

დისკრიმინაციის აკრძალვის მნიშვნელობა სახელშეკრულებო თავისუფლებისათვის (ადამიანის ძირითად უფლებათა ჰორიზონტალური ეფექტის ჭრილში)

წინამდებარე სტატია არის კიდევ ერთი მცდელობა ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და კერძო სამართლის ურთიერთქმედების პრობლემის გაანალიზებისა. დისკრიმინაციის წინააღმდეგ მიმართული თანამედროვე კანონმდებლობა მნიშვნელოვნად ზღუდავს სახელშეკრულებო თავისუფლებას. ეს უკანასკნელი კი კერძო სამართლის საყრდენი და პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლების გამოხატულებაა. ამიტომ საინტერესოა, დავაკვირდეთ, თუ როგორ მოქმედებს “ანტიდისკრიმინაციული” კანონმდებლობა სახელშეკრულებო სამართლის წიაღში და რა მოცულობით ზღუდავს იგი კერძო პირთა თავისუფლებას. თანასწორობის კონსტიტუციური პრინციპის ჰორიზონტალურ ურთიერთობებში, კერძოდ, სახელშეკრულებო თავისუფლებასთან მიმართებით გამოყენებისას, ვაწყდებით კერძო ინტერესთა კონფლიქტს, რომლის გადაჭრაც მოითხოვს ამ ორი ინსტიტუტის არსის ანალიზს თანამედროვე ღირებულებათა გათვალისწინებით.

სტატია მოიცავს როგორც დოქტრინულ საკითხებს, ისე ქართული კანონმდებლობის ანალიზსა და ევროკავშირის გამოცდილების მიმოხილვას.

კვლევის მიზანია, წარმოაჩინოს დისკრიმინაციის აკრძალვისა და სახელშეკრულებო თავისუფლების თანაარსებობასთან დაკავშირებული მნიშვნელოვანი პრობლემები და შესთავაზოს მკითხველს მათი გადაჭრის გზები.

საკვანძო სიტყვები: დისკრიმინაციის აკრძალვა, სახელშეკრულებო თავისუფლება, ადამიანის უფლებათა ჰორიზონტალური ეფექტი.

1. შესავალი

დისკრიმინაციის წინააღმდეგ მიმართული თანამედროვე კანონმდებლობის მთავარი სამიზნე სამოქალაქო სამართლის ისეთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტია, როგორც არის სახელშეკრულებო თავისუფლება. ეს უკანასკნელი კერძო სამართლის საყრდენია, ხოლო თავად კერძო სამართალი, როგორც სამართლის ინსტიტუტი, პიროვნების გამოხატულებაა. ამიტომ საინტერესოა, თუ როგორ მოქმედებს “ანტიდისკრიმინაციული” კანონმდებლობა სახელშეკრულებო სამართლის წიაღში და რა მოცულობით ზღუდავს იგი კერძო პირთა თავისუფლებას.

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი.

კვლევის მიზანია სახელშეკრულებო თავისუფლებისა და თანასწორობის კონსტიტუციური პრინციპის ურთიერთქმედების ასპექტების განხილვა, "დისკრიმინაციის ყველა ფორმის "აღმოფხვრის შესახებ" საქართველოს კანონის ჰორიზონტალური მოქმედების შესაძლებლობისა და მასთან დაკავშირებული სირთულეების წარმოჩენა.

ნაშრომი ეფუძნება შედარებითსამართლებრივ, ნორმატიულ და სისტემური კვლევის მეთოდებს.

ნაშრომში თავდაპირველად მიმოხილულია სამართლებრივი მოვლენა, რომელსაც ადამიანის ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტი ეწოდება; შემდგომ – კერძო ავტონომიისა და სახელშეკრულებო თავისუფლების შინაარსი; თანასწორობის პრინციპი, მისი კონსტიტუციური საფუძვლები და დისკრიმინაციის წინააღმდეგ მიმართული როგორც ქართული, ისე ევროპული რეგულაციები; ნაშრომი აგრეთვე მოიცავს დარღვეული სახელშეკრულებო პარიტეტის ტიპური შემთხვევების ანალიზს, დისკრიმინაციის აკრძალვის ფუნქციებისა და სახელშეკრულებო სამართლისათვის მათი მნიშვნელობის განხილვას; ბოლოს, წარმოდგენილი იქნება სახელშეკრულებო თავისუფლებისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის პრინციპის ურთიერთდაბალანსების პრობლემატიკა.

2. ადამიანის ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტი

დისკრიმინაციის აკრძალვისა და სახელშეკრულებო სამართლის ურთიერთქმედების პრობლემატიკის განხილვისას აუცილებელია თანამედროვე იურისპრუდენციის ისეთი მნიშვნელოვანი საკითხის მიმოხილვა, როგორც არის ადამიანის უფლებების გავლენა კერძო სამართალზე.

ადამიანის უფლებები და კერძო სამართალი, მინიმუმ კონტინენტური ევროპის მასშტაბით, განიხილებოდა როგორც სამართლის ორი, სხვადასხვა სფერო. ადამიანის ძირითადი უფლებები, ტრადიციულად, საჯარო სამართლის ნაწილია, რომელიც მოქმედებს ვერტიკალურ ურთიერთობებში კერძო პირთა და სახელმწიფოს შორის, მაშინ როდესაც კერძო სამართალი აწესრიგებს კერძო პირთა შორის არსებულ ჰორიზონტალურ ურთიერთობებს. სახელმწიფოსა და კერძო პირებს შორის არსებული ურთიერთობები განიხილებოდა კერძოთა შორის არსებული ურთიერთობებისაგან ფუნდამენტურად განსხვავებული ბუნების მქონედ, ვინაიდან სახელმწიფოს ჰქონდა მონოპოლია კერძო პირთა იძულებაზე. ტრადიციული გაგებით, ადამიანის უფლებები ახდენდა გავლენას მხოლოდ ვერტიკალურ ურთიერთობებზე, ვინაიდან ადამიანის უფლებები, უპირველეს ყოვლისა, გამოხატავს პირობებს, რომელთაც უნდა დაემორჩილოს სახელმწი-

ფო, სოციალური ხელშეკრულებისა და მოქალაქეების მიერ მინიჭებული სუვერენიტეტის გათვალისწინებით.¹

ბოლო წლების განმავლობაში ევროპაში უამრავი აკადემიური ნაშრომი იბეჭდებოდა ადამიანის უფლებებისა და კერძო სამართლის ურთიერთქმედების შესახებ. აღნიშნულის შედეგად, ადამიანის უფლებებსა და კერძო სამართალს შორის კავშირი ფართოდ იქნა აღიარებული. შეიცვალა მოსამართლეებისა და იურისტების ხედვაც – ისინი უფრო ხშირად ეყრდნობიან ადამიანის უფლებებს კერძო სამართლებრივ დავებში. ასეთი ტენდენციის მიზეზი მრავალია: პირველ რიგში, გაიზარდა მულტინაციონალური კორპორაციების გავლენა საზოგადოებაში, ხოლო სახელმწიფო ხელისუფლება ხშირად ცდილობს, აირიდოს პასუხისმგებლობა თავისი უფლებამოსილებების კერძო პირებზე/დაწესებულებებზე დელეგირების გზით. ამის შედეგად, კერძო და საჯარო დაწესებულებებს შორის საზღვარი გაფერმკრთალდა, აუცილებელი გახდა ინდივიდების დაცვა კერძო დაწესებულებების მიერ ადამიანის უფლებებში ჩარევისაგან.² არასახელმწიფო მოთამაშეების მიერ უფლებათა ბოროტად გამოყენების მზარდი ტენდენცია და საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ ასეთი ქმედებების პრევენციის სირთულე აბრკოლებს წმინდა “ვერტიკალური” მიდგომის შენარჩუნებას, თუკი საბოლოო მიზანი ადამიანის უფლებების ეფექტური მოცულობითა და შინაარსით დაცვაა.³ ფაქტია, რომ ზოგიერთი ძლიერი კერძო მოთამაშე ინდივიდების ფუნდამენტურ უფლებებზე გავლენას ახდენს. მაგალითად, კონკრეტულ ჯგუფსა თუ ოჯახში არსებული სოციალური წნეხი შეიძლება უფრო ძლიერი იყოს, ვიდრე სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული იძულება. სოციალური რეალობა, ზოგჯერ, უბიძგებს ადამიანებს, დაარღვიონ სამართლებრივი წესები, მიუხედავად იმისა, რომ გათვითცნობიერებული აქვთ სახელმწიფოს რეაქცია აღნიშნულზე.⁴

ადამიანის უფლებათა “ჰორიზონტალური” ეფექტის მომხრეების აზრით, არ არსებობს მნიშვნელოვანი განსხვავება კერძო და საჯარო სამართალს შორის, ვინაიდან სამართლის განმარტება და აღსრულება სახელმწიფო ხელისუფლებაზეა დამოკიდებული. ამ პოზიციის მომხრენი ხედავენ ადამიანის უფლებებს, როგორც ფუნდამენტურ ნორმებს, რომლებიც რელევანტურია მთელი სამართლებრივი სისტემისათვის: თუკი უფლება დაირღვა, მაშინ დამრღვევის ვინაობა არ უნდა იყოს მნიშვნელოვანი სათანადო დაცვისათვის, ხოლო ის ფაქტი, რომ საჯარო ხელისუფლება არ მონაწილეობდა უფლების დარღვევაში, არ უნდა იწვევდეს პირის ძირითადი უფ-

¹ Somers S., Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from a Human Rights Perspective, European Human Rights Law Review, Vol. 2015, no. 2, 150.

² Somers S., Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort Law or Elaborating Tort Law from a Human Rights Perspective, European Human Rights Law Review, Vol. 2015, no. 149-150.

³ Colm O’C., Taking Horizontal Effect Seriously: Private Law, Constitutional Rights and the European Convention on Human Rights, Hibernian Law Journal, Vol. 2003, no. 4, 81.

⁴ Somers S., Protecting Human Rights in Horizontal Relationships by Tort law or Elaborating Tort Law From a Human Rights Perspective”, European Human Rights Law Review, Vol. 2015, no. 2, 150.

ლების მეშვეობით დაცვის პრევენციას. ადამიანის უფლებების ეფექტური დაცვა აუცილებლად მოითხოვს მათ გამოყენებას ზოგიერთი კერძო პირის მიმართ მაინც.⁵

აშკარაა, რომ დღეს უკვე შეუძლებელია კერძო სამართლის წარმოდგენა ძირითადი უფლებების მოქმედების გარეშე. მეცნიერებაში ამ საკითხთან დაკავშირებით მთავარი პრობლემა იმ ფაქტის დადგენაა, თუ რა სახით და რა მოცულობით იჭრება ძირითადი უფლებები კერძო სამართალში. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნულ საკითხზე დისკუსიები მე-20 საუკუნის 50-იანი წლებიდან მიმდინარეობს, იგი დღემდე სადავო თემაა როგორც კონტინენტური ევროპის, ისე საერთო სამართლის სკოლებში. უმეტესობა მკვლევარებისა იზიარებს იმ აზრს, რომ ძირითადი უფლებები არაპირდაპირ ზემოქმედებს კერძო სამართალზე. გერმანულ სამართალში ეს თეორია ყველაზე სრულყოფილად ჩამოაყალიბა *გუნთერ დურიგმა*. სწავლება არაპირდაპირი ზემოქმედების შესახებ არის გაბატონებული თეორია სამართალმცოდნეობაში. *დურიგის* აზრით, ადამიანის უფლებები, როგორც კონსტიტუციის ნაწილი, ფასეულობათა სისტემაა ნებისმიერი სამართლის ინსტიტუტისათვის. მისი აზრით, კონსტიტუციის უშუალო და აბსოლუტური ზემოქმედება კერძო სამართალზე ეწინააღმდეგება კერძო ავტონომიის პრინციპს, რომელიც კერძო სამართლის მთელი სისტემის საფუძველია. მაშასადამე, კერძო სამართლის დამოუკიდებელი ბუნებიდან გამომდინარე, კერძოსამართლებრივი ნორმების დარღვევა ვერ იქნება კონსტიტუციური ნორმების დარღვევის იდენტური ვერც სახელშეკრულებო და ვერც დელიქტურ სამართალში. კონსტიტუციურ სამართალს შეუძლია, კერძო სამართლისგან მხოლოდ კონსტიტუციური ფასეულობებისაგან თავისუფალი ვაკუუმის შევსება მოითხოვოს. კონსტიტუციური ფასეულობების კერძო სამართალთან მიმართებით გამოყენება ხდება კერძო სამართლის "ღიად დარჩენილი" ცნებებისა და ზოგადი ხასიათის დათქმების ინტერპრეტაციის შედეგად.⁶ შესაბამისად, საკონსტიტუციო ღირებულებათა წესრიგის გათვალისწინება უნდა მოხდეს კერძო სამართლის ნორმების გამოყენებისას; განსაკუთრებით, იმ გენერალური დათქმებისა და სამართლებრივი ცნებების დაკონკრეტებისას, რომლებიც მოცემული ფასეულობებით განმარტებას საჭიროებს.⁷

პირდაპირი გავლენის თეორიის ყველაზე აქტიური დამცველი გერმანულ იურისპრუდენციაში *ჰანს კარლ ნიჰერდეი* იყო. იგი 1950-1960-იან წლებში იყო გერმანიის ფედერალური შრომის დავათა სასამართლოს პრეზიდენტი. *ნიჰერდეის* აზრით, ძირითადი უფლებების მოქმედების სფეროს შეზღუდვა მხოლოდ სახელმწიფოსა და კერძო პირს შორის არსებული ურთიერთობებით აკნინებდა თანამედროვე დემოკრატიული კონსტიტუციის მიზანსა და მნიშვნელობას. მისი პროგნოზის მიხედვით, ადამიანის ძირითადი უფლებები განვითარდებოდა როგორც პირდაპირ გამოყენებადი რეგულაციები, ვიდრე მხოლოდ მიზნები და სახელმძღვანელო პრინციპები. მისი აზრით, ადამიანის უფლებები, როგორც უზენაესი რანგის ნორმები, მხოლოდ მაშინ იქნება სრულად დაცული, როდესაც არა მხოლოდ სახელისუფლებო შტოები, არამედ რიგითი მოქალა-

⁵ *Colm O'C.*, Taking Horizontal Effect Seriously: Private Law, Constitutional Rights and the European Convention on Human Rights, *Hibernian Law Journal*, Vol. 2003, no. 4, 80-81.

⁶ *Park K.*, Die Drittwirkung von Grundrechte des Grundgesetzes im Vergleich zum koreanischen Verfassungsrecht, Halle (Saale) 2004, 14-19, 37-39.

⁷ *Koch J.*, Münchener Kommentar zum BGB, 5 Aufl. 2010, 196.

