

საქართველოს საპატრიარქოს წმიდა ანდრია
პირველწოდებულის სახელობის
ქართული უნივერსიტეტი

ჰუმანიტარულ მეცნიერებათა და სამართლის სკოლა
(ფაკულტეტი)

საერთაშორისო სამართალი

ხელნაწერის უფლებით

ნათია კინწურაშვილი

“დისკრიმინაციის ძირითადი კონცეპტები
საერთაშორისო სამართალში”

სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის
მოსაპოვებლად წარმოდგენილი ნაშრომის

სადისერტაციო მაცნე

თბილისი
2015

სადისერტაციო ნაშრომი შესრულებულია წმინდა ანდრია პირველწოდებულის სახელობის ქართული უნივერსიტეტის ჰუმანიტარულ მეცნიერებათა და სამართლის სკოლის (ფაკულტეტის) სამართლის მიმართულებაზე.

სამეცნიერო ხელმძღვანელი: **1. ევა გოცირიძე**, სამართლის დოქტორი, საქართველოს საპატრიარქოს წმინდა ანდრია პირველწოდებულის სახელობის ქართული უნივერსიტეტის პროფესორი

ოფიციალური ოპონენტები: **1. მარიამ ჯიქია**, სამართლის დოქტორი, ასოცირებული პროფესორი
2. ქეთევან ჯინჭარაძე, სამართლის დოქტორი, ქართულ-ამერიკული უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

დისერტაციის დაცვა შედგება 201__ წლის „_____“ _____ საათზე, საქართველოს საპატრიარქოს წმინდა ანდრია პირველწოდებულის სახელობის ქართული უნივერსიტეტის ჰუმანიტარულ მეცნიერებათა და სამართლის სკოლის (ფაკულტეტის) სადისერტაციო საბჭოს სამართლის სექციის სხდომაზე.

მისამართი: 0162, თბილისი, ილია ჭავჭავაძის №53, მეოთხე სართულზე (სხდომათა დარბაზი).

დისერტაციის გაცნობა შეიძლება საქართველოს საპატრიარქოს წმინდა ანდრია პირველწოდებულის სახელობის ქართული უნივერსიტეტის სამეცნიერო ბიბლიოთეკაში.

სადისერტაციო მაცნე დაიგზავნა 2015 წლის „_____“ _____

სადისერტაციო საბჭოს სამართლის სექციის სწავლული მდივანი,

თამარ ლალიაშვილი

სამართლის დოქტორი, პროფესორი

სარჩევი

ნაშრომის ზოგადი დახასიათება

თემის აქტუალობა.....	4
კვლევის ძირითადი მიზანი და ამოცანები	6
ნაშრომის მეცნიერული სიახლე და ძირითადი შედეგები.....	7
კვლევის თეორიული და მეთოდოლოგიური საფუძვლები	8
ნაშრომის თეორიული ღირებულება	8
ნაშრომის პრაქტიკული მნიშვნელობა	9
ნაშრომის სტრუქტურა და მოცულობა	11

ნაშრომის ძირითადი შინაარსი

თავი I - შესავალი	12
თავი II - დისკრიმინაციის აკრძალვა უნივერსალურ და რეგიონალურ სამართლებრივ აქტებში.....	13
თავი III - დისკრიმინაციის ზოგადი შინაარსი და საფუძვლები	14
თავი IV - დისკრიმინაციის კატეგორიები საერთაშორისო სამართალში	15
თავი V - პოზიტიური ქმედების კონცეპტი და პრაქტიკა საერთაშორისო სამართალში	19
თავი VI - განსხვავებული მოპყრობის გამამართლებელი გარემოებები	20
თავი VII - დისკრიმინაციის თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები საქართველოში	21
თავი VIII - დასკვნები.....	24
დისერტაციის თემასთან დაკავშირებული პუბლიკაციების ნუსხა	30

ნაშრომის ზოგადი დახასიათება

თემის აქტუალობა

წინამდებარე სადისერტაციო ნაშრომი ეძღვნება სამართლის ისეთი ფუნდამენტური პრინციპის კვლევას, როგორც არის დისკრიმინაციის აკრძალვა. აღნიშნული საკითხი განხილულია ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში.

თავისთავად, **დისკრიმინაციის თემის აქტუალობას** განაპირობებს ის ფაქტი, რომ მიუხედავად იმისა, რომ დისკრიმინაციის აკრძალვა ე. წ. აბსოლუტურ უფლებათა კატეგორიას განეკუთვნება და მისი დარღვევა განსაკუთრებით შეუწყნარებელია ყოველ დემოკრატიულ საზოგადოებაში, სამწუხაროდ, თვით სამართლებრივად კარგად განვითარებულ და დემოკრატიის დიდი ტრადიციების მქონე ქვეყნებშიც ჯერ კიდევ არსებობს გარკვეული მოწყვლადი ჯგუფების მიმართ დისკრიმინაციული მოპყრობის ფაქტები, რომელსაც არავითარი გამართლება არ აქვს. მით უფრო საქართველოში, სადაც დემოკრატია არ გააჩნია დიდი ტრადიცია. მიუხედავად ქართული ბუნებრივი ტოლერანტიზმისა, მაინც არსებობს დისკრიმინაციული მოპყრობის ერთგვარი რისკი ადვილად მოწყვლადი ჯგუფების მიმართ. სრულიად უდავოა აუცილებლობა იმისა, რომ ქართული სამართლებრივი სისტემა და პრაქტიკა სრულ შესაბამისობაში იყოს თანამედროვე საერთაშორისო მიდგომებთან და იმ მზარდ ტენდენციასთან, რომ სულ უფრო და უფრო გაფართოვდეს ის სფეროები, სადაც სახელმწიფოები, საკუთარი მოსახლეობისა თუ საერთაშორისო თემობის წინაშე, აიღებენ სრულ პასუხისმგებლობას არ დაუშვან რაიმე ნიშნით დისკრიმინაცია ცალკეული ჯგუფებისა თუ ინდივიდების მიმართ. ამ ტენდენციის გამოხატულებას ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენციის მე-12 ოქმი, რომელმაც დისკრიმინაციის აკრძალვა, კონვენციის მე-14 მუხლისაგან განსხვავებით, დაუკავშირა არა მხოლოდ კონვენციის უფლებებს, არამედ ყველა იმ უფლებას, რომელიც ეროვნული კანონმდებლობებით არის დადგენილი. თავის მხრივ, საქართველოს მზაობაც, მისდიოს ამ ტენდენციას,

გამოხატულია დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აკრძალვის შესახებ ახალი კანონის მიღებით, რომელიც ხორცს ასხამს და ეროვნულ სამართალში ამკვიდრებს თანამედროვე ევროპულ მიდგომებს. რასაკვირველია, მისასალმებელია, რომ მიღებულ იქნა დისკრიმინაციის ამკრძალავი კანონი, თუმცა მას აქვს გარკვეული მატერიალური და პროცესუალური ტიპის ხარვეზები, რომელთა დროული აღმოფხვრა მნიშვნელოვანია დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპის რეალური და ეფექტიანი დაცვის უზრუნველსაყოფად.

მიუხედავად იმისა, რომ თითქოს დისკრიმინაციის ყველა ასპექტი არის დარეგულირებული საერთაშორისო აქტებით თუ ეროვნული კანონმდებლობით და თითქმის არ არსებობს სფერო, სადაც არ იქნებოდა გათვალისწინებული დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული დეტალები, ეს თემა მაინც არ კარგავს აქტუალობას, მათ შორის, საერთაშორისო სასამართლო პრაქტიკისათვის. როგორც მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ, ისე ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ჯერ კიდევ უნდა იმსჯელოს დისკრიმინაციის მრავალ ასპექტზე. მათ უნდა განმარტონ დისკრიმინაციის გარკვეული დებულებები და ერთგვაროვანი მიდგომები ჩამოაყალიბონ დისკრიმინაციის სადავო ასპექტებზე, როგორცაა, პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაცია, დისკრიმინაციის საფუძვლები, პოზიტიური ქმედება და მასთან დაკავშირებული სპეციალური ღონისძიებები, განსხვავებული მოპყრობის ობიექტური და გონივრული დასაბუთება, სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებები დისკრიმინაციის წინააღმდეგ და ა.შ. ეს და სხვა თეორიული და პრაქტიკული მნიშვნელობის საკითხები განაპირობებს თემის აქტუალობას.

დისკრიმინაციის სხვადასხვა ასპექტების კვლევის აუცილებლობა საქართველოსთვის იმ თვალსაზრისითაც არის აქტუალური, რომ ქართველ მეცნიერებსა და პრაქტიკოს იურისტებს შორის არ არსებობს საკმარისი ცოდნა და გამოცდილება დისკრიმინაციის საკითხების საერთაშორისო ჭრილში გააზრებისა. მცირეა ამ სფეროში მეცნიერული გამოკვლევები, მწირია სასამართლო პრაქტიკა და მცდელობები, რათა თანამედროვე მეთოდოლოგიების გამოყენებით მოხდეს ამ პრაქტიკის შესწავლა, განზოგადება და რეკომენდაციების შემუშავება. არ არსებობს საკმარისი ქმედითი სამართლებრივი დაცვის საშუალებები დისკრიმინაციის სავარაუდო

მსხვერპლისათვის და ჯერ კიდევ დაბალია სამართლებრივი კულტურა იმისა, ინდივიდებმა თუ ცალკეულმა ჯგუფებმა ეძიონ და წარმატებით გამოიყენონ ეს საშუალებები მათი დისკრიმინაციის წინააღმდეგ. სწორედ ამ კონტექსტში, დისკრიმინაციის სხვადასხვა თეორიული თუ პრაქტიკული საკითხების გამოკვლევა მეტად აქტუალური და სასარგებლოა.

კვლევის ძირითადი მიზანი და ამოცანები

დისკრიმინაციის ძირითადი კონცეპტების განხილვის აუცილებლობამ განაპირობა სადისერტაციო ნაშრომის კვლევის მიზანი.

წინამდებარე კვლევის მიზანია დისკრიმინაციის კონცეპტის განხილვა საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში. სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობა თუ პრაქტიკა მოყვანილია მაგალითების სახით მხოლოდ გარკვეული მოსაზრებების გასამყარებლად. თუმცა, წინამდებარე ნაშრომში ცალკე თავი ეთმობა აღნიშნულ საკითხზე საქართველოს კანონმდებლობისა და პრაქტიკის განხილვას, საკითის აქტუალობის გათვალისწინებით.

წინამდებარე კვლევის საგანს ასევე არ წარმოადგენს „დისკრიმინაციის“ წმინდა სოციოლოგიური, ეკონომიკური თუ ფსიქოლოგიური ასპექტები, მიუხედავად იმისა, რომ მეცნიერების ამ დარგებს არანაკლები შეხება აქვთ აღნიშნულ ფენომენთან, ვიდრე სამართალს.

თავად საერთაშორისო სამართალში დისკრიმინაცია შეიძლება გამოვლინდეს მრავალ სფეროში, როგორცაა უცხოელთა მდგომარეობა, ტრანსპორტი, ვაჭრობა, ნაოსნობა, ინვესტიციები, გადასახადები და ა.შ., რასაც მოწმობს კიდევ შესაბამისი სამართლებრივი აქტები. თუმცა, ამ კონკრეტულ სფეროებში დისკრიმინაციის საკითხების განხილვა არ არის წინამდებარე კვლევის მიზანი. **ნაშრომი ეთმობა დისკრიმინაციის კონცეპტების განხილვას საერთაშორისო სამართლის ერთ-ერთ ისეთ ძირითად ქვედარგში, როგორცაა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი. სწორედ ამ სფეროში იჩენს თავს დისკრიმინაცია თავისი კლასიკური ფორმით, რაც საშუალებას მისცემს მკითხველს მარტივად ჩაწვდეს ამ ფენომენის არსს.**

კვლევის ძირითადი მიზანია, ხელი შეუწყოს თეორეტიკოსი თუ პრაქტიკოსი იურისტების მიერ დისკრიმინაციის აკრძალვის კონცეპტუალური საკითხების სწორად გაგებასა და გამოყენებას კანონშემოქმედებისა და კანონშეფარდების პროცესში.

ნაშრომის მეცნიერული სიახლე და ძირითადი შედეგები

იმ ფონზე, როდესაც დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლა დღითიდღე მეტ მნიშვნელობას იძენს როგორც ეროვნულ, ისე საერთაშორისო დონეზე, საერთაშორისო სამართალი, როგორც სახელმწიფოთაშორისი ურთიერთობების მომწესრიგებელი სამართლებრივი ნორმების ერთობლიობა, საინტერესო თეორიულ და პრაქტიკულ მასალას გვთავაზობს, რომლის კვლევას მნიშვნელოვან და საგულისხმო შედეგებამდე მივყავართ.

ნაშრომში სიღრმისეულად არის გამოკვლეული დისკრიმინაციის სფეროში ადამიანის უფლებათა ევროსაბჭოსა და ევროკავშირის სამართალი. ნაშრომის მნიშვნელოვან სიახლეს სწორედ ადამიანის უფლებათა სფეროში ევროპის კავშირის სამართლის კვლევა წარმოადგენს, რომელიც კიდევ უფრო ნაკლებად არის ჩვენში გამოკვლეული, ვიდრე ევროპული კონვენციის სამართალი. კვლევამ ნათელი გახადა, რომ ევროკავშირის სამართალი მნიშვნელოვნად არის შთაგონებული ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენციის სულისკვეთებით, რაც ზრდის ამ ორი პარალელური სისტემის კიდევ უფრო მეტად დაახლოების აუცილებლობას დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის სფეროში.

