში“ და განაცხადა, რომ „სამართლებრივი ზომების მიღების მუქარით“ მან დააზიანა თავისი ურთიერთობა სკოლასთან. ცოტა მოგვიანებით პერიჩი გაათავისუფლეს.

პერიჩმა საჩივრით მიმართა დასაქმების თანასწორი შესაძლებლობების კომისიას, რომელმაც, მის სასარგებლოდ სარჩელი შეიტანა სასამართლოში „შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე ამერიკელების შესახებ“ 1990 წლის კანონის შესაბამისად, რაც კრძალავს დისკრიმინაციას შეზღუდულუნარიანობისა და დამსაქმებლის მიერ იმ დასაქმებულის წინააღმდეგ სამაგიეროს გადახდის საფუძველით, რომელიც შეეწინააღმდეგა დისკრიმინაციულ პრაქტიკას. პირველ ინსტანციაში ეკლესიამ წარმატებას მიაღწია სასულიერო გამოწვევის საფუძველზე წარდგენილი განცხადებით, რომლითაც სასამართლოს სთხოვდა გადანყვეტილება გამოეტანა საქმის არსებითი განხილვის გარეშე, მაგრამ მეექვსე ოლქის სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა სასამართლო გადანყვეტილება და დაადგინა, რომ პერიჩი არ წარმოადგენდა მსახურს ნორმის მიზნებისთვის. მთავარი მოსამართლე რობერტის აზრით, უმაღლესმა სასამართლომ ერთხმად მიიღო გადანყვეტილება ჰოსანა-თაბორის სასარგებლოდ. პირველ რიგში, მან დაადასტურა პირველი შესწორების საფუძველზე გამოწვევის, როგორც მოთხოვნის არსებობა. *Watson v Jones*-ისა და *Kedroff*-ის საქმეების ციტირებით, მან განმარტა, რომ აღმსარებლობის თავისუფლებისა და სახელმწიფო რელიგიის დაფუძნების ამკრძალავი ნორმები ზღუდავდა საერო კანონის გავრცელებას, რომელიც საბოლოოდ ეკლესიის მიერ სასულიერო პირების განმწესებაში ჩარევით დასრულდებოდა:

ეკლესიისგან იმის მოთხოვნა, რომ მიიღოს ან შეინარჩუნოს არასასურველი საეკლესიო მსახური, ან ეკლესიის დასჯა ამის განუხორციელებლობისთვის ... ერევა მის შიდა მმართველობაში, რომელიც

*მას კონტროლს ჰგლეჯს იმ პირების შერჩევის სადა-
ვეებზე, რომლებიც მის რწმენას განასახიერებენ.⁴⁰*

გადაყვეტილების მნიშვნელოვნად გრძელი ნაწილი ეხება ტერმინის, „რელიგიის მსახურის,“ განმარტებას. უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ მხოლოდ „რელიგიური კონგრეგაციის ხელმძღვანელი“⁴¹ არაა ის პირი, რომელიც გამონაკლისის მოქმედების ფარგლებში ექცევა და აღნიშნა, რომ „ხისტი ფორმულის“⁴² ნაცვლად, ინდივიდუალური მიდგომა იყო საჭირო. მოცემულ საქმეში პერიჩს გავლილი ჰქონდა რელიგიური სწავლება, შემდეგ თანამდებობაზე განმწესდა ფორმალური პროცესის გავლით, რომელიც მიუთითებდა ლოკალური სინოდის მიერ მის მხარდაჭერასა და კონგრეგაციის მიერ მის არჩევაზე, რის შედეგადაც მიენიჭა წოდება „რელიგიის მსახური, განმწესებული.“ უფრო მეტიც, მას თავი ისე ეჭირა, როგორც მსახურს და მოითხოვდა გადასახადის შემცირებას, რაც მხოლოდ მსახურთათვის არის ხელმისაწვდომი. დამატებით, სკოლაში მის მოვალეობებს მიეკუთვნებოდა რელიგიის სწავლება კვირაში ოთხ დღეს და სტუდენტების სალოცავად მიყვანა დღეში სამჯერ; სასამართლომ განაგრძო, რომ ფაქტი, რომ საერო მასწავლებლები იგივე რელიგიურ მოვალეობებს ასრულებდნენ, რელევანტური იყო, მაგრამ არა გადამწყვეტი. ბოლოს, მაშინ როდესაც მისი სამუშაო დღის უმეტესი ნაწილი საერო მოვალეობებს ეთმობოდა (მხოლოდ 45 წუთი იხარჯებოდა რელიგიურ საქმიანობაში), ეს არ იყო საკმარისი რათა შემთხვევა გამონაკლისის მოქმედების ფარგლებს გარეთ მოქცეულიყო, რადგან სხვა ფაქტორები მიანიშნებდნენ, რომ მისი განმწესება თავისი არსით რელიგიური იყო. სასამართლომ დაასკვნა:

*ამ მსჯელობათა შუქზე – ეკლესიის მიერ პერი-
ჩისთვის მინიჭებული ფორმალური წოდების, მასში*

⁴⁰ Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v Equal Employment Opportunity Commission 132 S Ct 694 (2012) at 706.

⁴¹ იქვე, 707.

⁴² იქვე.

ასახული შინაარსის, ამ წოდების მის მიერ გამოყენებისა და მნიშვნელოვანი რელიგიური ფუნქციების გათვალისწინებით, რომლებსაც იგი ეკლესიისთვის ასრულებდა – ჩვენ ვასკვნით რა, რომ პერიჩი იყო საეკლესიო მსახური რომელზეც სასულიერო გამონაკლისი ვრცელდებოდა.⁴³

გარდა ამისა, უმაღლესმა სასამართლომ, უარყო მოსარჩელის არგუმენტი იმის თაობაზე, რომ ჰოსანა-თაბორის მიერ დასახელებული რელიგიური საფუძვლები საბაბი იყო მისი გათავისუფლებისთვის. ეკლესიამ სასამართლოს წინაშე განაცხადა, რომ პერიჩი იმის გამო გაათავისუფლეს, რომ მისი მუქარა სამოქალაქო სასამართლოსთვის სარჩელით მიმართვის შესახებ, ეწინააღმდეგებოდა ლუთერანული რწმენისადმი ერთგულებას, რომელსაც მხარს უჭერდა ადგილობრივი სინოდი, რის მიხედვითაც, დავები უნდა გადაწყვეტილიყო შიგნით, საერო ხელისუფლებისთვის მიმართვის გარეშე. მთავარმა მოსამართლე რობერტსმა მიიჩნია, რომ სამოქალაქო სასამართლოებისთვის იმის საშუალების მიცემა, რომ იმ რელიგიურ დასაბუთებათა სისწორე გამოეკვლიათ, რომელიც ეკლესიის მიერ იქნებოდა მოხმობილი არასასურველი მსახურების თანამდებობიდან გათავისუფლების გასამართლებლად, ძირს გამოუთხრიდა სასულიერო გამონაკლისის ძირითად არსს:

გამონაკლისის მიზანი არ არის ეკლესიის მიერ სასულიერო პირის თანამდებობიდან გათავისუფლების შესახებ მიღებული გადაწყვეტილების მხოლოდ იმ შემთხვევაში დაცვა, როდესაც აღნიშნული რელიგიური საფუძვლით არის განხორციელებული. ამის ნაცვლად, გამონაკლისი უზრუნველყოფს, რომ იმ ადამიანთა შერჩევისა და კონტროლის ძალაუფლება, ვინც რწმენას ემსახურება – არის მკაც-

⁴³ იქვე, 708.

და ბოლოს, უმაღლესმა სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა საკუთარი გადაწყვეტილების მოქმედების შეზღუდულ ფარგლებზე, რომელიც ვრცელდება მხოლოდ მსახურთა მიერ ეკლესიის წინააღმდეგ დისკრიმინაციის საფუძვლით აღძრულ სარჩელებზე და ღიად დატოვა შეკითხვა, უნდა გავრცელებულიყო თუ არა სხვა ტიპის სარჩელებზეც მსგავსი მიდგომა:

დღეს ჩვენ მხოლოდ იმას ვადგენთ, რომ სასულიერო გამონაკლისი ზღუდავს ასეთ სარჩელებს. ჩვენ არ გამოვთქვამთ რაიმე მოსაზრებას იმის შესახებ, ზღუდავს თუ არა ეს გამონაკლისი სხვა ტიპის სარჩელებს, მათ შორის დასაქმებულთა მხრიდან წარმოდგენილ ისეთ სარჩელებს, რომელშიც დავობენ მათი რელიგიური დამსაქმებლების მიერ განხორციელებულ ხელშეკრულების დარღვევაზე ან ჩადენილ დელიქტურ მოქმედებაზე.⁴⁵

ამ გადაწყვეტილების მნიშვნელობა არ შეიძლება გადაჭარბებულად იქნეს გაგებული. უმაღლესმა სასამართლომ პირველად დაადგინა, რომ სასულიერო გამონაკლისი არის კონსტიტუციური მოთხოვნა, რომელიც პირველი შესწორებიდან გამომდინარეობს. შედეგად, იგი დისკრიმინაციის აკრძალვის კანონმდებლობიდან გამომდინარე ნებისმიერ გამონაკლისზე შორს მიდის, რომლის მინიჭების (ან არ მინიჭების) დისკრეციაც საკანონმდებლო ორგანოს აქვს.⁴⁶ აქედან გამომდინარეობს, რომ რელიგიური ორგანიზაციები

⁴⁴ იქვე, 709.

⁴⁵ იქვე, 710.

⁴⁶ სინამდვილეში, შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ამერიკელთა შესახებ 1990 წლის კანონის I ნაწილი ითვალისწინებს გამონაკლისის რელიგიური ორგანიზაციებისათვის, რომლებსაც უფლება აქვთ სამსახურში

ფლობენ კონსტიტუციაზე დაფუძნებულ პრეტენზიას, შრომითი ურთიერთობა თავიანთ სასულიერო პირებთან ააგონ ანტიდისკრიმინაციული კანონის შეზღუდვების მიღმა. მეორე, უმაღლესმა სასამართლომ დაადასტურა ქვედა ინსტანციის ფედერალური სასამართლოების მიერ განვითარებული მიდგომა, რომ არაა საჭირო ადამიანი ადგილობრივი კონგრეგაციის ხელმძღვანელი იყოს რათა რელიგიის მსახურად ჩაითვალოს; სწორედ, ინდივიდის სამსახურის ბუნებაა მნიშვნელოვანი. შინაარსსა და ფორმას შორის არჩევისას, უმაღლესმა სასამართლომ პრიორიტეტი პირველს მიანიჭა. ეს არსებითი ტესტი არაა დომინირებული რაიმე ერთი კონკრეტული კრიტერიუმით. პირიქით, მოსამართლეთაგან, არსებობს მოლოდინი, რომ თითოეულ საქმეს საკმარისი მოქნილობით მიუდგებიან, რათა საქმის კონკრეტული ნიშან-თვისებების მხედველობაში მიღების საშუალება ჰქონდეთ.

კვლავ პერსის საქმე

მაშ, როგორ უნდა ვფიქრობდეთ *Percy*-ის შესახებ *Hosanna-Tabor*-ის შუქზე? *Percy*-ის საქმე ეხებოდა შოტლანდიის ეკლესიის მსახურს, რომელიც, იმ ბრალდების შემდეგ, რომ მას დაქორწინებულ უზუცესთან რომანი ჰქონდა, იძულებული გახდა თანამდებობა დაეტოვებინა. იგი, სხვა საფუძვლებთან ერთად, აცხადებდა, რომ წარმოადგენდა სქესობრივი დისკრიმინაციის მსხვერპლს, რო-

მიღებისას უპირატესობა მიანიჭონ კონკრეტული რელიგიის წარმომადგენლებს ან თავიანთ თანამშრომლებს მოსთხოვონ კონკრეტული რელიგიური მოძღვრების დაცვა, მაგრამ ეს მათ არ აძლევს შეზღუდული შესაძლებლობის საფუძველზე დისკრიმინაციის განხორციელების უფლებას. მაგალითად, ქრისტიანულმა ორგანიზაციამ შეიძლება უარი თქვას შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე არაქრისტიანის სამსახურში მიღებაზე, მაგრამ არა შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ქრისტიანისა მისი შეზღუდული შესაძლებლობის გამო. ეს წესი ვრცელდება ყველა დასაქმებულზე და არა მხოლოდ სასულიერო პირებზე. მეორე მხრივ, კონსტიტუციურად დადგენილი რელიგიური გამონაკლისი, რაც ჰოსანა-თაბორში არის განმტკიცებული, ეკლესიებს ათავისუფლებს ვალდებულებისაგან, არ განახორციელონ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა დისკრიმინაცია, მაგრამ ეს ეხება მხოლოდ სასულიერო პირებს.

გორც ეს განმარტებული იყო „სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის შესახებ“ 1975 წლის კანონში, ვინაიდან, ეკლესიას არ მიუღია ზომები ეკლესიის მამრობითი სქესის მსახურთა წინააღმდეგ, რომელთაც ქორწინებისგარე კავშირები ჰქონდათ გაჩაღებული. ლორდთა პალატის წინაშე წარდგენილი საჩივრით დღის წესრიგში ორი საკითხი დადგა:

შევიდნენ თუ არა ერთმანეთთან მოსარჩელე და შოტლანდიის ეკლესია შრომით ურთიერთობაში, და თუ ეს ასე იყო, გამოირიცხებოდა თუ არა სამოქალაქო სასამართლოების იურისდიქცია „შოტლანდიის ეკლესიის შესახებ“ 1921 წლის კანონის მიხედვით, რომელიც ეკლესიას ექსკლუზიურ იურისდიქციას აკუთვნებს „დოქტრინასთან, ღვთისმსახურებასთან, მმართველობასთან და დისციპლინასთან დაკავშირებულ ყველა საკითხს ეკლესიაში და მათ შორის ყველა შეკითხვის განსაზღვრის უფლებას ეკლესიის წევრობასთან და თანამდებობის დაკავებასთან დაკავშირებით“ და კრძალავს ნებისმიერ საერო ჩარევას სულიერ საკითხებში ან „ეკლესიის პროცესებსა და შეფასებებში მისი სულიერი მმართველობისა სფეროსა და იურისდიქციაში.“⁴⁷ ლორდთა პალატამ დაადგინა, რომ ასეთი ხელშეკრულება ნამდვილად არსებობდა და მის ფარგლებში წარმოქმნილი დავები არ წარმოადგენდა სულიერ საკითხებს. სწორედ ესაა ის უკანასკნელი პუნქტი, რომელიც შემოთავაზების მიზეზს იძლევა.⁴⁸

ლორდმა ნიკოლსმა აღნიშნა, რომ „სქესობრივ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული სარჩელი არ იქნებოდა სულიერ საკითხად მიჩნეული, მიუხედავად იმისა, რომ იგი ეფუძნება სწორედ იმ დაშვებას, თუ როგორ განახორციელეს, მოსარჩელის მოსაზრებით, ეკლესიის უმაღლესმა ორგანოებმა დისციპლინური იურისდიქ-

⁴⁷ „შოტლანდიის ეკლესიის შესახებ“ 1921 წლის კანონის დანართი, დეკლარაციული მუხლები, IV მუხლი.

⁴⁸ შრომითი ხელშეკრულების საკითხისათვის იხ., Hill, Sandberg and Doe, Religion and Law in the United Kingdom, pp 8 ff; J Rivers, The Law of Organized Religions: between establishment and secularism (Oxford, 2010), pp 116 ff.

ცია.⁴⁹ ლორდმა ჰოუმმა განავითარა მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც, ასეთ საჩივარს „არავითარი კავშირი აქვს დოქტრინის, ღვთისმსახურების ან მმართველობის საკითხებთან ანდა ეკლესიის წევრობასთან.“⁵⁰ და ბარონესა ჰეილმა განაცხადა, რომ მართალია ეკლესია „თავისუფალია გადანაწილებით თუ როგორ უნდა მონაწილე მის შიდა მმართველობასთან, თანამდებობის დაკავებასთან და წევრობის მოთხოვნებთან დაკავშირებული საკითხები ეკლესიაში,“⁵¹ მაგრამ, იგი მაინც არ თავისუფლდებოდა დისკრიმინაციის სარჩელებისგან.

რასაც ამ ამონარიდების *Hosanna-Tabor*-თან შედარება აჩვენებს ისაა, რომ ლორდთა პალატამ სათანადოდ ვერ შეაფასა ორივე, ეკლესიასა და მის სამღვდელოებას შორის არსებული ურთიერთობის სულიერი ასპექტი და ეკლესიის ავტონომიის პრინციპებიდან მომდინარე მოთხოვნები. ეკლესიის მსახური არ ჰგავს სხვა თანამშრომელს, რადგან იგი ეკლესიაში კოლექტიური რელიგიური ცხოვრების ცენტრში იკავებს პოზიციას, ხოლო მისი საქმიანობა პირდაპირ კავშირშია რელიგიური რწმენის არსთან. არარეალური და ხელოვნურია ისეთი გამყოფი ხაზის გაკლება, რომელიც რწმენისგან ზუსტად იმ ადამიანებს გამოიჯნავს, რომლებიც სწორედ მათ ცოცხალ განსხეულებად მიიჩნევიან. როგორც მოსამართლე ალიტომ ჰოსანა-თაბორის საქმეზე დართულ თავის თანმხვედრ მოსაზრებაში ზუსტად აღნიშნა, რელიგიაში „მაცნეს მნიშვნელობა აქვს.“⁵² ამრიგად, საერო ჩარევა სასულიერო პირების შერჩევაში ქმნის რელიგიური ჯგუფების უნარისთვის ძირის გამოთხრის

⁴⁹ *Percy v Board of National Mission of the Church of Scotland* [2005] UKHL 73 at para 40.

⁵⁰ იქვე, para 132.

⁵¹ იქვე, para 152.

⁵² *Hosanna-Tabor* at 713 (Alito J, concurring). იხ. ასევე აშშ-ის პირველი ოლქის სააპელაციო სასამართლოს გადანაწილებით საქმეზე *Natal v Christian Missionary Alliance* 878 F2d 1575 (1st Circ. 1989) at 1578: „რელიგიური ორგანიზაციის ბედი განუწყვეტლად არის მათთან, ვისაც მან თავისი სიტყვის ქადაგებისა და მისი მიმდევრების მსახურების მოვალეობა დააკისრა“.

საფრთხეს, ჩამოაყალიბონ თავიანთი რწმენის შინაარსი და მიაწოდონ იგი ფართო საზოგადოებას.

თანაბრად პრობლემურია, პერსის საქმეში, რელიგიური თავისუფლების ინსტიტუციური ასპექტების უგულებელყოფა. ლორდთა პალატის უმრავლესობის მოსაზრებით, მოცემულ საქმეს არაფერი ჰქონდა საერთო საეკლესიო მმართველობასთან. მაგრამ ეს მცდარია: სასულიერო პირების შერჩევას ზუსტადაც რომ ყველაფერი აქვს საერთო რელიგიური ჯგუფების შინაგან ორგანიზაციასა და მათი ინსტიტუტების ფუნქციონირებასთან. სინამდვილეში, აღნიშნული ეკლესიის ავტონომიის ერთ-ერთი თვალსაჩინო გამოხატულებაა.⁵³ მაშინ როდესაც ხელისუფლება ეკლესიას მისი იმ სასულიერო პირის თანამდებობიდან გათავისუფლების გამო სჯის, რომელიც ეკლესიას აღარ სჭირდება ან სანდო აღარაა, იგი ზღუდავს ამ ეკლესიის რელიგიის თავისუფლად გამოხატვას.⁵⁴ იმ ფარგლებში, რა ფარგლებითაც სამართლებრივი სისტემა აღიარებს და იცავს კერძო სიერცეს, სადაც ეკლესიებს შეუძლიათ თავიანთი დოქტრინის გამოყენების საფუძველზე მიიღონ გადანყვეტილებები რელიგიური საკითხების შესახებ, სასულიერო პირების თანამდებობაზე განმწესება და მათი თანამდებობიდან გათავისუფლება აუცილებლად უნდა ექცეოდეს ამ სიერცეში. სწორედ ამის გამო დაადგინა უმაღლესმა სასამართლომ, რომ ეკლესიის მიმართ იძულების ღონისძიების გამოყენება რომლითაც იგი იძულებულია არასასურველი სასულიერო პირი დაიტოვოს, ან მისი დასჯა ასეთი სასულიერო პირის თანამდებობიდან გათავისუფლების გამო, წარმოადგენს „ეკლესიის შიდა მმართველობაში ჩარევას.“⁵⁵ პერსის მიდ-

⁵³ აღნიშნულის შესახებ ასევე იხ., Rivers, *Law of Organized Religions*, P 337, სადაც ნათქვამია, რომ საეკლესიო ავტონომია მოიცავს „ლიდერების შერჩევის, მომზადების, დანიშვნისა და განთავისუფლების უფლებებს“.

⁵⁴ Laycock, "Church autonomy revisited", pp 260-261; Horwitz, "Churches and the First Amendment", p 119.

⁵⁵ *Hosanna-Tabor at 706*. პერსის საქმის მიმართ ერთ-ერთი კრიტიკა ის იყო, რომ იგი არ გამოორიცხავს სასამართლოების შესაძლებლობას, ეკლესიას დაავალონ გათავისუფლებული მსახურის სამსახურში ხელახლა მიღება: იხ. Cranmer and Peterson, "Employment, sex discrimination and the churches", p 402.

გომა არადამაკმაყოფილებელია, რადგან, მართალია, იგი იზიარებს არგუმენტს, რომ ეკლესიის ავტონომიის სფერო არსებობს, იგი თავისი მოქმედების ფარგლებიდან რიცხავს იმ საკითხთაგან ერთ-ერთს, რაც ეკლესიებს ყველაზე მეტად (და სწორადაც) ალელვებთ. *Hosanna-Tabor*-ისგან განსხვავებით, *Percy*-ი არ განხილულა როგორც რელიგიის თავისუფლების საქმე. თუმცა, მომავალ საქმეებში, სასამართლოებს უეჭველად მიმართავენ იმის განსაზღვრის მოთხოვნით, შესაბამისობაში მოდის თუ არა სასულიერო პირების შერჩევის პროცესში განხორციელებული საერო ჩარევები „ადამიანის უფლებათა შესახებ“ კანონთან.

იმ წინადადების საწინააღმდეგოდ გამოთქმული აშკარა და ძალიან მნიშვნელოვანი შედაცება, რომ *Percy*-ი უნდა გადაიხედოს რელიგიური ორგანიზაციების ავტონომიის უფრო ძლიერი დაცვის უზრუნველყოფის მიმართულებით, ეხება დისკრიმინაციის ფართოდ გავრცელებულ საფრთხეს.⁵⁶ კანონი სწორად მივიდა იმის აღიარებამდე, რომ გარკვეულ აკრძალულ საფუძვლებზე დაყრდნობით პირის ნაკლებად ხელსაყრელი მოპყრობით, დისკრიმინაციის განმახორციელებელი მის წინააღმდეგ სერიოზულ უსამართლობას სჩადის,⁵⁷ ამაზე პასუხია ისეთი საკანონმდებლო ჩარჩოს შემუშავება, რომელიც ასეთ მოქმედებას კრძალავს და უზრუნველყოფს სამართლებრივი დაცვის ქმედით საშუალებას, როდესაც დისკრიმინაციის აკრძალვის ვალდებულება ირღვევა. მაშასადამე, დისკრიმინაციის თავიდან აცილებაში იკვეთება ნამდვილი და შორსმომავალი სახელმწიფო ინტერესი. თუმცა, ამავდროულად, ყველა სამართლებრივი სისტემა აღიარებს კონკურენტული მოსაზრებების არსებობას – როგორიცაა რელიგიური თავისუფლება – რომელიც ზოგჯერ გადაწონის და უპირატესობა ენიჭება. მაგა-

⁵⁶ სასულიერო გამონაკლისის კრიტიკისთვის იხილეთ, მაგ., C Mala Corbin, "Above the law? The constitutionality of the ministerial exemption from antidiscrimination law", (2007) 75 Fordham Law Review 1965-2038; M Hamilton, "Religious institutions, the no-harm doctrine and the public good", (2004) Brigham Young University Law Review 1099-1216.

⁵⁷ სრულად იხ. J Gardner, "Discrimination as injustice", (1996) 16 QJLS 353-367.

ლითად, ორივე, „თანასწორობის შესახებ“ 2010 წლის კანონიც და ევროკავშირის 2000/78 დირექტივაც, რომლებიც ადგენენ თანაბარი მოპყრობის ჩარჩოს შრომით ურთიერთობებში, ითვალისწინებენ რელიგიასთან დაკავშირებულ უამრავ გამონაკლისს.⁵⁸ აქ საკანონმდებლო ორგანო აცალკევებს სფეროს, სადაც რელიგიური თავისუფლების სარჩელები გადანონის თანასწორობის მიზნებს. *Hosanna-Tabor*-ის გადანყვეტილება უჩვენებს, რომ სავარაუდოდ, სასამართლოებს კარგი მიზეზი აქვთ, მსგავსი მიდგომის მისაღებად, ეკლესიასა და მის სასულიერო პირებს შორის არსებული ურთიერთობის განხილვისას.

დამატებით, სასულიერო გამონაკლისის სტრუქტურირება იმგვარადაა შესაძლებელი, რომ მისი უარყოფითი გავლენა მნიშვნელოვნად შემცირდეს. პირველი, გამონაკლისი საკუთარ მოქმედების ფარგლებში არ აქცევს რელიგიურ ორგანიზაციაში დასაქმებულ თითოეულ პირს, არამედ მხოლოდ სასულიერო პირებს. მაშინ როდესაც, პირის „რელიგიის მსახურად“ განმწესება მნიშვნელოვანია, ეს ამბის დასასრული არ არის: უმაღლესმა სასამართლომ გადამწყვეტად არ მიიჩნია ის ფაქტი, რომ მოსარჩელეს ეს ნოდება მინიჭებული ჰქონდა, მაგრამ, დეტალურად გამოიკვლია მისი თანამდებობაზე განმწესების პროცედურა, მოვალებები და ის შეღავათები, რომლებითაც სარგებლობდა, იქამდე სანამ დაასკვნიდა, რომ გამონაკლისი მასზე ვრცელდებოდა. მოსამართლე ალიტომ დამაჯერებლად აღნიშნა, რომ სასულიერო გამონაკლისის გავრცელებისას „ასეთი ნოდება არც საჭიროა და არც საკმარისი.“⁵⁹ ეკლესიის ფარგლებში მისი როლის შინაარსია ის, რაც პირს სამღვდელოების ნევრად ხდის: „მნიშვნელობა რასაც ენიჭება ისაა, რომ მან მნიშვნელოვანი როლი ითამაშა როგორც თავისი ეკლესიის

⁵⁸ საბჭოს 2000 წლის 27 ნოემბრის 2000/78/EC დირექტივა, რომელიც სამსახურში მიღებასა და შრომით ურთიერთობებში ადგენს თანაბარი მოპყრობის ზოგად ფარგლებს [2000] OJ L 303/16. ინგლისურ სამართალში სასულიერო გამონაკლისის შესახებ იხ. R Sandberg and N Doe, “Religious exemptions in discrimination law”, (2007) 66 CLJ 302-312.

⁵⁹ *Hosanna-Tabor* at 713 (Alito J, concurring).

რელიგიური გზავნილის ინსტრუმენტმა და როგორც მისი სა-
ღვთისმეტყველო აქტივობების ლიდერმა.”⁶⁰

მეორე, ეს გამონაკლისი მხოლოდ დისკრიმინაციასთან დაკავში-
რებულ სარჩელებს გამოირიცხავს. სამართლებრივი მოქმედების
გამომწვევი სხვა საფუძვლები ხელმისაწვდომი რჩება იმ საეკლესიო
მსახურთათვის, რომელთა უფლებებიც ორგანიზაციამ დაარ-
ღვია. შესაბამისად, *Petruska*-ს საქმეში, მესამე ოლქის სასამარ-
თლომ დაადგინა, რომ მოსარჩელის მიერ ხელშეკრულების დარ-
ღვევა არ გამოირიცხებოდა კანონის მოქმედების ფარგლებიდან
სასულიერო გამონაკლისით.⁶¹ ანალოგიურად, უმაღლესმა სასა-
მართლომ დაავინოვოა *Hosanna-Tabor*-ის გადანყვეტილება იმის
პირდაპირ აღნიშვნით, რომ გამონაკლისი მხოლოდ დისკრიმი-
ნაციასთან დაკავშირებულ სასარჩელო მოთხოვნებზე ვრცელდება,
ლიად დატოვა რა საკითხი იმის შესახებ, თუ როგორი მიდგომა
უნდა განვითარდეს სხვა ტიპის სარჩელებთან მიმართებით.

მესამე ოლქის სასამართლომ სასულიერო გამონაკლისის შე-
ზღუდული ბუნება შემდეგნაირად შეაჯამა: „იგი არ ვრცელდება
რელიგიური ინსტიტუციების მიერ დასაქმებასთან დაკავშირებით
მიღებულ ყველა გადანყვეტილებზე, არც სასულიერო პირების ყვე-
ლა სარჩელზე. აღნიშნული ვრცელდება მხოლოდ იმ სარჩელებზე,
რომლებიც მოიცავს რელიგიური ინსტიტუციის არჩევანს იმის
შესახებ, თუ ვინ განახორციელებს სულიერ ფუნქციებს.“⁶² უმაღ-
ლესმა სასამართლომ *Hosanna-Tabor*-ის საქმეში დაადასტურა,
რომ გამონაკლისის საფუძველმდებარე იდეად და დასაბუთებად,
რა თქმა უნდა, გვევლინება კონსტიტუციის მისწრაფება, დაიცვას
რელიგიური ინსტიტუციების უფლება თავად აირჩიონ ის ადა-
მიანები ვინც მათ მრწამსს ხორცს შეასხამს. ეს უფლება

⁶⁰ იქვე, 715 (მოსამართლე ალიტო, თანმხვედრი აზრი). სანინალმდეგოდ
მოსამართლე თომასმა გამოთქვა მოსაზრება, როდესაც ეკლესია
გულწრფელად მიიჩნევს ინდივიდს რელიგიის მსახურად, ეს საკმარისია
სასულიერო გამონაკლისის გამოსაყენებლად: იქვე, 711 (მოსამართლე თო-
მასი, თანმხვედრი აზრი).

⁶¹ *Petruska* at PP 311 ff.

⁶² იქვე, 305 (ხაზგასმულია ორიგინალში).

ცენტრალურ ადგილს იკავებს რელიგიის თავისუფლების ინტელექტუალურ ისტორიაში და თავისი მნიშვნელობა არც თანამედროვე მსოფლიოში დაუკარგავს. *Percy*-ის პრობლემა ისაა, რომ მან ვერ შეძლო ჯეროვნად დაეფასებინა ორივე, განუყოფელი კავშირი რელიგიურ დოქტრინასა და იმათ შორის ვინც მათ ქადაგებს და ასევე ეკლესიის ინსტიტუციური ინტერესი, სახელმწიფო ჩარევების გარეშე მიიღოს, მისი მმართველობის შესახებ გადანყვეტილებები.

დასკვნა

ამ სტატიაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ *Percy*-ის საქმეში მიღებული გადანყვეტილება სასულიერო პირების მიერ თავიანთი ეკლესიების წინააღმდეგ დისკრიმინაციის დადგენის მოთხოვნით შეტანილი სარჩელების ეკლესიის ავტონომიის სფეროდან კატეგორიულად გამორიცხვის შესახებ, მცდარია. საჭიროა უფრო ნიუანსური მიდგომა და *Hosanna-Tabor*-ის საქმეზე აშშ-ს უმაღლესი სასამართლოს გადანყვეტილება კარგი საწყისი წერტილია საკითხის ხელახლა გასააზრებლად. ცხადია, „სასულიერო გამონაკლისის“ მსგავსი წესი რომ შემუშავებულიყო, ეს მოითხოვდა მისი გავრცელების კონკრეტული დეტალების დადგენას: ტერმინი „საეკლესიო მსახურის“ განმარტების, გამონაკლისის მატერიალური მოქმედების ფარგლების, მის მიმართებას „ადამიანის უფლებათა შესახებ“ კანონთან და ა.შ. მაშინ როდესაც, პასუხები შესაძლებელია მარტივი არ იყოს, ეს ის ნაბიჯია, რომლის გადადგმაც ჩვენს სასამართლოებს სჭირდებათ, რამეთუ, რელიგიურ თავისუფლებასთან დაკავშირებული მნიშვნელოვანი ინტერესები ფიგურირებენ. შესაძლოა, ვინრო გამონაკლისის შემუშავება გზა მომავლისკენ, რომელიც ეკლესიის ამ ასპექტებს საკუთარი მოქმედების ფარგლებში მოაქცევდა – ანუ, სასულიერო პირებთან დაკავშირებულ ურთიერთობას, რომელიც მართლაც საეკლესიო სფეროს მიეკუთვნება.

**უთანხმოება ყოველთვის არ არის
დისკრიმინაცია: MASTERPIECE CAKESHOP
და რასათაშორისი ქორწინების ანალოგიაზე**

ეს სტატია, უპირველეს ყოვლისა, ამტკიცებს, რომ კოლორადომ არასწორად გამოიყენა თავისი ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობა. ეს შეცდომა ნაწილობრივ გამოწვეული იყო კოლორადოს შტატის მიერ *Obergefell v. Hodges* საქმის არასწორი ინტერპრეტაციით. კოლორადოს შტატი იმ ეროვნული ტენდენციის ყველაზე დიდი ნაწილია, რომელშიც ხელისუფლება ანტიდისკრიმინაციულ კანონმდებლობას იყენებს, როგორც ხმლებს ისედაც უკვე მარგინალიზებული ადამიანების დასასჯელად (მაგალითად, ქორწინების ცოლქმრული გაგების მხარდამჭერები), ნაცვლად იმისა, რომ ის გამოყენებულიყო როგორც ფარი ხალხის უსამართლო დისკრიმინაციისგან დასაცავად (მაგალითად, აფროამერიკელები ჯიმ კროუს პირობებში და დღეს). მეორე მხრივ, ეს სტატია ამტკიცებს, რომ ქორწინების როგორც ცოლქმრული კავშირის მხარდამჭერა, არსებითად განსხვავდება რასათაშორისი ქორწინების მიმართ პროტესტისაგან და რომ აფროამერიკელების სტატუსი მნიშვნელოვნად განსხვავდება იმ ამერიკელებისგან, რომლებიც თავს აიდენტიფიცირებენ როგორც გეი. შედეგად, ის ადამიანები, რომელთაც სწამთ, რომ ქორწინება აერთიანებს ცოლ-ქმარს, პირველი შესწორებით დაცული მათი უფლებები კრიტიკულად განსხვავდება ჰომოთეზირებული პირველი შესწორებით დაცული რასისიტა უფლებებისგან – და სასამართლოს შეუძლია ამ ორი შემთხვევის განსხვავება. მესამე და ბოლო, ეს სტატია ამტკიცებს, რომ იმ მოქალაქეთა დაცვა, რომლებიც მხარს უჭერენ ქორწინების ცოლქმრულ გაგე-

* სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტის მკვლევარი, დოქტორანტი.

ბას, აქვთ უფრო მეტი მსგავსება სიცოცხლის უფლების მხარდამჭერებთან. ისევე, როგორც სიცოცხლის უფლების მომხრე მოქალაქეების დაცული უფლებები არ ჩაითვლება დისკრიმინაციულად სქესის საფუძველზე ან სხვაგვარად ქალის სანინალმდეგოდ, რადგან სიცოცხლის მხარდამჭერი მედიცინა არ არის სექსისტური, ასევე არ უნდა განიხილებოდეს ქორწინების ცოლქმრული აქტივობები, როგორც გეისანინალმდეგო ქმედებები.

•

5 დეკემბერს უმაღლესმა სასამართლომ ზეპირი მოსმენის საფუძველზე განიხილა საქმე *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*.¹ ამ საქმის ცენტრში დგას ჯექ ფილიპსი, ქრისტიანი ტორტების დიზაინერი, რომელსაც თავისი სუფთა სინდისიდან გამომდინარე არ შეუძლია შეიმუშაოს დიზაინი და შექმნას საქორწინო ტორტი ერთნაირსქესიან პირთა ქორწინების აღსანიშნავად. ახლა მართლმსაჯულებამ უნდა გადაწყვიტოს, პირველი შესწორების შესაბამისად, შეუძლიათ თუ არა შტატებს მოქალაქეები აიძულონ, დიზაინერული პროდუქციის მეშვეობით მხარი დაუჭირონ ერთნაირსქესიან პირთა ქორწინებას.

მაგრამ ეს საქმე სასამართლომდე არ უნდა მისულიყო. და მომავალში მსგავსი საქმეების თავიდან აცილება შესაძლებელია.

ეს სტატია პირველ რიგში ამტკიცებს, რომ კოლორადომ არასწორედ გამოიყენა თავისი ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობა. ეს შეცდომა ნაწილობრივ გამომწვეული იყო კოლორადოს შტატის მიერ *Obergefell v. Hodges* საქმის არასწორი ინტერპრეტაციით. კოლორადოს შტატი იმ ეროვნული ტენდენციის ყველაზე დიდი ნაწილია, რომელშიც ხელისუფლება ანტიდისკრიმინაციულ კანონმდებლობას იყენებს, როგორც ხმლებს ისედაც უკვე მარგინალიზებული ადამიანების დასასჯელად (მაგალითად, ქორწინების ცოლქმრული გაგების მხარდამჭერები), ნაცვლად იმისა, რომ ის გამოყენებულიყო როგორც ფარი ხალხის უსამართლო დისკრიმი-

¹ 137 S. Ct. 2290 (2017).

ნაციისგან დასაცავად (მაგალითად, აფროამერიკელები ჯიმ კროუს პირობებში და დღეს). მეორე მხრივ, ეს სტატია ამტკიცებს, რომ ქორწინების როგორც ცოლქმრული კავშირის მხარდაჭერა, არსებითად განსხვავდება რასათაშორისი ქორწინების მიმართ პროტესტისაგან და რომ აფროამერიკელების სტატუსი მნიშვნელოვნად განსხვავდება იმ ამერიკელებისგან, რომლებიც თავს აიდენტიფიცირებენ როგორც გეი. შედეგად, ის ადამიანები, რომელთაც სწამთ, რომ ქორწინება აერთიანებს ცოლ-ქმარს, პირველი შესწორებით დაცული მათი უფლებები კრიტიკულად განსხვავდება ჰიპოთეზირებული პირველი შესწორებით დაცული რასისტთა უფლებებისგან – და სასამართლოს შეუძლია ამ ორი შემთხვევის განსხვავება. მესამე და ბოლო, ეს სტატია ამტკიცებს, რომ იმ მოქალაქეთა დაცვა, რომლებიც მხარს უჭერენ ქორწინების ცოლქმრულ გაგებას, აქვთ უფრო მეტი მსგავსება სიცოცხლის უფლების მხარდამჭერებთან. ისევე, როგორც სიცოცხლის უფლების მომხრე მოქალაქეების დაცული უფლებები არ ჩაითვლება დისკრიმინაციულად სქესის საფუძველზე ან სხვაგვარად ქალის სანინაალმდეგოდ, რადგან სიცოცხლის მხარდამჭერი მედიცინა არ არის სექსისტური, ასევე არ უნდა განიხილებოდეს ქორწინების ცოლქმრული აქტივობები, როგორც გეისანინაალმდეგო ქმედებები.

უმალღესმა სასამართლომ საქმეში *Obergefell v. Hodges* სწორედ აღნიშნა, რომ „ბევრი, ვინც მიიჩნევს, რომ ერთნაირსქესიანთა ქორწინება არასწორია, ამ დასკვნამდე მიდიან ღირსეული და მართებული რელიგიური და ფილოსოფიური ვარაუდების საფუძველზე. აქ არც ისინი და არც მათი რწმენა არ არის დაკნინებული“.² *Masterpiece*-ის საქმეზე საშიშროების წინ დგას ეს ხალხი და მათი ღირსეული და მართებული რწმენის შეთავსებადობა აშშ-ს კონსტიტუციურ დაცვასთან, რომლის დაკნინება ხდება შტატის ხელისუფლებისგან. ადვოკატები ამტკიცებენ, რომ თუ სასამართლო პირველი შესწორების უფლებას მიიჩნევს ადამიანის მიერ ერთნაირსქესიან პირთა ქორწინლისთვის ტორტის შესაქმნელად საკუთარი არტისტული ტალანტის გამოყენებაზე უარის თქმის საბაბად,

² 135 S. Ct. 2584, 2602 (2015).

მაშინ სასამართლომ ასევე უნდა დაიცვას მეფუნთუშის არჩევანი – უარი თქვას გამოცხობაზე რასათაშორისი ქორწილისთვის.

მაგრამ ასეთი დასკვნა არასწორია.

რასათაშორისი ქორწინებისთვის წინააღმდეგობის განევა ჩამოყალიბდა, როგორც რასიზმისა და თეთრკანიანების ბატონობის სისტემის ერთი დიდი ასპექტი. ასეთი წინააღმდეგობა განსხვავდება ქორწინების ისტორიული და პრაქტიკული გაგებისგან, დაფუძნებულია არა ღირსეულ და მართებულ ვარაუდებზე, არამედ ფანატიზმზე. ამის საპირისპიროდ, ჯერ კიდევ აქამდე, მიუხედავად სექსუალური ორიენტაციის შესახებ შეხედულებებისა, საყოველთაო იყო ქორწინება, როგორც ქმრისა და ცოლის კავშირი. ქორწინების შესახებ მოსაზრება ემყარება ქალისა და კაცის შესაძლებლობას, გაერთიანდნენ ცოლქმრულ აქტში, შექმნან ახალი სიცოცხლე და შეაკავშირონ ეს ახალი სიცოცხლე ორივესთან - დედასთან და მამასთან. საბოლოოდ, საკმარისად დასაბუთებულად ჟღერს თუ არა ქორწინებასთან დაკავშირებული ეს შეხედულება, ის გონივრულია, ემყარება ღირსეულ და მართებულ ვარაუდებს და არავის ამცირებს.

რასობრივი ნიშნით დისკრიმინაციის აკრძალვის შესახებ კანონმდებლობიდან გამონაკლისის დაშვება საფრთხეს უქმნის ამ კანონების ჭეშმარიტ მიზნებს, როგორიცაა რასისტული რადიკალიზმის საზოგადოებრივი შედეგების აღმოფხვრა, ფერადკანიანების თეთრკანიანებზე დაქვემდებარებულობის მითის გაგრძელებით. ეს მითი ხელს უწყობს იმ კულტურას, სადაც მონობის სამკერდე ნიშნები და შემთხვევები გრძელდება, რადგან აფრო-ამერიკელებს კვლავ ბევრ არახელსაყრელ პირობებთან უწევთ დაპირისპირება. პირველი შესწორებით გათვალისწინებული იმ ადამიანთა უფლებები, რომლებიც მოქმედებენ ქორწინების ცოლქმრული გაგების შესაბამისად, არ სჭირდება შელახოს კანონის მთავარი მიზნები, რომელიც კრძალავს დისკრიმინაციას სექსუალური ნიშნით, როგორიცაა გეისანიწააღმდეგო რადიკალიზმის საჯარო შედეგების აღმოფხვრა, რადგან ცოლქმრული ქორწინების მხარდაჭერა არ არის გეის წინააღმდეგ. ჯექ ფილიფსის სასარგებლოდ გამოტანილი გადაწყვეტილება არ შეიცავს რაიმე სახის სავარაუდო

შეტყობინებას იმ ადამიანთა არასრულფასოვნების შესახებ, რომლებიც თავს გვიდ აიდენტიფიცირებენ. რეალურად, ის არანაირ შეტყობინებას არ შეიცავს მათზე ან მათ სექსუალურ ორიენტაციაზე. ის უბრალოდ გულისხმობს, რომ მოქალაქეები, რომლებიც მხარს უჭერენ ქორწინების იტორიულ გაგებას, არ არიან რადიკალები და რომ სახელმწიფომ ისინი არ უნდა განდევნოს ბიზნეს თუ სამოქალაქო ცხოვრებიდან. სასამართლოს გადანყვეტილება საფრთხეს არ უქმნის იმ ადამიანების სოციალურ სტატუსს, რომლებიც თავს გვიდ აიდენტიფიცირებენ ან მათი საზოგადოების ღრმა და ჯერ ისევ მზარდ პოლიტიკურ გავლენას.

ამ საქმესთან უკეთესი შედარება იქნება კანონები, რომლებიც კრძალავს სქესის ნიშნით დისკრიმინაციას. თუ სახელმწიფო გამოიყენებდა ასეთ კანონს ისე, რომ ის აიძულებდა აბორტის გაკეთებას კათოლიკურ საავადმყოფოს ან აბორტის რეკლამირებას კრიზისული ორსულობის ცენტრს, უმაღლესი სასამართლოს გადანყვეტილება აბორტის შეუსრულებლობისა და მის რეკლამირებაზე უარის თქმის უფლება არ ხელყოფდა სქესის ნიშნით ანტიდისკრიმინაციული პოლიტიკის ჭეშმარიტ მიზნებს, როგორცაა სექსიზმის საჯარო შედეგების აღმოფხვრა, რადგან სიცოცხლის მხარდამჭერი მედიცინა არ არის სექსისტური. სიცოცხლის მხარდამჭერთა რწმენა არ შობს ან ქადაგებს ქალების მიმართ მტრულ განწყობას. სასამართლოს გადანყვეტილება სიცოცხლის მომხრეთა მიმართ არ შეიცავს რაიმე სახის შეტყობინებას პატრიარქატისა და ქალთა სუბორდინაციის შესახებ. მასში უბრალოდ ნათქვამია, რომ სიცოცხლის მხარდამჭერი მოქალაქეები არ არიან რადიკალები და სახელმწიფომ ისინი არ უნდა ჩამოაშოროს საზოგადოებრივ ცხოვრებას. სასამართლო გადანყვეტილება იმ მოქალაქეთა თავისუფლებების დასაცავად, რომლებიც მხარს უჭერენ ქორწინების ცოლქმრულ განმარტებას, იმ მოქალაქეებისთვისაც იგივეს გააკეთებდა.

მაგრამ ფილიპსის წინააღმდეგ უმაღლესი სასამართლოს გადანყვეტილება ქორწინების ცოლქმრული გაგების მომხრეებს რადიკალიზმში დასდებდა ბრალს. სასამართლოს მხრიდან ფილიპსისთვის პირველი შესწორებით დადგენილი უფლებების მინიჭებაზე

უარის თქმა გვასწავლიდა, რომ კეთილგონიერი მრწამსი და მასთან დაკავშირებული ქცევა იმდენად უსამართლოა, რომ მათი მიღება პლურალისტურ საზოგადოებაში არ შეიძლება. თუ *Obergefell* შეეხებოდა გვიდ იდენტიფიცირებულ ადამიანთა თავისუფლების პატივისცემას, იცხოვრონ საკუთარი შეხედულებისამებრ, მაშინ ამერიკელებს, ვისაც სწამს ქორწინება, როგორც ცოლქმრული კავშირი, უნდა ჰქონდეთ იგივე უფლებები. უდავოა, რომ ძალიან ბევრი ადამიანი ეწინააღმდეგება ფილიპსის რწმენას. მაგრამ *Obergefell* საქმეზე სასამართლომ აღნიშნა, რომ როდესაც: „პირადი წინააღმდეგობა კანონად და საჯარო პოლიტიკად იქცევა, სახელმწიფოს მხრიდან ადამიანების ქორწინების უფლებიდან გამორიცხვის დაშვება, ეს იწვევს იმ პირთა დამცირებასა ან სტიგმატიზებას, ვისი თავისუფლებაც უარყოფილია“.³ „უმაღლესმა სასამართლომ არ უნდა დაუშვას კოლორადოს შტატის მიერ ქორწინების ცოლქმრული გაგების მომხრეთა სტიგმატიზება და დამცირება. მან არ უნდა მისცეს შტატს იმის საშუალება, რომ „დასაჯოს მანკიერნი“.⁴

მოკლედ, სიცოცხლის მომხრეთა მრწამსი არ ხელყოფს *Roe v. Wade* ან ქალთა თანასწორუფლებიანობას.⁵ არც ცოლქმრული ქორწინების მომხრეთა მრწამსი ხელყოფს *Obergefell* ან გვი თანასწორუფლებიანობას.⁶ ამის საპირისპიროდ, რასათაშორისი ქორწინების მოწინააღმდეგეთა სინდისის უფლების დაცვას შეუძლია ხელყოს *Loving v. Virginia*, *Brown v. Board of Education* და სამოქალაქო უფლებების 1964 წლის კანონის მიზნები – რასობრივი თანასწორუფლებიანობა.⁷

³ *Id.*

⁴ იხ. Tim Gill, Andy Kroll, Meet the Megadonor Behind the LGBTQ Rights Movement, ROLLING STONE (June 23, 2017), <http://www.rollingstone.com/politics/features/meet-tim-gill-megadonor-behindlgbtq-rights-movement-wins-w489213> [<https://perma.cc/8E9G-4BSS>].

⁵ იხ. 410 U.S. 113 (1973).

⁶ იხ. 135 S. Ct. at 2602.

⁷ იხ. 78 Stat. 241 (1964); 388 U.S. 1 (1967); *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954), supplemented sub nor. *Brown v. Bd. of Educ.*, 349 U.S. 294 (1955).

**I. ფარები თუ ხმლები: ანტიდისკრიმინაციული
კანონის დანიშნულება და მისი ბოროტად გამოყენება:
სექსუალური დოგმატიკის შემოღება**

მიუხედავად იმისა, ეთანხმებით თუ არა, ფილიპსს სწამს, რომ ტორტების გამოცხობით ის ქრისტეს ემსახურება. მანამდე მან პელოუინის თემატიკასთან დაკავშირებული ტორტების, ქორწილამდე გარყვნილი წვეულების ტორტებისა და განქორწინების აღსანიშნავად ტორტების შექმნაზე თქვა უარი.⁸ მას არასდროს მიუღია საყვედური ამ გადანყვეტილებების გამო, მაგრამ ერთნაირსქესიანთა საქორწინო ტორტმა იგი რთულ მდგომარეობაში ჩააგდო.

გასაკვირი არ არის, რომ *Masterpiece*-ის საქმის ზეპირი მოსმენის დროს არგუმენტთა ძირითადი ნაწილი პირველ შესწორებაზე იყო ორიენტირებული. ფილიპსი ამტკიცებდა, რომ მისთვის ერთნაირსქესიანთა ქორწინებისთვის ტორტის შექმნის იძულება არღვევს პირველი შესწორებით გათვალისწინებულ მისი სიტყვისა და რელიგიის თავისუფლების უფლებებს იმის იძულებით, რომ გამოხატოს შეხედულება და აღნიშნოს ისეთი მოვლენა, რომელიც ეწინააღმდეგება მის რწმენას. თუ სასამართლო დაეთანხმება, ის აუკრძალავს კოლორადოს და სხვა შტატებს ანტიდისკრიმინაციული კანონის ამგვარ გამოყენებას.

მაგრამ დავინყოთ იქიდან, რომ კოლორადოს თავიდანვე არ უნდა გამოეყენებინა ეს კანონი. სინამდვილეში, შტატებს შეუძლიათ თავიდან აიცილონ პირველ შესწორებასთან კონფლიქტი, თუკი უარს იტყვიან ტრადიციული ქორწინების მხარდაჭერის „დისკრიმინაციად“ კლასიფიცირებაზე.

ნაწილობრივ პრობლემა ისიც არის, რომ კოლორადომ არასწორად გაიზიარა უმაღლესი სასამართლოს გადანყვეტილება *Obergefell*-ის საქმეზე. კოლორადოს მტკიცებით, სასამართლომ

⁸ იხ. Brief of Petitioners at 9, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm'n*, No. 16-111 (U.S. filed Sept. 6, 2017), <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2017/09/16-111-ts.Pdf> [<https://perma.cc/6KBU-3YGT>].

მიიჩნია, რომ „ერთნაირსქესიანთა ქორწინებასთან შეწინააღმდეგება“ სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით დისკრიმინაციის ტოლფასია.

