



***Укрепване на гаранциите за ефективна защита от
дискриминация в системата на българското
административно правосъдие***

***(резултати от анализ на практиката на институциите,
осигуряващи правна защита от дискриминация, за 2013 г.)***

София, септември 2014 г.

Увод

В периода 2012 – 2013 г. екип на Фондация „Български адвокати за правата на човека” (БАПЧ), с подкрепата на Програма „Върховенство на закона за Югоизточна Европа” на Фондация „Конрад Аденауер”, реализира проект, посветен на подобряването на гаранциите за справедлив административен процес и на ефективността на административно-съдебните средства за защита от дискриминация. В рамките на този проект усилията бяха насочени не само към анализиране на проблемите на справедливия процес в административното съдопроизводство изобщо, но и към изследване на по-особената материя на защитата от дискриминация в рамките на административното съдебно правораздаване. Работата по проекта бе свързана преди всичко с проучване и анализ на множество отделни съдебни административни производства, които по правило включваха първоинстанционни дела на Административния съд в гр. София (АССГ), в това число и по Закона за защита от дискриминация (ЗЗДискр.), и съответните им касационни дела, образувани след обжалване пред ВАС.

Приключвайки работата си по този проект, екипът на БАПЧ стигна до извода, че си заслужава усилието да се изследват и анализират не само съдебните решения, постановени след обжалване на решенията на Комисията за защита от дискриминация (КЗД), но и практиката на самата Комисия. Най-напред защото, доколкото бе известно на екипа на БАПЧ, практиката на КЗД не бе подлагана на специално изследване от гледище на ефективността на защитата от дискриминация. И на второ място, защото бе преценено, че важноста на такова изследване нараства поради значимостта на засегнатите интереси и уязвимостта на жертвите на дискриминация, за които проблемът с наличието на ефективни средства за защита още на ниво КЗД се поставя с особена острота.

Така се стигна до реализирането на проекта *„Укрепване на гаранциите за ефективна защита от дискриминация в системата на българското административно правосъдие”*. Работата по проекта бе извършена в периода м. март – м. септември 2014 г., отново с подкрепата на Програма „Върховенство на закона за Югоизточна Европа” на Фондация „Конрад Аденауер”. Бяха прегледани и анализирани решенията на КЗД, постановени по около 320 преписки за календарната 2013 г., като съответните процедури, доколкото това беше възможно, бяха проследени до ниво „съдебен контрол”.

На базата на анализа на прегледаните решения на КЗД и съответните им съдебни актове, проектът си постави за цел да потърси път към укрепване на гаранциите за ефективна защита от дискриминация чрез увеличаване на капацитета на институциите, призвани да предоставят такава защита. Това следваше да стане чрез предизвикване на дебати относно констатираните при изследването трудности и проблеми в полето на защитата от дискриминация, относно това как тези трудности и проблеми биха могли да бъдат елиминирани и как би могла да се превъзмогне съществуващата противоречива практика, за да станат решенията на КЗД и на съответните съдилища предвидими и отпращащи ясни предупредителни сигнали към всички, които са задължени да се придържат строго към принципите на антидискриминацията.

Следващото изложение съдържа основните изследователски резултати, до които достигнахме в хода на проекта. Екипът на БАПЧ се надява на базата на тези резултати да се получи една наистина съдържателна дискусия, годна да доведе до постигането на целите на проекта.

I. Въпроси на материалното право.

1. Видовете защитени признаци като основания за оплаквания от дискриминация.

Лично положение

При прегледа на практиката на КЗД от гледна точка на признака, по който се твърди, че е извършена пряка дискриминация или тормоз, се установи, че около 80% от решенията на КЗД, постановени през 2013 г., касаят признак „лично положение“, самостоятелно или в комбинация с други признаци.

Признакът „лично положение“ е един от защитените признаци, изрично изброени в чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр. Чл. 6, ал. 2 от Конституцията на Република България също предвижда, че не се допускат никакви ограничения на правата или привилегии, основани наред с други признаци и на признак „лично и обществено положение“. В решение № 14 от 10.11.1992 г. на Конституционния съд на Република България по конституционно дело № 14/92 г. се отбелязва следното: *„За да гарантира прогласения принцип за равенство на всички граждани пред закона, чл. 6, ал. 2 посочва определени социални признаци, които не могат да бъдат основание за неравно третиране. ... Посочените социални признаци могат да бъдат класифицирани най-общо в две основни групи. Първите пет - раса, народност, етническа принадлежност, пол и произход, произтичат от чл. 1 на Декларацията за правата на човека ... Останалите признаци - религия, образование, убеждения, политическа принадлежност, лично и обществено положение или имуществено състояние, фактически се придобиват или изменят в процеса на социалната реализация на гражданите в обществото в резултат на упражняване на определени права. Всеки от тези признаци представлява за отделния гражданин равна възможност, предвидена и гарантирана в Конституцията, която не може съгласно чл. 6, ал. 2 да бъде основание за привилегировано отношение към него или за ограничаване на правата в качеството му на гражданин.“*