დისკრიმინაციის საკითხებზე ჩატარებული კომპლექსური კვლევა, რომელიც არ შემოიფარგლება მხოლოდ ევროპის კონტინენტით, იძლევა იმის დასკვნის საშუალებას, რომ დისკრიმინაციის კონცეპტუალურ საკითხებზე ევროპულ, ამერიკულ და აფრიკულ მიდგომებს შორის არ არსებობს პრინციპული განსხვავება, რაც აქტიური საერთაშორისო თანამშრომლობის შედეგია.

ნაშრომში გამოკვლეულია დისკრიმინაციის ნაკლებად

შესწავლილი საკითხები (როგორცაა, მაგალითად, მრავალმხრივი დისკრიმინაცია), დასმულია პრობლემატური კითხვები და გაცემულია პასუხები სათანადო დასაბუთებით.

ნაშრომის მეცნიერული სიახლე თავის გამოხატულებას პოვებს იმ დასკვნებსა და რეკომენდაციებში, რომლებიც შემუშავებულია დისკრიმინაციის ძირითადი კონცეპტების კვლევის შედეგებზე დაყრდნობით. ისინი თავმოყრილი და გადმოცემულია დისერტაციის ძირითად დასკვნებში, რასაც წინამდებარე სადისერტაციო მაცნეში ცალკე პარაგრაფი ეთმობა.

კვლევის თეორიული და მეთოდოლოგიური საფუძვლები

ნაშრომში გადმოცემული საკითხების განხილვისას გამოყენებულია შედარებით-სამართლებრივი, ისტორიული, კომპლექსური, სტატისტიკური, ლეგალისტური და ემპირიული კვლევის მეთოდები, ასევე სისტემურ-სამართლებრივი და ლოგიკური ანალიზი.

ნაშრომის თეორიული ღირებულება

ნაშრომის თეორიულ ღირებულებას განაპირობებს საკითხთა ის ვრცელი ნუსხა, რომლებიც დისკრიმინაციის სამართლებრივი და პრაქტიკული ასპექტების ძირითად პრობლემატიკას განეკუთვნება. დისკრიმინაციის უმთავრესი დოქტრინები და კონცეპტები შედარებით ასპექტშია გაანალიზებული, ერთი მხრივ, ევროსაბჭოსა და ევროკავშირის შესაბამისი აქტებისა და, მეორე მხრივ, ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციისა და ადამიანისა და ხალხთა უფლებების აფრიკული ქარტიის მიხედვით.

აღნიშნული საკითხები განხილულია კომპლექსურად, მიმოხილულია დისკრიმინაციის სფეროში არსებული სამეცნიერო ლიტერატურა და პრაქტიკული სახელმძღვანელოები. ჩამოყალიბებულია დასკვნები დისკრიმინაციის სხვადასხვა მნიშვნელოვანი ასპექტების შესახებ და, საჭიროებისამებრ, შემუშავებულია შესაბამისი რეკომენდაციები.

წინამდებარე კვლევის თეორიული ღირებულების

თვალსაზრისით, საგულისხმოა, რომ განსხვავებული მოსაზრებებისა და საკამათო საკითხების არსებობის პირობებში ჩამოყალიბებულია ავტორის მკაფიო პოზიცია დისკრიმინაციის სხვადასხვა ასპექტების შესახებ.

რაც შეეხება ნაშრომის თეორიულ ღირებულებას ქართული სამართლისთვის, მას განაპირობებს ის ფაქტი, რომ მიმდინარე ევროინტეგრაციის პროცესის ფონზე, არა მხოლოდ სასურველი და მიზანშეწონილია, არამედ აუცილებელიცაა მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოსა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ დადგენილი ერთიანი პრინციპების უკეთ გაცნობა, რათა ადამიანის უფლებათა ევროპული და, ზოგადად, საერთაშორისო სამართლის საკვანძო კონცეპტი - ანტიდისკრიმინაციული სტანდარტები - სათანადოდ იყოს იმპლემენტირებული ეროვნულ კანონმდებლობაში. ეს, თავის მხრივ, მნიშვნელოვნად შეუწყობს ხელს დისკრიმინაციასთან ბრძოლის არსებული მექანიზმების დახვეწასა და ახალი ეფექტიანი დაცვის საშუალებების შემუშავებას.

ნაშრომის პრაქტიკული მნიშვნელობა

ნაშრომში გაანალიზებულ დისკრიმინაციის კონცეპტებს აქვს არა მხოლოდ თეორიული ღირებულება, არამედ, ასევე, პრაქტიკული დანიშნულება, განსაკუთრებით კი, საქართველოსთვის. კერძოდ, ეროვნულ სამართალში რეგლამენტაციის არარსებობის, ასევე, საერთაშორისო და შიდასახელმწიფოებრივ აქტებში ურთიერთსაწინააღმდეგო ფორმულირებების დროს, საერთაშორისო, მათ შორის, ანტიდისკრიმინაციულმა სტანდარტებმა, შეიძლება შეასრულონ არა მარტო ნორმატიული მინიმუმის, არამედ უშუალოდ მოქმედი სამართლის როლი. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, საერთაშორისოდ აღიარებული უფლებები და თავისუფლებები ხდება უშუალოდ მოქმედი სამართალი როგორც ეროვნული სასამართლოსა და სახელმწიფოს სხვა ორგანოების მიერ მათი გამოყენების დროს, ასევე, იმ შემთხვევაშიც, როდესაც ინდივიდები მიმართავენ ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო მექანიზმებს, მაგალითად, ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს.

საგულისხმოა, ასევე, რომ საქართველოს მიერ რატიფიცირებული საერთაშორისო ხელშეკრულებები თუ შეთანხმებები და, მათ შორის, პირველ რიგში, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია, არის საქართველოს კანონმდებლობის ნაწილი. შესაბამისად, მისი, როგორც ნორმატიული აქტის, საფუძველზე შეიძლება გადაწყდეს სასამართლო საქმე. უფრო მეტიც, თუ მხარე სასამართლო საქმესთან დაკავშირებით დაეყრდნო ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ერთ-ერთ მუხლს და მიუთითა, როგორ განიმარტება ეს მუხლი ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით, ეროვნულმა სასამართლომ უნდა დაასაბუთოს თავისი პოზიცია გადაწყვეტილებაში, ეთანხმება თუ არა იგი მხარის მიერ კონვენციაზე დამყარებულ არგუმენტებს¹. ნებისმიერ შემთხვევაში, მიუხედავად იმისა, თუ რა გადაწყვეტილებას მიიღებს სასამართლო, მან საკითხები უნდა განიხილოს ევროპული კონვენციისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტების ჭრილში. ეს იმას ნიშნავს, რომ მას მოეთხოვება კარგად იცნობდეს ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული მექანიზმების დამოკიდებულებას განსახილველი საკითხის მიმართ.

ზემოთქმულის გათვალისწინებით, უდავოა, რომ დისკრიმინაციის თეორიული და პრაქტიკული ასპექტების განხილვა მნიშვნელოვანი და საინტერესო იქნება ადამიანის უფლებათა დაცვის სფეროში მომუშავე თეორეტიკოსი თუ პრაქტიკოსი იურისტებისათვის - ადვოკატებისათვის, მოსამართლეებისათვის, პროკურორებისათვის, სხვა სამართალდამცავი ორგანოების წარმომადგენლებისათვის. ეს სწორედ ის ხალხია, რომლებიც წინა ხაზზე იბრძვიან ადამიანის უფლებათა დასაცავად. მათ განსაკუთრებულად სჭირდებათ ანტიდისკრიმინაციული პრინციპების შესწავლა და გათავისება, რათა უზრუნველყონ მათი ეფექტიანი განხორციელება პრაქტიკაში.

ნაშრომს განსაკუთრებულ პრაქტიკულ მნიშვნელობას სძენს დისკრიმინაციის საკითხებზე საქართველოს კანონმდებლობისა და პრაქტიკის განხილვა, რასაც ცალკე თავი ეთმობა. მიმოხილულია

საქართველოს კონსტიტუცია და სხვა ნორმატიული აქტები, რომლებიც შეიცავენ ანტიდისკრიმინაციულ დებულებებს; შესწავლილია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომები და საქართველოს სახალხო დამცველის ანგარიში; გაანალიზებულია დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ საქართველოს კანონი, გამოვლენილია მისი ღირსებები და ნაკლოვანებები; შემუშავებულია რეკომენდაციები კანონის ხარვეზების აღმოსაფხვრელად; ხაზგასმულია სახელმწიფოს, საზოგადოებისა და არასამთავრობო ორგანიზაციების როლი და ამ სფეროში საერთაშორისო თანამშრომლობის მნიშვნელობა.

ნაშრომის ფარგლებში წარმოებული კვლევის შედეგები, შესაბამისი დასკვნები და შემუშავებული რეკომენდაციები ნაშრომის პრაქტიკულ მნიშვნელობაზე მეტყველებს.

ნაშრომის სტრუქტურა და მოცულობა

ნაშრომი შედგება 240 გვერდისგან, ბიბლიოგრაფიისა და გამოყენებული წყაროების ჩათვლით. იგი დაყოფილია 7 თავად. თავის მხრივ, თითოეული თავი იყოფა პარაგრაფებად და ქვეპარაგრაფებად, რომლებიც, შესაბამისად, მოიცავენ დისკრიმინაციის მთავარ (კონცეპტუალურ) და სპეციფიურ საკითხებს.

¹ კ. კორკელია, ი. ქურდაძე, „ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით“, სამოსამართლო სწავლების ცენტრი, თბილისი, 2004, გვ. 84-101.

ნაშრომის ძირითადი შინაარსი

თავი I შესავალი

I თავში საუბარია, ერთი მხრივ, „თანასწორობაზე“, როგორც ადამიანის ბუნებით მდგომარეობასა და, მეორე მხრივ, „დისკრიმინაციაზე“, როგორც თანასწორობის საპირისპირო მოვლენაზე. მიმოხილულია „თანასწორობის“ იდეა, ზოგადად და მისი განვითარების ისტორია.

საერთაშორისო სამართალში დისკრიმინაციის კონცეპტის კვლევის ინტერესი და საჭიროება განაპირობა იმ გარემოებამ, რომ ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო ძალისხმევა მიმართულია სახელმწიფოსა და მისი იურისდიქციის ქვეშ მყოფ პირებს შორის ურთიერთობების სამართლიანობის ჩარჩოებში მოქცევისკენ. წინამდებარე კვლევა აგებულია სამართლიანობის მნიშვნელოვან და საყოველთაოდ აღიარებულ „თანასწორობის“ ასპექტზე, რომელიც მდგომარეობს „თანასწორთა მიმართ თანასწორ, ხოლო უთანასწოროთა მიმართ უთანასწორო მოპყრობაში, თანაზომიერების პრინციპის დაცვით“.

ნაშრომში დისკრიმინაცია განხილულია, როგორც „თანასწორობის“ პრინციპის საწინააღმდეგო მოვლენა. შესაბამისად, დისკრიმინაციის აკრძალვა არის ერთგვარი დაცვის მექანიზმი არა მხოლოდ თანასწორთა მიმართ უთანასწორო, არამედ, ასევე, უთანასწოროთა მიმართ თანასწორი მოპყრობისგან. იმისდა მიხედვით, თუ რომელი უსამართლობის აღმოფხვრისკენ არის მიმართული, დისკრიმინაციის აკრძალვა შეიძლება იყოს ფორმალური და მატერიალური ხასიათის, ისევე, როგორც „თანასწორობა“ არის ფორმალური, ანუ იურიდიული და მატერიალური. ფორმალური დისკრიმინაციის აკრძალვის კონცეპტი შეესატყვისება „სამოქალაქო უფლებებისა“ და „ძირითადი თავისუფლებების“ ტრადიციულ გაგებას, ხოლო დისკრიმინაციის აკრძალვა, მატერიალური თვალსაზრისით, უკავშირდება „სოციალურ“ „კულტურულ“ და „ეკონომიკურ“ უფლებებს².

² E. W. Vierdag, „The Concept of Discrimination in International Law: with special reference to Human Rights”, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, გვ. 166.

როგორც კვლევადან ჩანს, ფორმალური თანასწორობის დაცვა გაცილებით მარტივია, ვიდრე მატერიალურისა, ვინაიდან პირველი მიიღწევა დისკრიმინაციისგან თავის შეკავებით, ხოლო მეორის უზრუნველყოფა მოითხოვს გარკვეული ღონისძიებების გატარებას, რაც მეტ სირთულეებსა და ძალისხმევასთან არის დაკავშირებული.

შესავალი ასევე მოიცავს მსჯელობას კვლევის საგნისა და თემის აქტუალობის შესახებ³.

თავი II დისკრიმინაციის აკრძალვა უნივერსალურ და რეგიონალურ სამართლებრივ აქტებში

II თავი ეძღვნება დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპის კვლევას ძირითადი საერთაშორისო სამართლებრივი აქტების მიხედვით. ამ თავის პირველი პარაგრაფი ეთმობა დისკრიმინაციის აკრძალვას ევროსაბჭოს სამართალში, რომლის ფარგლებში განხილულია ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-14 მუხლი და კონვენციის მე-12 დამატებითიოქმის 1-ლი მუხლი, რომელმაც გააფართოვა კონვენციის მოქმედების არეალი და იგი გაავრცელა არა მხოლოდ კონვენციითა და მისი ოქმებით დაცულ უფლებებზე, არამედ, ასევე, კონვენციის ხელშემკვერელი სახელმწიფოების ეროვნული კანონმდებლობით დადგენილ ნებისმიერ უფლებებზე. განხილულია მე-14 მუხლის, როგორც ბლანკეტური ნორმის, შინაარსი. გაკრიტიკებულია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიდგომა მე-14 მუხლის განსხვავებულად გამოყენების თვალსაზრისით, იმისდა მიხედვით, დადგინდება თუ არა რომელიმე არსებითი მუხლის დარღვევა. ავტორი თავის პოზიციას ამყარებს შესაბამისი მაგალითებით სასამართლო პრაქტიკიდან.

დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპი განხილულია, ასევე, ადამიანის უფლებათა სფეროში ევროსაბჭოს მეორე მნიშვნელოვანი დოკუმენტის - ევროპის სოციალური ქარტიის მიხედვით. გარდა ამისა, დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპი გამოკვლეულია,

³ კვლევის მიზანი, ამოცანები და თემის აქტუალობა წინამდებარე სადისერტაციო მაცნის შესაბამის პარაგრაფშია მიმოხილული (ნ. კ.).

ერთი მხრივ, ევროკავშირის სამართლისა და, მეორე მხრივ, ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციისა და ადამიანისა და ხალხთა უფლებების აფრიკული ქარტიის მიხედვით. მიმოხილულია აღნიშნული აქტების ფარგლებში შექმნილი ადამიანის უფლებათა დაცვის მექანიზმები და მათი მიდგომები. სხვადასხვა რეგიონალური სისტემების გარდა, ყურადღება აქვს დათმობილი დისკრიმინაციის ამკრძალავ უნივერსალურ აქტებს, მათ შორის, სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა და ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტებს.

ადამიანის უფლებათა დაცვის რეგიონალური თუ უნივერსალური აქტების ზემოთ შემოთავაზებული კვლევა მოწმობს რეგიონალური და უნივერსალური სამართლებრივი სისტემების დაახლოებასა და შესაბამისი საერთაშორისო დაწესებულებების მჭიდრო თანამშრომლობას, ზოგადად, ადამიანის უფლებათა დაცვისა და, კერძოდ, დისკრიმინაციის აკრძალვის სფეროში.

თავი III

დისკრიმინაციის ზოგადი შინაარსი და საფუძვლები

ნაშრომის III თავში განხილულია დისკრიმინაციის ტერმინოლოგიური ასპექტები. კერძოდ, ერთმანეთისგან არის გამიჯნული „დისკრიმინაცია“, „განსხვავება“ და „დიფერენცირება“. თითოეულ მათგანს თავისი დატვირთვა აქვს. კერძოდ, ტერმინი „**დისკრიმინაცია**“ („**discrimination**“) გულისხმობს მხოლოდ თვითნებურ და უკანონო განსხვავებულ მოპყრობას. ტერმინი „**განსხვავება**“ („**distinction**“) ნეიტრალური ხასიათისაა, რომელიც მაშინ გამოიყენება, როდესაც ჯერ არ არის დადგენილი, დიფერენციალური მოპყრობა დასაბუთებულია თუ არა. ხოლო რაც შეეხება ტერმინ „**დიფერენცირებას**“ („**differentiation**“), ის, პირიქით, მიუთითებს კანონიერ განსხვავებულ მოპყრობაზე. შესაბამისად, მხოლოდ ისეთი განსხვავებული მოპყრობა არის აკრძალული, რომელიც შედეგად იწვევს დისკრიმინაციას.

III თავში ცალკე პარაგრაფი ეთმობა დისკრიმინაციის საფუძვლების განხილვას. ყურადღება არის გამახვილებული საფუძვლების ამომწურავ და არა ამომწურავ ჩამონათვალზე, რაც

ნაჩვენებია სხვადასხვა საერთაშორისო სამართლებრივი აქტების მაგალითზე. ხაზგასმულია დისკრიმინაციის ნიშნების იერარქია და მათი „უეჭველ“ და „საეჭვო“ საფუძვლებად დაკვალიფიცირების თავისებურებები. ამ კონტექსტშია განხილული „შეფასების თავისუფლების არის“ დოქტრინა და „საჯარო ინტერესის“ მნიშვნელობა დისკრიმინაციის საკითხის გადაწყვეტისას.

აქვე განხილულია დისკრიმინაცია ისეთი ცალკეული ნიშნებით, როგორცაა რასობრივი, ეთნიკური და ეროვნული კუთვნილება, ეროვნული უმცირესობებისადმი კუთვნილება, სქესობრივი კუთვნილება, რელიგიური კუთვნილება და მასთან დაკავშირებული პროზელიტიზმის საკითხი, სექსუალური ორიენტაცია, პოლიტიკური თუ სხვა შეხედულებები, ენა, სოციალური წარმოშობა, დაბადება და ქონება. ნაშრომში ყურადღებაა გამახვილებული „ასოციაციით დისკრიმინაციის“ შინაარსსა და თავისებურებებზე.

ზემოხსენებული საკითხები განხილულია სხვადასხვა საერთაშორისო სამართლებრივი აქტებისა და მართლმსაჯულების განმახორციელებელი ორგანოების პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე.

თავი IV

დისკრიმინაციის კატეგორიები საერთაშორისო სამართალში

ნაშრომის IV თავში განხილულია დისკრიმინაციის ისეთი ფორმები, როგორცაა პირდაპირი დისკრიმინაცია, არაპირდაპირი დისკრიმინაცია, შევიწროება, ძალადობა და დისკრიმინაციის დაფალეზა /იძულება, მრავალმხრივი დისკრიმინაცია.

IV თავის პირველი პარაგრაფი ეთმობა **პირდაპირი დისკრიმინაციის** ელემენტების განხილვას. ამ კონტექსტში გამოკვლეულია არაკეთილმოსურნე მოპყრობა და „თანასწორობა“, როგორც ასეთი მოპყრობის შეფასებითი კატეგორია. გატარებულია იდეა “თანასწორობა მიმართ თანასწორი, ხოლო უთანასწორობა მიმართ უთანასწორო მოპყრობის” შესახებ. ერთმანეთისგან გამიჯნულია იურიდიული (ფორმალური) და ფაქტობრივი

(მატერიალური) თანასწორობა და თითოეული მათგანი განხილულია დისკრიმინაციის კონტექსტში. აღნიშნული პარაგრაფი ეთმობა, ასევე, “შედარებითობის ფაქტორის” შეფასებას, რომლის მნიშვნელობა გაანალიზებული და დასაბუთებულია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის საფუძველზე.

IV თავში ცალკე პარაგრაფად არის გამოყოფილი **შევიწროება, ძალადობა და დისკრიმინაციის დავალება/იძულება**, როგორც დისკრიმინაციის ერთ-ერთი ფორმა. განხილულია ვიქტიმიზაციის კონცეპტი, რომელიც ორგანულად არის დაკავშირებული დისკრიმინაციის ამ ფორმასთან. შევიწროებისა და დისკრიმინაციის დავალების მახასიათებლების განხილვის შედეგად, ჩამოყალიბებულია მათი განმარტებები.

ნაშრომში დეტალურად არის განხილული **არაპირდაპირი დისკრიმინაციის** ძირითადი კონცეპტები, რომლებიც გაანალიზებულია ამ სფეროში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ საქმეზე „დ. ჰ. და სხვები ჩეხეთის რესპუბლიკის წინააღმდეგ“ მიღებული ფუძემდებლური გადაწყვეტილების მიხედვით. ავტორი აღწერს ამ საქმის ფაქტობრივ გარემოებებს და იკვლევს არაპირდაპირ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებულ იმ ძირითად კონცეპტებს, რომლებიც აღნიშნული საქმის განხილვისას წამოიჭრა⁴. ესენია:

ა) სტატისტიკური მონაცემების როლი დისკრიმინაციის დამტკიცების საქმეში. სტრასბურგის სასამართლო პრაქტიკა ნათელყოფს, რომ სტატისტიკური მონაცემები წონად მტკიცებულებას წარმოადგენს არაპირდაპირი დისკრიმინაციის პრეზუმფციის დადგენის საქმეში. თუმცა, მათთვის გადაჭარბებული მნიშვნელობის მინიჭება არ იქნებოდა გამართლებული განსხვავებული მოპყრობის ფაქტის შეფასებისა და საქმეზე სრული ჭეშმარიტების დადგენის თვალსაზრისით.

ბ) მტკიცების ტვირთის გადანაწილების თავისებურებები. დისკრიმინაციის ფაქტის დამტკიცების სირთულიდან გამომდინარე, ევროპული ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობა უშვებს მტკიცების ტვირთის მოპასუხე სახელმწიფოზე გადაკისრების შესაძლებლობას. თუმცა, სასამართლო ამ პრაქტიკას ძალზე

ფრთხილად მიმართავს⁵.

გ) მიზეზობრიობის მნიშვნელობა დისკრიმინაციის დადგენის საკითხში განხილულია „ნაჩოვას საქმეზე“ მიღებული გადაწყვეტილების საფუძველზე. ავტორი იზიარებს პროფ. ევა გოცირიძის მოსაზრებას იმის თაობაზე, რომ სასამართლომ ნაგულეები დისკრიმინაციის ყოველი კონკრეტული საქმის განხილვისას არა მარტო უნდა შეამოწმოს უფლების დარღვევასა და დაზარალებულის კუთვნილებას შორის მიზეზობრივი კავშირის არსებობა, არამედ ის კონვენციის მე-14 მუხლის არსებითი დარღვევის ცნობისათვის აუცილებელ პირობად უნდა აღიაროს⁶. აუცილებელია, რომ სასამართლომ შეიმუშაოს სპეციალური, ოპტიმალური კრიტერიუმი როგორც მიზეზობრივი კავშირის დადგენის, ისე მასთან ორგანულად დაკავშირებული მტკიცების ტვირთის სტანდარტისა. ამასთან, აღნიშნული სტანდარტის შემუშავებისას დაცული უნდა იყოს ოქროს შუალედი და მაქსიმალურად იყოს გათვალისწინებული როგორც მომჩივანის, ისე მოპასუხე სახელმწიფოს სამართლიანი ინტერესები.

დ) დისკრიმინაციის განზრახვისა და მიზნის შეფასების თავისებურებები. განზრახვის საკითხი მნიშვნელოვანია, ზოგადად, პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ერთმანეთისგან გამიჯვნის თვალსაზრისით. არაპირდაპირი დისკრიმინაცია სწორედ იმით განსხვავდება პირდაპირისგან, რომ მისი აღიარებისათვის არ არის აუცილებელი, რომ სავარაუდო დამრღვევი მოქმედებდეს გარკვეული ნიშნით განსხვავებული ადამიანების დისკრიმინაციის მიზნითა და განზრახვით. ასეთია როგორც სტრასბურგის სასამართლოს, ისე მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პოზიცია.

ე) კონვენციით გათვალისწინებული უფლებებით სარგებლობაზე ნებაყოფლობით უარის თქმა. ევროპული სასამართლოს მიდგომის მიხედვით, ასეთი თანხმობა კარგად უნდა იყოს გააზრებული, ანუ პირს, ვინც ნებაყოფლობით უარს აცხადებს ამა თუ იმ უფლებით სარგებლობაზე, უნდა ესმოდეს, თუ

⁵ Nachova and Others v. Bulgaria (ECtHR), სასამართლოს დიდი პალატა, 2005 წლის 6 ივლისი.

⁶ ევა გოცირიძე, “მიზეზობრიობა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში“, თბილისი, 2006, გვ. 102.

⁴ D. H. and Others v. the Czech Republic (ECtHR), 2007 წლის 13 ნოემბერი.

რაზე ამბობს უარს და რა შედეგები შეიძლება მოყვეს მას⁷. ამასთან, უარი არ უნდა მოდიოდეს კონფლიქტში მნიშვნელოვან საჯარო ინტერესთან და იგი უნდა იყოს ზუსტი და ცხადი.

ნაშრომში გაკრიტიკებულია მეცნიერთა იმ ნაწილის მოსაზრება, რომლებიც არაპირდაპირ დისკრიმინაციას საერთოდ არ მიიჩნევენ დისკრიმინაციის ფორმად განზრახვის ელემენტის არარსებობის გამო⁸. პირიქით, სწორედ იმის გამო, რომ დისკრიმინაციული განზრახვის დასაბუთება რთულია, მით უფრო აუცილებელი და მნიშვნელოვანია არაპირდაპირი დისკრიმინაციისაგან ადამიანთა დაცვა. გარდა ამისა, როგორც კვლევა ადასტურებს, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ელემენტების თვითმყოფადი ხასიათის გათვალისწინებით, იგი დისკრიმინაციის ერთ-ერთ უეჭველ ფორმად უნდა მივიჩნიოთ.

და ბოლოს, ნაშრომის IV თავის ბოლო პარაგრაფი ეთმობა დისკრიმინაციის ისეთ ფორმას, როგორცაა **მრავალმხრივი დისკრიმინაცია**. ეს არის დისკრიმინაციის შედარებით ახალი, დაუმუშავებელი ფორმა, რომელიც სახეზეა, როდესაც პირის მიმართ განსხვავებული მოპყრობა ხორციელდება რამდენიმე ნიშნით. ნაშრომში განხილულია მრავალმხრივი დისკრიმინაციასთან დაკავშირებული ისეთი კონცეპტუალური საკითხები, როგორცაა მისი ტერმინოლოგიური ასპექტები⁹ და მრავალმხრივი დისკრიმინაციის დადგენის თავისებურებები. ჩამოყალიბებულია რეკომენდაციები მრავალმხრივი დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლის სტრატეგიის, სპეციალური პროგრამების, პოლიტიკისა და ინიციატივების შემუშავების აუცილებლობის თაობაზე, თავად დასაცავი ჯგუფების წარმომადგენელთა მონაწილეობით.

