

რუთ ბეიდერ გინსბურგი †

ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს
ყოფილი ასოცირებული მოსამართლე

დებორა ჯონს მერიტი*

ჯონ დ. დრინკო-ბეიკერის და ჰოსტეტლერის თავმჯდომარე,
ოჰაიოს უნივერსიტეტის სამართლის სკოლა

აღმჭურველი ქმედება: დიალოგი ადამიანის საერთაშორისო უფლებებში**

ბენჯამინ ნ. კარდოზოს ლექცია***

აბსტრაქტი

ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია ერთ-ერთი პირველი საერთაშორისო ინსტრუმენტია, რომელიც სახელმწიფოებს თანასწორობის უზრუნველყოფისათვის კონკრეტული ნაბიჯების გადადგმისკენ მოუწოდებს. რუთ ბეიდერ გინსბურგი წლების მანძილზე ქალთა უფლებების და თანასწორობის მოწინავე აქტივისტი იყო. წინამდებარე სტატია, რომელიც 1999 წელს მოსამართლე გინსბურგის მიერ აღმჭურველ ქმედებაზე და მის საერთაშორისოსამართლებრივ საფუძვლებზე, ასევე აშშ-ში, ინდოეთსა და ევროპის კავშირში იმ დროისათვის არსებულ საინტერესო პრაქტიკაზე წაკითხულ ლექციას ეყრდნობა, საუბრობს გასული საუკუნის მიწურულს არსებულ პრობლემურ გააზრებაზე, გამოწვევებზე და პრაქტიკაში არსებულ მიდგომებზე.

მართალია, უკანასკნელი 20 წლის მანძილზე თანასწორობის უფლებამ და აღმჭურველი ქმედებების პრაქტიკამ განვითარება პოვა, მაგრამ ქალთა და კაცთა თანასწორობა კვლავ არ არის მიღწეული. დღეს ეს საკითხი განსაკუთრებით აქტუალურია ქართული რეალობისთვის, როდესაც ქვეყანამ ერთ-ერთი ყველაზე ძლიერი და საკამათო აღმჭურ-

* ავტორები დაფასებით აღნიშნავენ მოსამართლე გინსბურგის 1998 წლის პერიოდის სამართლებრივი მრჩეველის, უილიამ სავიტის მიერ გაწეულ გულისხმიერ შემოწმებას და დახმარებას.

** ხელახლა გამოქვეყნებულია: New York City Bar Association-ის ნებართვით. თავდაპირველად გამოქვეყნდა The Record of the Association of the Bar of the City of New York, vol. 54, No. 3, May/June 1999, გვერდები 279-310. თარგმანი: New York City Bar Association, The Record of the Association of the Bar of the City of New York და ავტორები არ არიან პასუხისმგებლები ან რაიმე სახით ანგარიშვალდებულნი თარგმანის სიზუსტეზე, ამ ხელახალი გამოცემის თარგმანში ნებისმიერ უზუსტობაზე, გამოტოვებაზე ან შეცდომაზე, ან აქედან წარმოშობილ შედეგებზე, შესაბამისად, პასუხისმგებელია მხოლოდ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს საკონსტიტუციო სამართლის შურნალი. ამ სტატიაზე არ ვრცელდება ამ შურნალის Creative Commons Attribution (CC BY) 2.0 ლიცენზია. ეს სტატია გამოქვეყნებულია Creative Commons Attribute Non-Commercial ShareAlike 4.0 (CC-BY-NC-SA 4.0) ლიცენზიის პირობებით (<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>), რომელიც იძლევა კოპირების, დისტრიბუციის და გადაცემის უფლებას, ასევე გადაწყობის და ადაპტირების უფლებას, დათქმით, რომ ეს ხდება მხოლოდ არაკომერციული მიზნებით, ნაშრომის ორიგინალი, შესაბამისად არის ციტირებული და გავრცელება ხდება იდენტური ლიცენზიით.

*** კარდოზოს ლექცია, რომელიც მოსამართლე გინსბურგმა ჩაატარა ქალაქ ნიუ იორკის ადვოკატთა ასოციაციაში 1999 წლის 11 თებერვალს.

ველი ქმედება - პოლიტიკური წარმომადგენლობის უზრუნველყოფი კვოტირების მექანიზმი შეიქმნა. სტატიაში მოცემულია იმ დროისათვის არსებული აღმჭურველი ქმედების პრაქტიკა როგორც სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის, ისე სხვა ტიპის უთანასწორობათა აღმოფხვრის მიმართ.

სტატია ხაზგასმით საუბრობს აღმჭურველი ქმედების საერთაშორისოსამართლებრივ საფუძვლებზე. ქალების „დაცვის“ ფარს უკან მდგომი კანონები ხშირად ქალების დაცვას სულაც არ მიემართება და რეალურად მათ კონკურენტობას ზღუდავს. შესაბამისად, სქესზე დაფუძნებული აღმჭურველი ქმედების შეფასებისას, გასათვალისწინებელია განსხვავებები, რომლებიც გულწრფელად მიმართულია ქალთა ისტორიული ჩაგვრის გამოსწორებისკენ და რომლებიც, მეორე მხრივ, ასაზრდოებენ მითებსა და სტერეოტიპებს, რომლებიც აბრკოლებს ქალებს პოტენციალის სრული რეალიზებისაგან.****

შესავალი

1998 წლის 10 დეკემბერს გაეროს ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მიღებიდან 15 წელი შესრულდა. ვიფიქრე, ამის აღსანიშნავად, სათანადო იქნებოდა ლექციისთვის ისეთი სათაურის შერჩევა, რომელიც მოიცავს საყოველთაო დეკლარაციის ძირითად საკითხებს. ჩემი თემა აღმჭურველი ქმედებაა [მთარგმნელის შენიშვნა: affirmative action ქართულ სამართლებრივ ლიტერატურაში არაერთგვაროვანი ქართული შესატყვისით არის დამკვიდრებული, ამ სტატიაში განვითარებული განხილვიდან გამომდინარე, შერჩეულ იქნა ცნება „აღმჭურველი ქმედება“], რომელიც საყოველთაო დეკლარაციამ შემოიტანა როგორც იდეა, რომელიც განვითარდა შეერთებულ შტატებში და, როგორც კონცეპტი, დაინერგა მსოფლიოს სხვა ქვეყნებშიც.

ამ [ადვოკატთა] ასოციაციის წევრებმა 1990-იან წლებში პირობა დადეს, რომ განახორციელებდნენ აღმჭურველ ქმედებებს, როგორც ეს რეკომენდებული იყო პროფესიაში მრავალფეროვნების ხელშეწყობის კომიტეტისა და მასთან დაკავშირებული კომიტეტების მიერ. ასოციაციის ამჟამინდელი ძალისხმევა მიმართულია ისეთ საკითხებზე, როგორც არის უმცირესობის წარმომადგენელი და ქალი იურისტების შენარჩუნება და დაწინაურება იურიდიულ ფირმებსა და კორპორაციულ სამართლებრივ დეპარტამენტებში.¹

**** აბსტრაქტი მომზადებულია საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის რედაქტორის მიერ.

¹ უმცირესობების წარმომადგენელი და ქალი ადვოკატების მიმართ არსებული პროგრესის მონიტორინგის და ამ პროგრესისთვის მიზნების დასახვის თანმდევად, ასოციაციამ ამ დარგში მნიშვნელოვანი სამეცნიერო კვლევებიც განახორციელა. იხ. Cynthia Fuchs Epstein et al., *Glass Ceilings and Open Doors: Women's Advancement in the Legal Profession*, 64 *FORDHAM L. REV.* 291 (1995) (ანგარიში კომიტეტს „ქალები პროფესიაში“, ქალაქ ნიუ იორკის ადვოკატთა ასოციაცია); *Responses to Glass Ceilings and Open Doors: Women's Advancement in the Legal Profession*, 65 *FORDHAM L. REV.* 561 (1996) (ეპსტინის ანგარიშის საბასუხო ესეების კოლექცია); იხ. ასევე Ruth Bader Ginsburg & Laura W. Brill, *Women in the Federal Judiciary: Three Way Pavers and the Exhilarating Change President Carter Wrought*, 64 *Fordham L. Rev.* 281, 288-89 (1995) (ლექცია, რომელიც გამოქვეყნდა ეპსტინის ანგარიშის თანხლებად, რომელიც აღნიშნავს პრეზიდენტი კლინტონის „ძლიერ აღმჭურველ ქმედებას“ ქალების ფედერალურ სასამართლოებში დანიშვნის სახით, რომელიც მოხსენიებულია როგორც „არა რომელიმე კვოტირების სისტემის შედეგი“, არამედ კვალიფიციური კანდიდატების კონცენტრირებული ძიების შედეგი, „დანიშნულ ადამიანებს უფრო მაღალი ABA [ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის - მთ. შენიშვნა] რეიტინგის საშუალო მაჩვენებელი ჰქონდათ, ვიდრე ნაკლებ განსხვავებულ დანიშნულ მოსამართლეებს წინა სამი ადმინისტრაციის პირობებში“).

დღესდღეობით, აღმჭურველი ქმედება ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებულ სადავო საკითხებს შორისაა და ასოციაციის მუშაობას შესაძლოა აკვირდებოდნენ როგორც კრიტიკოსები და სკეპტიკოსები, ისე მისი მონაწილეები და მათი მხარდამჭერები.

ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია მოიცავს როგორც სამოქალაქო ან პოლიტიკურ უფლებებს, ისე ეკონომიკურ ან სოციალურ უფლებებს. აღმჭურველი ქმედება სწორედ ამ ორი ერთმანეთის შემავსებელი კატეგორიის გზავარედიანზე დგას. აღმჭურველი ქმედების მიზანია, გამოასწოროს თანასწორობის ფუნდამენტური სამოქალაქო უფლების ჩამორთმევის ისტორიული და მიძინვარე შემთხვევების შედეგები, როგორცაა მონობა აშშ-ში ან ინდოეთში დამყარებული კასტების სისტემა. ამასთან, მისი დანიშნულება იყო ქალების, რასობრივი უმცირესობების და იმ სხვა ადამიანების სოციალური და ეკონომიკური მდგომარეობის გაუმჯობესება, რომლებიც დაიბადნენ საზოგადოებაში, სადაც არაპროპორციულადაა გავრცელებული სიღარიბე, უმუშევრობა და სუსტი ჯანმრთელობა. აღმჭურველ ქმედებაზე ხაზგასმით, უკეთესად შევძლებთ იმის გაგებას, თუ როგორ უკავშირდება კაცობრიობის ჯანმრთელობისა და კეთილდღეობის უზრუნველყოფას ადამიანის უფლებათა ეს ორი (სამოქალაქო და ეკონომიკური) კატეგორია, რომლებიც ერთ დროს და ახლაც პოლიტიკოსების, იურისტებისა და აკადემიკოსების მიერ გამიჯნული იყო.²

დავიწყებ რამდენიმე შენიშვნით ტერმინოლოგიასთან და განმარტებებთან დაკავშირებით. ძირითადად, დავყრდნობი აშშ-ში დამკვიდრებულ ტერმინს „აღმჭურველი ქმედება“ [affirmative action - მთ. შენიშვნა], მაგრამ ასევე გამოვიყენებ ინდოეთის „დათქმებს“ [reservations - მთ. შენიშვნა] და ევროპაში დამკვიდრებულ „პოზიტიურ ქმედებას“ [positive action - მთ. შენიშვნა]. აღმჭურველ ქმედებაში ვიგულისხმებ ნებისმიერ პროგრამას, რომელიც მიზნად ისახავს პოზიტიური ნაბიჯების გადადგმას მოწყვლადი ჯგუფების შესაძლებლობების გასაზრდელად, მათი აქტიურ სამოქალაქო და ეკონომიკურ ცხოვრებაში ჩართვის მიზნით. ეს ნაბიჯები შესაძლოა იყოს პატარა და, შესაბამისად, მცირე წინააღმდეგობას წააწყდეს, მაგალითად, ვაკანსიების შესახებ განცხადებების გამოქვეყნება იმ ჟურნალ-გაზეთებში, რომლებიც უმცირესობებისკენაა მიმართული. მეორე მხრივ, ისინი შეიძლება უფრო რადიკალური, ხარჯიანი და საკამათო იყოს, მაგალითად, ჩვილებისთვის და სკოლამდელი ასაკის ბავშვებისთვის ზრუნვის სუბსიდირება და ბავშვის დაბადების შემდგომ სამი კვირის მანძილზე ანაზღაურებადი

² ორი კონვენცია, რომლებიც მიღებული იქნა გაერთიანებული ერების მიერ 1966 წელს, შემუშავებულია დეკლარაციის შესრულებისათვის: სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა პაქტი, რომელიც მიჰყვება დეკლარაციის პირველ 21 მუხლს და ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა პაქტი, რომელიც ფოკუსირებულია დეკლარაციის სოციალურ და ეკონომიკურ დებულებებზე. იხ. International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200, U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200, U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966); Louis Henkin, *The International Bill of Rights: The Universal Declaration and the Covenants*, in INTERNATIONAL ENFORCEMENT OF HUMAN RIGHTS 1, 6-9, 14-16 (Rudolf Bernhardt & John A. Jolowicz eds., 1985). აშშ სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების პაქტის მხარეა, თუმცა არ მიერთებია ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების პაქტს. დეკლარაციის შემდეგ ეკონომიკური და სოციალური უფლებების ევოლუციის შესახებ მსჯელობისათვის იხ. HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS 256-264, 267-268 (1996).

დეკრეტული შვებულება. ამასთან, აღმჭურველი ქმედება მოიცავს მიზნებს, პრეფერენციებსა და კვოტებს, რასაც ძლიერი წინააღმდეგობა გამოუწვევია.

1. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია

პირველ რიგში, დავიწყებ 1948 წლის ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო დეკლარაციის, - ადამიანის უფლებათა შესახებ თანამედროვე დისკურსის ფუნდამენტის განხილვით. ეს დოკუმენტი არ ახსენებს აღმჭურველ ქმედებას და ნახევარი საუკუნის მანძილზე, ტერმინი ჯერ კიდევ არ იყო „მოღური“. მაგრამ დეკლარაციაში მოცემულია ორი ინტელექტუალური საყრდენი აღმჭურველი ქმედებისთვის.

პირველ რიგში, დეკლარაცია არაერთხელ უსვამს ხაზს თანასწორობის პრინციპს. პრემბულა საუბრობს „კაცობრიობის ოჯახის თანასწორ და განუყოფელ უფლებებსა“ და „კაცთა და ქალთა თანასწორ უფლებებზე“.³ პირველი მუხლის თანახმად, „ყველა ადამიანი იბადება თავისუფალი და თანასწორი თავისი ღირსებითა და უფლებებით“;⁴ მეორე მუხლი ადგენს, რომ „ამ დეკლარაციით გამოცხადებული ყველა უფლება და ყველა თავისუფლება მინიჭებული უნდა ჰქონდეს ყოველ ადამიანს განურჩევლად რაიმე განსხვავებისა“.⁵ იმეორებს რა არადისკრიმინაციის პრინციპს, მე-7 მუხლი განსაზღვრავს, რომ „ყოველი ადამიანი თანასწორია კანონის წინაშე და განურჩევლად რაიმე განსხვავებისა, ყველას აქვს უფლება, თანაბრად იყოს დაცული კანონის მიერ“.⁶

დეკლარაციის მიზანი, მიელწია თანასწორობისა და სხვა სამოქალაქო უფლებების დაცვისთვის, უფრო მეტი გახდა, ვიდრე მისწრაფება. მე-8 მუხლის თანახმად, „ყოველ ადამიანს აქვს უფლება, ეფექტიანად იქნეს აღდგენილი უფლებებში [...] როცა დარღვეულია მისი ძირითადი უფლებები“, რაც მას მინიჭებული აქვს ქვეყნის კონსტიტუციითა და კანონებით.⁷ საუკუნოვანი დისკრიმინაციის კონტექსტში, დარღვეული უფლების აღდგენის „ეფექტური საშუალება“, მტკიცების თანახმად, უნდა მოიცავდეს სახელმწიფოს მიერ განხორციელებულ ზოგიერთ აღმჭურველ ქმედებას. აშშ-ის პრეზიდენტმა ლინდონ ჯონსონმა სწორედ ამაზე მიანიშნა, როდესაც განაცხადა, რომ „არ შეიძლება ადამიანი, რომელსაც წლების მანძილზე ბორკილები ედო, გაათავისუფლო, მიიყვანო რბოლის საწყის ხაზთან და უთხრა - 'ახლა შეგიძლია სხვებს შეეჯიბრო'“.⁸

შესაძლოა, საყოველთაო დეკლარაციის იმგვარი წაკითხვა, რომ იგი პასუხობდეს ძირითად წინააღმდეგობას, რომელსაც აღმჭურველი ქმედება აწყდება, რაც გულისხმობს ერთი ადამიანის თანასწორობის მხარდაჭერას სხვათა უფლების, მოეპყრან ანალოგიურად, ხარჯზე. კერძოდ, 29-ე მუხლის თანახმად, „თავის უფლებათა და თავისუფლებათა

³ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია, პრემბულა, G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3d Sess., pt. 1, at 71, U.N. Doc. A/810 (1948) [შემდგომში, UDHR].

⁴ *Id.* მუხლი 1.

⁵ *Id.* მუხლი 2.

⁶ *Id.* მუხლი 7.

⁷ *Id.* მუხლი 8. მიუხედავად იმისა, რომ მე-8 მუხლი განსაზღვრავს სახელმწიფოს კონსტიტუციის ან კანონმდებლობის დარღვევის აღდგენის შესაძლებლობებს, დეკლარაცია ეჭვგარეშე ითვალისწინებს სამართლის ამ წყაროებში თანასწორობის პრინციპების ასახვას.

⁸ Lyndon B. Johnson, To Fulfill These Rights, in THE AFFIRMATIVE ACTION DEBATE 16, 17 (George E. Curry ed., 1996).

განხორციელებისას ყოველი ადამიანი უნდა განიცდიდეს მხოლოდ ისეთ შეზღუდვებს, როგორც კანონითაა დადგენილი მართლოდენ იმ მიზნით, რათა უზრუნველყოფილი იქნეს სხვების უფლებათა და თავისუფლებათა ჯეროვანი აღიარება და პატივისცემა⁹. თუ ეს ცხადი განაცხადი არაა, ეს სიტყვათშეთანხმება შეიძლება წაკითხულ იქნეს როგორც შეთავაზება იმ ადამიანთა განგრძობითი შეზღუდვის პრევენციისათვის, ვისი უფლებებიც ერთ დროს უარყოფილი, შეურაცხყოფილი ან უგულვებელყოფილი იყო.

გარდა საყოველთაო დეკლარაციის ერთგულებისა თანასწორობის იდეალისადმი, დოკუმენტი ასევე გვთავაზობს (როგორც ვახსენე) მეორე საფუძველს აღმჭურველი ქმედების მხარდასაჭერად, რომელიც სოციალურ და ეკონომიკურ დებულებებშია ჩადებული. 23-ე მუხლი ადგენს, რომ ყველას აქვს შრომის თავისუფლება, მათ შორის, „სამუშაოს თავისუფალი არჩევის“, „უმუშევრობისაგან დაცვისა“ და „შრომის სამართლიანი და ხელსაყრელი პირობების უფლება“.¹⁰ 25-ე მუხლი მიემართება ცხოვრების ადეკვატურ სტანდარტს, რაც მოიცავს „საკვებს, ტანსაცმელს, ბინას და სამედიცინო მოვლასა და საჭირო სოციალურ მომსახურებას“.¹¹ 26-ე მუხლი კი განამტკიცებს, რომ „ყველას აქვს განათლების მიღების უფლება“, რაც მათ უნდა მიეწოდოთ „უფასოდ, სულ მცირე, განათლება დაწყებით და საბაზისო ეტაპზე მაინც“.¹²

ამ დებულებების თანახმად, კაცობრიობის თითოეულ წევრს უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, მოიმკას საზოგადოების მოსავალი. ისინი არ განსაზღვრავს, რომ ეს ყველაზე თანაბრად გადანაწილდება, თუმცა გულისმობს, რომ უნდა არსებობდეს მინიმალური სტანდარტები დასაქმების, განათლებისა და საზრდოს ნაწილში, რომელზეც ხელი ყველას უნდა მიუწვდებოდეს. თუკი ერთი აღმოაჩენს, რომ ერთი რასის ან სქესის, ან რელიგიის წარმომადგენლებს ცხოვრების შესამჩნევად არაადეკვატური სტანდარტები აქვთ, მაშინ, 25-ე მუხლის თანახმად, უნდა არსებობდეს ამის მიზეზების ძიებისა და მასზე შესაბამისი პასუხის გაცემის ვალდებულება. ამის მსგავსად, თუკი ქალები ან რასობრივი უმცირესობების წარმომადგენლები უფრო მასშტაბურად განიცდიან უმუშევრობას დომინანტური ჯგუფის წევრებთან შედარებით, მაშინ, 23-ე მუხლის თანახმად, უნდა არსებობდეს ვალდებულება, დავსვათ კითხვა, თუ რატომ არის ეს ასე, რათა პასუხი გაეცეს ამ კითხვას, ნაცვლად მისი უგულვებელყოფისა.