რეალურად, მთავარმა მოსამართლემ ჯონ რობერტსმა *Masterpiece*-ის საქმის ზეპირი მოსმენისას აღნიშნა, რომ სასამართლო *Obergefell*-ის საქმეში გაექცა საუბარს ღირსეულ და ნესიერ ადამიანებზე, რომლებსაც შესაძლოა გააჩნდეთ განსხვავებული შეხედულებები.⁹

სასამართლოს უმრავლესობის მოსაზრებით იმის რწმენა, რომ ქორწინება არის ცოლქმრული კავშირი, ეფუძნება „გონიერი და გულწრფელი ადამიანების კეთილ ნებას აქ და მთელ მსოფლიოში.“¹⁰ აღინიშნა, რომ „ბევრი, ვინც თვლის, რომ ერთნაირსქესიანთა ქორწინება არასწორია, ამ დასკვნამდე მიდის მართებული და კეთილშობილური რელიგიური თუ ფილოსოფიურ მოძღვრებებიდან გამომდინარე და არც ისინი და არც მათი რწმენა აქ დამცირებული არ არის.“¹¹

სახელმწიფომ არ უნდა შეურაცხყოს არც ხალხის და არც მათი ღირსეული და კეთილშობილური რწმენა.

პრობლემა უმეტესწილად ის არის, რომ ახლა სექსუალური ორიენტაციის ანტიდისკრიმინაციული კანონები გამოიყენება „მანკიერების დასასჯელად“, ამბობს ტიმ გილი, მათი უდიდესი ფინანსური მხარდამჭერი (500 მილიონი აშშ დოლარის ოდენობით).¹² მაგრამ ანტიდისკრიმინაციული პოლიტიკა უნდა ასრულებდეს ფარისა და არა ხმლის ფუნქციას. ამ კანონების მიზანია, დაიცვას ადამიანები იმ უსამართლო დისკრიმინაციისგან, რომელმაც შეიძლება ხელი შეუშალოს მათ წარმატებას საზოგადოებაში და არა იმიტების, რომ დასაჯოს ხალხი მათი კეთილგონიერი რწმენის გამო.

⁹ Transcript of Oral Argument at 73, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 137 S. Ct. 2290 (2017).

¹⁰ 135 S. Ct. at 2594.

¹¹ *Id.* at 2602.

¹² *ib.* Kroll, *supra* note 4.

გაითვალისწინეთ კოლორადოს კანონის ისტორია. ორი წლის განმავლობაში კოლორადოს მოქალაქეებმა ხმა მისცეს ქორწინების ცოლქმრულ კავშირად განმარტებას და, იმავდროულად, სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით დისკრიმინაციის აკრძალვას. ასევე, ბევრი სხვა შტატიც სექსუალური ორიენტაციის ანტიდისკრიმინაციული კანონების მიღებისას იმავდროულად დაჟინებით ამტკიცებდა, რომ ქორწინების ტრადიციული გაგება არ არის დისკრიმინაციული.

მოსამართლე სამუელ ალიტომ ზეპირი მოსმენის დროს ყურადღება გაამახვილა ამ რეალობაზე. როდესაც ჯექ ფილიპსმა უარი თქვა ერთნაირსქესიან პირთათვის საქორწინო ტორტის გაკეთებაზე, კოლორადოს შტატი ვერც კი გააცნობიერებდა, რომ უფრო მეტად დაუშვებდა ერთნაირსქესიანთა ქორწინების დაკანონებას. მოსამართლე ალიტომ აღნიშნა, რომ ფილიპსის მომხმარებელმა ვერ შეძლო კოლორადოს შტატისთვის თავისი ურთიერთობა ელიარებინებინა ქორწინებად, „და მაინც, როდესაც ის მიდის ამ საცხობში და ეუბნება, მე მინდა საქორწინო ტორტი, ხოლო მცხობელი ამბობს უარს, ნაწილობრივ იმიტომაც, რომ იმ პერიოდისთვის კოლორადოში ერთნაირსქესიანთა ქორწინება არ იყო დაშვებული, ის უშვებს მძიმე შეცდომას... როგორ თანხვედრაშია ეს ყველაფერი?“

ჭეშმარიტად. პირველ ყოვლისა, კოლორადოს დისკრიმინაციაში არ უნდა დაედო ბრალი ფილიპსისათვის.

ჩვენ სხვა ანტიდისკრიმინაციულ პოლიტიკას უფრო სამართლიანად და დახვეწილად ვიყენებთ. რელიგიური ნიშნით დისკრიმინაციის აკრძალვა არ გამოიყენება სეკულარული ორგანიზაციების მიერ თავისი რწმენის შებღაღვის იძულებისათვის.

რელიგიური ანტიდისკრიმინაციული პოლიტიკა არ ყოფილა გამოყენებული, მაგალითად, ორგანიზაცია Planned Parenthood-ის იძულებისთვის, რათა დაექირავებინათ სიცოცხლის მომხრე კათოლიკეები. და კოლორადოს შტატმა ვერ იპოვა რელიგიური ნიშნით დისკრიმინაცია, როდესაც სამმა სხვადასხვა საცხობმა უარი თქვა გეისანინააღმდეგო შეტყობინების შემცველი ტორტის გამოცხო-

ბაზე. რელიგიური ანტიდისკრიმინაციული კანონები ქვეყანაში რელიგიური დოგმატიკის დაწესების მიზანს არ ისახავს.

მაგრამ სექსუალურ ორიენტაციასა და გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული ანტიდისკრიმინაციული პოლიტიკა გამოყენებულია სექსუალური დოგმატიკის შემოსაღებად. ისინი ცდილობენ, აიძულონ კათოლიკური სკოლები, რომ დაასაქმონ ისეთი ადამიანები, რომლებიც ძირს უთხრიან სკოლების სექსუალურ ღირებულებებს და აიძულებენ ევანგელისტ მცხობელებს, რომ გამოიყენონ თავისი სახელოვნებო ნიჭი იმ ქორწინზე გზავნილების გასაკეთებლად, რომელსაც ისინი არ ეთანხმებიან. სექსუალური ორიენტაციისა და გენდერული იდენტობის შესახებ კანონები გამოყენებულია იმ კეთილი ნების მქონე ხალხის დასასჯელად, რომლებიც უბრალოდ ისწრაფვიან იმისკენ, რომ თავისუფლად წარმართონ თავიანთი ცხოვრება ადამიანის სექსუალურობაზე საკუთარი რწმენის შესაბამისად.

მაგრამ ეს შეცდომაა. და (ეს შეიძლება აღმოჩნდეს ყველაზე მნიშვნელოვანი კომენტარი ზეპირი მოსმენის დროს) ენტონი კენედიმაც კი უარყო „ამერიკის სამოქალაქო თავისუფლებების კავშირის“ არგუმენტი, რომ ერთნაირსქესიანთა ქორწინებისთვის წინააღმდეგობის განევა დისკრიმინაციაა მხოლოდ იმ ადამიანების მიმართ, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ. კენედიმ განმარტა ფილიპსის შეხედულებები: „შეხედეთ, ჩათვალეთ ის ამბობს: „გეი ადამიანების საწინააღმდეგო არაფერი მაქვს“. „მაგრამ მე უბრალოდ ვფიქრობ, რომ ისინი არ უნდა ქორწინდებოდნენ, რადგან ეს ეწინააღმდეგება ჩემს რწმენას. ეს არ არის მათი იდენტობა; ეს არის ის, რასაც ისინი აკეთებენ“. „ამერიკის სამოქალაქო თავისუფლებების კავშირის“ განცხადების საპასუხოდ, რომ ეს არის სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით დისკრიმინაცია, კენედიმ უპასუხა: „შენი იდენტობა უბრალოდ ძალიან ხელოვნურია.“

ფართო გაგებით, დისკრიმინაცია არის უბრალოდ განსხვავებების გაკეთება. ეს ცხოვრების აუცილებლობაა. დისკრიმინაცია, ჩვეულებრივი მორალური გაგებით, გულისხმობს შეუსაბამო ფაქტორებზე დაყრდნობით არასათანადო მოპყრობას. სიცხადისთვის ამ სტატიაში გამოყენებულია „განსხვავება“ – ნეიტრალური ქცევის

აღსანიშნავად და „დისკრიმინაცია“ – უკანონო განსხვავების აღსანიშნავად. ჩვენ განვასხვავებთ ანუ დისკრიმინაციას ვახდენთ X-ზე დაყრდნობით, როდესაც ჩვენ ვინმეს მიმართ განსხვავებული მოპყრობისთვის ვიყენებთ X-ს. ჩვენ განვასხვავებთ შესაბამისი ფაქტორებიდან გამომდინარე, როდესაც ჩვენ მართვის მონშობის მიღების მსურველებისგან მოვითხოვთ მხედველობის უნარს. ჩვენ დისკრიმინაციას ვახდენთ არარელევანტური ფაქტორებიდან გამომდინარე, როდესაც ერთ დროს ბევრ შტატში თეთრკანიანობა იყო ხმის მიცემის წინაპირობა.¹³ შეიძლება არსებობდეს ისეთი ნიშნები, რომლებზე დაყრდნობითაც ჩვენ ვანსხვავებთ და დისკრიმინაციასაც ვახდენთ. ამ ორის გამიჯვნა ძალისხმევას მოითხოვს: ჩვენ განვასხვავებთ სქესის საფუძველზე, როდესაც ცალკ-ცალკე გვაქვს ქალისა და მამაკაცის საპირფარეშოები. ჩვენ სქესის ნიშნით დისკრიმინაციას ვახდენთ, როდესაც ვამბობთ, რომ უმაღლეს სასწავლებელში მამაკაცებმა უნდა ისწავლონ ეკონომიკა, ხოლო ქალებმა - საოჯახო ეკონომიკა.¹⁴

სასტიკი დისკრიმინაცია სათავეებს იღებს უსამართლო, სოციალურად დამამცირებელი დამოკიდებულებებიდან ან ადამიანის ფასეულობების შესახებ შეხედულებებიდან, სათანადო სოციალური სტატუსის, უნარებისა ან საქმიანობიდან. რასათაშორისი ქორწინების აკრძალვა იყო სასტიკი დისკრიმინაციის მაგალითი.¹⁵ ისინი ეფუძნებოდა აფროამერიკელების შესახებ მაშინ არსებულ შეხედულებებს, განსაკუთრებით მათ თითქოსდა ქმედუუნარობასა და თეთრკანიანებისთვის (განსაკუთრებით ქალებისთვის) საფრთხის მომასწავებლობაზე. მცხობელი, რომელიც უარს ამბობს რასათაშორის ქორწილისთვის გამოცხოებაზე, სჩადის უნდობელ დისკრიმინაციას რასობრივი ნიშნით. ის მხედველობაში იღებს რასობრივ ფაქტორს იქ, სადაც ის არარელევანტურია და არასათანადოდ ექცევა ადამიანებს ამ ნიშნით და, ამრიგად, მისი საქციელი

¹³ იხ. John Corvino, Ryan T. Anderson & Sherif Girgis, *Debating Religious Liberty and Discrimination* 163-168 (2017)

¹⁴ იხ. e.g., 45 C.F.R. §§ 618.405, 618.410 (2017) (implementing Title IX).

¹⁵ იხ. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

ბიძგს აძლევს აფროამერიკელებზე არსებულ უსამართლო და სოციალურად დამამცირებელი მითების გამყარებას.

ჯეკ ფილიპსს, პირიქით, არ მოუხდენია დისკრიმინაცია, მათ შორის, არც სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით განსხვავება მოუხდენია. უფრო მეტიც, მან უარი თქვა შეექმნა ტორტის დიზაინი ერთნაირსქესიანი წყვილისთვის, რადგან ის ეწინააღმდეგება ერთნაირსქესიანთა ქორწინებას, მისი ჩვეული ქრისტიანული რწმენიდან გამომდინარე, რომ ერთნაირსქესიანთა ქორწილი არ არის ცოლქმრული (სხვა მრავალ ურთიერთობასთან ერთად, მაგალითად, იქნება თუ არა სექსუალური, ორი ადამიანისა თუ უფრო მეტისგან შემდგარი, ერთნაირი თუ საპირისპირო სქესიდან გამომდინარე ურთიერთობები).¹⁶ ფილიპსი დასაბუთებისას არსად უთითებს პარტნიორების სექსუალურ ორიენტაციას ან რაიმე შეხედულებას თუ დამოკიდებულებას გეი ადამიანების მიმართ, ცუდს თუ კარგს, აშკარას თუ ნაგულისხმევს. ჯეკ ფილიპსის მიერ ერთნაირსქესიანთა საქორწინო ტორტის გამოცხოებაზე უარის თქმის მიზეზი, ცხადია, არ არის გეებთან თანასწორუფლებიანობის საწყისებზე კონტაქტის დამყარებისგან თავის არიდება.

როგორც კომისიის ადმინისტრაციული სამართლის მოსამართლემ აღნიშნა, ფილიპსმა მომხმარებლებს უთხრა: „მე გაგიკეთებთ დაბადების დღის ნამცხვრებს, სადღესასწაულო ტორტებს, მოგყიდით ფუნთუშებსა და ბრაუნს, მე უბრალოდ არ ვამზადებ ტორტებს ერთნაირსქესიანთა ქორწილებისთვის.“¹⁷ ფილიპსი უბრალოდ ცდილობდა თავიდან აეცილებინა თანამონაწილეობა ყველაფერ იმაში, რასაც, სხვა ყველაფერთან ერთად, ქორწინების დამახინჯებად მიიჩნევს, რასაც მონაწილეს მისი უარი განქორწინების ტორტების გამოცხოებაზე. ზოგიერთი ადამიანის უარი ერთნაირსქესიანთა წყვილისთვის საქორწინო ტორტის შექმნაზე შესაძლოა იყოს

¹⁶ იხ. 3 John Finnis, *Human Rights and Common Good: Collected Essays* 315-388 (2011); John Witte Jr., *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, And Law in The Western Tradition* (2d Ed. 2012); Scott Yenor, *Family Politics: The Idea of Marriage in Modern Political Thought* (2011).

¹⁷ *Petition for a Writ of Certiorari*, at 65a, 6., *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 137 S. Ct. 2290 (2017) (No. 16-111).

ცუდი განზრახვით მოტივირებული. ამასთან, როგორც სტატიის მე-3 ნაწილი ცხადყოფს, არასამართლიანია იმის ვარაუდი, რომ ქორწინების ცოლქმრული გაგება ემყარება გეი ადამიანების მიმართ მტრულ განწყობას. მართლაც, ერთნაირსქესიანთა საქორწინო ნამცხვრების შექმნაზე უარი საერთოდ არ უნდა ემყარებოდეს იმ ადამიანთა მიმართ ცუდ თუ კარგ შეხედულებებსა თუ დამოკიდებულებებს, რომლებიც თავს გეიდ იდენტიფიცირებენ. მიუხედავად იმისა, რომ ამგვარ ქმედებებს შეიძლება განსხვავებული გავლენა ჰქონდეს, მათ არ უნდა მოახდინონ დისკრიმინაცია ან სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით განსხვავება.

ქორწინების (და მშობლობის) მიმართ შეხედულებები არ უნდა ემყარებოდეს სექსუალურ ორიენტაციაზე შეხედულებებს, რაც ყველაზე ნათლად ჩანს შვილად აყვანის კათოლიკურ საქველმოქმედო სააგენტოების მაგალითზე. ისინი უარს აცხადებენ მათ მზრუნველობას მინდობილი ბავშვების ერთნაირსქესიან წყვილებისთვის გაშვილებაზე არა ინდივიდის სექსუალური ორიენტაციის გამო, არამედ სააგენტოების რწმენის გამო, რომლის მიხედვითაც, ბავშვები იმსახურებენ ორივეს – დედასაც და მამასაც. ამ სააგენტოებს მიაჩნიათ, რომ მამაკაცები და ქალები არ არიან ურთიერთშენაცვლებადი, რომ დედები და მამები არ არიან ურთიერთჩანაცვლებადი, რომ ორი მსოფლიოში საუკეთესო მამა ვერ ამოავსებს უდედობას და რომ ორი მსოფლიოში საუკეთესო დედა ვერ ამოავსებს უმამობას. ამ რწმენას არაფერი აქვს საერთო სექსუალურ ორიენტაციასთან.¹⁸ კათოლიკური საქველმოქმედო ორგანიზაციები არ ამბობენ, რომ ადამიანები რომლებიც იდენტიფიცირდებიან როგორც გეები, არ შეუძლიათ სიყვარული ან მზრუნველობა; ეს საერთოდ არ მოიაზრებს სექსუალურ ორიენტაციას. ბავშვის გაშვილებისთვის დედებისა და მამებისთვის უპირატესობის მინიჭება არ წარმოადგენს სექსუალური ორიენტაციის საფუძველზე დისკრიმინაციას.¹⁹

¹⁸ იხ. Ryan T. Anderson, *Truth Overruled: The Future of Marriage and Religious Freedom* (2015); Sherif Girgis, Ryan T. Anderson & Robert P. George, *What Is Marriage? Man and Woman: A Defense* (2012).

¹⁹ იხ. Corvino, Anderson & Girgis, *supra* note 13.

აქედან გამომდინარე, აქ, პირველი შესწორების საფუძველზე ფილიპსის უფლებების დადასტურება არ ხელყოფს სექსუალური ორიენტაციის შესახებ შტატის ანტიდისკრიმინაციული კანონის არც ერთ ჭეშმარიტ მიზანს. ამისგან განსხვავებით, ეს წესი არ გავრცელდება საავადმყოფოზე, რომელიც ქიმიოთერაპიის ჩატარებაზე უარს ეტყვის გეიდ იდენტიფიცირებულ პაციენტს, რამაც შეიძლება ხელყოს ამ კანონის ჭეშმარიტი მიზნები ისევე, როგორც ეს იქნებოდა ჯეკ ფილიპსის მხრიდან გეიდ იდენტიფიცირებულ მომხმარებელზე ბრაუნის მიყიდვაზე უარის თქმის შემთხვევაში. როდესაც ძირითადი კანონი ახდენს დისკრიმინაციას სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით, როგორც ასეთი, და მას საფუძვლად არ აქვს „მართებული და კეთილშობილური“ რწმენა, ასეთი გამონაკლისის დაშვებას ისევე, როგორც გამონაკლისის რასიზმის შემთხვევებში, შეუძლია მოქალაქეებს აუწყოს, რომ ის მოქალაქეები, რომლებიც გეიდ იდენტიფიცირდებიან, სხვა მოქალაქეებთან შედარებით მეორეხარისხოვნად ითვლებიან. მაგრამ იმ რწმენის შესაბამისად მოქმედება, რომ ქორწინება არის ცოლქმრული კავშირი, არ შეიცავს მსგავს გზავნილს.

II. რასობრივი ნიშნით უარის თქმის კონტექსტი

კიდევ ერთი ტიპური მიმართულება, რაც Masterpiece-ის საქმიდან გამომდინარეობს, ეხება რასიზმისა და რასათაშორისი ქორწინების შედარებას. მაგრამ შედარება იმ საქმესთან, რომელიც მოიცავს ჰიპოტეტურ რასისტს, თავიდანვე არასწორია, რადგან დისკრიმინაციის ბრალდებებთან დაკავშირებით გასათვალისწინებელია სოციალური კონტექსტი და ამ ორივე საქმის სოციალური კონტექსტი მნიშვნელოვნად განსხვავებულია. ჯეკ ფილიპსი ყოველთვის ემსახურებოდა ყველა მომხმარებელს – შავს და თეთრს, ჰომოსექსუალს და ჰეტეროსექსუალს, – მაგრამ მას უარის თქმა მოუწია გარკვეულ შეკვეთებზე, დღესასწაულისა და მასში არსებული გზავნილის ბუნებიდან გამომდინარე. ფილიპს აქამდეც უთქვამს უარი ჰელოუინის თემატიკის ტორტებზე, წინასაქორწინო წვეულების ტორტებსა და განქორწინებასთან დაკავშირებული

ტორტების გაკეთებაზე. როდესაც ერთნაირსქესიანთა საქორწინო ტორტის შეკვეთის მიღებაზე უარი თქვა, მან მომხმარებლებს შესთავაზა მის მაღაზიაში არსებული სხვა ნებისმიერი რამის მიყიდვა. როგორც კომისიის ადმინისტრაციული სამართლის მოსამართლემ აღნიშნა, ფილიპსმა მომხმარებელს უთხრა: „მე გაგიკეთებ დაბადების დღის ნამცხვრებს, სადღესასწაულო ტორტებს, მოგყიდით ფუნთუშებსა და ბრაუნის, მე უბრალოდ არ ვამზადებ ტორტებს ერთნაირსქესიანთა ქორწილებისთვის.²⁰

ამის საპირისპიროდ, მეფუნთუშეებმა, რომლებმაც უარი თქვეს რასათაშორისი ქორწილებისთვის ტორტების გამოცხობაზე, მათ ამით უარი თქვეს, თანასწორად მოპყრობოდნენ აფროამერიკელებს: მათ უარი თქვეს დაემზადებინათ დაბადების დღისა და სადღესასწაულო ტორტები, მიეყიდათ ფუნთუშეულობა და ბრაუნები. მათ საერთოდ უარი განაცხადეს მომსახურებაზე. რასისტები უბრალოდ არ ეწინააღმდეგებოდნენ და არ ეწინააღმდეგებიან რასათაშორის ქორწინებას; ისინი ეწინააღმდეგებოდნენ და ეწინააღმდეგებიან აფროამერიკელებთან თანაბარ პირობებში ურთიერთობის დამყარებას.

ისტორია ამას ცხადყოფს. სამოქალაქო ომის დაწყებამდე, მრავალ შტატში არსებობდა რასობრივი ნიშნით მონების საკუთრებად ქცევის არაადამიანური რეჟიმი. გაუქმების შემდეგ ჯიმ ქროუს კანონები ახდენდნენ რასობრივი ნიშნით სეგრეგაციას. ეს კანონები ფერადკანიანებს განასხვავებდა თეთრკანიანებისაგან, რითიც ხელს უშლიდა მათ ერთმანეთთან დაკავშირებასა და ურთიერთობაში. მას შემდეგაც, რაც სასამართლომ გააუქმა ჯიმ ქროუს კანონები, ხშირ შემთხვევაში, ინტეგრაცია არ ხდებოდა მარტივად ან ნებით. ამიტომ სახელმწიფო პოლიტიკა მიზნად ისახავდა რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრას მაშინაც კი, როდესაც ეს ხდებოდა კერძო აქტორების მხრიდან კერძო საკუთრებაზე.

964 წლის სამოქალაქო უფლებების კანონის ამოქმედებამდე, მძვინვარებდა და ფართოდ იყო გავრცელებული რასობრივი სეგრეგაცია, ხოლო აფროამერიკელებს ეპყრობოდნენ როგორც

²⁰ Petition for a Writ of Certiorari, *supra* note 17, at 65a,6.

მეორეხარისხოვან მოქალაქეებს. ქვეყნის მაშტაბით ცალკეული პირები, საწარმოები და ასოციაციები ფერადკანიანებს დაუსაბუთებლად ისე რიყავდნენ, რომ მათ ამით უდიდეს მატერიალური და სოციალური ზიანი მიდგომოდათ გამართლების გარეშე, საბაზრო ძალების მაკორექტირებელი მოქმედების გარეშე, და მთავრობის მდუმარე და ხშირად მკაფიო მხარდაჭერით. როგორც „ფერადი ადამიანების წინსვლის ეროვნული ასოციაციის“ (NAACP) Masterpiece-ის საქმეზე კოლორადოს სააპელაციო სასამართლოში შეტანილ მიმართვაში აღნიშნავს:

აფროამერიკელები კანონმდებლობით, განკარგულებებითა და წეს-ჩვეულებებით, ჩამოქვეითებულნი იყვნენ მეორეხარისხოვანი მოქალაქეობისთვის, რაც ახდენდა თეთრკანიანი და ფერადკანიანი ადამიანების სეგრეგაციას ცხოვრების ყველა შესაძლო სფეროში, საზოგადოებრივი თავშეყრის ადგილების ჩათვლით. სეგრეგაციის ამგვარი სისტემა შეიქმნა იმისთვის, რომ აფროამერიკელებს არ დაერღვიათ მონობის დროს ჩამოყალიბებული რასობრივი იერარქია.²¹

აფროამერიკელებს არ ეძლეოდათ სესხები, ჩამოშორებულნი იყვნენ წესიერ სახლებს, ჩამორთმეული ჰქონდათ დასაქმების შესაძლებლობა, გარდა მსახურად, დამლაგებლად და მუშად დასაქმებისა. ამ მატერიალურმა ზიანმა შექმნა და გაამყარა იმ კულტურის სოციალური ზიანი, რომელიც გაუკუღმართებული იყო შეხედულებებით თეთრკანიანთა უპირატესობის შესახებ, სადაც ფერადკანიანები მიიჩნეოდნენ ნაკლებად ჭკვიან, ნაკლებად მარჯვე და,

* NAACP - The National Association for the Advancement of Colored People (რედ.)

²¹ Brief of NAACP Legal Defense & Educational Fund, Inc., as Amici Curiae Supporting Appellees, Charlie Craig v. Masterpiece Cakeshop, Inc. et al, No. 2014CA135 (Colo. App. Ct. Feb. 17, 2015),

https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/0007-2015-02-17_09-05-34_2015.02.13_ldf_amicus_brief_as_filed.pdf [<https://perma.cc/EHE8-3Y7D>].

გარკვეული თვალსაზრისით, ნაკლებ ადამიანებად. ფერადკანია-
ნებისა და თეთრკანიანების თანაბარ პირობებში მოქცევის გარ-
თულება არ ყოფილა შემთხვევითი: ეს იყო მთელი აზრი. დისკრი-
მინაცია იმდენად გავრცელებული იყო, რომ ეკონომიკური შესა-
ძლებლობების დაკარგვისა ან რეპუტაციის შელახვის რისკი არ
არსებობდა მათთვის, ვინც ამით იყო დაკავებული. სოციალურმა
და საბაზრო ძალებმა, დისკრიმინაციის აღმოფხვრის ნაცვლად,
ნაახალისეს ის მრავალი თეთრკანიანის შეთანხმებისა და სახელმ-
წიფოს მხრიდან ინტენსიური დახმარების წყალობით. თითქმის ნე-
ბისმიერი გარიგებისთვის რასობრივი ფაქტორის შეუსაბამობისა
და იმდროინდელი, ფართოდ გავრცელებული და აშკარა რასობ-
რივი შუღლის გათვალისწინებით, განცხადებები კეთილი მოტი-
ვების შესახებ სარწმუნო არ არის.²²

ფილიპსის საქმის კონტექსტი ამაზე მეტად განსხვავებული ვერ
იქნებოდა. არ არსებობს პეტეროსექსუალთა უპირატესობის მო-
ძრაობა, რომელიც ემსგავსებოდა თეთრკანიანთა უპირატესობის
მოძრაობას. ჯიმ კროუს მსგავსი არასდროს ჰყოლიათ იმ ადამი-
ანებს, ვინც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ. არ მომხდარა მათი
ხმის მიცემის უფლების უარყოფა, არ ყოფილა ლინჩის წესით
გასამართლება, არ ყოფილა წყლის შადრევნები წარწერით „გეი“ და
„პეტეროსექსუალი“. თუმცა ეს არ ნიშნავს იმას, რომ მათ, ვინც
გეიდ არიან იდენტიფიცირებულნი, არ გამოუცდიათ ფანატიზმი ან,
რომ ისინი ჯერ კიდევ არ განიცდიან ამას. გეისანიანალმდეგო
ფანატიზმი არსებობს ისევე, როგორც სხვა არასათანადო მო-
პყრობის ფორმები, რასაც ჩვენი საზოგადოება უნდა ებრძოლოს.
მაგრამ ფილიპსის ქცევა არ წარმოადგენს ფანატიზმის შემთხვე-
ვას, როგორც ეს ქვემოთ არის განმარტებული, და ის არსებული
გეისანიანალმდეგო ფანატიზმის მაგალითები, რომელებიც ჯერ
კიდევ არსებობს, არ შეიძლება უბრალოდ შეადარო რასიზმის შე-
დეგად მიყენებულ სისტემატურ მატერიალურ და სოციალურ
ზიანს. შედეგად, ფილიპსის უფლებების დაცვა, რაც პირველი
შესწორებით არის გათვალისწინებული, ვერ ხელყოფს ვერც იმ

²² იხილეთ Corvino, Anderson & Girgis, *supra* note 13, at 162-184.

ადამიანთა სოციალურ მდგომარეობას, რომლებიც თავს გვიდ ალიქვამენ, და ვერც სექსუალური ორიენტაციის ანტიდისკრიმინაციული პოლიტიკის ჭეშმარიტ მიზნებს.

III. რასათაშორისი ქორწინებისთვის წინააღმდეგობის

განევა იყო რასისტული სისტემის ნაწილი; ქორწინების, როგორც ცოლქმრული კავშირის, მხარდაჭერა არაფერს ეწინააღმდეგება

მსოფლიო ისტორიაში რასათაშორისი ქორწინების აკრძალვა გამონაკლისს წარმოადგენს. ისინი არსებობდა მხოლოდ იმ საზოგადოებაში, რომელსაც ჰქონდა რასებზე დაფუძნებული კასტური სისტემა, რაც კავშირში იყო რასაზე დაფუძნებულ მონობასთან. რასათაშორისი ქორწინებისთვის წინააღმდეგობის განევა ემყარებოდა რასიზმს და თეთრკანიანთა უპირატესობის რწმენას, ამრიგად, ამან წვლილი შეიტანა დეჰუმანიზაციის პროცესში, რომელშიც აფროამერიკელებს ჯერ საკუთრებად შემდეგ კი მეორეხარისხოვან მოქალაქეებად მიიჩნევდნენ.

მეორეს მხრივ, ქორწინების ინტეგრირება, როგორც ქალისა და მამაკაცის კავშირი, კაცობრიობის ისტორიის განმავლობაში წარმოადგენდა ნორმას, რომელსაც იზიარებდნენ აღმოსავლეთისა და დასავლეთის დიდი მოაზროვნეები და რელიგიები ისევე, როგორც ჰომოსექსუალობის შესახებ მრავალფეროვანი შეხედულების მქონე კულტურები. ასევე, ბევრი რელიგია დასაბუთებულად ასწავლის, რომ ადამიანები შექმნილები არიან როგორც ქალი და მამაკაცი და ქალისა და მამაკაცის გაერთიანებაა ქორწინება.²³ არაფერი ეს ოდნავადაც არ არის მიახლოებული რასასა და კანონიერად დამყარებულ სეგრეგაციასთან.

კოლონიალურ ამერიკამდე ისტორიისთვის უცნობი იყო რასათაშორისი ქორწინების აკრძალვები. ინგლისური საერთო სამართალი, რომელიც მემკვიდრეობით ერგო ამერიკას, არ აწესებდა

²³ იხილეთ Anderson, *supra* note 18; Girgis, Anderson & George, *supra* note 18.

არანაირ შეზღუდვებს რასათაშორის ქორწინებაზე.²⁴ შერეული ქორწინების სანინალმდეგო კანონები, რომლებიც პირველად 1661 წელს მერილენდში გამოჩნდა, აფრიკელთა მონობის შედეგი იყო.²⁵ მას შემდეგ ისინი მხოლოდ არსებობენ იმ საზოგადოებებში, რომელთაც აქვთ რასაზე დაფუძნებული კასტური სისტემა. პარვარდის ისტორიკოსი ნენსი კოტი აღნიშნავს:

მნიშვნელოვანია ამ კანონებისთვის მოვიძიოთ სპეციფიკური რასობრივი საფუძვლები. ძველი რომიდან მოყოლებული, კლასობრივ დაყოფასა და ქონებაზე დაფუძნებულმა საზოგადოებებმა, მმართველი კლასის მთლიანობის შენარჩუნების მიზნით, დაანესა კანონები არათანაბარი სოციალური და სამოქალაქო სტატუსის მქონე ინდივიდთა შორის ქორწინების წინააღმდეგ... მაგრამ ინგლისის კოლონიები გამოირჩევიან, როგორც პირველი საერო ხელისუფლებები, რომლებმაც გააუქმა და დასჯადი გახადა შერეული ქორწინება რასისა და ფერის ნიშნის საფუძველზე.²⁶

ეს ისტორია გვაჩვენებს, რომ რასათაშორისი ქორწინების სანინალმდეგო კანონები ნაწილობრივ იმის მცდელობა იყო, რომ ადამიანთა რასა ყოფილიყო ეკონომიკური და პოლიტიკური დაქვემდებარებისა და მონობის განმსაზღვრელი. ისინი ღიად ამბობდნენ, რომ არასწორია აფროამერიკელებთან კონტაქტის დამყარება თანასწორობის საწყისებზე. ეს იდეა და ამ იდეის წინაპირობა – წარმოდგენები აფროამერიკელების სავარაუდო არასრულფასოვ-

²⁴ Irving G. Tragen, Statutory Prohibitions against Interracial Marriage, 32 CAL. L. REv. 269 (1944); see also Francis Beckwith, Interracial Marriage and Same-Sex Marriage, PUB. DISCOURSE (May 21, 2010), <http://www.thepublicdiscourse.com/2010/05/1324/> [https://perma.cc/F9C7-PTCX].

²⁵ Beckwith, *supra* note 24.

²⁶ Nancy F. Cott, Public Vows: A History of Marriage and The Nation 483 (2000).

ნების შესახებ, არის ფანატიზმის არსი. მოქმედებები, რომელიც ეფუძნება ამგვარ ფანატიზმს, ხელს უწყობს დეჰუმანიზაციის პროცესს და მორჩილების კულტურის გაფართოებას, რომლის წინააღმდეგაც სამართლიანადაა მიმართული ანტიდისკრიმინაციული კანონები.

ის შეხედულებები, რომელსაც ეფუძნებოდა ჯეკ ფილიპსის მტკიცება სინდისის უფლებაზე, ვერ წარმოქმნიდა ამაზე მკვეთრ კონტრასტს რასიზმის ლოგიკურ დასაბუთებასთან. როგორც ერთი ისტორიკოსი აღნიშნავს: „ქორწინება, როგორც სოციალურად აღიარებული კავშირი კონკრეტული მამაკაცისა და კონკრეტული ქალისა და მათი შთამომავლებისა, გვხვდება ყველა საზოგადოებაში. ქორწინება შვილის ყოლის შესაძლო გარანტიაა ქალისა და მამაკაცისთვის, რომლებზეც ისინი იზრუნებენ.“²⁷

დიდი მოაზროვნეებიც ადასტურებენ, რომ განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს მამრობით-მდედრობით ურთიერთობებს, რადგან ისინი არიან ოჯახური ცხოვრების საფუძველი. პლატონმა დაწერა იმ მოსაზრების სასარგებლოდ, რომ გვეოლიყო ადამიანები „წყვილი, მამაკაცი და ქალი, და სიყვარულით ერთად დაწყვილებული, და მთელი სიცოცხლის ცხოვრებისთვის“ ერთად.²⁸ პლუტარქე ქორწინების შესახებ წერდა, როგორც „ქალისა და მამაკაცის სიყვარულით აღფრთოვანებისა და ბავშვების შობის სამუდამო კავშირზე“.²⁹ მან ქორწინება მიიჩნია მეგობრობის განსხვავებულ ფორმად, რომელიც მატერიალიზებული იყო „ფიზიკური კავშირით“ სქესობრივ ურთიერთობაში.³⁰ პირველი საუკუნის რომაელი სტოიკოსი მუსონიუს რუფუსისთვის, „ქმარი და ცოლი“ უნდა შემოუერთდნენ ერთმანეთს ერთობლივ თანაცხოვრებაში და შვილების

²⁷ G. Robina Quale, *a History of Marriage Systems* 2 (1988).

²⁸ 4 Plato, the *Dialogues of Plato* 407 (Benjamin Jowett trans. & ed., Oxford Univ. 1953) (c. 360 B.C.).

²⁹ Plutarch, *Life of Solon*, in 20 *Plutarch's Lives* 4 (Loeb ed. 1961) (c. 100 A.D.).

³⁰ Plutarch, *Erotikas*, in 20 *Plutarch's Lives* 769 (Loeb ed. 1961) (c. 100 A.D.).

გამრავლების მიზნით და, უფრო მეტიც, ყველაფრის შეკავშირებით, რაც მათ შორის არის... თუნდაც საკუთარი სხეულების.”³¹

არცერთი ამ მოაზროვნეთაგანი არ იყო ებრაელი ან ქრისტიანი ან აბრაამულ რელიგიებთან კავშირში. არც ცოდნა აკლდათ ერთ-ნაირსქესიან წყვილთა სექსუალურ ურთიერთობებზე, რომელიც იმ საზოგადოებას ახასიათებდა. ეს მოაზროვნეები არ იყვნენ ნაქეზებულნი არც სექტანტური რელიგიური დამოკიდებულებებით და არც უმეტრებით ან ვინმეს მიმართ რაიმე სახის მტრული განწყობით. ისინი და სხვა დიდი მოაზროვნეები აღმოსავლეთიდანაც და დასავლეთიდანაც, ავგუსტინედან და აკვინელიდან, მაიმონიდესი და ალ – ფარაბი, და ლუთერი და კალვინი, ლოკამდე და კანტამდე, კონფუციუსი, განდი და მარტინ ლუთერ კინგი ინარჩუნებდნენ კეთილსინდისიერ და დასაბუთებულ შეხედულებას, რომ მამაკაცისა და ქალის სექსუალურ კავშირს ჰქონდა განსაკუთრებული ღირებულება ინდივიდებისა და საზოგადოებისთვის.

ამ ისტორიის აღნიშვნა ნიშნავს არა წარსულის შესახებ უბრალოდ რაიმეს თქმას, არამედ ანმეოსთვის ნათელის მოფენას. ცოლქმრული ქორწინების შესახებ დღევანდელი შეხედულებები არ არის ცალკე მდგომი. ისინი ათასწლეულების განმავლობაში ორგანულად ვითარდებოდნენ არსებული რელიგიებისა და ზნეობრივი ტრადიციების კვალდაკვალ, რომელიც ასწავლიდა ქალისა და კაცის კავშირის, დედებისა და მამების, მამაკაცებისა და ქალების შერწყმას, როგორც ერთი მთლიანობისა, და თაობების, როგორც ერთი ოჯახის განსაკუთრებულ ღირებულებას.³² საბოლოო ჯამში, მიუხედავად იმისა, არის თუ არა ეს პრინციპები დასაბუთებული ან უსაფუძვლო, ისინი კვლავაც აგრძელებენ დამაჯერებელი მიზეზების შემოთავაზებას, რათა მხარი დაუჭირონ ქორწინების ცოლქმრულ გაგებას, რომელსაც არაფერი აქვს საერთო შუღლთან.

³¹ Musonius Rufus, Discourses XIII A, in CORA E. LUTZ, MUSONIUS RUFUS "THE ROMAN SOCRATES" (Yale Univ. Press 1947), available at <https://sites.google.com/site/thestoiclife/the-teachers/musonius-rufus/lectures/13-0> [<https://perma.cc/VU9D-JVE3>].

³² იხილეთ GIRGIS, ANDERSON & GEORGE, supra note 18; ANDERSON, supra note 18.

დღეს, ჯერ ფილიპსი და მრავალი სხვა მოქალაქე ამ ტრადიციების მიხედვით არიან ჩამოყალიბებულნი და მათში პოულობენ ხსნასა და მოტივაციას - იქნება ეს კლასიკური დასავლური იურიდიულ-ფილოსოფიური ტრადიციები პლატონიდან დღემდე, თუ ებრაული თუ ქრისტიანული თუ მუსულმანური ტრადიციები. ისტორია ცხადყოფს, რომ ამ ინტელექტუალთა ინფორმაციის წყარო არ მომდინარეობს რადიკალიზმიდან. ამიტომ უსამართლობაა ვიფიქროთ, რომ ეს მოქალაქეები, რომლებიც მათით საზრდოობენ არიან რადიკალები. ამრიგად, პირველი შესწორების საფუძველზე ქორწინების ცოლქმრული გაგების მომხრეების სასარგებლოდ მიღებული გადაწყვეტილება არ შეიცავს ვინმეს მიმართ რაიმე სახის ნეგატიურ, საზოგადოებრივ ინფორმაციას. ამ მოქალაქეების დასაცავად არსებული ერთადერთი გზავნილი არის ის, რომ კეთილმოსურნე ამერიკელები მიზანშეწონილად არ თანხმდებიან ქორწინებაზე მაშინ, როდესაც რასათაშორისი ქორწინებისთვის წინააღმდეგობის გაწევა მოქალაქეთა ერთი ჯგუფის მეორეზე დაქვემდებარების მაუწყებელია.

ზოგი კრიტიკოსი ამბობს, რომ თუ არისტოტელეს, კანტს ან განდის შეეძლოთ ასეთი შეხედულებები გამოეხატათ შულის გარეშე, ეს ჩვენთვის არ არის – ვიცოდეთ რა ვქნათ ეხლა სექსუალურობასთან დაკავშირებით. ასე არაა. ეს ტრადიციები გვასწავლის, რომ განსაკუთრებული ღირებულების მატარებელია ქალისა და მამაკაცის ხორციელი ურთიერთობა, როგორც სამარადისოდ განუყოფელი კავშირისა. ეს იდეალები შემთხვევით არ ეფუძნება სექსუალურ ორიენტაციაზე ემპირიულ ვარაუდებს. არც ბოლოდროინდელი ტენდენცია პარტნიორულ ურთიერთობებზე აგებული მოქნილი ქორწინების მოდელი ხდის არაგონივრულს იმ იდეალების უწყვეტ აღიარებას.

ეჭვგარეშეა, რომ რადიკალიზმი აქეზებს ბევრ ტრადიციონალისტს. მაგრამ არა ფილიპსს. უსამართლობა იქნება მისი და სხვა მსგავსი პროფესიონალების დასჯა, რომელთაც სჯერათ ქორწინება, როგორც ცოლქმრული კავშირი. ყოველივე ამის შემდეგ, როგორც ჯორჯ ჩონსიმ და სხვა ისტორიკოსებმა ლგბტ საკითხებში გამოცდილებით, საკუთარი კვლევების წარდგენისას გვიუფლე-

ბებთან დაკავშირებული დავების დასახვეწად, აღნიშნეს, „ჰომოსექსუალურობის სტატუსის საფუძველზე ფართოდ გავრცელებული დისკრიმინაცია მხოლოდ მეოცე საუკუნეში განვითარდა და პიკს მიაღწია 1930-იანი წლებიდან 1960-იან წლებამდე.³³ რადიკალიზმი არ არის მისაღები, მით უმეტესი, ყველაზე ნიშანდობლივი მოტივი, რაც იკითხება ფილიპსის გადანყვეტილებაში, არის უარი ტორტის შეკვეთის მიღებაზე. მის სასარგებლოდ მიღებულ გადაწყვეტილებას არ ექნება ნეგატიური საჯარო შედეგი, როგორც ამას სტატიის შემდეგი ნაწილი განმარტავს.

IV. რასისტების დაცვის სოციალური ფასი

რასობრივი ნიშნით დისკრიმინაციის ამკრძალავი კანონებიდან გამონაკლისის დაშვება საფრთხეს უქმნის იმ კანონების ქეშმარიტ მიზნებს, როგორიცაა რასისტული რადიკალიზმის საზოგადოებრივი გავლენის აღმოფხვრა იმ მითის გაგრძელებით, რომ ფერადკანიანები ჩამოუვარდებიან თეთრკანიანებს. მართლაც, რასიზმის ნაწილი იყო იმ რელიგიურ რწმენაზე დაფუძნებული ქმედებები, რომელიც ამართლებდა თეთრკანიანთა უპირატესობას და რომლის წინააღმდეგ ბრძოლასაც კანონი მიზნად ისახავდა. NAACP შეჯამებაში აღნიშნული იყო ზემოხსენებული კომენტარი – „მონობის გამამართლებელი რელიგიური არგუმენტები, ჯიმ კროუს სეგრეგაციის მხარდაჭერა, რასათაშორისი ქორწინების საწინააღმდეგო კანონების იმპლემენტაცია და, რა თქმა უნდა, იმ კანონებისა და პრაქტიკის მხარდაჭერა, რომელიც უარყოფდა აფროამერიკელების უფლებას, ჰქონოდათ თანაბარი და სრული წვდომა საზო-

³³ Brief for professors of History George Chauncey, Nancy F. Cott et al., as Amici Curiae Supporting Petitioners, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S 558 (2003) (NO.02-102),

<http://cdm16035.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/p16035co12/id/23>; [\[https://perma.cc/3QKF-MN6E\]](https://perma.cc/3QKF-MN6E); see also George Chauncey, *Gay New York: Gender, Urban Culture, and the Making of the Gay Male World, 1980-1940* 173, 337 (1994).

გადოებრივი თავშეყრის ადგილებზე.³⁴ ამგვარი პრაქტიკის მიზანი იყო თეთრკანიანთა უპირატესობის მანკიერი სისტემის შენარჩუნება: „მენარმეები, რომლებსაც არ სურდათ აფროამერიკელი მომხმარებლებისთვის სერვისის განევა, დაეყრდნენ რელიგიურ არგუმენტებს, რამაც განამტკიცა რასობრივი ნიშნით ინტეგრაციის შიში.“³⁵ როგორც NAACP აღნიშნავს, „ეს კანონები, პოლიტიკა და წეს-ჩვეულებები შექმნილი იყო აფროამერიკელების დეჰუმანიზაციისა და ღონისძიების პერიოდში ჩამოყალიბებული რასობრივი იერარქიის გასამყარებლად.“³⁶ ამერიკის კონფედერაციული შტატების ვიცე-პრეზიდენტმა განმარტა, რა გზით მოხდა რელიგიის დამახინჯება რასიზმისა და ღონისძიების გასამართლებლად:

ჩვენთან თეთრი რასის ყველა წარმომადგენელი, მიუხედავად იმისა, მაღალია თუ დაბალი, მდიდარია თუ ღარიბი, კანონის წინაშე თანასწორია, რაც ზანგებებისთვის ასე არ არის. მორჩილება მისი მდგომარეობაა. იგი, ბუნებით ან ქაანის წყევლით, მორგებულია იმ მდგომარეობას, რომელიც მას უკავია ჩვენს სისტემაში... ეს, ნამდვილად, შეესაბამება შემოქმედის ნებას.³⁷

რწმენის ეს სისტემა ორიენტირებული იყო კონკრეტულად რასობრივ მორჩილებაზე. ჩვენ არ უნდა მოვახდინოთ იმის მინიმიზება, თუ რამდენად ყოვლისმომცველი და დესტრუქციული იყო თეთრკანიანების უპირატესობა. დოქტორმა მარტინ ლუთერ კინგ უმცროსმა ბირმინგემის ციხიდან თავის წერილში ზუსტად გაუსვა

³⁴ Brief of NAACP Legal Defense & Educational Fund, Inc., supra note 21, at 4.

³⁵ Id

³⁶ Id.at 6.

³⁷ Alexander H. Stephens, Corner Stone Speech (Mar. 21, 1861), available at <http://teachingamericanhistory.org/library/document/cornerstone-speech> [https://perma.cc/X4HV-ZTHL].

ხაზი სეგრეგაციისა და რასობრივი დისკრიმინაციის უმთავრეს მიზანს:

როდესაც მოულოდნელად აღმოაჩენთ, რომ ენა გემ-
მით და ენის ბორძიკით გინევთ აუხსნათ თქვენს ექვსი
ნლის ქალიშვილს რატომ არ შეუძლია მას წავიდეს
საზოგადოებრივ გასართობ პარკში, რომელიც ახლა-
ხანს რეკლამირდა ტელევიზიით და ხედავთ როგორ
ევსება თვალები ცრემლებით, როდესაც მას ეუბნებით,
რომ ფანთაუნი დახურულია ფერადკანიანი ბავშვების-
თვის და ხედავთ მის პატარა გონებრივ ცაზე არა-
სრულფასოვნების ავისმომასწავებელ ღრუბელს და
ხედავთ, როგორ იწყება მისი პიროვნების დამახინჯება
თეთრკანიანი ადამიანების მიმართ გაუცნობიერებელი
სიბრაზის განცდით; როდესაც გინევს პასუხის მოფი-
ქრება ხუთი ნლის ვაჟის კითხვაზე: „მამა, რატომ ექცე-
ვიან თეთრკანიანი ადამიანები ფერადკანიან ადამი-
ანებს ასე დამამცირებლად?“, როდესაც ქალაქგარეთ
მიდიხართ და გინევთ საღამოობით მანქანის არაკომ-
ფორტულ კუთხეში დაძინება, რადგან არცერთი
მოტელი არ გიღებთ; როდესაც მუდმივად გამცირებენ
მომაბეზრებელი ნიშნებით „თეთრკანიანი“ და „ფერად-
კანიანი“; როდესაც თქვენი სახელი ხდება „ზანგი“, შენი
მეორე სახელი ხდება „ბიჭი“ (მიუხედავად შენი ასაკისა)
და შენი გვარი – „ჯონი“, და შენს ცოლსა და დედას
არასდროს მიმართავენ პატივისცემით „ქალბატონო“;
როდესაც დღის განმავლობაში ფიქრით ხარტ გატან-
ჯული და ღამით შიში გიპყრობთ იმ ფაქტის გამო, რომ
ზანგი ხართ, როდესაც მუდმივად თითის წვერებზე გი-
ნევთ ცხოვრება და არასდროს იცით, რა გელით

*შემდგომ და შეპყრობილი ხარო შინაგანი შიშებით და
გარეგნულად გეტყობათ აღშფოთება.³⁸*

ეს ის რელობაა, რომლის წინააღმდეგ ბრძოლასაც ემსახურებოდა რასობრივი ნიშნით დისკრიმინაციის ამკრძალავი კანონები. და რასობრივ დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლა არის ხელისუფლების გადაუდებელი ინტერესი, რომ გამოიყენონ ყველაზე ნაკლებად შემზღუდველი საშუალებები მათი მიზნების მისაღწევად. როგორც უმაღლესმა სასამართლომ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* საქმეზე აღნიშნა: „მთავრობას აქვს გადაუდებელი ინტერესი, რომ დასაქმების სფეროში რასის გაუთვალისწინებლად უზრუნველყოს თანაბარი შესაძლებლობები და რასობრივი ნიშნით დისკრიმინაციის ამკრძალავი კანონები მკაფიოდაა მორგებული ამ კრიტიკული მიზნის მიღწევას.“³⁹ რაც სასამართლომ თქვა დასაქმების კანონთან დაკავშირებით, შეიძლება ასევე გავრცელდეს საზოგადოებრივ ადგილების გამოყენების შესახებ კანონზეც. საზოგადოებრივ ადგილებთან მიმართებით, რასობრივი ნიშნით დისკრიმინაციის ამკრძალავი კანონიდან გამონაკლისის დაშვებას შეუძლია შელახოს ამ კანონის მიზანი და გაავრცელოს ინფორმაცია, რომ წინასწარგანზრახული რასიზმი დაცული ქმედებაა. მსგავსი ინფორმაციის მიწოდებით, ასეთი გამონაკლისის დაშვება გააძლიერებდა არსებულ შეხედულებას, რომ აფროამერიკელები ნაკლებად მნიშვნელოვანნი, უღირსი ადამიანები არიან და რომ შესაძლებელია მათ ამის შესაბამისად მოეპყრონ. ეს ზრდის ადამიანების მიერ ისეთი სამწუხარო მოქმედებების ჩადენის ალბათობას, რომელიც ემყარება შეხედულებებს თეთრკანიანთა უპირატესობის შესახებ.

ამრიგად, ფილიპსისა და რასისტთა შედარება პირველი შესწორებით დაცულ უფლებებთან მიმართებით, მხედველობაში არ იღებს განსხვავებულ სოციალურ კონტექსტს და იმას, თუ როგორ

³⁸ Martin Luther King, Jr., Letter from a Birmingham Jail, AFR. STUD. CTR.-UNIV. PA. (Apr. 16, 1963), [https://www.africa.upenn.edu/Articles Gen/Letter-Birmingham.html](https://www.africa.upenn.edu/Articles%20Gen/Letter-Birmingham.html) [<https://perma.cc/K59GM2D5>].

³⁹ 134 S. Ct. 2751, 2783 (2014).