ქეებიც გაითვალისწინებენ მათ. ნიჰერდის ხელმძღვანელობით გერმანიის შრომითმა სასამართლომ აღიარა პირდაპირი გავლენის თეორია და აქტიურად იყენებდა მას შრომითსამართლებრივ დავებში.⁸

ვინაიდან ადამიანის უფლებების პირველადი დანიშნულებაა მოქალაქის დაცვა სახელმწიფოსაგან, მეცნიერების უმეტესობა თავს იკავებს მათი პირდაპირი მოქმედების აღიარებისგან, მიუხედავად იმისა, რომ ადამიანის უფლებებში ჩადებულია ობიექტურ ღირებულებათა წესრიგი, რომელიც ყველა სამართლის სფეროსთვის საერთოა.⁹ გარდა ამისა, ადამიანის უფლებათა მოქმედების სფერო და მნიშვნელობა არ გვაძლევს შესაძლებლობას ერთნაირად, ჰორიზონტალურად გამოვიყენოთ ისინი კერძო პირთა შორის. კერძო პირებსა და ორგანოებს ყოველთვის არ მოეთხოვებათ იგივე, რაც საჯარო სტრუქტურებს. მაგალითად, კერძო პირს შესაძლებელია ჰქონდეს სურვილი, ყოველგვარი ლეგიტიმური საფუძვლის გარეშე დააარსოს ფონდი, რომელიც დაეხმარება რომელიმე სქესის ან ეთნიკური ჯგუფის წარმომადგენლებს. როგორც წესი, საჯარო ხელისუფლების მიერ განხორციელებული მსგავსი დაუსაბუთებელი ქმედება აღქმული იქნება როგორც თანასწორობის მოთხოვნათა დარღვევა, მაგრამ, თუკი იგივე პრინციპი თავს მოეხვევა კერძო პირს, მივიღებთ დაუშვებელ ჩარევას კერძო ავტონომიაში.¹⁰

3. კერძო ავტონომიის შინაარსი და სახელშეკრულებო თავისუფლება

თანამედროვე კერძოსამართლებრივი წესრიგის ერთი სიტყვით დასახასიათებლად მას "საკუთრებითი წესრიგი" უნდა ეწოდოს. ამით აიხსნება გარიგებითი კერძო ავტონომიის არსი, რომელიც გულისხმობს "კერძოთა მიერ მათი ნების შესაბამისად სამართლებრივი ურთიერთობების ჩამოყალიბების პრინციპს".¹¹ სწორედ ამიტომ სამართლებრივი მოთხოვნების დაცვით დადებულ ხელშეკრულებას კანონის ძალა აქვს მისი მხარეების მიმართ. ჯერ კიდევ ნაპოლეონის 1804 წლის სამოქალაქო კოდექსი გაჯერებული იყო ლიბერალური სახელშეკრულებო სამართლის პათოსით, გამოხატავდა რა კერძო ავტონომიას თავისუფლებასა და ხელშეკრულების მბოჭავ ეფექტს შორის. მისი ფილოსოფიური ასპექტების საფუძვლები ორი ათწლეულის შემდეგ წარმოდგენილ იქნა იმანუელ კანტის მიერ ნაშრომში – "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten". ხოლო ათწლეულით ადრე ადამ სმიტმა აღნიშნა, რომ ხელშეკრულებითა და სასაქონლო გაცვლით საზოგადოება იღებს საერთო სარგებელს. არც სოციალისტური წნეხის ქვეშ დაუკარგავს სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპს მნიშვნელობა. მიუხედავად იმისა, რომ, ერთი შეხედვით, ამ კონცეფციამ თავისი ევოლუცია დაასრულა და დაუბრუნდა მე-19 საუკუნეში ჩამოყალიბებულ ლიბერა-

⁸ Mak C., Fundamental Rights in European Contract Law, Amsterdam, 2007, 50.

⁹ Koch J., Münchener Kommentar zum BGB, 5 Aufl. 2010, 196.

¹⁰ Colm O'C., Taking Horizontal Effect Seriously: Private Law, Constitutional Rights and the European Convention on Human Rights, Hibernian Law Journal, Vol. 2003, 82.

¹¹ Lobinger T., Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 102-103.

ლურ საფუძვლებს, დღეს ევროპის სამართალში იგი მუდმივად კითხვის ნიშნის ქვეშ დგება კერძო სამართლის სხვადასხვა რეგულაციის, მათ შორის დისკრიმინაციის ამკრძალავი კანონმდებლობის, მიერ.¹²

ხელშეკრულება კერძო სამართლის სუბიექტებს შორის ეკონომიკური ურთიერთობების მომწესრიგებელი ძირითადი და ყველაზე გავრცელებული ინსტრუმენტია.¹³ იგი სოციალური სიკეთისა და მატერიალური დოვლათის განაწილების უმნიშვნელოვანესი საშუალებაა. ევროპაში თანამედროვე საზოგადოება ხშირად მოიხსენიება როგორც „სახელშეკრულებო საზოგადოება“, რითაც ხაზი ესმევა ხელშეკრულების როლს მართლწესრიგისა და სამოქალაქო ბრუნვის ეფექტურ ფუნქციონირებაში.¹⁴

ხელშეკრულების თავისუფლება პირდაპირ კავშირშია მხარეთა კერძო ავტონომიის პრინციპთან. კერძო ავტონომია კი, პირველ რიგში, არჩევანის თავისუფლებას გულისხმობს – პირის თავისუფლებას, აირჩიოს კონტრაქტის და დაამყაროს საერთო სურვილებისა და მოლოდინების შესაბამისი ურთიერთობა.¹⁵ ასე რომ, სახელშეკრულებო თავისუფლება შეგვიძლია დავახასიათოთ როგორც პირის თავისუფლება, განსაზღვროს მისი ურთიერთობა სხვებთან შეთანხმების მეშვეობით.

პირველ რიგში, ხელშეკრულების თავისუფლება გულისხმობს, რომ მხარეები სარგებლობენ თავისუფლებით, დადონ სასურველი ხელშეკრულება მათთვის სასურველი პირობებით; მეორე მხრივ, სახელშეკრულებო თავისუფლება მოიცავს უფლებას, უარი ვთქვათ ხელშეკრულების დადებაზე.¹⁶ სახელშეკრულებო თავისუფლების პოზიტიური ნაწილი მოქმედებს თვითგამორკვევის თავისუფლებისა და პიროვნების თავისუფალი განვითარების საფუძველზე, მაშინ, როდესაც სახელშეკრულებო სამართლის ნეგატიური ასპექტი გულისხმობს თავისუფლებას სახელმწიფოს მიერ სახელშეკრულებო ურთიერთობებში ჩარევისაგან. კერძო სამართალი განსაზღვრავს ხელშეკრულების ნეგატიური თავისუფლების ფარგლებს. მაგალითისათვის გამოდგება ხელშეკრულების შედგენის, შეუსრულებლობისა და შეწყვეტის შესახებ წესები. ამ წესებით შესაძლოა, დადგინდეს, რომ კონკრეტულ სიტუაციებში მხარეებს არ გააჩნიათ უფლება, დადონ ხელშეკრულება (მაგალითად, ქმედუუნარობის შემთხვევაში), ან პირიქით, მხარეს შესაძლოა, დაეკისროს ვალდებულება, დადოს ხელშეკრულება (მაგალითად, ბაზარზე მონოპოლიური პოზიციის დამყარების შემთხვევაში).¹⁷ "კონტრაქტების იძულება თანამედროვე სამოქალაქო ბრუნვისათვის არ არის უცხო და მისი მიზანია, ხელი შეუწყოს ამ ბრუნვის მონაწილეთა ინტერესების დაცვას. სხვა

¹² *Basedow J.*, Freedom of Contract in the European Union, *European Review of Private Law*, 6-2008, 902-903.

¹³ *ჭეჭელაშვილი ზ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (შედარებითსამართლებრივი კვლევა, ძირითადად, ქართული სამართლის საფუძველზე), თბ., 2014, 17.

¹⁴ *ძლიერიშვილი ზ.*, *ცერცვაძე გ.*, *რობაქიძე ი.*, *სვანაძე გ.*, *ცერცვაძე ლ.*, *ჯანაშია ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი, თბ., 2014, 50-51.

¹⁵ *ძლიერიშვილი ზ.*, *ცერცვაძე გ.*, *რობაქიძე ი.*, *სვანაძე გ.*, *ცერცვაძე ლ.*, *ჯანაშია ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი, თბ., 2014, 55.

¹⁶ *Mak Ch.*, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Amsterdam, 2007, 32.

¹⁷ იქვე, 32-33.

სიტყვებით, უფლების დაცვა შეიძლება გამოვლინდეს არა მარტო მოქმედების თავისუფლებაში, არამედ იძულებაშიც”.¹⁸ უფრო მეტიც, სამართლებრივი ვალდებულებების წარმოშობის საფუძველი შესაძლოა არა თავად ექსკლუზიურად ხელშეკრულებით გაწერილი პირობები, არამედ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებიც გახდეს. ზოგადად, სახელშეკრულებო სამართალი შეგვიძლია განვიხილოთ მხარის მანევრირების საკანონმდებლო შეზღუდვად.¹⁹

სახელშეკრულებო ურთიერთობებში სახელმწიფოს ჩარევა აუცილებელია ორივე მხარის მიერ თვითგამორკვევის უფლების სრული მოცულობით რეალიზაციისათვის. საკანონმდებლო და სასამართლო ჩარევა შესაძლოა საჭირო გახდეს მხარეთა მოლაპარაკების ძალათა დაბალანსებისათვის. სასამართლოს მიერ ხელშეკრულების შინაარსის გადახედვა შესაძლოა, აუცილებელიც იყოს იმ ფაქტის დასადგენად, რომ მხარეებს ჰქონდათ შესაძლებლობა, მიეღოთ მონაწილეობა ხელშეკრულების არსებითი პირობების განსაზღვრაში. ასე რომ, ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი არ არის შეუზღუდავი. სახელშეკრულებო სამართალი გვთავაზობს წესებს მხარეთა თავისუფლების გამოყენების რეგულირებისათვის, როგორც ხელშეკრულების ფორმალურ ასპექტებთან მიმართებით, ისე ხელშეკრულების შინაარსთან დაკავშირებით.²⁰ აღსანიშნავია, რომ გერმანულ იურისპრუდენციაში სახელშეკრულებო თავისუფლება განიხილება არა მხოლოდ ინდივიდუალური თავისუფლების, არამედ ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის გამოხატულებად საკუთარი საქმეების გაძღოლისათვის, რაც ადამიანის ღირსების აღიარებიდან გამომდინარეობს.²¹

თუკი ხელშეკრულების მხარეები თანასწორ მდგომარეობაში არიან, მაშინ მოლაპარაკების დროს ისინი შეძლებენ, გაატარონ საკუთარი ინტერესები და, შესაბამისად, ნაკლებად საჭიროებენ ადამიანის უფლებათა მექანიზმის მიერ დაცვას. მაგრამ საქმე სხვაგვარად არის, როდესაც მხარეთა შორის ძალების სტრუქტურული უთანასწორობაა სახეზე, სადაც ძლიერ მხარეს შეუძლია, იმოქმედოს სუსტის ნებაზე. მაგალითად, შესაძლოა, არსებობდეს როგორც მხარის ეკონომიკური დამოკიდებულება, ისე ინფორმაციის ფლობის ასიმეტრია ხელშეკრულების დადების დროს. სწორედ ასეთი კონსტრუქციის შემთხვევაში შეიძლება, ინდივიდუალური თავისუფლებების დაცვის მიზნით საჭირო იყოს ადამიანის უფლებების ჰორიზონტალური მოქმედება. როდესაც სახეზეა სახელმწიფოსა და მოქალაქეს შორის არსებული ურთიერთობის მსგავსი მოდელი, კერძო სამართლის სუბიექტმა შესაძლოა, ინდივიდუალური ავტონომია ეფექტურად ვერ გამოიყენოს.²² ხოლო ადამიანის უფლებების გამოყენებით სახელშეკრულებო სამართალში ხელშეკრულება იქნება არა მხოლოდ მატერიალური სიკეთის განაწილების საშუალება, არამედ შეასრულებს სახელშეკრულებო სამართლის მთავარ მიზანს – უზრუნველყოფს ამ განაწილების სამარ-

¹⁸ ზოიძე ბ., საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბ., 2007, 18.

¹⁹ Mak Ch., Fundamental Rights in European Contract Law, Amsterdam, 2007, 32-33.

²⁰ Mak Ch., Fundamental Rights in European Contract Law, Amsterdam 2007, 32-33.

²¹ Basedow J., Freedom of Contract in the European Union, European Review of Private Law 6-2008, 903-904.

²² Seifert A., Die Horizontale Wirkung von Grundrechte Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegung, EuZW 2011, 699.

თლიანობას.²³ "ბრუნვის მონაწილეთა უფლებები ისე უნდა განისაზღვროს, რომ ეს ბრუნვა შედგეს და მისი სტაბილურობა ორივე მხარის ინტერესებში შედიოდეს".²⁴

კერძო ავტონომია, ისევე როგორც სახელშეკრულებო თავისუფლება, ინდივიდის თვითგამორკვევის უფლების განმსაზღვრელი ელემენტია. თვითგამორკვევა გავლენას ახდენს, უპირატესად, კერძო ავტონომიისა და სახელშეკრულებო თავისუფლების ღირებულებაზე. ხელშეკრულება და სახელშეკრულებო თავისუფლება ხელს უწყობს პროდუქციული ძალის თავისუფალ განვითარებას და ამით მნიშვნელოვანი საფუძველია საზოგადოების ევოლუციისათვის. სახელშეკრულებო თავისუფლების საფუძველი ადამიანის (პიროვნების) თავისუფალი განვითარების ძირითად უფლებაშია. ამ თავისუფლების, როგორც კონსტიტუციური ღირებულების, აღიარება გავლენას ახდენს ასევე სამოქალაქო სამართალში ხელშეკრულების თავისუფლების შეფასებისას, ვინაიდან, როგორც აღინიშნა, ძირითადი უფლებები, როგორც ძირითადი ღირებულებითი წესრიგის გამოვლინება, მოქმედებს კერძო სამართალზეც. სირთულეს ქმნის არა სახელშეკრულებო თავისუფლების პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლების კონტექსტში განხილვა, არამედ ის, თუ რამდენად უნდა შევიწროვდეს ამ ძირითადი უფლების საზღვრები.²⁵ საყურადღებოა, რომ სახელშეკრულებო ურთიერთობაში თითოეული მხარე ცდილობს საკუთარი პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლების რეალიზაციას.

4. დარღვეული სახელშეკრულებო პარიტეტი

სახელშეკრულებო სამართლიანობის უზრუნველყოფისათვის არსებითი მნიშვნელობის მატარებელია მხარეთა მოლაპარაკების თანასწორი შესაძლებლობა. სახელშეკრულებო სამართლიანობის აღდგენა უპირატესად ისეთ ურთიერთობებშია საჭირო, სადაც დარღვეულია მხარეთა სახელშეკრულებო პარიტეტი. შესაბამისად, დისკრიმინაციის აკრძალვამ და ადამიანის სხვა ძირითადმა უფლებებმა შესაძლოა, დიდი როლი შეასრულოს სახელშეკრულებო ინტერესების დაბალანსებისას.²⁶

ამ კონტექსტში საჭიროა, პირველ რიგში, განვიხილოთ ინდივიდის უფლება, აირჩიოს სახელშეკრულებო პარტნიორი. კონტრაქტის არჩევანის თავისუფლება ასევე გულისხმობს უფლებას, უარი ვთქვათ კონკრეტულ პირზე, როგორც კონტრაქტზე. იმისათვის, რათა სრულად განხორციელდეს სახელშეკრულებო თავისუფლება, პირს უნდა შეეძლოს, თავი შეიკავოს კონკრეტულ პირთან ხელშეკრულების დადებისაგან, მიუხედავად იმისა, თუ რა მიზეზი უდევს ამ

²³ შეად. ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბ., 2014, 51.

²⁴ ზოიძე ბ., საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბ., 2007, 17.

²⁵ Wolf M., Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen, 1970, 19-22.

²⁶ იქვე, 12.

გადაწყვეტილებას საფუძვლად. თავისუფლების ეს (უარყოფით) ასპექტი გავლენას ახდენს სხვებზე: პირს, რომელსაც უარი ეთქვა ხელშეკრულებაზე, შესაძლოა, ჩამოერთვა კონკრეტული სამუშაო პოზიციის მიღების შანსი, ღირებული მომსახურება ან უარი ეთქვა ისეთი სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი მოთხოვნილებების დაკმაყოფილებაზე, როგორცაა საკვები ან თავშესაფარი. ზოგჯერ ეს შედეგები სრულიად რაციონალური და ეფექტური გადაწყვეტილებიდან მომდინარეობს. მაგალითად, კანდიდატს უარი ეთქვა დასაქმებაზე, ვინაიდან დამსაქმებელს გონივრულად მიაჩნდა, რომ სხვა განმცხადებელი უკეთესია. თუმცა არ არის გამორიცხული, ეს შედეგები დადგეს ისეთი მიზეზების გამო, რომლებიც, ერთი შეხედვით, შეუფერებელი ან უსაფუძვლოა, მაგალითად, მაშინ, როდესაც ხელშეკრულებაზე უარი გამომდინარეობს რასის, ეროვნების, სქესის, სექსუალური ორიენტაციის, რელიგიური გაერთიანების წევრობის ან, უბრალოდ, გარეგნობის გამო.