В българското законодателство няма легална дефиниция на понятието „лично положение“. В международните актове, по които Република България е страна, този признак отсъства от изрично изброените защитени признаци. Европейският съд по правата на човека (ЕСПЧ) обаче е приемал, че „личното положение“ и по-специално характеристиките, които могат да бъдат отнесени към него, биха се разгледали като „друг някакъв признак“, имайки предвид, че изброяването на признаците по чл. 14 от Европейската конвенция за правата на човека (ЕКПЧ) не е изчерпателно.

Практиката на Европейския съд по правата на човека

В практиката си ЕСПЧ (Съдът) е приел, че само различно третиране, основано на характеристики или „статус“, които могат да бъдат **идентифицирани**, може да

представлява дискриминация по смисъла на член 14 от ЕКПЧ¹. Изброяването на признаци по тази разпоредба не е изчерпателно и включва „друг някакъв признак“ („any other status” на английски или „toute autre situation” на френски), по който лица или група от лица се различават помежду си².

Когато третирането, от което жалбоподателят се оплаква, не попада в някой от признаците, изброени в чл. 14, за да бъде жалбата основателна, той трябва да покаже, че има „друг някакъв признак“ за целите на чл. 14.

Съдът отбелязва, че изразът „друг някакъв признак“ (а на още по-силно основание във френския текст „toute autre situation“) обикновено се разбира в широк смисъл³. Макар много от изрично посочените в чл. 14 примери да са свързани с характеристики, които могат да се определят като „лични“, в смисъл, че те са вродени характеристики или по своята същност са свързани с идентичността или с личността на индивида, като пол, раса и религия, не всички от изброените признаци може да се определят като такива. В тази връзка Съдът подчертава включването на имущественото състояние като един от забранените дискриминационни признаци. Той приема, че чл. 14 е приложим когато се разглежда разлика в третирането на различни категории собственици⁴ или големи и малки собственици⁵.

По същия начин при тълкуването на израза „друг някакъв признак“, Съдът е приел, че в него се включват характеристики, които подобно на някои от изрично изброените в чл. 14 примери, могат да се определят като **лични в смисъл, че са вродени или вътрешно присъщи**. Такива примери са сексуалната ориентация, която „несъмнено се включва“ в защитата по чл. 14⁶, и физическите увреждания⁷. Друг случай, когато Съдът е приел, че има разграничение по признак „лично положение“, касае признака местоживееене⁸. Съдът още е приел, че качеството „изтърпяващ наказание лишаване от свобода” е аспект на личното положение за целите на чл. 14⁹. Наред с това обаче, разглеждайки нарушения на чл. 14, в множество други случаи Съдът е приел, че друг „признак“ („status“) е налице, дори и когато различието, на което жалбоподателят се позовава, не включва характеристики, които са вродени или вътрешно присъщи, и в този смисъл „лични“. Съдът е приел, че различно третиране на базата на военен чин, при временно задържане на офицери от една страна и подофицери или цивилни служители от друга, може да бъде в противоречие с чл. 14¹⁰. Съдът също така е намерил нарушение на чл. 14 в резултат на разграничение между наематели на държавна собственост от една страна и такива на частни наемодатели от друга¹¹. Без изрично да разглежда понятието „друг някакъв признак“, Съдът е установил нарушение на чл. 14 във връзка с чл. 8 като имплицитно е приел, че статуса на бивш офицер от КГБ попада в обхвата на чл. 14¹². Съдът също така е приел, че баща, чието бащинство било установено по съдебен ред, е

¹ *Stummer v. Austria*, решение от 7 юли 2011 г., § 87

² Пак там, § 90

³ *Carson and Others v. the United Kingdom*, решение от 16 март 2010 г., § 70

⁴ *James and Others v. the United Kingdom*, решение от 21 февруари 1986, § 74

⁵ *Chassagnou and Others v. France [ГО]*, решение от 29 април 1999 г. §§ 90 и 95

⁶ *Salgueiro da Silva Mouta*, решение от 21 декември 1999 г., § 28

⁷ *Glor v. Switzerland*, решение от 30 април 2009 г., § 80

⁸ *Carson and Others v. the United Kingdom*, решение от 16 март 2010 г.

⁹ *Stummer v. Austria*, решение от 7 юли 2011 г., § 90

¹⁰ *Engel and Others*, решение от 8 юни 1976 г., § 72

¹¹ *Larkos v. Cyprus*, решение от 18 февруари 1999 г.