⁹ UDHR, *supra* სქოლიო 3, მუხლი 29(2).

¹⁰ *Id.* მუხლი 23(1); *id.* მუხლი 23(2).

¹¹ *Id.* მუხლი 25(1). ეს მუხლი ასევე აღიარებს „უფლებას[ს], უზრუნველყოფილი იყოს უმუშევრობის, ავადმყოფობის, ინვალიდობის, ქვრივობის, მოხუცებულობის ან [ადამიანისგან] დამოუკიდებელ გარემოებათა გამო არსებობის საშუალებათა დაკარგვის სხვა შემთხვევაში.“ *Id.*

¹² *Id.* მუხლი 26(1). ეს მუხლი ასევე მიუთითებს, რომ „ტექნიკური და პროფესიული განათლება უნდა იყოს საყოველთაოდ ხელმისაწვდომი, უმაღლესი განათლება კი - ერთნაირად მისაწვდომი ყველასათვის თითოეულის უნარის შესაბამისად“. *Id.* „უნარზე“ მიითითება უმაღლესი განათლების გაგებით შესაძლოა ისე იყოს წაკითხული, რომ გამოირიცხოს აღმჭურველი ქმედება სასწავლებლად მიღების პოლიტიკებში. 26-ე მუხლის შემდეგი სექცია კი აცხადებს, რომ „უნარები“ უმაღლესი განათლების კონტექსტში შესაძლოა გულისხმობდეს, სხვა ფაქტორებთან ერთად, მრავალფეროვანი სტუდენტების პოპულაციის შექმნის მცდელობას. ეს სექცია მოითხოვს, რომ განათლება „მიმართული [...] იყოს ადამიანის პიროვნების სრული განვითარებისა და ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა პატივისცემის გაზრდისაკენ.“ *Id.* მუხლი 26(2); იხ. ასევე *infra* სქოლიო 58 და თანმდევი ტექსტი (რომელიც 26-ე მუხლის ამ ნაწილს განიხილავს აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლე პაუელის მოსაზრებასთან მიმართებით საქმეზე *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)).

განვიხილოთ, მაგალითად, აშშ-ში არსებული სტატისტიკური სურათი. გაეროს 1995 წლის ანგარიშის თანახმად, თეთრკანიანი ამერიკელები, ცალკე აღებული, მსოფლიოში მოწინავე იქნებოდნენ, როგორც ერი, სიცოცხლის მოსალოდნელი ხანგრძლივობით, განათლებითა და შემოსავლით.¹³ ამისგან განსხვავებით, აფრო-ამერიკელები ამ სიაში 27 ადგილზე იქნებოდნენ, ლათინო-ამერიკელები კი 32-ეზე.¹⁴ ამ განსხვავებებზე დაკვირვების შემდეგ, გაეროს ანგარიშის ავტორებმა დაასკვნეს: „აშშ-ში სრული თანასწორობის მიღწევამდე კიდევ დიდი გზაა გასავლელი, მიუხედავად აღმჭურველი ქმედებების განხორციელების პოლიტიკისა და საბაზრო შესაძლებლობისა“.¹⁵

მრავლისმთქმელია ასევე მსოფლიოში არსებული შედარებები ქალებისა და კაცების სტატუსს შორის. ქალების ზურგზე მსოფლიოში არსებული სამუშაოს ნახევარზე მეტია, რაც მოიცავს დიდ წილს ისეთი არაანაზღაურებადი სამუშაოსი, როგორებიცაა: საოჯახო საქმეები და ბავშვების მოვლა.¹⁶ მიუხედავად ამისა, მათი ხელფასები ყველა ქვეყანაში კაცების ანაზღაურებაზე უფრო დაბალია და მათ მსოფლიოში არსებული ადმინისტრაციული და მენეჯერული პოზიციების მხოლოდ 14% უკავიათ.¹⁷ პლანეტაზე არსებული ღარიბი ადამიანების 70%-ზე მეტი ქალია; ქალები უფრო ხშირად განიცდიან დასაქმებასთან დაკავშირებულ პრობლემებს სამყაროს ყველა რეგიონში; და 900 მილიონ ისეთ ადამიანს შორის, რომელმაც წერა-კითხვა არ იცის, ქალების და კაცების თანაფარდობა 2:1-ზეა.¹⁸

თუ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის დაპირებებს დასაქმებასთან, განათლებასთან და ცხოვრების დონესთან დაკავშირებით სერიოზულად შევხედავთ, არსებული შეუსაბამობები სახელმწიფოს მხრიდან აღმჭურველ ყურადღებას მოითხოვს. არადამაჯერებელია, რომ ასეთი განსხვავებები გაჩნდა თანმდევად არსებული დისკრიმინაციის გარეშე (მაგალითად, მეცნიერებამ დაგვარწმუნა იმაში, რომ მდედრობითი სქესის ადამიანი, გავრცელებული შეხედულების საწინააღმდეგოდ, არ არის არასრულყოფილი მამრი. დღესდღეობით, ქალები ისეთ სფეროებში მოღვაწეობდნენ, რომლებიც მათი ბუნებრივი ნიჭის მიღმა ითვლებოდა. კიდევ ერთი მყარი ცნება მოიშალა გასულ

¹³ იხ. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, HUMAN DEVELOPMENT REPORT 1995, at 22 (1995). როდესაც აშშ-ის ყველა ტიპის მოსახლეობა ერთად არის განხილული, აშშ მსოფლიოში მეორე ადგილს - კანადის შემდეგ - იკავებს გაერთიანებული ერების კეთილდღეობის შკალაზე. *Id.* at 18.

¹⁴ იხ. *id.* at 22.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ იხ. *id.* at 87-98. [2020 წლის მონაცემებით, ქალები არაანაზღაურებად საოჯახო საქმეზე სამჯერ მეტ დროს ხარჯავენ. გაეროს ქალთა ფონდი, PROGRESS ON THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS, THE GENDER SNAPSHOT 2020, UN Women, UN DESA, 2020, გვ. 11. ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/progress-on-the-sustainable-development-goals-the-gender-snapshot-2020-en.pdf?la=en&vs=127> {უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 20 ნოემბერს} - რედაქტორის შენიშვნა].

¹⁷ იხ. *id.* at 36-37. [2020 წლის მონაცემებით, მაჩვენებლები გაორმაგებულია, თუმცა მაინც დაბალია - ქალები მენეჯერული პოზიციების მხოლოდ 28%-ს იკავებენ. THE GENDER SNAPSHOT 2020, *supra* სქოლიო 16 - რედაქტორის შენიშვნა].

¹⁸ იხ. *id.* at 36, 34; იხ. ასევე Remarks by First Lady Hillary Rodham Clinton in Commemoration of the 50th Anniversary of the United Nations General Assembly Adoption and Proclamation of the Universal Declaration of Human Rights (10 დეკემბერი, 1997) <http://www2.whitehouse.gov>.

[2016 წელს 750 მილიონი ზრდასრულმა ადამიანმა (მათ შორის, 2/3 ქალი) წერა-კითხვა არ იცოდა. UNESCO, Fact Sheet No. 45, September 2017, FS/2017/LIT/45 - რედაქტორის შენიშვნა].

ბაფხულს, როდესაც უნგრელმა იუდიტ პოლგარმა ჭადრაკის მსოფლიო ჩემპიონი ანატოლი კარპოვი დაამარცხა.¹⁹). და დისკრიმინაციის არსებობის ხელშესახები მტკიცებულების გარეშეც კი, როგორც აღვნიშნე, დეკლარაციის ეკონომიკური და სოციალური დებულებები მიუთითებს აღმჭურველი ქმედების განხორციელების ვალდებულებაზე, რათა პასუხი გაეცეს არახელსაყრელი პირობების შესამჩნევ ხარისხებს.

გარდა აღმჭურველი ქმედების ორი ნიშნულისა, - თანასწორობის შეზღუდვის დასრულების და ეკონომიკური კეთილდღეობის განვითარებისა, - 1948 წლის დეკლარაცია შეიცავს ისეთ დებულებას, რომელიც ზოგიერთმა შეიძლება დაახასიათოს როგორც აღმჭურველი ქმედების პუნქტი. 25-ე მუხლი, რომელიც მიუთითებს ცხოვრების ადეკვატურ სტანდარტზე, ასევე ადგენს, რომ „დედები და ბავშვები საჭიროებენ სპეციალურ ზრუნვასა და დახმარებას“.²⁰ თუკი ერთი ლინზიდან შევხედავთ, ეს დებულება თანაგრძნობით აგულიანებს ქვეყნებს, რომ მათ განავითარონ დედებისა და ბავშვების ფიზიკური და ემოციური ჯანმრთელობისკენ მიმართული პოლიტიკა.

თუმცა ჩემი შეხედულებით და გამოცდილებით, დებულების ფორმულირება გარკვეულ პრობლემებს წამოჭრის. პატრიარქალურ წესებს, „დედობის“ სახელით, ქალები დიდი ხნის მანძილზე ჰყავდათ სახლში გამოკეტილი, ნაცვლად იმისა, რომ მათთვის მშობლად ყოფნის ფაქტის ანაზღაურებად სამუშაოსთან ინტეგრაცია მოეხდინათ. ყოველთვის ადვილი არ არის ერთმანეთისგან გავმიჯნოთ ის წესები, რომლებიც, ერთი მხრივ, გულწრფელად ეხმარებიან ქალებს იმით, რომ ხელს უწყობენ ქალს, ჰქონდეს ანაზღაურებადი სამუშაო და იყოს მშობელი, მეორე მხრივ, ამყოფებენ წესების ტყვეობაში, რომლებიც მოქმედებენ იმისთვის, რომ ქალები მოამწყვდიონ მათ ტრადიციულ დაქვემდებარებულ სტატუსში და კაცები გაათავისუფლონ ბავშვების აღზრდის მათი წილი პასუხისმგებლობისგან.²¹ საყოველთაო დეკლარაციის 25-ე მუხლი მოიცავს ამ დაძაბულობას, რომელიც თან ახლავს ქალებისთვის გამიზნული აღმჭურველი ქმედების შესახებ დისკუსიას და არ გვთავაზობს პრობლემის გადაჭრის გზას.²²

¹⁹ Malcolm Pein, *Chess: Polgar Speeds Past Karpov*, DAILY TELEGRAPH, 15 ივნისი, 1998, at 22. პოლგარი ერთ-ერთია მისი მამის, ლასლო პოლგარის მიერ გაწვრთნილი სამ მოჭადრაკე დას შორის. სოციალურ მოლოდინებსა და ინდივიდუალურ მიღწევებს შორის ურთიერთობის ხაზგასმით, მამა პოლგარმა უარი თქვა მისი შვილების მიერ მხოლოდ ქალთა შეჯიბრებებში მონაწილეობაზე, რადგან სჯეროდა, რომ დაბალი მოლოდინები მათ განვითარებას ხელს შეუშლიდა. *Id.*

²⁰ UDHR, *supra* სქოლიო 3, მუხლი 25(2).

²¹ ამ საკითხზე შედარებით ადრეული მსჯელობისათვის, იხ. Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Benign Classification in the Context of Sex*, 10 Conn. L. Rev. 813 (1978). იხ. აგრეთვე *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 684 (1973) (უმრავლესობის მოსაზრება) (“ტრადიციულად, [...] დისკრიმინაცია [გენდერული ნიშნით] რაციონალიზებული იყო ‘რომანტიული პატერნალიზმის’ დამოკიდებულებით, რომელიც, პრაქტიკული ეფექტით, ქალებს პედესტალზე კი არ აყენებდა, არამედ გალიაში სვამდა.”); *Sail’er Inn, Inc. v. Kirby*, 485 P.2d 529, 541 (Cal. 1971) (*en banc*) (“პედესტალი, რომელზედაც ქალებს აყენებდნენ, ძალზე ხშირად, ახლო დაკვირვებით გალია აღმოჩნდებოდა.”). ამ დაპირისპირების შესახებ დისკუსიისათვის, იხ. მაგალითად Deirdre A. Grossman, *Voluntary Affirmative Action Plans in Italy and the United States: Differing Notions of Gender Equality*, 14 Comp. Lab. L. J. 185 (1993); Carol Daugherty Rasnic, *Austria’s Affirmative Action for Women Workers Versus Protective Legislation for the “Weaker Sex”: Incongruous Concepts?*, 46 Labor L.J. 749 (1995).

²² ეს პრობლემა განსაკუთრებით ცხადია დეკლარაციის ინგლისურენოვან რედაქციაში, რომელიც მამრობითი სქესის გამომხატველ ნაცვალსახელს „he“ იყენებს უნივერსალური მითითებისათვის. ამ ვერსიაში, 25-ე მუხლი უზრუნველყოფს „ყველას [...] უფლებას ცხოვრების ადეკვატური სტანდარტების ქონაზე საკუთარი [himself - მამაკაცის - მთ. შენიშვნა] და თავისი [his - მამაკაცის - მთ. შენიშვნა] ოჯახის ჯანმრთელობის და

ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციაზე დაყრდნობით მიღებული ერთ-ერთი უფრო ახალი კონვენცია - 1979 წლის კონვენცია ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ,²³ ადგენს ვალდებულებას, სახელმწიფოებმა დაიცვან როგორც მშობლის სტატუსი, ისე ქალის უფლება, სრულად ჩაერთოს სამუშაო პროცესში. მე-5 მუხლის თანახმად, სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ „ყველა საჭირო ზომა“, რათა აღმოფხვრან ცრურწმენები, რომლებიც საფუძვლად უდევს ქალებისა და კაცებისთვის სტერეოტიპული როლების მიკუთვნებას.²⁴ იგივე მუხლი მოუწოდებს ქვეყნებს, „აღიარონ მამაკაცთა და ქალთა საერთო პასუხისმგებლობა, აღზარდონ და განათლება მისცენ შვილებს“.²⁵

მე-11 მუხლი კრძალავს ორსული და დეკრეტულ შვებულებაში მყოფი თანამშრომლების სამსახურიდან გათავისუფლებას.²⁶ იგივე მუხლი მიუთითებს სახელმწიფოებს, შემოიღონ ანაზღაურებადი დეკრეტული შვებულებები, სოციალური სერვისები, განსაკუთრებით, ბავშვების მოვლის დაწესებულებები, უბიძგონ, რომ მშობლებს მისცენ სამუშაოსა და ოჯახური ცხოვრების შეთავსების შესაძლებლობა; ასევე, დაიცვან ორსული ქალები საზიანო სამუშაო პირობებისგან.²⁷ გარკვეული ბუნდოვანებით, მე-11 მუხლი ქალებს ანიჭებს „ჯანმრთელობის დაცვის და შრომის უსაფრთხო პირობების“, მათ შორის, „რეპროდუქციული ფუნქციების შენარჩუნების“ უფლებას.²⁸ ნათელი არ არის, რომ ეს დებულება დამსაქმებლებს მოუწოდებს, შექმნან უსაფრთხო სამუშაო გარემო, ნაცვლად იმისა, რომ დაიცვან ქალის ორსულობა ან ფერტილურობა მისთვის კარგად ანაზღაურებადი თანამდებობის დაკავების შესაძლებლობის წართმევით.²⁹ ჩემი აზრით, ეს მუხლი ნაკლოვანია, რამდენადაც ვერ ახერხებს იმის აღიარებას, რომ მშობიარობიდან რამდენიმე კვირის განმავლობაში უნდა არსებობდეს არა დედისთვის განკუთვნილი შვებუ-

კეთილდღეობისათვის“, მეორე სექცია კი გვთავაზობს „დედობის და ბავშვობის [...] სპეციალურ ზრუნვას და დახმარებას“. UDHR, *supra* სქოლიო 3, მუხლი 25 [ხაზგასმა ავტორისაა].

გენდერული ნაცვალსახელები აძლიერებს მოსაზრებას, რომ მამაკაცები უზრუნველყოფენ საკუთარ ოჯახებს, ქალები კი საკუთარ ცხოვრებას დედობას უძღვნიან. ფრანგული [ასევე ქართული, - რედაქტორის შენიშვნა] ტექსტი თავიდან იცილებს ამ დიქტომიას: "Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille [...]. La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales."

²³ G.A. Res. 34/180, U.N. GAOR, 34th Sess., Supp. No. 46, at 193, U.N. Doc. A/34/46 (1979) [შემდგომში, CEDAW]. აშშ ერთადერთი დასავლური დემოკრატიაა, რომელსაც რატიფიცირებული არ აქვს კონვენცია. იხ. Malvina Halberstam, *United States Ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 31 GEO. WASH. J. INT'L L. & ECON. 49, 50 (1997).

²⁴ CEDAW, *supra* სქოლიო 23, მუხლი 5(a).

²⁵ *Id.* მუხლი 5(b). ეს სექცია ასევე მოითხოვს, რომ განათლებამ განავითაროს „დედობის, როგორც სოციალური ფუნქციის სათანადო გააზრება“. *Id.*

²⁶ იხ. *id.* მუხლი 11(2)(a); იხ. ასევე *infra* სქოლიოები 88, 129 (რომლებიც აღწერენ აშშ-ისა და ევროკავშირის საქმეებს დეკრეტულ შვებულებაზე და სამსახურიდან გათავისუფლებაზე).

²⁷ იხ. CEDAW *supra* სქოლიო 23, მუხლი 11(2)(b); 11(2)(c); 11(2)(d).

²⁸ *Id.* მუხლი 11(1)(f).

²⁹ აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ განმარტა სამოქალაქო უფლებების აქტის VII ტიტული (Title VII of the Civil Rights Act, 42 U.S.C. § 2000e-2(a) (1994)), რომელიც კრძალავს დისკრიმინაციულ დასაქმებას „სქესის“ ნიშნით, რათა აკრძალოს სქესისთვის სპეციფიკური ნაყოფის დამცველი პოლიტიკები. იხ. International Union, United Auto. Workers v. Johnson Controls, Inc., 499 U.S. 187, 211 (1991). როგორც სასამართლომ აღიარა: „ქალის არსებულ ან პოტენციურ შთამომავლობაზე წუხილი ისტორიულად გამოიყენებოდა, როგორც საბაბი ქალებისთვის თანასწორი დასაქმების შესაძლებლობების უარის სათქმელად [...]. უკვე მიუღებელია, სასამართლოებმა ან კონკრეტულმა დამსაქმებლებმა გადაწყვიტონ ქალის რეპროდუქციული როლი უფრო მნიშვნელოვანია მისთვის და მისი ოჯახისთვის, თუ მისი ეკონომიკური როლი.“ *Id.*

ლების (maternity leave) აღების შესაძლებლობა, არამედ, უფრო ნეიტრალური ენით ჩამოყალიბებული, მშობლისთვის განკუთვნილი შვებულება (parental leave).

სხვა დებულებებში, ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ, კონვენცია, ზოგადად, გმობს სქესის ნიშნით დისკრიმინაციას და სახელმწიფოებს მიუთითებს პოზიტიური ნაბიჯების გადადგმისკენ ამ მიკერძოებასთან გასამკლავებლად.³⁰ მე-4 მუხლი იცავს აღმჭურველი ქმედების სადავო პროგრამებს და ადგენს, რომ „დროებითი ზომების მიღება, რომელიც მიმართულია ქალთა და მამაკაცთა ფაქტობრივი თანასწორობის დამყარების დასაჩქარებლად, არ მიიჩნევა, როგორც ეს წინამდებარე კონვენციით განისაზღვრება, დისკრიმინაციულად“.³¹ იგივე მუხლი ადგენს, რომ „სპეციალური ზომების მიღება, რომელიც მიმართულია დედობის დასაცავად, [...] დისკრიმინაციულად არ ითვლება“.³²

1965 წლის რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ კონვენცია,³³ რომელიც ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის აღმოფხვრის შესახებ კონვენციას 14 წლით უსწრებდა, ანალოგიურად ითვალისწინებს აღმჭურველ ქმედებას, როგორც რასობრივი თანასწორობის მიღწევის შესაძლებლობას. პირველი მუხლი ადგენს, რომ „სპეციალური ზომები, რომლებიც მიღებულია კონკრეტული რასობრივი ან ეთნიკური ჯგუფების ხელშესაწყობად, არ ითვლება რასობრივ დისკრიმინაციად“.³⁴ აღსანიშნავია, რომ ეს დათქმა კონვენციის პირველივე მუხლშია, მანამდეც კი, სანამ კონვენცია უშუალოდ რასობრივ დისკრიმინაციას კრძალავს.

რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის დისკრიმინაცია ასევე ავალდებულებს ქვეყნებს, მიიღონ „სპეციალური და კონკრეტული ზომები, რათა უზრუნველყონ კონკრეტული ჯგუფების ან მათდამი მიკუთვნილებული ინდივიდების ადეკვატური განვითარება და დაცვა, რათა მათ შეძლონ ადამიანის უფლებებითა და ძირითადი თავისუფლებებით სრულად და თანასწორად სარგებლობა“.³⁵ შესაბამისად, კონვენცია ითვალისწინებს

³⁰ მაგალითად, მუხლი 2 „გმობს ქალთა წინააღმდეგ დისკრიმინაციას ყველა ფორმით“ და აწესებს შვიდ მიდგომას ამ დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად. CEDAW, *supra* სქოლიო 23, მუხლი 2. მესამე მუხლი მიუთითებს სახელმწიფოებს, „ყველა სფეროში, სახელდობრ, პოლიტიკურ, სოციალურ, ეკონომიკურ და კულტურის სფეროებში, მიიღონ ყველა საჭირო ზომა, მათ შორის საკანონმდებლო, რათა უზრუნველყონ ქალთა ყოველმხრივი განვითარება და პროგრესი, მათ მიერ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა განხორციელება და გამოყენება მამაკაცებთან თანასწორობის საფუძველზე.“ *Id.* მუხლი 3.

³¹ *Id.* მუხლი 4(1). ეს მუხლი დროებითი ხასიათისაა ამ განსხვავებებისათვის: ზომები „არავითარ შემთხვევაში არ უნდა იწვევდეს არათანასწორუფლებიანი ან დიფერენცირებული სტანდარტების შენარჩუნებას; ეს ზომები უნდა გაუქმდეს, როცა მიღწეული იქნება შესაძლებლობათა თანასწორობის და თანასწორუფლებიანი ურთიერთობის მიზნები.“ *Id.*

³² *Id.* მუხლი 4(2). ეს დანაწესი არ შემოიფარგლება დროით, ისევე, როგორც სხვა სპეციალური ზომები. იხ. *supra* სქოლიო 31.

³³ G.A. Res. 2106A, U.N. GAOR, 20th Sess., Supp. No. 14, at 47, U.N. Doc. A/6014 (1965) [შემდგომში, ICRD]. აშშ-მა მოახდინა ამ კონვენციის რატიფიცირება 1994 წელს. იხ. U.S. DEP'T OF STATE, TREATIES IN FORCE 422-23 (1996) (აშშ-ისთვის ძალაში შევიდა 1994 წლის 20 ნოემბერს).

³⁴ ICRD, *supra* სქოლიო 33, მუხლი 1(4). მსგავსად გენდერული აღმჭურველი მოქმედებისა, ეს უფლებამოსილებაც შეზღუდულია დროებითი ზომებით: რასობრივი განსხვავებები დაშვებულია „იმ პირობით, რომ ასეთი ზომები, როგორც შედეგი, ხელს არ უნდა უწყობდეს ცალკეული რასობრივი ჯგუფებისათვის განსხვავებული უფლებების შენარჩუნებასა და გავრცობას იმ მიზნების მიღწევის შემდეგ, რომლისთვისაც იქნენ შემოღებული.“ *Id.*

³⁵ *Id.* მუხლი 2(2). ეს ნორმა მოიცავს პირველ მუხლში მოცემული პირობის მსგავს დათქმას. „ასეთმა ზომებმა არავითარ შემთხვევაში შედეგად არ უნდა მოიტანოს სხვადასხვა რასობრივი ჯგუფებისათვის არათა-

აღმჭურველ ქმედებას რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად, „როდესაც ამას გარემოებები მოითხოვს“.³⁶

რომ შევაჯამოთ, თუკი ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციას წავიკითხავთ მასთან დაკავშირებულ ორ კონვენციასთან ერთად (რომელთაგანაც ერთ-ერთი ეხება რასობრივ დისკრიმინაციას, ხოლო მეორე - ქალთა მიმართ დისკრიმინაციას), იგი მიუთითებს, რომ აღმჭურველი ქმედება არათუ წინააღმდეგობაშია ადამიანის უფლებათა პრინციპებთან, არამედ იგი მათგან იღებს ძალას, კერძოდ, დებულებებიდან თანასწორობის შესახებ და ეკონომიკური და სოციალური კეთილდღეობის შესახებ. შემდეგ ნაწილში შევხებით სამ სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემას, რომლებმაც აღმჭურველი ქმედების ზომებით შეძლეს თანასწორობისა და ეკონომიკური უსაფრთხოების განვითარება.

2. აღმჭურველი ქმედება ამერიკის შეერთებულ შტატებში

იმ სამართლებრივ სისტემაზე კონცენტრირებით, რომელსაც ყველაზე უკეთ ვიცნობ, თავდაპირველად აღვწერ აშშ-ში აღმჭურველი ქმედების წარმომავლობასა და არსებულ სიტუაციას. სასამართლოები აქა-იქ იყენებდნენ ტერმინს „აღმჭურველი ქმედება“ მე-19 საუკუნის ბოლოსა და მე-20 საუკუნის დასაწყისში იმ სხვადასხვა უფლების აღმდგენი ზომების აღსანიშნავად, რომლებიც მოპასუხეს ეკისრებოდა.³⁷ ეს სიტყვები, თანამედროვე გაგებით, სამართლებრივ ლექსიკონში დამკვიდრდა 1961 წელს. ამ წელს, პრეზიდენტმა ჯონ ფ. კენედიმ, მეორე მსოფლიოს ომის დროინდელ სხვა ჩანაწერზე დაყრდნობით, ხელი მოაწერა აღმასრულებელ ბრძანებას, რომელიც სახელმწიფო კონტრაქტორებისგან მოითხოვდა „აღმჭურველი ქმედების განხორციელებას იმის უზრუნველსაყოფად, რომ კანდიდატები მიიღებიან და შემდგომში მათ მიმართ მოპყრობა განხორციელდება განურჩევლად რასისა, მრწამსისა, ფერისა და ეროვნული წარმომავლობისა“.³⁸ აღნიშნული ბრძანება მბოჭავი იყო აღმასრულებელი ხელისუფლების დეპარტა-

ნაბარი ან განცალკევებული უფლებების შენარჩუნება იმ შედეგის დადგომის შემდეგ, რომლის მისაღწევადაც ისინი იყო შემოღებული.“ *Id.*; იხ. also *supra* სქოლიო 31.

³⁶ ICRD, *supra* სქოლიო 33, მუხლი 2(2).

³⁷ იხ. *e.g.*, Taylor v. Taintor, 83 U.S. (16 Wall.) 366, 375 (1872), (ექსტრადიციის ხელშეკრულება უცხო ქვეყანასთან „შესაძლოა მოითხოვდეს დროულ აღმჭურველ ქმედებას“ ხელისუფლების მხრიდან დამნაშავეს გადაცემისას); City of Galena v. Amy, 72 U.S. (5 Wall.) 705, 708 (1866) (ქალაქის უფლებამოსილება უნდა „შესრულებულიყო აღმჭურველი ქმედების სასარგებლოდ“, რათა შეგროვებულიყო საკმარისი შემოსავალი ბონდების მფლობელთათვის სარგებლის გადასახდელად); იხ. ასევე Phelps Dodge Corp. v. NLRB, 313 U.S. 177, 188 (1941) (NLRB-ის კანონისმიერი უფლებამოსილების თაობაზე, შემოეღო „აღმჭურველი ქმედება“ NLRA-ის „პოლიტიკების ეფექტიანობის უზრუნველსაყოფად“). აღმჭურველი ქმედების, როგორც უფლების აღმდგენი გამათანასწორებელი საშუალების უფრო ახალი აღიარების თაობაზე იხ. მაგალითად, Franks v. Bowman Transp. Co., 424 U.S. 747, 777-78 (1976).

³⁸ Exec. Order No. 10925, § 301, 3 C.F.R. 448, 450 (1959-1963); იხ. ასევე *id.* § 302(d), 3 C.F.R. at 451 (რომელიც თანასწორი დასაქმების შესაძლებლობების საპრეზიდენტო კომიტეტს უფლებას აძლევს, მოიპოვოს დისკრიმინაციის საწინააღმდეგო დაპირებები და „აღმჭურველი [...] თანამშრომლობები“ პროფესიული კავშირებისგან, რომლებიც სამთავრობო ხელშეკრულებებთან არიან დაკავშირებული). კენედის ბრძანება აგებული იყო პრეზიდენტ ფრანკლინ რუზველტის მიერ მეორე მსოფლიო ომის დროს გამოცემულ ანტი-დისკრიმინაციულ ბრძანებაზე, იხ. Exec. Order No. 8802, 3 C.F.R. 957 (1938-1943). რუზველტის ბრძანება კრძალავდა „დისკრიმინაციას დასაქმებულთა სამსახურში აყვანისას თავდაცვის ან სახელმწიფო დარგებში რასის, სარწმუნოების, კანის ფერის ან ეროვნული წარმოშობის გამო“ და მოითხოვდა უწყებებისგან, რომლებიც ჩართული იყვნენ თავდაცვაში გადამზადების და ტრენინგების პროგრამებში „მიეღოთ სპეციალური

მენტებისა და სააგენტოებისთვისაც, რათა მათ მიეღოთ რეკომენდაციები, რომლებიც ეხებოდა „პოზიტიურ ქმედებებს ამჟამად არსებული პირდაპირი თუ არაპირდაპირი დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად“.³⁹

1960-იანი წლების განმავლობაში ასეთი ძლიერი სიტყვების გამოყენება არ წახალისებულა. კენედის კომიტეტმა თანასწორი დასაქმების შესახებ სცადა სახელმწიფოს კონტრაქტორები ეიძულებინა, უმცირესობის უფრო მეტი წარმომადგენელი დაესაქმებინათ,⁴⁰ ხოლო პრეზიდენტმა ჯონსონმა 1967 წელს დაცული კლასების სიაში სქესიც შეიტანა,⁴¹ მაგრამ იმპლემენტაცია კენედისა და ჯონსონის შემდეგ მოხდა.

აღსანიშნავია, რომ აღმჭურველი ქმედება აშშ-ში უფრო წინ წამოწიეს რესპუბლიკელმა თანამდებობის პირებმა - პრეზიდენტმა რიჩარდ ნიქსონმა, მისმა შრომის მდივანმა ჯორჯ შულცმა და მისმა ასისტენტმა არტურ ფლეთჩერმა, ხოლო შემდგომში - შრომის დეპარტამენტის მთავარმა იურისტმა ლორენს სილბერმანმა.⁴² 1969 წელს ნიქსონის შრომის

ზომები, რომლებიც ასეთი პროგრამების დისკრიმინაციის გარეშე განხორციელებას უზრუნველყოფდა, რასის, სარწმუნოების, კანის ფერის ან ეროვნული წარმოშობის მიხედვით." *Id.* ბრძანების პრეამბულის ფართო ენა, რომელიც აცხადებდა „დამსაქმებელთა და მშრომელთა ორგანიზაციების ვალდებულებას [...], უზრუნველყოთ სრული და თანასწორი მონაწილეობა ყველა მშრომელისათვის თავდაცვის სფეროში," *id.*, მიანიშნებდა აღმჭურველი ქმედებისაკენ მიმართულ ძალისხმევას, თუმცა არც ამ სიტყვებს იყენებდა და არც სრულ კონცეფციას. რუზველტის ბრძანებაზე, როგორც თანამედროვე აღმჭურველი ქმედების წყაროზე მსჯელობისათვის იხ. James E. Jones, Jr., *Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11,246 as Amended*, 59 CHI.-KENT L. REV. 67, 70-71 (1982).

³⁹ Exec. Order No. 10925, § 202, 3 C.F.R. 448, 449 (1959-1963). დისკრიმინაციისაკენ მიმართულები პოზიტიური ვალდებულებების შემქმნელი სხვა ენობრივი კონსტრუქციისათვის, იხ. მაგალითად, *id.* პრეამბულა, 3 C.F.R. at 448 („შეერთებული შტატების მთავრობის ცხადი და პოზიტიური ვალდებულებაა, წახალისოს და უზრუნველყოს ყველა კვალიფიციური ადამიანის თანაბარი შესაძლებლობები, მიუხედავად რასისა, სარწმუნოებისა, ფერის ან ეროვნული წარმოშობისა, რომელიც დასაქმებულია ან ეძიებს დასაქმებას ფედერალურ ხელისუფლებაში და სამთავრობო კონტრაქტებში"); *id.* („არსებული აღმასრულებელი ბრძანებების, პრაქტიკების და სამთავრობო უწყებების პროცედურების მიმოხილვა და ანალიზი [...] ცხადყოფს დასაქმების შესაძლებლობების სრული თანასწორობის, წახალისების, ძალისხმევის გაფართოების და გაძლიერების სასწრაფო საჭიროებას"); *id.* § 103, 3 C.F.R. at 449 (თანასწორი დასაქმების შესაძლებლობების კომიტეტის წლიური ანგარიშები „უნდა მოიცავდეს მითითებებს იმ ქმედებებზე, რომლებიც მიღებულია და იმ შედეგებზე, რომლებიც თითოეული დეპარტამენტის ან უწყების მიერ მიღწეულია"); *id.* § 201, 3 C.F.R. at 449 (კომიტეტი „განიხილავს და რეკომენდაციას გასცემს დამატებით აღმჭურველ ნაბიჯებზე, რომლებიც მიღებული უნდა იყოს აღმასრულებელი დეპარტამენტების და სააგენტოების მიერ, რათა ანტიდისკრიმინაციული ეროვნული პოლიტიკა უფრო სრულად რეალიზდეს"); *id.* § 304, 3 C.F.R. at 451 („კომიტეტი გამოიყენებს ყოველგვარ ძალისხმევას პირდაპირ ან შემსყიდველი უწყებების მეშვეობით, კონტრაქტორებისათვის, სახელმწიფო და ადგილობრივი მოხელეებისთვის, საჯარო და კერძო დაწესებულებებისათვის და სხვა ხელმისაწვდომი ინსტრუმენტებისათვის, რათა ნებისმიერ პროფესიულ კავშირთან, დამსაქმებელ სააგენტოსთან ან მშრომელთა სხვა წარმომადგენლობებთან, რომლებიც სამთავრობო კონტრაქტებში არიან ჩართული, თანამშრომლობა და ამ ბრძანების მიზნების განხორციელება უზრუნველყოს."); *id.* § 307, 3 C.F.R. at 452 (კონტრაქტორმა უწყებებმა უნდა დანიშნონ შესაბამისობის უზრუნველყოფი ოფიცრები).

⁴⁰ იხ. James E. Jones, Jr., *The Genesis and Present Status of Affirmative Action in Employment: Economic, Legal, and Political Realities*, 70 IOWA L. REV. 901, 909 (1985).

⁴¹ იხ. Exec. Order No. 11,375, 3 C.F.R. 684 (1966-1970). ჯონსონს მანამდე გამოცემული ჰქონდა ბრძანება, რომელიც კენედის თავდაპირველი ბრძანების უპირატესი იყო. იხ. Exec. Order No. 11,246, 3 C.F.R. 339 (1964-1965). ამ ბრძანებაში მოცული იყო კენედის ბრძანების არსებითი ნაწილები, თუმცა იცვლებოდა პროგრამის ადმინისტრირების ორგანიზაციული სტრუქტურა. Executive Order 11,246, ბრძანება, რომელსაც დაემატა სქესი, როგორც დაცული კლასი, 11,375 აღმასრულებელი ბრძანებით, ფედერალური აღმჭურველი ქმედებების პროგრამების საფუძვლის ფუნქციას ინარჩუნებს.

⁴² დროთა განმავლობაში ცვლილებების და აღმჭურველი ქმედების ლეგიტიმურობის პერსპექტივების გამოცდილებების საჩვენებლად, სილბერმანმა, რომელიც ახლა აშშ-ის კოლუმბიის ოლქის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლეა, ცოტა ხნის წინ წარმოადგინა მოსაზრება, რომლითაც უარყო ფედერალური

სამინისტრომ გამოსცა თავისი განახლებული ფილადელფიის გეგმა, რომელიც სახელმწიფო კონტრაქტორებისგან ქალაქში მოითხოვდა უმცირესობების დასასაქმებლად გეგმისა და განრიგის შედგენას სამშენებლო დარგის ექვს პროფესიაში.⁴³ კონტრაქტორებს, რომლებიც არ შეასრულებდნენ პირობას, შესაძლოა დიდი ღირებულების კონტრაქტები დაეკარგათ. გეგმა წარმოადგენდა აღმჭურველი ქმედებების განხორციელების მოთხოვნის მოდელს, რომლებიც გავრცელდებოდა სხვა სახელმწიფო კონტრაქტორებზე; თანმდევი ბრძანებები ასევე მოიცავდა ქალთა დასაქმების გაზრდის ამოცანას.

ნიქსონის გადაწყვეტილებამ, შემოელო გეგმები და განრიგი ისტორიული პრაქტიკის, მათ შორის, პროფესიულ კავშირებში ნეპოტიზმის დასაძლევად, აზრთა სხვაობა გამოიწვია.⁴⁴ პროგრამა საჯარო კრიტიკასა და სამართლებრივ სირთულეებს გადაურჩა 1970-იან წლებში, რასაც, ჩემი აზრით, ორი მიზეზი აქვს. პირველ რიგში, გეგმა არ აწესებდა ხისტკვოტებს სახელმწიფო კონტრაქტორებისთვის. ნაცვლად ამისა, იგი კონტრაქტორებისგან ითხოვდა საკუთარი მიზნების დასახვას, რაც დამოკიდებული იყო ადგილობრივ სამუშაო ძალაში უმცირესობების ხელმისაწვდომობაზე. შემდეგში კი კონტრაქტორებს კეთილსინდისიერად უნდა მიეღოთ ზომები, რათა მიეღწიათ დასახული მიზნებისთვის. გეგმაზე სახელმწიფო მონიტორინგი ხორციელდებოდა, თუმცა იგი დიდ დისკრეციას უტოვებდა ინდივიდუალურ დამსაქმებლებს.⁴⁵

მეორე მიზეზი: მართალია, ნიქსონის ფილადელფიის გეგმა არ ციტირებდა საერთაშორისო პაქტებს, მაგრამ იგი ეყრდნობოდა უფლების აღმდგენი სამართლისა და ეკონომიკური თანასწორობის ორეულს. მიუხედავად 1964 წელს კერძო სექტორთან დაკავშირებით სამოქალაქო უფლებების შესახებ კანონმდებლობის მიღებისა, 1969 წელს დისკრიმინაცია სამუშაო ადგილებზე მაინც შეიმჩნეოდა აშშ-ში. მიკერძოებულობის უფრო ფარული ფორმები, როგორცაა მამაკაცური კავშირების ქონა და თეთრკანიან მამაკაცებს შორის დასაქმების შესახებ ზეპირი გარიგებების დადება, კიდევ უფრო ზღუდავდა ქალებისა და უმცირესობების შესაძლებლობებს. შრომის დეპარტამენტმა სახელმწიფოს მილიარდ-დოლარიანი საფულე გამოიყენა ამ უთანასწორობებთან გასამკლავებლად.⁴⁶

ფილადელფიის გეგმა მხოლოდ სახელმწიფოს კეთილი ნების საშუალებით არ განხორციელებულა. მან პასუხი გასცა უმცირესობას მიკუთვნებული ამერიკელების ეკონომიკური კეთილდღეობის კრიზისს. 1969 წლის გეგმას რამდენიმეწლიანი ურბანული ამბოხი მოჰყვა, რომელიც ლურჯი ლენტის საგამოძიებო კომისიამ [კომისია, რომელიც

კომუნიკაციების კომისიის რეგულაცია, რომელიც რადიოსადგურებისგან მოითხოვდა, გადაედგათ ნაბიჯები სტატისტიკური უმცირესობების და ქალების დასაქმების ადგილზე „ნაკლებწარმომადგენლობის“ აღმოსაფხვრელად. იხ. *Lutheran Church- Missouri Synod v. FCC*, 141 F.3d 344 (D.C. Cir. 1998).

⁴³ იხ. *Contractors Ass'n v. Secretary of Labor*, 442 F.2d 159 (3d Cir. 1971) (რომელიც ადასტურებს გეგმის კონსტიტუციურობას). გეგმის შესახებ მსჯელობის, მისი ისტორიის და თანმდევი შედეგების შესახებ, იხ., მაგალითად, HUGH DAVIS GRAHAM, *THE CIVIL RIGHTS ERA: ORIGINS AND DEVELOPMENT OF NATIONAL POLICY 1960-1972*, at 278-97 (1990); Arthur A. Fletcher, *A Personal Footnote in History*, in *THE AFFIRMATIVE ACTION DEBATE* 25 (George E. Curry ed., 1996); Jones, *supra* სქოლიო 40, at 910-14; Robert P. Schuwerk, *Comment, The Philadelphia Plan: A Study in the Dynamics of Executive Power*, 39 U. CHI. L. REV. 723 (1972).