⁷ Pfeifer and Plankl v. Austria (ECtHR), 1992 წლის 25 თებერვალი, პარ. 37-38; Deweer v. Belgium (ECtHR), 1980 წლის 27 თებერვალი, პარ. 51; Hermi v. Italy (ECtHR), 2006 წლის 18 ოქტომბერი, პარ. 73.

⁸ Iris Young, Justice and the Politics of Difference, Princeton University Press, Princeton, 1990; Matt Cavanagh, Against Equality of Opportunity, Oxford University Press, Oxford, 2002.

⁹ P. Ucellari, "Multiple discrimination: How law can reflect reality", The Equal Rights Review, 2008, Vol. 1, გვ. 29.

თავი V პოზიტიური ქმედების კონცეპტი და პრაქტიკა საერთაშორისო სამართალში

ნაშრომის V თავი ეძღვნება დისკრიმინაციასთან ბრძოლის თვალსაზრისით ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს საკითხს. ნაშრომში გამიჯნულია „პოზიტიური ქმედება“ და „პოზიტიური დისკრიმინაცია“. ზოგიერთი მეცნიერისგან განსხვავებით, ავტორი ასკვნის, რომ ეს ორი კონცეპტი არ არის იდენტური და ისინი ვლინდება განსხვავებული ხასიათის ქმედებებში. ნაშრომში გადმოცემულია ამ ორი კონცეპტის შინაარსი და ჩამოყალიბებულია მათი დეფინიციები.

პოზიტიურ ქმედებასთან დაკავშირებით ცალკე პარაგრაფის ფარგლებში არის განხილული **სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებები** საჯარო და კერძო სექტორში დისკრიმინაციის აღკვეთის თვალსაზრისით. ამ საკითხთან დაკავშირებით გაანალიზებულია სტრასბურგის სასამართლოსა და მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მიდგომები¹⁰.

პოზიტიურ ქმედებასთან ორგანულად არის დაკავშირებული **სპეციალური ღონისძიებების** ცნება, რომელიც სხვადასხვა ქმედებით შეიძლება გამოვლინდეს. რიგ ქვეყნებში სპეციალური ღონისძიებების ფარგლებში დაწესებულია ქვოტების სისტემა, რომელსაც ზოგან სკეპტიკურად უყურებენ და მას ძალზე შეზღუდულად მიმართავენ, უმეტესად, განათლებისა და დასაქმების სფეროში. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის გარდა, სპეციალური ღონისძიებების გატარებასთან დაკავშირებული საკითხები ნაშრომში განხილულია სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის, ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა შესახებ საერთაშორისო პაქტის, გაეროს ადამიანის უფლებათა კომიტეტის პრაქტიკის, ევროპული სოციალური ქარტიისა და მის ფარგლებში შექმნილი სოციალურ უფლებათა ევროპული კომიტეტის პრაქტიკის მიხედვით.

¹⁰ Nachova and Others v. Bulgaria (ECtHR), დიდი პალატა, 2005 წლის 6 ივლისი, პარ. 160; Roman Angonese v. Casa de Risparmio di Bolzano SpA (ECJ), 2000 წლის 6 ივნისი.

იმისათვის, რათა მიჩნეული იყოს მართლზომიერად, სპეციალური ღონისძიებები უნდა აკმაყოფილებდეს გარკვეულ მოთხოვნებს. კერძოდ, ისინი არ უნდა იწვევდეს დისკრიმინაციას, რაც უკუდისკრიმინაციის სახელით არის ცნობილი, უნდა იყოს დროებითი ხასიათის, ჰქონდეს ლეგიტიმური მიზანი და იყოს დასახული მიზნის თანაზომიერი¹¹.

ამრიგად, სპეციალური ღონისძიებების გატარება და, შესაბამისად, პოზიტიური ქმედება თავისთავად არ იქნება მისაღები მხოლოდ იმიტომ, რომ ის არ არის აკრძალული. პრაქტიკულად, ეს უნდა იყოს მდგომარეობის გამოსწორების უკანასკნელი საშუალება.

თავი VI განსხვავებული მოპყრობის გამამართლებელი გარემოებები

ნაშრომის VI თავში საუბარია იმ პირობებზე, რომელთაც უნდა აკმაყოფილებდეს განსხვავებული მოპყრობა, რათა ის არ იქნეს მიჩნეული დისკრიმინაციულად. კერძოდ, მას უნდა ჰქონდეს ობიექტური და გონივრული გამართლება. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, განსხვავებულ მოპყრობას უნდა ჰქონდეს ლეგიტიმური მიზანი და იყოს ამ მიზნის თანაზომიერი. ეს უკანასკნელი იმას ნიშნავს, რომ არჩეული საშუალება უნდა იყოს აუცილებელი და სათანადო.

ავტორი იხილავს განსხვავებული მოპყრობის ისეთ გამონაკლის შემთხვევებს, როგორცაა „წმინდა პოფესიული მოთხოვნა“¹², რელიგიურ ორგანიზაციებში დასაქმების თავისებურებები, მიუხედავად იმისა, საჯარო სფეროს მიეკუთვნებიან ისინი თუ კერძოს და ასაკობრივი ნიშნით განსხვავებული მოპყრობა, როდესაც

¹¹ Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (ECtHR), 1968 წლის 23 ივლისი, პარ. 42; UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32, 2009 წლის 24 სექტემბერი, პარ. 21-26.

¹² Gender Equality Directive (Recast), art. 14(2); Racial Equality Directive, art. 4; Employment Equality Directive, art. 4(1).

ასეთი მოპყრობა ემსახურება დასაქმების ლეგიტიმურ პოლიტიკას, შრომის ბაზარსა და პროფესიული ტრენინგის მიზნებს. თუმცა, აქაც უნდა დაკმაყოფილებდეს თანაზომიერების პირობა.

საგულისხმოა ტერმინოლოგიური ასპექტიც. კერძოდ, ყურადღება უნდა მიექცეს იმ ფაქტს, რომ, როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს იურისპრუდენციაში, ისე ევროკავშირის შესაბამის დირექტივებში, საუბარია არა თავად დისკრიმინაციის, არამედ განსხვავებული მოპყრობის გამამართლებელ გარემოებებზე, რის გამოც აღარ ხდება ქმედების დისკრიმინაციად დაკვალიფიცირება. შესაბამისად, უნდა მოხდეს ამ ტერმინის სწორად გამოყენება.

განსხვავებული მოპყრობის გამამართლებელ გარემოებებთან მჭიდრო კავშირშია „სახელმწიფოს თავისუფალი შეფასების არის“ დოქტრინა, რაც საერთაშორისო კონტროლის თვითშეზღუდვას გულისხმობს¹³. იგი განაპირობებს, ზოგადად, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სისტემის არსის სწორად გაგებას, რაც მდგომარეობს მის კომპლემენტარობასა და სუბსიდიურობაში. გარდა ამისა, ამ დოქტრინის სწორად გამოყენებას დისკრიმინაციის ნიშნების, საჯარო ინტერესის, განსხვავებული მოპყრობის გონივრული და ობიექტური დასაბუთებისა თუ ნაგულავები დისკრიმინაციის სხვა ელემენტების მიმართ დიდი მნიშვნელობა აქვს კონკრეტული საქმის სამართლიანად გადაწყვეტის თვალსაზრისით.

თავი VII დისკრიმინაციის თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები საქართველოში

ნაშრომის VII თავის პირველი პარაგრაფი ეძღვნება „თანასწორობისა“ და, შესაბამისად, დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპის მიმოხილვას საქართველოს კონსტიტუციის მიხედვით. კონსტიტუციის მე-14 მუხლი არის „თანასწორობის“

¹³ ევა გოცირიძე, “გამოხატვის თავისუფლება ღირებულებათა კონფლიქტში (ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისა და სტრასბურგის სასამართლოს იურისპრუდენციის მიხედვით)”, თბილისი, 2008, გვ. 101-102.

უზრუნველყოფელი ზოგადი ნორმა, ხოლო დანარჩენი მუხლები შეიცავს ამა თუ იმ კონკრეტული საზოგადოებრივი ურთიერთობის მომწესრიგებელ სპეციალურ ნორმებს. კონსტიტუციის მე-14 მუხლი, გრამატიკული თვალსაზრისით, ადგენს დისკრიმინაციის საფუძვლების ამომწურავ ჩამონათვალს, თუმცა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო დღესდღეობით მიმართავს ამ მუხლის განვრცობით განმარტებას და დისკრიმინაციის საფუძვლად მიიჩნევს ისეთ ნიშნებსაც, რომლებიც ქვეყნის ძირითად კანონში არ არის გათვალისწინებული.

ავტორი ეხება საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და შეთანხმებების ადგილს საქართველოს ნორმატიული აქტების სისტემაში და აღნიშნავს, რომ დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლის თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანია ადამიანის უფლებათა სფეროში საქართველოს მიერ რატიფიცირებული საერთაშორისო აქტების პირდაპირი მოქმედების აღიარება, რაც დისკრიმინაციისგან დაცვის დამატებით, ეფექტიან მექანიზმებს გვთავაზობს.

VII თავში გაანალიზებულია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისპრუდენცია დისკრიმინაციის სფეროში. ამ კონტექსტში განხილულია საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომა „თანასწორობის“ კონსტიტუციური პრინციპისა და დისკრიმინაციის საფუძვლების მიმართ, ასევე, განსხვავებული მოპყრობის შეფასების კრიტერიუმები. აღნიშნული საკითხები განხილულია საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისპრუდენციის მიხედვით.

VII თავის დასკვნითი პარაგრაფის ფარგლებში განხილულია საქართველოს 2014 წლის 2 მაისის კანონი „დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“. ავტორი საუბრობს კანონის მნიშვნელობასა და მიღწევებზე, სახალხო დამცველის როლსა და ფუნქციებზე; მოყავს სტატისტიკური მონაცემები დისკრიმინაციის საქმეების განხილვის სფეროში; იხილავს საქართველოს სახალხო დამცველის სპეციალურ ანგარიშს დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლის, მისი თავიდან აცილებისა და თანასწორობის მდგომარეობის შესახებ.

ცალკე პარაგრაფი ეთმობა კანონის მატერიალური და პროცესუალური ხარვეზების კვლევას და ავტორის მიერ შემუშავებულ შესაბამის რეკომენდაციებს. კერძოდ:

- მიზანშეწონილია კანონში დისკრიმინაციის ერთ-ერთი ფორმის სახით გათვალისწინებულ იქნეს შევიწროება, რაც მდგომარეობს „ამა თუ იმ მახასიათებლით გამორჩეული პირის ირგვლივ დამამცირებელი, მტრული, შეურაცხყოფელი და დამჩაგრელი გარემოს შექმნაში, რაც მიზნად ისახავს პირის პატივისა და ღირსების შელახვას“.

- უკუდისკრიმინაციისგან ქმედითი დაცვის უზრუნველყოფის მიზნით, მიზანშეწონილია კანონის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტი ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით: „ამ კანონით იკრძალება უკუდისკრიმინაცია, რაც ნიშნავს იმას, რომ დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად განხორციელებულმა ღონისძიებებმა ანამკანონისპირველი მუხლით გათვალისწინებული რომელიმე ნიშნის მქონე პირის ან პირთა ჯგუფის მიერ საკუთარი უფლებების განხორციელებამ/დაცვამ არ უნდა ხელყოს საჯარო წესრიგი, საზოგადოებრივი უსაფრთხოება ან/და სხვათა უფლებები“.

- განსხვავებული მოპყრობის გამამართლებელი გარემოებების თვალსაზრისით, ტერმინოლოგიური აღრევის და შესაძლო გაუგებრობის თავიდან აცილების მიზნით, მიზანშეწონილია კანონის მე-2 მუხლის მე-2 და მე-3 პუნქტები ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით: „...როდესაც ამგვარ მოპყრობას ან პირობების შექმნას აქვს ობიექტური და გონივრული გამართლება, ანუ ემსახურება ლეგიტიმურ მიზანს, მათ შორის, საზოგადოებრივი წესრიგისა და ზნეობის დაცვას, ხოლო გამოყენებული საშუალებები თანაზომიერია ასეთი მიზნის მისაღწევად“.

ანტიდისკრიმინაციული კანონის მეტი მოქნილობისა და ქმედითობის უზრუნველყოფის მიზნით, ნაშრომი შეიცავს პროცესუალური ხასიათის რეკომენდაციებს, რომლებიც, ავტორის პირადი დაკვირვების გარდა, ეფუძნება, ასევე, სახალხო დამცველის ანგარიშის კვლევას, რაც სრულიად ნათელს ხდის აღნიშნული რეკომენდაციების გათვალისწინების აუცილებლობას. კერძოდ:

- მიზანშეწონილია, კანონის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტის „ზ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული ნორმა, რომელიც ეხება მხოლოდ ადმინისტრაციულ ორგანოს, გავრცელდეს, ასევე, კერძო სამართლის იურიდიულ პირებსა და ფიზიკურ პირებზე. აღნიშნული სახალხო დამცველს უზრუნველყოფს რეალური ბერკეტი, ამ

კატეგორიის პირებისათვის რეკომენდაციის მიცემის შემთხვევაში, განახორციელოს მისი შესრულების მონიტორინგი. რასაკვირველია, ასეთი მექანიზმი სახალხო დამცველის საქმიანობას გაცილებით ეფექტიანს გახდის.