კონტრაქტის არჩევანის შეუზღუდავი თავისუფლება საბაზრო საზოგადოების დილემაა. ერთი მხრივ, ინდივიდის თავისუფლების კონცეფცია და თავისუფალი ბაზარი მხარს უჭერს არჩევანის შეუზღუდავ უფლებას; მეორე მხრივ, ასეთი არჩევანი უარყოფილი ჯგუფისათვის შესაძლოა იყოს ბაზარზე თანასწორ შესაძლებლობაზე უარის თქმა და სოციალური იზოლაცია. შესაბამისად, ლიბერალურ საზოგადოებაში მოხდა კონტრაქტის არჩევანის თავისუფლების სფეროს გადაფასება და შევიწროება. შეურაცხმყოფელი საფუძვლით დისკრიმინაციის ამკრძალავმა კანონმდებლობამ მნიშვნელოვნად შეზღუდა კონტრაქტებაზე უარის უფლება. წარსულში, საბაზრო ტრანსაქციები ტიპურად განიხილებოდა კერძო განზომილებაში, დღეს კი, კონტრაქტის არჩევანის თავისუფლება შეზღუდულია კანონმდებლობის მიერ კონკრეტულ კონტექსტში სხვადასხვა კრიტერიუმზე მითითებით. მათი ავტონომიის უზრუნველყოფის მიზნით, ინდივიდები იმსახურებენ, რომ ჰქონდეთ გონივრული არჩევანი, ისე, რომ არ გამოირიცხონ საბაზრო შესაძლებლობებისაგან არარელევანტური პირადი თვისებების გამო – ინდივიდები უნდა ამაყოფიონ საკუთარი იდენტობით.²⁷

საკითხის უკეთესად გააზრებისთვის საჭიროა დარღვეული სახელშეკრულებო პარიტეტის იმ ცხოვრებისეული შემთხვევების განხილვა, რომლებიც ყველაზე ხშირად გვხვდება სასამართლო პრაქტიკასა თუ კანონმდებლობაში.²⁸

4.1. დამსაქმებელი – დასაქმებული

შრომის ბაზარი, სადაც პირადი თვისებები შედარებით დიდ როლს ასრულებს, თავისი ბუნებიდან გამომდინარე, უფრო მეტად მიდრეკილია დისკრიმინაციისადმი, ვინაიდან აქ, სასურვე-

²⁷ Collins H., The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner, Law and Contemporary Problems, 76 (2), 2013, 71-74.

²⁸ იხ. Wolf M., Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, 12.

ლია, არა მხოლოდ საბაზრო სიგნალების ავთენტური ინტერპრეტაცია და იმპლემენტაცია, არამედ ასევე კრეატიულობისა და ინოვაციის პოტენციალის გამოყენება, რაც განაპირობებს სხვადასხვა გამოცდილების პირთა თანამშრომლობას.²⁹ ამ ურთიერთობაში ინტერესების დაბალანსების აუცილებლობა აშკარაა, ვინაიდან დასაქმებულის და, ხშირ შემთხვევაში, მისი ოჯახს სარჩო დამოკიდებულია დამსაქმებელზე. ეს კი ნიშნავს დასაქმებულის მოლაპარაკების პოზიციის შესუსტებას, ვინაიდან იგი ვერ მოითმენს იმ დრომდე, სანამ შეძლებს წარმატებული მოლაპარაკების წარმოებას. დამსაქმებელს შეუძლია, თავისი არჩევანი სხვა კანდიდატზე შეაჩეროს, როდესაც პოტენციური დასაქმებული არ დაეთანხმება მის პირობებს. მასობრივი პროდუქციის საწარმოში ერთი მუშაკის ნაკლებობა არ აღიქმება სერიოზულ საფრთხედ. გარდა ამისა, დასაქმებული ხშირად მიჯაჭვულია საკუთარ საცხოვრებელ ადგილს და, შესაბამისად, ადგილზე მოქმედ დაწესებულებებსაც შეუძლიათ, ერთი და იგივე არახელსაყრელი პირობები წაუყენონ მუშაკებს.³⁰

4.2. გამქირავებელი – დამქირავებელი

ანალოგიური სიტუაცია იჩენს თავს გამქირავებელსა და დამქირავებელს შორის არსებულ ურთიერთობაში. ამ უკანასკნელისათვის საცხოვრებელი არსებითი მნიშვნელობის მატარებელია და იგი ვერ დაელოდება ხელსაყრელ პირობებს ბაზარზე. ამგვარი სტრუქტურული უთანასწორობა გამოწვეულია თანამედროვე ბაზარზე არსებული საცხოვრებლის ნაკლებობით, რაც აძლევს გამქირავებელს შესაძლებლობას, მონახოს ბინის სხვა დამქირავებელი.³¹

4.3. მიმწოდებელი – მომხმარებელი

მომხმარებელიც, მიმწოდებელთან შედარებით, ხელშეკრულების სუსტ მხარედ განიხილება მოლაპარაკების ძალის ნაკლებობის გამო. ეკონომიკის თეორიაში ამ მოვლენას "ექსპლუატაციის თეორია" ეწოდება. მომხმარებელი საჭიროებს სპეციალურ დაცვას ორი მიზეზის გამო: მას არ გააჩნია სხვა არჩევანის შესაძლებლობა, გარდა იმისა, რომ დასთანხმდეს დიდი, ძლიერი კომპანიების პირობებს, ხოლო ამ უკანასკნელს შეუძლია, გამოიყენოს ინფორმაციის ასიმეტრიულობა თავის სასარგებლოდ. თუმცა ამ თეორიის ნაკლია ის ფაქტი, რომ არ არის გათვალისწინებული კონკურენცია კომპანიებს შორის, რაც ზღუდავს მოლაპარაკების შესაძლებლობას მომხმარებელთა მიმართ. მომხმარებელი მეტწილად მიიჩნევა ხელშეკრულების სუსტ მხარედ არა იმიტომ, რომ არ გააჩნია "მოლაპარაკების ძალა", არამედ იმიტომ, რომ არ ფლობს ინფორმაციას პროდუქ-

²⁹ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 107.

³⁰ *Wolf M.*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, 12-13.

³¹ *Wolf M.*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, 13.

ციის შესახებ, ისევე, როგორც მისი მწარმოებელი პროფესიონალები.³² ის ფაქტიც გასათვალისწინებელია, რომ ბაზარი ეპყრობა მომხმარებლებს განსხვავებულად, მათი სოციალური და ფინანსური სტატუსიდან ან განათლებიდან გამომდინარე. საქონელი, მომსახურება და, განსაკუთრებით, კრედიტი უფრო ძვირია ღარიბი მომხმარებლისათვის, ვიდრე შეძლებულთათვის. რა თქმა უნდა, ეს არ შეიძლება აიხსნას მხოლოდ კონკრეტული გამსესხებლის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციით. ბევრ ქვეყანაში ღარიბი იხდის მეტს, იმიტომ, რომ ირჩევს განსხვავებული სახის კრედიტს ან ყიდულობს საქონელს სხვა ადგილზე, ვიდრე მდიდარი. ერთ დროს მიჩნეულ იქნა, რომ განათლება და ინფორმაცია აღმოფხვრიდა პრობლემას. თუმცა ისეთ განვითარებულ სახელმწიფოებშიც კი, როგორც სკანდინავიის ქვეყნებია, არაპრივილეგირებული ჯგუფები იძულებულნი არიან, დასთანხმდნენ კრედიტის უფრო ძვირიან სახეს, ვინაიდან მათ უარს ეუბნებიან "ჩვეულებრივი" ტიპის გამსესხებლები. ასე რომ, თანასწორობის საკითხი მეტ-ნაკლებად იგნორირებულია სამომხმარებლო კრედიტის სფეროში. აქ ხშირად გამოიყენება ისეთი ტერმინები, როგორებიცაა: "სარისკო მომხმარებელი" და "არაპრივილეგირებული მომხმარებელი".³³ თუმცა მცდარია დასკვნა, რომ ამ სამომხმარებლო ურთიერთობებში დისკრიმინაცია მხოლოდ "ცუდი" ("უღირსი") დამოკიდებულების შედეგია. მნიშვნელოვანი პრობლემაა, რომ თავად საბაზრო სისტემა ხშირად წარმოშობს დისკრიმინაციას სახელმეკრულებო ურთიერთობებში.³⁴ კრედიტის სამომხმარებლო ბაზარი არის ისეთი ბაზრის ტრადიციული მაგალითი, სადაც დისკრიმინაცია არსებობს რაციონალური (საბაზრო) საფუძველით. კრედიტის ფასი ყოველთვის მოიცავს რისკის ფასს, რომელიც დაფარავს ვადამოსული გადაუხდელი სესხის რისკს და, რა თქმა უნდა, რისკიც განსხვავებულია მომხმარებლის ფინანსური სტატუსის მიხედვით. სწორედ ეს არის "ღარიბი იხდის მეტს" კონსტრუქციის მიზეზი. ასევე, სადაზღვევო ურთიერთობებში, დაზღვევის რისკების კლასიფიცირებისას და დაზღვევის საფასურის დაანგარიშებისას, შესაძლოა, გათვალისწინებულ იქნეს დაზღვეულის ასაკი, სქესი და საცხოვრებელი ადგილი. განსხვავებული რისკი მნიშვნელოვანი საფუძველია ბაზარზე დისკრიმინაციისათვის.³⁵ განსხვავებები, რომლებიც მომდინარეობს ეკონომიკური გარემოებებიდან, ე.ი. სხვადასხვა ტიპის მომხმარებლისათვის სხვადასხვა ფასის დაწესებიდან, რთულია, განხილულ იქნეს დისკრიმინაციად.³⁶

სქესის, რასის, რელიგიისა და სექსუალური ორიენტაციის საფუძველით განხორციელებული დისკრიმინაცია ბევრად ადვილად რეგულირებადია, ვიდრე მომხმარებლის ფინანსურ სტატუსთან დაკავშირებული დისკრიმინაცია, ვინაიდან პირველი, ხშირად, სუბიექტურ ელემენტებს მოი-

³² *Rühl G.*, Consumer Protection in Choice of Law, *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, Issue 3, 2011, 571-572, <www.heinonline.org>.

³³ *Wilhelmsson T.*, Contracts and Equality, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 40, Stockholm, 2000, 146-147, <<http://www.scandinavianlaw.se>>.

³⁴ *iqve*, 150.

³⁵ *Wilhelmsson T.*, Contracts and Equality, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 40, Stockholm, 2000, 151, <<http://www.scandinavianlaw.se>>.

³⁶ *იქვე*, 155.

ცავს, მიუხედავად იმისა, რომ შესაძლოა, ასევე ეკონომიკური მოტივიც არსებობდეს, მაშინ, როდესაც, მეორე შეესაბამება საბაზრო ეკონომიკის ძირითად იდეას.³⁷

5. დისკრიმინაციის აკრძალვა, როგორც კერძო ავტონომიის ობიექტურ-სამართლებრივი ფარგლები

ცხოვრებისეული ურთიერთობების დამოუკიდებლად განსაზღვრა, როგორც პერსონალური, ისე ეკონომიკური კუთხით, ადამიანის პირველყოფილი მოთხოვნილებაა. ამის ნათელი გამოვლინებაა ბავშვის აღზრდის პროცესი. ბავშვის ნება ყოველდღე კონფლიქტში მოდის საზოგადოებრივ წესრიგთან. ასე რომ, თავისუფლების უზრუნველმყოფი კერძოსამართლებრივი წესრიგი შეესაბამება ადამიანის სამართლიანობის პირველყოფილ მოთხოვნილებას.³⁸ კერძო ავტონომიას ჩარჩოში აქცევს დისკრიმინაციის აკრძალვა და, ფაქტობრივად, ცვლის მის შინაარსს.

5.1. თანასწორობის პრინციპი საქართველოს კონსტიტუციაში და დისკრიმინაციის ცნება

ტერმინი „დისკრიმინაცია“ განსხვავებულ მოპყრობას ნიშნავს – იგი თანასწორობის უფლების დარღვევაა.³⁹ „კანონის წინაშე თანასწორობის უფლება სხვადასხვა ფორმით აღიარებულია თითქმის ყველა სამართლებრივ სისტემაში“.⁴⁰ „კანონის წინაშე თანასწორობის უზრუნველყოფის ხარისხი ობიექტური კრიტერიუმია ქვეყანაში დემოკრატიისა და ადამიანის უფლებების უპირატესობით შეზღუდული სამართლის უზენაესობის ხარისხის შესაფასებლად. ამდენად, ეს პრინციპი არის დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფოს როგორც საფუძველი, ისე მიზანი.“⁴¹

ადამიანის ნებისმიერი უფლების აღიარება აზრს დაკარგავს, მასზე თანაბარი წვდომის გარანტირებული შესაძლებლობის გარეშე.⁴² საქართველოს კონსტიტუციის მე-14 მუხლი „ადგენს

³⁷ იქვე, 159.

³⁸ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 104-105.

³⁹ *ძამაშვილი ბ.*, დისკრიმინაცია, როგორც სამართლებრივი კატეგორია და მისი გამოვლენის ფორმები, ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, თბ., 2014, 271.

⁴⁰ *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 30.

⁴¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 27 დეკემბრის №1/1/493 გადაწყვეტილება საქმეზე – მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანებები `ახალი მემარჯვენეები“ და `საქართველოს კონსერვატიული პარტია“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, II. პ. 1, იხ. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 30.

⁴² *ერემაძე ქ.*, ინტერესთა ბალანსი დემოკრატიულ საზოგადოებაში, თბ., 2013, 166.

კანონის წინაშე თანასწორობის ფუნდამენტურ კონსტიტუციურ პრინციპს. მისი მიზანია, არ დაუმვას არსებითად თანასწორის უთანასწოროდ მოპყრობა, ან პირიქით”.⁴³ თანასწორობის პრინციპის ფარგლებში სახელმწიფოს ძირითადი მიზანი და ფუნქცია ადამიანის სრული გათანაბრება ვერ იქნება, რადგან ეს თავად თანასწორობის იდეასთან, უფლების არსთან მოვიდოდა წინააღმდეგობაში. “თანასწორობის იდეა ემსახურება შესაძლებლობების თანასწორობის უზრუნველყოფას”.⁴⁴ თანასწორობის უფლება მოიცავს შემდეგ ელემენტებს: 1) კანონის წინაშე თანასწორობას, რაც გულისხმობს სახელმწიფო ორგანოების მიერ კანონის თანასწორად გამოყენებას ყველას მიმართ; 2) კანონის მიხედვით, თანასწორობას, რაც გულისხმობს, რომ თავად კანონი უნდა მოქმედებდეს ყველასათვის თანასწორად. მაშასადამე, “თანასწორობის უფლება ითხოვს არა აბსოლუტური და ტოტალური თანასწორობის მიღწევას, არამედ კანონის წინაშე და კანონის ფარგლებში თანასწორობას”.⁴⁵

ზოგიერთ შემთხვევაში, განსხვავებული მოპყრობა იკრძალება მხოლოდ კონკრეტული, კონსტიტუციაში ამომწურავად გაწერილი ნიშნების საფუძველზე. სხვა შემთხვევებში, იკრძალება დიფერენცირება მხოლოდ კონსტიტუციური უფლებით სარგებლობს ფარგლებში. ასევე ვხვდებით შემთხვევებს, როდესაც კონსტიტუციით აკრძალული დიფერენცირება ზოგადი ხასიათის არის. სასამართლოს პრაქტიკის გათვალისწინებით, განსხვავებულია უფლებაში ჩარევის მიდგომები, იმის მიხედვით, თუ რა ნიშანს, უფლებას ან საზოგადოებრივი ცხოვრების რომელ ასპექტს უკავშირდება დიფერენცირება.⁴⁶

საქართველოს კონსტიტუციის მე-14 მუხლში ჩამოთვლილია ის ნიშნები/საფუძველები, რომელთა მიხედვით აკრძალულია დისკრიმინაციული მოპყრობა: “ყველა ადამიანი დაბადებით თავისუფალია და კანონის წინაშე თანასწორია, განურჩევლად რასისა, კანის ფერისა, ენისა, სქესისა, რელიგიისა, პოლიტიკური და სხვა შეხედულებებისა, ეროვნული, ეთნიკური და სოციალური კუთვნილებისა, წარმოშობისა, ქონებრივი და წოდებრივი მდგომარეობისა, საცხოვრებელი ადგილისა.” საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, მსგავსად სხვა ქვეყნის სასამართლოებისა, აღმოჩნდა იმ საკითხის განმარტების წინაშე, ამომწურავია, თუ არა კონსტიტუციის მე-14 მუხლში მოცემული ნიშნების ჩამონათვალი, ანუ შეიძლება თუ არა არსებობდეს ასევე სხვა

⁴³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2011 წლის 18 მარტის №2/1/473 გადაწყვეტილება საქმეზე – საქართველოს მოქალაქე ბიჭიკო ჭონქაძე და სხვები საქართველოს ენერგეტიკის მინისტრის წინააღმდეგ, II. 1, საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 27 დეკემბრის №1/1/493 გადაწყვეტილება II. 3.1, იხ. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 30.