აყალიბებს ეს კონტექსტი რელევანტურ სამართლებრივ ანალიზს. არა მხოლოდ რასისტთა ქმედებებია განსხვავებული ფილიპის ქმედებებისგან, არამედ ის გზავნილებიც, რომელიც მათ სასარგებლოდ გამოტანილ გადაწყვეტილებაში იქნებოდა - და ის ზიანიც, რომელიც ამ გზავნილებს შეეძლოთ გამოენვიათ.

უფრო მეტიც, შეშფოთება რასისტული შეხედულებების მიმართ და მასთან დაკავშირებული მატერიალური ზიანი სულაც არ მოძველებულა, როგორც ამას, სამწუხაროდ, ბოლოდროინდელი მოვლენები მოწმობს. რასიზმთან ბრძოლა სახელმწიფოს გადაუდებელი ინტერესია არა მხოლოდ ხელისუფლების მიერ მოწონებული თეთრკანიანების უპირატესობის ისტორიის, არამედ მისი ამჟამინდელი გავლენის, სამკერდე ემბლემებისა და მონობის შემთხვევების გამო. რასიზმის წინააღმდეგ ბრძოლაში მიღწეული პროგრესის მიუხედავად, აფროამერიკელებს კვლავ უწევთ დისკრიმინაციისა და სისტემატიურ არახელსაყრელ პირობებთან გამკლავება.

შეერთებული შტატები კვლავ ებრძვის რასიზმს და მის შედეგებს. სამკერდე ნიშნებისა და მონობის შემთხვევები ცხადყოფს რასობრივი ნიშნით დისკრიმინაციის საწინააღმდეგო კანონების არსებობის საჭიროებას და იმას, თუ როგორ ხელყოფდა რასობრივი ნიშნით დისკრიმინაციის საწინააღმდეგო კანონებიდან გამონაკლისის დაშვება ამ კანონის მიზნებს იმ მოსაზრების გავრცელებით, რომ აფროამერიკელები არიან მეორეხარისხოვანი და ასეც უნდა მოეპყრან მათ.

ეს მნიშვნელოვანი სოციალური და ისტორიული განსხვავებები გვეხმარება იმის ახსნაში, თუ რატომ შეიძლება სასამართლომ გამოიტანოს გადაწყვეტილება ფილიპის და არა რასისტი მეფუნთუშის სასარგებლოდ. რასიზმთან ბრძოლა ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობის საშუალებით, რომელიც გამოიყენება გამონაკლისის დაშვების გარეშე, შეიძლება იყოს ყველაზე ნაკლებად შემზღუდველი საშუალება გადაუდებელი ინტერესების მისაღწევად, რადგან ნებისმიერი გამონაკლისის დაშვებით რასიზმის კიბოს მიეცემოდა გაზრდის საშუალება, გაეცრცელებინა შეხედულებები, რომ აფროამერიკელები არიან მეორეხარისხოვანი და ამრიგად,

გამოინვევდა ზიანს, რომლის წინააღმდეგ ბრძოლასაც იგი ისახავდა მიზნად.

V. ქორწინების ცოლქმრული გაგების მომხრეთა დაცვის სოციალური ფასი

პირველი შესწორებით დაცული უფლებები იმ ადამიანებისთვის, რომლებიც მოქმედებენ ქორწინების ცოლქმრული გაგების შესაბამისად, არ ხელყოფენ იმ კანონების ჭეშმარიტ მიზნებს, რომლებიც კრძალავს დისკრიმინაციას სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით (გეისანინააღმდეგო ფანატიზმის საზოგადოებრივი შედეგების აღმოფხვრა), რადგან ქორწინების ცოლქმრული გაგების მხარდაჭერა არ არის გეი-სანინააღმდეგო.⁴⁰ ჯეკ ფილიპსის სასარგებლოდ გამოტანილი გადაწყვეტილება არ არის რაიმე შეტყობინების შემცველი იმ ადამიანების სავარაუდო არასრულფასოვნების შესახებ, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ, რადგან ეს არ შეიცავს არანაირ შეტყობინებას მათზე ან მათ სექსუალურ ორიენტაციაზე. მასში ნათქვამია, რომ მოქალაქეები, რომლებიც მხარს უჭერენ ქორწინების ისტორიულ გაგებას, არ არიან ფანატიკოსები და სახელმწიფომ ისინი სამოქალაქო ცხოვრებიდან არ უნდა გარიყოს. ის ასახავს რეალობას, რომელზეც უმაღლესმა სასამართლომ Obergefell-ის საქმეზე აღნიშნა, რომ კეთილსინდისიერი მოქალაქეები დასაბუთებულად არ თანხმდებიან ქორწინებაზე.

როგორც პირველ ნაწილშია განმარტებული, ფილიპსი და სხვა მისი მსგავსი მოქალაქეები, ვისაც სჯერა რომ ქორწინება არის ცოლისა და ქმრის კავშირი, არ ახდენენ დისკრიმინაციას სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით, რადგან სექსუალურ ორიენტაციას ისინი მხედველობაში არც კი იღებენ, არამედ მოქმედებენ (და

⁴⁰ იხილეთ Corvino, Anderson & Girgis, supra note 13, at 190-98; see also Ryan T. Anderson, How to Think About Sexual Orientation and Gender Identity (SOGI) Policies and Religious Freedom, the Heritage Found. (Feb. 13, 2017),

<http://www.heritage.org/sites/default/files/2017-03/BG3194.pdf>
[https://perma.cc/Q8MM-4Y9B].

ანსხვავებენ) ქორწინებაზე საკუთარ გონივრულ შეხედულებებზე დაყრდნობით. შედეგად, ფილიპსის პირველი შესწორებით დაცული უფლებები არ შეიცავს რაიმე გეისანინააღმდეგო გზავნილს და, შესაბამისად, მას არ აქვს იგივე სოციალური ფასი, როგორიც რასისტ მეფუნთუშეზე გამონაკლისის დაშვების შემთხვევაში ექნებოდა. ქორწინების, როგორც ქალისა და მამაკაცის კავშირის, დაცვა არ ხელყოფს Obergefell v. Hodges-საქმეს ან გეი-თანასწორობას.

ის, რომ ფილიპსის პირველი შესწორებით დაცული უფლებების აღიარება არ ხელყოფს ანტიდისკრიმინაციული კანონების მიზნებს, უფრო ნათლად ჩანს მისი უფრო ფართო სოციალურ კონტექსტში განხილვით. მენარმეების საოცრად მცირე ნაწილს სინდისი საშუალებას არ აძლევს, მხარი დაუჭიროს ერთნაირსქესიანთა ქორწინებას. ამ მცირე ჯგუფს შორის, ფილიპსი არ არის გამონაკლისი, ვინც პატივს სცემს ადამიანებს, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ, მაგრამ უარს ამბობენ ერთნაირსქესიანთა ქორწინების აღსანიშნავად საკუთარი ტალანტის გამოყენებაზე. პროფესორი ენდრიუ კოპელმანი, ლგბტ თემის დიდი ხნის ადვოკატი, ამავსეა აღიარებს:

საეჭვოა, რომელიმე ასეთი შემთხვევა ყოფილიყო: მცირე ჯგუფი 300 მილიონიან ქვეყანაში. ყველა შემთხვევაში, ადამიანებმა, რომლებიც დაუპირისპირდნენ კანონს, მათ პირდაპირ მოსთხოვეს ხელი შეეწყოთ ერთნაირსქესიანთა ურთიერთობისთვის, ქორწინების უზრუნველყოფით, ბავშვის აყვანით, ხელოვნური განაყოფიერების სერვისით, კონსულტაციით, საძინებელი ოთახების გაქირავებით. არანაირი მოთხოვნა არ ყოფილა გეი ადამიანებთან ურთიერთობაზე უბრალოდ უარის თქმის უფლებაზე.⁴¹

⁴¹ Andrew Koppelman, A Zombie in the Supreme Court: The Elane Photography Cert Denial, 7 ALA. C.R. & C.L. L. REv. 77, 77-95 (2016).

ის სამი წინადადება ანადგურებს ყველაზე ძლიერ არგუმენტს, რომ მსგავს შემთხვევებში პირველი შესწორებით დაცული უფლებები არ ვრცელდება. არ დაწყებულა არანაირი მოძრაობა, რომელიც მზადაა უარყოს იმ ადამიანების წვდომა ბაზარზე, საქონელსა და სერვისებზე, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ. სინამდვილეში, არსებობს მიზეზი იმისა, თუ რატომ არ ყოფილა „არავითარი მოთხოვნა გეი ადამიანებთან ურთიერთობაზე უარის თქმის უფლებაზე“, ⁴² – არანაირი რწმენა არ ასწავლის ამას. როგორც სამართლის პროფესორი და რელიგიური თავისუფლების ექსპერტი დუგლას ლეიკოკი – ერთნაირსქესიანთა ქორწინების მხარდამჭერი – აღნიშნავს:

მე არ ვიცი არცერთი ამერიკული რელიგიური ჯგუფი, რომელიც ასწავლის გეების წინააღმდეგ დისკრიმინაციას, როგორც ასეთს და ერთეული მოსამართლე თუ დაიჯერებდა ამგვარი მოთხოვნის გულწრფელობას. რელიგიური თავისუფლებების საკითხი გეებისა და ლესბოსელების მიმართ ეხება ქორწინების პირდაპირ ხელშეწყობას, საქორწინო სერვისებთან და საქორწინო კონსულტაციებთან დაკავშირებით.⁴³

შედეგად, რობინ ფრეტველ უილსონი, კიდევ ერთი სამართლის პროფესორი და რელიგიური თავისუფლების ექსპერტი, განმარტავს: „რელიგიური და მორალური რწმენა, რომელიც უბიძგებს მოწინააღმდეგეებს, უარი თქვან ერთნაირსქესიანთა ქორწინების

⁴² Koppelman, supra note 41, at 92.

⁴³ Doug Laycock, What Arizona SB1062 Actually Said, the Wash. Post (Feb. 27, 2014), <http://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/02/27/guest-post-from-prof-doug-laycock-what-arizona-sb-1062-actually-said/> [https://perma.cc/DZ8R-4LTE].

ხელშეწყობაზე, უბრალოდ არ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს რასობრივი დისკრიმინაციის გასამართლებლად.⁴⁴

ფილიპისის მსგავსი მეფუნთუშეების უარი არ ნიშნავს რასისტული პრაქტიკის გაფართოებას ან ფორმირებას. მათი უარი არ ვრცელდება ინტერესის ყველა სფეროზე, ისინი მხოლოდ ყურადღებას ამახვილებენ ქორწინებასა და სექსზე. ამ საკითხის ფარგლებში, ისინი თავს კი არიდებენ გარკვეულ ადამიანებთან კონტაქტს, არამედ უარს ამბობენ ქორწინების შესახებ გარკვეული შეხედულებების შესახებ საუბარზე. ამრიგად, ბარონელ შტუცმანმა, რომელმაც უარი უთხრა იმ კლიენტს ერთნაირსქესიანთა ქორწილის ყვავილებით მორთვაზე, რომელსაც დაახლოებით ათი წელი ემსახურებოდა, აშკარად არ თვლიდა, რომ გეი ადამიანები იყვნენ გარყვნილები, არაკომპეტენტურები ან არაპროდუქტიულები.⁴⁵ ის არ თვლიდა, რომ ისინი ნაკლებად მნიშვნელოვანი იყვნენ ან რომ ისინი იმსახურებდნენ გარიყვას.⁴⁶ მან ისინი დაასაქმა და მათ, როგორც კლიენტებს კეთილსინდისიერად ემსახურებოდა, სიამოვნებით ქმნიდა ყველაფერს, რასაც ითხოვდნენ.⁴⁷ როგორც პროფესორი კოპელმანი წერს: „ეს ადამიანები არ არიან ჰომოფობი რადიკალები, რომლებსაც გეი ადამიანებისთვის ტკივილის მიყენება სურთ.“⁴⁸

ეს შეხედულებები, რომელიც ადასტურებს ქორწინების ცოლქმრული გაგების მომხრეთა მიმართ პირველი შესწორებით დაცვის უფლებას, ეყრდნობა იმ ადამიანების სოციალურ-ეკონომიკურ მდგომარეობას, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ, განსხვავებით აფროამერიკელებთან მიმართებაში როგორც ისტორი-

⁴⁴ Robin Fretwell Wilson, *Matters of Conscience: Lessons for Same-Sex Marriage from the Healthcare Context*, in *Same-Sex Marriage and Religious Liberty. Emerging Conflicts* 101 (Douglas Laycock et al. eds., 2008).

⁴⁵ Barronelle Stutzman, *why a Friend is Suing Me: The Arlene's Flowers Story*, *Seattle Times*, Nov. 9, 2015, <http://www.seattletimes.com/opinion/why-a-good-friend-is-suing-me-the-arlens-flowersstory/> [<https://perma.cc/9AHQ-2AYG>].

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Koppelman, *supra* note 41, at 13.

ულად, ისე ამჟამად. მაგალითად, არ არსებობს მტკიცებულება, რომ სასტუმროს ერთმა ქსელმა, ერთმა დიდმა რესტორანმა ან ერთმა დიდმა დამსაქმებელმა უარი უთხრა ინდივიდებს, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ.⁴⁹ სინამდვილეში, ადამიანის უფლებათა კამპანია – ქვეყნის წამყვანი ლგბტ ადვოკატირების ჯგუფი – აცხადებს, რომ 500 წარმატებული კომპანიის 89 პროცენტს დასაქმების შესახებ გადაწყვეტილებებში აქვს პოლიტიკა სექსუალური ორიენტაციის მხედველობაში მიღების წინააღმდეგ.⁵⁰ Prudential-ის თანახმად, „საშუალო ლგბტ ოჯახის შემოსავალია 61,500 აშშ დოლარი, ხოლო საშუალო ამერიკული ოჯახის - 50,000 აშშ დოლარი.“⁵¹ შეერთებული შტატების ხაზინის 2016 წლის აგვისტოს ანგარიში – საგადასახადო დეკლარაციებზე და არა კვლევაზე დაყრდნობით, აჩვენებს, რომ საპირისპირო სქესის წყვილების შემოსავალია 113,115 აშშ დოლარი, განსხვავებით ლესბოსელი წყვილებისა, რომელთა შემოსავალი 123,995 აშშ დოლარია და გეი წყვილების 175,590 აშშ დოლარი.⁵² ბავშვიანი წყვილე-

⁴⁹ თანაბარი დასაქმების შესაძლებლობის კომისია, რომ გასულ წელს მან ჯამური თანხის სახით 4.4 მილიონი გაიღო ლგბტ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული სარჩელების დასაქმაციოფილებლად, მაგრამ, როგორც ჩანს, ეს მაჩვენებელი გაზვიადებულია, რადგან „ფულად სარგებელში გათვალისწინებულია ის თანხებიც, რომელიც ექსკლუზიურად ან ნაწილობრივ ანაზღაურებულია იმ სასარჩელო მოთხოვნების დასაქმაციოფილებლად, რომელიც არ უკავშირდება ლგბტ მოთხოვნას.“ LGBT-Based Sex Discrimination Charges FY 2013-FY 2016, U.S. Equal Emp't Opp. Comm'n, https://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/lgbt_sex_based.cfm [<https://perma.cc/C6P5-Y5NQJ>].

⁵⁰ LGBTQ Equality at the Fortune 500, HUM. RTS. CAMPAIGN, <http://www.hrc.org/resources/entry/lgbtequality-at-the-fortune-500> [<https://perma.cc/6S2L-VMPD>].

⁵¹ The LGBT Financial Experience: 2012-2013 Prudential Research Study, Prudential, <https://www.prudential.com/media/managed/Prudential-LGBT-Financial-Experience.pdf> [<https://perma.cc/9CXA-VJL8>].

⁵² Robin Fisher et al., Joint Filing by Same-Sex Couples After Windsor: Characteristics of Married Tax Filers in 2013 and 2014, (U.S. Dept. of the Treasury, Office of Tax Analysis, Working Paper No. 108, Aug. 2016), <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/tax-analysis/DocumentsWP-108.pdf> [<https://perma.cc/5W7P-M22K>].

ბისტვის ეს სხვაობა კიდევ უფრო დრამატულია: საპირისპირო სქესის წყვილებისთვის 104,475 აშშ დოლარი, ლესბოსელი წყვილებისთვის 130,865 აშშ დოლარი და გეი წყვილებისთვის 274,855 აშშ დოლარი.⁵³

ბოლო წლებში საზოგადოების მხრიდან გეებისა და ლესბოსელების მიმღებლობა საგრძნობლად გაიზარდა ისევე, როგორც ერთნაირსქესიანთა ქორწინების მხარდაჭერა და სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით დისკრიმინაციისგან დაცვა. ამერიკის ლგბტ თემის წარმომადგენლები უმეტესწილად თვლიან, რომ მათი სოციალური მდგომარეობა ბოლო ათწლეულში გაუმჯობესდა და მომავალ ათწლეულისთვისაც ეს ტენდენცია გაგრძელდება.⁵⁴ ლგბტ ახალგაზრდობის სამი მეოთხედი აცხადებს, რომ მათი თანატოლები აღიარებენ მათ იდენტობას.⁵⁵ იმ ამერიკელთა პროცენტული მაჩვენებელი, რომლებიც მხარს უჭერენ სამართლებრივ დაცვასა და ერთნაირსქესიანთა ურთიერთობის აღიარებას, მზარდია.⁵⁶

შეერთებულ შტატებში იმ ადამიანების მიმართ მოპყრობისა და აღქმის გაუმჯობესება, რომელებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ, თვალში საცემია ასევე კულტურაში განხორციელებული ცვლილებებითაც. „გეებისა და ლესბოსელების ალიანსი ცილისწამების წინააღმდეგ“ 2016 წლის ყოველწლიური ანგარიშიდან, რომელიც ეხება ლგბტ პრობლემებს მედიაში, დადგენილია, რომ ტელევიზიაში რეკორდული რაოდენობით გამოჩნდნენ ლგბტ პერსონ-

⁵³ Id.

⁵⁴ A Survey of LGBT Americans, PEW RES. CTR., June 13, 2013, <http://www.pewsocialtrends.org/2013/06/13/a-survey-of-lgbt-americans/> [<https://perma.cc/ZQ8L-YX7M>].

⁵⁵ Growing Up LGBT in America, HuM. RTs. CAMPAIGN, <http://www.hrc.org/youth-report/view-andshare-statistics> [<https://perma.cc/GKK2-56FF>].

⁵⁶ Changing Attitudes on Gay Marriage, PEW RES. CTR., June 26, 2017, <http://www.pewforum.org/fact-sheet/changing-attitudes-on-gay-marriage> [<https://perma.cc/N667-HVGR>]; see also Hannah Fingerhut, Support Steady for Same-Sex Marriage and Acceptance of Homosexuality, PEW RES. CTR. (May 12, 2016), <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/05/12/support-steady-for-same-sex-marriage-and-acceptance-of-homosexuality/> [<https://perma.cc/53FS-JNCR>].

ნაწეები.⁵⁷ მიუხედავად იმ აზრთა სხვადასხვაობისა, რომელსაც ეს გმირები ქმნიან, გასართობი ინდუსტრია მიიჩნევს, რომ მისაღები და მომგებიანია იმ ადამიანების პოზიტიური პერსონაჟები, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ.⁵⁸ ანალოგიურად, გასულ წელს ნიუ იორკში გამართული პრაიდ აღლუმის დეკორაციები დაფინანსებული იყო სხვადასხვა ცნობილი კორპორაციებისა და მთავარი პოლიტიკური ფიგურების, მათ შორის, საპრეზიდენტო კანდიდატის ჰილარი კლინტონისა და ნიუ იორკის გუბერნატორის ენდრიუ ჯუშოს მიერ.⁵⁹

უფრო მეტიც, უარის თქმის რამდენიმე შემთხვევა, რომელმაც მიიპყრო მედიის ყურადღება – ტორტების დიზაინერების, მეყვავილისა და ფოტოგრაფის მონაწილეობით - ნაკლებად ამცირებს ერთი ადამიანის ან წყვილის შესაძლებლობების დიაპაზონს ოთახის დაქირავებაზე, კვებასა თუ გართობაზე. თუ ბიზნესმა მომსახურების მიწოდებაზე უარის თქმა დაიწყო იმ ინდივიდებისთვის, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ, რთულია შეერთებულ შტატებში ისეთი სავაჭრო სექტორის ან რეგიონის წარმოდგენა, სადაც მედიასაშუალებები არ უზრუნველყოფდნენ საკმაოდ სწრაფ და გადამწყვეტ ზომებს მომსახურებაზე წვდომის სწრაფი აღდგენისთვის – ან დახურავდა ბიზნესს.

მაგალითად, იფიქრეთ პიცერიაზე ინდიანას პატარა ქალაქში, რომელიც მას შემდეგ, რაც ადგილობრივი ახალი ამბები იუწყებოდნენ, რომ მისი მფლობელი არ მოემსახურებოდა ერთნაირსქესიანთა ქორწილს, გახდა პროტესტების, ბოიკოტისა და სიკვდილის მუქარის სამიზნე, რამაც აიძულა ის რამდენიმე თვით დაკეტულიყო.⁶⁰ ეს რომ ყოფილიყო არა უბრალოდ ჰიპოთეტური პასუხი

⁵⁷ Where We Are on TV Report for 2016-2017, GLAAD, <http://glad.org/files/WWAT/WWATGLAAD2016-2017.pdf> [<https://perma.cc/NRJ4-H639>].

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Megan Julia, Highlights From New York's Gay Pride Parade, N.Y. TIMES (June 26, 2016, 6:54 PM), <https://www.nytimes.com/live/gay-pride-parade-nyc-2016/> [<https://perma.cc/V6SS-VYQJ>].

⁶⁰ Madeline Buckley, Threat Tied to RFRA Prompt Indiana Pizzeria to Close Its Doors, IND. STAR (Apr. 2, 2015),

ჟურნალისტების კითხვის საპასუხოდ და პირადი შეხედულებები ქორწინების შესახებ, არამედ რეალური უარი და მასში ჩართული რომ ყოფილიყო ყოვლისმომცველი პოლიტიკა – „გეები არ დაიშვებიან“, რეპორტაჟი და სოციალური ზენოლა, სავარაუდოდ, გაცილებით მძაფრი იქნებოდა. ეს და სხვა მსგავსი მაგალითები ხაზს უსვამს საერთო საკითხს: ლგბტ თემის პოლიტიკური გავლენა არის ძალიან ძლიერი და ის აგრძელებს ზრდას. როდესაც ისეთი გიგანტური კომპანიები, როგორიცაა კალათბურთის ეროვნული ასოციაცია, ეროვნული კოლეგიური მძლეოსნობის ასოციაცია, ეფლი, სეილფორსი, დელტა და კოკა-კოლა ემუქრებიან შტატებს ბოიკოტის გამოცხადებით იმ კანონებისთვის, რომლებიც მორწმუნეებს მხოლოდ სასამართლოს გზით აძლევს თავისი დაცვის საშუალებას, ძნელია იმის გაგება, თუ რატომ უნდა იყოს უარყოფილი პირველი შესწორებით გათვალისწინებული დაცვა.

დაბოლოს, ასეთი უარის ძალიან მცირე რაოდენობის გათვალისწინებით, უზარმაზარი და მზარდი სოციალური და საბაზრო ზენოლა, რომელიც მიმართულია დროთა განმავლობაში მათი რაოდენობის შემცირებაზე, იმ პროფესიონალების ფართო ხელმისაწვდომობა, რომლებსაც სურთ დაეხმარონ ერთნაირსქესიანთა ქორწინების აღნიშვნაში, აგრეთვე იმ მოტივირებული და მიზანმიმართული მედია საშუალებებისა და ადვოკატირების ჯგუფების მუდმივი მარცხი, რომლებიც ცდილობენ სანინააღმდეგოს დამტკიცებას, არ არსებობს მიზეზი ვიფიქროთ, რომ სინდისის თავისუფლების უფლების მინიჭება გააჩენს დაბრკოლებას საარსებო პროდუქციის, ბაზრის ან შემოსავლის ხელმისაწვდომობაზე.

პროფესორი კოპელმანის მსგავსი პროგრესული მოღვაწეები აღნიშნავენ, რომ კულტურის ზენოლა სწრაფად ვითარდება და ისინი ასუსტებენ არგუმენტებს ფილიპსის მსგავსი ხალხის წინააღმდეგ სამართლებრივი იძულების სასარგებლოდ: „რაც შეეხება რელიგიის მხრიდან ჰომოსექსუალიზმის დაგმობას, ამის მარგინალიზება უკვე ხდება. მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ კონსერვატორები

უნდა დაისაჯონ ან მოხდეს მათი ბაზრიდან გაძევება. ადგილი რჩება ისეთი ცივი პატივისცემისთვის, რომელსაც ექსკლუზივისტურ რელიგიებში ტოლერანტობა იწვევს.”⁶¹ სხვა სტატიაში კოპელმანმა განავრცო: „კულტურის ცვლილება გეი სანინალმდეგო დისკრიმინაციის მარგინალიზაციის მიზნით გარდაუვალია. კიდევ ერთხელ გავიმეორებ: გეი უფლებების მოძრაობამ გაიმარჯვა. ამას ვერ შეაჩერებს რამდენიმე გამონაკლისი. ეს უნდა იყოს დიდსულოვანი გამარჯვება.”⁶²

VI. უკეთესი შედარება: სიცოცხლის უფლების მხარდამჭერი მედიცინა და სქესის ნიშნით დისკრიმინაცია

პირველი შესწორებით გათვალისწინებული უფლებები იცავს ადამიანის ღირსების ასპექტებსა და ქმნის მოქალაქეებისათვის საკომუნიკაციო, თანამშრომლობის და კოლეგიალურ სივრცეს. ზოგჯერ პირველი შესწორებით გათვალისწინებული უფლებები უნდა შეიზღუდოს, მაგრამ როდესაც შესაძლებელია მათი დაცვა, ისინი ხელს უწყობენ მდიდრულ საზოგადოებრივ ცხოვრებას, რომელსაც ჩვენ სამოქალაქო საზოგადოებას ვუნოდებთ. ისინი იცავენ ადამიანის პიროვნულ ღირსებას, რადგან ადამიანები ცდილობენ იცხოვრონ იმის შესაბამისად, რაც მათ ჭეშმარიტებად მიაჩნიათ, განსაკუთრებით, ჭეშმარიტება მორალურობასა და ღვთაებრიობის შესახებ.⁶³ ფილიპსის წინააღმდეგ გამოტანილი გადანყევტილება საფრთხეს შეუქმნიდა მის ღირსებას და იმ მილიონობით თანამოქალაქის სტატუსს, რომლებიც ქორწინების შესახებ მსგავს შეხედულებებს იზიარებენ.

ფილიპსის საქმის რასათაშორისი ქორწინების მოწინააღმდეგეებთან შედარების ნაცვლად, უფრო ყურადსაღები შედარება მოიცავს სიცოცხლის უფლების მხარდამჭერებს, რომლებიც სახელმწიფოს მიერ დასჯილები არიან სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის

⁶¹ Koppelman, supra note 41, at 14.

⁶² Andrew Koppelman, Gay Rights, Religious Accommodations, and the Purposes of Antidiscrimination Law, 88 S. CAL. L. REV. 619, 628 (2015).

⁶³ იხ., Corvino, Anderson & Girgis, supra note 13.

აკრძალვის საფუძველზე. როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, თუ სახელმწიფო გამოიყენებდა ასეთ კანონს ისე, რომ კათოლიკურ საავადმყოფოებს აიძულებდა აბორტის გაკეთებას ან კრიზისული ორსულობის ცენტრს – აბორტის რეკლამირებას, არავინ უნდა თქვას, რომ უმაღლესი სასამართლოს გადაწყვეტილება აბორტის შესრულებასა და რეკლამირებაზე უარის თქმის სასარგებლოდ ხელყოფდა სექსის ნიშნით ანტიდისკრიმინაციული პოლიტიკის ჭეშმარიტ მიზნებს, როგორიცაა სექსიზმის საზოგადოებრივი შედეგების აღმოფხვრა, რადგან სიცოცხლის მხარდამჭერი მედიცინა არ არის სექსისტური.

სიცოცხლის მხარდამჭერები, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან აბორტს, ამას ქალების მიმართ მტრული დამოკიდებულების გამო არ აკეთებენ. მათ სასარგებლოდ გადაწყვეტილების მიღება არ მოიცავს რაიმე სახის შეტყობინებას პატრიარქატისა და ქალების სუბორდინაციის შესახებ, მასში უბრალოდ ნათქვამია, რომ სიცოცხლის უფლების მხარდამჭერი მოქალაქეები არ არიან რადიკალები და სახელმწიფომ არ უნდა მოსწყვიტოს ისინი საზოგადოებრივ ცხოვრებას.

სიცოცხლის უფლების მხარდამჭერების პროტესტი აბორტთან დაკავშირებით არ ეფუძნება ქალების შესახებ შეხედულებებს, მით უმეტეს დისკრიმინაციულ შეხედულებებს. მართალია თუ არა, მას არანაირი კავშირი არ აქვს სექსიზმთან. ისინიც კი, რომლებიც ამტკიცებენ, რომ აბორტზე წვდომა ქალს თანაბარ შესაძლებლობებს აძლევს საბაზრო ვაჭრობასა და საზოგადოებრივ ცხოვრებაში, აღიარებენ, რომ სიცოცხლის მხარდამჭერი მედიცინა და პროპაგანდა არ არის შთაგონებული და არც ხელს უწყობს სექსიზმის ან პატრიარქატის კულტურას. ასე რომ, სიცოცხლის მხარდამჭერი მოქალაქეების დაცვა პირველი შესწორებით არ ხელყოფს სექსის ნიშნით ანტიდისკრიმინაციული კანონის ჭეშმარიტ მიზნებს.

იგივეს თქმა შეიძლება ფილიპსის შემთხვევაშიც. მისი შეხედულებები ქორწინებაზე არ ეფუძნება იმ ადამიანების სექსუალურ ორიენტაციას, რომლებიც გეიდ იდენტიფიცირდებიან, მით უმეტეს, მათ მიმართ დისკრიმინაციულ შეხედულებებს. იგი განასხვა-

ვებს იმის მიხედვით, არის თუ არა ეს ურთიერთობა (მისი რელიგიურ გაგებით) ცოლქმრული, რაც დამოკიდებულია იმაზე, მოიცავს თუ არა ის ქალსა და მამაკაცს. ეს, რა თქმა უნდა, უკავშირდება პარტნიორების სქესს, მაგრამ სქესის ნიშნით განსხვავებაც კი არ არის შეურაცხყოფელი.

ანუ, ქორწინებაზე როგორც ქალისა და მამაკაცის კავშირზე შეხედულება, რომელიც ფილიპსის გადანეცეტილებებს განაპირობებს, არ აკეთებს არანაირ მითითებას სექსუალურ ორიენტაციაზე. ეს ნამდვილად უთითებს ბიოლოგიურ სქესზე, მაგრამ მისი სქესის ნიშნით განსხვავება არ ემყარება ქალების მიმართ შუღლს ან ქალისა და მამაკაცის შესაძლებლობების უსამართლოდ განზოგადობას ან საზოგადოებრივ ცხოვრებაში თანაბარ შესაძლებლობებს. ის უბრალოდ ამბობს, რომ ქორწინება მოითხოვს ორივე სქესს. ორიენტირებულია ქორწინებაზე, როგორც ქალისა და მამაკაცის კავშირზე. ქორწინების შესახებ ეს შეხედულება ფესვგადგმულია მხოლოდ იდეაში, რომელიც გულისხმობს თვით ბიოლოგიური სქესის ცნებას, რომ ცოლქმრული აქტისთვის საჭიროა ქალი და მამაკაცი.

არ შეიძლება ბიოლოგიური სქესის აღიარება იყოს სქესის ნიშნით დისკრიმინაცია იმის გათვალისწინებით, თუ როგორ არის განსაზღვრული ქალისა და მამაკაცის ცნებები.⁶⁴ სქესის მიხედვით განსხვავება, რაც ხდება ქორწინების, როგორც ცოლქმრული კავშირის მხარდაჭერისას, დაკავშირებულია უფრო სქესის ნიშნით განსხვავებასთან, რომელიც გამოიყენება ქალისა და მამაკაცისთვის განცალკევებული ინტიმური საშუალებებით უზრუნველყოფისას.⁶⁵ ის არაფერს აკეთებს უსამართლო სტერეოტიპების ან სექსზე დაფუძნებული პრივილეგიების გამყარებისთვის იმის თქმით, რომ ორივე სქესს აქვს მნიშვნელობა და იმსახურებს პირად ხელშეუხებლობას.

ამრიგად, მიუხედავად იმისა, რომ ფილიპსისთვის პირველი შესწორებით გათვალისწინებული დაცვა არ ხელყოფს სქესის ან

⁶⁴ იხილეთ, e.g., Ryan T. Anderson, MOMENT 77-92, 175-204 (2018).

⁶⁵ *Id.* at 77-92.

სექსუალური ორიენტაციის შესახებ ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობის არცერთ ლეგიტიმურ მიზანს, მის წინააღმდეგ გამოტანილი გადაწყვეტილება ხელყოფდა მის თანაბარუფლებიან სტატუსს სამოქალაქო საზოგადოებაში ისევე, როგორც სიცოცხლის მომხრე მოქალაქეების წინააღმდეგ გამოტანილი გადაწყვეტილება. „ფემინისტები სიცოცხლისათვის“, რა თქმა უნდა, არ თვლიან, რომ მათი შეხედულებები სექსისტურია და არჩევანის მომხრე ადამიანები შეიძლება ჯერ-ჯერობით დაეთანხმონ. მაგრამ, ვარაუდებზე დაყრდნობით, რაც უფრო მეტ განცხადებას აკეთებენ მეცნიერები, მედია და ხელისუფლება, რომ აბორტის მიმართ პროტესტი სექსისტურია, იგი სულ უფრო მეტად შეიძენს ასეთ მნიშვნელობას ფართო საზოგადოების მხრიდან.

ასევე, თუ უმაღლესი სასამართლო ფილიპსის წინააღმდეგ მიიღებდა გადაწყვეტილებას, ის ამით იმ მოქალაქეებს დაადასტავებდა რადიკალიზმში, რომლებიც მხარს უჭერენ ქორწინების როგორც ცოლქმრული კავშირის გაგებას. სასამართლო გააკეთებდა იმას, რაც *Obergefell v. Hodges*-ის საქმეზე თქვა, რომ ის ამცირებს მათ და მათ ღირსეულ და კეთილსინდისიერ რელიგიურ და ფილოსოფიურ შეხედულებებს⁶⁶, რაც არ მომხდარა. და ამით ის ამერიკაში ყველას ასწავლიდა, რომ ფილიპსი და მისნაირი ადამიანები რადიკალები არიან და რომ ვინმეს მიერ ქორწინების ცოლქმრული კავშირის გაგების მხარდაჭერის ერთადერთი მიზეზი, არის ვინმეს მიერ გეისანინააღმდეგო დამოკიდებულებები. შედეგად, სასამართლო ფილიპსისა და მისი მსგავსი მილიონობით მოქალაქის ღირსებას ხელყოფდა, რაც სერიოზულ ზიანს მოუტანდა ბიზნესს, საარსებო წყაროსა და პროფესიულ უნარებს. სასამართლო საშუალებას მისცემდა შტატებს ეთქვათ, რომ შესაძლებელია ქორწინების ცოლქმრული გაგების მომხრე ადამიანების იძულება, რათა დაარღვიონ მათი მრწამსი ან ისინი სხვადასხვა გზებით ჩამოცილებულ იქნან საჯარო ცხოვრებიდან - ამ შემთხვევაში კომერციული სფეროდან, ხოლო მომავალში, შესაძლოა, სოციალური სერვისებიდან, განათლებისა და საბოლოო ჯამში ჩამოერ-

⁶⁶ 135 S. Ct. 2584, 2602 (2015).

თვით პროფესიული ლიცენზია სამართალსა და მედიცინაში. ერთი სიტყვით, ამგვარი გადანყვეტილება აუკრძალავდა ქორწინების ცოლქმრული გაგების მომხრეებს ყოფილიყვნენ სრული და თანასწორუფლებიანი მოქალაქეები.

ზოგიერთი ლგბტ აქტივისტი გამოხატავს შეშფოთებას იმ გზავნილთან დაკავშირებით, რომელსაც პირველი შესწორებით გათვალისწინებული დაცვა შეიცავს. მათი მტკიცებით, ასეთი კანონები ადამიანებს ასწავლის, რომ მათ აქვთ „დისკრიმინაციის ჩადენის ლიცენზია“. თუმცა მათი კრიტიკა სხვა თვალსაზრისს ადასტურებს: პირველი შესწორების საფუძველზე ფილიპსის დაცვაზე სასამართლოს უარი, გვასწავლიდა, რომ მისი კეთილგონიერი შეხედულებები და მასთან ასოცირებული ქმედებები იმდენად უსამართლოა, რომ არ შეიძლება მათი პლურალისტურ საზოგადოებაში დაშვება. კანონი არ უნდა იქნეს გამოყენებული მათ დასასჯელად და მათ წინააღმდეგ დევნის განსახორციელებლად, ვინც ფიქრობს, რომ ქორწინება აერთიანებს ქალსა და მამაკაცს. თუ საქმე *Obergefell v. Hodges* შეეხებოდა იმ ადამიანების თავისუფლების პატივისცემას, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ, რათა ეცხოვრათ თავის სურვილისამებრ, მაშინ იგივე თავისუფლების პატივისცემა უნდა მოხდეს იმ ამერიკელების შემთხვევაშიც, რომლებსაც სჯერათ ქორწინების ცოლქმრული გაგების.

ეჭვგარეშეა, რომ ბევრი ადამიანი ეწინააღმდეგება იმას, რაც ფილიპსს სწამს. მაგრამ როგორც სასამართლომ *Obergefell*-ის საქმეზე აღნიშნა, როდესაც „პირადი წინააღმდეგობა კანონად და საჯარო პოლიტიკად იქცევა, სახელმწიფოს მხრიდან ადამიანების ქორწინების უფლებიდან გამორიცხვის დაშვება იწვევს იმ პირთა დამცირებასა ან სტიგმატიზებას, ვისი თავისუფლებაც უარყოფილია“.⁶⁷ სასამართლომ კოლორადოს არ უნდა დართოს ნება „დასაჯოს მანკიერნი.“⁶⁸

⁶⁷ Id. at 2602.

⁶⁸ Kroll, *supra* note 4.

შეერთებულმა შტატებმა მანამდეც მიაღწია კომპრომისს მსგავს რთულ ზნეობრივ და კულტურულ საკითხებზე. *Roe v. Wade*-ის კვალდაკვალ, ამერიკელებმა უარი თქვეს სიცოცხლის უფლების მხარდამჭერების დასასჯელად, სქესის ნიშნით ანტიდისკრიმინაციული კანონის ხმლად გამოყენებაზე. 1993 წელს საქმეზე *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic* უმაღლესმა სასამართლომ მტკიცედ უარყო არგუმენტი, რომ სიცოცხლის უფლების მხარდამჭერთა არგუმენტები არსებითად დისკრიმინაციულია: „რასაც უნდა ფიქრობდეს ვინმე აბორტზე, მას არ შეუძლია უარყოს ის, რომ არსებობს მის წინააღმდეგ პატივსაცემი მიზეზები, ვიდრე ეს ქალებისადმი (ან საერთოდაც რაიმე დაკავშირებული შეხედულება) სიძულვილი ან მათი აბუჩად აგდებაა...“⁶⁹

იგივე ითქმის, როდესაც საქმე ეხება ქორწინებას, როგორც ქმრისა და ცოლის კავშირს: არსებობს საერთო და პატივსაცემი მიზეზები მის მხარდასაჭერად, რასაც არაფერი აქვს საერთო სიძულვილთან ან უპირატესობის ქონასთან. მაგრამ იგივეს თქმა არ შეიძლება, როდესაც საქმე ეხება რასათაშორისი ქორწინების გაპროტესტებას, – და სწორედ აქ ხდება რასიზმთან ანალოგიების ნგრევა.

როდესაც უმაღლესმა სასამართლომ შეაჩერა რასათაშორისი ქორწინების აკრძალვები, მას არ უთქვამს, რომ რასათაშორისი ქორწინებისთვის შეწინააღმდეგება ემყარებოდა „მართებულ და საპატიო შეხედულებებს“ და აღნიშნა „გონიერი და გულწრფელი ადამიანების კეთილი ნება აქ და მთელ მსოფლიოში“.⁷⁰ მას ეს არ უთქვამს, რადგან მას არ შეეძლო ამის თქმა.

რასათაშორისი ქორწინების მიმართ პროტესტი განვითარდა, როგორც დიდი რასისტული სისტემისა და თეთრების უპირატესობის ერთ-ერთი ასპექტი, როგორც მცდელობის ნაწილი, რომ ადამიანთა რასა ყოფილიყო ეკონომიკური და პოლიტიკური მორჩი-

⁶⁹ 506 U.S. 263, 270 (1993).

⁷⁰ *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2594.

ლებისა და მონობის წინაპირობა. ის ემყარებოდა იდეას, რომ აფროამერიკელებთან კონტაქტი თანაბარ პირობებში არ არის სწორი.

ეს იდეა და მისი წინაპირობა აფროამერიკელების სავარაუდო არასრულფასოვნების შესახებ არის რადიკალიზმის არსი. მეფუნ-თუშებმა იმით, რომ უარი თქვეს რასათაშორისი ქორწილებისთვის ტორტების გამოცხობაზე, უარი განაცხადეს სხვადასხვა გარემოებებში თანასწორად მოპყრობოდნენ აფროამერიკელებს. რასისტები უბრალოდ არ ეწინააღმდეგებიან რასათაშორის ქორწინებას, ისინი ეწინააღმდეგებიან აფროამერიკელებთან კონტაქტის დამყარებას თანასწორუფლებიან პირობებში.

ამისგან განსხვავებით, აქამდე, მიუხედავად სექსუალური ორიენტაციის შესახებ შეხედულებებისა, ქორწინება, როგორც ქმრისა და ცოლის კავშირი, კაცობრიობის უნივერსალური პრაქტიკაა. ქორწინებაზე ეს შეხედულება ემყარება ქალისა და მამაკაცის შესაძლებლობას, გაერთიანდნენ ერთხორც, შექმნან ახალი სიცოცხლე და შეაკავშირონ ეს ახალი ცხოვრება ორივესთან - დედასთანაც და მამასთანაც. მიუხედავად იმისა, საბოლოო ჯამში ეს გონივრულია თუ არა, ქორწინების შესახებ შეხედულებები გონივრულია, დაფუძნებულია მართებულ და პატივსაცემ წინამძღვრებზე და არავის ამცირებს.

შეურაცხყოფის არარსებობა ასევე ხსნის, თუ რატომ ემსახურებოდა ერთგულად ჯექ ფილიპსის მსგავსი მეფუნთუშე გეი მომხმარებლებს წლების მანძილზე.

ფილიპსის მსგავსი ადამიანების ხმლიდან გამოსხნა არ ხელყოფს ანტიდისკრიმინაციული კანონის ჭეშმარიტ მიზნებს – გეისა-წინააღმდეგო ფანატიზმის საჯარო შედეგების აღმოფხვრა, – რადგან ქორწინების ცოლქმრული გაგების მხარდაჭერა არ არის გეისა-წინააღმდეგო. თავისუფლების დაცვა აქ არ გულისხმობს რაიმე გზავნილს იმ პირების არასრულფასოვნების შესახებ, რომლებიც თავს გეიდ აიდენტიფიცირებენ. ეს საერთოდაც არ შეიცავს რაიმე გზავნილს სექსუალური ორიენტაციის შესახებ.

მასში ნათქვამია, რომ მოქალაქეები რომლებიც მხარს უჭერენ სქესისა და ქორწინების ისტორიულ გაგებას, არ არიან რადი-

კალები. ეს უზრუნველყოფს მათ თანაბარ და სოციალურ სტატუსსა და შესაძლებლობებს. ეს იცავთ მათ ბიზნესსაქმიანობას, საარსებო წყაროსა და პროფესიულ უნარებს. და ამას სარგებლობა მოაქვს დანარჩენი საზოგადოებისთვის, ნებას რთავს რა ამ მოქალაქეებს შესათავაზონ თავიანთი მომსახურება, განსაკუთრებით სოციალური სერვისები, საქველმოქმედო საქმიანობა და გაკვეთილები.

ზეპირი მოსმენის დროს სასამართლოს თავმჯდომარე რობერტსმა კოლორადოს გენერალურ სოლისიტორს ჰკითხა, თუ როგორ გამოიყენებდა შტატი ანტიდისკრიმინაციულ კანონს კათოლიკური იურიდიული ორგანიზაციის მიმართ, რომელიც ეწეოდა საზოგადოების სასარგებლოდ უსასყიდლო სერვისებს ღარიბთათვის, რომელიც ემსახურებოდა ყველა მომსვლელს, მაგრამ არ შეეძლო ისეთი სამართლებრივი დახმარების გაწევა ერთნაირქესიანი წყვილებისთვის, რომელსაც ისინი სთავაზობენ ქმრებსა და ცოლებს: „ამრიგად, კათოლიკური იურიდიული სამსახურები დადგებოდნენ არჩევანის წინაშე: ან არ უნდა გაენიათ საზოგადოების სასარგებლოდ უსასყიდლო სერვისი ან უნდა უზრუნველყოთ ეს სერვისები ერთნაირქესიან ქორწინებებთან დაკავშირებით?“⁷¹ გენერალურმა სოლისიტორმა უპასუხა: „ვფიქრობ, პასუხი დადებითია, თქვენო ღირსება.“⁷²

კათოლიკური იურიდიული სერვისები, კათოლიკური საქველმოქმედო ორგანიზაციები, შვილად აყვანის კათოლიკური სააგენტოები და ამასთანავე ნებისმიერი იმ რელიგიურ მრწამსზე დაფუძნებული სოციალური სერვისები, რომელიც მიიჩნევს, რომ ჩვენ შექმნილები ვართ მამაკაცად და ქალად და რომ მამაკაცი და ქალი ერთმანეთისთვის არიან შექმნილნი, საფრთხის წინაშე დგას. რასათაშორისი ქორწინების მოკვლევაში წინ წამოწია ბობ ჯონსის უნივერსიტეტის საქმე, სასწავლებლისა, რომელმაც დაკარგა არაკომერციული ორგანიზაციის საგადასახადო სტატუსი, რადგან ის კრძალავდა რასათაშორის შეხვედრებსა და ქორწინებას. მაგრამ

⁷¹ Transcript of Oral Argument, *supra* note 9, at 49.

⁷² *Id.* at 49-50 (cleaned up).

ნამდვილად გვინდა ვიცხოვროთ ისეთ ქვეყანაში, სადაც კაცობრიობის ისტორიის მანძილზე არსებული რწმენა, რომ ქორწინება არის ქალისა და მამაკაცის კავშირი – განიხილება რასიზმის ფუნქციურ და სამართლებრივ ექვივალენტად?

ყველა ჩვენგანმა უნდა იმუშაოს ამგვარი შედეგის თავიდან ასაცილებლად. ამიტომაც ფილიპსის საკითხს არ დასჭირდებოდა სასამართლომდე მისვლა. ჩვენ უნდა უარი ვთქვათ სექსუალური მართმადიდებლობის დანესებაზე, ანტიდისკრიმინაციული კანონების ხმლად გამოყენებაზე. იმის გამო, რომ ამერიკელები კვალავაც ვერ თანხმდებიან სექსზე, ჩვენ უარი უნდა ვთქვათ ქორწინების ხელახალი განმარტების იარაღად გამოყენებაზე. Masterpiece-ის საქმეზე ზეპირი მოსმენის დროს მოსამართლე კენედიც კი ფრთხილი იყო. მან თქვა, რომ „ტოლერანტობა აუცილებელია თავისუფალ საზოგადოებაში“. თუმცა მან გააგრძელა: „მე მიმაჩნია, რომ სახელმწიფო თავისი დამოკიდებულებით არ იყო არც ტოლერანტი და არც პატივისცემით განსჭვალული ბატონი ფილიპსის მრწამსის მიმართ.“⁷³

გეისანიანალმდეგო ფანატიზმი არსებობს და დაგმობილ უნდა იქნეს. მაგრამ ქორწინების ცოლქმრული გაგების მხარდაჭერა არ არის გეისანიანალმდეგო. ისევე, როგორც ჩვენ დავგმეთ სექსიზმი სიცოცხლის მხარდამჭერი მედიცინის სექსისტურად მიჩნევის გარეშე, ჩვენ შეგვიძლია დავგმოთ ანტიგეი ფანატიზმი მართმადიდებელი ებრაელების, რომაელი კათოლიკების, მუსლიმების, ევანგელისტებისა და უკანასკნელი დღეების წმინდანთა, როგორც რადიკალთა მიმართ მოპყრობის გარეშე.

პროფესორი კოპელმანი ამბობს, რომ მან „ძალიან ბევრი იმუშავა იმ ცხოვრების წესის შესაქმნელად, სადაც გეიდ ყოფნა უსაფრთხო იქნებოდა“ და მსგავსი მიზეზების გამო „სურს, რომ ეს ცხოვრების წესი იყოს უსაფრთხო რელიგიური დისიდენტებისთვისაც.“⁷⁴ ყველა უთანხმოება არ არის დისკრიმინაცია. ჩვენმა სამართალმა სხვაგვარი რამ არ უნდა დაადგინოს.

⁷³ Id. at 62.

⁷⁴ Andrew Koppelman, *supra* 61, at 621.

ანტიდისკრიმინაციული სამართალი
განსაცდელის წინაშეა?

I. შესავალი

საზოგადოებაში, რომელიც თანასწორი შესაძლებლობების პრინციპის ერთგულია, დისკრიმინაციის პირდაპირი მტკიცებულებები სულ უფრო და უფრო იშვიათია. ამ ფაქტის აღიარებით, 1973 წელს აშშ-ს უმაღლესმა სასამართლომ ჩამოაყალიბა სისტემა, რომლის მეშვეობითაც, VII კარის საფუძველზე, მოსარჩელებს დისკრიმინაციის დადგენასთან დაკავშირებული საჩივრები შეუძლიათ ირიბი მტკიცებულებებით დაადასტურონ. *McDonnell Douglas Corp. v. Green*-ის საქმით¹ დადგენილი სამსაფეხურიანი საჩივრის თანახმად, მოსარჩელე უთითებს ფაქტობრივ გარემოებებზე, როგორც *prima facie*² იმის ჩვენებით, რომ ის VII კარით დაცული ჯგუფის წევრია, რომ მან შეიტანა განცხადება შესაბამის პოზიციაზე და იყო კვალიფიციური, მაგრამ კვალიფიკაციის მიუხედავად, მის კანდიდატურას უარი ეთქვა და დამსაქმებელმა განაგრძო

* სამართლის პროფესორი, დიუკის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლა და კალიფორნიის უნივერსიტეტის ირვინის სამართლის სკოლა. მსურს მადლობა გადავუხადო პროფესორ ნატაშა მარტინს პროვოკაციული სტატიისთვის, რომელიც დღევანდელი კოლოქვიუმის განსახილველი საკითხის ძირითადი საფუძველია. მსურს ასევე მადლობა გადავუხადო *Missouri Law Review*-ს რედაქტორებს, მათი შთამბეჭდავი უკუკავშირისთვისა და მათი პროფესიონალიზმისთვის, თავდაუზოგავი შრომისა და გამოხატული სიკეთისთვის რედაქტირების პროცესში.

** ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი.

¹ 411 U.S. 792 (1973).

² *Prima facie* კონსტრუქცია იმისთვის შეიქმნა, რომ აღმოფხვრილიყო ყველაზე გავრცელებული დასაბუთებები, რომლებსაც იშველიებდნენ დამსაქმებლები დაქირავების შეუძლებლობის შემთხვევაში. *Tex. Dept. of Cmty. Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248, 253-54 (1981).