- კანონის მე-8 მუხლის მე-4 პუნქტთან დაკავშირებით, მართებული იქნება, თუკი ა) გამოთხოვილი ინფორმაციის სახალხო დამცველისთვის მიწოდება კერძო სამართლის იურიდიული პირებისა და ფიზიკური პირების მიერ არ იქნება დამოკიდებული მათ კეთილ ნებაზე და ამას კანონი მათ ვალდებულებად აქცევს ან ბ) სახალხო დამცველს მიენიჭება უფლება, კერძო სამართლის იურიდიული პირებისა თუ ფიზიკური პირებისაგან ასეთი ინფორმაციის ვერ მიღების შემთხვევაში, საჩივარში მითითებული ფაქტობრივი გარემოებები დამტკიცებულად ჩათვალოს.

- კანონის მე-9 მუხლის 1-ელ პუნქტთან დაკავშირებით, სასურველია ა) სახალხო დამცველმა არ შეაჩეროს საქმის განხილვა დაზარალებულის მიერ სასამართლოსთვის მიმართვის ფაქტის გამო და წარმართოს ის პარალელურ რეჟიმში; ან ბ) გაიზარდოს სასამართლოსთვის მიმართვის ხანდაზმულობის ვადები; ან გ) სასამართლოსთვის მიმართვის ხანდაზმულობის ვადის დინება შეჩერდეს სახალხო დამცველის მიერ საქმის განხილვის დასრულებამდე. წინააღმდეგ შემთხვევაში, გამოდის, რომ თუკი პირი აპირებს სასამართლოში ნაგულვები დისკრიმინაციის ფაქტის გასაჩივრებას, მაშინ აზრს კარგავს იმავე საქმეზე სახალხო დამცველისთვის მიმართვა.

ზემოთ მოყვანილი რეკომენდაციები ნაშრომში გამყარებულია შესაბამისი არგუმენტებითა და ახსნა-განმარტებებით. საფიქრებელია, რომ მათი გათვალისწინება მნიშვნელოვნად შეუწყობს ხელს დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ეფექტიან ბრძოლას.

თავი VIII დასკვნები

დისკრიმინაციის აკრძალვის თეორიული და პრაქტიკული ასპექტების განხილვამ შედარებით-სამართლებრივი და კვლევის

სხვა მეთოდებზე დაყრდნობით, შესაძლებელი გახადა შემდეგი დასკვნების გაკეთება:

- დისკრიმინაციის კონცეპტუალურ საკითხებზე ევროპულ, ამერიკულ და აფრიკულ მიდგომებს შორის არ არსებობს პრინციპული განსხვავება, რაც აქტიური საერთაშორისო თანამშრომლობის შედეგს წარმოადგენს.

- ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს იურისპრუდენციის გაანალიზებას მივყავართ დასკვნამდე, რომ კონვენციის მე-14 მუხლი არ არის დამოუკიდებელი იმ გაგებით, რომ ის განიხილება სხვა უფლებასთან ერთობლიობაში. ამასთან, განსხვავებული მოპყრობა, რომელიც სცდება მე-14 მუხლის დაცვის ფარგლებს, ვერ გამოიწვევს ამ მუხლის გამოყენებას. თუმცა, მე-14 მუხლი შეიძლება გამოყენებულ იქნეს ისეთ შემთხვევებშიც კი, როდესაც ამა თუ იმ უფლების დარღვევა დამოუკიდებლად, დისკრიმინაციის კონტექსტის გარეშე, არ დგინდება. ასეთი მიდგომა ხაზს უსვამს მე-14 მუხლის ავტონომიურ ხასიათს. სასამართლოს სხვაგვარი დამოკიდებულება აქვს, როდესაც დგინდება ძირითადი მუხლით გარანტირებული უფლების დარღვევა. ასეთ შემთხვევაში ის, ზოგადად, აღარ მიიჩნევს საჭიროდ განიხილოს ამ მუხლის შესაძლო დარღვევა კონვენციის მე-14 მუხლთან ერთობლიობაში. შედეგად, ვდებულობთ ვითარებას, როდესაც ზოგ შემთხვევაში კონვენციის მე-14 მუხლს ენიჭება **დამხმარე (subsidiary)** ხასიათი, ხოლო სხვა შემთხვევებში იგი განიხილება როგორც **დამატებითი (complementary)** დაცვის საშუალება. სასამართლოს ამგვარი არათანმიმდევრული მიდგომა არ არის მართებული, ვინაიდან მე-14 მუხლით გარანტირებული დისკრიმინაციისგან დაცვა ადამიანის სრულყოფილი კონვენციისმიერი უფლებაა. შესაბამისად, მიზანშეწონილი იქნება, თუ მომჩივანის მიერ მე-14 მუხლის ნაგულვები დარღვევის შესახებ საკითხის წამოჭრის შემთხვევაში, ის განიხილება იმისგან დამოუკიდებლად, დადგინდება თუ არა რომელიმე არსებითი უფლების დარღვევა. ამ მოსაზრებას აძლიერებს სასამართლოს გადაწყვეტილებების მნიშვნელობა კონვენციის დებულებების განმარტების თვალსაზრისით, რაც, თავის მხრივ, გავლენას ახდენს ადამიანის უფლებათა დაცვის როგორც საერთაშორისო, ისე ეროვნული სამართლებრივი სისტემის

სწორად ჩამოყალიბებაზე.

- მნივთლოვანია დისკრიმინაციის ტერმინოლოგიური საკითხის სწორად გაგება. დღესდღეობით გამოყენებული ტერმინებიდან, საყოველთაოდ არის მიღებული, რომ ტერმინი **„დისკრიმინაცია“** („*discrimination*“) გულისხმობს მხოლოდ თვითნებურ და უკანონო განსხვავებულ მოპყრობას. ტერმინი **„განსხვავება“** ან **„განსხვავებული მოპყრობა“** („*distinction*“) ნეიტრალური ხასიათისაა, რომელიც მაშინ გამოიყენება, როდესაც ჯერ არ არის დადგენილი, დიფერენციალური მოპყრობა დასაბუთებულია თუ არა. ხოლო რაც შეეხება ტერმინ **„დიფერენცირებას“** („*differentiation*“), ის, პირიქით, მიუთითებს კანონიერ განსხვავებულ მოპყრობაზე. აქედან გამომდინარე, უპირატესობა უნდა მივანიჭოთ ტერმინ „დისკრიმინაციას“, ვინაიდან ყოველგვარი განსხვავებული მოპყრობა კი არ წარმოადგენს დისკრიმინაციას, არამედ მხოლოდ ისეთი, რომელიც არ ეფუძნება გონივრულ და ობიექტურ გამართლებას.

- დისკრიმინაციის საფუძვლებთან დაკავშირებით უნდა აღინიშნოს, რომ კონვენციის მე-14 მუხლი დისკრიმინაციას კრძალავს არა მარტო იმ ნიშნებით, რომლებიც მასში სახელდებით არის მითითებული, არამედ ნებისმიერი სხვა ნიშნითაც, როგორცაა უნარშეზღუდულობა, ოჯახური მდგომარეობა, უკანონოდ ჩასახვა, პროფკავშირების წევრობა, სამხედრო სტატუსი, საცხოვრებელი ადგილი, ასაკი, სექსუალური ორიენტაცია და სხვა. ევროპული სასამართლო დისკრიმინაციის ნიშნებს ყოფს **„უეჭველ“** და **„საეჭვო“** საფუძვლებად. თუმცა, ეს დაყოფა არის პირობითი და ის შეიძლება ნებისმიერ დროს შეიცვალოს მიმდინარე პოლიტიკური, ეკონომიკური, სოციალური თუ სხვა პროცესების პარალელურად. ამასთან, ზოგიერთი „საეჭვო“ საფუძვლის დისკრიმინაციის ნიშნად აღიარება ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში და საქმის მთლიან კონტექსტზეა დამოკიდებული. „უეჭველ“ ნიშნებს შორის უნდა გამოიყოს ისეთი ნიშნები, რა დროსაც განსხვავებულ მოპყრობას არასდროს, არანაირ ვითარებაში არ ექნება გონივრული და ობიექტური გამართლება. ასეთებია განსხვავებული მოპყრობა რასის, კანის ფერის, ენის, რელიგიის თუ ეთნიკური წარმომავლობის ნიადაგზე, რაც, ვერასდროს იქნება გამართლებული რაიმე

ლეგიტიმური მიზნით და ვერც შეფასების თავისუფლების იმ ფარგლებით, რომლებიც ეროვნულ სახელმწიფოებს აქვთ მინიჭებული ევროპული კონვენციის ძალით.

- დისკრიმინაციის ერთ-ერთი ძირითადი და სადავო ფორმის - **არაპირდაპირი დისკრიმინაციის** - შინაარსისა და სპეციფიკის დეტალურმა კვლევამ აჩვენა, რომ პირდაპირი დისკრიმინაციისგან განსხვავებით, მისი მტკიცება ერთობ გართულებულია. არაპირდაპირი დისკრიმინაცია უკავშირდება ვითარებას, როდესაც დისკრიმინაციის მიზანი შესაძლოა არ არსებობს, მაგრამ გარეგნულად ნეიტრალური ნორმა ან პრაქტიკა იწვევს ჯგუფების დე ფაქტო დისკრიმინაციას. ასეთ შემთხვევაში დისკრიმინაციის მტკიცებისას დიდი მნიშვნელობა ენიჭება **სტატისტიკურ მონაცემებს**. ამასთან, არის შემთხვევებიც, როდესაც დაზარალებულის მიერ სტატისტიკური მონაცემების მოყვანაც კი არ არის აუცილებელი და სასამართლო კმაყოფილდება კომპეტენტური ორგანიზაციებისა თუ საერთაშორისო დაწესებულებების შეფასებებითა და კვლევებით. უფრო მეტიც, სასამართლოს შეუძლია მტკიცებულების რანგში აიყვანოს საყოველთაოდ აღიარებული და ცნობილი ფაქტები. თუმცადა, სტატისტიკური მონაცემებისთვის გადაჭარბებული მნიშვნელობის მინიჭება არ იქნებოდა გამართლებული განსხვავებული მოპყრობის ფაქტის დისკრიმინაციად მიჩნევისათვის. დისკრიმინაციის დასაბუთების თვალსაზრისით, ასევე მისასაღებელია **მტკიცების ტვირთის მოპასუხე სახელმწიფოზე გადაკისრების** წესი, თუმცა მტკიცების ტვირთის განაწილებისას, ეროვნულმა თუ საერთაშორისო სასამართლომ უნდა იმოქმედოს დიდი სიფრთხილით და მხოლოდ ყოველი კონკრეტული საქმის გარემოებების გამოკვლევისა და ანალიზის შედეგად უნდა გადაწყვიტოს, თუ რა გზით იაროს, რომელ მხარეს რა დოზით დააკისროს მტკიცების ტვირთი ისე, რომ მაქსიმალურად ეფექტიანად იყოს უზრუნველყოფილი დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპის განუხრელი დაცვა.

- დისკრიმინაციის ფაქტის დადგენის საქმეში დიდია **მიზეზობრიობის** მნიშვნელობა. საგულისხმოა, რომ ეს კონცეპტი საკუთრივ ევროპული კონვენციის სამართალშიც კი არ არის ჯეროვნად დამუშავებული და მისი აქტუალობა ადამიანის

უფლებათა ევროპული სასამართლოს მხოლოდ ცალკეულ პრეცედენტებშია გამოვლენილი. თუმცა, უდავოა, რომ ქმედების დისკრიმინაციულად დაკვალიფიცირებისათვის უნდა არსებობდეს მიზეზობრივი კავშირი განსხვავებულ მოპყრობასა და დისკრიმინაციის საფუძველს შორის.

• მიუღებელია მოსაზრება, რომ არაპირდაპირი დისკრიმინაცია, რაკი მისთვის სავალდებულო არ არის დისკრიმინაციის **განზრახვა** და **მიზანი**, საერთოდ არ წარმოადგენს დისკრიმინაციის ფორმას. ადამიანის უფლებათა დაცვის თანამედროვე სტანდარტები უთუოდ მოითხოვს, რომ ადამიანები დაცული იყვნენ არა მარტო დისკრიმინაციული განზრახვით ჩადენილი ქმედებისაგან, არამედ დე ფაქტო დისკრიმინაციული შედეგისაგანც, მიუხედავად დისკრიმინაციული განზრახვის არარსებობისა. მით უფრო, რომ განზრახვის ელემენტის დასაბუთების სირთულის გამო, მისი არსებობა არათუ არაპირდაპირი დისკრიმინაციის, არამედ, ხშირ შემთხვევაში, პირდაპირი დისკრიმინაციის დროსაც კი არ არის აუცილებელი.

• დისკრიმინაციის კიდევ ერთი ფორმის - **მრავალმხრივი დისკრიმინაციის** - კონცეპტის განხილვამ მიგვიყვანა იმ დასკვნამდე, რომ აუცილებელია მიღწეულ იქნეს კონსენსუსი მისი დეფინიციის საკითხზე და ტერმინი „მრავალმხრივი დისკრიმინაცია“ დამკვიდრდეს მისი ნებისმიერი გამოხატულების აღსანიშნავად. ასევე, მნიშვნელოვანია მრავალმხრივი დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლის სტრატეგიის, სპეციალური პროგრამებისა და პოლიტიკის შემუშავება და ამ პროცესში თავად დასაცავი ჯგუფების წარმომადგენელთა მონაწილეობა. არანაკლებ მნიშვნელოვანია, თუ როგორი იქნება სასამართლოს მიდგომა მრავალმხრივი დისკრიმინაციის შეფასების საკითხის მიმართ. კერძოდ, მისი უნიკალური ხასიათის გამო, მიზანშეწონილია სასამართლო მეტი ლოიალურობით მიუდგეს „კომპარატორის ფაქტორის“ შეფასებას და უპირატესად მიმართოს „დასაბუთებულობის ტესტს“. მრავალმხრივი დისკრიმინაციის დადგენის შემთხვევაში კი, ეს შესაბამისად უნდა აისახოს დამრღვევი პირის პასუხისმგებლობისა და მსხვერპლის სამართლიანი დაკმაყოფილების საკითხის გადაწყვეტაზე.