⁴⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 27 დეკემბრის №1/1/493 გადაწყვეტილება, II.3. 1, 2, იხ. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 31.

⁴⁵ *ბამაშვილი ბ.*, დისკრიმინაცია, როგორც სამართლებრივი კატეგორია და მისი გამოვლენის ფორმები, ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, თბ., 2014, 270-271.

⁴⁶ *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*: ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 30.

საფუძვლები არაკონსტიტუციური დიფერენცირების კვალიფიკაციისათვის.⁴⁷ აღსანიშნავია, რომ კონსტიტუციებში დისკრიმინაციის ნიშნების ჩამოთვლა ხდებოდა მათ საფუძველზე ადამიანების დისკრიმინაციის დიდი გამოცდილების არსებობის და ასეთი მოპყრობის გაგრძელების შიშის გამო.⁴⁸

2008 წლამდე საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო იყენებდა კონსტიტუციის მე-14 მუხლის ვიწრო განმარტებას და გრამატიკული მეთოდის გამოყენებით ადგენდა, რომ მე-14 მუხლში ამომწურავად იყო ჩამოთვლილი დისკრიმინაციის ყველა საფუძველი.⁴⁹ სასამართლომ მოგვიანებით შეცვალა თავისი მიდგომა და განმარტა, რომ “მე-14 მუხლი ადგენს არა მხოლოდ კანონის წინაშე თანასწორობის ძირითად უფლებას, არამედ კანონის წინაშე თანასწორობის ფუნდამენტურ კონსტიტუციურ პრინციპს”; “ნორმის მიზანი გაცილებით უფრო მასშტაბურია, ვიდრე მხოლოდ მასში არსებული შეზღუდული ჩამონათვალის მიხედვით დისკრიმინაციის აკრძალვა.”⁵⁰ საკონსტიტუციო სასამართლომ ასევე აღნიშნა, რომ “ნიშნების საფუძველზე დიფერენცირება წარმოადგენს დისკრიმინაციის მომეტებული რისკის მატარებელ შემთხვევებს და კანონმდებლისაგან მოითხოვს განსაკუთრებულ ყურადღებას. თუმცა ეს არ გამორიცხავს ადამიანთა არაგონივრული დიფერენცირების სხვა შემთხვევების არსებობას და მათი კონსტიტუციური აკრძალვის საჭიროებას.”⁵¹ ამ განმარტების შედეგად მე-14 მუხლის დაცვის სფერო მნიშვნელოვნად გაფართოვდა და წარმოიშვა უფლებაში ჩარევის განსხვავებული შემთხვევები.⁵² ისევე როგორც საქართველოს კონსტიტუცია, საერთაშორისო აქტები არ განსაზღვრავს დისკრიმინაციის ნიშნების ამომწურავ ჩამონათვალს და იყენებს დათქმას, რომ დისკრიმინაცია დაუშვებელია “ნებისმიერი სხვა ნიშნით”, რაც, თავის მხრივ, მოქნილს ხდის დისკრიმინაციასთან ბრძოლას.⁵³

5.2. “დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ” საქართველოს კანონის მნიშვნელობა კერძოს სამართლისათვის

⁴⁷ იქვე, 35.

⁴⁸ *ერემადე ქ.*, ინტერესთა ბალანსი დემოკრატიულ საზოგადოებაში, 2013, 169.

⁴⁹ *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*: ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 37.

⁵⁰ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2008 წლის 31 მარტის №2/1-392 გადაწყვეტილება საქმეზე – საქართველოს მოქალაქე შოთა ბერიძე და სხვები საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, II. პ. I, იხ. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 36.

⁵¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2011 წლის 18 მარტის №2/1/473 გადაწყვეტილება, II. პ. I, იხ. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 36.

⁵² *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 40.

⁵³ *ძამაშვილი ბ.*, დისკრიმინაცია, როგორც სამართლებრივი კატეგორია და მისი გამოვლენის ფორმები, ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, თბ., 2014, 275.

2014 წლის 7 მაისს საქართველოს პარლამენტმა მიიღო კანონი "დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ". ამ კანონმა თანასწორობის დაცვის კონსტიტუციური პრინციპები კერძოსამართლებრივ სივრცეში განათავსა. შესაბამისად, იბადება კითხვები კონსტიტუციის მე-14 მუხლის ჰორიზონტალურ ეფექტთან დაკავშირებით. როგორ შეიძლება თანასწორობის ძირითადი უფლების კონსტიტუციური რეგულაციით გაჯერებული კანონის გამოყენება კერძოთა შორის? კანონის შინაარსისა და სტრუქტურის ანალიზი იძლევა საფუძველს ვარაუდისას, რომ ამ შემთხვევაში თანასწორობის ძირითად უფლებას პირდაპირი მოქმედების ძალა აქვს კერძო პირთა შორის.

ერთი შეხედვით, კანონი უწყინარი სამართლებრივი მექანიზმია კონსტიტუციით დაცული ღირებულებების განმტკიცებისათვის. მისი მიზანია "დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრა და ნებისმიერი ფიზიკური და იურიდიული პირისათვის საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი უფლებებით თანასწორად სარგებლობის უზრუნველყოფა."⁵⁴ კანონი ჩამოთვლის დისკრიმინაციის ყველაზე გავრცელებულ ნიშნებს, თუმცა ეს ჩამონათვალი, ისევე როგორც კონსტიტუციაში მოცემული დისკრიმინაციის ნიშნები, არ არის ამომწურავი.⁵⁵ კანონი განმარტავს პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაციის ცნებას⁵⁶ და კრძალავს არა მხოლოდ მათ, არამედ ნებისმიერ ქმედებას, რომლებიც მიზნად ისახავს პირის იძულებას, წაქეზებას ან ხელშეწყობას, განახორციელოს მესამე პირის მიმართ დისკრიმინაცია.⁵⁷ კანონი განსაზღვრავს დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად გასატარებელი ღონისძიებების ვალდებულებას.⁵⁸ ამასთან, მნიშვნელოვანია, რომ ეს სამართლებრივი აქტი შეიცავს ძირითად უფლებათა კონსტიტუციური სამართლებრივი ბალანსის ტესტს: დისკრიმინაციის "რომელიმე ნიშნის მქონე პირის ან პირთა ჯგუფის მიერ საკუთარი უფლებების განხორციელებამ/დაცვამ არ უნდა ხელყოს საჯარო წესრიგი, საზოგადოებრივი უსაფრთხოება ან/და სხვათა უფლებები".⁵⁹

რაც მთავარია, კანონის მოქმედების სფერო საკმაოდ ფართოა და ვრცელდება არა მხოლოდ საჯარო დაწესებულებებზე, არამედ ორგანიზაციებზე, ფიზიკური და იურიდიული პირების ქმედებებზე ყველა სფეროში, მაგრამ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ეს ქმედებები არ რეგულირდება სხვა სამართლებრივი აქტით, რომელიც, თავის მხრივ, შესაბამისობაში უნდა იყოს დისკრიმინაციის ამკრძალავ მოთხოვნებთან.⁶⁰ აშკარაა, რომ კერძო პირებზე კანონის მოქმედების გავრცელება ზადებს შეკითხვას ადამიანის ძირითადი უფლებების, კერძოდ, დისკრიმინაციის კონსტიტუციური აკრძალვის ჰორიზონტალურ ეფექტთან დაკავშირებით, ვინაიდან არსებითი, პრაქტიკული მნიშვნელობა არ გააჩნია იმ ფაქტს, ძირითადი უფლებები გამოიყენება თავად კონსტიტუციით, თუ დამატებითი საკანონმდებლო აქტით, რომელიც იმეორებს კონსტიტუციაში მოცემულ

⁵⁴ საქართველოს კანონი "დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ", 07.05.2014, მუხლი 1.

⁵⁵ იქვე.

⁵⁶ იქვე, მუხლი 2, პუნქტები: 2, 3.

⁵⁷ იქვე, მუხლი 2, პუნქტი 5.

⁵⁸ საქართველოს კანონი "დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ", 07.05.2014, მუხლი 4.

⁵⁹ საქართველოს კანონი "დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ", 07.05.2014, მუხლი 5, პუნქტი 3.

⁶⁰ იქვე, მუხლი 3.

რეგულაციას. ამ შემთხვევაში, კერძო პირს ეკისრება ტვირთი, იმოქმედოს ადამიანის უფლებათა დაცვის კონსტიტუციური ღირებულებების გათვალისწინებით კერძო სამართლებრივ სივრცეში, თავისი პიროვნების განვითარების უფლების რეალიზაციის დროს.

კანონში ასევე მოცემულია დისკრიმინაციისაგან დაცვის დამატებითი პროცესუალური გარანტიები. კერძოდ, დისკრიმინაციის აღმოფხვრასა და თანასწორობის უზრუნველყოფაზე ზედამხედველობის განხორციელება დაევა საქართველოს სახალხო დამცველს,⁶¹ ხოლო ერთ-ერთი მთავარი ფუნქცია, რომელიც სახალხო დამცველს დაეკისრა, არის იმ ფიზიკური და იურიდიული პირების ან პირთა ჯგუფის განცხადებებისა და საჩივრის განხილვის ვალდებულება, რომლებიც თავს დისკრიმინაციის მსხვერპლად მიიჩნევენ.⁶² სახალხო დამცველი, საჩივრის განხილვის შედეგად, გამოსცემს რეკომენდაციას და მიმართავს შესაბამის ორგანიზაციას მსხვერპლის უფლებების აღდგენის მიზნით.⁶³ რეკომენდაციის გაუთვალისწინებლობის შემთხვევაში, სახალხო დამცველს შეუძლია, როგორც დაინტერესებულმა პირმა, მიმართოს სასამართლოს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემისა და ქმედების განხორციელების მოთხოვნით.⁶⁴

აგრეთვე მნიშვნელოვანია, მტკიცების ტვირთის განაწილების რეგულაცია მომჩივანსა და მოპასუხეს შორის, რაც მნიშვნელოვნად უმარტივებს დისკრიმინაციის პოტენციურ მსხვერპლს დისკრიმინაციის მტკიცებით პროცესს: მომჩივანმა უნდა წარუდგინოს სახალხო დამცველს ფაქტები და შესაბამისი მტკიცებულებები, რომლებიც დისკრიმინაციული ქმედების განხორციელების ვარაუდის საფუძველს იძლევა, ხოლო, ამ ვარაუდის წარმოშობის შემთხვევაში, მტკიცების ტვირთი გადაინაცვლებს სავარაუდო დისკრიმინაციული ქმედების განმახორციელებელ პირზე.⁶⁵

5.3. ევროკავშირის ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობის მიმოხილვა

ევროკავშირში, უკანასკნელი წლების განმავლობაში, მიღებულ იქნა დისკრიმინაციის ამკრძალავი შემდეგი დირექტივები: 1) 2000 წლის 29 ივნისის დირექტივა 2000/43/EC⁶⁶, რომელიც მიმართულია რასისა და ეთნიკური წარმომავლობის ნიშნით დისკრიმინაციის წინააღმდეგ (ე.წ. “ანტირასიზმის დირექტივა”); 2) 2000 წლის 27 ნოემბრის დირექტივა 2000/78/EC⁶⁷, რომელიც ად-

⁶¹ იქვე, მუხლი 6.

⁶² იქვე, მუხლი 6, პუნქტი 2, ქვეპუნქტი `ბ“.

⁶³ იქვე, მუხლი 6, პუნქტი 2, ქვეპუნქტი `ბ“, `ვ“.

⁶⁴ იქვე, მუხლი 6, პუნქტი 2, ქვეპუნქტი `ზ“.

⁶⁵ საქართველოს კანონი `დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“, 07.05.2014, მუხლი 8, პუნქტი 2.

⁶⁶ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin , Official Journal L. 180, 19/07/2000,0022-0026.

⁶⁷ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L. 303 , 02/12/2000,0016 – 0022.

გენს საერთო ჩარჩოს დასაქმებისა და პროფესიის სფეროში თანასწორი მოპყრობის უზრუნველყოფისათვის (ე.წ. "ჩარჩო დირექტივა"); 3) 2002 წლის 23 სექტემბრის დირექტივა 2002/73/EC⁶⁸, რომელიც ეხება ქალებსა და მამაკაცებთან თანასწორ მოპყრობას დასაქმებაზე წვდომის, პროფესიული განათლებისა და პროფესიული წინსვლის სფეროში, ისევე როგორც შრომით პირობებთან მიმართებით; 4) 2004 წლის 13 დეკემბრის დირექტივა 2004/113/EC⁶⁹, რომელიც ემსახურება ქალებსა და მამაკაცებთან თანასწორი მოპყრობის უზრუნველყოფას საქონლისა და მომსახურების მიწოდების სფეროში.⁷⁰

რასიზმის წინააღმდეგ მიმართული დირექტივა 2000/43/EC – ე.წ. "ანტირასიზმის დირექტივა" არეგულირებს რასობრივი და ეთნიკური ნიშნით დისკრიმინაციას შრომით და სოციალურ-სამართლებრივ საკითხებსა და იმ საქონლითა და მომსახურებით, მათ შორის საცხოვრებლით, უზრუნველყოფის სფეროში, რომელიც საჯარო განკარგვას ექვემდებარება.⁷¹

2004/113/EC დირექტივა უზრუნველყოფს ქალებსა და მამაკაცებთან თანასწორ მოპყრობას საქონლისა და მომსახურების მიწოდების სფეროში. ის იმეორებს „ანტირასიზმის დირექტივის“ სტრუქტურას და კრძალავს სქესობრივი ნიშნით დისკრიმინაციას იმ საქონლისა და მომსახურების მიწოდების სფეროში, რომელიც საჯარო შეთავაზებას ექვემდებარება. ამასთან, დირექტივა გამორიცხავს მოწესრიგების სფეროდან პირადი და ოჯახური ცხოვრების და მის კონტექსტში არსებულ ტრანსაქციებს.

"ანტირასიზმის დირექტივისაგან" განსხვავებით, თანასწორი მოპყრობის "ჩარჩო დირექტივა" უშვებს გამონაკლის შემთხვევებში არათანასწორ მოპყრობას. აქ მოიაზრება დაზღვევის სფეროში არსებული სპეციფიკური საგამონაკლისო შემთხვევები და ასევე ისეთ შესრულებასთან დაკავშირებული შეზღუდვები, რომლებიც განხორციელდა "პიროვნების შეფასების" გარეშე, ისევე როგორც გარიგებები, რომლებიც დაკავშირებულია პირადი, ოჯახური ცხოვრებისა და განათლების სფეროებთან. აქ კი მოიაზრება ისეთი დაწესებულებები, როგორებიცაა: ქალთა თავმესაფრები, მიშენებული ბინისა თუ ოთახის გამქირავებლები. ასევე, შესაძლებელია, ამ კატეგორიაში კერძო კლუბებიც მოიაზრებოდეს. რა თქმა უნდა, დისკრიმინაციული მოპყრობა ნებადართულია, თუკი განსხვავებული მოპყრობა ემსახურება ლეგიტიმურ მიზანს, ხოლო უთანასწორო მოპყრობა ამ მიზნისათვის საჭირო და შესაბამისი საშუალებაა.

⁶⁸ Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Official Journal L 269 , 05/10/2002, 0015-0020.

⁶⁹ Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal of the European Union, 21.12.2004 L 373/37.

⁷⁰ *Reppen T.*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 20.

⁷¹ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 127.