მსგავსი კვალიფიკაციის მქონე პირების შერჩევა.³ ამის შემდეგ დამსაქმებელი ვალდებულია წარმოადგინოს მისი მოქმედების ლეგიტიმური, არადისკრიმინაციული დასაბუთება,⁴ რის შემდეგაც, დასაქმებულს ეძლევა შესაძლებლობა ჩამოაყალიბოს საქმის პრეტენსია – ანუ უნდა აჩვენოს, რომ დამსაქმებლის მიერ შეთავაზებული დასაბუთება არ არის დამაჯერებელი ან რომ იგი უბრალოდ სარჩულია განხორციელებული დისკრიმინაციის შესანიშნავად.⁵ პრეტენსიის ჩვენებას საფუძვლად უდევს დაშვება, რომ დამსაქმებელი საუკეთესო პოზიციაში იმყოფება რათა იცოდეს და განმარტოს მისი მოქმედება და, თუ მოსარჩელე დაამტკიცებს ამ განმარტების მცდარობას, მაშინ გონივრული იქნება იმ დასკვნის გაკეთება, რომ დამსაქმებლის მოტივაცია დისკრიმინაციის განხორციელება იყო.⁶

შესაბამისად, 1981 წელს, საქმეზე *Texas Department of Community Affairs v. Burdine*, უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ მოსარჩელემ შესაძლოა წარმატებით დაამტკიცოს დისკრიმინაციის ფაქტი „ან სასამართლოს პირდაპირ იმაში დარწმუნებით, რომ სავარაუდოდ, დისკრიმინაციულმა მიზეზმა დამსაქმებელს უფრო გაუჩინა მოტივაცია, ან არაპირდაპირ იმის ჩვენებით, რომ

³ McDonnell Douglas, 411 U.S. at 802. საქმეზე სასამართლომ გამოხატა *prima facie*-ს საბოლოო ელემენტი, როგორც „პოზიცია ღია დარჩა და დამსაქმებელმა განაგრძო განმცხადებლის შერჩევა მომჩივნის მსგავსი კვალიფიკაციის მქონე პირთაგან“. *Id.* მოსარჩელები ჩვეულებრივ აკმაყოფილებენ ამ ელემენტს იმის ჩვენებით, რომ დამსაქმებელმა დაიქირავა ისეთი ინდივიდი, რომელიც იმ ჯგუფში არ შედის, რომელსაც მოსარჩელე მიეკუთვნება. იხ. *e.g.*, *Burdine*, 450 U.S. at 253 n.6.

⁴ McDonnell Douglas, 411 U.S. at 802. მოპასუხის მტკიცების ტვირთში შედის ისეთი მტკიცებულებების წარმოდგენის ვალდებულება, რომელიც მხარს დაუჭირს მის მიერ მითითებულ ფაქტობრივ გარემოებებს და არა სასამართლოს დარწმუნება. *Burdine*, 450 U.S. at 254-55.

⁵ McDonnell Douglas, 411 U.S. at 804. საბოლოო ჯამში, მტკიცების ტვირთი ძევს მოსარჩელეზე. *Burdine*, 450 U.S. at 253.

⁶ See *Furnco Constr. Corp. v. Waters*, 438 U.S. 567, 577 (1978) („როდესაც განმცხადებლის უარყოფის ყველა ლეგიტიმური საფუძველი, როგორც დამსაქმებლის ქმედებების შესაძლო მიზეზი აღმოიფხვრა, უფრო სავარაუდოა, ვიდრე დამსაქმებელი, რომელიც ზოგადად რაიმე მიზეზით მოქმედებს და თავის გადაწყვეტილებას დაუშვებელ განხილვაზე აფუძნებს...“) *accord* *Reeves v. Sanderson Plumbing Prods., Inc.*, 530 U.S. 133, 147-48 (2000).

დამსაქმებლის მიერ წარმოდგენილი განმარტება ნდობას არ იმსახურებს".⁷

თუმცა, დროთა განმავლობაში, ზოგიერთმა სასამართლომ დაიწყო ეჭვის შეტანა, საკმარისი იყო თუ არა პრეტექსტი დისკრიმინაციული განზრახვის დასადგენად და დაიწყეს მოსარჩელეთათვის დამატებითი მტკიცებულებების ან დამატებითი პრეტექსტის წარდგენის ვალდებულების დაკისრება, რათა მათ საქმეს წარმატების მეტი პერსპექტივა ჰქონოდა.⁸ ამ დამატებითმა მოთხოვნამ არსებითად ძირი გამოუთხარა *McDonnell Douglas*-ის ჩარჩოს და განსაკუთრებით რთული გახდა მოსარჩელეებისთვის შრომითი დისკრიმინაციის საქმეების მოგება ირიბი მტკიცებულებების საფუძველზე. დისკრიმინაციული მოტივის „პირდაპირი“ დამატებითი მტკიცებულებების არარსებობის პირობებში, სასამართლოები მიდრეკილნი იყვნენ, სასამართლო პროცესის შემაჯამებელი განხილვის ეტაპზე არ დაეკმაყოფილებინათ მოსარჩელეთა მიერ ირიბ მტკიცებულებებზე დაყრდნობით წაყენებული პრეტენზიები. საქმეზე, *Reeves v. Sanderson Plumbing Products Inc.*, უმაღლესი სასამართლო შეეცადა გამოესწორებინა მოსარჩელეებისთვის დამატებითი პრეტექსტის დაკისრების სტანდარტის ვალდებულება, დამატებით იმის განმარტებით, რომ *prima facie* შემთხვევა, პრეტექსტის მტკიცებულებებთან ერთად, საკმარისი იქნებოდა დისკრიმინაციის საქმეთა უმეტესობის ნაფიც მსაჯულთა სასამართლოსთვის გადასაცემად, თუმცა ნაფიც მსაჯულებს შესაძლებელია საქმე მაინც მოპასუხის სასარგებლოდ გადაწყვიტათ.⁹ მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ მოსამართლეებს მანევრირების სივრცე დაუტოვა, მოპასუხეთა მიერ შემაჯამებელი გადანყვეტილების მიღების და გადანყვეტილების კანონის მიხედვით მიღების შესახებ შუამდგომლობების განსახილველად სულ მცირე ერთმა მოსამართლემ მაინც მიიჩნია, რომ ეს შუამდგომლობები სავარაუდოდ არ უნდა ყოფილიყო გამოყენებული პრეტექსტის შემცველი საქმეების გადასაწყვეტად, დისკრიმინაციის სარჩელებისთვის დამახასიათებელი ფაქტების სპეციფიკური ხასიათის გათვალისწინებითა და იმ საკითხთა დამაჯერებლობის გამო, რომლებსაც იგი ხშირად მოიცავს.¹⁰ მართლაც, როგორც ჩანს, ეს *Reeves*-ის გადა-

⁷ 450 U.S. at 256.

⁸ იბ., *St. Mary's Honor Ctr. v. Hicks*, 509 U.S. 502, 511 (1993).

⁹ 530 U.S. 133, 147-49 (2000); see also *id.* at 154 (Ginsburg, J., concurring).

¹⁰ *Id.* at 154-55 (Ginsburg, J., concurring).

წყვეტილების ზოგადი გამოძახილია.¹¹ მიუხედავად ამისა, როგორც ამ ტომში პროფესორ ნატაშა მარტინის შესანიშნავი სტატია ცხადყოფს, *Reeves*-ის გადანწყვეტილების მიღებიდან ათი წლის შემდეგ, ქვედა ინსტანციის სასამართლოები განაგრძობენ ისეთი პროცედურული მექანიზმების გამოყენებას, როგორიცაა გამარტივებული გადანწყვეტილების მიღება, რითიც უარს ამბობენ მოსარჩელეთა მოთხოვნების დაკმაყოფილებაზე.¹² ასე მოქცევით ისინი იზიარებენ დამსაქმებლის მიერ წარმოდგენილ ისეთ არგუმენტებს, როგორიცაა კეთილსინდისიერი რწმენა და დამსაქმებლის თავდაპირველი მოქმედება,¹³ რომლებიც არაა მორგებული გამარტივებულ გადანწყვეტილებაზე.¹⁴

¹¹ იხ., *Reeves*, 530 U.S. at 147-54.

¹² *Natasha T. Martin, Pretext in Peril*, 75 Mo. L. REV. 313, 331-35 (2010).

¹³ კეთილსინდისიერი დაცვის მიხედვით, საკითხი არის არა ის, რომ მოპასუხის განმარტება არის ყალბი, არამედ მიიჩნევა თუ არა მოპასუხე, რომ გასაჩივრებული მოქმედების დროს ეს სიმართლე იყო. იხ. მაგ., *Johnson v. AT&T Corp.*, 422 F.3d 756, 762 (8th Cir. 2005) („კვლევის სათანადო საგანი არ წარმოადგენს იმ საკითხს, [მოპასუხე] ფაქტობრივად იყო თუ არა მართალი იმის განსაზღვრისას, რომ [მოსარჩელემ] ბომბის აფეთქების მუქარა განახორციელა. არამედ კვლევის სათანადო საგანია, პატიოსნად სწამდა თუ არა [მოპასუხეს], რომ [მოსარჩელემ] ბომბის აფეთქების მუქარა განახორციელა.“) (emphasis omitted)). დამსაქმებლის თავდაპირველი მოქმედების არგუმენტით, ზოგიერთი სასამართლო არ გაიზიარებს მოსარჩელის მიერ სარჩელში დაყენებულ მოთხოვნას, თუ იგივე ადამიანმა დაასაქმა და სამსახურიდან გაათავისუფლა ეს პიროვნება. თეორია, რომელიც ამ არგუმენტს ამყარებს, ისაა, რომ გადანწყვეტილების მიმღები არ დაიქირავებდა მოსარჩელეს, მას რომ დისკრიმინაციული შეხედულებები ჰქონოდა. იხ., მაგ., *Coghlan v. Am. Seafoods Co.*, 413 F.3d 1090, 1092 (9th Cir. 2005); *Bradley v. Harcourt, Brace & Co.*, 104 F.3d 267, 270-71 (9th Cir. 1996); *Jacques v. Clean-Up Group, Inc.*, 96 F.3d 506, 512 (1st Cir., 1996); *Brown v. CSC Logic, Inc.*, 82 F.3d 651, 658 (5th Cir. 1996). ამ არგუმენტების კრიტიკისთვის იხ., *Johnson v. Zema Sys. Corp.*, 170 F.3d 734, 745 (7th Cir. 1999) (განიხილავს დამსაქმებლის თავდაპირველი მოქმედების არგუმენტის ზოგიერთ შეზღუდვას); *Linda Hamilton Krieger & Susan T. Fiske, Behavioral Realism in Employment Discrimination Law: Implicit Bias and Disparate Treatment*, 94 CAL. L. REV. 997, 1036, 1048 (2006) (იყენებს სოციალურ ფსიქოლოგიას და ირიბ მიკერძოებებთან დაკავშირებულ კვლევას, რათა წყალი შეუყენოს პატიოსანი რწმენის კონსტრუქციისა და დამსაქმებლის თავდაპირველ არგუმენტთან დაკავშირებულ დაშვებებს).

¹⁴ იხ., *Martin*, supra note 13, at 345-47, 350-77.

ამ მოკლე ესეში ვიკვლევ სასამართლოთა ტენდენციას სამსახურში მიღებისას განხორციელებული დისკრიმინაციის სარჩელებზე გამარტივებული წესით უარის თქმის შესახებ და განვიხილავ, ეს არის სამოსამართლო სკეპტიციზმი, თუ პირდაპირ მტრული დამოკიდებულების გამოჩენა არა, რომლის წინაშეც ვიმყოფებით, შეზღუდული მხოლოდ VII კარით გათვალისწინებულ საკანონმდებლო მოქმედებებით, თუ ნაცვლად ამისა, ეს დისკრიმინაციის დადგენის საჩივრების წინააღმდეგ მიმართული უფრო ფართო მსვლელობის ნაწილია. II ნაწილში ჩემი დაკვირვებაა ის, რომ 1973 წელს, როდესაც McDonnell Douglas-ის საქმე გადაწყდა და 2009 წელს შორის, შეერთებულ შტატებში საზოგადოებრივი რწმენა დისკრიმინაციის გავრცელების შესახებ შეიცვალა. 1973 წელს, რამდენადაც ქვეყანა ჯიმ ქროუს ეპოქიდან გამოვიდა, არსებობდა პრეზუმფცია, რომ დისკრიმინაცია ფართოდ გავრცელებული მოვლენა იყო. დღეს, ეგრეთ წოდებულ „პოსტ-რასობრივ“ ამერიკაში, როგორც ჩანს, საპირისპირო პრეზუმფცია არსებობს. მივიჩნევ, რომ ეს ცვლილება გავლენას ახდენს იმაზე, თუ როგორ განიხილავენ მოსამართლეები დისკრიმინაციის საჩივრებს. III ნაწილში ვამტკიცებ, რომ დისკრიმინაციის საჩივრების მიმართ გამოხატული სამოსამართლო სკეპტიციზმი არ შემოიფარგლება მხოლოდ საკანონმდებლო მოთხოვნებით ან დასაქმების სფეროთი. მსგავსმა სკეპტიციზმმა თავი იჩინა უმაღლესი სასამართლოს პრაქტიკაში თანასწორობის დაცვასთან დაკავშირებით. ანტიდისკრიმინაციული საჩივრების განხილვისას, თანასწორი დაცვის დებულების ფარგლებში, სასამართლომ გამოიყენა ანალიტიკური ფორმალიზმის ისეთი სახე, რომლის მსგავსი ვერსიაც შეინიშნება პრეტექსტთან დაკავშირებულ შემთხვევებში, რაც აფერხებს დისკრიმინაციის დადგენის შესახებ საჩივრების ნიუანსურ და კონტექსტუალურ გამოვლევას და დაბრკოლებას უქმნის დისკრიმინაციის ბუნების უფრო ფართო საზრისის წვდომას. აღნიშნული ცვლილებები თანასწორობის დაცვის სასამართლო პრაქტიკაში ემთხვევა VII კარის ინტერპრეტაციათა ცვლილებას, რაც გვაფარუდებინებს, რომ განსაცდელის წინაშე იმყოფება არა მხოლოდ პრეტექსტი, არამედ უფრო ზოგადად, ანტიდისკრიმინაციული სამართალი.

II. ჯიმ ქროუდან პოსტ-რასობრივ ამერიკამდე

11 ივნისს, 1963 წელს, ამერიკელი ხალხისადმი რადიო და სატელევიზიო მიმართვაში პრეზიდენტმა ჯონ ფ. კენედიმ თქვა,

ამერიკაში დღეს დაბადებულ [შავკანიან] ბავშვს... დაახლოებით იმის ნახევარი შანსი აქვს დაასრულოს... საშუალო სკოლა, რაც თეთრ ბავშვს, რომელიც დაიბადა იმავე დღეს იმავე ადგილას. ერთ მესამედს აქვს შანსი დაასრულოს კოლეჯი, ერთ მესამედს აქვს შანსი გახდეს პროფესიონალი, ორჯერ მეტი შანსი – უმუშევარი, დაახლოებით ერთ მეშვიდედს აქვს შანსი მიიღოს 10,000 აშშ დოლარი წელიწადში და რომლის სიცოცხლის ხანგრძლივობაც შვიდი წლით ნაკლებია და მხოლოდ ნახევარს აქვს ფულის შოვნის პერსპექტივა.¹⁵

მნიშვნელოვანია ალინიშნოს, რომ პრეზიდენტმა კენედიმ პირდაპირ აღიარა რასიზმის, როგორც ამ შედეგების მიზეზის არსებობა, მთელ ქვეყანაში სეგრეგაციის გავრცელებასა და მის მიერ შექმნილი დაძაბულობისა და უსაფრთხოების საკითხების ირგვლივ არსებულ საფრთხეებზე მითითებით.¹⁶ როდესაც ამ გამოწვევების წინაშე აღმოჩნდა, კენედიმ შენიშნა: „კითხვის არსი ისაა, რამდენად აქვს ყველა ამერიკელს თანაბარ უფლებებსა და თანაბარ შესაძლებლობებზე წვდომა, ვაპირებთ თუ არა მოვექცეთ ჩვენს ამერიკელ თანამემამულეებს ისე, როგორც გვსურს, რომ ჩვენ მოგვექცენ.¹⁷

თხუთმეტი წლის შემდეგ საქმეში *Regents of the University of California v. Bakke*, მოსამართლე მარშალმა მიუთითა რასობრივი უთანასწორობის უწყვეტი არსებობის მტკიცებულებაზე, აღნიშნა რა:

შავკანიანთა ოჯახის საშუალო შემოსავალი არის თეთრკანიანი ოჯახის საშუალო შემოსავლის მხოლოდ 60% და შავკანიან ოჯახთა პროცენტული რაოდენობა, რომლებიც ისეთ ოჯახებში ცხოვრობენ, რომლებიც შემოსავლის ოდენობის მიხედვით სიღარიბის ზღვარს მიღმა მყოფი ოჯახების რიცხვს მიეკუთვნებიან, თითქმის ოთხჯერ მეტია ვიდრე თეთრკანიანთა ოჯახებისა.

¹⁵ President John F. Kennedy, Radio and Television Report to the American People on Civil Rights (June 11, 1963), ხელმისაწვდომია:

<http://www.jfklibrary.org/Historical+Resources/Archives/Reference+Desk/Speeches/JFK/003POFO3CivilRights06111963.htm>

[შემდგომში მოხსენიებული, როგორც კენედის ანგარიში].

¹⁶ Id.

¹⁷ Id.

როდესაც შავკანიანი ბავშვი სამუშაო ასაკს აღწევს, იგი ათვისებულიერებს, რომ ამერიკა მას მნიშვნელოვნად ნაკლებს სთავაზობს, ვიდრე მის თეთრ თანამემამულეს. შავკანიანი მოზარდებისთვის უმუშევრობის დონე ორჯერ მეტია, ვიდრე თეთრებისთვის, ხოლო შავკანიანი თინეიჯერების უმუშევრობის დონე თითქმის სამჯერ მეტია, ვიდრე თეთრკანიანი მოზარდების. შავკანიან მამაკაცს, რომელიც კოლეჯის ოთხ წელს დაასრულებს, შეუძლია იმედოვნოს, რომ საშუალო წლიური შემოსავალი მხოლოდ 110 დოლარით მეტი ექნება, ვიდრე იმ თეთრკანიან მამაკაცს, რომელსაც მხოლოდ საშუალო სკოლის ატესტატი აქვს. მიუხედავად იმისა, რომ შავკანიანები მოსახლეობის 11.5%-ს წარმოადგენენ, მათგან ადვოკატი და მოსამართლე მხოლოდ 1.2%, ექიმი მხოლოდ 2%, სტომატოლოგი მხოლოდ 2.3%, ინჟინრები მხოლოდ 1.1% და კოლეჯის და უნივერსიტეტის პროფესორები მხოლოდ 2.6% -ს შეადგენენ.¹⁸

პრეზიდენტ კენედის მსგავსად, მოსამართლე მარშალიც არ ერიდებოდა ამ შედეგების წარმოქმნაში რასიზმის როლზე მითითებას და აღნიშნავდა, რომ „ამ სტატისტიკასა და შავკანიანთათვის ხელმისაწვდომად უზრუნველყოფილი არათანაბარი მოპყრობის ისტორიას შორის კავშირის უარყოფა შეუძლებელია. ყოველ ეტაპზე, დაბადებიდან გარდაცვალების ჩათვლით, წარსულის უარყოფითი ზეგავლენა შავკანიანთა ჯერ კიდევ არახელსაყრელ მდგომარეობაში აისახება.“¹⁹

2009 წელს აფროამერიკელებისა და ლათინოების სიღარიბის ზღვრული მაჩვენებელი ორჯერ მეტია, ვიდრე თეთრებისა.²⁰ აფრო-

¹⁸ 438 U.S. 265, 395-96 (1978) (Marshall, J., concurring) (სქოლიოები გამოტოვებულია).

¹⁹ Id. at 396.

²⁰ 2008 წელს სიღარიბის მაჩვენებელი იყო 8,6% არაესპანურენოვანი თეთრკანიანებისთვის, 24,7% - შავკანიანებისთვის, 11,8% - აზიელებისთვის და 23,2% - ესპანურენოვანი მოსახლეობისთვის. CARMEN DENAVAS-WALT ET AL., U.S. CENSUS BUREAU, CURRENT POPULATION REPORTS, INCOME, POVERTY, AND HEALTH INSURANCE COVERAGE IN THE UNITED STATES: 2008, at 13 (2009), available at <http://www.census.gov/prod/2009pubs/p60-236.pdf>. ესეს დანერის დროს 2009 წლის მონაცემები ჯერ არ იყო ხელმისაწვდომი. დამატებით, მიუხედავად იმისა, რომ აღწერის ბიურო იყენებს ტერმინს „ესპანური“, მე მიჩვენებთ გამოვიყენო ტერმინი ლათინო (a), რამდენადაც იგი ნაკლებად ევროცენტრულია და პოტენციურად უფრო ასახავს იმ

ამერიკელი და ლათინოების ოჯახების საშუალო შემოსავალი თეთრი ოჯახების საშუალო შემოსავალზე ორი მესამედით ნაკლებია.²¹ ტენდენცია უჩვენებს, რომ აფროამერიკელები და ლათინოსები არაპროპორციულად მუშაობენ დაბალი ანაზღაურებისა და დაბალი სტატუსის მქონე პოზიციებზე²² და მათი უმუშევრობის

პირების მრავალფეროვან წარმომადგენლობას, რომლებიც ამ კატეგორიას მიეკუთვნებიან.

²¹ Id. at 5, 6 tbl.L. სიმდიდრის ანალიზი ააშკარავებს, რომ შეერთებულ შტატებში კიდევ უფრო დიდი უფსკრული არსებობს თეთრკანიანებსა და სხვა ფერადკანიანებს შორის. შინამეურნეოების საშუალო წმინდა ღირებულება, რომელსაც თეთრები ინარჩუნებენ, ათჯერ აღემატება შავკანიანების მიერ შენარჩუნებულ შინამეურნეობებს. COUNCIL OF ECON. ADVISORS, ECONOMIC REPORT OF THE PRESIDENT 316 tbl.B-33 (2003), available at

http://www.gpoaccess.gov/USbudget/fy04/pdf/2003_erp.pdf; MELVIN L. OLIVER & THOMAS M. SHAPIRO, BLACK WEALTH/WHITE WEALTH: A NEW PERSPECTIVE ON RACIAL INEQUALITY 68 (2006). უფრო მეტიც, მიუხედავად იმისა, რომ „საშუალო კლასის შავკანიანები საშუალო კლასის თეთრების მიერ მიღებულ თითოეულ დოლარზე სამოცდაათ ცენტს მიიღებენ, ისინი ფლობენ თხუთმეტ ცენტს საშუალო კლასში შემავალი თეთრების დოვლათის ყოველი დოლარიდან“. Id. at 7-8.

²² 2008 წელს აფროამერიკელებმა და ლათინო მუშაკებმა დაქირავებული პირების 11% და 14% შეადგინეს. თუმცა, მენეჯმენტსა და პროფესიულ სპეციალობებში ისინი წარმომადგენდნენ თანამშრომლების მხოლოდ 8.3% და 7.1%. ამის საპირისპიროდ, ისინი შეადგენდნენ დასაქმებულთა 15.9% და 20.2% სამსახურებრივ საქმიანობაში; გაყიდვებისა და ოფისის საქმიანობაში დასაქმებულთა 11.5%-ს და 12.2%-ს; დასაქმებულთა 6.9% და 25% - ბუნებრივი რესურსების, მშენებლობისა და ტექნიკური საქმიანობის სფეროებში და თანამშრომლების 14.5% და 20.4% - წარმოებაში, ტრანსპორტირებასა და მატერიალურ გადაზიდვებში. BUREAU OF LABOR STATISTICS, U.S. DEPT' OF LABOR, LABOR FORCE CHARACTERISTICS BY RACE AND ETHNICITY, 2008, at 14 tbl.6 (2009), available at <http://www.bls.gov/cps/cpsrace/2008.pdf> [შემდგომში მიეთითება როგორც LABOR FORCE CHARACTERISTICS BY RACE AND ETHNICITY, 2008]; იხ., ასევე, U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMM'N, JOB PATTERNS FOR MINORITIES AND WOMEN IN PRIVATE INDUSTRY, 2007: INTRODUCTION fig.4,

<http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/employment/jobpat-eeol/2007/introduction.htm> (2007 წლის მონაცემები კერძო სექტორის სამუშაო ძალის სამსახურის კატეგორიის კომპოზიციის შესახებ) [შემდგომში მიეთითება, როგორც JOB PATTERNS FOR MINORITIES AND WOMEN IN PRIVATE INDUSTRY, 2007].

დონე მნიშვნელოვნად მაღალია ვიდრე თეთრების.²³ დამატებით უნდა აღინიშნოს, რომ აფრო-ამერიკელი და ლათინო მამაკაცები და ქალები გამოიმუშავენ თეთრკანიან მამაკაცთა საშუალო წლიური მოგების სამ მეოთხედზე ნაკლებს²⁴ და თითქმის ორჯერ უფრო სავარაუდოა რომ აფროამერიკელები და ლათინოები მიატოვებენ საშუალო სკოლას, ვიდრე თეთრკანიანები.²⁵

მიუხედავად იმისა, რომ რასობრივი უთანასწორობის სტატისტიკური მტკიცებულება დღეს თითქმის ისეთივე საგანგაშოა, როგორც ეს 1963 და 1978 წლებში იყო, მონაცემებიდან მიღებული დასკვნა უკიდურესად განსხვავებულია. ნაცვლად იმისა, რომ ზემოთ აღნიშნული განსხვავებების გამომწვევ სავარაუდოდ მიზეზად დისკრიმინაცია დასახელდეს, ზოგიერთი თანამედროვე ამერიკელი, როგორც ჩანს, უფრო მეტად მიდრეკილია სხვა დასაბუთებებისა და განმარტებების მოძიებაზე.²⁶ ეს მიდრეკილება არა მხო-

²³ 2008 წელს უმუშევრობის დონე 5.2% იყო არაესპანელ თეთრკანიანებში, 10.1% - შავკანიანებში, 4% - აზიელებში და 7.6% - ესპანელებსა ან ლათინოებში. U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, U.S. DEP'T OF LABOR, LABOR FORCE CHARACTERISTICS BY RACE AND ETHNICITY, 2008, at 5 tbl. 1 (2008). ხელმისაწვდომია <http://www.bls.gov/cps/cpsrace2008.pdf>. აფრიკელი ამერიკელების მიმართ ბოლოდროინდელი ეკონომიკური რეცესიის ეფექტების კომენტარისთვის იხ., see Allison Linn, *Black Worker's Crisis May Linger After Upturn*, available at <http://www.msnbc.msn.com/id/34068710/ns/business-economyatacrossroads/print/1/displaymode/1098/>.

²⁴ 2006 წელს შავკანიანმა მამაკაცებმა მიიღეს თეთრკანიანების საშუალო წლიური მოგების 72.1%, ლათინო მამაკაცებმა 57.5%, შავკანიანმა ქალებმა 63.6% და ლათინო ქალებმა 51.7%. Infoplease, *The Wage Gap, by Gender and Race* (2007), <http://www.infoplease.com/ipa/AO882775.html> (ციტირება: ა.შ.შ.-ის მოსახლეობის მიმდინარე გამოკვლევებისა და პრობის ანაზღაურების სამართლიანობის ეროვნული კომიტეტი).

²⁵ Northeastern University-ის პრობის ბაზრის კვლევების ცენტრის მონაცემებით, შეერთებულ შტატებში დაახლოებით 6,2 მილიონმა სტუდენტმა 2007 წელს თექვსმეტიდან ოცდაოთხი წლის ასაკში შეწყვიტა საშუალო სკოლაში სწავლა. მიუხედავად იმისა, რომ ვარდნა თეთრებისთვის 12.2% იყო, ლათინოებისთვის ეს 27.5% და შავკანიანებისთვის 21% იყო. იხ. See CNN.com, "High School Dropout Crisis" Continues in U.S., Study Says (May 5, 2009),

<http://www.cnn.com/2009/US/05/05/dropout.rate.study/index.html>.

²⁶ იხ. EDUARDO BONILLA-SILVA, *RACISM WITHOUT RACISTS: COLOR-BLIND RACISM AND THE PERSISTENCE OF RACIAL INEQUALITY IN THE*

ლოდ უზრუნველყოფს სტატისტიკურ ინფორმაციაზე რეაქციის ფორმირებას, არამედ უარყოფით ზეგალვენას ახდენს VII კარის მიხედვით შეტანილი დისკრიმინაციის ინდივიდუალური სარჩელების სამოსამართლო შეფასებაზე. როგორც პროფესორი მარტინი აღნიშნავს, პრეტექსტის არსებობის დემონსტრირების შემდეგ, დისკრიმინაციის არსებობის შესახებ დასკვნის გამოტანის ნაცვლად, ზოგიერთი სასამართლო კიდევ აკისრებს მოსარჩელებს დამატებითი მტკიცებულებებისა და დამადასტურებელი დოკუმენტაციის წარდგენის ვალდებულებას.²⁷ ნაცვლად იმისა, რომ ნაფიც მსაჯულებს მიეცეთ უფლებამოსილება, შეაფასონ შედარებითი „კვალიფიციური“ მტკიცებულებების, არარელევანტური შეფასებების, კეთილსინდისიერი რწმენისა და დამსაქმებლის თავდაპირველი ქმედების არგუმენტის მასაბუთებელი ღირებულება, სასამართლოები ცალკეად იზიარებენ დამსაქმებლის მიერ შეთა-

UNITED STATES 208 (2003). როგორც პროფესორი ბონილა-სილვა აღნიშნავს,

თეთრების უმეტესობის თვალში... შემოსავლის, სიმდიდრის, განათლებისა და სხვა მნიშვნელოვან საკითხებში რასობრივი უთანასწორობის მტკიცებულება იმას ადასტურებს, რომ თავად უმცირესობებს რაღაც რიგზე ვერ აქვთ; სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემის ან სიკვდილით დასჯის წინაშე მყოფი უმცირესობების მტკიცებულება განმარტებულია, როგორც დასტური დანაშაულებრივ აქტივობაში მათი გადაჭარბებული წარმომადგენლობისა; სტანდარტიზებულ ტესტებში შავკანიანებისა და ლათინოების წარუმატებლობა არის დადასტურება იმისა, რომ მათ რაღაც რიგზე (ალბათ, თუნდაც გენეტიკური თვალსაზრისით) ვერ აქვთ.

Id. at 208. რა თქმა უნდა, სავარაუდოდ, რასობრივი უთანასწორობის მრავალი მიზეზი არსებობს. ალტერნატიული და, სავარაუდოდ, ნეიტრალური განმარტებების მიმოხილვისთვის იხ. Mario L. Barnes, Erwin Chemerinsky & Trina Jones, A Post-Race Equal Protection?, GEO. L.J. (forthcoming 2010) (აღნიშნავს რა, რომ „მათგან ზოგიერთი, რაც განსხვავებულ ცხოვრებისეულ შედეგებს იწვევს, არის პირადული, ადგილობრივი, თემზე დაფუძნებული, კულტურული ან, შესაძლოა, გარემოსდაცვითი“). თუმცა, დროთა განმავლობაში გარკვეული რასობრივი განსხვავებულობის მოჭარბებულად არსებობის გათვალისწინებით, რთულია იმ დასკვნის გამოტანისაგან თავის შეკავება, რომ ერთ-ერთი ფაქტორი, რომელიც განსხვავებულ შედეგებს წარმოშობს, რასიზმია.

²⁷ Martin, supra note 13, at 326.

ვაზებულ განმარტებებს.²⁸ მოკლედ, ანტიდისკრიმინაციული სამართლის მიზნების განხორციელებისკენ მისწრაფების ნაცვლად, დღეს ჩვენ მოწმენი ვართ სასამართლო წინააღმდეგობისა და უარყოფითი რეაქციისა.

ამ შედეგში უამრავ ფაქტორს შეაქვს წვლილი. პირველი, შეერთებულ შტატებს ორმოცდახუთი წელიწადი აშორებს სახელმწიფოს მიერ სანქცირებული სეგრეგაციის ეპოქიდან.²⁹ 1963 წელს სეგრეგაცია არ მიიჩნეოდა იშვიათ პრაქტიკად, რომელიც შექმნეს და უკვდავყვეს წინა თაობებმა. აღნიშნული ამერიკელთა უმეტესობის ცხოვრებისეული გამოცდილებისა და აქტიური მეხსიერების ნაწილი იყო. გარდა ამისა, იმ დროისთვის მკაცრად იყო განსაზღვრული რასობრივი ხაზები და რასობრივი ბარიერები. ხალხს ყოფდნენ შავკანიანებად და თეთრკანიანებად და სოციალურ-ეკონომიკურ იერარქიაში მათი ადგილიც ძირითადად ამ რასობრივი კლასიფიკაციით იყო განპირობებული. უფრო მეტიც, ცნებები, რომლებიც მიენერებოდა შავკანიანობასა და თეთრკანიანობას, არა თუ იფუთებოდა პოლიტიკური კორექტულობით, არამედ ღიად იჭრებოდა საჯარო დისკურსსა და საზოგადოებრივ სივრცეებში. ამ კონტექსტში, რასიზმის გავლენის უარყოფა საკმაოდ რთულია.

თუმცა, დრო შეიცვალა. შეერთებულმა შტატებმა გადაინაცვლა თაობიდან, რომელიც ხასიათდებოდა სახანძრო შლანგის ფოტოებით, პოლიციის ძალებით, გამოკვეთილად რასისტული საჯარო მოხელეებით და *de jure* სეგრეგაციით. საზოგადოების შეცვლასთან ერთად დისკრიმინაციის ბუნებამაც იცვალა ფერი. რაც ერთ დროს ცხადი იყო, უფრო დახვეწილი და შეფარული გახდა. ნაცვლად დასაქმების განცხადებებისა – „მხოლოდ თეთრებისთვის“ და სხვა მეთოდების გამოყენებისა, რაც მიმართული იყო იქითკენ, რომ სამუშაო ადგილებიდან და განსაზღვრული კატეგორიის თანამდებობებიდან გამოერიცხათ ცალკეული ჯგუფების მოხვედრა,

²⁸ *Id.* at 327.

²⁹ შრომითი დისკრიმინაციის შემთხვევების შესწავლისას, რუთ კოლკერი აღნიშნავს, რომ VII კარის მიღების შემდეგ (1967-1972) წლების განმავლობაში, სააპელაციო სასამართლოები კანონს უპირატესად მოსარჩელეთა სასარგებლოდ განმარტავდნენ, ვიდრე დღეს, რაც იმაზე მიანიშნებს, რომ წინააღმდეგობა ანტიდისკრიმინაციული სარჩელების მიმართ დროთა განმავლობაში გაიზარდა, რადგან გადაწყვეტილების მიმღები პირები უფრო ხშირად თვლიან, რომ ერმა გადალახა რასისტული წარსული. იხ. Ruth Colker, *Winning and Losing Under the Americans with Disabilities Act*, 62 OHIO ST. L.J. 239, 259-61 (2001).

დამსაქმებლებმა შიდაჯგუფურ სკრინინგსა და პრეფერენციათა სისტემების იმპლემენტაციას მიჰყვეს ხელი, რათა განესაზღვრათ, ვინ შეეყვანათ და ვინ გამოეორიცხათ ჯგუფიდან.³⁰ ანუ, ნაცვლად იმისა, რომ ყველა ქალი ან შავკანიანი გამოეორიცხათ, დამსაქმებლებმა დაიწყეს ქალების და აფროამერიკელების ქვეჯგუფების დაქირავება – მათი, ვინც იცვამდა,³¹ საუბრობდა³² და იქცეოდა ქცევის გარკვეული მოდელის მიხედვით,³³ ან რომელთაც ჰქონდათ კანის ღია ან მუქი შეფერილობა.³⁴

დროის გასვლისა და დისკრიმინაციის ბუნებაში განხორციელებული ცვლილების გარდა, 1963 წლიდან რასობრივი დაყოფა და

³⁰ როგორც პროფესორებმა ბარბარა ფლაგმა, მიტუ გულატიმ და დევონ კარბადომ იდენტობის მახასიათებლების შესახებ თავიანთ კვლევაში აღნიშნეს, ყველა თეთრკანიანი დანესებულება და სამუშაო კატეგორიები ახლა არასაიმედოა და სავარაუდოდ ბაზარი არ არის შემწყნარებლური მათ მიმართ. იხ. Devon W. Carbado & Mitu Gulati, *The Fifth Black Woman*, 11 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 701 (2001); Devon W. Carbado & Mitu Gulati, *Working Identity*, 85 CORNELL L. REV. 1259 (2000); Barbara J. Flagg, *Fashioning a Title VII Remedy for Transparently White Subjective Decisionmaking*, 104 YALE L.J. 2009 (1995).

³¹ See, e.g., *Jespersen v. Harrah's Operating Co.*, 444 F.3d 1104, 1111, 1113 (9th Cir. 2006) (არ აკმაყოფილებს ბარმენის საჩივარს, რომელსაც პასუხისმგებლობა ეკისრებოდა მაკიაჟის გაკეთებაზე უარის თქმის გამო) *Rogers v. Am. Airlines, Inc.*, 527 F. Supp. 229, 231-33 (S.D.N.Y. 1981) (არ აკმაყოფილებს იმ ქალის საჩივარს, რომელსაც სურდა ნაწნავების მქონე ვარცხნილობის ტარება)

³² იხ., მაგალითად, *Fragante v. City & County of Honolulu*, 888 F.2d 591, 596-99 (9th Cir. 1989) (არ აკმაყოფილებს მოსარჩელის მოთხოვნას აქცენტის საფუძვლით განხორციელებული დისკრიმინაციის შესახებ).

³³ იხ., მაგალითად, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 255-58 (1989) (ცნობს სარჩელს გენდერული სტერეოტიპიზაციის საფუძვლით განხორციელებული დისკრიმინაციის შესახებ).

³⁴ კანის ტონზე დაფუძნებული ჯგუფური განსხვავების ანალიზისთვის იხ. Trina Jones, *Shades of Brown: The Law of Skin Color*, 49 DUKE L.J. 1487 (2000); Taunya Lovell Banks, *Colorism: A Darker Shade of Pale*, 47 UCLA L. REV. 1705 (2000); Trina Jones, *The Case for Legal Recognition of Colorism Claims*, in *SHADES OF DIFFERENCE: WHY SKIN COLOR MATTERS* 223 (Evelyn Nakano Glenn ed., 2009). იმ სირთულეების გამოკვლევისთვის, რომელსაც მოსარჩელები აწყდებიან შიდა ჯგუფური სარჩელებისას იხ., Trina Jones, *Intra-Group Preferencing: Problems of Proof in Colorism and Identity Performance Cases*, 34 N.Y.U. REV. L. & Soc. CHANGE (forthcoming 2010).

ბარიერები უფრო გამტარი და რასის შედეგად წარმოშობილი სტატუსი ნაკლებად განსაზღვრული გახდა. მართლაც, არსებობს რასობრივი პროგრესის მტკიცებულება.³⁵ მიუხედავად იმისა, რომ შავკანიანთა სიღარიბის მაჩვენებელი ზრდას უფრო მეტად განაგრძობს, ვიდრე თეთრკანიანთა,³⁶ აფრო-ამერიკელთა შორის სიღარიბე უფრო დაბალია, ვიდრე 1959 წელს.³⁷ მიუხედავად იმისა, რომ შავკანიანი ოჯახების შემოსავალი კვლავ თეთრებზე ნაკლებია, შავკანიანი ოჯახების საშუალო შემოსავლის დონე გაიზარდა

³⁵ მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთ აფრო-ამერიკელს აქვს გაზომვადი პროგრესი, უმეტეს კატეგორიებში, აფრო-ამერიკელები მაინც ჩამორჩებიან თეთრებს. იხ. SAMUEL ESTREICHER AND MICHAEL HARPER, CASES AND MATERIALS ON EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW 4-5 (2004) (აღწერს რა „ორ შავკანიან ამერიკელს“ - ერთი, რომელიც ეკონომიკური კეთილდღეობის გზაზე იმყოფება და მეორე, რომელიც აგრძელებს ეკონომიკური შესაძლებლობების ძიების პროცესში, მნიშვნელოვან ბარიერებთან ბრძოლას) OLIVER & SHAPIRO, *supra* note 22, at 1-32, 92-97 (1995) (ახდენს აფრიკელი ამერიკელების მიღწევათა დეტალიზებას მაშინ, როდესაც სიმდიდრესთან მიმართებით უთითებს მნიშვნელოვან რასობრივ უფსკრულზე და შავკანიანი მოსახლეობის საშუალო კლასის სიმცირესა და მარგინალურობაზე). გარდა ამისა, ბრუკინგის ინსტიტუტისა და PEW საქველმოქმედო ფონდების მიერ დაფინანსებული ბოლოდროინდელი კვლევის შედეგად დადგინდა, რომ მიუხედავად შეერთებულ შტატებში შემოსავლების უთანასწორობის მასშტაბის ზრდისა, განსაკუთრებით მძიმე მდგომარეობაა აფრო-ამერიკელებისთვის, რომელთა შვილები ეკონომიკურად ნაკლებად იქნებიან ცვალებადი, ვიდრე თეთრების შვილები და საავარაუდოდ, უფრო ნაკლები საოჯახო შემოსავალი აქვთ, ვიდრე მათ მშობლებს. იხ. JULIA B. ISAACS, ISABEL V. SAWHILL, & RON HASKINS, THE BROOKINGS INST. & PEW CHARITABLE TRUSTS, GETTING AHEAD OR LOSING GROUND: ECONOMIC MOBILITY IN AMERICA 5, 27-32, 71-79 (2008), ხელმისაწვდომია, <http://www.economicmobility.org/assets/pdfs/EconomicMobilityinAmericaFull.pdf>.

³⁶ See *supra* note 21.

³⁷ 2008 წელს შავკანიანი ოჯახებისთვის სიღარიბის მაჩვენებელი 24,7% იყო, ხოლო 1959 წელს, როდესაც მონაცემები პირველად გახდა ხელმისაწვდომი, იგი 55,1%-ს შეადგენდა. U.S. Census Bureau, Historical Poverty Tables - People, Current Population Survey, Table 2: Poverty Status of People by Family Relationship, Race, and Hispanic Origin: 1959 to 2008, available at <http://www.census.gov/hhes/www/poverty/histpov/hstpov2.xls> (last visited Jan. 25, 2010).

ბოლო ორი ათწლეულის განმავლობაში.³⁸ მაშინ, როდესაც შვეკანიანები არაპროპორციულად არიან დასაქმებულები დაბალი სტატუსის სამუშაო ადგილებზე, ზოგმა შვეკანიანმა მიაღწია პროფესიონალურ კლასთა რიგებს.³⁹ წარმატებული აფროამერიკელები და სხვა ფერადკანიანი ადამიანები ამერიკული საზოგადოების ყველა სეგმენტშია წარმოდგენილი, პოლიტიკიდან, ბიზნესიდან დაწყებული, განათლებით, გართობითა და სპორტით დამთავრებული.

ამ ცვლილებებმა გავლენა იქონია დისკრიმინაციის გავრცელებასა და თანაბარი შესაძლებლობების დაცვისათვის განკუთვნილი უამრავი ღონისძიების მიზანშეწონილობაზე. სამართლებრივ სფეროში შესამჩნევი ცვლილება დაიწყო ჯერ კიდევ 1978 წელს, როდესაც აშშ-ის უმაღლესი სასამართლოს წევრებმა იდეოლოგიად და დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული საჩივრების შეფასების ანალიტიკურ ინსტრუმენტად „ფერთა განურჩევლობის“ გამოყენება დაიწყეს. დარწმუნებით რომ ვთქვათ, ფერთა განურჩევლობა – იდეა, რომ სახელმწიფოები ადამიანებს თანაბრად უნდა ეპყრობოდნენ განურჩევლად მათი რასისა,⁴⁰ 1978 წლამდე წარმოიშვა. 1896 წელს საქმეში *Plessy v. Ferguson* საკუთარ ცნობილ განსხვავებულ მოსაზრებაში მოსამართლე ჰარლანმა, ეცადა რა გაეუმჯობესებინა შვეკანიანთა მდგომარეობა, გამოიყენა „ფერთა განურჩევლობის“ მიდგომა, როდესაც აღნიშნა: „მაგრამ,

³⁸ DENAVAS-WALT ET AL., supra note 21, at 5.

³⁹ LABOR FORCE CHARACTERISTICS BY RACE AND ETHNICITY, 2008, supra note 23; see also JOB PATTERNS FOR MINORITIES AND WOMEN IN PRIVATE INDUSTRY, 2007, supra note 23.

⁴⁰ ფერებისადმი განურჩევლობის საფუძველია რწმენა, რომ რასას ძირითადად განიხილავს, როგორც კანის ფერს ან ფენოტიპს - არ აქვს მნიშვნელობა იმ გაგებით, რომ რასობრივი ჯგუფები არ არის გენეტიკურად მორალური, რომ გააჩნდეთ გარკვეული მორალური, ქცევითი ან ინტელექტუალური მიდრეკილებები. იმის გამო, რომ რასა შეუსაბამოა, „ფერთა განურჩევლობის“ მომხრეები ამტკიცებენ, რომ რასობრივ განსხვავებს ყურადღება არ უნდა მივაქციოთ. პირიქით, ჩვენ ინდივიდებს უნდა ვუყურებდეთ, როგორც ინდივიდებს და ყველას ერთნაირად უნდა ვეპყრობოდეთ. მოკლედ, უნდა გამოვიჩინოთ განურჩეველი დამოკიდებულება ფერთა განსხვავებების მიმართ. ფერთა განურჩევლობის შესახებ ჩატარებული სიღრმისეული კვლევებისთვის იხ., T. Alexander Aleinikoff, A Case for Race-Consciousness, 91 COLUM. L. REV. 1060 (1991); Neil Gotanda, A Critique of "Our Constitution is Color-Blind," 44 STAN. L. REV. 1 (1991).

კონსტიტუციის სულისკვეთებით, სამართლის თვალთახედვით, ამ ქვეყანაში არ არსებობს მოქალაქეთა უპირატესი, დომინანტი, მმართველი კლასი. აქ კასტა არ არის. ჩვენი კონსტიტუცია ფერებისადმი ინდეფერენტულია და არც იცის და არც სწყალობს მოქალაქეებს შორის რაიმე სახის კლასობრივ დაყოფას.⁴¹ პროფესორმა მარტინ ლუთერ კინგმაც მსგავსად გამოიყენა ფერებისადმი განურჩევლობა, როგორც საშუალება, რასობრივი ჩაგვრის წინააღმდეგ ბრძოლისა, როდესაც განაცხადა, „მე მაქვს ოცნება, რომ ჩემი ოთხი პატარა ბავშვი ერთ მშვენიერ დღეს იცხოვრებს ისეთ ქვეყანაში, სადაც მათ შეაფასებენ არა კანის ფერის, არამედ მათი ხასიათის შინაარსის მიხედვით.“⁴² და სწორედ ფერებისადმი განურჩევლობის სამართლებრივი დაცვის საშუალებად გამოიყენებამ უზიძგა პრეზიდენტ კენედის 1963 წლის ივნისში გამოთქმულ განცხადებას, რომ აფრო-ამერიკელებს „აქვთ უფლება, ჰქონდეთ მოლოდინი, რომ კანონები იქნება სამართლიანი, რომ კონსტიტუცია იქნება ფერებისადმი განურჩეველი“.⁴³

თუმცა, 1970-იანი წლების შუა პერიოდში, „ფერებისადმი განურჩევლობა“ არა იმდენად გახდა სოციალური ცვლილების ინსტრუმენტი, რამდენადაც სტატუს-კვოს დადასტურების მექანიზმი.⁴⁴ ამ გარდასახვის ხილვა უმაღლესი სასამართლოს მიერ საქმეში *Regents of California University v. Bakke* გამოთქმულ სხვადასხვა მოსაზრებაშია შესაძლებელი, სადაც სასამართლოს წევრებმა მტკიცედ იკამათეს საკითხზე, საჯარო უწყებებს შეუძლიათ თუ

⁴¹ 163 U.S. 537, 559 (1896) (Harlan, J., განსხვავებული აზრი). იდ. მნიშვნელოვანია, რომ ფერებისადმი განურჩევლობის შესახებ მოსამართლე პარლანის შეხედულებამ უგულვებელყო რასობრივი განსხვავებებისა და რასობრივი იერარქიის რეალობა. მართლაც, ამ ცნობილ ტექსტში მან აშკარად აღნიშნა, რომ თეთრი რასა თავის თავს ამ ქვეყანაში დომინანტად მიიჩნევს. და ასეა პრეტიკაში, მიღწევებში, განათლებაში, სიმდიდრესა და ძალაუფლებაში. ამდენად, ეჭვი არ მეპარება, რომ ის სამუდამოდ ასეთად დარჩება, თუ იქნება მისი დიდი მემკვიდრეობის ერთგული და მტკიცედ დაიცავს კონსტიტუციური თავისუფლების პრინციპებს.

⁴² Dr. Martin Luther King, Jr., I Have A Dream, Address at the March on Washington for Jobs and Freedom (Aug. 28, 1963).

⁴³ Kennedy Report, *supra* note 16.

⁴⁴ ამ გარდაქმნის შესახებ უფრო დეტალური განხილვისთვის იხ. Barnes, Chemerinsky & Jones, A Post-Race Equal Protection?, *supra* note 27. ასევე იხ. BONILLA-SILVA, *supra* note 27 (განმარტავს თუ როგორ გამოიყენება დალტონიზმი თანამედროვე რასობრივი უთანასწორობის დასასაბუთებლად).

არა კანონიერად გამოიყენონ რასა, რათა უზრუნველყონ ისტორიულად ჩაგრული რასობრივი ჯგუფების უფრო მეტად ჩართვა.⁴⁵ მომდევნო ჩვიდმეტ წელიწადში, ფერების განურჩევლობისადმი გამოსატულმა ერთგულებამ დიდი ვნებათაღელვა გამოიწვია, რადგან სასამართლოს წევრებმა გამოსატეს მზარდი წინააღმდეგობა რასობრივი ცნობიერებით განმსჭვალულ მხარდაჭერის მოქმედებათა ღონისძიების გამოყენების მიმართ.⁴⁶ როგორც ჩანს,

⁴⁵ 438 U.S. 265 (1978). სასამართლო ამ საკითხზე მკვეთრად გაიყო. Id. თუმცა მან დაასკვნა, რომ მთავრობას შეუძლია კანონიერად გამოიყენოს რასა ძალიან ვიწროდ განსაზღვრულ გარემოებებში, id. at 311-16, მოსამართლე პაუელმა აღნიშნა, რომ რადგან კონსტიტუცია ყველა ადამიანს თანაბრად იცავს, ყველა რასობრივი კლასიფიკაცია საეჭვოა და უნდა დაექვემდებაროს „ყველაზე მკაცრ სასამართლო ექსპერტიზას“, id. at 291. მან აღნიშნა, რომ „ძალიან გვიანია იმის მტკიცება, რომ ყველა პირის თანაბარი დაცვის გარანტია უშვებს საზოგადოების განსაკუთრებული წრის არსებობას, რომელთაც აქვთ უფრო მაღალი ხარისხის დაცვის უფლებას, ვიდრე სხვებს“. Id. at 295 (კურსივი გამოტოვებულია). განსხვავებულ აზრში, მოსამართლე ბრენანმა, უაითმა, მარშალმა და ბლექმუნმა დაადასტურეს, რომ ხელისუფლებას შეუძლია რასობრივი კუთვნილება გამოიყენოს თანაბარი შესაძლებლობების მისაღწევად იმის გათვალისწინებით, რომ „ფერთა განურჩევლობა“ „უნდა განიხილებოდეს როგორც მისწრაფება და არა როგორც რეალობის აღწერა ... ჩვენ არ შეგვიძლია ... „ფერთა განურჩევლობა“ გავხადოთ მოიპია, რაც ფარავს იმ რეალობას, რომ მრავალი „შექმნილი თანაბარი“ ჩვენს სიცოცხლეში როგორც კანონის, ისე მათი თანამოქალაქეების მიერ განიხილებოდა, როგორც არასრულფასოვანი“, id. at 327 (Brennan, White, Marshall & Blackmun, JJ., ნაწილობრივ ეთანხმებიან და ნაწილობრივ არ ეთანხმებიან). ამ ძირითადი წინაპირობიდან გამომდინარე, ამ მოსამართლეებს შეეძლოთ გამოეყენებინათ შემოწმების ნაკლებად მკაცრი ტესტი, ან ის, რაც ცნობილი გახდა როგორც შუალედური შემოწმება რასობრივ კუთვნილებასთან დაკავშირებულ პროგრამებზე, id. at 359. მოსამართლეებმა სტივენსმა, ბურგერმა, სტიუარტმა და რენკისტმა საქმე განიხილეს VI კარის საფუძველზე და უარი თქვეს კონსტიტუციურობის საკითხის განხილვაზე. Id. At 411-12 (Stevens, J., ნაწილობრივ ეთანხმება და ნაწილობრივ არ ეთანხმება). VI კარის გაანმარტებისას მათ დაიცვეს „ფერთა განურჩევლობა“ და აღნიშნეს, რომ „რასა არ შეიძლება გახდეს ფედერალურ დონეზე დაფინანსებულ პროგრამაში მონაწილეობიდან ვინმეს გამორიცხვის მიზეზი... „VI კარის ქვეშ დაუშვებელია ერთ ადამიანს ვუთხრათ „დიას“, ხოლო სხვა ადამიანს „არა“ მხოლოდ მისი კანის ფერის გამო“. Id at 418.