⁴⁴ იხ., e.g., Schuwerk, *supra* სქოლიო 43, at 747-49.

⁴⁵ იხ. *id.* at 741.

⁴⁶ იხ., e.g., *Contractors Ass'n v. Secretary of Labor*, 442 F.2d 159, 173 (3d Cir. 1971); Fletcher, *supra* სქოლიო 43, at 27.

გამორჩეული ადამიანებით კომპლექტდება საკითხის გამოსაკვლევად, რედაქტორის შენიშვნა], ეკონომიკურ სიდუხჭირეს მიაწერა.⁴⁷ არტურ ფლეთერი, შრომის მდივნის ასისტენტი, რომელმაც გამოსცა გეგმა, იხსენებდა, რომ პრეზიდენტმა ნიქსონმა მას მითითება მისცა, კეთილდღეობის გრანტის პროგრამა იმგვარად ჩამოეყალიბებინა, რომ ამ ურბანული სიღარიბისთვის ეპასუხა. ფლეთერმა კი იგი დაარწმუნა, რომ უმცირესობებს მიკუთვნებული ამერიკელების ცხოვრების სტანდარტი მათთვის დასაქმების შესაძლებლობის გაზრდით აეწია.⁴⁸ თვითონ ნიქსონმა მოგვიანებით განაცხადა, რომ მისი შრომის სამინისტროს მიერ შემუშავებული გეგმები და განრიგები „სატირო და სწორი იყო“, რადგან, მისი თქმით, „კარგი სამსახური ისეთივე ძირითადი და მნიშვნელოვანი სამოქალაქო უფლებაა, როგორც კარგი განათლება“.⁴⁹

1970-იან წლებში, აღმჭურველი ქმედებები ნელ-ნელა ვრცელდებოდა აშშ-ში. სახელმწიფო სააგენტოები, უნივერსიტეტები და კერძო დამსაქმებლები აღმასრულებელი ბრძანებების თანახმად, იღებდნენ სხვადასხვა გეგმებს. ამ მცდელობებს მოწინააღმდეგეები არასოდეს აკლდა, რომლებიც, მათ შორის, ამტკიცებდნენ, რომ ეს იდეა კონსტიტუციასთან არათავსებადი იყო. აშშ-ის კონსტიტუცია, რომელიც მე-18 საუკუნის ბოლოს დაიწერა და რომელშიც ყველაზე რელიგვანტური შესწორებები რასასთან დაკავშირებით 1865-1870-იან წლებში შევიდა, ხოლო ქალების საარჩევნო უფლებასთან დაკავშირებით კი 1920 წელს, ჩამოთვლის ზოგიერთ სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებას. თუმცა განსხვავებით ადამიანის უფლების საყოველთაო დეკლარაციისგან, აშშ-ის კონსტიტუცია არ გაწერს ეკონომიკურ და სოციალურ მიზნებს. ამასთან, იგი პირდაპირ არ მიუთითებს აღმჭურველ ქმედებაზე, იგი, უბრალოდ, კონგრესს აძლევს შესაძლებლობას, „შესაბამისი კანონმდებლობის მეშვეობით [...] აღასრულოს“ ფუნდამენტური დოკუმენტის თანასწორობის გარანტია.⁵⁰ შესაბამისად, აშშ-ში აღმჭურველი ქმედების კონსტიტუციურობა დიდწილად დამოკიდებულია კონსტიტუციისეული დაპირების ინტერპრეტაციაზე „კანონის წინაშე თანასწორობასთან“ დაკავშირებით.⁵¹

რასასთან დაკავშირებული აღმჭურველი ქმედების კონსტიტუციურობაზე აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ პირველად იმსჯელა 1978 წელს საქმეში *Regents of the University of California v. Bakke*.⁵² ამ საქმემ ცხრა მოსამართლეს შორის ექვსი სხვადასხვა აზრი წარმოშვა, რომელთაგანაც შედეგზე საბოლოო გავლენა ერთმა მოსამართლემ - ლუის პაუელ ჯუნიორმა მოახდინა. მოსამართლე პაუელმა მხარი არ დაუჭირა სახელმწიფო სამედიცინო სკოლის აღმჭურველი ქმედებების პროგრამას, რომელიც სასწავლებლის 1/6-ის უმცირესობაში მყოფი სტუდენტებისთვის გამოყოფდა, მაგრამ მან მიიჩნია, რომ საჯარო უნივერსიტეტებს შეეძლოთ, რასა სხვა ფაქტორებს შორის ერთ-ერთ

⁴⁷ იხ. KERNER COMMISSION, REPORT OF THE NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CIVIL DISORDERS 91 (1968); Jones, *supra* სქოლიო 40, at 910-11.

⁴⁸ იხ. Fletcher, *supra* სქოლიო 43, at 25-26.

⁴⁹ RICHARD NIXON, RN: THE MEMOIRS OF RICHARD NIXON 437 (1978).

⁵⁰ აშშ-ის კონსტიტუცია, შესწორება XIV, § 5; იხ. ასევე *id.* შესწორებები XVIII, §2; XV, §2; XIX.

⁵¹ აშშ-ის კონსტიტუცია, შესწორება XIV, § 1.

⁵² 438 U.S. 265 (1978). მანამდე დავა, რომელიც ეხებოდა შტატის სამართლის ფაკულტეტის აღმჭურველი ქმედების პროგრამას მისაღებ პროცესში, არ იქნა განხილული როგორც სადავო საკითხი. იხ. *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).

ფაქტორად მიეჩნიათ სტუდენტების სასწავლებელში ჩარიცხვის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას.

ფილადელფიის გეგმის შემქმნელების მსგავსად, მოსამართლე პაუელიც ფიქსირებული კვოტების წინააღმდეგი იყო. სასწავლებლებს შეეძლოთ უმცირესობაში მყოფი რასის ფაქტორის, როგორც სტუდენტის ჩარიცხვის ერთ-ერთი ფაქტორის გათვალისწინება, მაგრამ მათ არ შეეძლოთ კონკრეტული რაოდენობის ადგილების გამოყოფა უმცირესობაში მყოფი სტუდენტებისთვის. პაუელი მზად იყო მხარი დაეჭირა აღმჭურველი ქმედების უფრო მსუბუქი ფორმებისთვის, რომლებიც „თითოეულ აპლიკანტს, მიღების პროცესში, როგორც ინდივიდს, ისე განიხილავდა“. მისი სიტყვებით, „აპლიკანტი, რომელიც კარგავს ბოლო ხელმისაწვდომ ადგილს სხვა კანდიდატთან, რომელმაც ‘პლიუსი’ მიიღო ეთნიკური წარმომავლობის გამო, ვერ იქნება ამორიცხული ამ ადგილისთვის განხილვაში მხოლოდ იმის გამო, რომ სათანადო ფერის არ იყო ან არასწორი გვარი ჰქონდა.“⁵³ ღელვა, რომ აღმჭურველი ქმედება გეგმავს დამკვიდრებული მოლოდინების ზღვარზე გავლას, აშშ-ის აღმჭურველ ქმედებებთან დაკავშირებულ იურისპრუდენციაში საკმაოდ შესამჩნევი იყო. შესაბამისად, უარი ითქვა დასაშვებ პრეფერენციებზე დასაქმების ნაწილში მაშინ, როდესაც საქმე ეხებოდა თანამშრომლების გათავისუფლებას; თანამშრომლების მასშტაბური დათხოვნის პროცესში თანამდებობრივი რანგის მკაცრი სისტემები უპირატესია.⁵⁴

მოსამართლე პაუელის მოსაზრებამ *Bakke*-ში უარყო სახელმწიფოს მიერ აღმჭურველი ქმედების გასამართლებლად მოყვანილი არგუმენტების უმრავლესობა. მან მთლიანად უარყო სახელმწიფოს უფლების აღმდგენის რაციონალი იმის გამო, რომ ერთ სამედიცინო სასწავლო დაწესებულებას არ შეეძლო ეცადა, პასუხი გაეცა საზოგადოებაში არსებულ დისკრიმინაციაზე.⁵⁵ და იგი ვერ დარწმუნდა სასწავლო დაწესებულების მტკიცებაში, თითქოს სამედიცინო სასწავლებლის სტუდენტების ჩარიცხვის ნაწილში აღმჭურველი ქმედების გამოყენებას შეეძლო უმცირესობების საზოგადოებებში სამედიცინო სერვისების მიწოდების გაუმჯობესება.⁵⁶

ერთადერთი განმარტება, რომელიც მოსამართლე პაუელმა გაიზიარა სამედიცინო სასწავლო დაწესებულებაში სტუდენტების ჩარიცხვის ნაწილში აღმჭურველი ქმედებების გამოყენებასთან დაკავშირებით, თანხვედრაშია სოციალური კეთილდღეობის თემასთან, რომელიც ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციაში გვხვდება. პაუელმა და-

⁵³ 438 U.S. at 318 (მოსამართლე პაუელის მოსაზრება, რომელიც აცხადებს სასამართლო გადაწყვეტილებას).

⁵⁴ *ib. Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 267 (1986).

⁵⁵ *ib. 438 U.S. at 309.* პაუელი დაუშვებდა სკოლის მხრიდან უფლების აღდგენას, საკუთარი წარსულის ან პრაქტიკებიდან მომდინარე „იდენტიფიცირებული დისკრიმინაციის შედეგების გასაუქმებლად“. *id. at 307.* ოთხი მოსამართლე, რომელიც მზად იყო დაედასტურებინა სადავო სისტემა, მისაღებად მიიჩნევდა საზოგადოებრივი დისკრიმინაციისგან მომდინარე უფლებების აღდგენას აღმჭურველი ქმედების პროგრამების ნებადართულ გამართლებად. *ib. id. at 362-73* (მოსამართლეები ბრენანი, უაითი, მარშალი და ბლექმუნი. სასამართლო გადაწყვეტილების ნაწილობრივ თანხვედრი და ნაწილობრივ განსხვავებული აზრები).

⁵⁶ ამ სარჩელზე პაუელმა დაასკვნა, რომ სასწავლებელმა წარმოადგინა არასაკმარისი მტკიცებულებები საჭიროების შესახებ და უფრო დეტალური გამოკითხვებით შეეძლო იმ სტუდენტების შერჩევა (როგორც თეთრკანიანი, ისე განსხვავებული რასის), რომლებიც უმცირესობების თემში მუშაობით იყვნენ დაინტერესებული. *ib. id. at 310-11* (მოსამართლე პაუელის მოსაზრება, რომელიც აცხადებს სასამართლო გადაწყვეტილებას).

ასკვნა, რომ სტუდენტების მრავალფეროვნება ყველა სტუდენტისთვის უფრო გაამრავალფეროვნებდა საგანმანათლებლო გამოცდილებას.⁵⁷ საყოველთაო დეკლარაციის 26-ე მუხლში მოცემული დებულება ადგენს, რომ განათლება „მიმართული უნდა იყოს“ „ერებს, რასობრივ და რელიგიურ ჯგუფებს შორის ტოლერანტობისა და მეგობრობის გაგების განმტკიცებისკენ“.⁵⁸ ამ მიმართულებით განხორციელებულმა აღმჭურველმა ქმედებებმა შესაძლოა, უფრო მეტი ბარიერი დაანგრიოს, ვიდრე წარმოშვას ისინი, მრავალფეროვანი ჯგუფების წევრებისთვის შესაძლებლობის მიცემით, გაიზიარონ ყოველდღიური ცხოვრება, შრომა და სწავლა.⁵⁹

აშშ-ში რასაზე დაფუძნებული აღმჭურველი ქმედების კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებულმა მეორე გამოწვევამ ასევე წარმოშვა განხეთქილება უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებს შორის და არ ყოფილა მოსაზრება, რომელსაც უმრავლესობა დაეთანხმებოდა. 1980 წლის გადაწყვეტილებაში საქმეზე *Fullilove v. Klutznick*,⁶⁰ სასამართლომ ძალაში დატოვა კონგრესის მიერ შემუშავებული დებულება, რომელიც უმცირესობების ბიზნესებისთვის ადგილობრივ საზოგადოებრივ შრომაზე დახარჯული ფედერალური ფონდების 10%-ს გამოყოფდა. თავმჯდომარე მოსამართლე ბურგერის უმრავლესობის გადაწყვეტილება დაეყრდნო „კონგრესისთვის სპეციალურად დელეგირებული ძალაუფლებების ამაღლებას“, ⁶¹ რაც მოიცავდა მის ძალაუფლებას, ბიუჯეტიდან გამოეყოფონ ფონდები „ზოგადი კეთილდღეობისთვის“, ⁶² მის ძალაუფლებას, დაარეგულიროს ვაჭრობა, ⁶³ და მის ძალაუფლებას, „აღასრულოს“ კონსტიტუციის თანასწორი დაცვის პუნქტი. ⁶⁴ ამის გათვალისწინებით, სასამართლომ დაადგინა, რომ დასაშვები იყო საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ არცთუ ისე დიდი ოდენობის თანხის გამოყოფა უმცირესობების ბიზნესებისთვის, როგორც კომპენსაცია „წარსული დისკრიმინაციის აწმყოფებისთვის“.⁶⁵

⁵⁷ *ib.* 438 U.S. at 312.

⁵⁸ UDHR, *supra* სქოლიო 3, მუხლი 26(2). მუხლი განათლების კიდევ ორ დამატებით მიზანს განსაზღვრავს: „ადამიანის პიროვნების სრული განვითარება“ და „გაეროს მიერ მშვიდობის უზრუნველყოფის ქმედებების გაძლიერება“. *Id.*

⁵⁹ შტრ. Malcolm Gladwell, *Six Degrees of Lois Weisberg*, THE NEW YORKER, 11 იანვარი, 1999 at 52, 62 (“მნიშვნელოვანი ისაა, რომ წარმატება ჩვენი ურთიერთობების ხარისხი კი არ არის, არამედ რაოდენობრივი მახასიათებელია - არა ის, თუ რამდენად ახლოს ხარ შენს ნაცნობებთან, არამედ, პარადოქსულად, რამდენ ადამიანს იცნობ, რომელთანაც განსაკუთრებულად ახლოს არც ხარ [...]. უმცირესობების მისაღები პროგრამები ქმედითია არა იმიტომ, რომ შავკანიან სტუდენტებს იმავე აღმატებულ საგანმანათლებლო რესურსებზე მიუწვდებათ ხელი, რაზედაც თეთრკანიანებს, ან იმიტომ, რომ იმავე მდიდარი კულტურული გარემოსადმი უჩნდებათ ხელმისაწვდომობა, რაზედაც თეთრკანიან სტუდენტებს, ან აშენებული თანასწორობის ნებისმიერი სხვა ფორმალური ან გრანდიოზული ხედვის გამო. ეს პროგრამები ქმედითია, რადგან იმავე თეთრკანიან სტუდენტებზე აძლევს შავკანიან სტუდენტებს წვდომას, ვისთანაც თეთრკანიან სტუდენტებს აქვთ - აძლევს მათ საშუალებას დაუახლოვდნენ ადამიანებს საკუთარი სოციალური სამყაროს მიღმა და შეამოკლონ მანძილი მათსა და საუკეთესო სამსახურებს შორის.”).

⁶⁰ 448 U.S. 448 (1980).

⁶¹ *Id.* at 473.

⁶² U.S. CONST. art.I, §8, cl.1.

⁶³ *Id.* cl.3.

⁶⁴ *Id.* შესწორება XIV, § 5.

⁶⁵ 448 U.S. at 487. სასამართლომ ასევე ხაზი გაუსვა მთავრობის მოქნილობას პროგრამის ადმინისტრირების პროცესში, მათ შორის, დათმობის შესაძლებლობას, როდესაც 10%-იანი მოთხოვნა განხორციელებადი არ იყო. *Id.* at 468-72, 481-82, 487-89.

თუმცა ბოლო ორი ათწლეულის განმავლობაში სასამართლო სულ უფრო და უფრო სკეპტიკური გახდა რასაზე დაფუძნებული აღმჭურველი ქმედების მიმართ, რომელსაც ახორციელებდნენ ან რომლის განხორციელებასაც სახელმწიფო სუბიექტები ითხოვდნენ. სასამართლოს უმრავლესობა დღესდღეობით ასეთ პროგრამას დიდი სიფრთხილით აკვირდება და ის ვერ იარსებებს, თუ არ დამტკიცდება გადაუდებელი საჭიროების არსებობა, რომელთანაც პროგრამა ან ქმედება მჭიდრო კავშირშია.⁶⁶ სახელმწიფო და ლოკალური დონის მცდელობებმა, გაუმკლავდნენ „საზოგადოებაში არსებულ დისკრიმინაციას“, ვერ გაიარეს სასამართლოს ტესტი,⁶⁷ მიუხედავად ემპირიული მტკიცებულებისა, რომელიც მოწმობს რასობრივი დისკრიმინაციის არსებობას განათლებისა და დასაქმების სფეროებში, ისევე როგორც საცხოვრებელი სახლისა და მომხმარებლის ტრანზაქციების ნაწილში.⁶⁸ Fullilove საქმეში კონსტიტუციურად მიჩნეულმა ფედერალურმა 10%-იანმა ფონდმა შესაძლოა, სასამართლოს დღევანდელი ტესტი ვერ გაიაროს,⁶⁹ მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს ამ საკითხზე განსაკუთრებული პოზიცია ჰქონდა.⁷⁰ უფრო დაბალი ინსტანციის ზოგიერთი სასამართლო პროცნომირებს, რომ დღევანდელი სასამართლო უარყოფდა მრავალფეროვნების რაციონალს, რომელსაც მოსამართლე პაუელმა საქმეში მხარი დაუჭირა.⁷¹

მეორე მხრივ, კლინტონის ადმინისტრაციას სასამართლოს დისპოზიცია ისე ესმის, თითქოს კონგრესი უფლებამოსილია, იმოქმედოს საზოგადოებაში არსებული დისკრიმინაციის საპასუხოდ ფრთხილად ჩამოყალიბებულ რასაზე დაფუძნებული პრეფერენციების მეშვეობით.⁷² კანონად რჩება ის, რომ კერძო თუ საჯარო წარმონაქმნს შესაძლოა და-

⁶⁶ Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200, 235 (1995).

⁶⁷ *ib. City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 498-99 (1989) (უმრავლესობის აზრი).

⁶⁸ *ib. Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200, 273-74 (1995) (მოსამართლე გინსბურგის განსხვავებული აზრი) (კვლევებზე მითითებით); GEORGE STEPHANOPOULOS & CHRISTOPHER EDLEY, JR., AFFIRMATIVE ACTION REVIEW: REPORT TO THE PRESIDENT §§ 4.1-4.3 (1995) (იგივე); BARBARA F. RESKIN, THE REALITIES OF AFFIRMATIVE ACTION IN EMPLOYMENT 19-43 (1998). *ib. ასევე Nicholas LeMann, Taking Affirmative Action Apart*, N.Y. TIMES, 11 ივნისი, 1995, §6 (ჟურნალი), at 36 (რომელიც იკვლევს აღმჭურველი ქმედების პოლიტიკას და პოსტ-Bakke შედეგებს და ასკვნის, რომ აღმჭურველი ქმედება შედეგიანი იყო ერის რასობრივი უფსკრულის შემცირებაში).

⁶⁹ ბოლო პერიოდის კომენტარებში დაფიქსირდა, რომ Fullilove საქმე წარმოადგენდა კეთილთვისებიანი რასობრივი კლასიფიკაციისადმი ტოლერანტობის მაღალ ნიშნულს და „ფერებისადმი ბრმა კონსტიტუციის“ იდეალი, რასობრივად გათვითცნობიერებული რეგულაციის თანმდევ მტრულ განწყობასთან ერთად, წარმოიშვა წლების შემდგომ. *ib. T. Alexander Aleinikoff, A Case for Race-Consciousness*, 91 COLUM. L. REV. 1060 (1971). *ib. ზოგადად ANDREW KULL, THE COLOR-BLIND CONSTITUTION* (1992).

⁷⁰ *ib. Adarand Constructors, Inc.*, 515 U.S. at 235.

⁷¹ *ib., e.g., Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932, 944 (5th Cir.), *cert. denied*, 518 U.S. 1033 (1996); Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 965 F. Supp. 1556, 1570 (D. Colo. 1997) (სტატიის მომზადებისას განხილვის პროცესში). თუმცა შდრ. Texas v. Hopwood, 518 U.S. 1033, 1034 (1996) (მოსამართლე გინსბურგი, რომელსაც შეუერთდა მოსამართლე საუტერი სარჩელის მიღებაზე უარის თანმხვედრ აზრში) (სადაც აღნიშნულია, რომ სასამართლო „გადასინჯავს გადაწყვეტილებებს და არა მოსაზრებებს“ და, რომ არც ერთი „საბოლოო გადაწყვეტილება პროგრამასთან დაკავშირებით ზოგადად საკამათოდ“ რჩება Hopwood-ის დავაში, როდესაც გადასინჯვის მოთხოვნაზე უარი ითქვა (ციტირება კეთდება საქმეზე: Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, 467 U.S. 837, 842 (1984)).