2002/73/EC დირექტივა უზრუნველყოფს გენდერულ თანასწორობას შრომითსამართლებრივ სფეროში. დირექტივას ცოტა სიახლე თუ შემოაქვს სქესთა შორის თანასწორი მოპყრობასთან დაკავშირებით. სამაგიეროდ, დასაქმების სფეროში ანტირასიზმის დირექტივასთან ერთად აქტიურად მოქმედებს ე.წ. "ჩარჩო დირექტივა". დამსაქმებლებს ეკრძალებათ დასაქმების მსურველთა პირდაპირ ან არაპირდაპირ დისკრიმინაცია როგორც სქესობრივი ნიშნით, ისე რასობრივი, ეთნიკური წარმომავლობის, რელიგიური შეხედულებების ან მსოფლმხედველობის, შეზღუდული უნარების, ასაკის ან სექსუალური ორიენტაციის გამო. ეს ორი დირექტივა განსაზღვრავს შედარებით ფართო გამონაკლისებს დიფერენცირებული მოპყრობისათვის. ეს არის შემთხვევები, როდესაც ზემოაღნიშნული ნიშნით უთანასწორო მოპყრობა საქმიანობისა ან მისი პირობების შესრულებისათვის "არსებითი და გადამწყვეტი" მნიშვნელობის მატარებელია. მაგალითად, დისკრიმინაციად არ ჩაითვლება შავკანიან მსახიობთა მონაწილეობა ფილმში, რომელიც ეხება აშშ-ის 50-60-იანი წლების სამოქალაქო მოძრაობას. განსაკუთრებულ გამონაკლისებს ადგენს "ჩარჩო დირექტივა" რელიგიისა და მსოფლმხედველობის ნიშნით დისკრიმინაციის შემთხვევაში, როდესაც იგი ხორციელდება საეკლესიო დამსაქმებლისა და სხვა ორგანიზაციების მიერ, რომელთა საქმიანობაც დაფუძნებულია რელიგიასა და კონკრეტულ მსოფლმხედველობაზე. სპეციალური გამონაკლისების ფართო სპექტრს მოიცავს ეს დირექტივა, ასევე, ასაკობრივ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებით, თუმცა აქაც უთანასწორო მოპყრობის გამამართლებელი ფორმულა იგივეა: იგი უნდა ემსახურებოდეს ლეგიტიმურ მიზანს, განსაკუთრებით, დასაქმების პოლიტიკიდან, დასაქმების ბაზრისა და პროფესიული განათლებიდან გამომდინარე, იყოს ამ მიზნის თანაზომიერი და მისი მიღწევის აუცილებელი საშუალება.⁷²

ევროკავშირის ამ დირექტივების ზოგადი ანალიზის შედეგად შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ევროკავშირის ანტიდისკრიმინაციული პროგრამა ეხება დისკრიმინაციის აკრძალვას რასის, ეთნიკური წარმომავლობის და სქესის ნიშნით დასაქმებისა და პროფესიის, განათლებისა და სოციალური უზრუნველყოფის სფეროში, ისევე როგორც ნებისმიერი სახის დისკრიმინაციის აკრძალვას საჯაროდ შეთავაზებულ შესრულებაზე წვდომის სფეროში. რაც შეეხება შრომის სამართლის სფეროს, აქ დისკრიმინაციის საფუძვლები ფართოდება და მოიცავს დისკრიმინაციის აკრძალვას რელიგიის, მსოფლმხედველობის, შეზღუდული შესაძლებლობების, ასაკისა და სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით.⁷³ როგორც ჩანს, ევროკავშირის კანონმდებლობა შეეხება მხოლოდ კონკრეტულ სფეროსა და კონკრეტული ნიშნით დისკრიმინაციას, მისი მოქმედების არეალი არ არის ისეთი ფართო, როგორც მისი ქართული ანალოგის. მიუხედავად ამისა, ევროპელი მეცნიერები ხედავენ დირექტივების პოლიტიკაში ფარულ საფრთხეებს არჩევანის თავისუფლების წინააღმდეგ, ვინაიდან დისკრიმინაციის საფუძვლების გაფართოება მარტივად შესაძლებელია იმავე პრინციპით. მაგალითად, კონკრეტული სპორტული გაერთიანების წევრობა შეიძლება დისკრიმინაციის ერთ-ერთ ნიშნად განისაზღვროს. კრიტიკოსთა აზრით, ამ შემთხვევაში, ფანტაზიას არ

⁷² *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 129-133.

⁷³ *Reppen T.*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 22.

გააჩნია რაციონალური საზღვრები.⁷⁴ გარდა ამისა, ზოგიერთ ავტორს მიაჩნია, რომ დირექტივებში მოცემული ფართო მოცულობისა და ბუნდოვანი ხასიათის საგამონაკლისო ნორმები მოქმედებს სამართლებრივი უსაფრთხოების მოთხოვნათა წინააღმდეგ.⁷⁵

მტკიცების ტვირთის შებრუნების წესი დაზარალებულის სასარგებლოდ, როგორც ჩანს, ქართველმა კანონმდებელმა ევროპული გამოცდილების გაზიარებით მიიღო. ისევე როგორც ქართულ კანონმდებლობაში, დირექტივების მიხედვით, დისკრიმინაციის მსხვერპლმა სასამართლოს წინაშე უნდა წარმოადგინოს ისეთი მტკიცებულებები, რომლებიც ამ უკანასკნელს განხორციელებული დისკრიმინაციის შესახებ ეჭვს გაუჩენს, ხოლო შემდგომ მტკიცების ტვირთი მოპასუხეზე გადაინაცვლებს – მან უნდა გააქარწყლოს სასამართლოს ეჭვები.⁷⁶ ამ რეგულაციის უზარმაზარი მნიშვნელობა ასეთია: თუკი საცხოვრებლის, კრედიტისა და სხვა მომსახურების მომთხოვნ განმცხადებელს “სახეზე აწერია” საკუთარი ეთნიკური წარმომავლობა, ხელშეკრულების დადებაზე უარისმთქმელ მიმწოდებელს ეკისრება თავისი გადაწყვეტილების განმარტების ვალდებულება. იგი სავალდებულო წესით ხდება “ეჭვიმტანილი”, როდესაც მისი არჩევანი სხვა ეთნიკური წარმომავლობის პიროვნებაზე ჩერდება, ან, როდესაც, უბრალოდ, უარს ამბობს ხელშეკრულების დადებაზე. ასეთ დროს მან სასამართლოს დარწმუნების მიზნით უნდა ამტკიცოს, რომ არ დაურღვევია თანასწორი მოპყრობის დებულებები.⁷⁷

ინდივიდების თავისუფლება ყოველთვის დაკავშირებულია პასუხისმგებლობის პრინციპთან. თვითგამორკვევის უფლების გამოყენების შედეგების ტვირთიც მის სუბიექტებს ეკისრებათ. მტკიცების ტვირთის შებრუნების წესიც შესაძლოა ამის გამოხატულებად იქნეს მიჩნეული. მართალია, სამოქალაქო სამართლისათვის უკვე ცნობილია მტკიცების ტვირთის შებრუნების მექანიზმი, მაგრამ ასეთ შემთხვევებში, მოვალეს, როგორც წესი, აღებული აქვს თავის თავზე შესრულებასთან დაკავშირებული რისკები.⁷⁸ მტკიცების ტვირთის ამგვარმა გადანაწილებამ შესაძლოა, განმცხადებლისათვის უარის თქმა ყოველთვის დასაბუთების საჭიროებას დაუქვემდებაროს, როდესაც იგი გამოამყდავენებს ისეთ მახასიათებლებს, რომლებიც დისკრიმინაციის ნიშნებშია ჩამოთვლილი და შეცნობადია მეორე მხარისათვის. ასეთი ვარაუდი სავსებით მისაღებია საქონლის ბრუნვის ისეთ სფეროში, სადაც მნიშვნელობა არ აქვს პირად თვისებებს. სრულიად განსხვავებულია შემთხვევა, როდესაც ხელშეკრულების მხარის პირადი თვისებები თავის როლს ასრულებს და ერთგვარი, პიროვნულ ნდობაზე დაფუძნებული ურთიერთობა ყალიბდება. ასეთ დროს გადაწყვეტილება დამოკიდებულია სუბიექტურ და მეტად ირაციონალურ ფაქტორებზე – დაწყებული გარეგნობით, დამთავრებული კომუნიკაციის უნარით. მტკიცების ტვირთის რეგულ-

⁷⁴ იქვე, 40.

⁷⁵ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 135.

⁷⁶ *Reppen T.*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 37.

⁷⁷ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 127-128.

⁷⁸ *Reppen T.*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 41-42.

ლაცია შეუფერებელია განსაკუთრებით საცხოვრებლის ქირავნობისა და შრომის სამართლის სფეროსთვის. თუკი გამქირავებელი აირჩევს ფერადკანიან დამქირავებელს იმისათვის, რათა თავი აარიდოს ეჭვს დისკრიმინაციის შესახებ, ამ გზით იგი განახორციელებს დისკრიმინაციას თეთრკანიანთა მიმართ. ხოლო, თუკი იგი გადაწყვეტილებას მიიღებს დამქირავებლის შემოსავლის გათვალისწინებით, დგას არაპირდაპირი დისკრიმინაციის განხორციელების რისკი. ამგვარი მიდგომით გადაწყვეტილებები აღარ ექვემდებარება არც რაციონალურობას და, შესაბამისად, აღარც ჰუმანურობის კრიტერიუმებს. გამოდის, რომ გადაწყვეტილება მიღებულ უნდა იქნეს ან განცხადების წარდგენის დროის მიხედვით, ან, საერთოდ, კამათლის მეშვეობით. გარდა ამისა, შესაძლოა, ამგვარი მოწესრიგებით მივიღოთ შედეგი, რომელიც ისეთი პოზიციისთვისაც კი, სადაც პიროვნული თვისებები უმნიშვნელოა, დამსაქმებელი აღარ მოიწვევს გასაუბრებაზე პირს დისკრიმინაციის პოტენციურ მსხვერპლთა წრიდან.⁷⁹

ევროკავშირის დირექტივები არ ადგენს სანქციებს დისკრიმინაციული ქმედებისათვის, მათ შორის, არც კონტრაქტების იძულებას, რაც, თავის მხრივ, შეუთავსებელი იქნებოდა ანგლო-საქსურ სამართალთან.⁸⁰ დირექტივებში არც ის არის აღნიშნული, რომ სანქცია დისკრიმინაციული ქმედებისათვის სამოქალაქოსამართლებრივი ხასიათის უნდა იყოს, თუმცა ხაზი ესმის ზიანის ანაზღაურების გამოყენების შესაძლებლობას. დირექტივები, უბრალოდ, მოითხოვს ქმედით, თანაზომიერ და ამკრძალავი ხასიათის სანქციებს.⁸¹

ევროკავშირის ანტიდისკრიმინაციული პროგრამის იმპლემენტაციის შედეგად გერმანიამ მიიღო "ზოგადი კანონი თანასწორი მოპყრობის შესახებ" ("*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*")⁸², რომელიც უკვე აქტიურად გამოიყენება სასამართლო პრაქტიკაში, მათ შორის, სახელშეკრულებო დავებში. ამ კანონზე დაყრდნობით, 2013 წლის 14 აგვისტოს საინტერესო გადაწყვეტილება გამოიტანა ჰანოვერის საოლქო სასამართლომ. მან დააკისრა ღამის კლუბს 1000 ევროს ოდენობის არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურება მოქალაქის მიმართ, რომელიც არ შეუშვეს ამ კლუბში ქურთული ეთნიკური წარმომავლობის გამო. დისკრიმინაციის მსხვერპლს კლუბში შესვლაზე უარი უთხრეს იმ საფუძველით, რომ კლუბის მენეჯმენტს არ სურდა, შენობაში დაეშვა მამრობითი სქესის უცხოელი. მტკიცებულებების გამოკვლევის შედეგად დადგინდა, რომ მამაკაცები, სავარაუდოდ მიგრაციული წარსულის გარეშე, უპრობლემოდ შევიდნენ კლუბში. სასამართლომ თავისი გადაწყვეტილებით დაადგინა, რომ ასეთი ქმედების განმეორების შემთხვევაში კლუბს დაეკისრებოდა ჯარიმა 250 000 ევროს ოდენობით.⁸³ ასევე, კელნის მესამე ინსტანციის სასამართლომ გამოიტანა გადაწყვეტილება აფრიკული წარმომავლობის წყვილის სასარგებლოდ, რომელსაც უარი უთხრა აახენის ერთ-ერთმა სახლმმართველობამ ბინის მიქირავებაზე მათი კანის ფერის გამო.

⁷⁹ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 147-150.

⁸⁰ *Reppen T.*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 36.

⁸¹ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht", Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 130-132.

⁸² Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 14.08.2006.

⁸³ Das Urteil des Amtsgerichts Hannover vom 14.08.2013 (Az.: 462 C 10744/12).

სახლმმართველობას დაეკისრა 5 065 ევროს ოდენობის არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება. სასამართლომ დაადგინა პერსონალური არაქონებრივი უფლებების დარღვევა – დისკრიმინაციის მსხვერპლთა ღირსების შელახვა.⁸⁴ ასე რომ, სავსებით შესაძლებელია, მომავალში, საქართველოს სასამართლოს პრაქტიკაშიც გაჩნდეს “დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ” საქართველოს კანონისა და სამოქალაქო კოდექსის მე-18 მუხლის მე-2 ნაწილის კომბინაციით მიღებული გადაწყვეტილებები, რომლებიც იცავს კერძო პირებს ღირსების შემლახველი დისკრიმინაციისაგან.

5.4. დისკრიმინაციის აკრძალვის ფუნქციები და მათი მნიშვნელობა სახელშეკრულებო სამართლისათვის

დისკრიმინაციის აკრძალვას სამი ძირითადი ფუნქცია მიეწერება: ადამიანის ღირსების დაცვა, სამართლიანი ქონებრივი განაწილება და აღმზრდელობითი ფუნქცია. საინტერესოა, როგორ შეესაბამება თითოეულ ამ მიზანს თავად ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობა და რა მნიშვნელობის მატარებელია მათი განხორციელება სახელშეკრულებო სამართლისათვის.

5.4.1. დისკრიმინაციის აკრძალვა, როგორც ადამიანის ღირსების დაცვა

ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობის გამოყენებისას, სამოქალაქო სამართლის წესრიგი რეაგირებს დაცვის ზოგადი ხასიათის მექანიზმებით. პირველ რიგში, აქ მოიაზრება პერსონალური არაქონებრივი უფლების – ღირსების – დაცვა⁸⁵ კონკრეტული ჯგუფების პერსონალური არაქონებრივი უფლებების წინააღმდეგ მიმართული, “უზნეო” ქმედება უგზავნის ამ ჯგუფის წევრს სიგნალს, რომ იგი არ არის სასურველი, როგორც საზოგადოების სრულფასოვანი წევრი და, შესაბამისად, ვერ მიიღებს მონაწილეობას საზოგადოებრივი ცხოვრების კონკრეტულ სფეროში. ამ შემთხვევაში, საქმე გვაქვს ადამიანების ღირსების დაკნინებასთან.⁸⁶

გარდა ამისა, ღირსების დაცვასთან დაკავშირებით, უნდა აღინიშნოს, რომ ევროკავშირის დირექტივები არ შეიცავს განმასხვავებელი ნიშნების ამომწურავ ჩამონათვალს. დირექტივების მიერ დასახელებულ ნიშნებში ასახულია ყველაზე ხშირი და აშკარა სოციალური მოლოდინები. თუმცა პერსონალური არაქონებრივი დაცვის სფეროში შეიძლება მოხვდეს არა მხოლოდ გენდერული ან ეთნიკური საფუძვლით განხორციელებული დისკრიმინაცია, არამედ, ასევე, ისეთი

⁸⁴ AZ: OLG Köln, 24 U. 51/09.

⁸⁵ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 141-142.

⁸⁶ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 120.

ნიშნებით განხორციელებული დისკრიმინაცია, როგორებიცაა: სხეულის მოცულობა, თვალის ფერი, გამომეტყველება ან მეტყველების დეფექტი. მიუხედავად ამისა, არ არის საჭირო ასეთი შემთხვევების სრული კატალოგის ჩამოყალიბება, თუკი დაცული სიკეთე ნათლად იქნება განსაზღვრული, ხოლო დისკრიმინაციის აკრძალვის მნიშვნელოვანი ამოსავალი წერტილები – მარტივად შეცნობადი.