⁴⁶ იხ. e.g., *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 511 (1989) (გაითვალისწინეთ, რომ წარსულში რასობრივი დისკრიმინაციის განზო-

ფერებისადმი განურჩევლობის მიმართ სასამართლოს ერთგულება ეფუძნებოდა წარმოდგენას, რომ ასეთი ღონისძიებების განხორციელება არ არის საჭირო საზოგადოებაში, რომელმაც უკვე განიცადა და, სავარაუდოდ, გააგრძელებს არსებითი რასობრივი პროგრესის მიღწევას.⁴⁷ მართლაც, სავარაუდოდ, ამ რწმენამ მიიყვანა მოსამართლე ო' კონორი იმის აღნიშვნამდე, რაც მან გაკეთა 2003 წელს საქმეში *Grutter v. Bollinger*. „[ჩვენ] გვაქვს მოლოდინი [], რომ დღეიდან 25 წლის შემდეგ რასობრივი პრეფერენციების გამოყენება აღარ იქნება საჭირო დღეისათვის აღიარებული ინტერესების ხორცის შესახებ.“⁴⁸

მნიშვნელოვანია, რომ ბარაკ ობამას, როგორც აშშ-ის პირველი შავკანიანი პრეზიდენტის არჩევიდან მოყოლდებული, როგორც ჩანს, ამერიკელები ერთი ადგილით გადაადგილდნენ ფერებისადმი განურჩევლობიდან იქამდე, რაც „პოსტ-რასიზმად“ იწოდება.⁴⁹

გადებულ მტკიცებებს არ შეეძლო რასობრივი კვოტების გამართლება საჯარო ხელშეკრულებების დადებისას) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 235 (1995) (ფედერალური, შტატებისა და ადგილობრივი პროგრამების მკაცრი შემოწმება რასობრივი კლასიფიკაციის გამოყენებით).

⁴⁷ რა თქმა უნდა, სხვა წინააღმდეგობები გამოიკვეთა რასის შესახებ ზომების გამოყენებისას. ზოგიერთი ამტკიცებს, რომ ეს ზომები სტიგმატიზირებს ფერადკანიანებზე; სხვები თვლიან, რომ ისინი აძლიერებს ფიქრს იმის შესახებ, რამაც წარსულში რასობრივი დისკრიმინაცია გამოიწვია. იხ. e.g., *Adarand*, 515 U.S. at 239 (Scalia, J., concurring) („რასობრივი უფლებების კონცეფციის დანიშნულება - თუნდაც ყველაზე შესანიშნავი და კეთილშობილური მიზნებისათვის - არის აზროვნების განმტკიცება და დაცვა მომავალი ბოროტებისთვის, რამაც წარმოშვა რასობრივი მონობა, რასობრივი პრივილეგია და რასობრივი სიძულვილი.“); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 373 (2003) (Thomas, J., dissenting) (გამოხატავს შეშფოთებას პოზიტიური ღონისძიების მასტიგმატიზირებელი ეფექტის შესახებ).

⁴⁸ 539 U.S. at 343.

⁴⁹ პოსტ-რასიზმის დეტალური ანალიზისთვის იხ., Barnes, Chemerinsky & Jones, *supra* note 27. See also Trina Jones & Mario L. Barnes, Post-Racial? The U.S. Is Not Ready to Drop Safeguards, *L.A. DAILY J.*, Aug. 28, 2009, at 1, 9 (იყენებს 2008 წლის ზაფხულში მომხდარ მოვლენებს, მათ შორის, *Birther*-ის მსვლელობას, მოსამართლე Sonia Sotomayor-ის დანიშვნის მოსმენებს, ჰარვარდის პროფესორის, Henry Louis Gates-ის დაკავებასა და გადახლართულ ამბებს ჯანდაცვის ადმინისტრაციის შენობებში - რათა მოახდინოს იმის დემონსტრირება, რომ ამერიკის შეერთებული შტატები არაა პოსტ-რასობრივი).

მოკლედ რომ ვთქვათ, პოსტ-რასიზმის მომხრეებს მიაჩნიათ, რომ შეერთებული შტატები გასცდა რასობრივ მომენტს და რომ რასიზმი ძირითადად წარსულის რელიქვიაა, რაზეც ამერიკის მიერ აშკარად განცდილი რასობრივი პროგრესი მოწმობს.⁵⁰ საინტერესოა, რომ ზოგიერთ ადამიანს პოსტ-რასიზმი ფერებისადმი განურჩევლობის დოქტრინის შედეგი ჰგონია. იმის ნაცვლად, რომ ფერების საფუძველზე დიფერენციაციას ესწრაფვოდნენ, პოსტ-რასიზმის მიმდევრები თვლიან, რომ ამერიკელები ფაქტობრივად დალტონიკები არიან. ვინაიდან ამერიკელთა უმეტესობა რასას ყურადღებას აღარ აქცევს, ჩვენ უკვე აღარ ვართ რასისტული საზოგადოება. რასიზმის ნებისმიერი ნარჩენი იშვიათია და მხოლოდ რამდენიმე იზოლირებული ფანატიკოსით ან რადიკალური თითო-ოროლა ჯგუფებით შემოიფარგლება. პოსტ-რასიზმისადმი გამოხატული ერთგულების ერთ-ერთი პრაქტიკული შედეგია რწმენა, რომ მთავრობები – ორივე, როგორც შტატების, ასევე ფედერალური – არ უნდა შეეგუონ რასაზე დაფუძნებული გადანყვეტილების მიღების პროცედურას ან რასაზე დაფუძნებული სამართლებრივი დაცვის საშუალებების შემოღებას, გარდა წარსულში მომხდარი ან ამჟამინდელი დისკრიმინაციის კონრეტულად იდენტიფიცირებადი შემთხვევების წინააღმდეგ გამოვლენილი სამართლებრივი რეაქციისა.

⁵⁰ See, e.g., John A. Powell & Jason Reece, *The Future of Fair Housing and Fair Credit: From Crisis to Opportunity*, 57 CLEV. ST. L. REV. 209, 211 (2009) (გულისხმობს პოსტ რასობრივ ამერიკას, როგორც ადგილს „სადაც რასა არ არის მნიშვნელოვანი ბარიერი შესაძლებლობისთვის“), მაგრამ გააკრიტიკა პრეტენზია, როგორც „უბრალოდ“ ფერთა განურჩევლობის „მიდგომის კიდევ ერთი განმეორება ჩვენს საზოგადოებაში რასიზმთან გამკლავებასთან დაკავშირებით“); Reginald T. Shuford, *Why Affirmative Action Remains Essential in the Age of Obama*, 31 CAMPBELL L. REV. 503, 503-04 (2009) (პოსტრასალისტების აღწერით, როგორც „იმ რწმენის ხელმძღვანელი, რომ ამერიკის რასისტული ისტორია წარსულს ჩაბარდა“ და „რასიზმის სარჩელებს არ გააჩნიათ საფუძველი და წარსული და ამჟამინდელი გარიყულობის გამოსწორების ზომები აღარ არის საჭირო“); Sumi Cho, *Post-Racialism*, 94 IOWA L. REV. 1589, 1594 (2009) („პოსტრასიზმი ამჟამინდელი ინტერპრეტაციით არის ოცდამეერთე საუკუნის იდეოლოგია, რომელიც ასახავს რწმენას, რომ მნიშვნელოვანი რასობრივი პროგრესის გამო, სახელმწიფო არ უნდა ჩაერთოს რასობრივი გადანყვეტილებების მიღებაში ან მიიღოს რასაზე დაფუძნებული სასამართლო დაცვის საშუალებები...).

ამჟამინდელი კლიმატი კარგად ვერ სწყალობს იმ მოსარჩელებს, რომლებიც რასობრივი დისკრიმინაციის დადგენისთვის იბრძვიან. იმის გათვალისწინებით, რომ წინამდებარე საჩივრებს საფუძვლად რასიზმის განგრძობადი არსებობა უდევს, ისინი ახლა საზოგადოების ნორმატიულ მრწამსს ეწინააღმდეგებიან. მაშასადამე, გასაკვირი არაა, რომ მათ ეჭვის თვალითა და სკეპტიციზმით უყურებენ. თუ მოსამართლეები თვლიან, რომ დისკრიმინაცია იშვიათი და დამახინჯებულია, მაშინ ისინი საჭიროებას ვერ გააცნობიერებენ იმისას, რომ დასაქმებულის მიერ შემოთავაზებული დასაბუთებები სიღრმისეულად შეამონმონ მაშინაც კი, როდესაც ასეთი დასაბუთებები მოჩვენებითი და მცდარი აღმოჩნდება. სავარაუდოდ, დამატებითი მტკიცებულების წარდგენის ვალდებულება დაეკისრება მოსარჩელებს, რათა დაძლიონ ფერებისადმი განურჩევლობის პოსტ-რასობრივი პრეზუმფცია. უცნარია, რომ ამ პრეზუმფციას კანონი არ ითვალისწინებს და იგი ეწინააღმდეგება აშშ-ის 400 წლის ისტორიას და მიმდინარე რასობრივი უთანასწორობის მრავალრიცხოვან მტკიცებულებებს..

III. არათანაბარი დაცვა:

უძლეულების ნიშნები საკონსტიტუციო საქმეებში

უკანასკნელი ოცდაათი წლის განმავლობაში, VII კარის შესაბამისად დადგენილ სარჩელებში თანაბარი შესაძლებლობების უზრუნველყოფის ვალდებულებიდან გადახვევის პარალელურად, სასამართლოებმა ამ ვალდებულებაზე სამართლის სხვა სფეროებშიც თქვეს უარი. ეს ტენდენცია ყველაზე თვალსაჩინო (და შემავსოთებელია) დისკრიმინაციის მტკიცებასთან დაკავშირებულ საქმეებში, რომლებიც შეტანილია თანაბარი დაცვის შესახებ მე-14 შესწორების დებულების ფარგლებში.⁵¹ როგორც ქვემოთ ვუჩვენებ, ამ საქმეებში უმაღლესმა სასამართლომ შეზღუდა ორივე ტიპის საჩივრები, რომლის გამოყენებით სასამართლოსთვის მიმართვა შეეძლოთ მოსარჩელებს და უფრო შეზღუდული შეფასებითი მეთოდი გამოიყენა. არც შემდგომი განვითარება უწინასწარმეტყველებს რაიმე კარგს ფერადკანიან მოსარჩელებს.

⁵¹ მე-14 შესწორება ადგენს, ნაწილობრივ, [ა]რც ერთ შტატს შეუძლია... უარი უთხრას რომელიმე ადამიანს მისი იურისდიქციის ფარგლებში, კანონის მიერ თანაბრად იყოს დაცული." U.S. CONST. XIV შესწორება, § 1.

1976 წელს, *Bakke*-ის საქმიდან ორი წლით ადრე, უმაღლესმა სასამართლომ გამოიტანა გადაწყვეტილება საქმეზე *Washington v. Davis*. სარჩელი ეხებოდა იმ წერილობითი გამოკითხვის კანონიერებას, რომელიც განმცხადებლებს კოლუმბიის ოლქის პოლიციის დეპარტამენტში გამოცხადებული ვაკანტური პოზიციის დასაკავებლად ჩაუტარდათ.⁵² მოსარჩელები ნაწილობრივ ამტკიცებდნენ, რომ ტესტი არაკონსტიტუციური იყო, ვინაიდან მასში შავკანიანების უფრო დიდი პროცენტი ჩაიჭრა, ვიდრე თეთრკანიანებისა.⁵³ მოსარჩელეთა მიერ სარჩელში მითითებული მოთხოვნები არ დაკმაყოფილდა. სასამართლომ დაადგინა, რომ ნორმა თანაბარი დაცვის შესახებ მოითხოვდა განზრახი დისკრიმინაციის განხორციელების ფაქტის მტკიცებას.⁵⁴ მაშასადამე, მოთხოვნები თანაბარ დაცვაზე, რომლებიც შეეხებოდა მარტოოდენ განსხვავებულ ზემოქმედებას დისკრიმინაციის განზრახ განხორციელების დემონსტრირების გარეშე,⁵⁵ უკვე აღარ ექვემდებარებოდა განხილვას.⁵⁶

⁵² 426 U.S. 229, 233-34 (1976).

⁵³ *Id.* at 233.

⁵⁴ *Id.* at 242. სასამართლომ დაადგინა,

ჩვენ არ დავადგინეთ, რომ კანონი, რომელიც ნეიტრალური და ემსახურება მთავრობის უფლებამოსილების განხორციელებას, იურიდიულად ძალადაკარგულია თანაბარი დაცვის მუხლით მხოლოდ იმიტომ, რომ ამან შეიძლება ერთ რასაზე უფრო მეტად იქონიოს დიდი გავლენა, ვიდრე სხვაზე. არაპროპორციული გავლენა არ არის შეუსაბამო, მაგრამ ის არ არის კონსტიტუციით აკრძალული მკაცრი რასობრივი დისკრიმინაციის ერთადერთი ქვაკუთხედი. მარტოდ ის ვერ განხორციელებს წესს, რომ რასობრივი კლასიფიკაცია ექვემდებარება მკაცრ შემოწმებას და გამართლებულია მხოლოდ ყველაზე საფუძვლიანი მოსაზრებებით. *Id.* (ციტატა გამოტოვებულია).

⁵⁵ განსხვავებული ზემოქმედების შემთხვევები ძირითადად ემყარება სტატისტიკურ მტკიცებულებებს. მოსარჩელები ცდილობენ აჩვენონ, რომ მოპასუხის მიერ ნეიტრალური კრიტერიუმების გამოყენება არაპროპორციულად აისახება ფერადკანიან ადამიანებზე და არ არის გამართლებული საქმის გარემოებებით. მნიშვნელოვანია, რომ განსხვავებული ზემოქმედების სარჩელები არ საჭიროებენ განზრახვის მტკიცებულებებს.

⁵⁶ სასამართლომ აღნიშნა, რომ ზემოქმედების მტკიცებულება სულაც არ არის შეუსაბამო, სადაც ნათქვამია, რომ ხშირად შეურაცხყოფელი დისკრიმინაციული მიზანი შეიძლება დადასტურდეს შესაბამისი ფაქტების

Davis-ის გადანყევტილება სამართლის მეცნიერთა კრიტიკის ობიექტი გახდა, რადგან სასამართლომ ვერ შეძლო გაეთვალისწინებინა დისკრიმინაციის ცვალებადი ბუნება.⁵⁷ იმ ეპოქაში, სადაც დისკრიმინაციის განმახორციელებელი სუბიექტები უფრო შეფარულნი და დახვეწილნი გახდნენ და უდავო მამხილებელი მტკიცებულებების მოპოვებაც უფრო გართულდა, განზრახვის არსებობის დამტკიცება რთულია. ამასთანავე, აკადემიური ლიტერატურის მზარდი რაოდენობის თანახმად, დისკრიმინაციათა უმეტესობა ქვეცნობიერია და ირიბ მიკერძოებებს ეფუძნება.⁵⁸

ამრიგად, ასეთი მიკერძოების გამოვლენის მნიშვნელოვანი გზა არის სტატისტიკურად მნიშვნელოვან შეუსაბამოებებზე მითითება – ერთგვარი ნაირსახეობის მტკიცებულება, რომელიც, როგორც ჩანს, სასამართლომ *Davis*-ის საქმეში მხედველობაში მიღების ღირსად არ ჩათვალა. სასამართლოს უუნარობით, ელიარებინა ეს ცვალებადი გარემოებები, საბოლოო ჯამში, იმ მოსარჩეულებს, რომლებიც სტატისტიკურ მტკიცებულებას ეყრდნობოდნენ, სამართლებრივი დაცვის საშუალებები შეეზღუდათ, რამაც დისკრიმინაციის დადგენის მოთხოვნით წარდგენილი სარჩელის დაკმაყოფილების შანსები კიდევ უფრო შეამცირა.

სასამართლომ, თანაბარი დაცვის საქმეებზე⁵⁹ შეამცირა რა ზეგავლენის დამადასტურებელი მტკიცებულებების სარგებლო-

სიმრავლით, მათ შორის, იმ ფაქტით, რომ კანონი უფრო მკაცრად უდგება ერთ რასას, ვიდრე სხვას. არც თუ ისე იშვიათად, სიმართლეა, რომ დისკრიმინაციული ზემოქმედება, მაგალითად, ნაფიც მსაჯულთა საქმეებში შავკანიანთა სრული ან მნიშვნელოვნად არაპროპორციული გამოჩენის განაპირობებს ნაფიც მსაჯულთა სასამართლოდან შეიძლება პრაქტიკული მიზნებისათვის არაკონსტიტუციურად ჩაითვალოს, რადგან სხვადასხვა გარემოებებში ძალიან რთულია რასობრივ ნიადაგზე დისკრიმინაციის ახსნა. *Davis*, 426 U.S. at 242.

⁵⁷ ალბათ, ამ საქმის ყველაზე გავლენიანი კრიტიკა არის Charles R. Lawrence, III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317 (1987).

⁵⁸ See, e.g., Anthony G. Greenwald & Linda Hamilton Krieger, *Implicit Bias: Scientific Foundations*, 94 CAL. L. REV. 945 (2006) (განიხილავს ტესტების შედეგებს, რომლებიც ზომავს ასოციაციის ირიბ მიკერძოებებს); Jerry Kang, *Trojan Horses of Race*, 118 HARV. L. REV. 1489, 1498-1528 (2005) (განიხილავს იმ კვლევას, რომლებშიც სუბიექტებმა გამომამყლავნეს ქვეცნობიერი რასობრივი მიკერძოებები).

⁵⁹ განსხვავებული ზეგავლენის სარჩელით მიმართვა ჯერ კიდევ ხელმისაწვდომია VII კარის შესაბამისად. 42 U.S.C. § 2000e-2(k) (2006).

ანობა, განზრახვასთან დაკავშირებულ საქმეებში ბრალდებულთა მტკიცების ტვირთი გაზარდა, რითიც რასობრივ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებულ საჩივრებზე გაავრცელა სამოსამართლო კონტროლის უმაღლესი დონე: მკაცრი შემონმების ტესტი. როგორც II ნაწილში აღინიშნა, 1978 წელს სასამართლოში აზრი ორად გაიყო იმის შესახებ, უნდა გავრცელებულიყო თუ არა მკაცრი შემონმების ტესტი რასობრივი კლასიფიკაციის ყველა საქმეებზე, მათ შორის, იმათზეც, რომლებიც იმისთვის იყო მოდელირებული, რომ ფერადკანიანი ადამიანების წინააღმდეგ მიმართული ისტორიული დისკრიმინაციის ზეგავლენა აღმოეფხვრა.⁶⁰ თუმცა, 1989 წელს, სასამართლოს უმრავლესობამ დაადგინა, რომ მკაცრი შემონმების ტესტი სახელმწიფოსა და ადგილობრივი ხელისუფლების მიერ დანესებულ ყველა რასობრივ კლასიფიკაციაზე ვრცელდებოდა, მიუხედავად მათი მიზნისა.⁶¹ 1995 წელს სასამართლომ ამ გადაწყვეტილების დადგენილი მონესრიგება ფედერალურ ხელისუფლებაზეც გაავრცელა.⁶²

მიუხედავად იმისა, რომ მკაცრი შემონმების ტესტის გამოყენება სასურველია ისეთ საქმეებში, რომელიც დისკრიმინაციის აღმაშფოთებელ შემთხვევებს მოიცავს, მისი გამოყენება დამანგრეველია ისეთ საქმეებში, როდესაც საქმე ეხება მხარდაჭერის ღონისძიებების განხორციელებას. მკაცრი შემონმების ტესტი რომ დაკმაყოფილდეს, კლასიფიკაცია უნდა ემსახურობდეს დამაჯერებელ სახელმწიფო ინტერესს და ზუსტად უნდა იყოს მორგებული ამ მიზნის მიღწევაზე. ამ სტანდარტის დაკმაყოფილება იმდენად რთულია, რომ მას ხშირად ახასიათებენ როგორც „თეორიულად მკაცრს, მაგრამ სინამდვილეში ფატალურს“.⁶³ მართლაც, მხარდაჭერის ღონისძიების განხორციელების შესახებ 2003 წლის საქმემდე, *Grutter v. Bollinger*, რომელშიც მიჩიგანის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლა იყო ჩართული,⁶⁴ მკაცრი შემონმების ტესტის ფარგლებში შემონმებული პოლიტიკური ღონისძიებების ძალიან ცოტა რაოდენობამ გადალახა ეს ტესტი.

⁶⁰ See supra note 46.

⁶¹ *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 493-98 (1989).

⁶² *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 227, 235-37 (1995).

⁶³ იხ., მაგ., *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 519 (1980) (Marshall, J. concurring), overruled by *Adarand Constructors, Inc.*, 515 U.S. 200; *City of Richmond*, 488 U.S. at 552 (Marshall, J., dissenting) (quoting *Fullilove*, 448 U.S. at 519).

⁶⁴ 539 U.S. 306, 311 (2003).

მართალია, პრაქტიკული რეალობა გვეკარნახობს, რომ პროგრესული მეთოდები მუშაობენ სასამართლოს არსებული ანალიტიკური ჩარჩოს ფარგლებში (მაგალითად, მხარდაჭერის მოქმედების ღონისძიებებზე შემონმების განსხვავებული დონის მქონე ტესტის გავრცელების ადვოკატირებით ან იმის ჩვენების მცდელობით, თუ როგორ აკმაყოფილებს უამრავი მიზანი მკაცრი შემონმების ტესტს), თავად ჩარჩო არ უნდა არსებობდეს მისი კრიტიკის ქარცეცხლში გატარების გარეშე. როგორც ქვემოთ მივუთითებ, ჩარჩო არის ევრისტიკული, მარტივი გამოსავლის პოვნის ანალიტიკური მეთოდი, რომელსაც სასამართლო იყენებს ხოლმე, როგორც ალტერნატივას, დისკრიმინაციის საქმეთა უფრო დეტალური და კრიტიკული შეფასების ჩასანაცვლებლად. ამ გზით, მისი გამოყენება ისეთივე გამაღიზიანებელია, როგორც მარტივი გამოსავლის პოვნის საპროცესო და ანალიტიკური მეთოდები, რომლებსაც სასამართლოები პრეტექსტებთან დაკავშირებულ საქმეებში იყენებენ.⁶⁵

მოკლედ რომ ვთქვათ, უმაღლესი სასამართლოს მიდგომა თანაბარი დაცვის კონსტიტუციურ სარჩელებთან მიმართებით სულ უფრო შაბლონურია. რასობრივი კლასიფიკაციები მკაცრი შემონმების ტესტს ექვემდებარება; გენდერული კლასიფიკაციები ექვემდებარება შუალედური შემონმების ტესტებს;⁶⁶ კლასის,⁶⁷ სექსუალობის,⁶⁸ ასაკისა⁶⁹ და შეზღუდული შესაძლებლობის კლასიფიკაცია⁷⁰ ექვემდებარება რაციონალურ საფუძველზე შემონმებას.⁷¹

⁶⁵ Martin, *supra* note 13, at 325.

⁶⁶ იხ., *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976) (ლუდის გაყიდვისთვის განსხვავებული ასაკის მოთხოვნა ქალისა და მამაკაცის შუალედური შემონმების მიხედვით). შუალედური შემონმების მიხედვით, კლასიფიკაცია კიდევ უფრო მნიშვნელოვან სამთავრობო მიზანს წარმოადგენს და გამოყენებული საშუალებები არსებითად ამ მიზნის მიღწევასთან უნდა იყოს დაკავშირებული. *Id.*

⁶⁷ იხ., *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 44, 62 (1973).

⁶⁸ იხ., *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 624, 629 (1996); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 579-80 (2003) (O'Connor, J., concurring).

⁶⁹ იხ., *Kimel v. Fla. Bd. of Regents*, 528 U.S. 62, 83-84 (2000); *Mass. Bd. of Ret. v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313-15 (1976).

⁷⁰ იხ., *Ala. Bd. of Trs. v. Garrett*, 531 U.S. 356, 366 (2001); *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 446 (1985).

⁷¹ ამ ფაქტორებზე დაფუძნებული განსხვავებები სავარაუდოდ ლეგიტიმურია.

როგორც ადრე აღინიშნა, ძალიან ცოტა პოლიტიკური ღონისძიება უძლებს მკაცრი შემოწმების ტესტს. ამის საპირისპიროდ, კანონმდებლობა, რომელიც რაციონალური შემოწმების საფუძველით მოწმდება, სავარაუდოდ, ლეგიტიმურია და, დიდი ალბათობით, ძალაშიც დარჩება.⁷² შესაბამისად, შესაძლებელია ზღვარი ზედმეტად მაღლა დააწესოს – ძალადაკარგულად გამოაცხადებს რა კანონმდებლობის დიდ ნაწილს – მაშინ, როდესაც რაციონალური საფუძველით შემოწმებამ შესაძლოა ზღვარი ზედმეტად ქვემოთ დანიოს და საკმარისად არ გაფილტროს. დარწმუნებით რომ ვთქვათ, შემოწმების მრავალდონიანი სტრუქტურის გამოყენება, სავარაუდოდ, ეფექტურია და ზრდის განჭვრეტადობას.

თუმცა, აღნიშნული შესაძლებელია კრიტიკული ანალიზის უგულებელყოფის ხარჯზე განხორციელდეს. ყოველივე ჩამოთვლილი იმაზე მეტყველებს, რომ ბოლო ათწლეულების განმავლობაში, სასამართლო იმდენად ცხადად იყო შეუპოვოილი შემოწმების შესატყვისი დონეების განსაზღვრით, რომ მან ვერ შეძლო ნათლად და თანმიმდევრულად მოეხდინა თანასწორი დაცვის მიზნების არტიკულირება და დისკრიმინაციის თანმიმდევრული თეორიის განვითარება. ცენტრალურ საკითხებზე (რაც არის დისკრიმინაცია და თანასწორი დაცვის მიზნები) ყურადღების გამახვილების ნაცვლად, სასამართლო გართული იყო გვერდითი საკითხების (შემოწმების დონეების) განხილვით.

საინტერესოა, რომ რამდენიმე მოსამართლემ, აგრეთვე, ეჭველემ დააყენა მრავალდონიანი ანალიტიკური ჩარჩოს საიმედოობა. მაგალითად, საქმეზე *Craig v. Boren*, მოსამართლე Powell-მა შენიშნა, რომ ბევრი ამ სისტემას განიხილავდა, როგორც „კრიტიკული ანალიზის უფრო შედეგზე ორიენტირებულ ჩამნაცვლებელს.“⁷³ საქმეზე, *City of Clebume v. Clebume Living Center*, მოსამართლე მარშალმა ასევე გამოთქვა ეჭვი თანასწორი დაცვის სარ-

⁷² იხ. e.g., *Murgia*, 427 U.S. at 312-16 (უარყოფს მასაჩუსეტისის კანონის გასაჩივრებას, რომელიც მოითხოვს, რომ ფორმიანი პოლიციელები ორმოცდაათი წლის ასაკში უნდა გადადგნენ); *Rodriguez*, 411 U.S. at 37-44, 54-55. (შემოწმების რაციონალური საფუძვლების გამოყენება საჯარო სკოლების დაფინანსების ტეხასური სისტემის წინააღმდეგ სარჩელის ჩასაგდებად); *Clebume*, 473 U.S. at 321-27 (ფსიქიურად შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა ჯგუფური სახლის სპეციალური სარგებლობის ნებართვის მოთხოვნის შესახებ საქალაქო დადგენილების გამოყენება არაკონსტიტუციურად მიჩნევა).

⁷³ 429 U.S. 190, 210 n.* (1976) (Powell, J., concurring).

ჩელებისადმი სამსაფეხურიანი მიდგომის გონივრულობის შესახებ.⁷⁴ მან აღნიშნა:

ფორმალური იარღიყი, რომლის ფარგლებშიც თანაბარი დაცვის სარჩელი მონმდება, ნაკლებად მნიშვნელოვანია, ვიდრე, შელახული ინტერესების კონსტიტუციური და საზოგადოებრივი მნიშვნელობის ზუსტად განსაზღვრა და შეურაცხყოფელი საფუძვლის განსაზღვრა, რომელზედაც იგება კონკრეტული კლასიფიკაცია.... ისტორიისა და გამოცდილების გაკვეთილები ნამდვილად საუკეთესო გზამკვლევენი არიან იმისა, საზოგადოებას როდის და რა ინტერესებთან მიმართებით შეუძლია ინდივიდების ქვედა კასტის ნევრებად სტიგმატიზაცია, ან მათი იმგვარად განხილვა, რომ თითქოს ისინი არ ეკუთვნეიან ამ კონკრეტულ საზოგადოებას... იმ ჯგუფების გამოცალკევება, რომლებიც განსხვავებულნი და ცალკე მდგომნი არიან, იმათგან, რომლებიც ასეთად არ გვევლინებიან, როგორც ძალიან ბევრ სამართლებრივ განსხვავებაში წარმოჩინდება, „ისტორიის ერთი გვერდი ლოგიკის მთელ ტომს უდრის.“⁷⁵

მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ არაა საჭირო სასამართლო მრავალდონიან ჩარჩოს დაეყრდნოს: მეთოთხმეტე შესწორებაში ან მის ისტორიაში თავისთავად არაფერია ისეთი, რომ ამ რეჟიმის ანალიზის გამოყენება მოითხოვოს. დამატებით, როგორც Suzanne Goldberg-მა აღნიშნა, ეს ჩარჩო ვერ ფუნქციონირებს პრაქტიკაში.⁷⁶ ზოგჯერ სასამართლომ რაციონალური საფუძვლით შემონმების უფრო ძლიერი ვერსიით იხელმძღვანელა,⁷⁷ სხვა დროს კი შუალედური შემონმების უფრო ძლიერი ვარიანტი გამოიყენა.⁷⁸ უფრო მეტიც, მკაცრი შემონმების ტესტმა მსგავს საქმეებში სხვადასხვა შედეგი უჩვენა.⁷⁹

⁷⁴ 473 U.S. at 478 (Marshall, J., dissenting).

⁷⁵ Id. (ციტირებს N.Y. Trust Co. v. Eisner, 256 U.S. 345, 349 (1921)).

⁷⁶ Suzanne B. Goldberg, Equality Without Tiers, 77 S. CAL. L. REV. 481 (2004). See also Jack M. Balkin, Plessy, Brown, and Grutter: A Play in Three Parts, 26 CARDOZO L. REV. 1689, 1727 (2005) (მიუთითებს მკაცრი, შუალედური და რაციონალური საფუძვლების შემონმების თანმიმდევრული გამოყენების ნაკლებობაზე სხვადასხვა შემთხვევებში).

⁷⁷ იხ., მაგ., Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 580 (2003).

⁷⁸ იხ., მაგ., United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 531-34 (1996).

⁷⁹ შედარეთ Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 329-33 (2003) (ნებას რთავს, რასა გამოიყენონ კოლეჯში ჩარიცხვისას მრავალფეროვნების დასაცავად) და Parents involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch. Dist. No. 1, 551 U.S. 701,

ზემოხსენებულის შუქზე, ვინმემ შესაძლოა გონივრულად იკითხოს, თუ რატომ უჭერს მხარს სასამართლო მრავალსაფეხურიან ჩარჩოსა და ფორმულების გამოყენებას. ჩვენს შორის უფრო ცინიკურებმა შეიძლება დასძინონ კიდევ, რომ ეს ჩარჩო მოსამართლეებისთვის უზრუნველყოფს სარჩულს. იგი საქმეთა განხილვისას უზრუნველყოფს ნეიტრალიტეტისა და თანმიმდევრულობის განცდას და ქმნის დისტანციის არსებობის შეგრძნებას სამოსამართლო პრეფერენციებსა და სასამართლო გადაწყვეტილებების მიღებას შორის. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, აღნიშნული საშუალება მოსამართლეებს აძლევს იმას, რომ წარმოჩნდნენ, ვითარცა მიუკერძოებელნი და გაექცნენ პასუხისმგებლობას იმის განხორციელებისთვის, რაც, სინამდვილეში, წმინდა ღირებულებითი შეფასებებია; ფორმულა და არა მოსამართლეები, სავარაუდოდ, კარნახობს შედეგებს. მოსამართლეებს არ ევალებათ ახსნან თავიანთი დასაბუთება, არამედ უბრალოდ გამოიყენონ ფორმულა.

როგორც ადრე აღინიშნა, ეს ანალიტიკური მიდგომა ერთობ პრობლემურია, რამეთუ ის აფერხებს ისეთი კონცეფციების სიღრმისეულ კონტექსტზე ორიენტირებულ ანალიზს, როგორიც დისკრიმინაციაა. ადრინდელ საქმეებში, როგორიცაა *Brown, Loving* ან თუნდაც *Bakke*, იქმნებოდა შთაბეჭდილება, რომ თითქოსდა სასამართლო ებრძოდა ისტორიასა და იმ გზებს, რომლითაც აშშ-ის

722-25 (2007) (რასის ნებაყოფლობითი განხილვის გაუქმება საჯარო, დაწყებითი და საშუალო სკოლების დესეგრეგაციის გეგმებში). მიუხედავად იმისა, რომ Grutter-ი ითვალისწინებდა უმაღლეს განათლებას და მშობლები ჩართულნი იყვნენ დაწყებით და საშუალო განათლებაში, მცირე მიზეზი იყო იმის დასაჯერებლად, რომ მშობელთა მონაწილეობით გადაწყვეტილებამდე, Grutter-ის მრავალფეროვნების საფუძველი ხელს არ შეუწყობდა საჯარო სკოლის რაიონების დესეგრეგაციის ძალისხმევას. ერთი შეხედვით, ამ საქმეების პარადოქსული შედეგების განხილვისთვის, იხ. Michelle Adams, *Stifling the Potential of Grutter v. Bollinger: Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 88 B.U. L. REV. 937, 939-40, 979-84 (2008) (ამტკიცებს, რომ უმრავლესობის მსჯელობა გრუტერში შეიძლება გამოყენებულ იქნას მშობლების განსხვავებული შედეგის დასადასტურებლად, თუ უმაღლესი სასამართლო არ აირჩევდა შემოსწმენის უფრო მკაცრი და ნაკლებად პატივმოყვარე ფორმის გამოყენებას მშობელთა ჩართულობაში); Rachel F. Moran, *Rethinking Race, Equality, and Liberty: The Unfulfilled Promise of Parents Involved*, 69 OHIO ST. L.J. 1321, 1321-23, 1343-59 (2008) (იკელვებს, თუ როგორ მოახერხმა Grutter-მა რომ ძირი გამოეთხარა ნებაყოფლობითი დისეგრეგაციისთვის საქმეში *Parents Involved*).

საზოგადოებაში უამრავი კლასი იყო და ამჟამადაც არსებობს. როგორც ჩანს, განსხვავებული აზრების გარდა, უფრო ბოლოდროინდელი გადწყვეტილებები, დაცლილია კონტექსტუალური ანალიზისაგან და სიტყვებს, როგორიცაა დისკრიმინაცია, რეალური მნიშვნელობა არ გააჩნიათ. მეტი სიზუსტე რომ გამოვიჩინოთ, ამჟამინდელი უმაღლესი სასამართლოს უამრავი მოსამართლე, როგორც ჩანს, რასობრივ დისკრიმინაციას განმარტავს, როგორც ნებისმიერი განსხვავების განხორციელებას, მიუხედავად ამ განსხვავების მიზეზისა და როგორც გადწყვეტილების მიმღებ კონკრეტულ პირთა, ისე ამ მიღებული გადაწყვეტილებით დაზარალებულ პირთა პოზიციის გათვალისწინების გარეშე.⁸⁰ ეს პოზიცია უგულვებელყოფს იმას, რომ დისკრიმინაციის კონტექსტუალური გააზრება აუცილებლად მოიცავს ძალაუფლების დინამიკის გამოკვლევას, რაც ერთ ჯგუფს საშუალებას აძლევს, დაიქვემდებაროს მეორე.⁸¹ ამ უკანასკნელის არალიარებამ მაინც შედეგები გამოიღო. კონ-

⁸⁰ პროფესორი ანჯელა ჰარისი ამტკიცებს, რომ სიტყვა დისკრიმინაცია ორაზროვანი გახდა, რადგან ამჟამინდელ უმაღლეს სასამართლოში იბრძვიან „ანტირასიზმის სოციალური ჩახშობა“ და „თეთრი ეკონომიკური შფოთვა, რასობრივი ცრურწმენა და სხვაობა“, „რასობრივი წარსული დაძაბულობას შორის“. ის აღნიშნავს, რომ,

დისკრიმინაცია ორ განსხვავებულ მნიშვნელობას ატარებს: ზიანის მიყენება და ერთმანეთისგან გარჩევა. მეოცე საუკუნის დასრულებისთანავე უმაღლესმა სასამართლომ სულ უფრო მეტად გააერთიანა ეს ორი მნიშვნელობა და მიდის იმ მოსაზრებისკენ, რომ სახელმწიფოსთვის რასის აშკარად გათვალისწინება რასიზმის მთავარი იარაღია - ან, ნებისმიერ შემთხვევაში, ცენტრალური აკრძალვა, რომელიც დაცულია თანაბარი დაცვის მუხლით. ეს ცვლა დასტურია ძველი რასობრივი წესრიგის არალეგიტიმურობისა, ყოველ შემთხვევაში, სამხრეთით. რადგან ჯერ კიდევ დისკრიმინაციის ეს შეხედულება ასევე საეჭვოს ხდის სამთავრობო პროგრამებს, რომლებიც მიზნად ისახავს თეთრკანიანთა გარდა სხვების სარგებელს, წარმოადგენს ბასტიონს ძირეული ცვლილებების წინააღმდეგ, რაც პოლიტიკურ და სოციალურ ელიტებს განდევნიდა ამ პროცესისგან.

Angela P. Harris, *Equality Trouble: Sameness and Difference in Twentieth-Century Race Law*, 88 CAL. L. REV. 1923, 2003 (2000).

⁸¹ დისკრიმინაციის კლასიფიკაციის მიდგომის კრიტიკისთვის იხ. John A. Powell & Stephen Menendian, *Parents Involved: The Mantle of Brown, The Shadow of Plessy*, 46 U. LOUISVILLE L. REV. 631 (2008).

ტექსტისაგან დაცლილი მიდგომა, სავარაუდოდ, არის ის მიგნება, რამაც მთავარ მოსამართლე რობერტს ხელფეხი გაუხსნა, რომ, სავარაუდოდ, უემოციოდ დაენერა: [გ]ზა „რომლითაც ისეთი სისტემის შექმნა მიიღწევა, რომელიც საჯარო სკოლებში მოსწავლეთა ჩარიცხვას არარასობრივ საფუძველზე უზრუნველყოფს,“ არის რასობრივი ნიშნით მოსწავლეების ჩარიცხვის შეჩერება. გზა, რომ რასის საფუძველზე განხორციელებული დისკრიმინაცია შეჩერდეს, არის რასობრივი საფუძველით დისკრიმინაციის განხორციელების შეჩერება.“⁸² აღნიშნული ასევე მეტყველებს იმაზე, თუ რამ გააშლევინა ფრთები მოსამართლე სკალიას, როდესაც Adarand-ის საქმეში დაწერა, რომ:

„რასობრივი უფლებამოსილებების კონცეფციის ნესად [შემოღება – თუნდაც ყველაზე საოცარი და კეთილშობილური მიზნებისთვის – არის იმ მომავალი უბედურებისთვის აზროვნების გზის გაძლიერება და შენარჩუნება, რამაც წარმოშვა რასობრივი მონობა, რასობრივი პრივილეგია და რასობრივი სიძულვილი. მთავრობის თვალათვის, ჩვენ აქ მხოლოდ ერთი რასა ვართ. ეს არის ამერიკის შეერთებული შტატების მოქალაქე.“⁸³

და ეს არის ის, რამაც მოსამართლე თომასს საშუალება მისცა დაესკვნა, რომ „არსებობს „მორალური [და] კონსტიტუციური ეკვივალენტობა“ იმ კანონებს შორის, რომლებიც მოდელირებულია რასის დასაქვემდებარებლად და იმათ შორის, რომელიც სარგებელს ანაწილებს რასობრივ საფუძველზე, რათა განამტკიცოს თანასწორობის რაიმე ამჟამინდელი ცნება.“⁸⁴

IV. დასკვნა

ბოლოდროინდელი მოვლენები კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს საკითხს იმის შესახებ, გვევლინება თუ არა ინდივიდუალური სარჩელები ქმედით ღონისძიებებად დისკრიმინაციის წინააღმდეგ

⁸² Parents Involved, 551 U.S. at 748 (ციტირებს Brown v. Bd. of Educ., 349 U.S. 294, 300-01 (1955)).

⁸³ Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200, 239 (1995) (Scalia, J., concurring).

⁸⁴ Id. at 240 (Thomas, J., concurring) (ციტირებს id. at 2120 (Stevens, J., dissenting)).

ბრძოლაში. როგორც პროფესორმა ნატაშა მარტინმა VII კარის საფუძვლით მიმდინარე განსხვავებული მოპყრობის საქმეებში აჩვენა, სასამართლოებმა მონდომებით გაიზიარეს დამსაქმებელთა საეჭვო არგუმენტები და გამოიყენეს ისეთი პროცედურული საშუალებები, როგორიც შემაჯამებელი გადანყვეტილებაა, რათა მოეხდინათ საქმეების ნაფიცი მსაჯულებისათვის გადაცემის პრევენცია, სადაც შესაძლებელია უფრო საგნობრივი და კონტექსტუალური ანალიზი. უფრო ზუსტად რომ ვთქვათ, ზოგიერთი პრობლემა, სულ მცირე, ქვედა ინსტანციის სასამართლოებში შესაძლებელია, განპირობებული იყოს იმ გარკვეული ზენოლის განხორციელებით, რომელსაც ოლქის მოსამართლეები განიცდიან. თუმცა, იმ ფარგლებით, რამდენადაც აღნიშნული სიმართლეს წარმოადგენს, მაინც რჩება შეკითხვა, თუ რატომ აირჩიეს მოსამართლეებმა თავიანთი საქმეების მართვა დისკრიმინაციის დადგენასთან დაკავშირებული სარჩელების არაპროპორციულად უარყოფით. დისკრიმინაციის დადგენის მოსარჩელეთა მიერ საქმეთა წაგების არაპროპორციული მაჩვენებელი, სხვა დანარჩენ საქმეთა მოსარჩელებთან შედარებით,⁸⁵ მიანიშნებს, რომ აქ საქმე რაღაც უფრო მეტშია.

⁸⁵ იხ., Elizabeth M. Schneider, *The Dangers of Summary Judgment: Gender and Federal Civil Litigation*, 59 RUTGERS L. REV. 705, 710 (2007); Memorandum from Joe Cecil & George Cort to Honorable Michael Baylson 6, 9 (Apr. 17, 2007) (ფაილში ფედერალურ სამოსამართლო ცენტრთან), ხელმისაწვდომია: <http://ftp.resource.org/courts.gov/fjc/sujfy06.pdf> (აჩვენებს, რომ 2006 წელს შემაჯამებელი გადანყვეტილების მიკუთვნების საშუალო იყო 70% სამოქალაქო უფლებების საქმეებში და 73 % - პროპიტი დისკრიმინაციის საქმეებში - უმაღლესი მაჩვენებელი ფედერალურ სამოქალაქო საქმეებში) Wendy Parker, *Lessons in Losing: Race Discrimination in Employment*, 81 NOTRE DAME L. REV. 889 (2006) (აჩვენებს, რომ მოსარჩელები ყველაზე დიდ სირთულეებს აწყდებოდნენ რასობრივი და ეროვნული წარმოშობის დისკრიმინაციის საქმეთა მოგებაში); John Golmant, *Analysis and Perspective: Statistical Trends in the Disposition of Employment Discrimination Cases*, Empl. Discrimination Rep. (BNA) No. 20, at 602, 604 & app. A (Apr. 30, 2003) (1992-2000 წლებიდან „გადაწყვეტილებათა აბსოლუტური უმრავლესობა, [პროპიტი სამოქალაქო] უფლებების საქმეებში, რომლებიც მიმდინარეობდა წინა სასამართლო სხდომისას, მიღებულ იქნა მოპასუხეთა სასარგებლოდ, [და] მნიშვნელოვნად მცირე რაოდენობა... გადანყვეტილებებისა, იმ საქმეებში, რომლებიც არსებით განხილვამდე მივიდა, მოპასუხეთა სასარგებლოდ გადაწყდა.“); Kevin M. Clermont, Theodore Eisenberg & Stewart J. Schwab, *How*

ამ ნაშრომში მე ვამტკიცებდი, რომ ის პრობლემები რომელთა წინაშეც მოსარჩელები იმყოფებიან, გამწვავდა, თუ არ გამძაფრდა, საზოგადოების მიერ ფერებისადმი განურჩევლობისა და პოსტ-რასიზმის მიმართ გამოხატული ერთგულებით, რომელთაგანაც ორივე დაფუძნებულია რწმენაზე, რომ რასიზმი უკვე აღარ არის ყოვლისმომცველი. ეს რწმენა ტვირთად აწევთ მოსარჩეულებს, შეძლონ დისკრიმინაციის პირდაპირი მტკიცებულების მოპოვება, მტკიცებულებისა, რომლის მოპოვებაც რთულია იმ შეუმჩნეველი გზების გათვალისწინებით, რომლითაც დისკრიმინაცია ამჟამად ხორციელდება. საზოგადოებაში, რომელიც გამოთქვამს დისკრიმინაციის აკრძალვის ნორმისადმი ერთგულებას, ადამიანებს, რომელთაც დისკრიმინაციის განხორციელება სურთ, სავარაუდოდ, არ დატოვებენ კვალს. დისკრიმინაციის განმახორციელებელი სხვა პირები, შესაძლებელია, ქვეცნობიერი მიკერძოებებით მოქმედებდნენ, რომლის გამოაშკარავებაც მსგავსადვე

Employment-Discrimination Plaintiffs Fare in the Federal Courts of Appeals, 7 EMPL. RTS. & EMPLOY. POL'Y J. 547, 566 (2003) (უჩვენებს, რომ შრომითი დისკრიმინაციის საქმეში მოსარჩელები ცუდად ასპარეზობენ სააპელაციო ეტაპზე, საპირისპირო გადაწყვეტილების გამოტანის 7%-იანი მაჩვენებლით მაშინ, როდესაც მოპასუხეები საქმეებს იგებენ არსებითი განხილვისას, განსხვავებით მათ სასარგებლოდ გადაწყვეტილების გამოტანის 42 %-იანი მაჩვენებლისა, როდესაც მოსარჩელები იგებენ საქმეებს არსებითი განხილვისას); Colker, *supra* note 30, at 253-56 (მივიდა დასკვნამდე, რომ მოპასუხეები, სავარაუდოდ, მოსარჩეულებზე მეტად, იგებენ საქმეებს სააპელაციო სასამართლოს წინაშე მიმდინარე პროცესისას ADA-ს ფარგლებში და რომ მოსარჩელები ADA-ს საქმეებში უფრო ცუდ შედეგებს განიცდიან, ვიდრე VII კარის სასამართლო პროცესის მხარეები); Michael Selmi, *Why Are Employment Discrimination Cases So Hard to Win?*, 61 LA. L. REV. 555, 560-61 (2001) (უჩვენებს, რომ მოსარჩელები შრომით დავებში საქმეს იგებენ სასამართლოს არსებითი განხილვისას მხოლოდ 18,7%-ის შემთხვევაში, წარმატების იმ მაჩვენებელთან შედარებით, რომელიც დაფიქსირდა სადაზღვევო (43.6%) და პერსონალური დაზიანების (41.8%) საქმეებში); Ruth Colker, *The Americans with Disabilities Act: A Windfall for Defendants*, 34 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 99, 100 (1999) (მიდის დასკვნამდე, რომ „მოპასუხეები იმარჯვებენ ADA-ს შრომითი დისკრიმინაციის საჯაროდ გამოცხადებული საქმეების [93] %-ზე მეტ შემთხვევაში, რომელიც გადაწყდა სასამართლოს წინაშე არსებითი განხილვის დონეზე“ და იმ საქმეთა 84 %-ში, რომლებშიც სააპელაციო საჩივარი იქნა შეტანილი და ხელმისაწვდომია Westlaw-ის ბაზაზე).

რთულია. სირთულეები, რომელთა წინაშეც მოსარჩელები იმყოფებიან, არ შემოიფარგლება მხოლოდ VII კარით, არამედ კონსტიტუციურ სარჩელებზეც ვრცელდება, სადაც ბოლო ათწლეულების განმავლობაში სასამართლომ შეზღუდა თეორიები, რომლის მიხედვითაც, მოსარჩელებს შეუძლიათ სარჩელით მიმართვა და უკუაგდო მხარდაჭერის ღონისძიებათა ზომების გამოყენება რასაზე დაფუძნებული ღონისძიებების მკაცრი შემოწმების ტესტისთვის დაქვემდებარებით. ყველა ამ განვითარებით, ინდივიდუალური მოსარჩელებისათვის გართულდა როგორც კანონით დადგენილი, ისე კონსტიტუციური სარჩელების დაკმაყოფილების წარმატების მიღწევა.

წინსვლის გზა გაურკვეველია. რამდენადაც აშკარად გამოხატული უარყოფითი უკურნაქცია დისკრიმინაციის სარჩელების წინააღმდეგ განპირობებულია საქმეების რაოდენობით, რესურსების ჩადება სასამართლო სისტემაში საქმეთა რაოდენობისა და გადატვირთულობის შესამცირებლად, ნაკლებად სავარაუდოა მიმდინარე ეკონომიკური კრიზისის ფონის გათვალისწინებით. ნებისმიერ შემთხვევაში, ასეთი ღონისძიებები არაადეკვატური იქნება, თუ რეალური პრობლემა სწორედ სასამართლოს სექპტიციზმია დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული საჩივრების ძირითად ღირსებათა შესახებ. ვინმემ შესაძლოა კიდევ დამოძღვროს მოსამართლეები, რომ უფრო მეტი ერთგულება გამოიჩინონ შემაჯამებელი გადაწყვეტილების სტანდარტებისადმი და წაახალისონ მოსარჩელეთა ადვოკატების მიერ სოციალური მეცნიერებების ექსპერტთა შრომების უფრო მეტად გამოყენება დამსაქმებლის არგუმენტების დასაძლევად, როგორც ეს პროფესორმა მარტინმა გააკეთა. თუმცა, მაინტერესებს, არის თუ არა მითითებული ზომები ადეკვატური არსებული გამოწვევის საპასუხოდ. მეცნიერებმა ტომები მიუძღვნეს დისკრიმინაციის კომპლექსური მომენტების წერას და ეჭვი მაქვს, რომ ბევრი მოსარჩელის ადვოკატი საკმაოდ კარგია და სამსახურში არ ჩაძინებია. თუმცა, როგორც ბოლო ათწლეულის განმავლობაში VII კარის მიხედვით წარმოებულმა სასამართლო პროცესებმა აჩვენა, ქვედა ინსტანციის მოსამართლეები მაინც იმას აკეთებენ, რისი გაკეთებაც სურთ.