⁷² პრეზიდენტის აღმასრულებელი ოფისის განცხადება, *Procurement Reforms: SDB Certification and the Price Evaluation Adjustment Program 2* (24 ივნისი, 1998) (ინახება ავტორებთან). ამ გააზრებაზე დაყრდნობით, პრეზიდენტის ადმინისტრაციამ გამოსცა ახალი გაიდლაინები, რომლებიც უმცირესობების საკუთრებაში არსებულ ბიზნესებს მცირე უპირატესობას აძლევს, როდესაც სახელმწიფო ტენდერებში იღებენ მონაწილეობას ცალკეულ დარგში. გაიდლაინები მიმართულია იმ დარგებისაკენ, სადაც უმცირესობების საკუთრებაში არსებული ბიზნესების წარმომადგენლობა დაბალია. *ib. Small Disadvantaged Busi-*

ევალოს აღმჭურველი ქმედებების განხორციელება, რათა მის მიერ აშკარა დისკრიმინაციული მოპყრობა გამოასწოროს.⁷³ ჯერჯერობით, კონგრესს მხარი არ დაუჭერია ისეთი შემოთავაზებებისთვის, რომლებიც ითვალისწინებს უნივერსიტეტების მიერ აღმჭურველი ქმედების განხორციელების აკრძალვას სტუდენტების მიღების პოლიტიკაში იმ შემთხვევაში, თუკი ისინი ფედერალურ დაფინანსებას იღებენ.⁷⁴ დღემდე სასამართლოს არ გადაუხედავს მოსამართლე პაუელის მრავალფეროვნებაზე დაფუძნებული გამართლება აღმჭურველი ქმედებისა უნივერსიტეტებში სტუდენტების მიღების ნაწილში,⁷⁵ და აკადემიური კვლევის საკმაოდ დიდი ნაწილი მიმოიხილავს, თუ როდის მოუწევს სასამართლოს ამ საკითხზე მსჯელობა.⁷⁶ საერთო ჯამში, სამართლიანი იქნება იმის თქმა, რომ დღესდღეობით რასაზე დაფუძნებული კონსტიტუციურად ნებადართული აღმჭურველი ქმედებების არხი ვიწროა, მაგრამ არა - დახშობილი.⁷⁷

ახლა გადავინაცვლებ სქესთან დაკავშირებული აღმჭურველი ქმედების განხილვაზე. ერთმანეთისგან განვასხვავებ ქალებისთვის ლეგიტიმურად შექმნილ კანონებსა და პროგრამებს, რომლებიც უპირატესობას ანიჭებს ქალებს და, მეორე მხრივ, რასაზე დაფუძნებულ პროგრამებს. გავიხსენოთ, რომ სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის ტრადიციუ-

ness Procurement; Reform of Affirmative Action in Federal Procurement, 63 Fed. Reg. 35,714 (1998).

⁷³ იხ. *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149, 185-86 (1987); *Local 28, Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421, 482 (1986) (უმრავლესობის აზრი); *id.* at 483 (მოსამართლე პაუელი ნაწილობრივ თანმხვედრი და გადაწყვეტილებაში თანმხვედრი აზრით).

⁷⁴ 1998 წლის მაისში, მაგალითად, წარმომადგენელთა პალატამ ჩააგდო ორი შემოთავაზებული ცვლილება უმაღლესი განათლების ხელახალი ავტორიზაციის აქტში, რომელსაც შეეძლო, შეეზღუდა პრეფერენციების გამოყენება ფედერალურ დაფინანსებაზე მყოფ უმაღლეს საგანმანათლებლო დაწესებულებებში. იხ. 144 CONG. REC. H2914, H2917 (daily ed. 6 მაისი, 1998).

⁷⁵ შტრ. *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 267, 286 (1986) (მოსამართლე ო'კონორის ნაწილობრივ თანმხვედრი და გადაწყვეტილებაში თანმხვედრი აზრი) („მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფო ინტერესის ზუსტი კონტურები გაურკვეველია, რასობრივი მრავალფეროვნების წახალისების ინტერესი საკმარისად 'დაუძლეველად' იქნა მიჩნეული, სულ მცირე, უმაღლესი განათლების კონტექსტში, რათა ხელი შეეწყოს რასობრივი მიდგომების გამოყენებისათვის ამ ინტერესის დასაკმაყოფილებლად“). იხ. აგრეთვე Ronald Dworkin, *Is Affirmative Action Doomed?*, N.Y. REV. OF BOOKS, 5 ნოემბერი, 1998, at 56, 60 (საგანმანათლებლო მრავალფეროვნება დაუძლეველი ინტერესია); Goodwin Liu, *Affirmative Action in Higher Education: The Diversity Rationale and the Compelling Interest Test*, 33 HARV. L.R.-C.L. REV. 381, 429 (1998) (რომელიც ასკვნის, რომ მრავალფეროვნების რაციონალი აკმაყოფილებს მკაცრი შეფასების ტესტს). თუმცა, იხ. Jed Rubinfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale L. J. 427, 471-72 (1997) (რომელიც მიიჩნევს, რომ აღმჭურველი ქმედების რეალური მიზანი არაა მრავალფეროვნების მიღწევა, არამედ უმცირესობების ეროვნულ ინსტიტუტებში მეტად წარმოდგენა).

⁷⁶ იხ., e.g., WILLIAM G. BOWEN & DEREK BOK, *THE SHAPE OF THE RIVER: LONG-TERM CONSEQUENCES OF CONSIDERING RACE IN COLLEGE AND UNIVERSITY ADMISSIONS* (1998); STEPHEN THERNSTROM & ABIGAIL THERNSTROM, *AMERICA IN BLACK AND WHITE: ONE NATION, INDIVISIBLE* (1997); *Symposium, Twenty Years After Bakke: The Law and Science of Affirmative Action in Higher Education*, 59 Ohio St. L.J. 663 (1998).

⁷⁷ იხ. აგრეთვე Steven A. Holmes, *Administration Cuts Affirmative Action While Defending It*, N.Y. TIMES, 16 მარტი, 1998, at A17 (რომელიც აღნიშნავს, რომ კლინტონის ადმინისტრაციამ დაასრულა ან შეცვალა აღმჭურველი ქმედების ზოგიერთი პროგრამა მაშინ, როდესაც სხვა პროგრამების კონსტიტუციურობას იცავდა).

ეს ლექცია მსჯელობს სახელმწიფოს მიერ მართულ აღმჭურველი ქმედებების პროგრამების კონსტიტუციურობის დავებზე. სასამართლო უფრო ტოლერანტული იყო კერძო სექტორის მიერ განხორციელებული ნებაყოფლობითი პროგრამებისადმი, თუმცა აქაც სასამართლო პროგრამებს დეტალურად აფასებს დისკრიმინაციის საკანონმდებლო შემაკავებლებთან მიმართებით. იხ. *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193, 208 (1979) (რომელმაც დაადასტურა ნებაყოფლობითი რასობრივი პროგრამა); იხ. ასევე *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616, 640-42 (1987) (რომელმაც დაადასტურა საჯარო ინსტიტუციის განხორციელებული გენდერული პროგრამა; სარჩელი ეფუძნებოდა მე-7 თავს (Title VII) და არა კონსტიტუციას).

ლი ფორმები, განსხვავებით რასაზე დაფუძნებული ოდიოზური კლასიფიკაციებისგან, ერთ დროს მიჩნეული ან რაციონალიზებული იყო, თითქოს ისინი იცავდნენ მეორე სქესს, მაგალითად, კანონები, რომლებიც ქალებს ღამე მუშაობას, ბარში მუშაობას, მძიმე ტვირთის ზიდვასა და ზეგანაკვეთური სამუშაოს შესრულებას უკრძალავდა. საბოლოოდ, ბევრმა ქალმა აღმოაჩინა, რომ ეს კანონები არა თუ ქალებს იცავდა, არამედ იცავდა მამაკაცის სამუშაოს ქალების კონკურენციისგან.⁷⁸ შესაბამისად, სქესზე დაფუძნებული აღმჭურველი ქმედების შეფასებისას გასათვალისწინებელია ის განსხვავებები, რომლებიც არსებობს იმ ზომებს შორის, რომლებიც გულწრფელად მიმართულია ქალთა ისტორიული სუბორდინაციის შედეგების გამოსწორებისკენ და რომლებიც ასაზრდოებენ მითებსა და სტერეოტიპებს და რომლებიც აბრკოლებენ ქალებისთვის მათი სრულყოფილი პოტენციალის მიღწევის პროცესში.

კვლავ ეჭვის თვალით ვუყურებ აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს თანასწორობის უზრუნველყოფის გადაწყვეტილებების მოწესრიგებულ პაკეტებად დაჯგუფების მცდელობებს, „მკაცრი შეფასების,“ „შუალედური“ შემოწმების, მსუბუქი ან „რაციონალური ურთიერთობების“ გადასინჯვების სათაურების ქვეშ. მიუხედავად ამისა, მიმაჩნია, რომ სწორი იქნება სასამართლოს ამჟამინდელი მიდგომის შეფასება სქესზე დაფუძნებული კლასიფიკაციისადმი, როგორც უფრო მოქნილი რასობრივ კლასიფიკაციებთან შედარებით. ამჟამინდელი ფორმულირების თანახმად, სქესზე დაფუძნებული მონახაზი ტესტს ვერ გაივლის, თუკი სახელმწიფო არ გამოძებნის „განსაკუთრებით დამაჯერებელ გამართლებას,“⁷⁹ და არ დაეყრდნობა „განზოგადებას იმის შესახებ [მოცარტის ოპერის სახელწოდებას რომ დავესესხოთ, *Così fan tutti*], თუ 'როგორები არიან ქალები.'“⁸⁰ ირონიულია, რომ სქესობრივ კლასიფიკაციასთან დაკავშირებული უფრო ნაკლებად მკაცრი სტანდარტების გამო, გადაწყვეტილების მიმღებმა ზოგიერთმა პირმა დაასკვნა, რომ ქალთა დახმარების მცდელობები ნაკლებად ექვემდებარება კონსტიტუციურ თავდასხმებს ისტორიულად ჩაგრული რასობრივი უმცირესობების დახმარების მცდელობებთან შედარებით.⁸¹ ვფიქრობ, რომ ეს საკმაოდ პრობლემური მოცემულობაა.

სქესთან დაკავშირებულ საქმეებში, თავდაპირველად, სასამართლო არ იყო თავდაჯერებული. 1974 წლის საქმეში *Kahn v. Shevin*,⁸² სადაც სასამართლოში ადვოკატის პოზიციიდან ვდავობდი და წავაგე, სასამართლომ დასაშვებ პრეფერენციად ცნო ფლორიდის მე-19 საუკუნის დროინდელი კანონი, რომელიც ქვრივ ქალებს უძრავი ქონების გადასახადისგან ათავისუფლებდა. ფლორიდის შტატმა ეს მცირე შეღავათი ქვრივი ქალების გარდა მიანიჭა უსინათლო ადამიანებსა და შშმ პირებს. სასამართლომ ეს გამო-

⁷⁸ იხ., e.g., Ruth Bader Ginsburg, *Sex Equality and the Constitution*, 52 TUL. L. REV. 451, 454-55 (1978).

⁷⁹ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 531 (1996) (ციტირებს *J.E.B. v. Alabama ex rel.T.B.*, 511 U.S. 127, 136-37 & n.6 (1994), და *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 (1982)).

⁸⁰ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 531 (1996) (ციტირებს *J.E.B. v. Alabama ex rel.T.B.*, 511 U.S. 127, 136-37 & n.6 (1994), და *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 (1982)). 80. *Id.* at 550.

⁸¹ იმ შემთხვევაში, როდესაც ფედერალურმა სააპელაციო სასამართლომ დაადასტურა ქალაქის პრეფერენციული მიდგომა ქალის საკუთრებაში არსებული ბიზნესისადმი, მაგრამ არა უმცირესობის საკუთრებაში არსებული ბიზნესისადმი. იხ. *Associated Gen. Contractors v. City of San Francisco*, 813 F.2d 922, 931-32, 941-42, 944 (9th Cir. 1987).

⁸² 416 U.S. 351 (1974).

ნაკლისი მიიჩნია სამართლიან კომპენსაციად ქვრივი ქალებისთვის იმ არახელსაყრელი პირობებისათვის, რომლებსაც ისინი აწყდებოდნენ. ჩემი აზრით, სასამართლომ სათანადო ყურადღება არ მიაქცია ქალის, როგორც დაქვემდებარებული მეუღლის როლს. სასამართლომ მიიჩნია, რომ კანონი პასუხობდა სამსახურში ქალთა მიმართ დისკრიმინაციულ მოპყრობას. მაგრამ, ეს რომ მართლაც განზრახული ყოფილიყო, მაშინ კარგი დამკვირვებელი დასვამს კითხვას: რატომ არ ვრცელდებოდა ეს გამონაკლისი განქორწინებულ ქალებსა და ოჯახის უფროს მარტოხელა ქალებზე, იმ ქალებზე, რომლებიც შესაძლოა ყველაზე მეტად განიცდიდნენ სამუშაო ადგილზე დისკრიმინაციას?⁸³

თუმცა მომდევნო წელს, სასამართლომ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ სქესზე დაფუძნებული დიფერენციაციის შეფასებისას არ იქნებოდა გათვალისწინებული კომპენსაციის რაციონალი. 1975 წელს და, კიდევ ერთხელ, 1977 წელს სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო გენდერზე დაფუძნებული დიფერენციაცია სოციალურ შემწეობასთან დაკავშირებულ კანონმდებლობაში, სადაც კლასიფიკაცია ეყრდნობოდა კაცი-მარჩენალისა და მასზე დამოკიდებული ქალის სტერეოტიპებს.⁸⁴ ამ საქმეებში სასამართლომ კანონმდებელს მოსთხოვა ბავშვებზე ზრუნვის ბენეფიტების გავრცელება როგორც ქვრივ კაცებზე, ისე ქვრივ ქალებზე და დაადგინა, რომ იმ ქალებს, რომლებიც ხელფასს იღებენ, უნდა ჰქონდეთ იგივე სოციალური დაზღვევა თავიანთი ოჯახებისთვის, როგორც კაცებს აქვთ. შემდგომში, 1977 წელს, რასაზე დაფუძნებულ აღმჭურველ ქმედებასთან დაკავშირებულ Bakke-ს გადაწყვეტილებამდე ერთი წლით ადრე, სასამართლომ კონსტიტუციურად ცნო პრეფერენციული ზომა, რომელიც გონივრულად გამართლებული იყო იმით, რომ იგი მცირედით ამცირებდა დასაქმების ადგილას დისკრიმინაციას, რასაც ქალები განიცდიდნენ.

⁸³ იხ. Ginsburg, *supra* სქოლიო 21, at 816-17. სასამართლოს კვლავ გამორჩა ნიშანი, რომელიც მოცემული იყო საქმეში Schlesinger v. Ballard, 419 U.S. 498 (1975), როდესაც მან დაადასტურა საზღვაო ფლოტის რეგულაცია, რომელიც კაც ოფიცრებს აყენებდა მკაცრ „ზემოთ ან გარეთ“ დაწინაურების სისტემაში, თუმცა ქალებს უფრო დიდ დროს აძლევდა სავალდებულო გათავისუფლებამდე თუ მათი წინსვლის მცდელობები უშედეგო იქნებოდა. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ განსხვავება მიიჩნია ქალებისთვის ხელშემშლელი პირობების კომპენსაციად, რეგულაციის ეფექტი არც ისე ცხადი იყო. ბევრ შემთხვევაში რეგულაცია გამოყენებული იყო ქალების საწინააღმდეგოდ, როდესაც ქალ ოფიცრებს გადადგომის შემთხვევაში უარს ეუბნებოდნენ შეწყვეტის კომპენსაციაზე, რასაც მამაკაცები ადვილად იღებდნენ. ამ რეგულაციამ უფრო მეტიც, არაფერი შეცვალა კაცების წინსვლის მხარდამჭერ ქსელში, რომლითაც ქალები ვერ სარგებლობდნენ. იხ. Ginsburg, *supra* სქოლიო 21, at 817-18. მხოლოდ გასულ წელს სასამართლოს წინაშე დადგა ერთ დროს ყოვლისმომცველი გენდერული კატეგორიზაცია. საქმე Miller v. Albright, 118 S. Ct. 1428 (1998), ეხებოდა აშშ-ის მოქალაქეობის საჩივარს, აშშ-ის კაცის მოქალაქის ქალიშვილის მხრიდან. მოსარჩელე სადავოდ ხდიდა შეზღუდვებს, რომლითაც აშშ-ის მოქალაქე მამების მიერ მოქალაქეობა გადაეცემოდათ შვილებს, ასეთი შეზღუდვები არ ეხებოდა აშშ-ის მოქალაქე ქალებს. ამ შეზღუდვებს მოსარჩელე თანასწორობის დარღვევად მიიჩნევდა. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ არ დააკმაყოფილა ქალიშვილის მოთხოვნა, ხუთმა მოსამართლემ აღიარა, რომ სადავო კანონმდებლობა დედებისა და მამების შვილებთან ურთიერთობების ზედმეტად ფართო და შესაბამისად, არაკონსტიტუციურ, განზოგადებას წარმოადგენდა. იხ. *id.* at 1445-46 (მოსამართლე ო'კონორი, რომელსაც უერთდება მოსამართლე კენედი გადაწყვეტილების თანმხვედრ აზრში); 1449-50 (მოსამართლე გინსბურგი, რომელსაც უერთდება მოსამართლე საუტერი და მოსამართლე ბრაიერი განსხვავებულ აზრში); 1460-63 (მოსამართლე ბრაიერი, რომელსაც უერთდება მოსამართლე საუტერი და მოსამართლე გინსბურგი განსხვავებულ აზრში).

⁸⁴ იხ. Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636, 637-39 (1975); Califano v. Goldfarb, 430 U.S. 199, 216-17 (1977). ეს გადაწყვეტილებები მიჰყვება მანამდე გავლილ გზას საქმეში Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973).

საქმეში *Califano v. Webster*⁸⁵ სასამართლომ არ დააკმაყოფილა კაცი დასაქმებულის საჩივარი სოციალურ შემწეობასთან დაკავშირებული დებულების შესახებ, რომელიც ბენეფიტების დადგენის მიზნით, ქალ დასაქმებულებს, კაცებთან შედარებით, აძლევდა უფრო მეტი ისეთი წელიწადის გამორიცხვის შესაძლებლობას, რომლებშიც მათ უფრო დაბალი შემოსავალი ჰქონდათ. სასამართლოს გადაწყვეტილებამ მიუთითა საჭიროებაზე, „პასუხი გაეცეს სამუშაო ბაზარზე ქალთა მიმართ არსებულ დისკრიმინაციას“⁸⁶ და „მოხდეს ქალთა მიერ განცდილი ეკონომიკური უუნარობის კომპენსირება“.⁸⁷ მოკლედ, ეს შედარებით ნაკლებად სადავო საქმეა სქესზე დაფუძნებულ კლასიფიკაციასთან დაკავშირებით, სადაც სასამართლომ განამტკიცა საზოგადოებაში არსებული დისკრიმინაციის რაციონალი, რომელიც წააგავდა უფლების აღმდგენ გამართლებას, მისი გაზიარება კი სასამართლომ არ მოისურვა უფრო სადავო საქმეში ერთი წლის შემდეგ, რომელიც დაკავშირებული იყო რასასთან და სამედიცინო სასწავლებელში ჩარიცხვასთან.⁸⁸

საყოველთაო დეკლარაციასთან თანხვედრაშია ის, რომ აშშ-ში აღმჭურველ ქმედებასთან დაკავშირებულ გადაწყვეტილებებში გვხვდება როგორც სოციალური კეთილდღეობის, ისე ისტორიული დისკრიმინაციის გამოსწორების თემები. შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ამ საკითხთან დაკავშირებული კანონები ჯერ კიდევ ვითარდება და ისინი სხვადასხვანაირადაა განმარტებული.

ჩემი მსჯელობა არასრული იქნებოდა, თუ, სულ მცირე, არ ვახსენებდი მედიის, დაბალი ინსტანციების სასამართლოებისა და პოლიტიკური კამპანიების რეაქციას აღმჭურველ ქმედებაზე. მაგალითად, გასულ გაზაფხულს, Washington Post-ის მიმომხილველმა აღწერა თეთრკანიანი მომჩივანის საქმე, რომლის მიღებაზეც უარი თქვა ვაშინგტონის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლამ, რაც, მომჩივანის მტკიცებით, მოხდა მისი კანის ფერის გამო, მიუხედავად იმისა, რომ მან მოახერხა სიღარიბის დაძლევა და განათლების მიღების პროცესში დაბალანაზღაურებად სამსახურებში მუშაობდა.⁸⁹ წინა ნოემბერს

⁸⁵ 430 U.S. 313 (1977).