¹² *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, решение от 27 юли 2004 г.

получил „статус“, който е съпоставим с този на предполагаемите бащи и майки, в случаите, в които произходът от тях се установява по презумпция, а не по съдебен ред¹³. По друго дело¹⁴ Съдът е приел, че схемата за предсрочно освобождаване от изтърпяване на наказание, която дава право на изтърпяващите продължително лишаване от свобода, с точно определен срок по-малко от 15 години и тези, лишени от свобода без да се посочва точен срок или дата, на която да бъдат освободени (с определено наказание „от ... до“), да бъдат освобождавани само с решение на Съвета за условно освобождаване, за разлика от тези, които са дългосрочно лишени от свобода с точно определен срок на наказанието повече от 15 години, които в допълнение към това решение да трябва да получат и одобрение от държавния секретар, няма обективно оправдание, което води до нарушение на чл. 5, във връзка с чл. 14 от ЕКПЧ.

Практиката на КЗД

Прегледът на практиката на КЗД разкрива, че няма дефиниция на понятието „лично положение“, към която комисията да се придържа и оставя впечатление, че КЗД често използва този признак, когато не може да подведе определено третиране (независимо и без да изследва дали то е **по**-неблагоприятно третиране - дискриминация или просто неблагоприятно третиране или някакъв вид несправедливо или незаконно третиране, които обаче не са дискриминация) под някой от другите признаци, изброени в чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр. Въпреки значителния брой преписки, разгледани и решени по този признак, от практиката на КЗД не става ясно какви отличителни характеристики се приемат за „лично положение“.

Изброяването по чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр. е примерно, а не изчерпателно, като разпоредбата включва и всякакви други признаци, установени в закон или в международен договор, по който Република България е страна. От практиката на КЗД не могат да бъдат направени изводи кога отделен признак попада в понятието „лично положение“ и кога във „всякакви други признаци, установени в закон или в международен договор, по който Република България е страна“. Колкото до последните, практиката на КЗД е много оскъдна. Широкият смисъл, в който се използва признакът „лично положение“, на практика включва почти всякакви признаци, без да е необходимо страната, която се позовава на него, да посочва в кой закон или в международен договор, по който Република България е страна, е установен съответният признак и съответно изрично установен ли е, или би се съдържал във формулировка като „*друг някакъв признак*“, използвана в чл. 14 от ЕКПЧ или „*всякакви други признаци*“, използвана в чл. 2, ал. 1 от Международния пакт за граждански и политически права, съответно чл. 2, ал. 2 от Международния пакт за икономически, социални и културни права.

Това, че органът, който разглежда дали е налице дискриминация, се позовава на признака „лично положение“, все пак не го освобождава от това да идентифицира коя точно характеристика на личното положение е послужила като признак, на основата на който е била извършена дискриминацията.

В някои свои решения, като например решение № 61 от 18.03.2013 г. по преписка № 50/2012 г., КЗД споменава признака „лично положение“ само във връзка с това на кой състав да бъде разпределено делото и след това направо в диспозитива на решението,

¹³ Paulík v. Slovakia, решение от 10 октомври 2006 г.

¹⁴ Clift v. the United Kingdom, решение 13 юли 2010 г., § 78-79

без да посочва каква точно отличителна характеристика има предвид. В решението си по жалбата срещу това решение на КЗД, АССГ (решение № 6603 от 31.10.2013 г. по дело № 3996/2013 г.) отбелязва: „КЗД в оспореното решение не е изложила никакви мотиви какво в конкретната хипотеза се включва в признака „лично положение”, не е посочен иманентен признак на личността, който значимо и съществено го характеризира, тоест в решението на комисията няма мотиви за това, че тормозът е осъществен на някой от признаците по чл. 4 ал. 1. от ЗЗДискр., а именно по отношение на „лично положение”. Сам по себе си този факт, респ. неустановяването в конкретният случай на релевантно, с оглед на целта на Закона за защита от дискриминация, съдържание на защитения признак „лично положение“, прави оспорения акт в частта досежно приетия тормоз незаконосъобразен, тъй като липсата на защитен признак, носител на който е С. В., лишава приетия от Комисията „тормоз” от съществен елемент на фактическия състав.