• ერთი მხრივ, **პოზიტიური ქმედებისა** და, მეორე მხრივ, **პოზიტიური დისკრიმინაციის** კონცეპტის განხილვის შედეგად ყალიბდება დასკვნა, რომ ისინი განსხვავებული კატეგორიებია. პოზიტიური ქმედების კონცეპტი უკავშირდება სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებებისა და სპეციალური ღონისძიებების ცნებას. იკვეთება სფეროები, სადაც შესაბამისი ღონისძიებების გატარება განსაკუთრებულ მნიშვნელობას იძენს. ესენია: დასაქმების, განათლების, განსახლებისა თუ სოციალური პოლიტიკის სფეროები, რასაც დეტალურად არეგულირებს ევროპის სოციალური ქარტია.

• პოზიტიურ ქმედებასთან კავშირშია **უკუდისკრიმინაციის** ცნება, რომელიც უარყოფითი მოვლენაა და სპეციალური ღონისძიებების ექსცესიური გამოყენების შედეგია. ამიტომ, პოზიტიურმა ქმედებამ უკუდისკრიმინაცია რომ არ გამოიწვიოს, სპეციალური ღონისძიებები უნდა იყოს დროებითი ხასიათის, ჰქონდეს ლეგიტიმური მიზანი და იყოს მისაღწევი მიზნის თანაზომიერი. სპეციალური ღონისძიებების პოლიტიკა მაშინ არის ეფექტიანი და ქმედითი, როდესაც სწორად არის შერჩეული თავად ამ ღონისძიებების სახე, დრო, ადგილი და როდესაც არ ზიანდება საზოგადოების სხვა წევრთა უფლებები.

• იმისათვის, რომ განსხვავებული მოპყრობა არ იყოს დაკვალიფიცირებული დისკრიმინაციად, მას უნდა ჰქონდეს **ობიექტური და გონივრული დასაბუთება, რაც მდგომარეობს ლეგიტიმურ მიზანსა და ამ მიზნის მისაღწევად გამოსაყენებელი საშუალებების თანაზომიერებაში**. აუცილებელია, რომ ეს ორი პირობა კუმულატიურად არსებობდეს. „დასაბუთებულობის ფაქტორის“ განხილვა უმნიშვნელოვანესი ეტაპია დისკრიმინაციის შესახებ საკითხის გადაწყვეტისას, თუმცა, არ უნდა მოხდეს მის მიერ „შედარებითობის ფაქტორის“ ცალსახად შთანთქმა, რამაც შეიძლება უარყოფითად იმოქმედოს დისკრიმინაციის ფაქტის დადგენის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებაზე. ამ საკითხთან მიმართებით საგულისხმოა ტერმინოლოგიური ასპექტიც. კერძოდ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს იურისპრუდენციასა და ევროკავშირის შესაბამის დირექტივებში საუბარია არა „დისკრიმინაციის“, არამედ „განსხვავებული მოპყრობის გამამართლებელ გარემოებებზე“, რის გამოც აღარ ხდება ქმედების

დისკრიმინაციად დაკვალიფიცირება.

• ნაშრომში დისკრიმინაციის აკრძალვის კონცეპტუალური საკითხები, ასევე, განხილულია საქართველოს შესაბამისი კანონმდებლობისა და პრაქტიკის საფუძველზე. შესწავლილ იქნა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომები, საქართველოს სახალხო დამცველის ანგარიში. ანალიზის შედეგად გამოვლინდა **„დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“** საქართველოს 2014 წლის კანონის ღირსებები და ნაკლოვანებები. შემუშავებულ იქნა რეკომენდაციები, რომლებიც ემსახურება სწორედ ამ ხარვეზების აღმოფხვრას¹⁴. აქცენტი გაკეთდა საზოგადოებრივი ცნობიერების ამაღლების აუცილებლობაზე, სახელმწიფოს, საზოგადოებისა და არასამთავრობო ორგანიზაციების როლსა და დისკრიმინაციის აკრძალვის სფეროში საერთაშორისო თანამშრომლობის მნიშვნელობაზე.

დისერტაციის თემასთან დაკავშირებული პუბლიკაციების ნუსხა

1. ნათია კინწურაშვილი, „დისკრიმინაციის ძირითადი კონცეპტები ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ საქმეზე „დ. ჰ. და სხვები ჩეხეთის რესპუბლიკის წინააღმდეგ“ მიღებული ფუძემდებლური გადაწყვეტილების მიხედვით“, ადამიანის უფლებები და სამართლის უზენაესობა (სტატიათა კრებული), რედაქტორი კონსტანტინე კორკელია, თბილისი, 2013, გვ. 151-186;

2. ნათია კინწურაშვილი, „პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ძირითადი ასპექტები საერთაშორისო სამართალში“, იურიდიული ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, 2015, #2/3, გვ. 84-95;

3. ნათია კინწურაშვილი, „პოზიტიური ქმედების კონცეპტი და პრაქტიკა საერთაშორისო სამართალში“, იურიდიული ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, 2015, #4, გვ. 70-81.

¹⁴ იხ. წინამდებარე სადისერტაციო მაცნის შესაბამისი პარაგრაფი: „თავი VII - დისკრიმინაციის თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები საქართველოში“ (ნ.კ.).

St. Andrew the First-Called Georgian University of the
Patriarchate of Georgia

School (Faculty) of Humanities and Law

International Law

With the right of manuscript

Natia Kintsurashvili

„Basic Concepts of Discrimination in
International Law“

Dissertation Herald

Of the thesis presented for obtaining a Doctor's
Academic Degree in Law

Tbilisi
2015

The doctoral thesis was accomplished at the St. Andrew the First-Called Georgian University of the Patriarchate of Georgia, School (Faculty) of Humanities and Law, Direction of Law.

Academic supervisor: **1. Eva Gotsiridze**, Doctor of Law, Professor of the St. Andrew the First-Called Georgian University of the Patriarchate of Georgia

Official opponents: **1. Mariam Jikia**, Doctor of Law, Associated Professor
2. Ketevan Jincharadze, Doctor of Law, Associated Professor of the Georgian-American University

The thesis will be defended on “-----“ ----- 201- at ----- at the meeting of Law Section of the Academic Council of the School (Faculty) of Humanities and Law of the St. Andrew the First-Called Georgian University of the Patriarchate of Georgia.

Address: 53a Chavchavadze ave., Tbilisi 0162, the fourth floor (conference hall).

The thesis is available in the scientific library of the St. Andrew the First-Called Georgian University of the Patriarchate of Georgia.

The Dissertation Herald was distributed on “-----“ ----- 2015.

Academic Secretary of Law Section of the Academic Council

Tamar Laliashvili

Doctor of Law, Professor

Table of Contents

General description of the thesis

Relevance of the topic	34
Main purpose and objectives of the research	35
Scientific novelty of the research and its main results	36
Theoretical and methodological principles of the research	37
Theoretical value of the thesis	37
Practical significance of the thesis	38
The structure and size of the thesis	40

Basic contents of the thesis

Chapter I - Introduction	40
Chapter II - Prohibition of discrimination as per universal and regional legal acts.....	41
Chapter III - General contents and grounds of discrimination.....	42
Chapter IV - Categories of discrimination in international law	43
Chapter V - Concept and practice of positive action in international law.....	46
Chapter VI - Justification of differential treatment.....	47
Chapter VII - Theoretical and practical aspects of discrimination in Georgia.....	48
Chapter VIII - Conclusions	51
List of the publications related to the topic of the thesis	55

General description of the thesis

Relevance of the topic

The present doctoral thesis is aimed to research the fundamental issue of law that is prohibition of discrimination. This issue is researched within the international law of human rights.

Relevance of the issue of discrimination is dictated by the fact that although the prohibition of discrimination is one of the absolute rights and its violation is especially intolerable in every democratic society, unfortunately, even in legally well-developed countries with rich democratic traditions, facts of discriminatory treatment of some vulnerable groups still exist that has no justification. The mentioned is especially crucial in Georgia, where democracy has no rich traditions. Despite the Georgian natural tolerance, the risk of discriminatory treatment of vulnerable groups still exists here. It is undoubtedly necessary that the Georgian legal system and practice comes in full conformity with international approaches and progressive tendency of broadening those fields, where states will take responsibility before their population and international community not to allow any kind of discrimination against different groups or individuals. Clear manifestation of this tendency is the Protocol No.12 to the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which, differently from the Article 14 of the Convention, provided that the requirement of non-discrimination applies not only to the convention rights but also to all rights guaranteed by national legislations. For its part, readiness of Georgia to follow this tendency is manifested in adoption of the Law on Elimination of All Forms of Discrimination, which embodies contemporary European approaches and introduces them into the domestic legislation. Of course, the adoption of anti-discrimination law is welcomed, however, it has some material and procedural gaps. Their timely eradication is important for ensuring real and efficient observation of the principle of non-discrimination.

Though all aspects of discrimination are regulated by international

acts and national legislations and there almost does not exist any field, where discrimination-related details would not be treated, this topic is still interesting and relevant also for international legal practice. Both the European Court of Human Rights and the European Court of Justice must still deal with various aspects of discrimination. They must interpret some concepts of discrimination and elaborate common approaches to disputable issues of discrimination, such as direct and indirect discrimination, grounds of discrimination, positive action and respective special measures, objective and reasonable justification of differential treatment, positive obligations of state against discrimination and so on. These and other theoretical and practical issues of discrimination dictate relevance of the topic.

The need of research of various aspects of discrimination is moreover relevant for Georgia, as the Georgian theorists and legal practitioners do not have enough knowledge and experience in realizing different issues of discrimination in international light. There is not much scientific research conducted in this field. The Georgian courts have rarely examined discrimination-related cases. Not enough attempt is made to study and generalize even this poor practice and develop relevant recommendations. There are not enough efficient remedies available for alleged victims of discrimination. Legal culture of individuals and concerned groups to search and successfully enjoy available remedies of protection of their rights against discrimination is still law. In this light, it is absolutely crucial and utile to research various theoretical and practical issues of discrimination.

Main purpose and objectives of the research

The necessity of research of basic concepts of discrimination dictated the purpose of the doctoral thesis.

The purpose of the research is to explore the concept of discrimination in international law. Legislations of various countries are analyzed just to the extent they serve as examples to prove the author's considerations and suggestions. However, taking into account relevance of the issue, a separate chapter is dedicated to the research of the Georgian discrimination-related

legislation and practice.

The purpose of the research is not the study of purely sociologic, economic, and psychological aspects of discrimination, although these fields of science have no less connection with this phenomenon than law has.

In international law itself the discrimination may occur in many fields, such as the state and status of foreigners, transport, trade, navigation, investments, taxes and etc. that is evidenced by respective legal instruments. However, the exploration of discrimination-related issues in these concrete fields is not the objective of the research. **The latter is aimed to explore the concepts of discrimination in one of the fields of international law that is international law of human rights. This is the field where discrimination is manifested in its classical form that will enhance reader to easily understand the essence of this phenomenon.**

The purpose of the research is to support legal theorists and practitioners in better understanding of conceptual issues of discrimination that will ensure their proper application in law-making and law-applying processes.

Scientific novelty of the research and its main results

In view of the fact that combating discrimination becomes more important on a daily basis both on national and international levels, international law, as an integrity of legal norms regulating relations between states, offers us interesting theoretical and practical material, exploration of which leads us to important and meaningful conclusions.

The research provides in-depth analysis of discrimination-related human rights law of the Council of Europe and the European Union. Important innovation of the research is that it deals with the European Union human rights law, which is less explored in Georgia than the European convention law. The research made it clear that the European Union law is importantly inspired by the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms that increases

the necessity of further harmonization of these parallel systems in the field of elimination of all forms of discrimination.

The conducted comprehensive research of discrimination issues, which is not limited to the European continent, leads to the conclusion that there is no principle discrepancy on conceptual issues of discrimination between the European, American and African approaches that is a result of active international cooperation.

The thesis provides the research of less explored issues of discrimination (e.g. multiple discrimination). The author puts problematic questions and answers them properly with relevant argumentation.

The scientific innovation of the thesis is manifested in conclusions and recommendations which are elaborated based on the research of main concepts of discrimination. They are systemized under the main conclusions of the thesis, which are summarized in the present Dissertation Herald under a separate paragraph.

Theoretical and methodological principles of the research

Discrimination-related issues are studied by applying the comparative-legal, historic, complex, statistical, legalistic and empiric research methods, as well as systemic-legal and logic analysis.

Theoretical value of the thesis

Theoretical value of the thesis is ensured by comprehensive list of issues, which belong to main problematics of legal and practical aspects of discrimination. Basic doctrines and concepts of discrimination are researched in a comparative aspect based on the study of relevant acts of the Council of Europe and the European Union, on the one hand, and the American Convention on Human Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights, on the other hand.

The foregoing issues are researched comprehensively, discrimination-related scientific literature and practical handbooks are reviewed,

conclusions about various important aspects of discrimination are drawn and relevant recommendations elaborated, where necessary.