ქართული კანონმდებლობისაგან განსხვავებით, ევროკავშირის დირექტივებში შეინიშნება არა მხოლოდ დისკრიმინაციის საფუძვლების დეფიციტი, არამედ, ასევე, დისკრიმინაციული ქცევის განსაზღვრების ნაკლოვანებები. ევროკავშირის დირექტივები განიხილავს დისკრიმინაციულ ქმედებას მხოლოდ მიმწოდებლებისა და დამსაქმებლების (ხელშეკრულების ძლიერი მხარის) მხრიდან, თუმცა არ განიხილება ისეთი ქმედებები, რომლებიც მომდინარეობს მომხმარებლის ან დასაქმებულის ქმედებიდან. მაგალითად, განმცხადებელი არ თანხმდება შემოთავაზებულ პოზიციაზე დასაქმებას მხოლოდ იმიტომ, რადგან მისთვის მოგვიანებით ცნობილი გახდა, რომ დამსაქმებელი ქალია ან მომხმარებელი უარს ამბობს ხელმოწერისათვის გამზადებული ხელშეკრულების დადებაზე, ვინაიდან მიმწოდებელი განსხვავებული ეთნიკური წარმომავლობის არის. ასე რომ, ევროკავშირის ანტიდისკრიმინაციული პროგრამა სრულად ვერ უზრუნველყოფს მის მთავარ მიზანს – სამართლებრივი საზოგადოების ყველა წევრისათვის პერსონალური არაქონებრივი უფლებების თანასწორად დაცვას. ასეთი მიდგომა, შესაძლოა, გამართლებული იყოს იმ საფუძვლით, რომ მომხმარებლის მიერ დისკრიმინაცია არ არის მხედველობაში მისაღები, ვინაიდან მიმწოდებელი “საბაზრო ძალაუფლების” მატარებელია. როგორც ჩანს, ასეთი მიდგომის გათვალისწინებით, სამშენებლო კომპანიამ არ უნდა უთხრას ეთნიკური უმცირესობის წარმომადგენელ მუშებს უარი დასაქმებაზე, მაგრამ შეუძლია, განახორციელოს დისკრიმინაცია სამშენებლო მასალის მიმწოდებლების მიმართ. შესაბამისად, მიუხედავად იმისა, რომ უცხოელი მიმწოდებელი ყიდის ყველაზე იაფ და ხარისხიან სამშენებლო მასალას, სამშენებლო კომპანიას შეუძლია, დასაბუთების გარეშე უარი უთხრას მიმწოდებელს ხელშეკრულების დადებაზე.⁸⁷

ზემოაღნიშნულ კრიტიკას ვერ დაექვემდებარება ქართული კანონმდებლობა, რომელიც, თავისი ნაკლოვანებების მიუხედავად, თანასწორად იცავს ხელშეკრულების ორივე მხარის ღირსებას.

სახელმწიფოსაგან განსხვავებით, კერძოთათვის ნებადართულია, არსებითი საფუძვლის გარეშე მოახდინონ დიფერენცირება გარიგების დადების დროს. თუმცა ამისათვის ისეთი საშუალება უნდა აირჩიონ, რომ არ დააზიანონ იმ პირთა ღირსება, რომელთა ხილვაც არ სურთ ხელშეკრულების მეორე მხარედ.⁸⁸ სხვა შეკითხვაა, თუ რამდენადაა შესაძლებელი ღირსების დაცვა კონტრაქტების იძულებით, რადგან ნების საწინააღმდეგოდ ხელშეკრულების შესრულება ხშირად, შესაძლოა, არ იყოს ღირებულების მატარებელი.⁸⁹

⁸⁷ იქვე, 143-146.

⁸⁸ *Reppen T., Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 91-92.*

⁸⁹ იქვე, 88.

ასე რომ, თუკი სამოქალაქო ბრუნვიდან გამომდინარე, მომხმარებლის ღირებულება განისაზღვრება არა მისი პიროვნული თვისებებით, არამედ მისი ფინანსური შესაძლებლობებით, უფრო ადვილია, დავადგინოთ პირადი არაქონებრივი უფლებების დარღვევა. ხოლო, როდესაც პირის ავტორიტეტი დაექვემდებარება შემთავაზებლის ზოგად სოციალურ გამოცდილებასა და შეხედულებებს, უნდა შეფასდეს ხელშეკრულების მიზანი. თუკი ვერ მოხდება ამ მიზნის დადგენა ან მიზანი და მიმწოდებლის საქციელი ურთიერთშეუსაბამოა, სახეზეა პერსონალური არაქონებრივი უფლებების დარღვევა, ვინაიდან ამ შემთხვევაში ხელშეკრულებაზე უარის თქმა ემსახურება არა საკუთარ უფლებებსა და ინტერესებს, არამედ, უბრალოდ, საშუალებაა სხვათა უფლებებსა და ინტერესებში ჩარევისათვის.⁹⁰

5.4.2. სამართლიანი ქონებრივი განაწილებისა და ინტეგრაციის პოლიტიკით მოტივირებული დისკრიმინაციის აკრძალვა

ღირსების დამცველი დისკრიმინაციის აკრძალვისაგან შეგვიძლია განვასხვაოთ განაწილებისა და ინტეგრაციის პოლიტიკით მოტივირებული დისკრიმინაციის აკრძალვა – აქ სახეზეა არა შემდგარი სამართლებრივი პოზიციების დაცვა, არამედ, უფრო მეტად, ახალი რეალობისაკენ სწრაფვა. კერძო სამართლებრივ სფეროში დისკრიმინაციის აკრძალვის მიზანია იმ პირთა ჯგუფების ხელშეწყობა, რომლებიც ბაზარზე პიროვნული თვისებების გამო უარყოფით ზეგავლენას განიცდიან ან უჭირთ, საკუთარი ძალებით მოიპოვონ ზემოაღნიშნული პოზიცია. ასეთი სახის დისკრიმინაციის აკრძალვის მიღმა დგას სოციალური სახელმწიფოს პრინციპი. დისკრიმინაციის აკრძალვის ეს ფუნქცია გულისხმობს იმ პირების ეკონომიკური და საზოგადოებრივი მონაწილეობის გაუმჯობესებას, რომლებიც არსებითი ნაკლით არიან "დაჯილდოებულნი".⁹¹

იმისათვის, რათა თავისუფლებისა და თანასწორობის კონსტიტუციური პოსტულატები აზრიან და სიცოცხლისუნარიან ურთიერთობაში მოვიდეს, პირველ რიგში, ისინი უნდა რეალიზდეს სხვადასხვა სამართლებრივ ქვესისტემაში: კერძო სამართლის ქვესისტემაში ბატონობს თავისუფლების სამართლებრივი პრინციპი, ხოლო საჯარო სამართლის ქვესისტემაში, პირიქით, გაბატონებულია თანასწორობის პრინციპი. მხოლოდ ეს შეეფერება ლოკისეულ დაბადებით თანასწორობაზე დაფუძნებულ თანასწორი თავისუფლების გაგებას. ის პრინციპი, რომ მხოლოდ სახელმწიფო და არა კერძო პირები შებოჭილია თანასწორი მოპყრობის მოთხოვნით, თანხვედრაშია თანამედროვე თავისუფალ სახელმწიფოებრივ გაგებასთან. კერძო სამართლისათვის უცხოა განაწილებისა და ინტეგრაციის პოლიტიკით მოტივირებული თანასწორი მოპყრობის ვალდებულება, თუმცა ამაზე შეიძლება ფიქრი მაშინ, როდესაც კერძო ქმედებას არ უდევს საფუძვლად ორმხრივი თავისუფლება. ეს არის განსაკუთრებით თვალსაჩინო იმ შემთხვევაში, როდესაც ხელ-

⁹⁰ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 142-143.

⁹¹ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 121-122.

შეკრულების ერთ-ერთი მხარე მოიპოვებს ძალაუფლებას ექსისტენციალური მნიშვნელობის სიკეთეზე, ხოლო შესრულებაზე უარის თქმის შემთხვევაში, არ არსებობს სხვა მიმწოდებელი. აქ, პირველ რიგში, მოიაზრება მონოპოლიის მქონე მიმწოდებლების მიერ ექსისტენციალური მნიშვნელობის სიკეთის მიწოდების შესახებ ხელშეკრულების დადების ვალდებულება (*Kontrahierungszwang*). თუმცა, როგორც ევროკავშირში მოქმედი დირექტივები, ისე საქართველოს კანონი “ყველა ფორმის დისკრიმინაციის აღმოფხვრის შესახებ” აფართოებს თავიანთი მოქმედების სფეროს ასეთი კონსტრუქციის მიღმა.

ეს ყოველივე არ ნიშნავს იმას, რომ განაწილებისა და ინტეგრაციის პოლიტიკით მოტივირებული მიზნების მისაღწევად კერძო პირები საერთოდ არ გამოიყენება. რა თქმა უნდა, საერთო კეთილდღეობაში საზოგადოების წევრებმაც თავისი წვლილი უნდა შეიტანონ და ეს შეიძლება მოხდეს ზუსტად კერძო სამართლით დაცულ სიკეთეთა მსხვერპლად შეწირვის გზით. ამის მაგალითი შეიძლება იყოს გადასახადებისა და მოსაკრებლის სისტემა, რაც ავტომატურად იწვევს ჩარევას კერძო სფეროში – ქონება არაფერია, თუ არა მატერიალიზებული თავისუფლება.

სამართლიანი განაწილების პოლიტიკით მოტივირებული ჩარევა კერძოთა სფეროში მოითხოვს, რომ აღნიშნული მოექცეს ძირითადი უფლებების შეზღუდვის კონსტიტუციურ კრიტერიუმებში: კერძოდ, ჩარევა უნდა იყოს ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის ადეკვატური და შესაფერისი საშუალება.⁹²

ამასთან, გასათვალისწინებელია ის კრიტიკა, რომ მოწყვლადი ჯგუფის წევრებთან ხელშეკრულების დადების, თუნდაც არაპირდაპირი იძულება, როგორც წესი, არ არის შესაბამისი საშუალება ასეთი ჯგუფების საზოგადოებრივ ცხოვრებაში მონაწილეობის გასაუმჯობესებლად. “საბაზრო ნაკლის” გამოსწორება შეიძლება განათლებით, ფინანსური დახმარებითა და წამახალისებელი სისტემების შექმნით. სახელმწიფო ამ მიზნის მისაღწევად, ხშირ შემთხვევაში, საჯაროსამართლებრივ საშუალებებს მიმართავს. თუმცა ეს ზომები უარყოფითად მოქმედებს კერძო ინვესტორებზე. იზრდება რა ზარალი და საპროცესო ხარჯები, ინვესტორები დებენ თანხას სხვა სფეროში, რაც უარყოფითად აისახება თავად სამართლიანი განაწილების პოლიტიკაზე.⁹³ ეკონომიკური თავისუფლება კეთილდღეობის საწინდარია. თუმცა, ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობის კრიტიკოსთა აზრით, დისკრიმინაციის აკრძალვა ამა თუ იმ სფეროში აფრთხობს ინვესტორებს, რაც ავიწროებს ბაზარს და, შესაბამისად, მასში მონაწილეობის შანსებს.⁹⁴ პრობლემა ასევე ის ცრურწმენები, რომლებიც რესურსების მფლობელებს მოწყვლადი ჯგუფების წარმომადგენლებზე უყალიბდებათ და რომლის განეიტრალებაც სახელმწიფო პოლიტიკას იშვიათად თუ შეუძლია.⁹⁵

⁹² *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 152-155.

⁹³ იქვე, 156.

⁹⁴ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 80-81.

⁹⁵ იქვე, 156 -157.

განაწილებისა და ინტეგრაციის პოლიტიკის მხრივ საინტერესოა დისკრიმინაციის საკითხები შრომის სამართლის სფეროში. მაგალითისათვის განვიხილოთ დიფერენცირების აკრძალვა შრომითსამართლებრივ სფეროში სქესისა და შეზღუდული შესაძლებლობების გამო.⁹⁶ ქალებს ემუქრებათ დისკრიმინაციის საფრთხე დედების უფლებების დაცვის სპეციალური რეჟიმის გამო. სახელმწიფო ზომები ვერ უზრუნველყოფს ამ სფეროში ეფექტიან შედეგებს, ვინაიდან დამსაქმებელი ყველა შესაძლო ხერხს გამოიყენებს, რომ იმოქმედოს საბაზრო რაციონალურობის მიდგომით. იგივე პრობლემები იჩენს თავს, როდესაც დამსაქმებელი ვალდებულია, გაითვალისწინოს შეზღუდული შესაძლებლობის პირებისათვის სპეციალური სამუშაო პირობები. როგორც ჩანს, ამ პირობებმა შესაძლოა, უარყოფითი ზეგავლენა მოახდინოს მოწყვლადი ჯგუფების შრომით ბაზარზე.⁹⁷ რაც უფრო მაღალია სოციალური მოპყრობის ფასი, მით უფრო მეტ სამუშალებას მიმართავს დამსაქმებელი, რათა თავი აარიდოს მოწყვლადი ჯგუფების დასაქმებას. ასე რომ, დისკრიმინაციის აკრძალვის კერძოსამართლებრივი საშუალებები არ არის საკმარისი მათი მდგომარეობის შემსუბუქებისათვის შრომით ბაზარზე.⁹⁸

ცნობილი ამერიკელი ფილოსოფოსის, *ჯონ როულზის*, აზრით, კერძო სამართალი, განსაკუთრებით სახელშეკრულებო სამართალი, უზრუნველყოფს ინდივიდებს თანასწორი შესაძლებლობით, იმოქმედონ საკუთარი პრეფერენციების შესაბამისად. ასე რომ, კერძო პირთა შორის არსებული სახელშეკრულებო ურთიერთობები არ შეიძლება დაექვემდებაროს დისტრიბუციულ მიდგომას. სახელშეკრულებო ტრანსაქციათა აგრეგატულმა ეფექტმა შესაძლოა, გამოიწვიოს დისტრიბუციული უსამართლობა, რომელიც უნდა მოწესრიგდეს საჯარო სამართალით, მაგრამ არა სოციალური სამართლიანობის დაცვის ვალდებულების კერძოთა თავს მოხვევით.⁹⁹

დისტრიბუციული ზომები, კონკრეტული განაწილების ეფექტის მეშვეობით, საწყისი იდეის მხრივ, ერთი შეხედვით, სამართლიანია, ვინაიდან ქონება ამ გზით მიეწოდება იმას, ვისაც ყველაზე მეტად ესაჭიროება იგი. როგორც "ინფორმაციული სისტემა", ბაზარი ცდილობს, ეს მოთხოვნა საკუთარ ეგოისტურ მიდგომას შეუსაბამოს. მაშინ, როდესაც ასეთი სისტემა ემსახურება არამხოლოდ არსებითი მოთხოვნილებების დაკმაყოფილებას, რესურსების სამართლიანი გადანაწილება, შესაძლოა, სულაც შემთხვევითი იყოს, ადამიანის ინდივიდუალიზმიდან გამომდინარე, – რაც ერთისთვის მნიშვნელოვანია, უმნიშვნელოა მეორისთვის. შესაბამისად, ქონების ეგალიტარული განაწილება შესაძლოა, სულაც არ იყოს კერძო პირთა ინდივიდუალური მოთხოვნილებების შესაბამისი.

საკუთრება და ხელშეკრულება, უდავოდ, საბაზრო ეკონომიკის კონკურენტული წესრიგის საფუძველია, თუმცა "ძალების თავისუფალი თამაში" ვერ უზრუნველყოფს ქონებისა და შესაძლებლობების ეგალიტარულ დისტრიბუციას, ვინაიდან ხელშეკრულების სისტემაში პიროვნული ნიჭი, ინტელექტი, შრომისუნარიანობა და უკვე არსებული ქონებრივი უთანასწორობა, ფაქ-

⁹⁶ იქვე, 159.

⁹⁷ იქვე, 160.

⁹⁸ იქვე, 162-163.

⁹⁹ *Gutmann T.*, Theories of Contract and the Concept of Autonomy, Preprints and Working Papers for the Centre of Advanced Study in Bioethics, Münster 2013/55, 8, <www.uni-muenster.de>.