ალბათ, დროა, პროგრესისტები სათამაშო მოედანს დაუბრუნდნენ და გადახედონ იმ არგუმენტებსა და საშუალებებს, რომელთა გამოყენებაც თანასწორობის უზრუნველსაყოფად ხორციელდებოდა. იქნებ, დროა, ხელახლა დაუბრუნდეთ ფუნდამენტურ შეკითხვებს, როგორიცაა, მაგალითად, არის თუ არა მიზანი

შესაძლებლობების თანასწორობა, შედეგების თანასწორობა, ან ცხოვრების მინიმალური სტანდარტის ხელმისაწვდომობის თანასწორობა. პროგრესისტებმა, ასევე, აუცილებლად ფრთხილად უნდა განიხილონ, არის თუ არა სასამართლო პროცესი ქმედითი მექანიზმი სასურველი მიზნის მისაღწევად. ბოლოდროინდელი ისტორია ცხადყოფს, რომ ინდივიდუალური საქმეები დაქვემდებარებულია ისეთი ტიპის გადახარისხებაზე, რომელიც, როგორც ჩანს, საბურველით მოსავს უთანასწორობის გამომწვევ სტრუქტურულ ძალებს. დამატებით, მოსარჩევეები ინდივიდუალურ სასამართლო პროცესებში ცუდად არიან შეირალებულნი, რათა გაუმკლავდნენ უფრო ფართო სოციალურ ძალებს, რომლებიც კვებავენ წინააღმდეგობას დისკრიმინაციის დადგენასთან დაკავშირებული საჩივრების წინააღმდეგ. მაშასადამე, უნდა გაიმართოს თუ არა მომავალი ბრძოლები საკანონმდებლო ორგანოსა და საზოგადოებრივი აზრის სივრცეში? მიუხედავად იმისა, რომ ამ კონცეპტუალურ და სტრატეგიულ შეკითხვებზე პასუხები ბუნდოვანია, ამგვარი ტიპის განაზრებები კრიტიკულია, რადგან პროგრესის მომხრეები ტალღის საწინააღმდეგოდ ცურავენ და, როგორც ყოველთვის, ტალღა იმარჯვებს. არა მხოლოდ პრეტექსტი, არამედ, როგორც ჩანს, მთლიანად დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართალი განსაცდელის წინაშე იმყოფება.

თამარ პაპაშვილის* და პაატა ჯავახიშვილის* თარგმანი

**სტრასბურგამდე: არაპირდაპირი დისკრიმინაცია და
ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-14 მუხლი**

თანასწორობისა და ადამიანის უფლებების კომისია

ბარისტერი (Old Square Chambers), ამჟამად ლორდ-მოსამართლეთა თანაშემწე და შეთავსებით მოხალისე თანასწორობისა და ადამიანის უფლებების კომისიაში (EHRC). ეს სტატია დაწერილია თანასწორობისა და ადამიანის უფლებების კომისიის სამართლებრივი დირექტორატისთვის და არის იმ იურიტიკთან დისკუსიების დამსახურება, რომლებთან ერთადაც იქ ვმუშაობდი.

შესავალი

1. ლორდთა პალატაში განხილული, პრეცედენტული *ბირმინგემის სკოლების* საქმიდან¹ 18 წელზე მეტის შემდეგ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დიდმა პალატამ საქმეზე დ.ჰ. და სხვები *ჩეხეთის რესპუბლიკის წინააღმდეგ* (განაცხადი N. 57325/00), 2007 წლის 13 ნოემბრის გადაწყვეტილებაში, დაადგინა, რომ ჩეხეთის რესპუბლიკაში დაწყებითი სასკოლო განათლების უზრუნველყოფი ღონისძიებებით დაირღვა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-14 მუხლი, პირველი დამატებითი ოქმის მე-2 მუხლთან ერთობლიობაში. განმცხადებლები ასაჩივრებდნენ, რომ ქვეყანაში ბოშა ბავშვების ნახევარზე მეტი განწესებული იყო შესწავლის შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე ბავშვებისთვის

* სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის ასისტენტი.

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასისტენტი.

¹ *Birmingham City Council v Equal Opportunities Commission* [1989] 1 AC 1155.

განკუთვნილ სპეციალურ სკოლებში. დიდმა პალატამ გააუქმა მეორე პალატის გადანყევითილება, რითაც, საბოლოოდ, სათანადო აღიარება მისცა არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ცნებას, რომელიც შეერთებული შტატების სასამართლო პრაქტიკაში 1970-იანი წლების დასაწყისში წარმოიშვა და იმ დროიდან, გაერთიანებულ სამეფოში ანტიდისკრიმინაციული სამართლის არსებითი ნაწილი ჩამოაყალიბა.²

2. სტატია განიხილავს დ.ჰ.-ს საქმეზე მიღებული გადანყევითილების მნიშვნელობას და ამტკიცებს, რომ ამ სფეროში სტრასბურგის სასამართლო პრაქტიკამდე შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის არსებობის ფაქტის მიუხედავად, საქმემ შესაძლოა მნიშვნელოვანი გავლენა იქონიოს გაერთიანებულ სამეფოში დისკრიმინაციისა და ადამიანის უფლებათა სამართლის სხვადასხვა ასპექტზე.

არაპირდაპირი დისკრიმინაცია შიდასახელმწიფოებრივ და კონვენციის სამართალში

3. საქმეში *ბირმინგემის საქალაქო საბჭო თანასწორი შესაძლებლობების კომისიის წინააღმდეგ* [1989] 1 AC 1155, ლორდთა პალატამ დააკმაყოფილა თანასწორი შესაძლებლობების კომისიის საჩივარი,³ რომლის თანახმად, ბირმინგემში ერთსქესიანი გრამატიკის სასკოლო დაწესებულებების უზრუნველყოფის ღონისძიებები გოგონების გაუმართლებელ დისკრიმინაციას ახდენდა, რადგან შერჩევისთვის მათ მისაღებ გამოცდაში ბიჭებზე უფრო მაღალი ნიშნები უნდა მიეღოთ. ეს უთანასწორობა წარმოიშვა მხოლოდ იმიტომ, რომ მხარეში ბიჭების შერჩევითი სკოლები გოგონების სკოლებს სჭარბობდა და ერთ-ერთი მთავარი საკითხი, რომელიც ლორდთა პალატის წინაშე იდგა, იყო ის, თუ რამდენად წარმოადგენდა დისკრიმინაციის განზრახვა ან მოტივი „სქესის ნიშნით ნაკლებად

² იხ. K Monaghan, *Equality Law* (OUP, 2006), პ. 1.16-1.19.

³ EHRC-ის წინამორბედი სამი სახელმწიფო კომისიიდან ერთ-ერთი (დანარჩენები იყვნენ რასობრივი თანასწორობის კომისია და შშმ პირთა უფლებების კომისია).

ხელსაყრელი მოპყრობის" აუცილებელ ელემენტს. ჩიივლის ლორდ-მა გოფიმ, რომელსაც ყველა სხვა ლორდი ეთანხმებოდა, დაადასტურა (პ. 1194B), რომ არ წარმოადგენდა. საქმე არ განიხილებოდა არაპირდაპირი დისკრიმინაციის საფუძველზე, მაგრამ უმნიშვნელოვანესი იყო იმის ხაზგასასმელად, რომ დისკრიმინაციული *ეფექტი* – არაპირდაპირი დისკრიმინაციის კრიტერიუმი – განზრახ დისკრიმინაციულ ქმედებებზე ნაკლებად არ იმსახურებს სამართლებრივ შემონმებას.

4. მათმა მოწყალებამ არგუმენტაციისას მოიხმეს⁴ ბელგიური ლინგვისტიკის საქმეზე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება (N. 2) (1968) 1 EHRR 252, სასამართლოს პრაქტიკაში არსებული ძველი საქმე, რომელშიც სასამართლოს დადგენილი ჰქონდა, რომ ევროპული კონვენციის მე-14 მუხლი არ მოითხოვდა ცალკეული სახის განათლების დებულებას, მაგრამ მოცემულ დებულებაში მოითხოვდა დისკრიმინაციის აკრძალვას. ამ საქმეში ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს (პ. 284) მე-14 მუხლის მოთხოვნები ასევე უფრო ზოგადად ჰქონდა განმარტებული (პ. 284):

„თანასწორი მოპყრობის პრინციპი დარღვეულია, თუ [განსხვავებას მოპყრობაში] არ გააჩნია ობიექტური და გონივრული გამართლება. ასეთი გამართლების არსებობა უნდა შეფასდეს განსახილველი ლონისძიების მიზანთან და შედეგთან კავშირში, იმ პრინციპების გათვალისწინებით, რომლებიც, როგორც ნესი, დემოკრატიულ საზოგადოებაში არსებობს. განსხვავებული მოპყრობა კონვენციით განმტკიცებული უფლების განხორციელებისას მხოლოდ ლეგიტიმურ მიზანს არ უნდა ემსახურებოდეს: მე-14 მუხლის დარღვევა ასევე სახეზეა, როცა ნათლად არის

⁴ დედოფლის ადვოკატის, ენტონი ლესტერის და დევიდ პენიკის მიერ, თანასწორი შესაძლებლობების კომისიის სახელით (პ. 1186E). დედოფლის ადვოკატი ლორდი ლესტერი ასევე წარმოადგენდა მომჩივნებს დ.ჰ.-ს საქმეზე.

დადგენილი, რომ არ არის პროპორციულობის გონივრული კავშირი გამოყენებულ საშუალებასა და მისალნეო მიზანს შორის“.

შესაძლოა გვეფიქრა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ვალდებულება, განიხილოს ღონისძიების მიზნებიც და ეფექტებიც, რათა დაადგინოს, განსხვავებული მოპყრობა არღვევს თუ არა მე-14 მუხლს, ნიშნავდა, რომ დისკრიმინაციისგან კონვენციით შემოთავაზებული დაცვა, დიდწილად, შიდასახელმწიფოებრივი ანტიდისკრიმინაციული სამართლით დაცვის იდენტური იყო. თუმცა, სინამდვილეში, სტრასბურგმა არ იჩქარა შინაარსი მიენიჭებინა უფლებისთვის, რომელიც არ ექვემდებარებოდა არაპირდაპირ დისკრიმინაციას.

5. კანონით დადგენილი ანტიდისკრიმინაციული რეჟიმი გაერთიანებულ სამეფოში სტრუქტურული თვალსაზრისით ძალიან განსხვავდება კონვენციით გათვალისწინებული დაცვის მეთოდისგან. თუ არ ჩავთვლით მე-14 მუხლის „პირობით“ ბუნებას – ის დისკრიმინაციას კრძალავს მხოლოდ “ამ კონვენციით გაცხადებული უფლებებითა და თავისუფლებებით სარგებლობასთან” მიმართებით – ტექსტი არ შეიცავს დისკრიმინაციის განმარტებას. ის უბრალოდ ადგენს:

„ამ კონვენციით გაცხადებული უფლებებითა და თავისუფლებებით სარგებლობა უზრუნველყოფილია ყოველგვარი დისკრიმინაციის გარეშე სქესის, რასის, კანის ფერის, ენის, რელიგიის, პოლიტიკური თუ სხვა შეხედულების, ეროვნული თუ სოციალური წარმოშობის, ეროვნული უმცირესობისადმი კუთვნილების, ქონებრივი მდგომარეობის, დაბადებისა თუ სხვა ნიშნის განურჩევლად“.

6. საპირისპიროდ, შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა⁵ პირდაპირ და არაპირდაპირ დისკრიმინაციას ცალ-ცალკე განსაზღვრავს, ისევე როგორც შევიწროებას და ვიქტიმიზაციას. არაპირდაპირი დისკრიმინაციის განმარტებამ, 1970-იან წლებში პირველი ანტიდისკრიმინაციული აქტების ამოქმედების დროიდან რამდენიმე ცვლილება განიცადა. უკანასკნელი ვერსია მიზნად ისახავდა ევროკავშირის სამართალში არაპირდაპირი დისკრიმინაციისთვის მინიჭებული მნიშვნელობის ასახვას⁶ და მიემართება აკრძალული დისკრიმინაციის სახეთა უმრავლესობას. 1975 წლის სქესობრივი დისკრიმინაციის აქტით (ნ. 1(2)(ბ)) დასაქმების კონტექსტში გათვალისწინებულია, რომ პირი ქალის მიმართ დისკრიმინაციას ახორციელებს, თუ:

- „b) ის მის მიმართ იყენებს დებულებას, კრიტიკულ რეზიუმე ან პრაქტიკას, რომელსაც ერთნაირად იყენებს ან გამოიყენებდა კაცის მიმართ, მაგრამ –*
(i) რომელიც ქალებს კაცებთან შედარებით განსაკუთრებით არახელსაყრელ მდგომარეობაში აყენებს ან ჩააყენებდა;
(ii) რომელიც აყენებს ქალს ასეთ არახელსაყრელ მდგომარეობაში;

⁵ ექვსი ძირითადი ანტიდისკრიმინაციული აქტი არის: 1975 წლის სქესობრივი დისკრიმინაციის აქტი, 1976 წლის რასობრივი ურთიერთობების აქტი, 1995 წლის შშმ პირთა დისკრიმინაციის აქტი, 2003 წლის დასაქმების თანასწორობის (სექსუალური ორიენტაციის) ნესები, 2003 წლის დასაქმების თანასწორობის (აღმსარებლობის ან რწმენის) ნესები და 2006 წლის დასაქმების თანასწორობის (ასაკი) ნესები. 1995 წლის შშმ პირთა დისკრიმინაციის აქტი არ კრძალავს არაპირდაპირ დისკრიმინაციას, თუმცა, ვინაიდან ის კრძალავს ნაკლებად ხელსაყრელ მოპყრობას „საფუძვლით, რომელიც დაკავშირებულია“ პირის შეზღუდულ შესაძლებლობასთან და მოითხოვს „გონივრულ მისადაგებას“, შესაძლოა სხვა საკანონმდებლო აქტებზე მეტად პროგრესული იყოს.

⁶ იხ., The Framework Directive 2000/78/EC.

(iii) რომელიც მას არ შეუძლია დაამტკიცოს, რომ არის ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის პროპორციული საშუალება“.

7. საერთო ჯამში, დისკრიმინაციის ერთადერთი ფორმა, რომელიც ობიექტური გამართლების შესაძლებლობას იძლევა შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობით, არის არაპირდაპირი დისკრიმინაცია⁷, მაშინ როცა, კონვენციის მიხედვით, თეორიულად, დისკრიმინაციის ყველა ფორმის გამართლებაა შესაძლებელი.⁸ შიდასახელმწიფოებრივ სისტემაში არსებულ სიხისტეს უდავო უპირატესობები აქვს, თუმცა, ამავდროულად, ზოგიერთ შემთხვევაში, მან ჩვენი სასამართლოები პირდაპირ დისკრიმინაციის ნაცვლად, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის მონაცემების მხარდაჭერამდე მიიყვანა, იმ შემთხვევაშიც კი, როცა ქმედება აშკარად განხორციელებულია აკრძალული საფუძვლით, ისე, რომ განსხვავებული მოპყრობისთვის გასაგები საფუძვლების მხედველობაში მიღება შესაძლებელია. საქმეში *რ (ბოშათა უფლებების ევროპული ცენტრი და სხვები) პრალის აეროპორტის საიმეგრაციო ინსპექტორის წინააღმდეგ და სხვა (გაეროს ლტოლვილთა უმაღლესი კომისარი მესამე მხარედ)* (2004) 1 QB 811, მაგალითად, სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ საიმეგრაციო ინსპექტორთა პოლიტიკა, რომ ბოშა სხვაზე უფრო ინტენსიურად გამოკითხონ, არ იყო პირდაპირი დისკრიმინაცია, მაგრამ არჩია განეხილა ის, როგორც გამართლებული არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შემთხვევა. სასამართლოზე აშკარად იქონია გავლენა გამართლების არსებობამ, რომელიც შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობით არ არის სამართლებ-

⁷ პირის შეზღუდულ შესაძლებლობასთან „დაკავშირებული საფუძვლით“ ნაკლებად ხელსაყრელი მოპყრობის გამართლება შესაძლებელია (1995 წლის შშმ პირთა დისკრიმინაციის აქტი), ისევე როგორც ასაკის ნიშნით ნაკლებად ხელსაყრელი მოპყრობის გამართლება (2006 წლის დასაქმების თანასწორობის (ასაკი) წესები, წესი 3 (1)).

⁸ თუმცა, ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს აღნიშნული აქვს, რომ ეთნიკური წარმომავლობის ნიშნით პირდაპირი დისკრიმინაციის დასაბუთება შეუძლებელია (*Timishev v Russia* (2007) 44 EHRR 37).

რივად რელევანტური ფაქტორი იმის განსასაზღვრად, თუ რამდენად იყო მოპყრობა რასის „ნიშნით“ განხორციელებული.⁹

8. დისკრიმინაციის მიმართ კონვენციის უფრო მოქნილი მიდგომა გარკვეულწილად ასახულია თანასწორი ანაზღაურების შესახებ სასამართლო პრაქტიკაში. მართალია, ერთი შეხედვით, 1970 წლის თანასწორი ანაზღაურების აქტი თავისი მოქმედებით ერთგვარად მექანიკურია, მაგრამ პრაქტიკაში ბევრი საქმე გაჩნდა 1(3) ნაწილის მიხედვით დამსაქმებლის „მატერიალური ფაქტორით გამართლებაზე“. ეს დამსაქმებლისგან მოითხოვს იმის დამტკიცებას, რომ ფაქტორი, რომელსაც ეყრდნობოდა, „არ წარმოადგენს განსხვავებას სქესის მიხედვით“ – ამოცანას, რომელიც საჭიროებს სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის ყველა ფორმის შემოწმებას, როგორც პირდაპირის, ასევე არაპირდაპირის, კატეგორიზაციისა და მკაცრი სამართლებრივი დეფინიციის გარეშე.¹⁰

9. ევროკავშირის კანონმდებლობა და სასამართლო პრაქტიკა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია არაპირდაპირი დისკრიმინაციის სფეროში. მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს (ECJ) არაერთხელ აღუნიშნავს, მომჩივანთა მიერ არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენის თვალსაზრისით არსებული მტკიცებების სირთულეები და შესაბამისად, მნიშვნელოვანი დატვირთვა აქვს მინიჭებული სტატისტიკისთვის, რომელიც ადასტურებს განსხვავებულ მოპყრობას. ეს უკიდურესად მნიშვნელოვანია გაერთიანებულ სამეფოში მომჩივანთა მიერ სისტემატური არახელსაყრელი მდგომარეობის გასაჩივრების შესაძლებლობისთვის, განსაკუთრებით, სქესის ნიშნით. საქმეში *რ დასაქმების სფეროში სახელმწიფო მდივნის წინააღმდეგ, სეიმურსმიტის და პერეზის სახელით (N2) [2000] 1*

⁹ 81-87, ლორდ-მოსამართლე საიმონ ბრაუნის მიხედვით. ლორდთა პალატამ გააუქმა სააპელაციო სასამართლოს გადანყვეტილება და დადგინა, რომ მოპყრობა წარმოადგენდა პირდაპირ დისკრიმინაციას და შესაბამისად, ის ვერ იქნებოდა გამართლებული: [2004] UKHL 55 [2005] 2 AC 1. ამ საკითხზე ბარონესსა ჰეილის გარე სასამართლო კომენტარისთვის, იხ., მაგ., Lionel Cohen lecture "Equality: The New Virtue" (2005) 38(3) Israel L Rev 5.

¹⁰ იხ., მაგ., Glasgow City Council v Marshall [2000] ICR 196, HL.

ICR 244, მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ (ECJ) მითითება გასცა არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დასადგენად საჭირო სტატისტიკური უთანასწორობის ხარისხზე, რის შედეგადაც, ლორდთა პალატამ უმრავლესობით გადაწყვიტა, რომ ეროვნული კანონმდებლობა, რომელმაც შვიდი წლის განმავლობაში კაცებსა და ქალებს შორის უთანასწორობა წარმოშვა თანაფარდობით 10:9, საკმარისი იყო *prima facie* შემთხვევის დასადგენად, ამდენად, ღონისძიება ობიექტურ გამართლებას საჭიროებდა.

10. დ.ჰ.-ს საქმეზე დიდი პალატის გადაწყვეტილებამდე, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადასტურა, განსაკუთრებით საქმეში *ჰიუ ჯორდანი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ* (2003) 37 EHRR 2 გვ [154] და საქმეზე *ჰუგენდიკი ნიდერლანდების წინააღმდეგ* (2005) 40 EHRR SE22, გვ. 207, რომ ნეიტრალურ ღონისძიებას შესაძლოა ჰქონდეს დისკრიმინაციული ეფექტები, რომლებიც არღვევს მე-14 მუხლს. მიუხედავად ამისა, მას შემუშავებული ჰქონდა პრინციპი, რომ მხოლოდ სტატისტიკა არ იყო საკმარისი დისკრიმინაციის *prima facie* შემთხვევის გამოსავლენად, რათა მოპასუხე სახელმწიფოზე გადასულიყო იმის მტკიცების ტვირთი, რომ ღონისძიება გამართლებული იყო. ამან არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დაცვას იმდენად გამოაცალა საფუძველი, რომ ის პრაქტიკულად გამოუსადეგარი გახადა. აღსანიშნავია, რომ არც *ჰიუ ჯორდანის* და არც *ჰუგენდიკის* საქმეზე საჩივარი მე-14 მუხლის საფუძველზე არ დაკმაყოფილდა.

დ.ჰ.-ს საქმე

11. შიდასახელმწიფოებრივ და კონვენციის სამართლით შემოთავაზებულ დაცვის ხარისხში განსხვავების დანახვა ძნელად თუ იქნებოდა შესაძლებელი უფრო ნათლად, ვიდრე ეს დ.ჰ.-ს საქმეზე მეორე პალატის გადაწყვეტილებაშია.¹¹ საქმე ეხებოდა ჩეხეთში ბოშა ბავშვების დანყებითი განათლებით უზრუნველყოფას. ჩეხეთის კანონმდებლობა სკოლის ღირეექტორებს, ზოგიერთი ბავშვის

¹¹ (2006) 43 EHRR 41.

შესწავლის შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ბავშვებისთვის მონყობილ სპეციალურ სკოლაში განწესების საკითხის გადანყევ-ტის შესაძლებლობას აძლევდა. გადანყვეტილებები მიიღებოდა ინტელექტუალური შესაძლებლობების შესაფასებლად განათლე-ბის ფსიქოლოგთა მიერ ჩატარებული ტესტების შედეგების სა-ფუძველზე და დამოკიდებული იყო მშობლის თანხმობაზე.

12. სტატისტიკამ აჩვენა, რომ შესაბამის რაიონში სპეციალურ სკოლაში ბოშა ბავშვის განწესების ალბათობა არა-ბოშა ბავშვის განწესებასთან შედარებით 27-ჯერ მეტი იყო და ბოშა ბავშვების ნახევარზე მეტი ჩეხეთის რესპუბლიკაში სპეციალურ სკოლაში სწავლობდა. განცხადებები შეტანილი იყო 18 მცირეწლოვანი ბოშა ბავშვის მიერ, რომლებიც სპეციალურ სკოლებში იყვნენ განწე-სებულნი და ამტკიცებდნენ, რომ მე-14 მუხლის საფუძველზე, პირ-ველი დამატებითი ოქმის მე-2 მუხლთან (განათლების უფლება) ერ-თობლიობაში, მათი უფლებები დარღვეული იყო. ისინი ამტკი-ცებდნენ, რომ ტესტები განკუთვნილი იყო მხოლოდ ჩეხი ბავშვე-ბისთვის და ღონისძიებები არ გატარებულა იმ კულტურული და ენობრივი დაბრკოლებების დასაძლევად, რომელთა წინაშეც ბოშა ბავშვები იმყოფებოდნენ. ზოგიერთ შემთხვევაში, მშობლების მოთ-ხოვნით, განმცხადებლები ჩვეულებრივ სკოლებში გადაიყვანეს.

13. მეორე პალატამ დაადგინა, რომ მე-14 მუხლი არ დარღვე-ულა. მისი ძირითადი არგუმენტაცია ასეთი იყო:

„48. სასამართლოს მოსაზრებით, მთავრობამ წარმატებით დაამტკიცა, რომ ჩეხეთის რესპუბ-ლიკაში არსებული სპეციალური სკოლების სისტე-მა არ ყოფილა შემოღებული მხოლოდ ბოშა ბავ-შვებისთვის და რომ ამ სკოლებში მნიშვნელოვანი ძალისხმევა იყო მიმართული საბაზო განათლების მიღებაში გარკვეული კატეგორიის მოსწავლეთა დასახმარებლად. მთავრობამ აღნიშნა, რომ გან-მცხადებელთა შერჩევის კრიტერიუმი იყო არა მა-თი რასა ან ეთნიკური წარმომავლობა, არამედ

ფსიქოლოგიურ ტესტებში გამოვლენილი შესწავლის შეზღუდული შესაძლებლობა.

49. სასამართლო აღნიშნავს, რომ მოსწავლეთა სპეციალურ სკოლებში განწესების მომწესრიგებელი ნორმები ეხება არა მოსწავლეთა ეთნიკურ წარმომავლობას, არამედ ასრულებენ ბავშვების საჭიროებებისა და შესაძლებლობებთან თუ შეზღუდულ შესაძლებლობებთან საგანმანათლებლო სისტემის მორგების ლეგიტიმურ მიზანს. რამდენადაც ისინი არ წარმოადგენენ სამართლებრივ კონცეფციებს, მხოლოდ ის არის სამართლიანი, რომ მათ იდენტიფიცირებაზე განათლების ფსიქოლოგიის ექსპერტები იყვნენ პასუხისმგებელნი...

50. ...სასამართლოს აზრით, ზოგიერთი განმცხადებლის ჩვეულებრივ სკოლაში გადაყვანის ფაქტი ადასტურებს, რომ, განმცხადებელთა მტკიცების საპირისპიროდ, პოზიცია არ იყო შეუცვლელი.

...

52 ... თუმცა აღნიშნავს, რომ ეს სტატისტიკა შემაშფოთებელ ციფრებს გადმოსცემს და ბოშა ბავშვების განათლებასთან დაკავშირებით ჩეხეთის რესპუბლიკაში არსებული ზოგადი მდგომარეობა ნამდვილად არ არის უნაკლო, სასამართლოს არ შეუძლია ამ გარემოებებში დაადგინოს, რომ განმცხადებლების მიმართ გატარებული ღონისძიებები დისკრიმინაციული იყო. განმცხადებლებს შესაძლოა არ ჰქონდეთ ინფორმაცია ეროვნული განათლების სისტემის თაობაზე ან უნდობლობის ატმოსფეროში აღმოჩნდნენ, მაგრამ მოცემულ საქმეში სასამართლოს წინაშე არსებული კონკრეტული მტკიცებულება არ იძლევა იმ დასკვნის გაკეთების შესაძლებლობას, რომ განმცხადებელთა განწესება, ან, ზოგიერთ შემთხვევაში, ხანგრძლივად განწესება, სპეციალურ სკოლებში იყო

14. ამდენად, სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა სპეციალური სკოლების შექმნის მოტივებსა და განათლების სისტემის ბავშვების შესაძლებლობებზე მორგების (უდავოდ ლეგიტიმურ) მიზანზე. 50-ე პარაგრაფში მისი დამოკიდებულება იმ ფაქტზე, რომ გამოცდის ჩაუბარებლობა არ წარმოადგენდა ჩვეულებრივ სკოლებში სწავლის უპირობო აკრძალვას, აბსოლუტურად ეწინააღმდეგება ლორდთა პალატის მიდგომას *ბირმინგემის სკოლების* საქმეში. ამ უკანასკნელში, ის ფაქტი, რომ ზოგიერთ გოგონას შეეძლო გრამატიკის სკოლაში ადგილების მოპოვება და ზოგიერთ სხვას შესაძლოა არ ჰქონოდა გრამატიკის სკოლაში სწავლის სურვილი, არ ნიშნავდა, რომ, ზოგადად, სისტემა არ იყო გოგონებისთვის არახელსაყრელი. მეორე პალატის დასაბუთება ასევე აჩვენებს არაპირდაპირი დისკრიმინაციის კონცეფციის გაგების წარუმატებლობას, რომლის არსიც იმაში მდგომარეობს, რომ დებულება ან პრაქტიკა, რომელსაც ამტკიცებენ, რომ აქვს დისკრიმინაციული ეფექტი, ერთი შეხედვით ნეიტრალურია აკრძალულ ნიშანთან მიმართებით.

15. როდესაც საქმე დიდ პალატას გადაეცა განსახილველად, სასამართლოს წევრთა უმრავლესობამ (13 მოსამართლე 17-დან) სრულიად განსხვავებული ხედვა ჩამოაყალიბა საქმესთან მიმართებით. სასამართლო, როგორც ჩანს, მტკიცების ტვირთის თაობაზე არსებითად ეყრდნობოდა ევროპის საბჭოს No. 97/80/ECC და No.2000/43/EC დირექტივებს, აგრეთვე, მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრაქტიკას, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შესახებ. ის ასევე ციტირებდა ბარონესა ჰეილის სიტყვებს პრალის აეროპორტის საქმიდან, რომელიც შეიცავდა პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შესახებ მარტივ განმარტებას.¹²

¹² [2004] UKHL 55 [2005] 2 AC 1at [73]-[75].

16. სასამართლომ კიდევ ერთხელ გააკეთა დისკრიმინაციის მარტივი განმარტება (პარაგრაფი 175):

„სასამართლომ თავის პრეცედენტული პრაქტიკით დაადგინა, რომ დისკრიმინაცია გულისხმობს ობიექტური და გონივრული დასაბუთების გარეშე განსხვავებულ მოპყრობას არსებითად მსგავს ვითარებაში მყოფი პირების მიმართ“.

17. როდესაც საქმე სტატისტიკასა და მტკიცების ტვირთს შეეხო, სასამართლო დაესესხა ევროპის კავშირის საკანონმდებლო შეფასებას და მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მსჯელობას არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შესახებ:

„187...სასამართლოს განმარტებით, No.97/80/ECC და No.2000/43/EC დირექტივები განსაზღვრავენ, რომ პირებს, რომლებიც თავს დაზარალებულად მიიჩნევენ, რადგან მათ მიმართ თანაბარი მოპყრობის პრინციპი არ იქნა გამოყენებული, შეუძლიათ ნებისმიერი საშუალებით, მათ შორის, სტატისტიკურ მტკიცებულებებზე დაყრდნობით, ქვეყნის ხელისუფლების წინაშე დააყენონ ფაქტები, რომლებსაც შეიძლება დაეყრდნოს ვარაუდი მათი დისკრიმინაციის შესახებ... მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს ბოლოდროინდელი პრაქტიკა აჩვენებს, რომ მოსარჩელებს შეუძლიათ დაეყრდნონ სტატისტიკურ მონაცემებს და ეროვნულმა სასამართლოებმა უნდა გაითვალისწინონ ასეთი მტკიცებულებები, როდესაც ისინი ნამდვილი და მნიშვნელოვანია...“

188...სასამართლო თვლის, რომ როდესაც საქმე ეხება ინდივიდის ან ჯგუფის მიმართ ლონისძიების ან პრაქტიკის შედეგის შეფასებას, კრიტიკული განხილვის შედეგად სარწმუნოდ და მნიშვნელოვნად

მიჩნეული სტატისტიკა საკმარისია *prima facie* მტკიცებულებისთვის, რომლის წარმოდგენაც მოსარჩელეს მოეთხოვება. ამასთან, ეს არ ნიშნავს, რომ არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენა შეუძლებელია სტატისტიკური მონაცემების გარეშე. 189. როდესაც განმცხადებელი, რომელიც არაპირდაპირ დისკრიმინაციაზე მიუთითებს, აყალიბებს სადავო ვარაუდს, რომ ღონისძიებით ან პრაქტიკით გამოწვეული შედეგი დისკრიმინაციულია, მტკიცების ტვირთი გადაინაცვლებს მოპასუხე სახელმწიფოზე, რომელმაც უნდა აჩვენოს, რომ განსხვავებული მოპყრობა არ იყო დისკრიმინაციული... განსაკუთრებით, ამ ტიპის საქმეებზე ფაქტების სპეციფიკის და ბრალდების ბუნების გათვალისწინებით... განმცხადებლებისთვის პრაქტიკაში უაღრესად რთული იქნებოდა არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დასაბუთება მტკიცების ტვირთის ამგვარი გადაინაცვლების გარეშე."

18. და ბოლოს, წევრი სახელმწიფოების¹³ უმრავლესობის მიერ უკვე ჩამოყალიბებული და საჯაროდ გაცხადებული პოზიციის შესაბამისად (პარაგრაფი 194):

„როდესაც იკვეთება, რომ კანონმდებლობა იწვევს ამგვარ დისკრიმინაციულ ეფექტს, დიდი პალატა მიიჩნევს, რომ განათლების სფეროსთან დაკავშირებულ საქმეებზე, ისევე როგორც დასაქმებასთან ან მომსახურების სფეროსთან დაკავშირებულ საქმეებზე, აუცილებელი არ არის ხელისუფლების მხრიდან დისკრიმინაციული განზრახვის დამტკიცება.“

¹³ იხ., გადანყევტილების 131-ე პარაგრაფი.

19. მიიჩნეოდა, რომ განმცხადებლის მიერ წარმოდგენილი მტკიცებულებები აჩვენებდნენ „გაბატონებულ ტენდენციას“ და საკმარისად სანდო და მნიშვნელოვანი იყო დისკრიმინაციის თაობაზე მყარი ვარაუდისათვის. რაც შეეხება გამართლებას, დიდმა პალატამ ორივე საკითხი უარყო, რომელსაც მთავრობა ეყრდნობოდა, ობიექტური გამართლებების მიზნით: თავად ტესტები – ერთგვარად არაგულწრფელი არგუმენტი იყო, რომ ტესტების დისკრიმინაციულმა ეფექტმა წარმოშვა *prima facie* დისკრიმინაცია – და მშობლების თანხმობა. ითქვა, რომ ეს უკანასკნელი არ იყო გაცემული „ფაქტების თაობაზე ინფორმირებულობის პირობებში“ (პუნქტები 202-203).

დ.ჰ. საქმის გავლენა ეროვნულ კანონმდებლობაზე

20. დ.ჰ.-ს საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილების საფუძველზე, ნათელია, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ახლა უკვე აღიარებს არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შესახებ კონცეფციას, და რომ იგი მიიღებს „სანდო და მნიშვნელოვან“ სტატისტიკას მოტივის ყოველგვარი მტკიცების გარეშე *prima facie* საქმის დასადგენად, რომელიც მოითხოვს მოპასუხე სახელმწიფოსგან გამართლებას.

21. მნიშვნელოვანია იმის აღიარება, რომ დ.ჰ.-ს საქმის სტატისტიკამ აჩვენა უჩვეულოდ განსხვავებული მოპყრობა. გაცილებით ბუნდოვანია, დაუშვებს თუ არა სასამართლო, რომ უთანასწორობა თანაფარდობით 10:9, თუნდაც წლების განმავლობაში არსებობით, საკმარისია მოპასუხეზე ტვირთის გადასატანად (როგორც ეს მოხდა *სეიმოუ-სმიტის* საქმეში). მაგრამ სასამართლო, რომელსაც სულ მცირე, სურს, რომ მნიშვნელოვანი წონა მიანიჭოს ევროკავშირის სამართალს, იმედი, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის თაობაზე პრაქტიკას სწრაფად ჩამოაყალიბებს, რომელიც ასახავს იმ მიდგომას, რომელსაც მივეჩვიეთ მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოსგან და ეროვნული სასამართლოებისგან.

22. ეს არის ერთ-ერთი იმ რამდენიმე სფეროდან, რომელშიც თავად სტრასბურგი ცდილობდა დაგვწოდოდა ჩვენ, მაშინ როცა,

დიდი ბრიტანეთის სასამართლოებისთვის, სხვა შემთხვევაში „გასათვალისწინებელია“ სტრასბურგის მართლმსაჯულება. ახლა საკითხავია ის, კონვენციის საფუძველზე, არაპირდაპირი დისკრიმინაციისაგან დაცვის ეფექტური სისტემის ჩამოყალიბებას ექნება თუ არა გავლენა დიდ ბრიტანეთში ადამიანის უფლებების დაცვასა და დისკრიმინაციის სამართალზე.

23. აღნიშნულისათვის არსებობს სამი გზა: პირველი, მოსარჩევეები, რომლებიც საჯარო ხელისუფლების მხრიდან არაპირდაპირ დისკრიმინაციაზე მიუთითებენ, უფრო მეტად სავარაუდოა, რომ დაეყრდნობიან მე-14 მუხლს (თუ საჩივარი არის სხვა კონვენციური უფლების ფარგლებში) ეროვნული ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობის საფუძველზე, საჩივრის პარალელურად. ეს წარმოშობს დამატებით პოტენციურ საშუალებებს, შეუთავსებლობის თაობაზე განცხადების ჩათვლით, სადაც, დისკრიმინაცია ყალიბდება პირველადი კანონმდებლობის საფუძველზე, ან მეორადი კანონმდებლობის გამოყენებლობის გამო, რომელიც არის არაპირდაპირ დისკრიმინაციული. გარდა ამისა, უნდა აღინიშნოს, რომ დ.კ.-ს საქმეზე, ანაზღაურება მოხდა არამატერიალური ზიანისათვის. ეროვნული კანონმდებლობის შესაბამისად, დასაქმების სფეროს მიღმა ასეთ გარემოებებში არ არის შესაძლებელი ზიანის ანაზღაურება.¹⁴

24. მეორეც, ცალკეული სარჩელის წარმატების პერსპექტივა ადამიანის უფლებათა აქტის შესაბამისად, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის საფუძველზე, ახლა ნამდვილად დიდია. ეს ზრდის არაპირდაპირი დისკრიმინაციის თაობაზე სარჩელთა წარდგენის შესაძლებლობას იმ საფუძველებით, რომლებიც ვრცელდება ეროვნული კანონმდებლობით დაცული დისკრიმინაციის ექვსი „ელემენტის“ მიღმა. საჯარო ხელისუფლების მიერ არაპირდაპირი დისკრიმინაცია „სოციალური წარმოშობის“ ან სხვა საფუძველზე დაყრდნობით, რომელიც თავსდება მე-14 მუხლის „სხვა ნიშნის“ კონცეფციაში, პოტენციურად წარმოშობს საჩივარს ადამიანის უფლებათა აქტის საფუძველზე.

¹⁴ იხ., მაგ., სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის აქტი, 1975, მ. 66.

25. მესამეც, ადამიანის უფლებათა აქტის მე-3 მუხლი სასამართლოებისგან მოითხოვს ეროვნული კანონმდებლობის ინტერპრეტაციას, რამდენადაც ეს შესაძლებელია, ისე რომ თავიდან იქნეს აცილებული არაპირდაპირი დისკრიმინაცია, ისეთ საკითხებზე, რომლებიც კონვენციური უფლებების ფარგლებში ხედება. ამას შესაძლებელია ჰქონდეს არაპირდაპირი დისკრიმინაციისაგან დაცვის გარკვეული ჰორიზონტალური ეფექტი, ექვსი ელემენტისგან განსხვავებული საფუძვლით, რომელიც, ეროვნული კანონმდებლობით არის გათვალისწინებული.

დასკვნა

26. დ.ჰ.-ს საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილების ყველაზე მნიშვნელოვანი შედეგი შეიძლება იყოს ევროპის საბჭოს 20 ქვეყანაში, რომლებიც არ არიან ევროკავშირის წევრები, სისტემური დისკრიმინაციის წინააღმდეგ დაცვის გაფართოება. ეს, რა თქმა უნდა, საეტაპო გადაწყვეტილებაა ბოშა ხალხის მდგომარეობისთვის, რომელიც ხელს შეუწყობს იმ მნიშვნელოვანი ისტორიული დაბრკოლებების გადაჭრას, რომლის გამოც იტანჯებოდნენ მათი ცხოვრების ყველა ასპექტში.

27. აღნიშნული გადაწყვეტილების გავლენა დიდ ბრიტანეთში დისკრიმინაციასა და ადამიანის უფლებების კანონმდებლობაზე ჯერ კიდევ გამოსავლენია. ნაკლებად სავარაუდოა, რომ მე-14 მუხლი (როგორც დიდმა პალატამ გამოიყენა დ.ჰ.-ს საქმეში) რამეს შემატებდა ბირმინგემის სკოლების საქმეს. აღნიშნულის გარდა, იმის მიუხედავად, რომ 1976 წლის რასობრივი დისკრიმინაციის აქტის შესაბამისად, საჩივრები არაპირდაპირი დისკრიმინაციის თაობაზე ყოველთვის ისეთივე მარტივი არ ყოფილა, როგორც არაპირდაპირი სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის თაობაზე,¹⁵ თუკი გარემოებები, რომლებიც საფუძვლად დაედო დ.ჰ.-ს საქმეს იარსებებდა გაერთიანებულ სამეფოში, სარჩელი არაპირდაპირი რასობრივი დისკრიმინაციის შესახებ, რასობრივი ურთიერთობების

¹⁵ იხ., მაგ., *Appiah v Bishop Douglass RC School* [2007] ICR 897.

1976 წლის აქტის მესამე პუნქტის საფუძველზე ან 71-ე მუხლით განსაზღვრული საჯარო ხელისუფლების ვალდებულების შესაბამისად, ნამდვილად წარმატებული იქნებოდა. საინტერესო იქნება ვნახოთ, გაერთიანებული სამეფოს სასამართლოების მიერ მე-14 მუხლის საფუძველზე, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის საჩივრის განხილვა, რომელიმე კონკრეტული ანტიდისკრიმინაციული კანონის საფუძველზე განხილვის საპირისპიროდ, მიგვიყვანს თუ არა განსხვავებულ შედეგებთან ან ანაზღაურებასთან უფრო სადავო საქმეებზე.

**თანამედროვე ანტიდისკრიმინაციული
სამართლის ბუნდოვანი საფუძვლები**

შესავალი

ანტიდისკრიმინაციული სამართალი დროის შედარებით მოკლე მონაკვეთში ძალიან სწრაფად განვითარდა. თუმცა, წინამდებარე ნაშრომი ამტკიცებს, რომ საერთოდ არაა ნათელი, რაიმე სახით მაინც თუ ვუახლოვდებით პანევროპულ კონსენსუსს იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ უნდა განიმარტოს და გავრცელდეს დისკრიმინაციის ამკრძალავი ნორმები. მწვავე აზრთა სხვადასხვაობას ვაწყდებით უამრავი საკითხის ირგვლივ, როგორც ამას მოწმობს სეკულარული პრინციპების, ბოშებისადმი გამოხატული დამოკიდებულებისა და საპენსიო ასაკის ცვლილების საკითხთა შესახებ არსებული ახლანდელი უთანხმოებები. ეს მძიმე ტვირთად აწევბა სასამართლოებს, განსაკუთრებით კი, მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს, რომ ფეხი აუწყონ ანტიდისკრიმინაციული სამართლის განვითარებას. თუმცა რაიიმე რეალური შეთანხმების არარსებობის პირობებში, იმის შესახებ, თუ ზუსტად რას საჭიროებს ანტიდისკრიმინაციული პრინციპების ამოქმედება, ორივეს, ეროვნულ და ევროპულ სასამართლოს შესაძლებელია დასჭირდეს ძალისხმევა იმ შეკითხვებთან გასამკლავებლად, სხვებთან შედარებით თუ როდის და როგორ უნდა მიანიჭონ ქმედითი პრიორიტეტი გარკვეულ ანტიდისკრიმინაციულ ნორმებს, ან როდის უნდა შეცვალონ დისკრიმინაციის ამკრძალავი ნორმების მოქმედების ფარგლები დისკრიმინაციის აკრძალვის განსხვავებული საფუძვლების არსებობისას. ამ სფეროში მნიშვნელოვანი პანევროპული კონსენსუსის არარსებობის საკითხი არის დისკრი-

* სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის ასისტენტი.

მინაციის აკრძალვის თანამედროვე სამართლის საფუძველმდებარე ხარვეზი: ჯერ კიდევ გასარკვევია, რამდენად სერიოზული აღმოჩნდება ეს ხარვეზი.

ანტიდისკრიმინაციული კანონის მიმდინარე ევოლუცია

დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართალი ძალიან სწრაფად განვითარდა დროის შედარებით მოკლე მონაკვეთში. მაგალითად, თუ დავებრუნდებით სულ რაღაც ათი წლით უკან – 2000 წელს, ბრიტანული და ევროპული კავშირის სამართალი არ შეიცავდა რაიმე სახის დამცავ ნორმას რელიგიის, რწმენის, სექსუალური ორიენტაციის ან ასაკის საფუძველით განხორციელებული დისკრიმინაციის წინააღმდეგ¹: სასამართლო პროცესში მყოფ მოდავე მხარეებს უხდებოდათ თავიანთი მოთხოვნების დაცვა დისკრიმინაციის აკრძალვის ამ საფუძვლებისათვის განკუთვნილ, ირიბად დამცავი ნორმების ვიწრო შეზღუდვებზე დაყრდნობით, მოსინჯვით, რომლებიც შეიძლებოდა ამოკითხულიყო სქესობრივი თანასწორობის ევროპული კავშირის დირექტივებიდან და რასობრივი ურთიერთობებისა და სქესობრივი დისკრიმინაციის ბრიტანული კანონმდებლობიდან.² იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც დისკრიმინაციის აკრძალვის ნორმების მეტნაკლებად სრულყოფილი ჩამონათვალი საკანონმდებლო დონეზე იყო გაწერილი, როგორც ამას დიდი

¹ დისკრიმინაცია რელიგიური და პოლიტიკური შეხედულების საფუძველზე იყო და კვლავ აკრძალულია ჩრდილოეთ ირლანდიაში „სამართლიანი დასაქმების“ (ჩრდილოეთ ირლანდიის) 1976 წლის აქტით, „სამართლიანი დასაქმების“ 1989 წლის ცვლილების აქტით (ჩრდილოეთ ირლანდია).

² სექსუალური ორიენტაციის საფუძველზე გენდერული დისკრიმინაციის სამართლებრივი დაცვის გავრცელების მცდელობისთვის იხ., *Pearce v Mayfield Secondary School Governing Body*; *McDonald v Advocate General for Scotland* [2003] UKHL 34. მსგავსი წარუმატებელი მცდელობა რასობრივი ურთიერთობების შესახებ კანონმდებლობის რელიგიური მრწამსის საფუძველზე დისკრიმინაციაზე გავრცელებასთან დაკავშირებით იხ., *JH. Walker v Hussain* [1996] IRLR 11 (EAT); *Crown Suppliers (PSA) v Dawkins* [1993] IRLR 284. სექსუალური დისკრიმინაციის შესახებ კანონმდებლობის გამოყენების წარუმატებელი მცდელობისათვის საპენსიო ასაკთან დაკავშირებულ პრობლემებზე იხ., *Rutherford v SS TI* [2004] EWCA Civ 1186, CA.

ბრიტანეთის შემთხვევაში ჰქონდა ადგილი, როდესაც საქმე სქესის, რასისა და შეზღუდულუნარიანობის საფუძვლებს ეხებოდა, მნიშვნელოვანი ხარვეზები არსებობდა დისკრიმინაციის წინააღმდეგ არსებულ სამართლებრივ ჩარჩოში: მაგალითად, კანონმდებლობა არ ვრცელდებოდა საჯარო ხელისუფლების მიერ საჯარო ფუნქციების განხორციელებაზე, რაც იმას ნიშნავდა, რომ ფუნქციები, როგორსაც, მაგალითად, კონტროლი წარმოადგენდა, ძირითად შემთხვევებში ნორმით გათვალისწინებული არ იყო.³ ევროპის ბევრ სხვა ქვეყანაში დისკრიმინაციის წინააღმდეგ არსებული საკანონმდებლო გარანტიები კიდევ უფრო შეზღუდული იყო და ხშირად სისხლის სამართლებრივი სანქციების არაქმედით ფორმას იღებდა: თანასწორობის კონსტიტუციური გარანტია თეორიულად მნიშვნელოვან დაცვას წარმოადგენდა, მაგრამ პრაქტიკული თვალსაზრისით, იურისდიქციათა უმეტესობაში, იგი ძალიან შეზღუდულად გამოიყენებოდა. ევროპული კავშირის დონეზე სამართლებრივი დაცვის ფარგლებში მხოლოდ სქესობრივი საფუძვლით განხორციელებული დისკრიმინაცია ექცეოდა და ისიც დასაქმების კონტექსტს არ სცდებოდა.⁴ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები კი, ამ მხრივ, არ გამოირჩეოდა მოცულობითა და შინაარსით.⁵

ახლა ეს ყველაფერი შეცვლილია. ევროპული საზოგადოების შექმნის შესახებ 1998 წლის ამსტერდამის ხელშეკრულების მე-13

³ იხ., C. McCrudden, "Equality and Non-Discrimination", Ch. 11 in D. Feldman, English Public Law (2004), C. O'Connell, "Fumbling Towards Coherence: The Slow Evolution of Equality Law in England and Wales" (2006) Northern Ireland Legal Quarterly 57-102, Farah v Commissioner of Police of the Metropolis [1998] QB 65. იხ. ასევე B. Hale, „The Quest for Equal Treatment” [2005] Public Law 571-585, 575; A. McColgan, Discrimination Law (2 nd ed.) (2005) 271-280.

⁴ იხ. ანალიზი M. Bell, Anti-discrimination Law and the European Union (Oxford: OUP, 2002).

⁵ იხ. L. Wildhaber, „Protection Against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-class Guarantee?” (2002) 2 Baltic Yearbook of International Law 71; R. O'Connell, „Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-discrimination in the ECHR” (2009) 29(2) Legal Studies 211-229.

მუხლით (ამჟამად „ევროპული კავშირის ფუნქციონირების შესახებ“ ხელშეკრულების მე-19 მუხლი) გათვალისწინებული დამატებით, ევროპული კავშირის ინსტიტუციებს მიენიჭათ უფლებამოსილება, მიეღოს საჭირო ზომები იმ ექვსი დაცული ნიშნის საფუძველზე განხორციელებული დისკრიმინაციის წინააღმდეგ, რომელშიც შედის პირის წინააღმდეგ სექსობრივი, რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობის, რელიგიის ან აღმსარებლობის, შეზღუდული შესაძლებლობის, ასაკის ან სექსუალური ორიენტაციის საფუძველზე განხორციელებული დისკრიმინაცია. ამით მნიშვნელოვნად გაფართოვდა სახელშეკრულებო საფუძვლები დისკრიმინაციის აკრძალვის ევროპული საზოგადოების ღონისძიებებისთვის, რომლებიც აქამდე შეზღუდული იყო მხოლოდ გენდერული უთანასწორობის წინააღმდეგ ბრძოლით დასაქმებისა და პროფესიული სწავლების კონტექსტების ფარგლებში.⁶ შემდგომ ამოქმედებული თანასწორობის ჩარჩო დირექტივით 2000/78/EC დასაქმების სფეროში გაფართოვდა ევროპული კავშირის ანტიდისკრიმინაციული სამართლის მოქმედების ფარგლები, საკუთარ ფარგლებში მოაქცია რა ასაკის, აღმსარებლობის ან რწმენისა და სექსუალური ორიენტაციის ახალი საფუძვლები.⁷ რასობრივი თანასწორობის დირექტივამ 2000/43/EC და გენდერული თანასწორობის ორმა შემდგომმა დირექტივამ სამართლებრივი დაცვა გააერთიანა გენდერული და რასობრივი დისკრიმინაციის წინააღმდეგ, რომლითაც საკუთარ მოქმედების ფარგლებში მოაქციეს საქონლისა და მომსახურების მიწოდება, განათლება, სოციალური დაცვა და „სოციალური უპირატესობის“ ბუნდოვანი კატეგორია.⁸ დიდ ბრიტანეთში, რიგი

⁶ A. Lester, „New European Equality Measures“ (2000) Public Law 642; M. Bell, „The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Antidiscrimination Law?“ (1999) 6 Maastricht Journal of European and Comparative Law 5-23.