Липсата на установен защитен признак („лично положение“) прави недоказан тормоза по смисъла на чл. 5, във вр. с § 1, т. 1 от ЗЗДискр. Само и когато се установи нежелано поведение на основата на защитения признак и това поведение има исканата от закона специална цел или резултат може да се приеме, че е налице тормоз по смисъла на Закона за защита от дискриминация. ... Щом от доказателствата по делото не може да се направи обоснован извод за наличие на защитен признак, който да е основание за нежеланото поведение, то не може да се приеме, че поведението на жалбоподателя спрямо С. В. представлява тормоз по смисъла на чл. 5 от ЗЗДискр.“

В решение № 293 от 22.11.2013 г. по преписка № 130/2013 г., по която се твърди дискриминация по признак „лично положение“, заедно с дискриминация по признак „образование”, КЗД разглежда спора в петчленен разширен заседателен състав за множествена дискриминация, като изтъква мотиви само защо е налице дискриминация по признак образование, но в диспозитива на решението посочва, че установява пряка дискриминация и по признак „лично положение“, без изобщо да обсъжда в решението си мотиви в тази посока.

Друг пример какво КЗД включва в признака „лично положение“ откриваме в решение № 220 от 18.09. 2013 г. по преписка № 43/2012 г. Там КЗД отбелязва, че в „хода на производството не е опровергано от страна на работодателя предположението, че определеният по-нисък размер на трудово възнаграждение се дължи на неравностойно третиране, във връзка с отношенията между служител и работодател по повод водения съдебен процес относно законосъобразността, отмяната на уволнението и възстановяването на работа. Настоящият състав приема, че тези обстоятелства се включват в признака „лично положение“, тъй като правото на иск за незаконност на уволнението и упражняването му са въпрос на личен, непрехвърлим избор“. По нататък КЗД отбелязва, че „Правилото на чл. 14, ал. 1 от ЗЗДискр. се отнася до всички работници и служители в рамките на един работодател, но доколкото това неравно третиране представлява и нарушение на чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр., в практиката е залегнало виждането, че упражняване на конституционното право на труд и възникналите въз основа на него трудовоправни отношения се включват в защитимия признак „лично положение“. В решение № 1121 от 26.02.2014 г. по дело № 10000/2013 г., с което АССГ отменя решението на КЗД, установяващо пряка дискриминация по признак „лично положение“, отново се отбелязва, че „законодателят не е дал легално определение на защитения признак „лично положение“ и за разлика от другите защитени признаци, които са трайни,

същностни характеристики на човека, защитеният признак „лично положение“ няма еднозначно, изначално прието в закона обективно съдържание. Това предполага и налага установяване и доказване във всеки конкретен случай на значим, обективен, същностен за личността белег, който позволява да бъде прилаган еднакво и който отчита универсалния (материален и персонален) обхват на закона¹⁵. АССГ по-нататък конкретизира, че в случая „Комисията е приела, че такъв белег е упражненото право на иск за установяване на незаконността на заповедта за прекратяване на трудовото ѝ правоотношение. Т.е. че упражняването на субективното право на защита, когато са нарушени или застрашени права или законни интереси на лицето, е негов значим, обективен, същностен белег ... Т.е. по своята същност упражняването на универсалното субективно право на защита е относим във всички сфери признак на личността, който може да бъде съдържание на защитения признак „лично положение“. АССГ обаче приема, че в случая не е налице един от кумулативно изискуемите елементи на приложимата правна норма, за да се приеме, че е осъществена дискриминация, а именно това, че липсва „сравнител“. АССГ отбелязва, че „разликата в заплащането се дължи на различните трудови функции, свързани с различието на работата в отдела и не се основава на критериите „лично положение“, както е прието от Комисията ... следва да се посочи безспорната установеност на влошените отношения между жалбоподателя и заинтересованата страна В., но не всеки конфликт между страните при и по повод организацията на работа, респ. действия на ръководителя следва да се третира като проява на дискриминация под някоя от формите, посочени в закона“¹⁶.

В решение № 283 от 18.11.2013 г. по преписка № 228/2010 г. КЗД отбелязва: „В тази връзка съставът не приема твърденията на конституираните страни, че жалбоподателят не е доказал наличието на защитения от закона признак „лично положение“. Несъмнено е, че Б. се е намирал в сравнимо сходно положение заедно с всички останали служители от Дирекция „И.““. Тази констатация само по себе си обаче не е достатъчна, за да се установи дискриминация. Освен да установи, че страните са в еднакво или сравнимо сходно положение, трябва да се посочи и по какво се различават – признака, характеристиката, въз основа на която е извършено различното третиране (дискриминацията). Това изглежда е по-лесно, когато става въпрос за „класическите“ признаци, на базата на които е забранена дискриминацията. Например: двама служители имат еднакво образование, еднаква квалификация, еднакъв опит, с еднаква бързина, обем и качество извършват възложените им задачи – те са в сравнимо сходно положение, НО единият от тях, който е жена, получава по-ниска заплата, с други думи той е по-неблагоприятно третиран. Следователно има разлика в третирането по признак пол. В конкретния случай обаче КЗД не казва по какъв точно аспект на личното положение, който отличава едното лице от другото (другите), с което се сравнява, се извършва различното по-неблагоприятно третиране. Разбира се, различното третиране би могло да бъде осъществено на повече от една характеристика на „личното положение“ (налагане на изискване за заемане на определени длъжности лицето да има определено тегло и ръст), както и на базата на характеристика на