ტობრივად, ფილტრის გარეშე მოქმედებს. ზოგიერთი ავტორი ამ სისტემას ხედავს როგორც საზოგადოების ცხოვრების ეკონომიკური პირობების გაუმჯობესების ფუნქციის მატარებელს, ვინაიდან მასში საკუთარი სარგებელი დამოკიდებულია სხვათა მოთხოვნილებების დაკმაყოფილებაზე. ეს დამოკიდებულება განაპირობებს პერმანენტულ ბიძგს ინოვაციისაკენ, რაც ორიენტირებულია მაქსიმალურად ფართო საზოგადოების დაკმაყოფილებაზე. აღნიშნულის საფუძველზე, ზოგიერთი ავტორი, ვარაუდობს, რომ თავად სისტემა მიმართულია დისკრიმინაციის წინააღმდეგ, ვინაიდან, ადრე თუ გვიან, მომხმარებლის პიროვნული თვისებები, როგორც გარჩევის კრიტერიუმი, დაკარგავს ძალას. ეს კი გამოიწვევს დისკრიმინაციის კლასიკურ მსხვერპლთა რაოდენობის შემცირებას, ხოლო ინდივიდი დაინახავს თავს როგორც ყიდვაუნარიან სამიზნე ჯგუფს.¹⁰⁰

რა თქმა უნდა, არ შეიძლება კონკურენციაზე ორიენტირებული წესრიგის ჩრდილოვანი მხარეების ყურადღების მიღმა დატოვება. ასეთი სისტემა წარმოშობს ასევე “წაგებულებს” და მოითხოვს “შევსებას”, ხოლო სახელმწიფოებრივი მხარდაჭერა მოითხოვს ინდივიდების მონაწილეობას საზოგადოებრივი რესურსების განაწილებაში.¹⁰¹

5.4.3. დისკრიმინაციის აკრძალვის აღმზრდელობითი ფუნქცია

განასხვავებენ ასევე დისკრიმინაციის აკრძალვას, რომელიც არ ემსახურება არც სხვათა ღირსების დაცვას და არც საზოგადოებაში მონაწილეობის გაუმჯობესებაზეა ორიენტირებული, არამედ, პირველ რიგში, მისი ფუნქცია ახალი სოციალური და მორალური ღირებულებების შექმნაა, რომლის მეშვეობით კერძო მოთამაშეები შეწყვეტენ გადაწყვეტილებების მიღებისას მხოლოდ პირად სარგებელზე ორიენტაციას და გამოიჩინენ მორალურ კეთილგონიერებასა და პოლიტიკურ კორექტულობას.¹⁰² ასე რომ, დისკრიმინაციის აკრძალვის ერთ-ერთი დანიშნულება, გარკვეულწილად, ერის აღზრდაა.¹⁰³ განსაკუთრებით თვალსაჩინოა ეს მიდგომა ევროკავშირის ყველაზე ადრეულ, 2004 წლის 13 დეკემბრის დირექტივაში, რომლის შედეგად იყო უნიფიცირებული ფასების დაწესება დაზღვევის სფეროში. დირექტივა უშვებს სადაზღვევო ანაზღაურების განსაზღვრისას ქალებსა და მამაკაცებს შორის უთანასწორო მოპყრობას მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში და მკაცრი კონტროლის ქვეშ. ამ დირექტივის მე-5 მუხლის მიხედვით, ასეთ შემთხვევაში, სქესი უნდა იყოს დაზღვევის სფეროსა და სტატისტიკურ მონაცემებზე დაყრდნობით, სადაზღვევოს რისკის შეფასებისას “განმსაზღვრელი ფაქტორი”. დირექტივის მიხედვით, მზღვეველს ეკისრება “მორალური ვალდებულება”, საკუთარი ეკონომიკური გათვლების წინააღმდეგ

¹⁰⁰ *Reppen T., Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 105-107.*

¹⁰¹ იქვე, 108.

¹⁰² *Lobinger T., Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 01.03.2007, 122.*

¹⁰³ *Reppen T., Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 77.*

უზრუნველყოს სქესთა შორის თანასწორი მოპყრობა. კანონმდებელი შეეცადა, ახალი ნორმებით შეეცვალა საზოგადოებრივი რეალობა და ამ გზით შეექმნა “ანტიდისკრიმინაციული კულტურა სადაზღვევო სფეროში”.¹⁰⁴

რა თქმა უნდა, დისკრიმინაციის ამკრძალავი კანონმდებლობის მიზანია ცნობიერების ამაღლება. კანონმდებლის მიერ ერის აღზრდა კარგი ტრადიციას, რომლის წინააღმდეგ ცოტა არგუმენტი თუ მოიძებნება. პრობლემური საკითხია, ამგვარი აღზრდის გზით თავისუფლების შეზღუდვა.¹⁰⁵ სოციალური მორალით მოტივირებული დისკრიმინაციის აკრძალვის პირდაპირი სამიზნეა თავისუფლება, როგორც ასეთი. იგი “კერძო პირის” ცნების წინააღმდეგ არის მიმართული, ვინაიდან ინდივიდი იძულებული ხდება, დაემორჩილოს უზენაეს (ადმინისტრაციულ) მორალს. ამ გზით ანტაგონიზმი სახელმწიფოსა და საზოგადოებას შორის იშლება, კერძო სფერო ხდება პოლიტიკური, ხოლო თვითგამორკვევის თავისუფლების პრინციპის გაქრობა ცხოვრების არსებითი სფეროებიდან ქმნის ტოტალიტარული სახელმწიფო წყობის ჩამოყალიბების საფრთხეს. ასეთი შედეგების თავიდან ასაცილებლად სახელმწიფოს ისლა დარჩენია, განათლებისა და წახალისების პროექტებით ხელი შეუწყოს იმას, რომ კერძო პირებმა თავისუფლად მიიღონ მორალურად სწორი და პოლიტიკურად კორექტული გადაწყვეტილებები.

გარდა ამისა, აღსანიშნავია, რომ ევროკავშირის დისკრიმინაციის ამკრძალავ პოლიტიკას აკრიტიკებენ, ვინაიდან იგი მიმართულია, პირველ რიგში, დამსაქმებელსა და მიმწოდებელზე, საქონლისა და მომსახურების ბაზარზე და, როგორც წესი, საწარმოებზე, ხოლო საზოგადოების დანარჩენ ნაწილს შეუძლია, გააგრძელოს ცხოვრება “არასწორი მორალით”. ამგვარი მიდგომით, საზოგადოებაში მორალის დაცვით დატვირთულია მხოლოდ “შერჩეული” ჯგუფები.¹⁰⁶

6. ორი თანაბარმნიშვნელოვანი უფლების კონფლიქტი

კონტრაქტის არჩევანის თავისუფლებისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის მარეგულირებელი კანონმდებლობის ანალიზი აუცილებლად საჭიროებს დაპირისპირებული ძირითადი უფლებების დაბალანსების საკითხის განხილვას.¹⁰⁷

დაბალანსება ნაცნობი პრაქტიკაა, როგორც ეროვნული საკონსტიტუციო სასამართლოებისათვის, ისე კვაზიკონსტიტუციური სასამართლოებისათვის.¹⁰⁸ უმეტესობა ძირითადი უფლებე-

¹⁰⁴ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 122-125.

¹⁰⁵ *Reppen T.*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 78.

¹⁰⁶ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 164-167.

¹⁰⁷ *Collins H.*, The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner, Law and Contemporary Problems, 76 (2), 2013, 74.

ბისა არ არის აბსოლუტური ხასიათის. მათი შეზღუდვა სავსებით შესაძლებელია, თუკი ჩარევა „აუცილებელია დემოკრატიული საზოგადოებისათვის“ განსაზღვრული ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად. ეს მიზნები მოიცავს თითქმის ყველა შესაძლებლობას, რომლის საფუძველზეც შეიძლება შეიზღუდოს ადამიანის უფლება. ჩარევა უნდა იყოს აუცილებელი, წინასწარ განსაზღვრული და ზუსტი საზოგადოებრივი მიზნის მისაღწევად.¹⁰⁹

მიუხედავად „ბალანსის ტესტის“ აქტიური გამოყენებისა, იგი სადავო საკითხია სამართლისა და პოლიტიკური მეცნიერებების თეორეტიკოსებს შორის. ამ დებატების ერთ-ერთი წამყვანი მონაწილენი არიან *რობერტ ალექსი* და *იურგენ ჰაბერმასი*. *ჰაბერმასის* აზრით, უფლებებს შორის არსებული ურთიერთობა და საზოგადოებრივი მიზანი დაბალანსებას დაყავს პოლიტიკურ არგუმენტებამდე. მისი აზრით, ეს მიდგომა ტოვებს კონსტიტუციურ უფლებებს, თავისი „მკაცრი უპირატესობის“ გარეშე, სხვა ფაქტორებთან მიმართებით. სხვა სიტყვებით, ვერ ხორციელდება ინდივიდუალური უფლებების გამოცალკევება საჯარო პოლიტიკიდან. გარდა ამისა, მისი აზრით, არ არსებობს რაციონალური სტანდარტი, რომლის მიხედვით მოსამართლეები დაარეგულირებდნენ კონკურირებად პოლიტიკურ მიზნებს. შესაბამისად, ასეთი მეთოდით მიღებული გადაწყვეტილება იქნება მიკერძოებული ან შეუსაბამო ჩვეულებით სტანდარტებსა და იერარქიებთან. გარდა ამისა, *ჰაბერმასის* აზრით, ამ გზით ხორციელდება მართლმსაჯულების გატანა სამართლებრივი მოწესრიგების სივრციდან არარეგულირებად მართლმსაჯულების დისკრეციაში. ასე რომ, „ბალანსის ტესტის“ მოწინააღმდეგეთა აზრით, იგი არის სამართლის არარაციონალური და არალეგიტიმური უგულებელყოფა მიკერძოებული სასამართლო დისკრეციის სასარგებლოდ, რომლის გამართლებაც შეუძლებელია დემოკრატიის, ადამიანის უფლებების პატივისცემისა და სამართლის უზენაესობის ჭრილში.¹¹⁰

„ბალანსის ტესტის“ მომხრენი იცავენ კონცეფციას იმ არგუმენტით, რომ მისი სათანადოდ გაგებითა და გამოყენებით სულაც არ ვიღებთ არარაციონალურ ან არალეგიტიმურ შედეგებს.¹¹¹ *რობერტ ალექსის* აზრით, ინდივიდუალური უფლებების საჯარო ინტერესებთან მიმართებით დაბალანსება გარდაუვალი პროცესია და თუკი მას სათანადოდ გამოვიყენებთ, იგი სავსებით ლეგიტიმური და რაციონალურია. ალექსის აზრით, კონსტიტუციურ უფლებებსა და საზოგადოებრივ მიზნებს აქვთ „პრინციპების“ ხასიათი, ხოლო მიზნები, რომელთაც ეს „პრინციპები“ განამტკიცებს, უნდა იქნეს მაქსიმალურად რეალიზებული სამართლებრივი და ფაქტობრივი შეზღუდვების ფარგლებში. *ალექსის* მიხედვით, ნებისმიერი კონსტიტუციური პრინციპის ოპტიმიზაცია გულისხმობს მის სრულ რეალიზაციას, როდესაც სხვა საწინააღმდეგო პრინციპი არ უწევს მას წინააღმდეგობას. პრინციპების კონფლიქტის რაციონალურად გადაჭრა კი შესაძლებელია მა-

¹⁰⁸ Greer S., „Balancing“ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, The Cambridge Law Journal, Vol. 63, №2, 2004, 413.

¹⁰⁹ Kay R. S., The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law, European Human Rights Law Review, Issue 5, 2005, 476.

¹¹⁰ Greer S., „Balancing“ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, the Cambridge Law Journal, Vol. 63, №2, 2004, 413-414.

¹¹¹ იქვე, 413.

თი ურთიერთდაბალანსებით, "თანაზომიერების პრინციპის" გამოყენებით, რაც, თავის მხრივ, შედგება სამი ქვეპრინციპისაგან: "შესაბამისობა", "აუცილებლობა" და "პროპორციულობა ვიწრო გაგებით." ამასთან, *ალექსი ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ დაბალანსება არ არის ისეთი პროცედურა, რომელიც ყოველ შემთხვევაში ერთსა და იმავე შედეგამდე მიგვიყვანს, მაგრამ თუნდაც ერთი შედეგის რაციონალური გზით მიღება ამართლებს ბალანსის ტესტის, როგორც მეთოდის, არსებობას.*¹¹²

საზოგადოებრივი ინტერესის ზუსტი ხასიათი სადავო საკითხია სამართლისა და პოლიტიკის თეორიაში. ზოგიერთისათვის ეს არის ინდივიდუალური უფლებების ჯამი, მაგრამ სხვები უყურებენ მას როგორც განუყოფელ ინტერესს, რომელიც შესაძლოა, მხოლოდ საერთო კონტექსტში განვიხილოთ.¹¹³ "ბალანსის ტესტი" საკმაოდ საინტერესოდ წარმოჩნდება კერძოსამართლებრივ დავებში, სადაც შესაძლოა, დაახლოებით ერთი მნიშვნელობის ინტერესები და სამართლებრივი სიკეთე დაუპირისპირდეს ერთმანეთს.¹¹⁴

კონსტიტუცია არ ადგენს ადამიანის უფლებათა იერარქიულ წესრიგს და არც რაიმე მეთოდს გვთავაზობს, რომელიც გადაწყვეტდა კერძოსამართლებრივ უფლებათა კონფლიქტს. როდესაც სასამართლოების წინაშე ასეთი კონფლიქტია, ისინი, ძირითადად, ცდილობენ, კონკრეტული საქმიდან გამომდინარე დაადგინონ სათანადო ბალანსი.¹¹⁵ გარდა ამისა, გასათვალისწინებელია, რომ თანასწორობის უფლების სპეციფიკურობამ და განსაკუთრებულმა მნიშვნელობამ განაპირობა მისი რეალიზაციის პროცესში, ინტერესთა შორის სამართლიანი ბალანსის დადგენისას, რიგი თავისებურებებისა:¹¹⁶ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა განსხვავებული კრიტერიუმები დიფერენცირებული მოპყრობის დისკრიმინაციული ხასიათის შეფასებისათვის. კლასიკური, სპეციფიკური ნიშნებით დიფერენციაციის შემთხვევაში სასამართლო იყენებს მკაცრი შეფასების ტესტს – აფასებს ნორმას თანაზომიერების პრინციპის მიხედვით და, ამასთან, შეზღუდვის ლეგიტიმური მიზნის დასაბუთებისას საჭიროა იმის დამტკიცება, რომ სახელმწიფოს მხრიდან ჩარევა არის აბსოლუტურად აუცილებელი, არსებობს "სახელმწიფოს დაუძლეველი ინტერესი".¹¹⁷ სხვა შემთხვევებში, მკაცრი ტესტის გამოყენების საჭიროებას სასამართლო ადგენს დიფერენციაციის ინტენსივობის ხარისხის მიხედვით, ხოლო დიფერენციაციის ინტენსივობის კრიტერიუმები განსხვავებული იქნება ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, დიფერენციაციის ბუნებიდან და რეგულირების სფეროდან გამომდინარე.¹¹⁸ ინტენსივობის დაბალი მაჩვენებლის შემთხვევაში, სასამართლო იყენებს "რაციონალური დიფერენციაციის ტესტს", რომლის მიხედვით: "ა) საკმარისია დიფერენცირებული მოპყრობის რაციონალურობის დასაბუ-

¹¹² Greer S., "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, the Cambridge Law Journal, Vol. 63, №2, 2004, 415-416.

¹¹³ იქვე, 417-418.

¹¹⁴ იქვე, 476-477.

¹¹⁵ იქვე, 419.

¹¹⁶ *ერემადე ქ.*, ინტერესთა ბალანსი დემოკრატიულ საზოგადოებაში, 2013, 165.

¹¹⁷ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 27 დეკემბრის №1/1/493 გადაწყვეტილება, II. პ. 6, იხ. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 41.

¹¹⁸ იქვე.

თებულობა, მათ შორის, როდესაც აშკარაა დიფერენციაციის მაქსიმალური რეალისტურობა, გარდუვალობა და საჭიროება; ბ) რეალური და რაციონალური კავშირის არსებობა დიფერენციაციის ობიექტურ მიზეზსა და მისი მოქმედების შედეგს შორის.¹¹⁹ გასათვალისწინებელია, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ ზემოაღნიშნული ბალანსის ტესტის გამოყენებით შესაძლოა, განიხილოს კერძოსამართლებრივი ნორმის შესაბამისობა კონსტიტუციის მე-14 მუხლის მოთხოვნებთან და არა თავად კერძოსამართლებრივი დავა.¹²⁰ ხოლო “დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის” შესახებ საქართველოს კანონის გამოყენება საერთო სასამართლოების მიერ აუცილებელს გახდის ზემოაღნიშნული ბალანსის ტესტის გამოყენებას კერძოსამართლებრივ დავებში, რაც მნიშვნელოვნად გაართულებს საერთო სასამართლოს მიერ სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღებას.