⁸⁶ *Id.* at 319.

⁸⁷ *Id.* at 320.

⁸⁸ შდრ. Ginsburg, *supra* სქოლიო 21, at 823-24 (სადაც მოცემულია მსჯელობა, რომ *Califano v. Webster* საქმემ განაპირობა სასამართლოს გადაწყვეტილება *Bakke*-ს საქმეზე). სასამართლომ ასევე აღიარა, რომ კანონმდებლებს შეუძლიათ, გაითვალისწინონ ქალის უნიკალური უნარი, გააჩინოს ბავშვი, თუმცა მხოლოდ მაშინ, როდესაც კანონმდებლის მიერ დადგენილი განსხვავება მიზნად ისახავს ქალის დასაქმების შესაძლებლობების გაზრდას. იხ. *California Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Guerra*, 479 U.S. 272, 289-90 (1987) (რომელიც ადასტურებს კალიფორნიის კანონს, რომელიც მოითხოვდა დამსაქმებლებისგან შვებულების მიცემას და ადდგენის შესაძლებლობის უზრუნველყოფას ორსულობის გამო შრომისუუნარო თანამშრომლებისთვის, თუმცა მსგავს დაცვას არ სთავაზობდა სხვა მიზეზით შრომისუუნარო დასაქმებულებს; კანონი მიჩნეულ იქნა მე-7 თავის (Title VII) აკრძალვებთან შესაბამისად, რომელიც კრძალავს დასაქმებულთა დისკრიმინაციას სქესის, ორსულობის ან ბავშვის ყოლის გამო); შდრ. *Case C-394/96, Brown v. Rentokil Ltd.*, 1998 E.C.R. I-4185 (1998) (ევროკავშირის თანაბარი მოპყრობის დირექტივა გამორიცხავს ქალი დასაქმებულების გათავისუფლებას სამსახურიდან ორსულობის პერიოდში გაცდენების გამო, რაც დაკავშირებული იყო ორსულობასთან). დამცავი ქმედებები, რომლებიც ზღუდავს ქალების მონაწილეობას დასაქმების ადგილზე, არღვევს ფედერალურ აკრძალვას სქესის ნიშნით დისკრიმინაციაზე. *International Union, United Auto. Workers v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187, 211 (1991); იხ. also *supra* სქოლიო 29 და თანმდევნი ტექსტი.

⁸⁹ იხ. Nat Hentoff, *The Cost of Checking 'White,'* WASH. POST, 9 მაისი, 1998, at A15; იხ. ასევე Laura L. Hirschfeld, *Colleges Try to Explain Why Top Grades, Test Scores Don't Matter*, DET. NEWS, 26 აპრილი, 1998, at 5B (აღმჭურველი ქმედება ნებას რთავს „უნივერსიტეტებს [...], მოახდინონ თეთრკანიანი მამაკაცების დისკრიმინაცია *en masse*“). უფრო ზოგადად, აღმჭურველი ქმედება იქცა ელვად უფრო ფარ-

ვაშინგტონი კალიფორნიის შემდეგ მეორე შტატი გახდა, სადაც სახალხო ინიციატივის საფუძველზე, შეიზღუდა სახელმწიფოს მიერ მხარდაჭერილი აღმჭურველი ქმედებები.⁹⁰ ფედერალური სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გამო ტექსასში და კალიფორნიაში საარჩევნო ინიციატივის შედეგად, ჩვენი ქვეყნის ორ წამყვან უნივერსიტეტს მოეთხოვა რასობრივი პრეფერენციის შეწყვეტა და, სანაცვლოდ, სტუდენტების მიღება კანის ფერის გაუთვალისწინებლად.⁹¹ პირველმა რაიონულმა სააპელაციო სასამართლომ კი ცოტა ხნის წინ დაადგინა, რომ რასობრივი პრეფერენციები დაუშვებელია საჯარო სკოლის დამამთავრებელ კლასებში სტუდენტების მიღების პროცესში.⁹² ამ გადაწყვეტილებებმა და მათმა უშუალო შედეგებმა აღმჭურველი ქმედების მოწინააღმდეგეებიც კი დააფიქრა საკუთარ პოზიციებზე.⁹³ რეაქციამ ასევე წარმოშვა ემპირიული

თო საკითხებისთვის სოციალურ პოლიტიკაში და რასებს შორის ურთიერთობაში. იხ., *e.g.*, Michael Kinsley, *The Spoils of Victimhood*, THE NEW YORKER, 27 მარტი, 1995, at 62, 69 („აღმჭურველი ქმედება იქცა სამსხვერპლოდ თეთრკანიანი საშუალო ფენის შფოთვისათვის,” მიუხედავად იმისა, რომ მისი „რეალური როლი [...] თეთრკანიანი ადამიანებისთვის შესაძლებლობებზე უარის თქმაში ძალიან მცირეა, შედარებით მის როლთან, საზოგადოების წარმოსახვასა და საჯარო დებატებისათვის“).

⁹⁰ იხ. Sam Howe Verhovek, *From Same-Sex Marriages to Gambling, Voters Speak*, N.Y. Times, 5 ნოემბერი, 1998, at B1, B10.

⁹¹ იხ. *Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932, 934 (5th Cir.), *cert. denied*, 518 U.S. 1033 (1996); California Proposition 209, codified as Cal. Const. მუხლი 1, § 31; შტრ. *Podberesky v. Kirwan*, 38 F.3d 147, 161-62 (4th Cir. 1994) (რომელიც აუქმებს მერილენდის უნივერსიტეტის ბანკერის სასტიპენდიო პროგრამას აფრო-ამერიკელი სტუდენტებისთვის).

⁹² იხ. *Weissman v. Gittens*, 160 F. 3d 790 (1st Cir. 1998); იხ. also Latin Lesson, *The New Republic*, 14 დეკემბერი, 1998, at 7, 8 (რომელიც ასკვნის, რომ Weissman-ის გადაწყვეტილებამ წარმოაჩინა „რამდენად სუსტი“ გახდა Bakke-ს მრავალფეროვნების რაციონალი).

⁹³ იხ., *e.g.*, Nathan Glazer, *In Defense of Preference*, NEW REPUBLIC, 6 აპრილი, 1998, at 18. 1997 წელს უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტზე შემავალი კლასი მოიცავდა მხოლოდ ოთხ აფრო-ამერიკელს და 26 მექსიკელ ამერიკელს. მის წინა წელს, როდესაც ფაკულტეტმა რასა „პლიუს“ ფაქტორად მიიჩნია მიღების პროცესში, 31 აფრო-ამერიკელი და 42 მექსიკელი ამერიკელი მიიღო. იხ. Janet Elliott, *Hopwood Appeal Focuses on Future Without Racial Preferences*, TEX. LAW., 25 მაისი, 1998, at 8. კალიფორნიის უნივერსიტეტმა ბერკლიში მიიღო მხოლოდ ერთი აფრო-ამერიკელი სტუდენტი სამართლის ფაკულტეტზე 1997 წელს, თუმცა გადასინჯული მიღების სტანდარტებმა, გარკვეულწილად, გაზარდა აფრო-ამერიკელი და ლათინო-ამერიკელი სტუდენტებისთვის შეთავაზებები 1998 წელს. იხ. John E. Morris, *Boalt Hall's Affirmative Action Dilemma*, AM. LAW., ნოემბერი, 1997, at 4; Jenna Ward, *Boalt Boosts Minority Enrollment by Downplaying Grades, Scores*, Nat'l L.J., 18 მაისი, 1998, at A16. მკვეთრი ვარდნით აღინიშნა პირველ საფეხურზე უმცირესობების მიღება ბერკლის კამპუსზე 1998 წლის გაზაფხულზე, პირველ წელს, როდესაც კოლეჯმა ფერის გაუთვალისწინებლად მიიღო გადაწყვეტილებები. იხ. Frank Bruni, *Blacks at Berkeley Are Offering No Welcome Mat*, N.Y. TIMES, 2 მაისი, 1998, at A1.

მიუხედავად იმისა, რომ ეს კლება დრამატულია, ისინი ელიტური უნივერსიტეტებისთვის მახასიათებელი ფენომენია. შედარებით ნაკლებ სელექციური კამპუსები კალიფორნიის უნივერსიტეტში მცირე კლებას განიცდიდა უმცირესობების მიღებაში გასულ წელს - ან ზოგ შემთხვევაში გარკვეულ ზრდასაც კი. *Id.* at A8. კოლეჯებში მიღებების ეროვნულმა კვლევამ წარმოაჩინა, რომ რასის მიხედვით, აღმჭურველი ქმედება მოქმედებს მიღების გადაწყვეტილებებზე მხოლოდ სელექციურ სასწავლებლებში, სადაც ყველა სტუდენტის მხოლოდ ერთი მეხუთედი სწავლობს. „სულ მცირე, ექსკლუზიურ სასწავლებლებში, რომლებშიც 4-წლიანი კოლეჯის სტუდენტების 80 პროცენტი იღებს განათლებას, რასა მცირე ან ნულოვან როლს თამაშობს მიღების გადაწყვეტილებებში.“ Thomas J. Kane, *Racial and Ethnic Preferences in College Admissions*, 59 Ohio St. L.J. 971, 972 (1998).

პრეფერენციების გაუქმებამ ასევე გამოიწვია კანონმდებლებსა და განმანათლებლებში სხვა სტრატეგიების განხილვა მრავალფეროვნების გასაზრდელად სტუდენტებს შორის. ტექსასის ცოტა ხნის წინ მიღებული „10 პროცენტისანი გეგმით,“ სტუდენტები, რომლებიც სკოლის დამამთავრებელი კლასის უმაღლესი შედეგების მქონე 10 პროცენტში მოხვდებიან, ავტომატურად მიიღებიან შტატის ყველაზე სელექციური საჯარო კოლეჯში, მიუხედავად მათი SAT ქულებისა. ამის ერთი შედეგი იყო უმცირესობის წარმომადგენელი კვალიფიციური სტუდენტების რაოდენობის ზრდა ამ კოლეჯებში. პოლიტიკამ ასევე გაზარდა თეთრკანიანი სკოლადამთავრებულების შესაძლებლობა ტექსასის სასოფლო დასახლებებიდან, რომელთა შედეგები სტანდარტიზებულ ტესტებში სუსტი იყო. იხ. Lani Guinier, *An Equal Chance*, N. Y. TIMES, 23 აპრილი, 1998, at A25. ამავე

კვლევები, რომლებიც ეხება აღმჭურველი ქმედების შედეგებს როგორც სასწავლო დაწესებულებებში, ისე სამუშაო ადგილებზე.⁹⁴ რომ დავასკვნათ, ის, რისი მოწმენიც ახლავართ, შესაძლოა, იმ მოსაზრების სიბრძნეს წარმოაჩენდეს, რომ ამერიკის სიმბოლო არათუ თეთრთავა არწივი, არამედ ქანქარაა.

3. ინდოეთი

შედარებითი მიმოხილვისთვის, პირველად შევჩერდები ინდოეთის აღმჭურველ ქმედებებზე ჩაგრული კასტების მხარდასაჭერად, რაც აერთიანებს აშშ-სთან შედარებით უფრო ძველ და ფართომასშტაბიან ინიციატივას. დროის სიმცირის გამო, ვახსენებ მხოლოდ კასტებზე დაფუძნებულ პროგრამებს, მიუხედავად იმისა, რომ ინდოეთს ასევე აქვს მცდელობები, გააუმჯობესოს ქალების სტატუსი და მათი კეთილდღეობა.⁹⁵ ინდოეთმა გაბედულად აიღო გეზი აღმჭურველი ქმედებებისკენ 1950 წლის კონსტიტუციაში, რომელიც როგორც ხალხთა პალატაში, ისე ქვეყნის საკანონმდებლო ორგანოს ასამბლეაში გამოყოფს ადგილებს ინდოეთის ყველაზე დაბალი სოციალური კასტების წარმომადგენლებისთვის.⁹⁶ ამასთან, კონსტიტუცია სახელმწიფოს შესაძლებლობას აძლევს,

ხაზის გაგრძელებაა, რომ კალიფორნიის ახალარჩეულმა გუბერნატორმა წარმოადგინა გეგმა, საუკეთესო შედეგების მქონე დამამთავრებელი კლასის მოსწავლე ოთხი პროცენტისთვის კალიფორნიის უნივერსიტეტში ადგილების გამოყოფაზე. იხ. *In Search of the Golden Mean*, THE ECONOMIST, 9 იანვარი, 1999 at 27, 28. საგანმანათლებლო სასწავლებლებს, რომელთაც არ შეუძლიათ, დაეყრდნონ რასობრივ პრეფერენციებს, ასევე შეუძლიათ, სცადონ რასობრივი მრავალფეროვნების მიღწევა რასობრივად ნეიტრალური საშუალებებით, როგორცაა გეოგრაფიული და სოციო-ეკონომიკური პრეფერენციები. იხ. Kathleen M. Sullivan, *After Affirmative Action*, 59 OHIO ST. L.J. 1039 (1998) (რომელიც აცხადებს, რომ რასობრივად ნეიტრალური პრეფერენციები კონსტიტუციურად უნდა იყოს მიჩნეული); იხ. ასევე Samuel Issacharoff, *Can Affirmative Action Be Defended*, 59 OHIO ST. L.J. 669 (1998) (რომელიც ასკვნის, რომ სუსტი აღმჭურველი ქმედებები შეუცვლელია აშშ-ის უმაღლესი განათლების მისიისათვის).

⁹⁴ იხ., e.g., BOWEN & BOK, *supra* სქოლიო 76; RESKIN, *supra* სქოლიო 68; Maureen Hallinan, *Diversity Effects on Student Outcomes: Social Scientific Evidence*, 59 OHIO ST. L.J. 733 (1998).

⁹⁵ აღვნიშნავ, თუმცა, რომ ინდოეთის კონსტიტუცია, მსგავსად საყოველთაო დეკლარაციისა, ბუნდოვანია გენდერზე დაფუძნებულ პროგრამებთან დაკავშირებით. ინდოეთის კონსტიტუციის მე-15 მუხლი, რომელიც კრძალავს სქესის ან სხვა ნიშნით დისკრიმინაციას, აცხადებს: „ამ მუხლიდან არაფერს შეუძლია შეზღუდოს სახელმწიფო შემოიღოს რაიმე ტიპის სპეციალური საშუალება ქალებისა და ბავშვებისათვის.“ INDIA CONST. მუხლი 15(3); იხ. ასევე *id.* მუხლი 42 (არააღსრულებადი ნორმა, რომელიც სახელმწიფოს მიუთითებს, „შეიმუშავოს ნორმა, რომელიც სამართლიან და ადამიანურ პირობებს უზრუნველყოფს სამუშაოსა და დეკრეტული შევსებებისათვის“). ინდოეთის სასამართლოებს გამოუყენებიათ მე-15 მუხლი რათა დაედგინებინათ ქალთა სასარგებლო ზოგიერთი აღმჭურველი ქმედება. იხ., e.g., Dattatraya v. State of Bombay, 1953 A.I.R. 40 (Bom.) 311 (რომელიც ადასტურებს ქალებისთვის ადგილების გამოყოფას მუნიციპალურ არჩევით საბჭოში). კანონმდებლები, რომლებიც პროგრამებს ინდოეთის კონსტიტუციის ენაზე აფუძნებენ, რასაკვირველია ახორციელებენ „ქალებისა და ბავშვებისათვის“ ქმედებებს, რომლებიც გარკვეულწილად ინდოეთის კონსტიტუციურ თანასწორობის ვალდებულებას აძლიერებს. იხ., e.g., INDIA CONST. მუხლი 39 (არააღსრულებადი ნორმა, რომელიც სახელმწიფოს ურჩევს, „პოლიტიკა მიმართოს იმისათვის, რომ უზრუნველყოს - (ა) მოქალაქეს, ქალს და კაცს თანასწორად, ჰქონდეს უფლება ცხოვრების ადეკვატურ შესაძლებლობებზე; [და] (დ) თანაბარი შრომისთვის თანაბარი ანაზღაურება იყოს როგორც კაცისთვის, ისე ქალისთვის“).

⁹⁶ იხ. INDIA CONST. მუხლი 330; *id.* მუხლი 332. კონსტიტუცია გამოყოფს ამ ადგილებს „რეგისტრირებული კასტების“ და „რეგისტრირებული ტომების“ წევრებისთვის. „რეგისტრირებული კასტები“ ინდოეთის ხელშეუხებლები არიან, მოქალაქეები, რომლებიც დაიბადნენ ტრადიციული ჰინდუ კასტის სისტემის ყველაზე დაბალ დონეზე. იხ. Marc Galanter, *COMPETING EQUALITIES: LAW AND THE BACKWARD CLASSES IN INDIA* 122 (1984). „რეგისტრირებული ტომები“ წარმოადგენს „კვფუებს, რომლებიც გამოირჩევიან 'ტომური მახასიათებლებით' და მათი გაფანტული და კულტურული იზოლაციით მოსახლეობის დიდი ჯგუფისაგან.“ *Id.* at 147. რეგისტრირებული კასტების წევრები ინდოეთის მოსახლეობის დაახლოებით 15.8%-

„გამოყოს“ საჯარო „დანიშვნები და თანამდებობები“ [...] „მოქალაქეთა ნებისმიერი ჩაგრული კლასის [წევრებისთვის], რომლებიც, სახელმწიფოს აზრით, არ არიან სახელმწიფოს სერვისებში სათანადოდ წარმოდგენილნი“.⁹⁷ ეს ნებართვა აზუსტებს პუნქტს, რომელიც სხვა შემთხვევაში კრძალავს დისკრიმინაციას სახელმწიფო სამსახურში.⁹⁸

მეტიც, ინდოეთის კონსტიტუცია ითვალისწინებს სახელმწიფოს ვალდებულებას, „განსაკუთრებული ზრუნვით, ხელი შეუწყოს ხალხთა უფრო სუსტი სექციების - და, განსაკუთრებით, ყველაზე უფრო არახელსაყრელ პირობებში მყოფი კასტების საგანმანათლებლო და ეკონომიკურ ინტერესებს“.⁹⁹ მართალია, ეს ჩანაწერი კონსტიტუციის იმ ნაწილში გვხვდება, რომელიც სამართლებრივად აღსრულებადი არ არის, მაგრამ იგი ჩამოთვლის სახელმწიფოს პოზიტიურ პასუხისმგებლობას, დაეხმაროს არახელსაყრელ მდგომარეობაში მყოფ ჩაგრულ კლასებს. შესაბამისად, ინდოეთის კონსტიტუციით აშკარად ნებადართული და წახალისებულია აღმჭურველი ქმედება.

მართლაც, აღმჭურველი ქმედებისთვის ლეგიტიმაციის უზრუნველყოფის სურვილმა წარმოშვა კონსტიტუციის პირველი შესწორება 1951 წელს. ამ წლის აპრილში ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო „დათქმა“, ანუ კვოტა სტუდენტებისთვის, რომელსაც სახელმწიფო სამედიცინო სასწავლო დაწესებულებები გამოყოფდნენ სტუდენტებისთვის არახელსაყრელ პირობებში მყოფი კლასებიდან, რა დროსაც სასამართლომ აღნიშნა, რომ კონსტიტუცია ასეთ დათქმებს ითვალისწინებდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც საქმე ეხებოდა ადგილებს საკანონმდებლო ორგანოში და სახელმწიფო სამსახურს.¹⁰⁰ ორი თვის შემდეგ, ინდოეთის კონსტიტუციაში შევიდა შესწორება, რომელიც იძლეოდა აღმჭურველი ქმედების განხორციელების შესაძლებლობას საგანმანათლებლო და სხვა კონტექსტებში. დღესდღეობით 15(4) მუხლი პირდაპირ ადგენს, რომ „კონსტიტუციის ანტიდისკრიმინაციული მუხლები არ უნდა იყოს განმარტებული იმგვარად, რომ სახელმწიფოს ხელი შეეშალოს ისეთი სპეციალური დებულების

ია, რეგისტრირებული ტომები კი 7.8%. იხ. E.J. Prior, *Constitutional Fairness or Fraud on the Constitution? Compensatory Discrimination in India*, 28 CASE W. RES. J. INT'L L. 63, 67 nn.18-19 (1996).