¹⁵ В този смисъл е и решение № 160 от 08.01.2014 г. по дело № 6670/2013 г. на АССГ, с което е отменено решение № 123/06.06.2013 г. на КЗД. АССГ отбелязва: „Посочването от страна на административния орган на реализирането на правото на всеки на свободно предвиждане на и извън територията на страната не може само по себе си да обоснове същностен за отделната личност белег, който я отличава от другите пътници, ползващи услугите на [фирма], и който би могъл да бъде съдържание на защитения признак „лично положение“

¹⁶ Решението не е окончателно

„личното положение“ заедно с някой от изрично изброените в чл. 4, ал. 1 признаци (например местоживеене и етническа принадлежност; или тегло, ръст и пол; или пол и това, че лицето е родител и/или студент¹⁷). Макар и често срещани в практиката на КЗД, лошите отношения или конфликтите между страните сами по себе си не са такава характеристика на личността, която да попада в признака „лично положение“. Пример за това е решение № 305 от 28.11.2013 г. по преписка № 2/2013 г., където при разглеждане на оплакване по признак „лично положение“, КЗД е заключила, че *„не всяко напрежение в отношенията между хората може да се вмести в понятието дискриминация, особено ако то не се основава на някой от посочените в чл. 4. ал. 1 защитени признаци“*. Признакът „лично положение“ може да включва различни характеристики на личността: местоживеене¹⁸, ръст, цвят на косата и очите, тегло, стаж, професионален опит, съдимост, дали лицето получава социални помощи, майчин език, акцент или диалект, облекло (с изключение на религиозното, което попада в друг признак), хранителни навици, културни обичаи, дееспособност и поставяне под запрещение и много други черти, които отличават един човек или група хора от останалите. Решаващият орган следва да установи, че въз основа на точно определена различна (действителна, настояща или минала, или предполагаема) характеристика е извършено различното по-неблагоприятно третиране. Разбира се, не трябва да се забравя, че за да е налице дискриминация *„трябва да има различно третиране на лица в аналогични или относително сходни ситуации ... Това обаче не е единственият аспект на забраната за дискриминация ... Правото едно лице да не бъде дискриминирано ... ще бъде нарушено и ако държавата, без обективно и разумно оправдание, не третира различно лица, намиращи се в съществено различни ситуации.“* В този смисъл точно защото лицата имат различно „лично положение“, понякога те не просто може, а трябва да бъдат третирани различно, за да не бъде нарушена забраната за дискриминация. Не би могло например да се изисква работодателят да третира еднакво, като им плаща еднакво възнаграждение, лица с различен професионален стаж (който би могъл да бъде определен като различно „лично положение“) при равни други условия. Само когато решаващият орган е конкретизирал въз основа на кой точно особен, различен аспект на „личното положение“ е извършено различното третиране, ще може да се види дали по отношение на останалото лицата се намират в аналогични или относително сходни ситуации и съответно дали това различно третиране не е наложително, поради различните ситуации, в които се намират лицата.

В решение № 303 от 27.11.2013 г. по преписка № 230/2010 г., при определяне на понятието „лично положение“, КЗД отбелязва, че в „конкретния случай това е „личното положение“ на жалбоподателя, характеризиращо се с *„правото на труд и неговото конкретно упражняване, [което] е част от съдържанието на признака „лично положение“ по смисъла на чл. 4 ал. 1 от ЗЗДискр.“*, съгласно решение № 3416 от 16.03.2010 на тричленен състав на ВАС, потвърдено с решение № 8383/22.06.2010 на петчленен състав на ВАС“. АССГ не е останал удовлетворен от това определение на признака „лично положение“. Този подход към признака „лично положение“ всъщност е перифраза на цитираната по-горе част от решение № 14 от 10.11.1992 г. на

¹⁷ Решение № 7622 от 18.07.2003 г. на ВАС по адм. д. № 5063/2003 г., 5-членен с-в „На основание чл. 47, ал. 2 КРБ жената майка има право на помощ независимо от това дали е учаща, работеща или домакиня. Предвид тази особена закрила на жената майка е недопустимо ограничаването на правото на стипендия на студентките майки в сравнение с останалите студенти при същия успех и доходи.“

¹⁸ Решение № 274 от 14.05.2008 г. на ВКС по гр. д. № 1939/2007 г., II г. о.: *„Местоживеенето представлява елемент от личното положение.“*