⁷ საბჭოს 2000/78 დირექტივა, რომელიც დასაქმებისა და შრომითი საქმიანობის საკითხებთან მიმართებით აყალიბებს თანაბარი მოპყრობის ზოგად სტრუქტურას, O.J. Series L 303/16.

⁸ საბჭოს 2000 წლის 29 ივნისის 2000/43/EC დირექტივა, რომელიც რასობრივი ან ეთნიკური წარმოშობის მიუხედავად უზრუნველყოფს პირთა თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელებას; საბჭოს 2004 წლის

რეგულაციებითა და საკანონმდებლო აქტებით, კერძოდ კი, 2003 წლის რეგულაციებით, რომლითაც განხორციელდა თანასწორობის ჩარჩოსა და რასობრივი თანასწორობის დირექტივების იმპლემენტირება, ასევე, თანასწორობის 2006 წლის აქტით და ახლახანს კოდიფიცირებული თანასწორობის 2010 წლის აქტით განისაზღვრა მეტნაკლებად ერთიანი და აკრძალული საფუძვლების თვალსაზრისით, ურთიერთმფარავი, ყოვლისმომცველი საკანონმდებლო ჩარჩო, რომელიც კრძალავს დისკრიმინაციას კონკრეტული „დაცული მახასიათებლების“ საფუძველზე, რომელიც ახლა უკვე ევროპული კავშირის სამართლით დაცულ ექვს საფუძველსაც მოიცავს და, აგრეთვე, ოჯახურ მდგომარეობასა და ტრანსექსუალურ იდენტობას. მსგავსი, აკრძალული საფუძვლების თვალსაზრისით, მეტნაკლებად ურთიერთმფარავი და ყოვლისმომცველი კანონმდებლობა ახლა ევროპულ სახელმწიფოთა უმრავლესობაში არსებობს.⁹

დისკრიმინაციის აკრძალვის ეს საკანონმდებლო ჩარჩოები, როგორც წესი, შედგება ეროვნული და ევროპული კავშირის საკანონმდებლო ღონისძიებების ერთობლიობისგან, სადაც ეს უკანასკნელი უფრო მაღალი სტატუსით სარგებლობს იურიდიული ნორმების იერარქიაში, რათა იმოქმედოს ისე, რომ „უზრუნველყოს“ დისკრი-

13 დეკემბრის 2004/113/EC დირექტივა, რომელიც უზრუნველყოფს საქონლისა და მომსახურების ხელმისაწვდომობასა და მომარაგების საკითხებთან დაკავშირებით მამაკაცისა და ქალის თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელებას; ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2006 წლის 5 ივლისის 2006/54/EC დირექტივა, რომელიც უზრუნველყოფს დასაქმებისა და საქმიანობის საკითხებთან მიმართებით მამაკაცისა და ქალის თანაბარი შესაძლებლობებისა და თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელებას.

⁹ ამ სამართლებრივი სისტემებიდან ბევრი, მათ შორის, დიდი ბრიტანეთი ახლა აფართოებს დაცვას ევროკავშირის დირექტივების ფარგლებს მიღმა. ევროკომისიის მიერ შემოთავაზებულ იქნა ჩარჩო თანასწორობის დირექტივით გათვალისწინებული დირექტივის პროექტი დისკრიმინაციის საფუძველზე დაცვის გაფართოების შესახებ: იხ. საბჭოს შემოთავაზება დირექტივის შესახებ პირთა შორის თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელების შესახებ, განურჩევლად რელიგიისა და რწმენისა, შეზღუდული შესაძლებლობისა, ასაკისა და სექსუალური ორიენტაციისა {SEC(2008) 2180} { SEC(2008) 2181 }, COM/2008/0426 final, CNS 2008/0140.

მინაციისაგან დაცვა საქმიანობის იმ სფეროებში, რომლებიც ამ შესაბამისი დირექტივების მოქმედების ფარგლებში მოექცევა.¹⁰ ეს საკანონმდებლო ჩარჩო კი უფრო მეტად გამყარებულია ევროპული კავშირის სამართლის ფარგლებში ადამიანის უფლებათა სტანდარტების განვითარებით. ძირითადი უფლებების ევროპული კავშირის ქარტია აღიარებს დისკრიმინაციის აკრძალვას, როგროც ძირითად უფლებას მაშინ, როდესაც ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ (ECJ) საქმეზე *Mangold v Helm* მიიჩნია, რომ დისკრიმინაციის აკრძალვის ევროპული კავშირის კანონმდებლობა თავისთავად წარმოადგენდა თანასწორობის ზოგადი პრინციპისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის კონკრეტულ გამოხატულებას, რომელიც ევროპული კავშირის სამართლებრივი წესრიგის ფუნდამენტურ ნორმად გვევლინებოდა.¹¹

დისკრიმინაციის წინააღმდეგ მიმართული სამართლებრივი დაცვის შემდგომი შრე კიდევ უფრო მეტადაა უზრუნველყოფილი ადამიანის უფლებათა რეგიონალური და საერთაშორისო სტანდარტებით, კერძოდ კი, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მეშვეობით, რომელიც ახლა ყველა ევროპულ სამართლებრივ სისტემაშია ინკორპორირებული.

დისკრიმინაციის აკრძალვის შეზღუდული გარანტია კონვენციის მე-14 მუხლით გათვალისწინებული უფლებებით სარგებლობისას სულ უფრო მნიშვნელოვანი ხდება, რომელსაც ბოლო წლებში ახალი სიცოცხლე შთაბერა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებებმა.¹² გადაწყვეტილებებში, როგორიცაა მაგალითად საქმე *Sidabras v Lithuania*, სასამართლომ მე-14 მუხლის მოქმედების ფარგლები გააფართოვა, ფართო ინტერპრეტაციის მიანიჭა რა კონვენციის სხვა უფლებების ფარგლების კონცეფციას, სადაც მე-14 მუხლის დებულებები ვრცელდება,¹³ ხოლო

¹⁰ ამ მოვლენების დეტალური მიმოხილვისთვის იხ. E. Ellis, *EU Antidiscrimination Law* (2nd ed.) (Oxford: OUP, 2005).

¹¹ საქმე C-144/04, *Mangold v Helm*, [2005] ECR I-9981

¹² იხ. O'Connell, 'Cinderella Comes to the Ball', n. 5 above.

¹³ ((2004) 42 EHRR 104. Mantouvalou-ის ვარაუდით, ეს გადაწყვეტილება აჩვენებს, რომ სტრასბურგის სასამართლო „დისკრიმინაციასთან ბრძო-

ძალიან მნიშვნელოვან საქმეში DH v Czech Republic, სასამართლომ ფართო მიდგომა განავითარა იმ გარემოებების განმარტებისთვის, რომლის ფარგლებშიც დისკრიმინაციის განხორციელება მომხდარად უნდა ჩათვლილიყო და, მაშასადამე, არადისკრიმინაციულ უფლებას ახალი პოტენციური შესძინა.¹⁴ ადამიანის უფლებათა სხვა რეგიონალურმა და საერთაშორისო მექანიზმებმა, ასევე, უფრო ზუსტი ნორმატიული და სამართლებრივი სტანდარტების შემუშავებას მიჰყვეს ხელი იმ შემთხვევებში, როდესაც საქმე დისკრიმინაციის აკრძალვასთან დაკავშირებულ უფლებებს ეხება: მაგალითებში შედის სოციალური უფლებების ევროპული კომიტეტის განვითარებადი პრაქტიკა სოციალური უფლებების შესახებ ევროპის განახლებული ქარტიის E მუხლის (დისკრიმინაციის აკრძალვა) მოქმედების ფარგლებთან დაკავშირებით,¹⁵ ევროპის საბჭოს ფარგლებში რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომიტეტის (ECRI) მიერ განხორციელებული საზედამხედველო ფუნქციები და გაეროს შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების კონვენცია (მის ფაკულტატურ ოქმთან ერთად), რომელიც დიდი ბრიტანეთის მიერ ახლახანს იქნა რატიფიცირებული.

ეს მოვლენები ყოველთვის საკამათო არ იყო, რამდენადაც აღნიშნული ნაჩვენებია დებატებში, რომელმაც 2000 წლის დირექტივის ნორმების განსახორციელებლად მიღებული გერმანული კანონმდებლობის ძალაში შესვლა შეაფერხა.¹⁶ ანტიდისკრიმინაცი-

ლის თვალსაზრისით, თავს უფრო კომპეტენტურად მიიჩნევს" იხ. V. Mantouvalou, „Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania“ (2005) 30(4) ELR 573, 581-82.

¹⁴ (2008) 47 EHRR 3. იხ. ასევე, Thlimmenos v Greece (2000) 29 EHRR 162.

¹⁵ კერძოდ, იხ. კომიტეტის გადაწყვეტილებები კოლექტიურ საჩივრებზე საქმის არსებითად განხილვის ფაზების შესახებ 13/2002, Autism-Europe v France; 46/2007, European Roma Rights Centre (ERRC) Bulgaria; 15/2003, ERRC v Greece and 31/2005, ERRC v Bulgaria, ხელმისაწვდომი <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaintsen.asp> (last accessed 1st November 2010).

¹⁶ იმისთვის, რომ გაეცნოთ დაპირისპირებას, რომელიც გერმანიის კანონმდებლობის ძალაში შესვლას ეხებოდა, იხ. E. Picker, „Anti-discrimination as

ული კანონი ზოგჯერ აღქმულია, როგორც უცხო ელემენტის შეჭრა ზოგიერთ იურისდიქციაში და ხშირად ძალიან განსხვავებულ რეაქციებს იწვევს ევროპის პოლიტიკურ წრეებში. თუმცა, ამის მიუხედავად, ანტიდისკრიმინაციული ნორმები თანამედროვე ევროპული სამართლებრივი სისტემების მნიშვნელოვანი და გარდაუვალი კომპონენტი გახდა: ისინი ახლა ევროკავშირის *acquis communautaire*-ს საკვანძო ელემენტად გვევლინებიან; და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის მზარდად განუყოფელ კომპონენტს წარმოადგენენ.

დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის სწრაფი განვითარება ნიშნავს, რომ მისი მიმზიდველობა ცალკეული მოსარჩელებისა და კამპანიის ჯგუფებისთვის გაიზარდა. მაგალითად, დიდ ბრიტანეთში ისეთმა საქმეებმა, როგორებიცაა *R (European Roma Rights Centre) v Chief Immigration Officer at Prague Airport*¹⁷, *R (Age UK) v Secretary of State for Business, Innovation & Skills*¹⁸ და *Ladele v London Borough of Islington*¹⁹ აჩვენა მოსარჩელების მიერ ანტიდისკრიმინაციული სამართლის გამოყენება საჯარო პოლიტიკურ საკითხებზე შეტევისთვის, რომლებიც ისეთ სადავო და საკამათო საკითხებს ეხება, როგორიცაა საიმიგრაციო კონტროლი, სავალდებულო საპენსიო სქემა და რელიგიური მრწამსის მოთავსება საერო ინსტიტუციური ჩარჩოს ფარგლებში. სავარაუდოდ, ეს პროცესი გაგრძელდება, რასაც ბოლოდროინდელი საქმეები მოწმობს, რომლებშიც საჯარო სექტორის დანახარჯის შემცირების საკითხზე დავისას ნახსენები იყო შეზღუდული შესაძლებლობის გამო დისკრიმინაცია და თანასწორობის უზრუნველყოფის მიზნით საჯარო ხელისუფლებისთვის დაკისრებული პოზიტიური ვალდებულებები.²⁰

a Programme of Private Law?" (2003) 4(8) German Law Journal 771-84 (translated by M. Goodwin and B. Rdben).

¹⁷ [2004] UKHL 55

¹⁸ [2009] EWHC 2336 (Admin).

¹⁹ [2009] EWCA Civ 1357.

²⁰ იხ. e.g. *R (Domb) v London Borough of Hammersmith and Fulham* [2009] EWCA Civ 941; *Pieretti v Enfield LBC* [2010] EWCA Civ 1104.

მსგავსი სურათი სხვაგანაც იწყებს თავის გამოჩენას. მაგალითად, უნგრეთში ბოშა ბავშვების საგანმანათლებლო სეგრეგაცია მუდმივად სამართლებრივი გამოწვევის წინაშე დგას.²¹ ბელგიაში არასამთავრობო ორგანიზაციებმა და სახელმწიფოს მიერ მხარდაჭერილმა ადამიანის უფლებათა ორგანოებმა ანტიდისკრიმინაციული სამართალი მიმართეს დამსაქმებელთა წინააღმდეგ, რომლებმაც საჯაროდ დააფიქსირეს, რომ არ ჰქონდათ უმცირესობას მიკუთვნებული კანდიდატების დასაქმების სურვილი.²² გერმანიაში სამართლებრივი შეტევის ქვეშ აღმოჩნდა ასაკობრივი შეზღუდვების მთელი რიგი²³ ისევე, როგორც ერთნაირსქესიან პარტნიორთა მიმართ განხორციელებული არასათანადო მოპყრობა²⁴. აღსრულების სახელმწიფო ორგანოებიც აქტიურად უყნობენ ხელს ანტიდისკრიმინაციული სამართლის მოქმედებას: საფრანგეთში აღსრულების დამოუკიდებელი ორგანოს, HALDE-ს ფარგლებში სწრაფად ვითარდება ყოვლისმომცველი პრაქტიკა, რომელიც ეხება რასობრივ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებულ მნიშვნელოვან საკითხებს.²⁵

უფრო მეტიც, იმის გათვალისწინებით, რომ ევროპული კავშირისა და ეროვნული ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობა სულ უფრო და უფრო მნიშვნელოვანი ხდება, როგორც სამართლებრივი რეგულაციის მნიშვნელოვანი ტექნოლოგია, რამაც ფართო ზეგავლენის მოხდენა დაიწყო პოზიტიური ღონისძიებების, უმცირესობის მდგომარეობის მოწესრიგებისა და პოლიტიკის სხვა

²¹ იხ. მაგ. ბოლოდროინდელი Miskolc school-ის გადაწყვეტილების განხილვა უნგრეთის უზენაესი სასამართლოს მიერ

<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2010/aug/01/roma-hungary-prejudice-landmark-ruling> (last accessed 1 November 2010).

²² Centrum voor de gelijkheid van kansen v Firma Feryn NV [2008] 3 CMLR 22.

²³ იხ., მაგ., Case C-341/08, Petersen v Berufungsausschuss für Zahn für den Bezirk Westfalen-Lippe, ECJ, Grand Chamber, Judgment of 12th January 2010, C-229/08, Wolf v Stadt Frankfurt am Main, ECJ, Grand Chamber, Judgment of 12th January 2010, and the Mangold and Mangold and Küçükdeveci decisions discussed below.

²⁴ Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008] IRLR 450.

²⁵ იხ. მიღებული გადაწყვეტილებები <http://www.halde.fr/-Deliberations-.html> (last accessed 1 November 2010).

საკვანძო საკითხებთან დაკავშირებულ მნიშვნელოვან პოლიტიკურ დებატებზე.²⁶ დამატებით, როგორც ჩანს, მითითებული კანონმდებლობის საერთო ევროპული საფუძველი ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს უბიძგებს, მეტი ყურადღება გაამახვილონ შედარებითი მიდგომების განვითარებაზე ისეთ საკითხებთან დაკავშირებით, როგორიც, მაგალითად, მონაცემთა შეგროვება და პოზიტიური ღონისძიების განხორციელება.²⁷

ამრიგად, გასული ათწლეულის განმავლობაში ანტიდისკრიმინაციული სამართალი გასაოცარი ხარისხით განვითარდა. თუმცა იმ გზამ, რომლის გავლითაც მან ფესვი გაიდგა ევროპულ და ეროვნულ სისტემებში, არ უნდა დაგვაბრმავოს და ხელი არ უნდა შეგვიშალოს იმ რამდენიმე ხარვეზის დანახვაში, რომელიც ჯიუტად ძევს ამ ცხადი წარმატების საბურველში და, შესაძლოა, საფრთხეც კი შეუქმნას მის საფუძვლებს.

არსებითი პანევროპული „თანასწორობის“ კონსენსუსის ნაკლებობა

იმთავითვე უნდა ითქვას, რომ სიცხადისგან შორსაა, თუ არსებობს რაიმე მიახლოებული მაინც პანევროპულ შეთანხმებასთან საკითხზე, როგორ უნდა განიმარტოს და გავრცელდეს ანტიდისკრიმინაციული სამართალი. ეს იმა არ ნიშნავს, რომ მოცემულ სფეროში ერთიანი მატერიალური საფუძველი არ არსებობს. აშკარად შესაძლებელია საერთო პანევროპულ მისწრაფებაზე საუბარი, რომ დაცულები იყვნენ ინდივიდები და ჯგუფები ირაციონალური სტიგმის ან იმგვარი არათანაბარი მოპყრობისაგან, რომელიც ეფუძნება იმგვარი კლასიფიცირების ფორმებს, რაც ადამიანის

²⁶ მაგალითად, ევროკავშირის სამართლის მოთხოვნები ფართოდ იქნა განხილული საფრანგეთის პოლიტიკურ დებატებში, საიმიგრაციო სპეციალური ზომების გამოყენებასთან დაკავშირებით, ბოშური თემების დასაშლელად: იხილეთ ქვემოთ.

²⁷ იურიდიულ და პოლიტიკურ დებატებზე დისკუსია ეთნიკური მონაცემების მონიტორინგის გამოყენებასთან დაკავშირებით იხ., მაგალითად, O. De Schutter and J. Ringelheim, „Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law“ (2008) 71(3) MLR 358-384.

ღირსებას ხელყოფს. როგორც ჩანს, ევროკავშირის ფარგლებში არსებობს საერთო ნიადაგი, რომ დისკრიმინაციის აკრძალვის ექვსი საფუძველი (იმ შემთხვევაშიც კი, თუ, მაგალითად, ასაკი ზოგიერთ ქვეყანაში აღიქმება, როგორც შეთითხნილ და არა ჭეშმარიტ საფუძველად) თავად გვევლინება დაცვის ღირსად დისკრიმინაციის აკრძალვის კანონმდებლობის მექანიზმის გამოყენების გზით. მამასადამე, პანევროპული „ურთიერთმფარავი კონსენსუსის“ ზოგიერთი ფორმა, როგორც ჩანს, საფუძველს უყრის ბოლო დროს ამოქმედებული დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის სწრაფ ევოლუციას.²⁸ თუმცა, თუ უფრო ახლოდან შევხედავთ, დავინახავთ, რომ თურმე ეს ურთიერთმფარავი კონსენსუსი არც ისეთი ღრმა ან მნიშვნელოვანი ყოფილა. აღსანიშნავია, რომ განსხვავებულ შეხედულებებს ვხვდებით როგორც წევრი სახელმწიფოების ფარგლებში, ისე ზოგადად ევროპაშიც იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ უნდა იქნეს გაგებული „თანასწორობის“ გამოუსწორებლად შეუზღუდავი კონცეფცია.

ეს განსხვავებები განსაკუთრებით ფართოდ გამოსჭვივის, როდესაც საქმე გარკვეულ განსაკუთრებულ საკითხებს ეხება, რომლებიც ევროკავშირისა და ეროვნულ სამართალში ახლა უკვე აღიარებულ დისკრიმინაციის აკრძალვის ახალ პოსტ-2000-ეულ საფუძველებთან ასოცირდება. მაგალითად, საფრანგეთის საკონსტიტუციო ტრადიციაში ფესვგადგმული კანონის წინაშე ფორმალური თანასწორობის კონცეფცია,²⁹ მოპყრობის ერთგვაროვნებაზე თავისი განსაკუთრებული ფოკუსით, მნიშვნელოვნად განსხვავდება თანასწორობის არსებითი კონცეფციიდან, რომელიც მომდინარეობს ჩრდილოეთ ამერიკიდან და რომელმაც, როგორც ჩანს, მნიშვნელოვანი გავლენა იქონია დიდი ბრიტანეთის კანონმდებლობასა და საჯარო პოლიტიკაზე, რომელიც უფრო ბედნიერი დიფერენცირებაა სოციალურ ჯგუფებს შორის იდენტობის კატე-

²⁸ „ურთიერთმფარავი კონსენსუსის“ კონცეფციის შესახებ იხ. J. Rawls, „The Idea of an Overlapping Consensus“ (1987) 7(1) Oxford Journal of Legal Studies 1-25.

²⁹ იხ. O. Bui-Xuan, *Le Droit Public Français Entre Universalisme et Différencialisme* (Economica, Paris, 2004).

გორიზაციების საფუძველზე. შედეგად, არახელსაყრელი მდგომარეობის იდენტიფიცირებისა და აღმოფხვრის მიზნებისთვის ეთნიკური და რელიგიური კლასიფიკაციის გამოყენება საფრანგეთში მინიმუმამდეა დაყვანილი მაშინ, როდესაც დიდი ბრიტანეთის სამართალი და პოლიტიკა, განსაკუთრებით კი ბოლო პერიოდში გაფართოებული პოზიტიური მოვალეობის ფარგლები, როგორც ჩანს, უფრო და უფრო მეტად ეყრდნობა ამგვარი მონაცემების გამოყენებას.³⁰

ევროპის ფარგლებში აგრეთვე არსებობს მცირე კონსენსუსი იმის შესახებ, მეტწილად სეკულარულ საზოგადოებებში თუ როგორ უნდა მოწესრიგდეს მუსლიმანთა და სხვა რელიგიურ უმცირესობათა რელიგიური პრაქტიკა და მრწამსი. მსგავსად ამისა, დიდი ბრიტანეთის ადამიანის უფლებათა და ანტიდისკრიმინაციული სამართალი, როგორც ჩანს, მეტი ენთუზიაზმით უჭერს მხარს „პოლიტიკური ლიბერალიზმის“ შედარებით შეზღუდულ ფორმას, რომელიც საჯარო სფეროში სხვადასხვა ღირებულებათა წინააღმდეგობაში მყოფ კონცეფციათა მიმართ აქცენტს სახელმწიფო ნეიტრალიტეტის შენარჩუნებაზე აკეთებს, ხოლო როდესაც საქმე ეხება კერძო სფეროში ინდივიდუალური ავტონომიის მაქსიმალიზაციას, სახელმწიფოს შეზღუდულ როლს აკუთვნებს. ამისგან განსხვავებით, „ყოველისმომცველი ლიბერალიზმი,“ რომელიც, როგორც ჩანს, მზარდად ახდენს გავლენას პოლიტიკაში, საფრანგეთსა და ზოგადად სხვაგან ახორციელებს იმგვარი სახელმწიფოს

³⁰ განსხვავებული ეთნიკური მონიტორინგის მონაცემების გამოყენების მიდგომა, რომელიც მოცემულია ფრანგთა „Heran Report“ of the French Comite pour la mesure et l'evaluation de la diversite et des discriminations (Comedd), Inegalites et discriminations Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique, 3 February 2010, ხელმისაწვდომია http://medias.lemonde.fr/mmpub/edf/doc/20100205/1301477_b8e9_rapportcomedd.pdf (last accessed 1 November 2010), გაერთიანებული სამეფოს თანასწორობისა და ადამიანის უფლებათა დაცვის კომისიის რეკომენდაციით, 2010 წლის გაიდლაინის მიდგომა საჯარო სექტორის პასუხისმგებლობა თანასწორობის უზრუნველსაყოფად, ხელმისაწვდომია <http://www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/public-sector/duties/> (last accessed 1 November 2010).

კონცეპტუალიზაციას, რომელიც გაცილებით უფრო დიდ როლს თამაშობს კერძო სფეროში დისკრიმინაციული პრაქტიკების აღმო-
საფხვრელად.³¹ მაშასადამე, საჯარო ხელისუფლებათა მიერ გან-
ხორციელებული ქმედება, აკრძალონ ჰიჯაბების, ნიქაბებისა და
სხვა რელიგიური სიმბოლოების ტარება, არის დიდ ბრიტანეთში
მოქმედი ადამიანის უფლებათა და ანტიდისკრიმინაციული სამარ-
თლის რელიგიაზე დაფუძნებული კლასიფიკაციის პრობლემური
ფორმა, რომელიც ითხოვს განსაკუთრებულ დასაბუთებას მაშინ,
როდესაც საფრანგეთში თანასწორობისა და დისკრიმინაციის აღ-
მოფხვრის უზრუნველსაყოფად ეს ხშირად აუცილებელ ნაბიჯად
განიხილება.³²

³¹ „პოლიტიკური“ ლიბერალიზმი, როგორც წესი, ასოცირდება ჯონ რო-
ულსის (John Rawls) შემოქმედებასთან: იხ. J. Rawls, *Political Liberalism*
(Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999); ანგლო-ამერიკული ლიბე-
რალური ფილოსოფიის უფრო „ყოვლისმომცველი“ ანგარიშისთვის იხ. B.
Barry, *The Liberal Theory of Justice* (Clarendon Press, Oxford, 1973). „ყო-
ვლისმომცველი“ ლიბერალიზმი ხშირად ასოცირდება საფრანგეთის რეს-
პუბლიკურ აზროვნებასთან: იხ. P. Kahn, „La laïcité est-elle une valeur?“
(2007) 39 *SPIRALE-Revue de Recherches en Education* 29-37, ვინც
აკრიტიკებს გადაჭარბებული „ყოვლისმომცველი“ სიკეთის კონცეფციას,
რომელსაც ის თვლის, რომ ემყარება „ლეისიტეს“ ფრანგულ დოქტრინას:
თუმცა, იხილეთ აგრეთვე ეოინ დალის (Eoin Daly) შესანიშნავი ანალიზი
პასუხი ამ პრეტენზიის საპასუხოდ, ვინც ვარაუდობს, რომ ლეისიტეს იდეა
საუკეთესოდ არის გაგებული, როგორც პოლიტიკური ლიბერალიზმის
უაღრესად ინტერვენციული ვარიანტი: E. Daly, „Religious Liberty and the
Rawlsian Idea of Legitimacy: The French Laïcité Project between
Comprehensive and Political Liberalisms“ (2010) 5 *Religion and Human
Rights* 11-41.

³² იხ. საზოგადოებრივ ადგილებში მთელი სახის თავშალით დაფარვის
საკანონმდებლო აკრძალვის შესახებ მიღებული საფრანგეთის საკონს-
ტიტუციო საბჭოს (French Conseil constitutionnel) გადაწყვეტილება, CC,
Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010. იხ. აგრეთვე ფრანგული „გე-
რინის ანგარიში“ (Gerin Report) თავშალის საკითხის შესახებ, რომელიც
ნაწილობრივ აისახა საკანონმდებლო აქტებში: იხ. *Rapport d'information au
nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le
territoire national*, National Assembly, Paris, January 26, 2010; იხ. აგრეთვე
„სტაზის კომისიის“ (Stasi Commission) დასკვნები საჯარო საშუალო
სკოლებში თავსაბურავის ტარების შესახებ, *Commission de reflexion sur l*

მსგავსად, როდესაც საქმე ეხება შეკითხვას, თუ როგორ უნდა შენარჩუნდეს სახელმწიფო ნეიტრალიტეტი საზოგადოებრივ სფეროში, ევროპაში არსებითად განსხვავებული მიდგომები არსებობს იმის განსაზღვრასთან დაკავშირებით, მოიაზრებს თუ არა თანასწორობა სეკულარიზმს,³³ რა ფარგლებით უნდა მიაღწიოს სამართალმა და პრაქტიკამ განსაკუთრებული სტატუსი დამკვიდრებულ რელიგიურ და კულტურულ ტრადიციებს,³⁴ ან ორგანიზებულ რელიგიასთან დაკავშირებული ორგანიზაციები უნდა გათავისუფლდნენ თუ არა თანასწორობის სამართლის იმ ნორმათა მიერ დაწესებულ მოთხოვნებთან სრული შესაბამისობიდან, რომლებიც ეხება გენდერულ, სქესობრივი ორიენტაციისა და რელიგიურ დისკრიმინაციას.³⁵

არსებითი განსხვავებები მიდგომებს შორის ასევე არსებობს, როდესაც საქმე ეხება ასაკობრივი თანასწორობისა და თაობათაშორისი სამართლიანობის საკითხებს. მაგალითად, Deborah Mabbett-მა აღნიშნა, რომ დიდი ბრიტანეთის ინდივიდუალისტურ, ლიბერალურ ბაზარზე ორიენტირებულ დასაქმების სისტემას, სადაც ინდივიდუალური საპენსიო შეთანხმებები ხშირად პირდაპირ დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის თანხმდება, უფრო მარტივად შეძლება შეიცვალოს, რათა ანტიდისკრიმინაციულ კანონმდებლობასთან შესაბამისი გახდეს, ვიდრე, მაგალითად, გერმანულ მოდელს, რომელიც გაცილებით უფრო მაღალი ხარისხით ეყრდნობა საპენსიო შეთანხმებების მიღწევას მოღვაწეების კოლექტიურად წარმოების გზით და რომლის ფუნქციონირების მოშ-

'application du principe de Laïcité dans la République (Palais de l'Elysee, Paris, 2003).

³³ იმის დასადასტურებლად, რომ „სეკულარული კონსტიტუციონალიზმი“ აუცილებელია „ქალის, ჰომოსექსუალებისა და განსხვავებული აზრის მქონე ადამიანის უფლებების დასაცავად“, იხ. F. Raday, 'Secular Constitutionalism Vindicated' (2009) 30(6) Cardozo Law Review 2769-89.

³⁴ იხ., მაგ., გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება ჯვარცმის (No2) საქმეზე, BVerfGE 93, 1; 1 BvR 1087/91.

³⁵ იხ., მაგ., „თანასწორობის შესახებ“ 2010 წლის დიდი ბრიტანეთის კანონის 9(3) ნორმები, რამაც გამოიწვია მნიშვნელოვანი საპარლამენტო დისკუსია კანონპროექტის მიღების დროს.

ლაც და „დახარვეზება“ ასაკის საფუძველზე განხორციელებულ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებულ საჩივრებს შეუძლია.³⁶ როგორც მამბეტი ამტკიცებს, მიდგომის ამ განსხვავებამ შესაძლოა ახსნას, გერმანიის სასამართლოებიდან რატომ იგზავნება ასაკის საფუძველზე განხორციელებული დისკრიმინაციის საქმეთა არაპროპორციული რაოდენობა ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოში.

უფრო მეტიც, საპენსიო ასაკი და ასაკთან დაკავშირებული სხვა შეზღუდვები დასავლეთ ევროპის სოციალ-დემოკრატიულ სახელმწიფოებში უფრო ხშირად ინტეგრირებული სოციალური მხარდაჭერის კომუნალური არქიტექტურის ნაწილად, ვიდრე ეს დიდი ბრიტანეთის მსგავს ნეო-ლიბერალური ქვეყნების შემთხვევებში ხდება ხოლმე. მაგალითად, კოლექტიური შეთანხმებები და ეროვნული სოციალური ხელშეკრულებები ესპანეთში, საფრანგეთსა და სხვა ქვეყნებში ხშირად სარგებლობენ სავალდებულო საპენსიო ასაკის სისტემით, რათა უზრუნველყონ შენატანზე დაფუძნებული პენსიების სტრუქტურირება და შენარჩუნება, რაც მათი სოციალური უსაფრთხოების საკვანძო ნაწილს ქმნის. ამ ქვეყნებში კოლექტიურ ხელშეკრულებებში ხშირად იყენებენ სავალდებულო საპენსიო ასაკს, რათა მათ მაღალსტრუქტურირებულ კადრებში დანაშაულებისა და კარიერის განვითარების გზები გახსნან. ეს იმას ნიშნავს, რომ ამ წევრ სახელმწიფოებში ასაკობრივი დისკრიმინაციის ირგვლივ მიმდინარე სამართლებრივი და პოლიტიკური დებატები ხშირად უფრო მეტად ფოკუსირებულია კარიერის განვითარების, კოლექტიური და დაგროვებითი სოციალური უზრუნველყოფის სისტემების შენარჩუნებისა და თაობათა შორის სამართლიანობასთან დაკავშირებული საკითხების ირგვლივ არსებულ შეკითხვებზე, ვიდრე ეს იქნება დიდ ბრიტანეთსა და სხვა ნეო-ლიბერალურ სახელმწიფოებში. ეს იმასაც ნიშნავს, რომ ასაკობრივ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული ევროპულ ნორმებს შესაძლებელია ამ სახელმწიფოებში ჰქონდეთ მადესტაბილიზირე-

³⁶ D. Mabbett, "EU Age Discrimination Law in Germany and the UK: Legal Imitant and Reform Lever", paper on file with the author.

ბელი პოტენციალი და დაემუქრონ სოციალური დაცვის კარგად დანერგილ სისტემებს, ვიდრე ეს დიდი ბრიტანეთის მსგავს ქვეყნებში მოხდება.³⁷

მიდგომის ნაწილში არსებული ეს განსხვავებები მხოლოდ წევრ სახელმწიფოებს შორის არ გვხვდება: აზრთა მკვეთრი სხვადასხვაობა, აგრეთვე, არსებობს წევრ სახელმწიფოებს შორის იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა განიმარტოს და გავრცელდეს დისკრიმინაციის აკრძალვის კანონმდებლობა. ზოგიერთ ქვეყანაში სერიოზული პოლიტიკური ბრძოლის ხაზები გაჩნდა, როდესაც საქმე ისეთ საკითხებს ეხება როგორიც ჰომოსექსუალ პირთა უფლებები, დომინანტური ეკლესიის სტატუსი და სხვა „ცხელი“ საკითხებია. სხვა ქვეყნებში მყიფე კომპრომისებსაც ხშირად პქონდა ადგილი, რომელიც არასტაბილურად გამოიყურება და ადგილს ტოვებს კამათისთვის: შესაძლოა ისინი ხშირად მოწყვლადებიც კი აღმოჩნდნენ ანტიდისკრიმინაციული ევროპული ნორმების მზარდი მასშტაბის წყალობით.³⁸

როდესაც ვმსჯელობთ ამ უთანხმოების, დაძაბულობისა და გაურკვევლობის უამრავ სფეროზე, ცხადია, პან-ევროპული „ურთიერთმფარავი კონსენსუსი,“ რომელიც საფუძვლად უდევს ანტიდისკრიმინაციული სამართლის განვითარებას, ხშირად ზედაპირული და ზერელეა, როდესაც საქმე კონკრეტულ დეტალებზე მიდგება. საერთო ღირებულებები, რომლებიც ანტიდისკრიმინაციულ ევროპულ ღირებულებათა დებულებებშია მოცემული და სამართლებივი ნორმები, რომლებიც მათ ოპერაციულ ტექსტებშია თავმოყრილი, ალბათ, Cass Sunstein-ის ტერმინოლოგიას თუ გამო-

³⁷ იხ. შესანიშნავი ანალიზი in D. Mabbett, 'Age Discrimination in Law and Policy: How the Equal Treatment Directive Affects National Welfare States', forthcoming in M. Ross and Y. Borgmann-Prebil (eds) *Promoting Solidarity in the European Union* (Oxford: OUP, 2010).

³⁸ მაგალითები მოიცავს გერმანიის ზოგიერთ მინაზე კათოლიკური ეკლესიის აღიარებას 1880-იანი წლების ბისმარკის კულტურათაშორისი ბრძოლის შემდეგ, რაც ასახულია ჯვარცმის (No. 2) საქმეში, რომელიც ციტირებულია ზემოთ 34-ე სქოლიოში და რთულ ურთიერთობებს რელიგიურ სკოლებსა და სახელმწიფო საგანმანათლებლო დაწესებულებას შორის დიდ ბრიტანეთში.

ვიყენებთ, საუკეთესოდ გადმოიცემა როგორც „ზერელედ-თეორეტიზებული“ კონცეფციების ჩამონათვალი.³⁹ არსებობს თანხმობა „შუალედური დონის“ გარკვეულ პრინციპებზე, რომლებიც ამ ნორმების შექმნაში იღებენ მონაწილეობას, თუმცა არსებობს სიღრმისეული უთანხმოებები როგორც ამ ნორმების ფილოსოფიური საფუძვლების, ისე იმ შედეგების შესახებ, რომლებიც წარმოიშობა ამ ნორმების გარკვეულ სიტუაციებში გამოყენების შედეგად.⁴⁰

საერთო საფუძვლის ეს ნაკლებობა ჩანს ბოლოდროინდელ პოლიტიკურ და სამართლებრივ დაპირისპირებებში, რომლებიც გაჩაღდა თანასწორობისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის ირგვლივ არსებული საკითხების გარშემო. ბოლო პერიოდში, ბევრმა ევროპულმა ქვეყანამ მოახდინა ისეთი პოლიტიკის იმპლემენტირება, რომელიც, როგორც ჩანს, ეწინააღმდეგება თანასწორობისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის ზოგიერთ პანევროპულ ნორმას, რომლის პატივისცემის ვალდებულებაც იკისრეს. იტალიის მიერ ბოშა უმცირესობებისადმი განხორციელებული მოპყრობა ამის ნათელი მაგალითია⁴¹ ისევე, როგორც მუსლიმი უმცირესობების მიზანში ამოღება მათი ბევრ სხვადასხვა ევროპულ ქვეყანაში დისკრიმინაციულ მოპყრობისთვის დაქვემდებარების კუთხით.⁴²

³⁹ C. Sunstein, 'Incompletely Theorized Agreements' (1995) 108 Harv. L. Rev. 1733-1772, 1739-40.

⁴⁰ მსგავსი არგუმენტი მოყვანილია „დისკრიმინაციის აკრძალვის შესახებ“ გაერთიანებული სამეფოს კანონში in C. O'Cinneide, „Fumbling Towards Coherence: The Slow Evolution of Equality Law in England and Wales“ (2006) Northern Ireland Legal Quarterly 57-102.

⁴¹ იხ. ფაქტები, აღწერილი სოციალური უფლებების ევროპული კომიტეტის დასკვნებში, კოლექტიური საჩივარი No. 58/2009 *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, Decision of 6 July 2010.

⁴² იხ., მაგ., დიდ ბრიტანეთში CCTV სათვალთვალო ზომების გამოყენება ბირმინგემში მუსლიმი მოსახლეობის დიდი ნაწილის მონიტორინგისთვის, reported at BBC News, "Mistakes made" over Birmingham surveillance cameras", 25 October 2010, available at <http://www.bbc.co.uk/news/uk-englandbirmingham-11616278> (last accessed 1 November 2010); და გერმანიაში, კიოლნში მეჩეთის მშენებლობის წინააღმდეგ პროტესტი, as reported by J. Burke, "Mosque stirs racial passion in Germany", The Guardian, 15 th July 2007, at

ბოლოდროინდელი უთანხმოება, რომელიც საფრანგეთის მთავრობის მიერ ბოშათა საზოგადოების მიზანში ამოღებას აშკარად გასდევდა ფონად, მათი რუმინეთში გაძევებისა და დაბრუნების კუთხით, როგორც ჩანს, ამის კიდევ ერთი დასტურია.⁴³

აქვს თუ არა მნიშვნელობა კონსესუსის არარსებობას?

შესაძლებელია ვიდავოთ, რომ რაღაც უფრო მეტის არარსებობას, ვიდრე ურთიერთმფარავი პანევროპული კონსენსუსის ელემენტების არსებობაა ამ სფეროში, არ აქვს განსაკუთრებული მნიშვნელობა. ევროპული კავშირის სამართლის უდიდეს ნაწილზე შესაძლოა ითქვას, რომ მსგავსი სიტუაციიდან აღმოცენდა: Cesare Spinelli-მა აღნიშნა, რომ „მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს იურისპრუდენცია უნდა მივაკუთვნოთ ხელშეკრულების განუზრახველი შედეგების რიგებს, ვიდრე მათი ავტორების ნების პროდუქტებს.“⁴⁴ მაგალითად, მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს გენდერული თანასწორობის შთამბეჭდავი პრეცედენტული სამართალი აღმოცენდა ევროპული კავშირის წევრ სახელმწიფოებს შორის მიღწეული ძალიან ბუნდოვანი შეთანხმებიდან, რომ რაიმე ელონათ გენდერული უთანასწორობის წინააღმდეგ.⁴⁵ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი სათავეს იღებს მსგავსი „ზერელედ-თეორეტიზებული“ ადამიანის უფლებების ბუნდოვანი პრინციპების ერთგულებიდან.

http://observer.guardian.co.uk/world/story/0,,2_126622,00.html (last accessed 1 November 2010).

⁴³ ოფიციალური დოკუმენტიდან გაჟონილი ინფორმაციის საფუძველზე ირკვევა, რომ ბოშების დასახლებები მიზნად ისახავდა ეთნიკურ ნიშანს, რაც, როგორც ჩანს, წინააღმდეგობაში მოდის რასობრივი თანასწორობის ღირებულებასთან დაკავშირებულ ღირებულებებთან მაშინაც კი, თუ ბოშების კანონიერება სადავოა. იხ. BBC News, "Sarkozy denounces EU commissioner's Roma remarks", 16 September 2010, at <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-11332189> (last accessed 1 November 2010).

⁴⁴ იხ. C. Spinelli, 'The Kelsen/Schmitt Controversy and the Evolving Relations between Constitutional and International Law' (2010) 23(4) Ratio Juris 493-504, 502.

⁴⁵ იხ. E. Ellis, EU Anti-discrimination Law (2nd ed.)(Oxford: OUP, 2005).

დამატებით, გენდერული თანასწორობის ირგვლივ არსებული მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულმა სამართალმა (და ეროვნული სასამართლოების პრაქტიკა, რომელთა ფარგლებშიც ანტიდისკრიმინაციული სამართლის სხვა ტიპი გამოიყენებოდა, ისეთი, როგორიც მაგალითად, დიდი ბრიტანეთის რასობრივი ურთიერთობების კანონმდებლობა იყო) ნათელყო, როგორ უნდა განიმარტოს და გავრცელდეს პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაციის კონცეფციები. მაშასადამე, ერთი შეხედვით, არსებითი პანევროპული კონსენსუსის არარსებობა, როდესაც საქმე თანასწორობასა და დისკრიმინაციის ამკრძალავ ნორმებს ეხება, არ უნდა წარმოადგენდეს სერიოზულ დაბრკოლებას დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის მიმდინარე განვითარებისთვის.

ამასთან, გონივრული იქნებოდა, არ გამოგვეჩინა გადაჭარბებული თვითკმაყოფილება იმის ვარაუდით, რომ წინა წარმატებები შესაძლოა მარტივად განმეორდეს. ფუძემდებლურ პრინციპთა შესახებ მკაფიო ნორმატიული შეთანხმების არარსებობა შესაძლებელია მნიშვნელოვანი დაბრკოლება აღმოჩნდეს ანტიდისკრიმინაციული სამართლის განვითარებისთვის, რადგან იგი ხდება მოწყვლადი კონკურენტული ინტერპრეტაციების წინაშე, დაზარალებული მხარეების მიერ მათი დიქტატისადმი „წინააღმდეგობის გაწევით“ და მისი ლეგიტიმურობის პირდაპირი გამოწვევითაც კი. კერძოდ, არსებითი პანევროპული კონსენსუსის არარსებობამ შეიძლება მოახდინოს სასამართლოს როლის დესტაბილიზაცია, განსაკუთრებით კი ევროპული სასამართლოებისა, ანტიდისკრიმინაციული სამართლის უამრავი განსხვავებული გზით გავრცელებასა და განმარტებაში. იმ საკითხის სიღრმისეულად გამოკვლევა, თუ როგორ შეიძლება ამის განხორციელება, ნამდვილად ღირს.

„არასასურველ პასუხისმგებლობასთან გამკლავება“:

სასამართლოების პრობლემური როლი

ანტიდისკრიმინაციული სამართლის გამოყენებისას

ის, თუ როგორი მიდგომა აქვთ სასამართლოებს ანტიდისკრიმინაციულ ნორმებთან, ზოგჯერ, წარმოდგენილია ფორმალის-

ტურ და ტექნოკრატიულ პროექტად, რომელიც მოიცავს ისეთი სამართლებრივი კონცეფციების ფორმალურ გამოყენებას, როგორიც ირიბი დისკრიმინაციაა, დავების გადაჭრის არსებული სასამართლო პრაქტიკის შესაბამისად. თუმცა, სინამდვილეში, ხშირად ბუნდოვანი იქნება, ანტიდისკრიმინაციული სამართალი როგორ უნდა გავრცელდეს კონკრეტულ შემთხვევებში: მისი არსებითი შინაარსი შესაძლებელია ღია იყოს უამრავი ნორმათგანმარტებითი ვარიაციისთვის. მაშასადამე, ანტიდისკრიმინაციული ნორმების ინტერპრეტაციისა და გამოყენებისას, ხშირად სასამართლოები მნიშვნელოვან განმარტებით სივრცეს ფლობენ.

მაშინაც კი, როდესაც საქმე ეხება ანტიდისკრიმინაციულ კანონმდებლობას, რომელიც, ერთი შეხედვით, შესაძლოა ჰგავდეს ტექნიკურ, ზუსტ და პირდაპირ *lex specialis*, როდესაც აღნიშნულის შედარება ხდება თანასწორობის ისეთ ღია ნორმებთან, როგორიც, მაგალითად, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-14 მუხლია – სასამართლოს რელევანტური სამართლის გავრცელებისას მაინც მოუწევს იმ მიზნების იდენტიფიცირება, რომლის მისაღწევადაც არის კანონმდებლობა მოდელირებული; ასევე, თუ რა მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს იმ უამრავ ფაქტორს, რომელიც ნამდვილ პროფესიულ მოთხოვნაშია ინკორპორირებული; ასევე, გონიერი მისადაგებისა და ობიექტური დასაბუთების ტესტები და მოუწევს განსაზღვროს, დასაბუთებულია თუ არა სამართლებრივი ტექსტების ვიწროდ და ფართოდ განმარტება განსხვავებულ ფაქტობრივ გარემოებებში. ეროვნული სამართლით, ხშირად, შესაძლებელია, განხორციელდეს სასამართლოს ინტერპრეტაციისთვის დარჩენილი სივრცის კიდევ შემცირება: მაგალითად, გაერთიანებული სამეფოს 2006 წლის შრომითი თანასწორობის (ასაკობრივი) რეგულაციები წარმოადგენდა მცდელობას, ყოფილიყვნენ მომეტებულად პრესკრიფციულები, როდესაც საქმე ეხებოდა იმ გარემოებების განსაზღვრას, რომელშიც ბონუსების გაცემა შეიძლება დაფუძნებოდა სამუშაო სტაჟს და როდესაც დამსაქმებლებს შეუძლიათ ისარგებლონ საპენსიო ასაკის სავალდებულო სისტემით, მაშინ როდესაც თანასწორობის 2010 წლის აქტი ადგენდა დეტალურ მონესირებას ზოგადად განათლების, კონკრეტულად

კი პოზიტიური ღონისძიების ირგვლივ. თუმცა, საუკეთესო შემთხვევაში, ეროვნული კანონმდებლობით შესაძლებელია მხოლოდ ნაწილობრივ შეიზღუდოს ის სივრცე, რომელიც რომელიმე კონკრეტულ სფეროში სამოსამართლო ინტერპრეტაციისთვისაა დარჩენილი და ნებისმიერ შემთხვევაში, უმეტესწილად ექვემდებარება ევროკავშირის დირექტივებისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მოთხოვნებს, რომელიც საბოლოო ანალიზისას უამრავ ფუძემდებლურ საკითხს გადასაწყვეტად საბოლოოდ მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოსა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს უტოვებს.

შედეგად, ეროვნულ და ევროპულ სასამართლოებს ეკისრებათ ანტიდისკრიმინაციული სამართლის განმარტებისა და გავრცელების საკვანძო პასუხისმგებლობა და, რა თქმა უნდა, არსებობს მოლოდინი, რომ ამ როლს კოჰერენტულ, თანმიმდევრულ და ნორმატიულად დახვეწილი მანერით შეასრულებენ. თუმცა არსებითი პანევროპული შეთანხმების არარსებობის პირობებში, იმის შესახებ, თუ რისგან უნდა შედგებოდეს ასეთი ნორმატიული მიდგომა, სასამართლოები, მართლაც, თვითონვე აღმოჩნდნენ ამ პასუხისმგებლობის განწევის წინაშე – მათ არასასურველ პასუხისმგებლობასთან გამკლავება მოუწიათ. ეს მათ მძიმე ტვირთს აკისრებს ქმედითი და თანმიმდევრული იურისპრუდენციის განვითარებაში. თუმცა აღნიშნული მათ ასევე მოწყვლადს ხდის იმ შეტევების პირისპირ, რომლებიც მათი დასკვნების ლეგიტიმურობასა და მათი განსჯის საფუძველზე მიღებულ შედეგებს ხდიან სადავოდ, რამდენადაც, სადავო გადაწყვეტილებები, ხშირად, კრიტიკოსთა პერსპექტივიდან, აღიქმება რომ მართოდენ სასამართლოს თვითნებობით იყო მიღებული. საკმარისია მხოლოდ თვალი შევავლოთ დაპირისპირებებს, რომელიც წარმოიშვა ამერიკის შეერთებულ შტატებში, გერმანიასა და სხვა სასამართლოების მიერ მიღებული გადაწყვეტილებებით ეკლესია/სახელმწიფოს საკითხებზე, სეგრეგაციისა და რელიგიური მხარდაჭერის ირგვლივ, რათა წარმოგენა შევიქმნათ იმ სივრცეების ავბედიითი ბუნების შესახებ, რომლის გადაკვეთაც სასამართლოებს უწევთ, როდესაც თანასწორო-

ბისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის კომპლექსური საკითხების შესახებ გადანყვეტილების მიღების პრეროგატივა ხელთ მათ აქვთ.

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო ამ კონტექსტში განსაკუთრებული პასუხისმგებლობის მატარებელია: მისი იურის-პრუდენცია განსაზღვრავს ეროვნულ სამართალს ევროპის მასშტაბით. თუმცა, ბოლო პერიოდში მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს ზოგადი როლი ახალი თავდასხმის წინაშე აღმოჩნდა: მისი გადანყვეტილებების ლეგიტიმურობა უფრო და უფრო სადავო ხდება პოლიტიკურ დონეზე, რაზეც მოწმობს გაფიცვის უფლების ირგვლივ მიღებული მისი ბოლოდროინდელი სასამართლო გადანყვეტილებების შედეგად წარმოშობილი დაპირისპირება. უფრო მეტიც, არსებობს ნიშნები, რომ ეროვნული სასამართლოები გარკვეულწილად გაღიზიანებულები არიან ევროკავშირის სამართლის უზენაესობის უღელქევემ, რაც დემონსტირებულია გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს გამაფრთხილებელი გასროლით ევროპული კავშირის ინტეგრაციის მშვილდით, რომლის შესახებაც მან მიუთითა ლისაბონის ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით მის მიერ გამოტანილ გადანყვეტილებაში.⁴⁶

მანგოლდის წინააღმდეგობა: პოზიტიური მაჩვენებლები და გადაუჭრელი დაძაბულობა

ცხადი ნორმატიული უნივერსალური კონსენსუსის არარსებობა, როდესაც საქმე ეხება დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართალს და მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მოწყვლადობა იმ ბრალდებათა წინაშე, რომლებიც ლეგიტიმური როლის გადაჭარბებაზე მიუთითებს, უკვე შავით თეთრზე აისახა დაპირისპირებით, რომელიც სასამართლოს გადანყვეტილებით ამოიფრქვა საქმეში *Mangold v Helm*, რომელიც სასამართლოს პირველი საქმე

⁴⁶ იხ. J. Merkens, "We Want Our Identity Back" - ეროვნული სუვერენიტეტის აღორძინება ლისაბონის ხელშეკრულების შესახებ (2010) გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებაში Public Law, July 2010, 530-550.

იყო დისკრიმინაციის აკრძალვის „ახალი“, პოსტ-2000 წლის საფუძვლებთან დაკავშირებით.