⁹⁷ INDIA CONST. მუხლი 16(4). 1995 წლის ცვლილებებმა მსგავსი დათქმა დაამატა საჯარო სამსახურში წახალისებაზე, თუმცა ეს უკანასკნელი მიემართება მხოლოდ „რეგისტრირებულ კასტებს და რეგისტრირებულ ტომებს“. *Id.* მუხლი 16(4A). „ჩამორჩენილი კლასების“ კატეგორია 16(4) მუხლში, ისევე, როგორც ქვემოთ ნახსენებ მუხლში მოიცავს რეგისტრირებულ კასტებს, რეგისტრირებულ ტომებს და სხვა კასტებს, რომლებიც ჩაგვრას განიცდიან. როგორც ინდოეთის უზენაესი სასამართლო მოწმობს, „ჩამორჩენილი კლასების“ განმარტება ამ კონსტიტუციურ ნორმებში არაა ცხადი. იხ., *e.g.*, *Balaji v. State of Mysore*, A.I.R. 1963 S.C. 649 (კასტა შეიძლება წარმოადგენდეს ერთ კრიტერიუმს ჩამორჩენილობის განსაზღვრისთვის, თუმცა სახელმწიფომ სხვა ფაქტორებსაც უნდა შეხედოს); *Chitralkha v. State of Mysore*, A.I.R. 1964 S.C. 1823 (კასტების გათვალისწინება ჩამორჩენილობის დასადგენად დასაშვებია, მაგრამ არა სავალდებულო); *P. Rajendran v. State of Madras*, A.I.R. 1968 S.C. 1012 (სახელმწიფოს შეუძლია განსაზღვროს, რომ მთლიანი კასტა ჩამორჩენილია და შემდეგ კასტა ჩამორჩენილობის განსაზღვრისთვის გამოიყენოს); *Vasanth Kumar v. State of Karnataka*, A.I.R. 1985 S.C. 1495 (რომელიც ადასტურებს კასტის, როგორც ჩამორჩენილი კლასის განმსაზღვრელი ერთეულის გამოყენებას); *Indra Sawhney v. Union of India*, A.I.R. 1993 S.C. 477 (რომელიც აყალიბებს ჩამორჩენილობის განსაზღვრის სტანდარტებს).

⁹⁸ იხ. INDIA CONST. მუხლი 16(2); იხ. ასევე *id.* მუხლი 16(1) (რომელიც გარანტირებულად აცხადებს „ყველა მოქალაქის თანასწორობას შესაძლებლობებში, დასაქმების ან სახელმწიფო თანამდებობაზე დანიშვნის საკითხებში“).

⁹⁹ *Id.* მუხლი 46. მუხლის ბოლო ნაწილი მიემართება სპეციალურ ყურადღებას „რეგისტრირებულ კასტებსა და რეგისტრირებულ ტომებზე.“ თუმცა თავდაპირველი მუხლი, თითქოს, ასევე მოიცავს სხვა „უფრო სუსტი სექციების“ ადამიანებს. *Id.*

¹⁰⁰ იხ. *State of Madras v. Champakam Dorairajan*, A.I.R. 1951 S.C. 226.

მიღებაში, რომლის მიზანია სოციალურად ან განათლების მხრივ უკან მყოფი მოქალაქეების კლასების განვითარება“.¹⁰¹

ინდოეთის ზოგიერთი შტატი ინარჩუნებდა აღმჭურველ ქმედებებს, ანუ „დათქმებს“ ქვეყნის დამოუკიდებლობის გამოცხადების დროიდან.¹⁰² ეს პროგრამები ითვალისწინებდა ადგილების გამოყოფას საჯარო უნივერსიტეტებში ან სახელმწიფო თანამდებობებზე ინდოეთის ჩაგრული კასტების წევრებისთვის.¹⁰³ 1963 წლიდან მოყოლებული არაერთ გადაწყვეტილებაში ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ ეს პროგრამები კონსტიტუციურად ცნო, თუმცა მათ ადმინისტრირებაზე გარკვეული შეზღუდვები დააწესა. აღსანიშნავია, რომ სასამართლომ დაადგინა 50 პროცენტიანი ზღვარი იმ ადგილების რაოდენობაზე, რომლებიც შესაძლოა, განკუთვნილი იყოს არახელსაყრელ პირობებში მყოფი მოქალაქეებისთვის.¹⁰⁴ ასეთი მაღალი ზღვარი შესაძლოა გასაკვირი აღმოჩნდეს დამკვირვებლებისთვის ისეთი სამართლებრივი სისტემებიდან, რომლებიც უფრო სკეპტიკურია აღმჭურველი ქმედების მიმართ.

1970 წლიდან, ინდოეთის აღმჭურველი ქმედების პროგრამები გაიზარდა როგორც გავრცელების გეოგრაფიული არეალის (პროგრამები უფრო მეტმა შტატმა მიიღო), ისე მასშტაბის (უფრო მეტი კლასი დაკვალიფიცირდა არახელსაყრელ პირობებში მყოფად) თვალსაზრისით. ცენტრალურმა მთავრობამ უფრო ნელი ტემპებით დაუჭირა მხარი პრეფერენციებს, ვიდრე ზოგიერთმა შტატმა.¹⁰⁵ თუმცა 1990 წელს პრემიერმინისტრმა ვ. პ. სინგმა გამოაცხადა, რომ იგი შემოიღებდა რეკომენდაციებს, რომლებიც მოცემული იყო 10-წლიანი მანდალის კომისიის ანგარიშში.¹⁰⁶ სამი წლის შემდეგ ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ კონსტიტუციურად ცნო ამ რეკომენდაციების უმრავლესობა და ცენტრალურმა მთავრობამ მათი იმპლემენტაცია დაიწყო.¹⁰⁷

¹⁰¹ INDIA CONST. მუხლი 15(4). კონსტიტუციის სხვა მითითებების პარალელურად ყველაზე ჩაგრული კასტების მიმართ, ნორმა ამბობს: „ან რეგისტრირებული კასტებისათვის და რეგისტრირებული ტომებისათვის.“ *Id.*

¹⁰² ზოგიერთი პროგრამა აგრძელებს სისტემებს, რომლებიც ბრიტანეთის მმართველობისას დამკვიდრდა, რაც კიდევ უფრო ამწვავებს მათ ირგვლივ არსებულ წინააღმდეგობას. იხ. Prior, *supra* სქოლიო 96, at 72-73.

¹⁰³ იხ., *e.g.*, Galanter, *supra* სქოლიო 96, at 87; SUNITA PARIKH, THE POLITICS OF PREFERENCE: DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND AFFIRMATIVE ACTION IN THE UNITED STATES AND INDIA 159-64 (1997).

¹⁰⁴ იხ. Balaji v. State of Mysore, A.I.R. 1963 S.C. 649; იხ. also Devadasan v. Union of India, A.I.R. 1964 S.C. 179 (რომელიც ზღუდავს შეუვსებელი დარეზერვებული ადგილების გადატანას); Indra Sawhney v. Union of India, A.I.R. 1993 S.C. 477 (რომელიც ადასტურებს 50%-ის წესს). ინდოეთის უზენაესი სასამართლოს 1960-იანი და 1970-იანი წლების სხვა გადაწყვეტილებებისათვის იხ. საქმეები, რომლებიც ციტირებულია *supra* სქოლიო 97; State of Kerala v. N.M. Thomas, A.I.R. 1976 S.C. 490 (სახელმწიფოს შეუძლია მისცეს რეგისტრირებული კასტების ან რეგისტრირებული ტომების წევრებს ორ-წლიანი მოცდის პერიოდი დაწინაურების გამოცდის გასავლელად; კონსტიტუცია უშვებს სხვა ზომების გამოყენებას ჩამორჩენილი კლასებისათვის).

¹⁰⁵ ცენტრალურმა მთავრობამ დანიშნა პირველი ჩამორჩენილი კლასების კომისია 1953 წელს და მიიღო ამ კომისიის ანგარიში ორი წლის შემდეგ. თუმცა პარლამენტმა უარყო ანგარიში და კომისიის რეკომენდაციები არასოდეს შესრულებულა. იხ. Prior, *supra* სქოლიო 96, 80-81. მთავრობას აღარ დაუნიშნავს მეორე კომისია 1978 წლამდე, როდესაც კომისიას ხელმძღვანელობდა ბ.პ. მენდელი. მენდელის კომისიამ წარადგინა საკუთარი ანგარიში და რეკომენდაციები 1980 წლის ბოლოს. ათწლეულის მანძილზე არაფერი გაკეთებულა მათ შესასრულებლად. *Id.* at 69, 81-86.

¹⁰⁶ იხ. *id.* at 63-69.

¹⁰⁷ იხ. Indra Sawhney v. Union of India, A.I.R. 1993 S.C. 477; Prior, *supra* სქოლიო 96, at 70, 90-94.

აღმჭურველმა ქმედებამ (რომელსაც ხანდახან „კომპენსატორულ დისკრიმინაციას“ უწოდებენ) ინდოეთში თავისი წილი უთანხმოება წარმოშვა, რაც მოიცავდა ძალადობრივ წინააღმდეგობას. 1968 წელს ჩატარებულმა გამოკითხვამ აჩვენა, რომ მაღალ კასტას მიკუთვნებული და კარგი განათლების მქონე მოქალაქეები სახელმწიფო სამსახურთან დაკავშირებული დათქმის აშკარა მოწინააღმდეგეები იყვნენ.¹⁰⁸ 1990 წელს, როდესაც პრემიერ-მინისტრმა სინგმა პირველად განაცხადა მანდალის კომისიის ანგარიშის იმპლემენტაციის შესახებ, ინდოეთში ბუნტი დაიწყო და წარმოქმნილმა პროტესტებმა, საბოლოოდ, სინგის მთავრობის დამხობაში შეიტანა წვლილი.¹⁰⁹ ძალადობის უფრო იზოლირებულმა ეპიზოდებმა იჩინა თავი 1993 წელს, როდესაც უბენაესმა სასამართლომ კომისიის მიდგომა კონსტიტუციურად ცნო.¹¹⁰ თუმცა სასამართლოს გადაწყვეტილებამ, გარკვეულწილად, მოთოკა მოწინააღმდეგეები.¹¹¹

ინდოეთის ზოგიერთი მოქალაქე უარყოფს ჩაგრული კასტების წინააღმდეგ არსებულ ისტორიულ დისკრიმინაციას ან ამ ჯგუფებისადმი ფესვგადგმული უარყოფითი დამოკიდებულების არსებობას. შესაძლოა, საჯარო აღიარება ნაწილობრივ ხსნიდეს, თუ რატომ გადარჩა ინდოეთში „დათქმები“, რომლებიც აშშ-ში მიუღებელი იქნებოდა. ეს მაისორის უმაღლესმა სასამართლომ შემდეგნაირად ჩამოაყალიბა:

„ვერც სტაბილურობა და ვერც რეალური პროგრესი ვერ იარსებებს, თუკი ერის დიდი სეგმენტები იცხოვრებენ პრიმიტიულ პირობებში, მიჯაჭვულნი იქნებიან არაანაზღაურებად სამუშაოებზე და წილად არ ხვდებიან ცხოვრების კარგი მხარეები, რა დროსაც ძალაუფლება და სიმდიდრე ხელთ ეპყრება მხოლოდ რამდენიმეს, [...] თუკი ამას შორსმჭვრეტელი თვალთ შევხედავთ, ერის ინტერესი მაშინ დაკმაყოფილდება, როდესაც ჩაგრულ კლასებს ვინმე წინსვლაში და ადამიანების განვითარებულ სექციებში საკუთარი ადგილის დაკავებაში დაეხმარება.“¹¹²

4. ევროპის კავშირი

პოზიტიური ქმედება ევროკავშირში უფრო ნაკლებად კომპლექსურია, ვიდრე ინდოეთში, სადაც ათასობით კასტა ან კლასი „ჩამორჩენილად“ კლასიფიცირდება. ევროკავშირში თანასწორობის ძიება ეფუძნებოდა ეროვნებასა და ქალთა და კაცთა სტატუსს,¹¹³ თუმცა ამსტერდამის ხელშეკრულება შესაძლებელს გახდის, ევროკავშირმა უპასუხოს დისკრი-

¹⁰⁸ იხ. GALANTER, *supra* სქოლიო 96, at 76.

¹⁰⁹ იხ. Prior, *supra* სქოლიო 96, at 63-66, 69.

¹¹⁰ იხ. *id.* at 69-70.

¹¹¹ იხ. PARIKH, *supra* სქოლიო 103, at 190.

¹¹² D.G. Viswanath v. Government of Mysore, 1964 A.I.R. 51 (Mys.) 132, 136.

¹¹³ იხ. Treaty Establishing the European Community, ძალაშია 1 ნოემბერი, 1993, მუხლი 6, 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) ¶ 25,400, at 10,221-4 (რომელიც კრძალავს „ნებისმიერ დისკრიმინაციას ეროვნების ნიშნით“); *id.* მუხლი 48(2) (რომელიც კრძალავს ეროვნების ნიშნით დისკრიმინაციას „დასაქმებაში, ანაზღაურებაში და შრომის და დასაქმების სხვა პირობებში“); *id.* მუხლი 119 (რომელიც მოითხოვს „თანაბარ ანაზღაურებას [კაცებისა და ქალების] თანაბარი შრომისათვის“); იხ. ასევე Treaty on European Union, 7 თებერვალი, 1992, მუხლი F(2), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) ¶ 25,300, at 10,056 (რომელიც მოითხოვს „იმ ფუნდამენტური უფლებების პატივისცემას, რაც გარანტირებულია ევროპის ადამიანის უფლებათა და ფუნდამენტურ თავისუფლებათა კონვენციით“).

მინაცის სხვა ფორმებსაც, რაც მოიცავს დისკრიმინაციას რასის, რელიგიის, შშმ სტატუსის, ასაკისა და სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით.¹¹⁴

აღმჭურველი ქმედება ან „პოზიტიური დისკრიმინაცია“ ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს წინაშე მხოლოდ ქალთა და კაცთა მიმართ თანასწორი მოპყრობის კონტექსტში აღმოჩნდა. 1957 წელს საზოგადოების დაფუძნებისას რომის ხელშეკრულება მოითხოვდა თანაბარი ღირებულების სამუშაოს სანაცვლოდ ქალთა და კაცთათვის თანაბარი ანაზღაურების მინიჭებას.¹¹⁵ თანაბარი ანაზღაურების ეს ადრეული პირობა არ გამომდინარეობდა გენდერული თანასწორობისა და ადამიანის უფლებების დაცვის დიადი სურვილიდან. ამის ნაცვლად, ხელშეკრულების დებულებას ჰქონდა უფრო მიწიერი საზრუნავი - რომ ქალების იაფმა შრომამ რამდენიმე ქვეყანაში შესაძლოა სხვა ქვეყნებში პროდუქტის ღირებულების დაწევა გამოიწვიოს.¹¹⁶ მაგრამ თანასწორობის პრინციპს, რაოდენ რუდიმენტულიც არ უნდა ყოფილიყო იგი დასაწყისში, განვითარების პოტენციალი ჰქონდა.

1976 წელს, ევროკავშირის საბჭომ მიიღო დირექტივა, რომელიც მიზნად ისახავდა „ქალთა და კაცთა შორის თანასწორი მოპყრობის განმტკიცებას დასაქმებისა და, მათ შორის, დაწინაურების ნაწილში“.¹¹⁷ დირექტივის მეორე მუხლი ადგენს, „თანასწორი მოპყრობის პრინციპი ნიშნავს, რომ სქესის ნიშნით არავითარი დისკრიმინაცია არ უნდა არსებობდეს“.¹¹⁸ ანტიდისკრიმინაციის ამ დებულების შემდეგ მალევე, მეორე მუხლი ადგენს, რომ „ამ დირექტივამ უარყოფითი გავლენა არ უნდა მოახდინოს ისეთ ზომებზე, რომლებიც მიზნად ისახავს ქალთა და კაცთა თანაბარი შესაძლებლობების უზრუნველყოფას, კერძოდ, იმ არსებული უთანასწორობების აღმოფხვრის გზით, რომლებიც გავლენას ახდენს ქალთა შესაძლებლობებზე [...]“.¹¹⁹

ამ დათქმის შეთავსება დისკრიმინაციის უფრო ზოგად აკრძალვასთან გამოწვევას წარმოადგენს. ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს ამ საკითხზე მსჯელობა [1999 წლამდე, რედაქტორის შენიშვნა] ორჯერ მოუწია. პირველ შემთხვევაში, 1995 წელს სასამართლომ უკუაგდო გერმანიის (ბრემენის) ადგილობრივი კანონი, რომელიც მიზნად ისახავდა ქალების დახმარებას, რომ მათ ჰქონოდათ შესაძლებლობა, დაწინაურდნენ და დაწინაურებულნი ყოფილიყვნენ საჯარო სამსახურში.¹²⁰ ბრემენმა, გერმანიის ერთ-ერთმა მიწამ მიიღო ზომა, რომლის თანახმადაც, კონკრეტული პოზიციებისთვის

¹¹⁴ Treaty of Amsterdam, 2 ოქტომბერი, 1997, მუხლი 2(7), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) ¶ 25,500, at 10,517 (საინტერესო მუხლია 6A, რომელიც გადაინომრება მე-14 მუხლად) (დებულება ანიჭებს კავშირის „საბჭოს [უფლებას], როდესაც იგი მოქმედებს ერთსულოვნად კომისიის შეთავაზების მიხედვით და ევროპის პარლამენტთან კონსულტაციის შემდეგ“, რომ „მიიღოს სათანადო ქმედებები სქესს, რასის ან ეთნიკური წარმოშობის, რელიგიის ან რწმენის, შეზღუდული შესაძლებლობის, ასაკის ან სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით დისკრიმინაციასთან ბრძოლისათვის“).

¹¹⁵ *ib. Treaty Establishing the European Economic Community*, 25 მარტი, 1957, მუხლი 119, 298 U.N.T.S. 11, 62.

¹¹⁶ *ib. Kent Källström, Article 23, in THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: A COMMENTARY* 357, 370 (Asbjørn Eide et al. eds., 1992).

¹¹⁷ საბჭოს დირექტივა No. 76/207, art.1(1), 1976 O.J. (L 39) 40. დირექტივა ასევე არეგულირებს პროფესიულ გადამზადებას და სამუშაო პირობებს.

¹¹⁸ *Id.* მუხლი 2(1).

¹¹⁹ *Id.* მუხლი 2(4).

¹²⁰ *ib. საქმე C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, 1995 E.C.R. I-3051 (1995).

სქესი შესაძლოა, ყველა სხვა დანარჩენი კრიტერიუმის თანაბრობის შემთხვევაში გადამწყვეტი ყოფილიყო. თუკი ქალები წარმოადგენდნენ დასაქმებულების ნახევარზე ნაკლებს იმ სახელფასო განაკვეთში, რომლისთვისაც ვაკანსია ან დაწინაურება იყო გამოცხადებული და თუ კაცი და ქალი თანაბარი კვალიფიკაციებით იბრძოდნენ ერთი და იმავე პოზიციისთვის, ბრემენის დათქმა მოითხოვდა პოზიციაზე ქალის დანიშვნას.

კაცმა დასაქმებულმა, რომელმაც დაწინაურება ვერ მიიღო, ადგილობრივი კანონი გაასაჩივრა, როგორც ევროკავშირის თანასწორი მოპყრობის დირექტივასთან არათავსებადი, ხოლო გერმანიის შრომის სასამართლომ, ამასთან დაკავშირებით, კითხვით მიმართა ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს. სასამართლომ დაადგინა, რომ ადგილობრივი კანონი არათავსებადი იყო ევროკავშირის სასამართლოსთან. „ეროვნული კანონმდებლობა, რომელიც ქალებისთვის ითვალისწინებს აბსოლუტურ და უპირობო პრიორიტეტს დასაქმებისა და დაწინაურების ნაწილში“, სასამართლომ დაადგინა, რომ „სცილდება თანასწორი შესაძლებლობების უზრუნველყოფის ფარგლებს.“¹²¹ გენერალური ადვოკატის რჩევის გათვალისწინებით, სასამართლომ დაგმო ბრემენის მიერ მიღებული ზომა იმ საფუძველით, რომ იგი მიზნად ისახავდა „თანაბარ წარმომადგენლობას“, ნაცვლად „თანასწორი შესაძლებლობისა“, რომელიც გათვალისწინებულია თანასწორი მოპყრობის დირექტივაში.¹²²

ორიოდე წლის შემდეგ, 1997 წელს სასამართლომ საკითხს მეორედ გადახედა. საქმეში *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*¹²³ სასამართლომ გერმანიის ადმინისტრაციული სასამართლოს წარდგინების საფუძველზე, განიხილა კიდევ ერთი ადგილობრივი კანონი, რომელიც საჯარო სამსახურში ორ კანდიდატს შორის ერთნაირი შედეგების არსებობის პირობებში გადამწყვეტ მნიშვნელობას ანიჭებდა სქესს. თუმცა ამჯერად ადგილობრივი კანონი ითვალისწინებდა მამაკაცისთვის პრიორიტეტის მინიჭებას ისეთ შემთხვევაში, „თუ მის სიტუაციასთან დაკავშირებული მიზეზების გამო ბალანსი მის სასარგებლოდ გადაწყდებოდა.“¹²⁴ გენერალური ადვოკატის რეკომენდაციის საწინააღმდეგოდ, სასამართლომ ჩათვალა, რომ პრეფერენციასთან დაკავშირებული ასეთი დათქმა სადავო დებულებას დასაშვებს ხდიდა.¹²⁵

Marschall-ის საქმეზე გადაწყვეტილება საკმაოდ ჰგავს მოსამართლე პაუელის გადამწყვეტ აზრს *Bakke*-ს საქმეში. ორივე მოსაზრება ხაზს უსვამს ინდივიდუალიზებული გადაწყვეტილების საჭიროებასა და ავტომატური პრეფერენციების სისუსტეს. *Bakke*-სა და *Marschall*-ის თანახმად, რასა ან სქესი შესაძლოა „პლიუს“ ფაქტორად ჩაითვალოს დასაქმების, დაწინაურების ან სასწავლო დაწესებულებაში მიღების ნაწილში, მაგრამ ეს პრეფერენცია არ უნდა იყოს აბსოლუტური და მყარი.