მაგალითისათვის განვიხილოთ გაერთიანებული სამეფოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეში – *Bull and Bull v. Hall and Preddy*¹²¹: პატარა სასტუმროს მესაკუთრეებმა აუკრძალეს ჰომოსექსუალ წყვილს, ესარგებლათ ორადგილიანი საწოლით გაწყობილი ოთახით რელიგიური და მორალური შეხედულებების საფუძველზე. ამ შემთხვევაში, სასტუმროს მეპატრონეთა საკუთრებისა და რელიგიის თავისუფლების ძირითადი უფლებები უპირისპირდება ჰომოსექსუალი წყვილის ღირსებასა და პირადი და ოჯახური ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლებას. სასამართლომ უპირატესობა წყვილის ინტერესებს მიანიჭა, მაგრამ რა შედეგამდე მივალთ, თუკი სიტუაცია შებრუნდება და თავად სტუმარი იტყვის უარს, დასახლდეს კონკრეტულ სასტუმროში, ვინაიდან შენობის დეკორაცია შეიცავს რელიგიურ ნივთებს, ხოლო მომხმარებელი უპირატესობას აბსოლუტურად სეკულარულ გარემოს ანიჭებს. შესაძლებელია კი მომხმარებლის ამგვარი ქცევის გაპროტესტება იმ საფუძველით, რომ მისი საქციელი მოიცავს მესაკუთრის რწმენისა და ავტონომიისადმი უპატივცემულობას, თუ ამ შემთხვევაში მომხმარებლის სახელშეკრულებო თავისუფლებას უნდა მიენიჭოს უპირატესობა?¹²²

თუკი საკითხი გადაწყდება ევროკავშირის კანონმდებლობის მიხედვით, სასტუმროს მესაკუთრე, რომელიც საჯაროდ სთავაზობს ოთახებს მომხმარებლებს, ექვემდებარება დისკრიმინაციის აკრძალვის მოთხოვნებს, განსხვავებით იმ პოტენციური სტუმრისაგან, რომელიც რელიგიური შეხედულებების გამო უარს იტყვის კონკრეტულ სასტუმროში გაჩერებაზე. თუმცა გასათვალისწინებელია, რომ ორივე შემთხვევაში სახეზეა ისეთი საქციელი, რომელიც გულისხმობს მეორე პირის მოპყრობას “შედარებით ნაკლები პატივისცემით”, ხოლო ანტიდისკრიმინაციული კა-

¹¹⁹ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 27 დეკემბრის №1/1/493 გადაწყვეტილება, II. პ. 6, იხ. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 41.

¹²⁰ იხ. საქართველოს ორგანული კანონი `საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“, 31.01.1996, მუხლი 19.

¹²¹ *Bull and Bull v Hall and Preddy*, UK Supreme Court, B2/2011/0313, B2/2011/0314 , 27.11.2013.

¹²² *Collins H.*, The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner, Law and Contemporary Problems, 76 (2), 2013, 74-75.

ნონმდებლობის შემოღების მიზანი კი სწორედ ასეთი არათანასწორი მოპყრობის აღმოფხვრა იყო არა მხოლოდ საჯარო სექტორში, არამედ ასევე თავისუფალ ბაზარზე.¹²³

საინტერესოა, როგორც გადაწყდებოდა საკითხი ქართული კანონმდებლობის მიხედვით, ვინაიდან საქართველოს კანონი “დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ” არ აკეთებს აქცენტს კერძო პირთა მიერ საჯარო შეთავაზების ფარგლებში მოქმედებაზე, არამედ კრძალავს, ზოგადად, დისკრიმინაციის ყველა ფორმის გამოყენებას კერძოთა მიერ.

ბალანსის ტესტი საჭირო ინსტრუმენტია რელატიური ხასიათის ადამიანის უფლებების კონფლიქტის გადაწყვეტისათვის, ხოლო, თუ რომელ ინტერესს უნდა მიენიჭოს უპირატესობა კონკრეტულ საქმეში, ხშირ შემთხვევაში, სოციალური რეალობა და საზოგადოებრივი სარგებლის პოლიტიკა გვკარნახობს. ამ გზით, ბალანსის ტესტის გამოყენებით, დავა დატოვებს წმინდა სამართლებრივ სივრცეს და სხვადასხვა “გარე” ფაქტორის გავლენას დაექვემდებარება, რომელიც, საბოლოოდ, გვეხმარება, თანამედროვე ღირებულებების გათვალისწინებით, მივანიჭოთ უპირატესობა ამა თუ იმ ინტერესს. თუმცა ასეთი მიდგომის ქაოსური გამოყენება საერთო სასამართლოების მიერ საფრთხეს შეუქმნის სამართლებრივ უსაფრთხოებას და გამოიწვევს საკანონმდებლო და სასამართლო ხელისუფლების უფლებამოსილებათა აღრევას.

7. დასკვნა

წარმოდგენილი კვლევის შედეგად სახეზეა დასკვნა, რომ დღეს შესაძლოა, სამართლებრივი სისტემა სახელშეკრულებო სამართლის ახალი მოდელის წინაშე დგას, რომელიც განიცდის რეალობისადმი ადაპტაციას. როგორც ჩანს, თანასწორობის საკითხი ხელშეკრულების ცნებაში ბუნებრივად აღივსება დაიკავებს.¹²⁴ თუმცა დავიწყებას არ უნდა მიეცეს ის საფრთხეები, რომლებიც სახელშეკრულებო სამართლის მიმართ თანასწორობის ძირითადი უფლების სრული მოცულობით გამოყენებას მოსდევს. კერძო და საჯარო სამართლის დაყოფა არ არის არც შემთხვევითობა და არც შემორჩენილი დოქტრინა, ვინაიდან კერძო პირისათვის თანასწორი მოპყრობის დავალდებულება ეხება თავისუფლებას მის საფუძვლებში და იძულების გამოყენებით მოდის ამ თავისუფლების უზრუნველყოფასთან წინააღმდეგობაში.¹²⁵ შესაბამისად, კანონმდებელს უნდა გაეთვალისწინებინა ის საფრთხეები, რომლებიც “დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ” საქართველოს კანონის მიღებას მოსდევს. ამ კანონის გამოყენება კერძო პირთა შორის არღვევს ხელისუფლების განაწილების პრინციპს, აღჭურავს რა საერთო სასამართლოს შესაძლებ-

¹²³ *Collins H.*, The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner, *Law and Contemporary Problems*, 76 (2), 2013, 83-84.

¹²⁴ *Wilhelmsson T.*, Contracts and Equality, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 40, Stockholm 2000, 161, <<http://www.scandinavianlaw.se>>.

¹²⁵ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, 116-117.

ლობით, ამოავსოს სამართლებრივი ვაკუუმი პოლიტიკური და სოციალური ღირებულებებით ხელშეკრულების თავისუფლებისა და თანასწორობის ძირითადი უფლების კონფლიქტის დროს. ეს კი, თავის მხრივ, არღვევს სამართლებრივი უსაფრთხოების მოთხოვნებს. უფრო მეტიც, ამ კანონში იკვეთება „საერთო საზოგადოებრივი მორალის“ ჩამოყალიბების ტენდენცია, რაც ტოტალიტარული სახელმწიფოს საწინდარია. სახელმწიფოებო სამართლის ლიბერალური თეორიისათვის კი მიუღებელია ადამიანის ძირითადი უფლებების მიერ სამართლის მორალიზაცია.¹²⁶

გასათვალისწინებელია, რომ თანამედროვე საზოგადოება ცხოვრობს ისეთ დროში, როდესაც მნიშვნელოვანი ცვლილებები მიმდინარეობს სოციალურ წესრიგში. სოციალური სახელმწიფოს პრინციპიც იცვლის თავის ფორმას (იმ ფორმას, რომელსაც საზოგადოება მიეჩვია). სახელმწიფო საკუთრება მცირდება პრივატიზაციის ხარჯზე, ხოლო საჯარო ფუნქციები გადანაწილებულია კერძო დაწესებულებებზე ხელშეკრულების მეშვეობით. ის მიზნები, რაც ადრე საჯარო სექტორისათვის იყო დამახასიათებელი, დღეს ასევე კერძო სექტორს მიეწერება.¹²⁷ ვინაიდან ადამიანის უფლებების პირველადი დანიშნულებაა კერძო პირების თავისუფლების სფეროს საჯარო ხელისუფლების ჩაგვრისაგან დაცვა, თანასწორობის კონსტიტუციური პრინციპის პატივისცემა, ისინი, პირველ რიგში, მოეთხოვება სახელმწიფო ხელისუფლებას ინდივიდებთან მიმართებით, მაგრამ არა ინდივიდებს ერთმანეთის მიმართ. თანასწორი მოპყრობის ვალდებულება სამოქალაქო სამართალში შეიძლება გამოყენებულ იქნეს მაშინ, როდესაც კერძო პირებს აქვთ ერთმანეთის მიმართ „დისკრიმინაციის უფლებამოსილება“.¹²⁸ შესაბამისად, როდესაც კანონმდებლობა ითხოვს კერძო პირის მიერ დისკრიმინაციის აკრძალვის მოთხოვნათა დაცვას, მნიშვნელოვანია, გათვალისწინებულ იქნეს ის ფუნქცია და მიზანი, რომელსაც კერძო პირის მიერ გამოხატული ნება ემსახურება. ამიტომაც, არ არის გასაკვირი, თუ რატომ შემოიფარგლა ევროკავშირის კანონმდებლობა დიფერენცირების კონკრეტული ნიშნებითა და კერძო სამართლის ზოგიერთი სფეროთი, როდესაც აყალიბებდა თავის ანტიდისკრიმინაციულ პროგრამას. ხელშეკრულების ჩამოყალიბებისას სამართლიანობის პრინციპი მოითხოვს არა მხოლოდ მხარეთა თავისუფალ ნებას (თანხმობას), არამედ, ასევე, მხარეთა მოლაპარაკების თანასწორ ძალას; თანასწორობის კონსტიტუციურმა პრინციპმა უნდა დაიცვას ხელშეკრულების სუსტი მხარე ჩაგვრისა და ექსპლოატაციისაგან. ურთიერთობებში, სადაც მოლაპარაკების ძალათა დისბალანსია, ხელშეკრულების ძლიერი მხარე სოციალური ფუნქციის მატარებელია, შესაბამისად, იგი ხელშეკრულების მეორე მხარის მიმართ, ფაქტობრივად, საჯარო ფუნქციას ასრულებს. ამიტომაც უფრო მარტივი ასახსნელია, თუ რატომ ექვემდებარება იგი დისკრიმინაციის აკრძალვის მოთხოვნებს. ამასთან, მნიშვნელოვანია იმ ფაქტორის გათვალისწინებაც, რომ დისკრიმინაციის აკრძალვა, პირველ რიგში, ადამიანის ღირსების დაცვას ემსახურება, ამიტომაც, მხედველობაში მისაღებია, თუ რამდენად მნიშვნელოვანია კონკრეტული ხელშეკრულების შესრულებისათვის კონტრაქტის პიროვნული მახასია-

¹²⁶ იხ. *Gutmann T.*, Theories of Contract and the Concept of Autonomy, Preprints and Working Papers of the Centre of Advanced Study in Bioethics, Münster 2013/55, 10, <www.uni-muenster.de>.

¹²⁷ *Wilhelmsson T.*, Contracts and Equality, Scandinavian Studies in Law, Vol. 40, Stockholm 2000, 161, <<http://www.scandinavianlaw.se>>.

¹²⁸ *Lobinger T.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 01.03.2007, 115-116.

თებლები. თუკი ხელშეკრულების შინაარსი არ გვადმევს ასეთი ინტერპრეტაციის საშუალებას და ხელშეკრულებაზე უარის თქმა ემსახურება არა საკუთარ უფლებებსა და ინტერესებს, არამედ, უბრალოდ, საშუალებაა სხვათა უფლებებსა და ინტერესებში ჩარევისათვის, ასეთ დროს შესაძლებელია დისკრიმინაციის აკრძალვის მოთხოვნის გამოყენება ასევე თანასწორი მოლაპარაკების ძალის მქონე მხარეთა შორის. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მივიღებთ ადამიანის ღირსების შელახვას, რომლის კომპენსაციის მექანიზმს ითვალისწინებს არა მხოლოდ სამოქალაქო კოდექსი, არამედ "დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ" საქართველოს კანონი.

ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობისა და სახელშეკრულებო თავისუფლების ურთიერთმიმართების ანალიზით ნათელი ხდება, რომ სახელშეკრულებო სამართლის განხილვა შეუძლებელია მხოლოდ ერთი პერსპექტივით. ამის საწინააღმდეგოდ, სახელშეკრულებო სამართალი შეგვიძლია გავიგოთ როგორც ლიბერალური და სოციალური მიდგომის გავლენის ქვეშ მყოფი სისტემა, რომელიც განიცდის მუდმივ ზემოქმედებასა და ტრანსფორმაციას ადამიანის ძირითადი უფლებების და მათ საფუძველზე ჩამოყალიბებული ღირებულებების მეშვეობით.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს კონსტიტუცია, 24/08/1995.
2. საქართველოს კანონი "დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ", 07/05/2014.
3. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997.
4. საქართველოს ორგანული კანონი "საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ", 31/01/1996.
5. *ერემაძე ქ.*, ინტერესთა ბალანსი დემოკრატიულ საზოგადოებაში, 2013, 165-166, 169.
6. *ზოიძე ბ.*, საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბ., 2007, 17-18.
7. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 30-31, 35-37, 40-41.
8. *ძამაშვილი ბ.*, დისკრიმინაცია, როგორც სამართლებრივი კატეგორია და მისი გამოვლენის ფორმები, ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, კრებული, თბ., 2014, 270-271, 275.
9. *ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი, თბ., 2014, 50-51, 55.
10. *ჭეჭელაშვილი ზ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (შედარებით-სამართლებრივი კვლევა ძირითადად ქართული სამართლის საფუძველზე), თბ., 2014, 17.
11. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2008 წლის 31 მარტის №2/1-392 გადაწყვეტილება საქმეზე - "საქართველოს მოქალაქე შოთა ბერიძე და სხვები საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ".

12. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 27 დეკემბრის №1/1/493 გადაწყვეტილება საქმეზე - მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანებები „ახალი მემარჯვენეები“ და „საქართველოს კონსერვატიული პარტია“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.
13. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2011 წლის 18 მარტის №2/1/473 გადაწყვეტილება საქმეზე - „საქართველოს მოქალაქე ბიჭიკო ჭონქაძე და სხვები საქართველოს ენერგეტიკის მინისტრის წინააღმდეგ“.
14. Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin , Official Journal L 180, 19/07/2000, 0022-0026.
15. Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L 303, 02/12/2000, 0016-0022.
16. Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal of the European Union, 21.12.2004 L 373/37.
17. Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Official Journal L 269, 05/10/2002, 0015-0020.
18. *Basedow J.*, Freedom of Contract in the European Union, *European Review of Private Law* 6-2008, 902-903.
19. *Collins H.*, The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76 (2), 2013, 71-75, 83-84.
20. *Colm O’C.*, Taking Horizontal Effect Seriously: Private Law, Constitutional Rights and the European Convention on Human Rights, *Hibernian Law Journal*, Vol. 2003, 80-82.
21. *Greer S.*, “Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 63, No. 2 (Jul., 2004), 413-419, 476-477.
22. *Gutmann T.*, Theories of Contract and the Concept of Autonomy, *Preprints and Working Papers of the Centre of Advanced Study in Bioethics*, Münster 2013/55, 8, 10.
23. *Kay R.S.*, The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law, *European Human Rights Law Review*, Issue 5, 2005, 476.
24. *Koch J.*, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5 Aufl. 2010, 196.
25. *Lobinger, T.*: Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil - und Arbeitsrecht, *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, 102-105, 107, 115–117, 120-125, 127-128, 129-133, 135, 147-150, 141–146, 152-157, 159-160, 162-167.
26. *Mak Ch.*, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Amsterdam 2007, 32-33, 50.
27. *Park K.*, Die Drittwirkung von Grundrechte des Grundgesetzes im Vergleich zum koreanischen Verfassungsrecht, *Diss.*, Halle (Saale), 2004, 14-19, 37-39.
28. *Reppen T.*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet”, *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, 20, 22, 36-37, 40–42, 77-78, 91-92, 80-81, 88, 91-92, 105–108.
29. *Rühl G.*, Consumer Protection in Choice of Law, *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, Issue 3, 2011, 571-572.
30. *Seifert A.*, Die Horizontale Wirkung von Grundrechte Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegung, *EuZW* 2011, 699.

31. *Somers S.*, Protecting human rights in horizontal relationships by tort law or elaborating tort law from a human rights perspective", *European Human Rights Law Review*, 2015, 149-150.
32. *Wolf M.*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, 12-13, 19-22.
33. *Wilhelmsson T.*, Contracts and Equality, *Legal theory*. Stockholm, 2000, 146-147, 150-151, 155, 159, 161.
34. AZ: OLG Köln 24 U 51/09.
35. Das Urteil des Amtsgerichts Hannover vom 14.08.2013 (Az.: 462 C 10744/12).
36. *Bull and Bull v Hall and Preddy*, UK Supreme Court, B2/2011/0313 and B2/2011/0314 27.11.2013.