Конституционния съд на Република България по конституционно дело № 14/92 г., което казва че някои признаци, в това число и „личното положение“ *„фактически се придобиват или изменят в процеса на социалната реализация на гражданите в обществото в резултат на упражняване на определени права“*. Това как се придобива или се изменя едно право обаче, не отговаря на въпроса какво е неговото съдържание. В решение № 4154 от 23.06.2014 г. по дело № 12157/2013 г., в което е разгледал жалбата срещу същото решение на КЗД, АССГ отбелязва, че *„законодателят не е дал легално определение на защитения признак „лично положение“. За разлика от други защитени признаци - пол, раса, религия, увреждане, възраст, семейно положение, които са присъщи на човека, защитеният признак „лично положение“ няма еднозначно, изначално прието обективно съдържание. Това предполага и налага установяване и доказване във всеки конкретен случай на значим, обективен, същностен за личността белег, който позволява да бъде прилаган еднакво и който отчита универсалния (материален и персонален) обхват на закона и абсолютната забрана за пряка дискриминация. В случая такъв белег изобщо не се сочи. Органът само твърди наличие на защитен признак „лично положение“, без да посочва съдържанието му. Не би могло да се приеме, че евентуално неспазване на принципа за конкуренция при назначаването, залегнал в разпоредбата на чл. 10, ал. 2 ЗДСл., може да обоснове наличие на защитен признак „лично положение“ респективно дискриминация по отношение на заинтересованата страна.“*

Решение № 266 от 01.11.2013 г. по преписка № 172/2012 г. е един от редките примери, в които намираме определение на КЗД на признака „лично положение“. Според нея: *„личното положение представлява уникално съчетание на различни характеристики, които формират отделната личност за разлика от останалите и показват нейната персонализация“*. По-нататък в решението си обаче КЗД отново посочва, че *„в практиката е залегнало виждането, че упражняване на конституционното право на труд и възникналите въз основа на него трудовоправни отношения се включват в защитимия признак „лично положение““*. Аналогичен подход КЗД използва и в решение № 241 от 11.10.2013 г. по преписка №186/2011 г., в което отбелязва, че *„реализирането на правото на образование в учебно заведение извън територията на страната, според настоящия състав е част от персоналната сфера на гражданина и попада в признака „лично положение““*. От последните два примера може да се направи извод, че един от подходите, използван от КЗД при определяне на обхвата на признака „лично положение“, е упражняването/реализирането на определени права, по-конкретно правото на труд и правото на образование. Този подход обаче, освен, че не допринася за определяне на съдържанието на понятието „лично положение“, води и до объркване на две основни понятия, с които антидискриминационното законодателство борави, а именно признак, по който се извършва дискриминацията (признаците изброени в чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр., сред които е и „личното положение“) и област/сфера от обществения живот, в която се извършва дискриминацията (Глава втора от ЗЗДискр. – при упражняване правото на труд, при упражняване на правото на образование и обучение, ползване на стоки или услуги и др.). След като тези две понятия се смесят, това, което се получава, звучи по следния начин: дискриминация при упражняване правото на труд по признак упражняване правото на труд. До смесване на понятията обаче няма да се стигне, ако решаващият орган посочи специфика или особена характеристика на признака като например упражняване право на труд (съответно образование) в чужбина, по-високо квалифициран труд, работа с вредни или опасни вещества и др.

В практиката на КЗД разбира се има и примери, в които достатъчно ясно се определя съдържанието на понятието „лично положение“, което е послужило като дискриминационен признак в конкретния случай. В решение № 237 от 03.10.2013 г. по преписка № 336/2011 г. например, КЗД отбелязва, че „*[к]ачеството родител е белег на личността, който би могъл да бъде съдържание на понятието „лично положение“ по смисъла на чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр., който обективно и трайно характеризира личността ... родителите, които отглеждат деца с увреждания или с хронични заболявания, нуждаещи се от непрекъснати грижи, са поставени в по-неблагоприятно положение при изборът им на учебно заведение*“.

В друго свое решение № 70 от 21.03.2013 г. по преписка № 192/2011 г. КЗД също конкретизира достатъчно ясно каква отличителна характеристика включва в понятието „лично положение“, а именно реализирането на правото на образование в учебно заведение извън територията на страната.

В заключение може да се каже, че задължително тълкуване от Конституционния съд на понятието „лично положение“ по чл. 6, ал. 2 от Конституцията би внесло яснота при употребата му и би преодоляло разнопосочното и противоречиво използване на това понятие.

Възможно ли е пряката дискриминация по признак „лично положение“ да бъде оправдана?