გადაწყვეტილება *Marschall*-ის საქმეზე შესაძლოა ყველაზე უფრო აღსანიშნავი იყოს იმის გამო, რომ იგი ითვალისწინებს არაცნობიერ მიკერძოებულობას. „ის, რომ ქალი და

¹²¹ C-450/93, *supra* სქოლიო 120, at I-3078.

¹²² *Id.* Kalanke-ზე მსჯელობისათვის, იხ. Dagmar Schiek, *Positive Action in Community Law*, 25 INDUS. L.J. 239 (1996).

¹²³ საქმე C-409/95, [1998] 1 C.M.L.R. 547 (1997).

¹²⁴ *Id.* at 566 (ციტირებს Nordrhein-Westfalen მიწის კანონს).

¹²⁵ იხ. *id.* at 570-71.

კაცი კანდიდატები თანაბრად კვალიფიცირებულნი არიან, არ ნიშნავს იმას, რომ მათ ერთი და იგივე შანსები აქვთ“, - დაასკვნა მოსამართლემ.¹²⁶ ფიქრის ტრადიციულმა ჩვევებმა შესაძლოა გამოიწვიოს მამაკაცებისთვის პრეფერენციის მინიჭება, რადგან დამსაქმებლებს ეშინიათ, რომ ქალი დასაქმებულები მოცდებიან „დიასახლისობითა და საოჯახო საქმეებით“, - დაადგინა სასამართლო.¹²⁷ სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, გადამწყვეტი ხმის მქონე პრეფერენცია ქალების სასარგებლოდ არაფერს აკეთებს იმაზე მეტს, ვიდრე ანტიდისკრიმინაციული პრინციპის დაცვაა. ასეთი პოზიტიური ქმედების გარეშე, არაცნობიერი ან ნახევრად ცნობიერი დისკრიმინაცია შესაძლოა გაგრძელდეს კონტროლის გარეშე.¹²⁸

მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ არჩეული მიდგომა ცოტა რისკს თუ წარმოშობს ქალთა დასახმარებლად შემოღებული პრეფერენციების გამიჯვნის ნაწილში მათი შეზ-

¹²⁶ C-409/95, *supra* სქოლიო 123, at 570.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ იხ. *id.* at 566, 569-70. აღვნიშნე ქვეცნობიერის მიკერძოების არსებობა 1978 წლის კომენტარში და წამოვავყენე საილუსტრაციოდ საქმე, რომელშიც თეთრკანიანმა მამაკაცმა მენეჯერებმა გადაწყვიტეს დაწინაურება „სრულად ადამიანის კონცეფციის“ საფუძველზე ეწარმოებინათ. Ginsburg, *supra* სქოლიო 21, at 825 (ციტირებს *Leisner v. New York Tel. Co.*, 358 F. Supp. 359 (S.D.N.Y. 1973)). შედეგები მოსალოდნელი იყო: „თეთრკანიანმა კაცებმა [...] თანმიმდევრულად შეარჩიეს თეთრკანიანი კაცები სამსახურისთვის ან დაწინაურებისთვის.“ ქვეცნობიერი მიკერძოება ჯერ ისევ არ იყო გამჭრალი სცენიდან. იხ. Nicholas deB. Katzenbach and Burke Marshall, *Not Color Blind: Just Blind*, N. Y. Times, 22 თებერვალი, 1998, §6 (ჟურნალი), at 42, 44 („ბუნებრივი გადახრა ძირითადად თეთრკანიანი კაცი შუალედური რგოლის მენეჯერების მხრიდან იყო თავისი მსგავსის დასაქმებისა და წახალისებისკენ. უმეტესწილად, გადაწყვეტილება გულწრფელად ასახავს მათ გადაწყვეტილებას, საუკეთესო კანდიდატის მიმართ, ცნობიერი შეფასების გარეშე, რამდენად არის მათი ეს გადაწყვეტილება განპირობებული ძალზე სეგრეგირებული საზოგადოების გამოცდილებით, რომელშიც ჯერ ისევ ვცხოვრობთ. აფრო-ამერიკელის დაქირავება ან დაწინაურება ხშირად რისკის შემცველად აღიქმება.“); RESKIN, *supra* სქოლიო 68, at 24-25 („დისკრიმინაცია უბრალოდ განზრახი დისკრიმინირების მცდელობების შედეგი არაა“; ხშირად ორგანიზაციები დისკრიმინაციის „უბრალოდ ჩვეული ბიზნესის წარმოებით ახდენდნენ.“); შდრ. Deborah Jones Merritt & Barbara F. Reskin, *Sex, Race, and Credentials: The Truth About Affirmative Action in Law Faculty Hiring*, 97 COLUM. L. REV. 199 (1997) (რომელიც მსჯელობს ქვეცნობიერი მიკერძოების შესაძლო არსებობაზე სამართლის ფაკულტეტზე თანამშრომელთა აყვანის პროცესში, ისევე, როგორც აღმჭურველი ქმედების როლზე ამ მიკერძოების დასაძლევად).

საქმეში *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987), რომელიც გადაწყდა სამოქალაქო უფლებების აქტის მე-7 თავის (Title VII) მიხედვით, აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ დაადასტურა ოლქის აღმჭურველი ქმედების გეგმა, რომელიც ზემდგომებს უფლებას აძლევდა, სქესი თანამშრომელთა დაწინაურების პროცესში ერთ-ერთ ფაქტორად გაეთვალისწინებინათ, როდესაც ქალები საგრძნობლად დაბალი წარმომადგენლობით სარგებლობდნენ. ოლქს შემუშავებული ჰქონდა გეგმა, ნაწილობრივ იმის გამო, რომ თვლიდა, „შერჩევისა და დანიშვნის პროცედურები იმ სფეროებში, სადაც ფარული დისკრიმინაცია ხშირია“, *Id.* at 653 (მოსამართლე ოკონორი, გადაწყვეტილების თანმხვედრი აზრი) (ციტირებს ოლქის გეგმას). მართლაც, ქალის სამსახურებრივი ისტორია, რომელმაც მოახერხა დაწინაურება ამ გეგმის დახმარებით, ადასტურებს, რომ ის „ფარული დისკრიმინაციის“ მსხვერპლი შეიძლება ყოფილიყო, რაც აღმჭურველი ქმედების ცნობიერი ვალდებულების გარეშე არ იარსებებდა. *Id.* at 624 n.5 (სასამართლოს მოსაზრება) (რომელიც იხსენებს, რომ პანელის სამი წევრიდან ერთ-ერთი, რომელმაც შეაფასა დაწინაურების აპლიკანტები, მანამდე უარს ამბობდა ქალი აპლიკანტისთვის სამუშაო უნიფორმის (კომბინიზონის) გაცემაზე, რაც ძღვეოდათ იმავე პოზიციაზე კაც თანამშრომლებს, პანელის სხვა წევრმა კი ქალი აპლიკანტი მოიხსენია როგორც „ამბოხის გამომწვევი, ქვედაბოლოიანი ადამიანი“). სასამართლოს არ გაუმახვილებია ყურადღება მსგავსად ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოსი, აღმჭურველი ქმედების რაციონალზე, თუმცა *Johnson*-ის საქმე ზოგიერთ იმავე საკითხს იმეორებს, რასაც Marschall. იხ. *Johnson*, 480 U.S. at 641 n.17 („განსაკუთრებით, როდესაც საქმე არ იყო გამორჩეული, შუალედური დონის ხელობის პოზიციაზე, რომელიც არ საჭიროებდა უნიკალურ სამუშაო გამოცდილებას ან განათლების მიღებას და რომლისთვისაც რამდენიმე კვალიფიციური კანდიდატი არსებობს. საბოლოო გადაწყვეტილებები, თუ რომელი კანდიდატია 'ყველაზე კვალიფიციური', სუბიექტურია.“) (ციტირებს ამერიკის პერსონალის ადმინისტრირების საზოგადოების სასამართლოს მეგობრის მოსაზრებას).

ლუდვის უნარის მქონე პატერნალიზმისგან. 1976 წლის თანაბარი მოპყრობის დირექტივის ერთგულებით, *Marschall*-ის საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილება ძერწავს ევროკავშირის მიზანს, „განამტკიცოს თანასწორი შესაძლებლობები [...] იმ არსებული უთანასწორობების აღმოფხვრის გზით, რომლებიც გავლენას ახდენენ ქალთა შესაძლებლობებზე“.¹²⁹

მართალია, დებატი აღმჭურველი ქმედების *ეფექტურობასთან* დაკავშირებით გრძელდება, მაგრამ მისი *ლეგიტიმურობა* დადასტურდა 1997 წლის ამსტერდამის ხელშეკრულებით. 119-ე მუხლი, რომელიც 1957 წლის რომის ხელშეკრულებაში მხოლოდ ანაზღაურებასთან დაკავშირებული დებულება იყო, ახლა მოიცავს ჩანაწერს, რომლის მიზანიცაა „უზრუნველყოს სრული თანასწორობა პრაქტიკაში კაცისა და ქალის სამსახურებრივ ცხოვრებასთან დაკავშირებით“ [ხაზგასმა ავტორისაა].¹³⁰ შესწორებული ჩანაწერი ასევე ადგენს, რომ „თანასწორი მოპყრობის პრინციპი წევრ სახელმწიფოებს არ უკრძალავს ისეთი ქმედების შენარჩუნებას ან მიღებას, რომლებიც არასაკმარისად წარმოდგენილ სქესს უადვილებს კონკრეტული საქმიანობის განხორციელებას, ან აღმოფხვრის, ან აკომპენსირებს პროფესიულ კარიერებში არსებულ არახელსაყრელ პირობებს.“¹³¹ აშშ-ის ანტიდისკრიმინაციული კანონები ასეთ ექსპლიციტურ ჩანაწერს არ შეიცავს.

¹²⁹ საბჭოს დირექტივა, *supra* სქოლიო 117, მუხლი 2(4). კავშირი ასევე სენსიტიურია ორსულობის გამო დისკრიმინაციის შემთხვევებისადმი. იხ., *e.g.*, საბჭოს დირექტივა 92/85, მუხლი 10, 1992 O.J. (L 348) (რომელიც კრძალავს დასაქმებულის გათავისუფლებას ფეხმძიმობის დაწყებიდან დეკრეტული შვებულების დასრულების პერიოდის ჩათვლით). საქმეზე *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJVCentrum) Plus*, საქმე C-177/88, 1990 E.C.R. I-3941 (1990), მართლმსაჯულების სასამართლომ აღიარა, რომ „მხოლოდ ქალებს შეიძლება უარი ეთქვას ფეხმძიმობის მოტივით და ასეთი უარი, შესაბამისად, პირდაპირი დისკრიმინაციაა სქესის ნიშნით.“ *Id.* at I-3973. მხოლოდ გასულ ზაფხულს, იმავე სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ევროკავშირის თანასწორი მოპყრობის დირექტივა კრძალავს თანამშრომლების გათავისუფლებას ორსულობასთან დაკავშირებული დაავადებების გამო. საქმე C-394/96, *Brown v. Rentokil, Ltd.*, 1998 E.C.R. I-4185 (1998). სასამართლომ კიდევ ერთხელ გაუსვა ხაზი, რომ ფეხმძიმობა მხოლოდ ქალებს ეხება, შესაბამისად, ასეთი გათავისუფლება სქესის ნიშნით დისკრიმინაციაა. აშშ-ის უზენაეს სასამართლოს ასე მკაფიოდ არ უმსჯელია, როდესაც მსგავს კითხვაზე მსჯელობა უწევდა 1970-იან წლებში. იხ. *General Elec. Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125, 145-46 (1976) (შრომისუნარობის გეგმა, რომელიც გამორიცხავდა ფეხმძიმობით გამოწვეულ შრომისუნარობას არ იყო მე-7 თავის (Title VII) სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის აკრძალვის დარღვევა); *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484, 496-97 (1974) (მსგავსი გეგმა არ წარმოადგენს თანასწორი დაცვის კონსტიტუციური გარანტიის დარღვევასაც); *id.* at 496 n.20 („პროგრამა პოტენციურ მიმღებებს ორ ჯგუფად ყოფს – ფეხმძიმე ქალები და არაფეხმძიმე ადამიანები“).

¹³⁰ Treaty of Amsterdam, 2 ოქტომბერი, 1997, მუხლი 2(22), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) ¶ 25,500, at 10,527 (რომელიც ცვლის ევროპის თანამეგობრობის ხელშეკრულების 119-ე მუხლს). ეს მუხლი იქცევა კონსოლიდირებული ხელშეკრულების 141-ე მუხლად. *Id.* at 10,568; იხ. also *id.* მუხლი 2(2), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) at 10,515 (რომელიც ცვლის ევროპის თანამეგობრობის ხელშეკრულების მე-2 მუხლს) (“თანამეგობრობა [...] წახალისებს [...] ქალებსა და კაცებს შორის თანასწორობას.”); *id.* art.2(3), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) at 10,516 (რომელიც ცვლის ევროპის თანამეგობრობის ხელშეკრულების მე-3 მუხლს) („ყველა ქმედებაში, რაც მოხსენიებულია ამ მუხლში, თანამეგობრობა მიზნად ისახავს უთანასწორობების აღმოფხვრას და ქალებსა და კაცებს შორის თანასწორობის წახალისებას.“).

¹³¹ *Id.* მუხლი 2(22), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) at 10,527 (რომელიც ცვლის ევროპის თანამეგობრობის ხელშეკრულების 119-ე მუხლს) (რომელიც ახალ, კონსოლიდირებულ ხელშეკრულებაში 141-ე მუხლი გახდება).

დასკვნა

დრო და ჩემს ხელთ არსებული ინფორმაციის ფარგლები აღარ მაძლევს უფრო ფართო შედარებითი მიმოხილვის გაკეთების შესაძლებლობას. დასასრულ, მხოლოდ რამდენიმე ფრაზას დავამატებ. აღმჭურველი ქმედება გვიგზავნის როგორც შთამაგონებელ, ისე შემანუხებელ სიგნალებს.¹³² ვეცადე ხაზი გამესვა, რომ მას აქვს პოტენციალი, პასუხი გასცეს თანასწორობის, როგორც სამოქალაქო უფლების დარღვევას, ისევე როგორც განამტკიცოს ეკონომიკური და სოციალური კეთილდღეობა. მაგრამ იგი ასევე გარდაუვლად წარმოშობს წინააღმდეგობას, რაც დაკავშირებულია რევერსულ დისკრიმინაციასთან იმ ადამიანების წინააღმდეგ, რომლებიც პირადად არ არიან პასუხისმგებელნი საზოგადოებაში წარსულში არსებულ დისკრიმინაციაზე.

ერთ ქვეყანაში ან რეგიონში არსებულმა გამოცდილებამ შესაძლოა, ამ ნაწილში შთაგონოს სხვა ქვეყნები ან რეგიონები, რაც, ზოგადად, ასე ხდება ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებული ინიციატივების შემთხვევაში. მაგალითად, ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ აშშ-ის პრეცედენტები გაითვალისწინა, როდესაც მსჯელობდა აღმჭურველი ღონისძიებების კონსტიტუციურობაზე.¹³³ გერმანიის გადაწყვეტი წონის მქონე პრეფერენციების ქომაგები დაეყრდნენ რამდენიმე საერთაშორისო პაქტს ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს წინაშე.¹³⁴ აღმჭურველი ღონისძიებების მოწინააღმდეგეები ასევე ეყრდნობოდნენ აშშ-ის გადაწყვეტილებებს და მრავლისმეტყველად აღნიშნავდნენ, რომ „როგორც ჩანს, აღმჭურველი ქმედება კრიზისშია იმ ქვეყანაში, სადაც იგი წარმოიშვა.“¹³⁵

იმ სასამართლოში, რომელშიც მე ვმსახურობ, არ შეინიშნება იმის მზაობა, რომ მან სხვა მხარესაც გაიხედოს. აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია სულ რაღაც ხუთჯერ ახსენა და აქედან ორ შემთხვევაში, - უმრავლესობის გადაწყვეტილებაში.¹³⁶ ყველაზე ახალი ციტატა 28 წლის წინ გაჩნდა მოსამართლე მარშალის განსხვავებულ აზრში.¹³⁷ აშშ-ის უზენაესი სასამართლო არც სხვა ქვეყნების კანონმდებლობას ან სასამართლო გადაწყვეტილებებს ეყრდნობა რაიმე

¹³² იხ. Robert Gordon, What It Does and What It Says: Equity, Expressive Harm, and Race-Based Affirmative Action 50 (გამოუქვეყნებელი ხელნაწერი, ინახება ავტორებთან).

¹³³ იხ., e.g., Indra Sawhney v. Union of India, A.I.R. 1993 S.C. 477, 529-36.

¹³⁴ იხ. საქმე C-409/95, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, [1998] 1 C.M.L.R. 547, 564-65 (1997) (გენერალური ადვოკატის ჯიკობსის მოსაზრება).

¹³⁵ საქმე C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, 1995 E.C.R. I-3051, I-3058 n.10 (1995) (გენერალური ადვოკატის ტესაუროს მოსაზრება); იხ. ასევე Gabriel A. Moens, *Equal Opportunities Not Equal Results: "Equal Opportunity" in European Law After Kalancke* [sic], 23 J. Legis. 43, 55 (1997) (რომელიც სვამს კითხვას, „რენქისტის სასამართლო 'დამნაშავეა' Kalancke-ს [sic] საქმეში?“).

¹³⁶ იხ. Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471, 520 n.14 (1970) (მოსამართლე მარშალის განსხვავებული აზრი); Zemel v. Rusk, 381 U.S. 1, 14 n.13 (1965); Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 161 n.16 (1963); International Ass'n of Machinists v. Street, 367 U.S. 740, 776-77 (1961) (მოსამართლე დუგლასის თანხმდელი აზრი); American Fed'n of Labor v. American Sash & Door Co., 335 U.S. 538, 549 n.5 (1949) (მოსამართლე ფრანკფურტერის თანხმდელი აზრი). მიუხედავად იმისა, რომ დეკლარაცია მიღებულია როგორც გაერთიანებული ერების გენერალური ასამბლეის უბრალო რეზოლუცია და არ არის სავალდებულო კანონი, სასამართლოები სხვა ქვეყნებში აღიარებენ მის მნიშვნელობას როგორც ადამიანის უფლებების ფუნდამენტურ განაცხადს. იხ. UNITED NATIONS DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, THE UNITED NATIONS AND HUMAN RIGHTS, 1945-1995, at 27 (1995).

¹³⁷ იხ. Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471, 520 n.14 (1970) (მოსამართლე მარშალის განსხვავებული აზრი).

სიხშირით. როდესაც მოსამართლე ბრაიერმა 1997 წელს ევროპის ფედერალურ სისტემებზე გააკეთა მითითება - იმ გადაწყვეტილებაზე განსხვავებულ აზრში, რომელზეც მეც განსხვავებული აზრი დავაფიქსირე,¹³⁸ უმრავლესობამ ასეთი პასუხი გასცა: „ვფიქრობთ, ასეთი შედარებითი ანალიზი არათავსებადია კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის ამოცანასთან.“¹³⁹

ჩემი აზრით, შედარებითი ანალიზი ემპათიურად რელევანტურია კონსტიტუციების განმარტებისა და ადამიანის უფლებათა აღსრულებისთვის. ჩვენვე წავაგებთ, თუ უგულებელვყოფთ იმას, რასაც სხვები გვეუბნებიან მცდელობაზე, აღმოფხვრან ქალთა, უმცირესობათა და სხვა ჩაგრულ ჯგუფთა მიმართ არსებული მიკერძოებულობა. ასე იმიტომაცა, რომ ირაციონალური ცრურწმენები და დისკრიმინაცია სამყაროში ინფექციასავით ვრცელდება. ამ რეალობაში ყველას გვაკისრია პასუხისმგებლობა, რომ მას გავეუმკლავდეთ.

¹³⁸ იხ. *Printz v. United States*, 117 S. Ct. 2365, 2404-05 (1997) (მოსამართლე ბრაიერის განსხვავებული აზრი).

¹³⁹ *Id.* at 2377 n.11 (უმრავლესობის აზრი).