მანგოლდის საქმე ეხებოდა ასაკზე დაფუძნებულ გამონაკლისს, რომელიც ვადიანი ხელშეკრულებების გამოყენების დასარეგულირებლად 2002 წელს მიიღეს გერმანიის შრომის კოდექსის ზოგადი დებულებების თავში, რომელიც დამსაქმებლებს უფრო მეტ თავისუფლებას ანიჭებდა, ასეთი ხელშეკრულებები დაედოთ 58 წელზე მეტი ასაკის მქონე დასაქმებულებთან, როგორც მთავრობის სტრატეგიის ნაწილი, რათა ნახალისებულიყო დამსაქმებელთა ინიციატივა, უფრო მეტი რაოდენობით დაესაქმებინა ამ კატეგორიას მიკუთვნებული ადამიანები.⁴⁷ ეს გამონაკლისი სადავო გახდა იმ საფუძვლით, რომ წარმოადგენდა ასაკის საფუძველზე განხორციელებულ დაუსაბუთებელ დისკრიმინაციას, თუმცა მოთხოვნას ის ფაქტი ართულებდა, რომ ჩარჩო თანასწორობის დირექტივაში მოცემული ასაკთან დაკავშირებული ანტიდისკრიმინაციული ჩანაწერები გერმანიაში არ მოქმედებდა იმ დროს, როდესაც სამართლებრივი მოქმედების განხორციელება დაიწყო: გერმანიამ ისარგებლა ამ დებულებათა შესასრულებლად 2006 წელს გადანეული ბოლო ვადით.

მიუხედავად ამისა, მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ გადაწყვეტილებით დაადგინა, რომ დირექტივა განსაზღვრავს „ზოგად ჩარჩოს“ შრომით და დასაქმებით სფეროებში თანაბარი მოპყრობის უკვე არსებული და დაფუძნებული ზოგადი პრინციპისთვის სამართლებრივი ეფექტის მისაცემად, რომელიც სასამართლომ ევროპული საზოგადოების სამართლებრივი ნებსრიგის ფუნდამენტურ ნორმად მიიჩნია. შემდეგ სასამართლომ დაადგინა, რომ ეროვნული კანონმდებლობა, რომელიც ეწინააღმდეგება

⁴⁷ შესაბამისი დებულებები იყო 14 (3) მუხლის მეოთხე წინადადება, 14 (3) მუხლთან ურთიერთკავშირში, პირველი წინადადება კანონის ნახევარ განაკვეთზე მუშაობის და ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების შესახებ და შრომის სამართლის დებულებებში ცვლილებებისა და გაუქმების შესახებ: ფაქტობრივად, დამსაქმებლებს აღარ მოეთხოვებოდათ იმის დემონსტრირება, რომ 58 წელზე უფროსი ასაკის მუშაკებთან ვადიანი ხელშეკრულების დადება ობიექტურად გამართლებული იყო იმ გარემოებებში.

თანაბარი მოპყრობის ამ ზოგად პრინციპს, არ უნდა გამოყენებულიყო ეროვნული სასამართლოების მიერ იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც დირექტივის შესაბამისი დებულებები ჯერ კიდევ არ იყო სამართლებრივად მბოჭავი შესაბამისი ქვეყნისთვის.⁴⁸ ბოლოს, მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ დაასკვნა, რომ 2002 წლის კანონმდებლობით ხანდაზმული დასაქმებულებისათვის მიკუთვნებული ნაკლებად ხელსაყრელი მოპყრობა წარმოადგენდა ასაკის საფუძველზე განხორციელებულ განსხვავებულ მოპყრობას, რომელიც ობიექტურად ვერ დასაბუთდებოდა და, მაშასადამე, იყო დისკრიმინაციული.

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება შემდგომში მუდმივ კრიტიკას განიცდიდა გერმანიაში.⁴⁹ კრიტიკა განსაკუთრებით გადაწყვეტილების ორ ასპექტს ეხებოდა: პირველი, სასამართლოს სურვილი, ელიარებინა თანასწორობისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის ზოგადი პრინციპის არსებობა, რომელიც მოიცავდა ასაკის საფუძველზე განხორციელებული დისკრიმინაციის ახალ საფუძველს, მიუხედავად იმისა, რომ ეს საფუძველი არ ყოფილა გათვალისწინებული ევროპული კავშირის წევრი სახელმწიფოების აბსოლუტური უმრავლესობის დისკრიმინაციის აკრძალვის ეროვნული სამართლით, და მეორე, სასამარ-

⁴⁸ ამ შედეგის მისაღწევად, სასამართლო ნაწილობრივ დაეყრდნო „გარემოზე ურთიერთქმედების დოქტრინას“, რომლის თანახმად, წევრმა სახელმწიფომ გამოყოფილი პერიოდის განმავლობაში უნდა უზრუნველყონ დირექტივის ეროვნულ დონეზე განხორციელება, „თავი შეიკავონ ნებისმიერი ქმედებისგან, რამაც შეიძლება საფრთხე შეუქმნას დადგენილ შედეგს.“ იხ. საქმე C129/96 *Inter-Environnement* [1997] ECR I-7411.

⁴⁹ იხ. მაგალითად, მანგოლდის დისკუსია in F. Kuitenbrouwer, „Onbescheiden Rechters“, NRC Handelsblad, 7 February 2006, და კრიტიკა გამოხატული ლ.ა.ჯ. სენდერის მიერ (L.A.J. Senden), *Over ideale en ideale rechtsvorming in de Europese Unie*, inaugural lecture, University of Tilburg, 10 March 2006, ტექსტი ხელმისაწვდომია at <http://www.uvt.nl/webwijis/show.html?anr-687502>,. ორივე ნაშრომი შეჯამებული და განხილულია in J. Jans, „The Effect in National Legal Systems of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Age as a General Principle of Community Law“ (2007) 34(1) *Legal Issues of Economic Integration* 53-66, 60.

თლოს მზაობა გამოეყენებინა, ეს აბსტრაქტული ზოგადი პრინციპი იმ კანონმდებლობის გაუვრცელებლობის საფუძველად, რომელიც წინ უსწრებდა დირექტივის ძალაში შესვლას, რომლითაც არსებითი თვალსაზრისით, ზოგად პრინციპს პირდაპირი პორიზონტალური ეფექტი მიანიჭა, თითქოს ურთიერთობა კერძო დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის ყოფილიყო.

კერძოდ, გერმანიის რესპუბლიკის ყოფილმა პრეზიდენტმა და გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეზიდენტმა რომან ჰერცოგმა (Herzog) მკაცრად გააკრიტიკა *Mangold*-ის გადაწყვეტილება თანაავტორობით გამოქვეყნებულ საგაზეთო სტატიაში, რომლითაც გააკრიტიკა ის, რაც მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მხრიდან გადაჭარბებული სამოსამართლეო აქტივიზმად იწოდა.⁵⁰ სტატიაში ნათქვამი იყო, რომ სასამართლოს მხრიდან „შეთხზული“ იყო ევროკავშირის სამართალში თანასწორობის ზოგადი პრინციპის არსებობა, რომელიც იმდენად ფართო იყო, რომ ასაკობრივ საფუძველსაც ფარავდა და ასევე ამტკიცებდა, რომ რამდენადაც ასაკობრივი დისკრიმინაციის საკითხებს თითქმის არ წარმოუშვიათ „ტრანსსასაზღვრო“ ზეგავლენის რაიმე პრობლემა, მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო უნდა მიმხრობოდა ეროვნულ დონეზე გადაწყვეტილების მიღების პრაქტიკას ჩარჩო თანასწორობის დირექტივით დადგენილი ასაკობრივი ჩანაწერების გავრცელებასთან დაკავშირებით.⁵¹

Mangold-ის გადაწყვეტილებაზე განხორციელებული ჰერცოგის შეტევით, რომელიც ამ შემთხვევაში, ცხადია, გერმანიის იურიდიული საზოგადოების წამყვანი ფიგურიდან მოდიოდა, ხაზი არსებითად გაესვა ამ სფეროში ცხადი პანევროპული კონსენსუსის არარსებობას, როდესაც საქმე ეხებოდა ასაკობრივი დისკრიმინაციის აკრძალვის მნიშვნელობასა და სტატუსს და აგრეთვე, როდესაც საქმე ეხება იმ როლს, რომელიც მართლმსაჯულების ევროპულმა

⁵⁰ ამ სტატიის ინგლისური თარგმანი შეგიძლიათ ნახოთ: R. Herzog and L. Gerken, „Stop the European Court of Justice“, EU Observer, 10th September 2008.

⁵¹ იხ. აგრეთვე L. Gerken et al., *Mangold' als ausbrechender Rechtsakt* (München: Sellier, 2009).

სასამართლომ უნდა შეასრულოს იმ ეროვნული ღონისძიებების კანონიერების შემოწმებისას, რომლებიც ანტიდისკრიმინაციული სამართლის მოქმედების ფარგლებში ექცევა. პერცოგის კრიტიკამ, ასევე, გამოხმაურება ჰპოვა გენერალური პროკურორის, ჯილჰოიდის (Geelhoed) მოსაზრებებში შეზღუდულუნარიანობის საფუძვლით განხორციელებული დისკრიმინაციის საქმეში *Chacón Navas*⁵² და გენერალური პროკურორის მაზაკის (Mazák) მოსაზრებებში, ასაკობრივი დისკრიმინაციის შესახებ საქმეებში *Palacios de la Villa* და *Age Concern cases*.⁵³ ორივე გენერალური ადვოკატის მოსაზრებით, თანაბარი მოპყრობის ზოგადი პრინციპი მეტად ბუნდოვანი სამართლებრივი კონცეფცია იყო მისი იმგვარად გამოსაყენებლად, როგორც ეს სასამართლომ *Mangold*-ის საქმეში განახორციელა: ორივე, უფრო შორს წავიდა და თანასწორობის ჩარჩოს დირექტივის გავრცელებისას, სასამართლოს უფრო „შეზღუდული“ მიდგომის მიღებისკენ მოუწოდა, რასაც დაემატა გენერალური პროკურორის, მაზაკის მტკიცება *Age Concern*-ის საქმეში გამოთქმულ მის მოსაზრებაში, რომ რასისა და სქესისაგან განსხვავებით, ასაკი არ უნდა განიხილებოდეს „საეჭვო საფუძვლად.“⁵⁴

Mangold-ის დაპირისპირებამ მოგვიანებით კიდევ უფრო სერიოზული სახე მიიღო. შემდგომ კომპანია *Honeywell Bremsbelag GmbH*-მა, რომელზეც პირდაპირი გავლენა იქონია *Mangold*-ის საქმემ, პირდაპირ მოსთხოვა გერმანიის ფედერალურ სკონსტი-

⁵² C-13/05, *Chacón Navas*, [2006] ECR I-6467, Opinion of Geelhoed AG, para. 54.

⁵³ Case C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*, [2007] ECR I-8531, Opinion of Mazák AG delivered on 15 February 2007, para.86.

⁵⁴ Case C-388/07, *Age Concern England* [2009] ECR I-0000, Opinion of Mazák AG, delivered on 23 September 2008, paragraphs 74-76. იტალიის მთავრობამ ამ საქმეში მსგავსი არგუმენტები წარადგინა სასამართლოს წინაშე. გენერალური ადვოკატის Ruiz-Jarabo Colomer-მა, ზოგადად, მსგავსი რამ შესთავაზა საქმეში in Case C-267/06, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECJ, დიდი პალატა ამტკიცებს, რომ: „სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით დისკრიმინაციის უფლების „არსებითი ხასიათი“ განსხვავებულ წესს მიეკუთვნება, ვიდრე იმას, რასაც სასამართლომ მიაკუთვნა *Mangold*-ის საქმეში ასაკის მიხედვით დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპს.

ტუციო სასამართლოს განეცხადებინა, რომ მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ ამ საქმეში მიღებული გადაწყვეტილებით გადააჭარბა მისთვის მინიჭებულ კომპეტენციურ საზღვრებს და, მაშასადამე, მოსთხოვა განეცხადებინა, რომ გადაწყვეტილება არ ვრცელდებოდა გერმანულ სამართალზე. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს დისკრიმინაციის აკრძალვის პოსტ-2000 წლის საფუძვლებზე მიღებულ პირველ გადაწყვეტილებას მწვავე გამოწვევის წინაშე დგომა მოუწია გერმანულ სასამართლოებში მისი ლეგიტიმაციის საკითხთან მიმართებით და, აგრეთვე, დაექვემდებარა ინტენსიურ კრიტიკას, რომელიც მიმართულია სასამართლოს მოტივირებისკენ აღნიშნულ საკითხებს მიუდგეს უფრო ფრთხილი და საიმედო მიდგომით.

თავდაპირველად, ლუქსემბურგის სასამართლომ თითქოს უკან დაიხია ამ თავდასხმის წინაშე; მან, როგორც ჩანს, ბევრად უფრო ფრთხილი მიდგომა არჩია ასაკობრივი დისკრიმინაციის შემდგომ *Palacios de la Villa*-ისა და *Age Concern*-ის საქმეებზე, მაშინ როდესაც, მიუხედავად ყველაფრისა, უარი განაცხადა მხარი დაეჭირა იმ არგუმენტებისთვის, რომ ვინაობა უნდა განმარტებულიყო დირექტივათა მოქმედების ფარგლები. თუმცა შემდგომში *Bartsch*-ისა⁵⁵ და *Kücükdeveci*-ის⁵⁶ საქმეებში მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ კიდევ ერთხელ განამტკიცა იმ მიდგომის ძირითადი ელემენტები, რომელიც მან *Mangold*-ის საქმეში დანერგა. მან დაადასტურა, რომ დირექტივაში არსებული ასაკობრივი დისკრიმინაციის მოწესრიგება შესაძლებელია მიჩნეულიყო, როგორც თანაბარი მოპყრობის ზოგადი პრინციპის „ხორცშესხმა“, რომლის დროსაც სასამართლომ პირველად დააკავშირა ეს ზოგადი პრინციპი ძირითადი უფლებების ევროპული კავშირის ქარტიის 21-ე მუხლის პირველ პუნქტში განმტკიცებულ თანასწორობისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის უფლებასთან (რომელიც თავის

⁵⁵ C-427/06, *Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, ECJ, Grand Chamber, Judgment of 23 September 2008.

⁵⁶ Case C-555/07, *Kücükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, ECJ, Grand Chamber, Judgment of 19th January 2010.

მოქმედების ფარგლებში პირდაპირ მოიცავს ასაკს). სასამართლომ ხელახლა მიუთითა, რომ ამ პრინციპის ფუნდამენტური სტატუსი ევროპული სამართლებრივი წესრიგის ფარგლებში საჭიროებს უარის თქმას ღირეუქივასთან წინააღმდეგობაში მყოფი ეროვნული კანონმდებლობის გამოყენებაზე, რამდენადაც აღნიშნული ჩანაწერები ევროკავშირის სამართლის მოქმედების ფარგლებში ექცევა, მაშინაც კი, თუ ეს უზრუნველყოფს, რომ ღირეუქივით დადგენილ მონესრიგებას საბოლოო ჯამში პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტი გააჩნდეს.⁵⁷

მაშასადამე, მართლმსაჯულების სასამართლოს ფარხმალი არ დაუყრია და განამტკიცა ის ინოვაციური მიდგომა, რომელიც მან პირველად *Mangold*-ის საქმეში დანერგა, რომლის მიხედვითაც, ევროკავშირის ანტიდისკრიმინაციული ნორმები საკმარის კავშირში იმყოფებოდა ევროპული კავშირის სამართლის იმ ფუძემდებლურ ღირებულებებთან, მათ პირდაპირ გავრცელებას რომ მხარი დაუჭიროს თუნდაც ჰორიზონტალურ ურთიერთობებთან დაკავშირებულ კონტექსტებშიც კი. შემდგომში, გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ *Honeywell*-ის საქმეზე მიღებულ გადაწყვეტილებაში დაასკვნა, რომ მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლო არ გაცდენილა მისთვის მინიჭებულ კომპეტენციას *Mangold*-ის საქმეზე.⁵⁸

შედეგად, *Mangold*-ის დაპირისპირება შესაძლებელია მოვიხსენიოთ იმის მტკიცებულებად, რომ მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს სურვილი ექნება განავითაროს თანასწორობის პიონერული, ფართომასშტაბიანი და ინოვაციური სასამართლო პრაქტიკა ანტიდისკრიმინაციულ სფეროში არსებითი პანევროპული კონსენსუსის არარსებობის პირობებშიც კი და რომ ეროვნული სასამართლოები მზად იქნებიან მიიღონ მისი ინიციატივა: როგორც

⁵⁷ სასამართლომ მიბაძა *Sharpston AG* მაგალითს თავის მოსაზრებაში *Bartsch*-ის საქმეში და ორივეგან განმარტა, რომ პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტი მიენიჭება მხოლოდ დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართალში არსებულ ნორმებს ევროკავშირის სამართლის გამოყენების ფარგლებში.

⁵⁸ Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, Second Senate.

ჩანს, პერცოგის კრიტიკა და გენერალური ადვოკატების ჯილ-პოიდისა და მაზაკის მიერ შემოთავაზებული ძალიან განსხვავებული მიდგომები საბოლოოდ უგულვებელყოფილ იქნა. თუმცა *Mangold*-ის თავდაპირველი გადანყვეტილებით წარმოშობილი დაპირისპირების არსებობა და ინტენსივობა ასევე ასრულებს ცხადი მიმნიშნებლის როლს, რომ მნიშვნელოვანი აზრთა სხვადასხვაობა არსებობს როგორც მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს როლის კუთხით დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის განმარტებასა და ასევე, ამ ნორმების რეალურ შინაარსთან დაკავშირებით. უფრო მეტიც, არსებობს სხვა მანიშნებლებიც, რომ მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოსა და სხვა სასამართლოების მიერ დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის განმარტება სავარაუდოდ უფრო დაძაბული და სადავო პროცესი იქნება, რაც ილუსტრირებულია „ანგლოამერიკული“ მიდგომების მიმართ საგანმანათლებლო სეგრეგაციის საკითხებზე განსხვავებული აზრის მქონე მოსამართლეების მიერ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადანყვეტილებაში *D.H. v Czech Republic*⁵⁹ გამოხატული ძალიან ძლიერი დისკომფორტით.

⁵⁹ (2008) 47 EHRR 3. ამ გადანყვეტილების თანახმად, სასამართლოს უმრავლესობამ დაადგინა, რომ ჩეხეთის პრაქტიკა ბოშა ბავშვების სპეციალურ საგანმანათლებლო სკოლების სისტემაში ჩართვის შესახებ იყო საგანმანათლებლო სეგრეგაციის ფორმა, რაც მათ უზღუდავდა წვდომას იმ საგანმანათლებლო შესაძლებლობების დონეზე, რომლებიც მათ არა ბოშა თანატოლებმა გამოიყენეს და, შესაბამისად, დარღვეული იყო კონვენციის მე-14 მუხლი. უმრავლესობამ გამოიყენა აშშ-ისა და დიდი ბრიტანეთის *Prague Airport and Brown v Board of Education* გადანყვეტილებები იმის დასასაბუთებლად, რომ სეგრეგაცია და უარყოფითი მხარეები მჭიდრო კავშირშია. ამასთან, განსხვავებული მოსაზრებების თანახმად, მოსამართლეებმა იუნგვიერტმა (Jungwierf), შიკუტამ (Šikuta), ბორეგო ბორეგომ (Borrego Borrego) და ზუპანიჩმა (Zupančič) გამოხატეს უჩვეულოდ მკაცრი კრიტიკა უმრავლესობის მიდგომის მიმართ, ამტკიცებდნენ რა, რომ ბოშა ბავშვების სპეციალურ სკოლებში გადაყვანა ლეგიტიმური საგანმანათლებლო სტრატეგიაა, რომელიც ასახავს კონკრეტულ სიტუაციას და ბოშების სპეციალურ საჭიროებებს. მოსამართლე ბორეგო ბორგო განსაკუთრებით კრიტიკულად მიიჩნევდა იმას, რომ უმრავლესობის სურვილი დაეყრდნოს უფრო ფართო სოციალურ კონტექსტს და ბოშების სოციალურად დაუცველ ადგილს ევროპულ საზოგადოებებში,

დაბოლოს, დაპირისპირება ასევე ცხადად მიუთითებს დამოკიდებულების იმ დიდ ხარისხზე, რომელსაც სასამართლოებსა და დავის გადანყვეტის სხვა იურიდიულად ფორმალიზებული ფორმებისთვისაა მინდობილი ანტიდისკრიმინაციული ნორმების შინაარსის განსაზღვრისას: გადანყვეტილების მიღების ამგვარი ელიტურობისკენ მიდრეკილი პროცესი გამონწევრათა გარდაუვალი რისკის წინაშე იმყოფება, რომელიც დემოკრატიული შინაარსის ნაკლებობას განიცდის და რომელსაც სავარაუდოდ დაემატება ლეგიტიმურობის ის განსაკუთრებული საკითხები, რომელიც წარმოიშობა იმ საკვანძო როლით, რომელიც ევროპულმა სასამართლოებმა უნდა ითამაშონ. სასამართლოების როლი შესაძლებელია განსაკუთრებული დაკვირვების ქვეშ აღმოჩნდეს, როდესაც მათი გადანყვეტილებები შეეხება უკიდურესად პოლიტიკურ და კონსტიტუციური მგრძნობელობის მქონე საკითხებში, ისეთ დავებში, რომელიც, მაგალითად, სეკულარიზმს უკავშირდება. მაშასადამე, *Mangold*-ის საქმეს შესაძლებელია გამოდგეს იმ ბზარების ნიმუშად, რომ ნორმატიული კონსენსუსის საფუძველმდებარე არარსებობა და სასამართლო პროცესებზე განსაკუთრებული ფოკუსი შესაძლებელია გარდაიქმნას ანტიდისკრიმინაციული სამართლის ახალ არქიტექტურაში.

როგორც საფუძველი იმის დასადგენად, რომ ბოშა ბავშვების სეგრეგაცია წარმოადგენს მე-14 მუხლის დარღვევას: მან მიუთითა, რომ ეს შეუსაბამო იყო სასამართლოსთვის, მისი დასკვნები დააფუძნოს ამგვარ ფართო კონტექსტულ მიდგომას და აღნიშნა, რომ უმრავლესობამ თავისი გადანყვეტილება იმით დაასაბუთა, რომ მნიშვნელოვნად დაეყრდნო პრეცედენტებს „ანგლოამერიკული“ სისტემიდან, ვიდრე საკუთარ პრეცედენტულ სამართალს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, სასამართლოს აზრი ორად გაიყო საკითხზე, უნდა გამოეყენებინა თუ არა ანგლო-ამერიკული მიდგომა „არსებითი თანასწორობის“ შესახებ, რომელშიც აქცენტი კეთდება იმაზე, თუ როგორ თავსდება სადავო მოპყრობა სოციალურად დაუცველობის უფრო ფართო სქემებში, თუ უფრო ფორმალური მიდგომის მიღება იყო სასურველი, რომელიც მხოლოდ ყურადღებას გაამახვილებს კითხვაზე, ჰქონდა თუ არა ადგილი სამართლებრივი დისკრიმინაციის კონკრეტულ აქტს.

ვარიაცია, კონფლიქტი და „საფუძვლების იერარქია“: ურთიერთობა დისკრიმინაციის აკრძალვის განსხვავებულ საფუძვლებს შორის

ასევე არსებობს დაკავშირებული პრობლემაც, რომელიც მსგავსადვე მომდინარეობს არსებითი პანევროპული კონსენსუსის არარსებობიდან: კერძოდ, ნებისმიერი კარგად ორგანიზებული ნორმატიული ჩარჩოს არარსებობა, რაც სასამართლოებს უნდა დაეხმაროს იმ საკითხების გადაწყვეტაში, რომელიც წარმოშობს შეკითხვებს, თუ როდის და როგორ უნდა მიაღწიონ ქმედითი პრიორიტეტი დისკრიმინაციის აკრძალვის გარკვეულ საფუძვლებს სხვებთან შედარებით, ან როდის უნდა შეიცვალოს დისკრიმინაციის ამკრძალავი ნორმების გამოყენება დისკრიმინაციის აკრძალვის განსხვავებულ საფუძვლებში.

ხშირად ადამიანები დისკრიმინაციის აკრძალვის სხვადასხვა საფუძვლებს შორის არსებულ განსხვავებებზე ღიად საუბრისგან თავს იკავებენ. მაგალითად, დიდ ბრიტანეთში თანასწორობის 2006 წლის კანონით, თანასწორობისა და ადამიანის უფლებების ერთიანი კომისიის დაფუძნების პროცესში როგორც დიდი ბრიტანეთის მთავრობამ, ასევე კამპანიის ჯგუფებმა არაერთგზის, ხელახლა განამტკიცეს მანტრა, რომ არ არსებობს „საფუძვლების რაიმე იერარქია“, ე.ი. დისკრიმინაციის აკრძალვის განსხვავებული საფუძვლები უნდა განხილულიყო მსგავსი დატვირთვისა და სტატუსის მქონედ, როდესაც საქმე ანტიდისკრიმინაციული სამართლის გავრცელებას შეეხებოდა.

საარჩევნო კამპანიის თვალსაზრისით, საფუძვლების ეკვივალენტურობაზე ეს რიტორიკული ხაზგასმა შესაძლოა სასარგებლო ყოფილიყო განსაკუთრებით იმ მიზეზის გამო, რომ ამან შესაძლებელია მოახდინოს გარკვეული საფუძვლების, როგორიც, მაგალითად, ასაკია, მთლიანად უგულვებელყოფის პრევენცია. აგრეთვე, რა თქმა უნდა, ცხადია, შესაძლებელია დისკრიმინაციის აკრძალვის განსხვავებული საფუძვლების კონცეპტუალურ ჭრილში განხილვა, როგორც ზოგადი თანასწორობის პრინციპის ფორმალური თვალსაზრისით ეკვივალენტური გამოხატულებებისა, რაც, როგორც ჩანს, მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ

Mangold-ის საქმეში გააკეთა.⁶⁰ თუმცა დისკრიმინაციის აკრძალვის განსხვავებულ საფუძვლებს შორის ერთგვაროვანი მიდგომის შენარჩუნება, როგორც ჩანს, შეუძლებელი მისიაა.

დასაწყისისთვის, დისკრიმინაციის აკრძალვის კანონმდებლობის მოქმედების ფარგლების გაფართოება თითოეულ განსხვავებულ საფუძველზე ასახავს სამართლებრივ პასუხს განსხვავებულ და მრავალფეროვან სოციალურ პრობლემებზე, რომლებიც განსხვავებულად ვლინდება თითოეული საფუძვლის მიმართ. შედეგად, როგორც ჩანს, ისეთი კონცეფციების გავრცელებისას, როგორიც პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაციაა განსხვავებულ საფუძვლებთან მიმართებით, სასამართლოები და პოლიტიკის დამგეგმავები თავიანთ მიდგომებს იმგვარად აწესიერებენ, რომ მოხდეს განსხვავებული ისტორიული და კულტურული ფაქტორების ასახვა, რომელმაც წარმოშვა დისკრიმინაციის განსაკუთრებული პრობლემები, რაც, თავის მხრივ, თითოეული ინდივიდუალური საფუძვლიდან გამომდინარეობს.

მაგალითად, არსებითი თანასწორობის მიდგომა, ისეთი, როგორიცაა, მაგალითად, ის, რომელიც სულ უფრო და უფრო ხშირად გამოიყენება მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს გენდერული თანასწორობის იურისპრუდენციაში და დიდ ბრიტანეთში რასობრივი ურთიერთობების სამართალის სფეროში, მაინცდამაინც არ იქნება შესაბამისი, როდესაც საქმე ეხება ასაკობრივ დისკრიმინაციას, დაქვემდებარებული ასაკობრივი ჯგუფების იდენტიფიცირების სირთულის გათვალისწინებით. პოზიტიური მოქმედების ღონისძიებების ტიპები, რომელიც სულ უფრო და უფრო გამოიყენება გენდერის კონტექსტში (და სულ უფრო და უფრო რასის ქრილში, სულ მცირე დიდ ბრიტანეთში), რომლებიც იყენებენ მონიტორინგისა და სხვა ინსტრუმენტებს, რათა ხორცი შეასხან მათ მცდელობას იმის განმტკიცებაში, რომ დამსაქმებლებმა ადამიანები იმგვარად დაასაქმონ და დაანინაურონ რომ განხორციელდეს მოსახლეობის შესაბამისი ერთეულის კომპოზიციის

⁶⁰ Case C-144/04 *Mangold v Helm* [2005] ECR I-9981.

ასახვა, ჩვეულებრივ არ მიიჩნევა სასურველად, როდესაც საქმე ექსპლურ ორიენტაციას და რელიგიას ეხება.⁶¹

მსგავსი პრობლემები წარმოიქმნება შევიწროების სფეროში, რაც ილუსტრირებულია კომპლექსური და დაძაბული დებატებით დიდ ბრიტანეთში (ჩრდილოეთ ირლანდიის ჩათვლით) იმის შესახებ, შესაძლებელია თუ არა და უნდა იყოს თუ არა შევიწროვების აკრძალვის სტანდარტი, რაც საქონლისა და მომსახურების სფეროში არადისკრიმინაციულ საფუძველთანაა დაკავშირებული, გავრცელდეს რელიგიასა ან რწმენაზე.⁶² ვნებათაღელვა, რომელიც დაფიქსირდა ასეთი შევიწროვების აკრძალვის პოტენციური ზეგავლენის ირგვლივ გამოხატვისა და შეკრების თავისუფლებაზე, რომლის შესახებაც არსებობდა შიში, რომ აღნიშნულს უარყოფითი ზეგავლენის მოხდენა შეეძლო ევანგელიზაციასთან დაკავშირებულ აქტივობებზე, საბოლოოდ იმით დასრულდა, რომ ასეთი ფორმის შევიწროვება ნაწილობრივ გამოირიცხა თანასწორობის 2010 წლის აქტის მოქმედების ფარგლებიდან.

ჰარმონიული და სტანდარტიზებული ურთიერთ-საფუძვლების მიდგომის გამოყენება შეიძლება შეუძლებელი აღმოჩნდეს, როდესაც სხვადასხვა საფუძვლები ურთიერთქმედებენ და ერთმანეთთან დაძაბულობაში იმყოფებიან. მაგალითები შეიძლება მოიცავდეს ისეთ შემთხვევებს როდესაც რელიგიურ ინსტიტუტებს სურვილი აქვთ გააჩნდეთ იმის შესაძლებლობა, რომ თავი შეიკავონ გეი

⁶¹ იგივე პრობლემები შეიძლება წარმოიშვას, როდესაც საქმე ეხება პოზიტიურ ღონისძიებებს, რომელთაც მხარი უნდა დაეჭირათ სოციალურად დაუცველი ჯგუფებისათვის გასანევი სოციალური მომსახურებისთვის: დიდ ბრიტანეთში, ღონდონის საცურაო აუზებში მხოლოდ ქალების საათი იქნა გამოყენებული, რათა წაეხალისებინათ ქალთა-მეორე ამ ობიექტების ხელმისაწვდომობა (ორთოდოქსი მუსულმანებისა და ებრაელი ქალების ჩათვლით), მაგრამ წინადადებები, რომ შემდგომში მხოლოდ მუსლიმური საათები შემოღებულიყო ამ პროცესს მნიშვნელოვანი წინააღმდეგობა შეხვდა. იხ. „Row over ethnic minority only swimming sessions for women and children“, London Evening Standard, 28/12/2006, ხელმისაწვდომია <http://www.thisislondon.co.uk/news/article-23379749-row-over-ethnic-minority-only-swimming-sessions-for-women-and-children.do> (last accessed 16 July 2010).

⁶² იხ. Re *The Christian Institute* [2007] NIQB 66.

თანამშრომლების აყვანისგან, ან როდესაც თანამშრომლები ამტკიცებენ, რომ მათმა დამსაქმებლებმა მხედველობაში უნდა მიიღონ მათი რელიგიური მრწამსი და გაათავისუფლონ ისინი ერთნაირსქესიან წყვილთათვის გასაწევი სერვისების შესრულების ვალდებულებისგან. ასეთი ტიპის დავები ხშირად აღწერილია იმგვარ დავებად, რომელიც „უფლებების კონფლიქტს“ მოიცავს: თუმცა უმეტეს შემთხვევაში დისკრიმინაციის აკრძალვის პირდაპირი კონფლიქტები არ ფიგურირებს. ნაცვლად ამისა, ტიპიური შემთხვევა მოიცავს იმის განსაზღვრის საკითხს, თუ როგორ უნდა შეპირისპირდეს არადისკრიმინაციის უფლებამოსილებები ისეთ კონკურენტულ ინტერესებთან, რომლებიც უკავშირდება დისკრიმინაციის აკრძალვის სხვა საფუძვლებს ობიექტური დასაბუთების ან ნამდვილი პროფესიული კვალიფიკაციის ტესტების გავრცელების კონტექსტში. აღნიშნული გარდაუვლად საჭიროებს რელევანტური ინტერესების ნორმატიული თვალსაზრისით მონესრიგებას.

ამრიგად, არსებობს გარემოებები, როდესაც სასამართლოებსა და პოლიტიკის დამგვემავებს სჭირდებათ, რომ ანტიდისკრიმინაციული სამართლის გავრცელებისას განასხვავონ დისკრიმინაციის აკრძალვის სხვადასხვა საფუძვლები. თუმცა, კიდევ ერთხელ, როგორც ჩანს, თითქმის არ არსებობს პანევროპული კონსენსუსის მსგავსი რამ, თუ როგორ უნდა იქნეს დისკრიმინაციის აკრძალვის ნორმები გამოყენებული განსხვავებული საფუძვლების არსებობისას. მაგალითად, როგორც უკვე ზემოთ ვისაუბრეთ, *Mangold*-ის დაპირისპირება ნაწილობრივ განპირობებული იყო მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მიდგომის წინააღმდეგ გამოხატული უკმაყოფილებით, რომ ასაკი დისკრიმინაციის აკრძალვის ექვივალენტურ საფუძველს წარმოადგენდა, ისეთს, როგორიც, მაგალითად, გენდერისა და რასის საფუძვლებია.

გარდა ამისა, გაუგებარი რჩება, თუ როგორ განავითარებს მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო თავის სასამართლო პრაქტიკას თანასწორობის ამ განსხვავებული საფუძვლების ირგვლივ: სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი აქამდე ძირითადად შემოიფარგლებოდა ასაკობრივ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული შემთხვევებით და სასამართლოს მიერ მხოლოდ

ინდივიდუალურ საქმეზე იქნა მიღებული გადაწყვეტილება თითოეული რასის, შეზღუდულუნარიანობისა და სექსუალური ორიენტაციის საფუძვლების ირგვლივ და ჯერ კიდევ არ მიუღია გადაწყვეტილება რომელიმე ისეთ შემთხვევაზე, რომელიც იმდენად ჩახლართულ და კომპლექსურ სფეროს ეხება, როგორიც რელიგიური დისკრიმინაციაა. ასაკობრივი დისკრიმინაციის საქმეები, როგორც ჩანს, იმაზე მიუთითებენ, რომ პრაქტიკაში სასამართლო განავითარებს გარკვეული სახის მიდგომას, რომელიც საფუძვლების მგრძნობელობაზე იქნება ორიენტირებული. შესაბამისად, ასაკობრივი დისკრიმინაციის ბოლოდროინდელ საქმეებში, როგორიცაა *Petersen*⁶³ და *Wolf*,⁶⁴ სასამართლომ, როგორც ჩანს, დამსაქმებლებს შედარებით ფართო მანევრირების შესაძლებლობა მიანიჭა, ასაკზე დაფუძნებული განსხვავებების გამოყენებისას როგორც თაობათაშორისი სამუშაო ძალის მენეჯმენტის სტრატეგიების ნაწილი, ან როდესაც, ჯანმრთელობასთან და უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული ფაქტორები შესაძლოა შემოვიდნენ ანალიზში, რომლებიც წარმოადგენს ორ კონტექსტს, სადაც ასაკის კონკრეტულმა მახასიათებლებმა შესაძლოა მხარი დაუჭიროს გენდერული თანასწორობის მკაცრი მიდგომის სტილიდან გადახვევის საჭიროებას.⁶⁵ თუმცა, ჯერჯერობით ნაადრევია იმის განსაზღვრა, თუ როგორ აპირებს მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო ევროკავშირის დისკრიმინაციის აკრძალვის ნორმების გამოყენებას სხვადასხვა საფუძვლების არსებობისას, განსაკუთრებით იმ საქმეებში, რომელიც უკიდურესად მგრძნობიარე საკითხებს, უფლებათა შორის კონფლიქტებსა და ფუძემდებლურ კონკურენტულ ღირებულებებს მოიცავს. მაგალითად, ძალიან ბუნდოვანია, გაიზიარებს თუ არა მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო ლორდთა პალატის მიერ განვითარებულ მიდგომას

⁶³ საქმე Case C-341/08 *Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* (12 January 2010).

⁶⁴ საქმე Case C-229/08 *Wolf v Stadt Frankfurt am Main* (12 January 2010).

⁶⁵ იხ. C. O'Cinneide, „Age Discrimination and the European Court of Justice: EU Equality Law Comes of Age“ (2010) *Revue des Affaires Européennes* (forthcoming).

ისეთ საქმეში როგორიცაა მაგალითად *Mandla v Dowell Lee*,⁶⁶ როდესაც საქმე ეხება რეგულაციებს, რომელიც უარყოფით ზეგავლენას ახდენს სკოლაში რელიგიური სიმბოლოების ტარებაზე, ან უფრო იქნება თუ არა იმისკენ მიდრეკილი, რომ გადაიხაროს ეროვნული ხელისუფლების მიერ მიღებული გადანყვეტილებებისკენ ისეთ საქმეებში, რომელიც მოიცავს განათლებისა და რელიგიური სიმბოლოების ტარების საკითხებს.

ეს იმას ნიშნავს, რომ ეროვნულ სასამართლოებს კიდევ ერთხელ მოუწევთ საკუთარი ინტერპრეტაციული მიდგომების შემუშავება ამ სფეროში მუშაობის პროცესში. შედეგად, სასამართლო პრაქტიკის განვითარება ამ სფეროში ზოგჯერ შესაძლოა ჰგავდეს დანაღმულ ველზე სიარულს, ღრმად დათესილი უამრავი პოლიტიკური და სამართლებრივი ხაფანგით, სადაც სასამართლოებს შესაძლებელია ძალიან გაუჭირდეთ თანმიმდევრული ნორმატიული ჩარჩოს გამოყენება.

ინგლისის სასამართლოები უკვე ებრძვიან ამ საკითხთაგან ზოგიერთს. მაგალითად, სააპელაციო სასამართლომ საქმეზე *Clark v Novacold*⁶⁷ დაადგინა, რომ შეზღუდულუნარიანობის საფუძველით დისკრიმინაციის განსაკუთრებული ხასიათი სასამართლოებს სთხოვს, გადაუხვიონ მათივე სტანდარტიზებული კომპარატორული ანალიზიდან იმ მიდგომის სასარგებლოდ, რომელიც უკეთესად არის მოდელირებული შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა დისკრიმინაციის აკრძალვის უფლებების დასაცავად. თუმცა, საქმეზე *Malcolm v London Borough of Lewisham*⁶⁸ ლორდთა პალატამ საპირისპირო მიდგომა განავითარა და ხაზი გაუსვა იმას, რომ შეზღუდულუნარიანობის საფუძველით დისკრიმინაცია უნდა განიხილებოდეს დისკრიმინაციის აკრძალვის სხვა საფუძველების მსგავსად, როდესაც საქმე ეხება კომპარატორის მოთხოვნის გამოყენებას. ასე მოქცევის შედეგად, მისმა აღმატებულება ლორდებმა, როგორც ჩანს, უდიდესი ზიანი მიაყენეს ათი წლის განმავლობაში

⁶⁶ [1983] 2AC 548.

⁶⁷ *Clark v Novacold* [1999] 2 AllER 977.

⁶⁸ *Malcolm v London Borough of Lewisham* [2008] 4 AllER 525.

აკუმულირებულ პრეცედენტულ სამართალს და თანასწორობის 2010 წლის კანონიც მას შემდეგ ეცადა ხელახლა დაედგინა განსხვავებული და დამოუკიდებელი მიდგომა კომპარატორის მოთხოვნასთან მიმართებით შეზღუდულუნარიან პირთა საქმეებში.

როგორც ჩანს, მსგავსი ბუნდოვანი მიმართება წარმოიშობა ინგლისური სასამართლოების რელიგიური დისკრიმინაციის სასამართლო პრაქტიკაში. McColgan-მა მოახდინა დაცვის სუსტი დონეების გამოკვეთილი ტრენდის იდენტიფიცირება, რომელიც გამოიყენებოდა ისეთ საქმეებში რომელიც მოიცავდა რელიგიურ ან აღმსარებლობით საფუძველს, მაგალითად, როგორც *Eweida v British Airways plc*⁶⁹ შემთხვევაში მოხდა, რაც, მისი აზრით, ზოგადად ანტიდისკრიმინაციული სამართლის დაზიანების საფრთხეს ქმნიდა.⁷⁰ ამ ტიპის საქმით წარმოშობილი სირთულეები ასევე მოცემულია საქმეში *Ladele v London Borough of Islington*⁷¹, რომელშიც რეგისტრატორს შეეფარდა დისკრიმინირების პასუხისმგებლობა სამოქალაქო პარტნიორობების რეგისტრაციაზე უარის თქმის გამო იმ საფუძველით, რომ აღიშნული ეწინააღმდეგებოდა მის რელიგიურ მრწამსს. მისი საჩივარი იმის შესახებ, რომ იგი დაექვემდებარა პირდაპირ და/ან არაპირდაპირ რელიგიურ დისკრიმინაციას მისი დამსაქმებლის მხრიდან, არ დაკმაყოფილდა. სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით, მოცემულ შემთხვევაში არ ყოფილა რაიმე სახის პირდაპირი დისკრიმინაცია და ნებისმიერი განსხვავებული მოპყრობა, რომელიც შესაძლოა წარმოადგენდეს ირიბ დისკრიმინაციას, რაც შესაძლებელია ობიექტურად დასაბუთდეს იმ საფუძველით, რომ საჯარო მოხელეები შეიძლება ვალდებულიყვნენ ძალით დაექვემდებარონ იძულებას, რომ არ განახორციელონ გვი ადამიანების დისკრიმინაცია მათ მიერ საკუთარი საქმიანობის განხორციელების პროცესში. ეს გადაწყვეტილება შესანიშნავად დაცვადა: თუმცა იგი შესაძლებელია ადვილად

⁶⁹ *Eweida v British Airways plc* [2010] IRLR 322.

⁷⁰ ამ მიდგომით წარმოქმნილი პოტენციური დაძაბულობის განხილვისთვის იხ. A. McColgan, „Class Wars?: Religion and (In)equality in the Workplace“ (2009) 38 *Industrial Law Journal* 1-29.

⁷¹ *Ladele v London Borough of Islington* [2010] IRLR 211.

გადაწყვეტილიყო განსხვავებულად, სასამართლოებს რომ აერჩიათ მოსარჩელის ინტერესისთვის უფრო დიდი წონის მიკუთვნება, რომ არ დაქვემდებარებულიყო საკუთარ რელიგიურ აღმსარებლობასთან დაკავშირებულ დისკრიმინაციას, განსაკუთრებით მაშინ როდესაც აღნიშნულს არ ექნებოდა პირდაპირი ზეგალვენა ერთნაირ სქესიან წყვილებზე.

მამასადამე, კიდევ ერთხელ, ნორმატიული ბუნდოვანების არსებობა ფართოდ გამოსჭვივის, როდესაც საქმე ეხება შეკითხვას, გამოყენებული უნდა იყოს თუ არა დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართალი განსხვავებულად განსხვავებულ საფუძვლებთან მიმართებით და როგორ უნდა გადაიჭრეს ისეთი პრობლემები, როდესაც სხვადასხვა ანტიდისკრიმინაციული ნორმები შესაძლებელია ეწინააღმდეგებოდეს ერთმანეთს. სირთულეებს, რომელსაც აღნიშნული პრობლემა გვიქადის, ყოველგვარი ალბათობის ფარგლებში, უფრო და უფრო გაესმევა ხაზი იმ პოლიტიკური კონფლიქტებით, რომლებიც მთელი ევროპის მასშტაბით იღებს სათავეს რელიგიურ/სეკულარულ ღერძზე, რომლებიც გამოწვეულია მუსულმანური თემების ინტეგრაციის პრობლემებით, მუდმივი კონფლიქტით, რომელიც ისეთ საკითხებს ახლავს თან, როგორიცაა ერთნაირსქესიანთა ქორწინების სამართლებრივი აღიარება და რელიგიური ჯგუფების მზარდი პოლიტიკური თვითშეგნება, რაც გამოიხატება უფრო დიდ მზადყოფნაში, მიმართონ და გამოიყენონ სამართლებრივ საშუალებებს თავიანთი უფლებების დასაცავად. აქ, ისევე როგორც სხვა კონტექსტებში, ანტიდისკრიმინაციული სამართალი მოხმობილია რთულ სოციალურ შეკითხვებზე სამართლებრივი პასუხის გასაცემად, მიუხედავად იმისა, რომ არ არსებობს რაიმე არსებითი გარეგანი ნორმატიული კონსენსუსი, რომელზეც შესაძლებელია დაყრდნობა, რათა სასამართლოებს ხელი მოეუმართოთ ანტიდისკრიმინაციულ სამართალში ჩაშენებული შედარებით ღია სამართლებრივი ნორმების გავრცელებასა და განმარტებაში.

არსებითი პანევროპული „ურთიერთმფარავი კონსენსუსის“ არ-
არსებობის პირობებში სამართლის მეცნიერთა და აქტივისტთა
მხრიდან იყო მცდელობები, მოეხდინათ იმ საფუძველმდებარე
პრინციპების საერთო ჩარჩოს იდენტიფიცირება, რომელზეც შე-
იძლება ითქვას რომ საფუძველს უყრის დისკრიმინაციის აკრძალ-
ვის სამართალს, მაგალითად, ისეთ კონცეფციებზე მითითებით,
როგორიც „ადამიანის ღირსებაა.“⁷² თუმცა ეს მცდელობები ხშირად
იმ რეალობით იტანჯებიან, რომ ნორმები, რომლებიც ამ „გამა-
ერთიანებელი“ როლის შესრულების პოტენციურ კანდიდატებად
განიხილება, ვინაოდ ინკლუზიურია იმ გაგებით, რომ ისეთი კონ-
ცეფციები, როგორიცაა „ადამიანის ღირსება,“ შესაძლებელია მარ-
ტოოდენ იმ ღონისძიებათა დასასაბუთებლად განიმარტოს, რომე-
ლიც მიმართულია დისკრიმინაციის ზოგიერთი უკიდურესად რადი-
კალური ტიპის წინააღმდეგ, ან ზედმეტად ბუნდოვანია.⁷³

მსგავსი პრობლემებით სავსია „რბილი“ პოლიტიკის მექანიზმე-
ბის მცდელობებით, რომლებიც ორივე, როგორც ევროკავშირის,
ასევე ეროვნულ დონეზე განხორციელდა ამ პრობლემების მოსა-
გვარებლად. მთავრობები, თანასწორობის ორგანოები და ევროკავ-
შირის ინსტიტუტები თავიანთ საჯარო განცხადებებში, პოლიტი-
კურ ინიციატივებსა და ოფიციალურ გამოცემები სულ უფრო და
უფრო ამახვილებენ ყურადღებას თანასწორობის საფუძვლების
ურთიერთკავშირზე, ყველა ადამიანის პოტენციურ დაუცველობა-
ზე დისკრიმინაციის ერთი ან რომელიმე ფორმისგან, ან ინტერ-
სექციური დისკრიმინაციის აღიარების მნიშვნელობის საჭიროება-
ზე.⁷⁴ სამეცნიერო კვლევა და არასამთავრობო ორგანიზაციების

⁷² იხ. მაგალითად, G. Moon and R. Allen, „Dignity Discourse in Equality Law: A Better Route to Equality?“ (2006) 6 European Human Rights Law Review, 610-649.

⁷³ იხ. C. McCrudden, „Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights“ (2008) 19(4) European Journal of International Law, 655-724.

⁷⁴ იხ., მაგალითად, ევროკომისიის ვებგვერდზე ჩამოთვლილი პოლიტიკის ინიციატივები, „Tackling Discrimination“, at

ჩართულობა, რომლებიც ამ თემებს ასახავს, წახალისებულია.⁷⁵ თუმცა, აღნიშნული ფოკუსი, დისკრიმინაციის აკრძალვის სხვადასხვა საფუძველს შორის საერთო ფუძემდებლური, გამაერთიანებელი პრინციპის ძიებაზე, კვლავ განიცდის თანდაყოლილ ბუნდოვანებას: იგი უგულებელყოფს რეალობას, რომ უდიდესი აზრთ სხვადასხვაობა არსებობს ევროპის მასშტაბით, როდესაც საქმე თანასწორობისა და დისკრიმინაციის საკითხებს ეხება.

ზოგადად, ევროპული საზოგადოებები უფრო ფრაგმენტული, მრავალფეროვანი და ქრელი ხდება. აღნიშნული საგრძნობლად ართულებს ერთიანი კოალიციების შექმნას, რათა თანასწორობისა და დისკრიმინაციის საკითხებში ცხადი კონსენსუსის მისაღწევად გადაიდგას ქმედითი ნაბიჯები და ზრდის დაძაბულობას, რომელიც შეიძლება არსებობდეს სხვადასხვა ჯგუფებს შორის, რომელიც საბოლოო ჯამში დისკრიმინაციის აკრძალვის სამართლის გავლით წარმოჩნდება დღის წესრიგში. ეს ასევე იმას ნიშნავს, რომ რასობრივი დისკრიმინაციის, გენდერული დისკრიმინაციის და ა.შ. „დიდი ნარატივები“ სულ უფრო და უფრო მზარდად ვერ იმეცნებენ არახელსაყრელი მდგომარეობისა და გარიყვის განსაკუთრებულ ინტერსექციურ ფორმებს, რომელსაც ინდივიდები და ჯგუფები განიცდიან ევროპის მასშტაბით. სწორედ აღნიშნული განაპირობებს სამართლებრივი გზების მიმდინარე ძიებას, რომელსაც შეუძლია ადეკვატურად გადაწყვიტოს ინტერსექციური დისკრიმინაციის პრობლემა. თუმცა, იგი ასევე აბუნდოვანებს და ართულებს იმ ნორმატიულ კონტექსტს, რომელიც საფუძველს უყრის ანტი-დისკრიმინაციული სამართლის არსებულ სტრუქტურას.

ყველა ამ ფაქტორის ერთად გათვალისწინებით, ამჟამინდელი „არასაკმარისად თეორეტიზებული შეთანხმება“, რომელიც საფუძველს უყრის ანტიდისკრიმინაციულ ევროპულ და ეროვნულ

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=423&langId=en> (last accessed 14 July 2010).

⁷⁵ იხ., მაგალითად, ევროკომისიის ვებგვერდზე ჩამოთვლილი პოლიტიკის ინიციატივები, at <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=423&langId=en> (last accessed 14 July 2010). კერძოდ, იხილეთ ინფორმაცია დაფინანსებისა და „ცნობიერების ამაღლების“ შესახებ.

სამართალს, შესაძლებელია დღესდღეობით საუკეთესო იყოს, რაც შეიძლება იქნეს მიღწეული. სავარაუდოდ, როგორც ჩანს, სასამართლოები და განსაკუთრებით მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო გააგრძელებს ანტიდისკრიმინაციული სამართლის განმარტებისა და გამოყენების მძიმე მტვირთის ტარებას, არსებით პანევროპულ კონსენსუსზე დაყრდნობის შესაძლებლობის გარეშე, მათი გადანყვეტილებების ჩამოსაყალიბებლად და დასასაბუთებლად. აღნიშნული დეფექტად რჩება, რომელიც ხარვეზებს წარმოშობს და რომელიც იმ ფართო სტრუქტურის ფუნდამენტამდე დადის, რადაც ანტიდისკრიმინაციული სამართალი გახდა. ჯერ კიდევ საკითხავია, გაქრება თუ არა ეს შეცდომა დროთა განმავლობაში თუ ვნებათაღელვის სერიოზული საგანი გახდება.