В цитираното по-горе решение № 70 от 21.03.2013 г. по преписка № 192/2011 г., позовавайки се на практиката на ЕСПЧ по прилагане на чл. 14 от ЕКПЧ, КЗД посочва, че не всяко различие в третирането е забранено и че принципът за равенство в третирането е нарушен, ако различието няма обективно и разумно оправдание. Неравното третиране е обективно оправдано, ако има законна цел и средствата за постигането ѝ са пропорционални, подходящи и необходими. В решението си КЗД развива виждането, че пряка дискриминация по някои признаци, подобно на непряката, може да бъде оправдана „*с преследването на законна цел, пропорционалност, систематичност и съгласуваност на средствата, установени с постигането ѝ.*“ Доколкото ЗЗДискр. транспонира в националното законодателство Директивите на ЕС относно борбата с дискриминацията в различни сфери на обществения живот и по различни признаци, КЗД извършва съпоставка на тези директиви и практиката по прилагането им и стига до извода, „*че те не допускат пряката дискриминация да бъде оправдана с преследването на законна цел и пропорционалност на средствата, когато тя се основава на вътрешно присъщи на индивида характеристики като раса, етническа принадлежност и пол, но позволява оправдаване на пряката дискриминация по други придобити от индивида характеристики в течение на неговия живот. В конкретния случай характеристиката „лично положение“, доколкото реализирането на правото на образование в учебно заведение извън територията на страната е част от персоналната сфера на гражданина, стои извън раса, етническа принадлежност и пол, поради което и евентуалната пряка дискриминация може да бъде оправдана, т.е. да не съставлява дискриминация, ако преследва законна цел, средствата за постигането ѝ са пропорционални, систематични и съгласувани, и позволяват постигането ѝ, дори случаят да не попада в изключенията по чл. 7 от ЗЗДискр. За оправдаване на пряката дискриминация се прилага същият стандарт като непряката дискриминация- чл.4, ал.3 от ЗЗДискр.: а/ на първо място следва преследваната цел да е законна и б/ мерките да са необходими и подходящи и да позволяват постигането на*

целта и в/ мерките да са съгласувани и систематични.“. АССГ споделя и потвърждава този подход в решението си по жалбата срещу решението на КЗД¹⁹.

Пол

В разглеждания период КЗД е разгледала оплаквания на жалбоподатели по почти всички подформи на половата дискриминация. В пет от случаите дори оплакванията са били повдигнати от мъже (решение № 23/2013 г., решение № 75/2013 г., решение № 107/2013 г., решение № 145/2013 г., решение № 271/2013 г.) Прави впечатление обстоятелството, че всички жалби са били свързани с дискриминация при упражняване правото на труд.

Класически случай на пряка дискриминация, основана на признак „пол“, се среща в решение № 1/2013 г. При него трудовият договор на жалбоподателката е бил прекратен на основание чл. 331 от КТ (по инициатива на работодателя срещу обезщетение), като предложението за прекратяване на договорите е било отправено единствено до двете жени, които са работили там. На тяхно място след това са били назначени двама мъже. КЗД е установила нарушение на ЗЗДискр., като е приела, че е извършена пряка дискриминация по признак „пол“ от дружеството-работодател, и е съобщила в решението си и международните стандарти.

Дискриминация на бременни жени

Дискриминацията на бременните жени е забранена в Директива 2006/54/ЕО за прилагането на принципа на равните възможности и равното третиране на мъжете и жените в областта на заетостта и професиите (чл. 2, ал. 2). Този вид дискриминация не е изрично специфицирана в ЗЗДискр., като това не пречи да се покрива от него безусловно. Основополагащата Директива, която е създадена за защита на правата на бременните работнички и служителки е Директива 92/85/ЕИО. Там е дадена и дефиницията за "бременна работничка" – а именно „тази бременна работничка, която е уведомила работодателя си за своето състояние в съответствие с националното законодателство и/или установената в страната практика“. Това изискване следва да бъде спазено като основа, за да може да е налице извършване на която и да било форма на дискриминация от страна на работодателя по отношение на бременна работничка/служителка.

КЗД е била сезирана и разгледала четири оплаквания на бременни жени, които са били подложени на актове на дискриминация при упражняване правото им на труд (решение № 3/2013 г., решение № 170/2013 г., решение № 195/2013 г., решение № 212/2013 г.). В едни от решенията си КЗД е съобщила елемента с надлежното уведомяване на работодателя за наличието на бременност, а в други не го е отчела изрично. Тъй като това обстоятелство се явява основополагащо, нашето мнение е, че Комисията е добре да се старее да установява изрично този факт в етапа на проучването. Наличието на устно уведомяване или признание за бременност в разговор не могат да бъдат счети за надлежно съобщаване за състоянието, в което се намира жената поради своята бременност.

¹⁹ Решение № 8279 от 27.12.2013 г. по дело № 6507/2013 г. АССГ. Решението не е окончателно.