From the point of view of theoretical value of the research, it is worth mentioning that the author develops definite approaches to various aspects of discrimination in light of contradicting opinions and disputes on the subject matter.

As per the theoretical value of the thesis for the Georgian reality, it is obvious that in light of ongoing euro integration process, full familiarization with common approaches of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights is of a crucial importance for proper implementation of anti-discrimination standards (key-concept of the European and, generally, international human rights law) into the national legislation and jurisprudence. This undertaking, for its part, will considerably enhance the improvement of existing remedies of combating discrimination and development of new efficient protection mechanisms.

Practical significance of the thesis

The concepts of discrimination dealt in the thesis do not have only theoretical value, but also practical significance especially for Georgia. In particular, in case of lack of relevant regulation in national legislation as well as discrepancy between formulations of international and domestic legal instruments, international standards, among them anti-discrimination ones, may serve not only as normative minimum, but even directly applicable law. In other words, internationally recognized rights and freedoms become directly applicable law by national courts and other state bodies as well as in case when individuals apply to international mechanisms of protection of human rights, for example, International Court of Human Rights.

In this light, it is worth mentioning that international treaties and agreements ratified by Georgia, among them and in the first place, the European Convention for protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, is an integral part of Georgian legislation. Accordingly, the court can apply it as a normative act when deciding a case. Moreover, if a

party to hearing refers to one of the articles of the European Convention and indicates how this article is interpreted in the jurisprudence of the European Court, national court must argue its position in the judgment, whether or not it agrees with the convention-based arguments of the party¹. In any case, whatever the court's decision will be, the latter must examine the case in light of the European Convention and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. This means that the court has to be familiar with the approaches developed by international mechanisms of human rights protection in relation to the subject matter.

Taking into account the foregoing, it is undisputable that the exploration of theoretical and practical aspects of discrimination is important and interesting for lawyers practicing in the field of human rights protection – barristers, judges, prosecutors and representatives of other law-enforcement bodies. These are the people who fight in the vanguard for protection of human rights. They especially need to get familiar with anti-discrimination principles in order to ensure their efficient implementation.

The practical importance of the thesis is much more evident and convincing in view of exploration of Georgian discrimination-related legislation and relevant practice, which is examined under a separate chapter. In this light, the Georgian Constitution and other normative acts containing anti-discrimination regulations are reviewed; the approaches of the Georgian Constitutional Court and the report of the Public Defender of Georgia is studied; the law of Georgia “On Elimination of All Forms of Discrimination” is analysed, its merits and gaps revealed; relevant recommendations are worked out aiming to fill these gaps; the role of state, society and non-governmental organizations is emphasized and the importance of international cooperation in the field is stressed.

The results of the conducted research, drawn conclusions and elaborated recommendations indicate the practical importance of the thesis.

¹ K. Korkelia, I. Qurdadze, “International Law of Human Rights with reference to the European Convention on Human Rights”, Judicial Training Center, Tbilisi, 2004, pp. 84-101.

The structure and size of the thesis

The thesis is comprised of 240 pages, including bibliography and referred sources. It is divided into 7 chapters. For its part, each chapter is divided into paragraphs and sub-paragraphs, which, respectively, refer to basic (conceptual) and specific issues of discrimination.

Basic contents of the thesis

Chapter I Introduction

Chapter I of the thesis deals with “equality” as a natural state of human being, from the one hand, and “discrimination” as equality’s opposite phenomenon, from the other hand. The idea of “equality”, in general, as well as the history of its development is examined.

The interest and necessity of exploration of the concept of discrimination in international law was dictated by the fact that the international effort of protection of human rights is intended to put the relations between state and individuals under its jurisdiction within the limits of justice. The starting point of the research is the review of the phenomenon of “equality”, which is an important and universally recognized aspect of justice. Its meaning is expressed in *“equal treatment of equals and unequal treatment of unequals, in proportion of inequality”*.

In the thesis “discrimination” is treated as a phenomenon contrary to “equality”. Accordingly, the prohibition of discrimination is a sort of protection mechanism against unequal treatment of equals and equal treatment of unequals. Dependent on what kind of injustice it is intended, the prohibition of discrimination may be of a formal and material character, just as “equality” may be formal, i.e. legal and material. The concept of prohibition of formal discrimination corresponds to the traditional understanding of “civil rights” and “fundamental freedoms”.

As to the prohibition of discrimination from material point of view, it is connected to “social”, “cultural” and “economic” rights². As the research demonstrates, it is much easier to observe formal equality than the material one, because the former is attained by abstaining from discriminatory treatment, but the latter is ensured through taking certain measures, which are connected to more difficulties and require more efforts.

The Introduction also contains discussions about the subject of the research and relevance of the thesis³.

Chapter II Prohibition of discrimination as per universal and regional legal acts

Chapter II of the thesis is aimed to explore the principle of non-discrimination as per the basic field-related international legal instruments. First paragraph of this chapter refers to the prohibition of discrimination as provided in the Council of Europe law. In this connection Article 14 of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is examined. Particular attention is drawn to Article 1 of the Protocol 12 to the ECHR, which has extended the acting area of the Convention from the convention and protocol rights to those guaranteed by legislations of signatory States of the Convention. The contents of Article 14 as a dependent norm is addressed. The author criticizes the approach of the European Court of Human Rights, which differently applies Article 14 according to whether or not the violation of any essential right is ascertained. The author justifies her position by invoking examples from the court practice.

The principle of non-discrimination is also addressed in the light of the second important human rights document of the Council of Europe

² E. W. Vierdag, „The Concept of Discrimination in International Law: with special reference to Human Rights”, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, p. 166.

³ The purpose of the research and relevance of the thesis is examined in the relevant paragraph of the present Dissertation Herald (N.K.).

which is the European Social Charter. Additionally, this principle is analysed within the European Union law, from the one hand, and the American Convention on Human Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights, on the other hand. Human rights protection mechanisms operating within these legal acts and their approaches to different discrimination-related issues are reviewed. Apart from various regional systems, attention is drawn to the basic universal acts containing non-discrimination clauses, among them, International Covenant on Civil and Political rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

The exploration of regional and universal acts of human rights protection testifies to the harmonization of regional and universal legal systems and intense cooperation of respective international institutions in the field of human rights protection, in general, and non-discrimination, in particular.

Chapter III

General contents and grounds of discrimination

Chapter III of the thesis refers to terminological aspects of discrimination. Namely, the distinction is made between the terms “discrimination”, “distinction” and “differentiation”. Each of them has its own meaning. The term “**discrimination**” means an arbitrary and illegal treatment only. The term “**distinction**” is of a neutral character and is used when it is not ascertained yet, whether a differential treatment is justified or not. While the term “**differentiation**”, in contrary, indicates a legal and justified differential treatment. Accordingly, only such a differential treatment is prohibited, which entails discrimination.

In the Chapter III a separate paragraph is dedicated to the examination of discrimination grounds. Attention is paid to exhaustive and non-exhaustive grounds of discrimination, which are demonstrated on example of different international legal acts. The hierarchy of grounds and specificities of their classification as suspect and non-suspect grounds

is emphasized. In this context, there is a discussion about the doctrine of “margin of appreciation” and the importance of “public interest” while deciding the issue of discrimination.

The thesis provides analysis of certain discrimination grounds, such as racial, ethnic and national origin, national minorities, gender, religion and the issue of proselytism, sexual orientation, political and other opinion, language, social origin, birth and property. Attention is drawn to the content and specialties of the concept of “discrimination by association”.

The foregoing issues are examined based on the analysis of various international legal acts and the jurisprudence of international courts.

Chapter IV

Categories of discrimination in international law

Chapter IV of the thesis deals with the following forms of discrimination: direct discrimination, indirect discrimination, harassment and instruction to discriminate, multiple discrimination.

First paragraph of the Chapter IV elucidates the elements of **direct discrimination**. In this regard, the author analyses unfavorable treatment and “equality” as an evaluation criterion of such treatment. The idea of “**equal treatment of equals and unequal treatment of unequals**” is emphasized. The distinction is made between legal (formal) and factual (material) equality and each of them is researched in the light of discrimination. This paragraph is intended to assess “a comparator”, the importance of which is demonstrated and analysed based on the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice.

A separate paragraph of the Chapter IV outlines **harassment and instruction to discriminate** as one of the forms of discrimination. The concept of victimization is explored, which is organically connected to this form of discrimination. As a result of research of particularities of harassment and instruction to discriminate, their definitions are provided in the thesis.

The thesis offers in-depth analysis of basic concepts of *indirect discrimination*, which are explored as per the judgment of the European Court of Human Rights rendered on the case “D. H. and Others v. the Czech Republic”. The author describes the facts of the case and explores basic concepts of indirect discrimination, which have been invoked during examination of this case⁴. They are as follows:

The role of statistic data while proving discrimination. The jurisprudence of the Strasbourg court makes it clear that statistic data are weighty evidence of presumption of indirect discrimination. However, it would not be reasonable to attach them excessive importance from the point of view of assessing differential treatment and decision-making.

The particularities of shift of burden of proof. In view of difficulties of proving discrimination, the European non-discrimination legislation recognizes the possibility of shift of burden of proof to respondent State. However, the court applies this practice very carefully⁵.

The importance of causality in ascertaining discrimination is examined based on the judgment on “Nachova case”. The author shares position of Prof. Eva Gotsiridze who suggests that when examining the case of alleged discrimination, the court has not only to check the causal link between the violation and the victim’s characteristics, but it must also recognize it as a mandatory condition for ascertaining violation of Article 14 of the Convention⁶. It is necessary that the court works out special, optimal criterion for establishing causal link as well as determining the standard of thereto connected burden of proof. Besides, when elaborating this standard, golden mean has to be observed and fair interests of applicant and State considered.

Particularities of evaluation of the intent and purpose of discrimination. The issue of intent is generally important for merging direct and indirect discrimination. Indirect discrimination differs from the direct one exactly by the fact that for it to be established it is not necessary that alleged

⁴ D. H. and Others v. the Czech Republic (ECtHR), 13 November 2007.

⁵ Nachova and Others v. Bulgaria (ECtHR), Grand Chamber, 6 July 2005.

⁶ Eva Gotsiridze, “Causality in International Law of Human Rights”, Tbilisi, 2006, p. 102.

infringer acts with intent and purpose of discrimination of people with special characteristics. This is the way, both, the Strasbourg court and the European Court of Justice act when deciding the case.

Renunciation of rights guaranteed by the Convention. According to the approach of the European Court, such renunciation must be well-realized, which means that the person who voluntarily renounces any right guaranteed by the Convention, must be fully aware of what he/she renounces and what results can such renunciation entail⁷. Besides, the renunciation must not conflict with important public interest and it must be exact and clear.

The thesis contains the criticism of the position of those scientists, who do not consider indirect discrimination as a category of discrimination at all because of lack of the element of intent⁸. In contrary, exactly because it is difficult to prove discriminatory intent, it is moreover necessary and important to protect persons from indirect discrimination. Besides, as the research testifies, considering original character of the elements of indirect discrimination, it definitely must be considered as a form of discrimination.

The final paragraph of the Chapter IV of the thesis refers to ***multiple discrimination***, which is relatively new, unexplored form of discrimination, which occurs when discriminatory treatment is based on several grounds. The thesis deals with such conceptual issues of multiple discrimination, as its terminological aspects⁹ and specialties of establishing multiple discrimination. Recommendations are worked out about the necessity of elaboration of the strategy of combating multiple discrimination, special programs, policy and initiatives with participation of representatives of vulnerable groups themselves.

⁷ Pfeifer and Plankl v. Austria (ECtHR), 25 February 1992, par. 37-38; Deweer v. Belgium (ECtHR), 27 February 1980, par. 51; Hermi v. Italy (ECtHR), 18 October 2006, par. 73.

⁸ Iris Young, Justice and the Politics of Difference, Princeton University Press, Princeton, 1990; Matt Cavanagh, Against Equality of Opportunity, Oxford University Press, Oxford, 2002.

⁹ P. Ucellari, “Multiple discrimination: How law can reflect reality”, The Equal Rights Review, 2008, Vol. 1, p. 29.

Chapter V

Concept and practice of positive action in international law

Chapter V of the thesis is dedicated to one of the most important non-discrimination issues. The distinction is made between “positive action” and “positive discrimination”. Unlike some scientists, the author concludes that these two concepts are not identical and they are manifested in different actions. In the thesis the analysis of the contents of these two concepts is provided and their definitions formulated.

With regard to positive action, a separate paragraph explores the issue of *positive obligations of state* regarding non-discrimination in public and private sectors. In this light, the approaches of the Strasbourg court and the European Court of Justice are analysed¹⁰.

The concept of *special measures* is organically connected to that of positive action. Special measures may be manifested in different actions. In some countries the system of quotas is established which is not welcomed everywhere. Basically, quotas are used with restrictions in the fields of education and employment. Apart from the jurisprudence of the European Court of Human Rights, special measures-related issues are examined in the thesis based on International Covenant on Political and Economic Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, practice of the UN Human Rights Committee, European Social Charter and the European Committee of Social Rights created within the latter.

In order to be justified, special measures must satisfy certain conditions. Namely, they should not entail discrimination that is known as *reverse discrimination*, must be of a temporary character, have a legitimate aim and be proportional to that aim¹¹.

¹⁰ Nachova and Others v. Bulgaria (ECtHR), Grand Chamber, 6 July 2005, par. 160; Roman Angonese v. Casa de Risparmio di Bolzano SpA (ECJ), 6 June 2000.

¹¹ Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (ECtHR), 23 July 1968, par. 42; UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32, 24

Considering the foregoing, special measures and, respectively, positive action will not be admissible as such just for mere reason that they are not prohibited. In fact, this must be last remedy for redressing the situation.

Chapter VI

Justification of differential treatment

Chapter VI of the thesis refers to the conditions to be satisfied in order that differential treatment is not considered as discriminatory. In particular, differential treatment must have objective and reasonable justification. In other words, it must have a legitimate aim and be proportional to that aim. For its part, the latter means that selected remedy must be necessary and relevant.

The author examines exceptions to differential treatment such as *“genuine occupational requirement”*¹², *particularities of employment in religious organizations*, notwithstanding they belong to public or private sector and *age-based differential treatment*, when such treatment is aimed at legitimate policy, labor market objectives or vocational training. Though, even in these cases, the requirement of proportionality must be fulfilled.

Terminological aspect is also to be taken into consideration. Namely, attention is to be paid to the fact that the jurisprudence of the European Court of Human Rights as well as relevant directives of the European Union refer to “justification and defences” of “differential treatment” and not “discrimination”. Exactly because differential treatment is justified, it does not amount to discrimination. Therefore, this term should absolutely be used in a correct way.

Justification of differential treatment is connected to the doctrine of *“margin of appreciation”* which means self-limitation of international

September 2009, par. 21-26.

¹² Gender Equality Directive (Recast), art. 14(2); Racial Equality Directive, art. 4; Employment Equality Directive, art. 4(1).

control¹³. This doctrine ensures proper understanding of international justice, in general, which consists in its complementary and subsidiary character. Besides, proper application of this doctrine to grounds of discrimination, public interest, reasonable and objective justification of differential treatment or other elements of alleged discrimination, has a big importance for ensuring just and fair decision-making process.

Chapter VII

Theoretical and practical aspects of discrimination in Georgia

First paragraph of the Chapter VII of the thesis is aimed to review the principles of “equality” and, subsequently, that of non-discrimination in the light of the Georgian Constitution. Article 14 of the Constitution is a general norm guaranteeing “equality”, but other articles contain special provisions regulating concrete social relations. From grammatical point of view, Article 14 of the Constitution contains exhaustive list of discrimination grounds, though the Constitutional Court of Georgia nowadays uses extensive interpretation of this article. Accordingly, those characteristics, which are not stipulated in the country’s main law, are also considered as discrimination grounds.

The author examines the place of international treaties and agreements in the hierarchy of normative acts of Georgia and notes that from the point of view of combating discrimination, it is important that ratified international human rights documents have a direct effect in Georgian legal system that constitutes additional, efficient mechanism for protection from discrimination.

Chapter VII provides analysis of the discrimination-related jurisprudence of the Constitutional Court of Georgia. In this context, the approach of the Constitutional Court to the constitutional principle of

¹³ Eva Gotsiridze, “Freedom of Expression within the Conflicts of Values (According to the European Convention on Human Rights and the Jurisprudence of Strasbourg Court)”, Tbilisi, 2008, pp. 101-102.

“equality” and to discrimination grounds as well as criteria of evaluation of differential treatment are researched. The mentioned issues are examined based on the examples from the jurisprudence of the Constitutional Court.

In the conclusive paragraph of the Chapter VII the law of Georgia of 2 may 2014 “On Elimination of All Forms of Discrimination” is reviewed. The author emphasizes the importance and achievements of the Law, the role and functions of the Public Defender of Georgia. She brings statistic data related to examination of discrimination cases and reviews the Special Report of the Public Defender on Combating Discrimination, its Prevention and the Situation of Equality in the Country.

A separate paragraph is dedicated to revealing material and procedural gaps and working out respective recommendations. Namely:

- It is reasonable that the Law previews harassment as a form of discrimination that occurs by “creating humiliating, hostile, insulting and degrading environment around person with special characteristic that is aimed to undermine his/her honor and dignity”.

- In order to provide efficient protection against reverse discrimination, it is reasonable to edit Article 5(3) of the Law as follows: “this Law prohibits reverse discrimination that means that measures aimed at eliminating discrimination or the exercise/protection of rights by a person or a group of persons with the characteristics set forth in Article 1 of this Law shall not violate public order, public safety, and/or the rights of other persons”.

- From the point of view of justification of differential treatment, in order to avoid terminological confusion and possible misunderstanding, it is reasonable that Article 2(2) (3) is formulated as follows: “...unless such treatment or creating such conditions has an objective and reasonable justification, i.e. serves a legitimate aim, including maintaining public order and morals and the means of achieving that aim are appropriate”.

In order to ensure more flexibility and efficiency of the Anti-Discrimination Law, the research contains recommendations of procedural character, which apart from the author’s personal observations, are based also on the analysis of the Special Report of Public Defender that makes it clear that it is absolutely necessary to take these recommendations into

consideration. In particular:

- It is reasonable that the provision of Article 6(2), sub-paragraph “g”, which concerns administrative body only, is extended also to private law legal entities and individuals. This would provide the Public Defender with a real and efficient mechanism to monitor implementation of his recommendations given to such persons. Of course, such a mechanism would turn Public Defender’s activity more efficient.

- With respect to Article 8(4) of the Law, it is reasonable that a) the transfer of required information by private law legal entities and individuals to the Public Defender does not depend on their good will and that they are legally bound to do so; b) in case of failure to receive this information from private law legal entities and individuals, the Public Defender is entitled to declare the facts indicated in the application as proved.

- With respect to Article 9(1) of the Law, it is desirable that a) the Public Defender does not suspend proceedings when a victim applies to the court, but conducts it in a concurrent mode; or b) the terms of applying to the court are increased; or c) the term of applying to the court is suspended until the Public Defender terminates proceedings. Otherwise, we face the situation that if a person is going to apply to the court about alleged discrimination, then it makes no sense to lodge the same application before the Public Defender.

The foregoing recommendations are endorsed by proper arguments and explanations. Their implementation will considerably enhance combating discrimination.

Chapter VIII Conclusions

The research of theoretical and practical aspects of non-discrimination conducted with comparative-legal and other research methods made it possible to make the following conclusions:

- With respect to conceptual issues of discrimination, there is no principled disagreement between the European, American and African approaches that is a result of international cooperation.

- The analysis of the jurisprudence of the European Court of Human Rights leads us to the conclusion that Article 14 of the Convention is not independent as far as it is applied in conjunction with any other right. Besides, differential treatment that is beyond the scopes of protection guaranteed by Article 14, cannot invoke application of this article. However, it can be applied in cases, when violation of any right can be ascertained independently, without a context of discrimination. Such approach points out autonomous character of Article 14. The matter is that the Court has different approach, when violation of any substantial right occurs. In this case, generally, the Court does not consider it necessary to check violation of that article in conjunction with Article 14 of the Convention. As a result, there is a situation when in some cases Article 14 has “subsidiary”, i.e. auxiliary character, but in other cases it is referred to as a “complementary”, additional means of protection. Such an inconsistent attitude of the Court is not justified, because the right of non-discrimination ensured by Article 14 is an absolute human right guaranteed by the Convention. Accordingly, it would be reasonable that, if an applicant invokes alleged violation of Article 14, the Court examines this issue regardless whether or not the violation of any substantial right is ascertained. This suggestion is dictated by the importance of the Court judgments and decisions for proper interpretation of the Convention clauses. For its part, this is affecting proper development of international and national legal systems of human rights protection.

- It is important to properly understand the terminological aspect

of discrimination. Among the terms used nowadays, it is universally recognized that the term “*discrimination*” means arbitrary and illegal treatment only. The term “*distinction*” is of a neutral character and it is used when it is not ascertained yet a differential treatment is justified or not. While the term “*differentiation*”, in contrary, indicates legal and justified differential treatment. Accordingly, the priority must be given to the term “discrimination”, since not every differential treatment constitutes discrimination, but only that one, which has no reasonable and objective justification.

- As for discrimination grounds, it must be emphasized that Article 14 of the Convention prohibits discrimination not only on the grounds enumerated therein, but also on any other ground such as disability, marital status, birth out of wedlock, membership of trade unions, military status, residence, age, sexual orientation and others. The European Court divides discrimination grounds in “*suspect*” and “*non-suspect*” grounds. However, such classification is conditional and it may vary due to ongoing political, economic, social and other processes. Besides, recognition of some “non-suspect” ground as discrimination criterion depends on a concrete situation and whole context of the case. Among “suspect” grounds one should point out those, when differential treatment never, in no situation has reasonable and objective justification. This is differential treatment motivated by racial or ethnic origin, color, language, religion, which can never be justified with a legitimate aim and margin of appreciation that is provided to states by the European Convention.

- In-depth research of the content and specificity of *indirect discrimination*, which is one of the basic and disputable forms of discrimination, made it clear that, unlike direct discrimination, it is too hard to prove the former. Indirect discrimination is related to situation, when the purpose of discrimination may not exist, but apparently neutral norm or practice entails *de facto* discrimination of groups. In such circumstances *statistic data* acquire big importance for proving discrimination. Besides, there are cases, when the victim does not even have to bring statistic data and the Court is satisfied with case-related assessments and researches of competent organizations and international

institutions. Moreover, the Court can accept universally recognized and well-known facts as evidence. However, it would not be justified to attach excessive importance to statistic data for recognizing differential treatment as discrimination. From the point of view of proving discrimination, the principle of the *shift of burden of proof to respondent state* is approved. However, when shifting the burden of proof, national or international courts must act with precaution and only after careful exploration and analysis of the facts of every concrete case must decide what to do, how to share the burden of proof between parties so that the principle of non-discrimination is fully observed.

- With regard to ascertaining discrimination, the issue of *causality* is of a big importance. It is worth mentioning that this concept is not properly treated even in the European Convention law itself and its relevance is stressed only in some precedents of the European Court of Human Rights. Though, it is indisputable that in order to qualify an action as discrimination, a causal link between differential treatment and discrimination ground should be established.

- There is a suggestion that indirect discrimination is not a form of discrimination at all just because, in order to be ascertained, it does not require that *intent* and *purpose* of action is established. Well, this suggestion is wrong. Modern standards of human rights protection imperatively require that people are protected from action committed not only with discriminatory intent, but also from *de facto* discrimination impact, regardless discriminatory intent is established or not. More is so that in view of difficulty of proving the element of intent, its existence is not mandatory not only in case of indirect, but often in direct discrimination cases as well.

- The exploration of the concept of one of the forms of discrimination – multiple discrimination – lead us to conclusion that it is necessary that the consensus is reached about its definition and the term “multiple discrimination” is accepted to denominate any type of its manifestation. It is also important to elaborate the strategy of combating multiple discrimination, special programs and policy with participation of vulnerable groups in this process. It is not less important what attitude

the court will have with regard to evaluation of multiple discrimination. Namely, in view of its unique character, it is reasonable that the court considers the issue of “a comparator” with more flexibility and gives priority to the application of the “justification test”. Ascertainment of multiple discrimination should have a respective impact upon definition of infringer’s responsibility and decision of the issue of victim’s just satisfaction.

- As a result of the research of the concept of *positive action*, on the one hand, and *positive discrimination*, on the other hand, one can conclude that they are different categories. The concept of positive action is connected to the notion of positive obligations of state and that of special measures. The fields are identified where application of relevant special measures is of a special importance. These are the fields of employment, education, accommodation and social policy, which are exhaustively regulated by the European Social Charter.

- The concept of positive action is connected to that of **reverse discrimination**. The latter is a negative phenomenon and is a result of excessive application of special measures. Therefore, in order that positive action does not entail reverse discrimination, special measures must be of a temporary character, have a legitimate aim and be proportional to that aim. The policy of special measures is efficient when the type, timing and place of such measures are properly selected and when their application does not infringe rights of other members of society.

- In order that differential treatment is not qualified as discrimination, it must have *reasonable and objective justification, which is manifested in a legitimate aim and proportionality of applicable measures to that aim*. It is necessary that these two conditions exist cumulatively. Inquiry into the “justification element” is a very important stage in the whole proceeding of discrimination. However, “justification test” should not overlap “a comparator test”, otherwise this can negatively affect discrimination-related decision-making process. In this regard, terminological issue is to be taken into consideration. Namely, the jurisprudence of the European Court of Human Rights and discrimination-related EU Directives refer to “justification of differential treatment” and

not “discrimination”. Exactly because differential treatment is justified, it is not qualified as discrimination.

- In the research the conceptual issues of discrimination are also analysed on the basis of Georgian legislation and respective practice. Approaches of the Constitutional Court of Georgia as well as Special Report of the Public Defender of Georgia have been studied. Conducted analysis has revealed strengths and gaps of **Law of Georgia of 2014 “On Elimination of All Forms of Discrimination”**. Relevant recommendations are elaborated, which are aimed to fill these gaps¹⁴. The accent is made on the necessity of increasing the conscience of society. The role of state, society and NGOs is emphasized and the importance of international cooperation in the field of non-discrimination is stressed.

List of the publications related to the topic of the thesis

1. Natia Kintsurashvili, “Basic Concepts of Discrimination as per the Fundamental Judgment of the European Court of Human Rights rendered on the case “D. H. and Others v. the Czech Republic”, Human Rights and Rule of Law (collected articles), editor Konstantine Korkelia, Tbilisi, 2013, pp. 151-186;

2. Natia Kintsurashvili, “Main Aspects of Direct and Indirect Discrimination in International Law”, legal journal “Justice and Law”, 2015, #2/3, pp. 84-95;

3. Natia Kintsurashvili, “Concept and Practice of Positive Action in International Law”, legal journal “Justice and Law”, 2015, #4, pp. 70-81.

¹⁴ See respective paragraph of the Dissertation Herald: “Chapter VII – Theoretical and practical aspects of discrimination in Georgia” (N.K.).