От друга страна, подобна дискриминация е свързана както с пола на жената, която единствена има детеродни способности, така и с нейното лично положение, а именно специфичното състояние на тялото ѝ. Разгледаните четири преписки са били заведени, като оплакванията са повдигнати единствено по признак пол. Личното положение на жените не е било преценявано. В нито едно от решенията не е била открита дискриминация по признак пол. В тази връзка смятаме, че активността на КЗД би могла да се задълбочи в тази посока и да се събират доказателства за личното положение на бременната жена, тъй като от събиране на доказателства за дискриминация по признак пол няма пряка необходимост. Ясно е, че мъжете не могат да попаднат в тази хипотеза. Тук сравнението следва да бъде извършвано не между мъж и жена, както е в случай на пряка дискриминация по признак пол, а следва да бъде между бременната служителка и друга служителка, която не е бременна (съгласно правилото на теста „ако не беше“). По-неблагоприятното третиране следва от положението, в което се намира бременната жена. Наред с това е важно да се отбележи, че дискриминация се наблюдава и в случаите, когато имаме *еднакво третиране на различни ситуации*.

Дискриминация във връзка с професионалните социално-осигурителни схеми

Едно от най-интересните предизвикателства, които КЗД е имала през изминалата година, е обективизирано в решение № 271/2013 г., което атакува пенсионно осигурителните схеми за учителите мъже и по-конкретно предвидената разлика от 5 години учителски осигурителен стаж между мъжете и жените за придобиване на право на пенсия по § 5 от ПЗР на Кодекса за социално осигуряване. Директива 2006/54/ЕО гарантира прилагането на принципа на равните възможности и равното третиране на мъжете и жените в областта на заетостта и професиите. Обхватът на забраната за дискриминация в нея засяга пряко професионалните социално-осигурителни схеми, които осигуряват закрила срещу риска старост, включително и преждевременно пенсиониране.

Поставеният за разглеждане казус е изключително интересен, тъй като жалбоподателят е мъж и установената пряка дискриминация е била в посока на липса на равноправие по отношение на мъжете учители в сравнение с жените учителки. КЗД издава и няколко препоръки към Министерския съвет като субект със законодателна инициатива, както и към Министерския съвет, министъра на труда и социалната политика, министъра на образованието и науката и управителя на НОИ да предприемат необходимите мерки, чрез социален диалог, за гарантиране равното третиране на мъжете и жените в областта на учителската заетост и упражняване правото на ранно пенсиониране.

Убеждения

За разгледания период няма успешно доказани оплаквания за дискриминация по признак убеждения. Били са разгледани четири преписки на това основание (решение № 109/2013 г., решение № 305/2013 г., решение № 315/2013 г., решение № 323/2013 г.). Убеждението трудно се приема и разпознава като признак от решаващите състави. Убежденията, които правят хората различни, могат да бъдат в най-широка палитра – убеждение, че задължителните ваксини за деца са вредоносни, убеждение, че детето не следва да яде месо и задължителният хранителен режим в детската градина следва да е съобразен с това, убеждението да се изповядва мюсюлманска религия и задължението постоянно да се носи забрадка от представителките на женския пол, изповядващи мюсюлманската религия, както и политическите убеждения. В много от тези преписки

жалбоподателите не са успели да преминат дори първоначалната бариера за обръщане на доказателствената тежест по чл. 9 от ЗЗДискр.

Религия

Религията е признак, на основание на който може да бъде извършвана дискриминация по смисъла на ЗЗДискр. Били са разгледани четири преписки за 2013 г. (решение № 109/2013 г., решение № 292/2013 г., решение № 268/2013 г., решение № 215/2013 г.). Религията по нито една от тях не е била самостоятелен признак, а винаги е била придружена с поне още един – етническа принадлежност, убеждение или лично положение.

Емблематично решение за практиката на КЗД е решение № 109/2013 г. Повдигнато е било оплакване от страна на жалбоподателите родители на ученичка в 8-ми клас, която започнала да носи забрадка при посещенията на учебните занимания, след като получило първия си цикъл, тъй като така повелява мюсюлманската религия, която семейството изповядва. Момичето е било изключено от училище и е бил прекъснат задължителният образователен цикъл, който Закона за народната просвета предвижда до навършване на 16 години. Ответници са били директорът на училището и класната ръководителка. КЗД е привлякла като заинтересовани страни Министерството на образованието, Регионалният инспекторат по образованието – гр. Благоевград, Агенцията за правата на детето и Главното мюфтийство. Твърденията на жалбоподателите са за извършена пряка дискриминация, непряка дискриминация и тормоз по признаците религия и убеждения, която е въведена с Правилника за дейността на училището и с изключването на дъщеря им от учебни занятия.

Интересен поглед е бил изложен от страна на заинтересованите страни в производството, по мнението на които носенето на забрадката като религиозен символ е привилегировано поведение на ученичката. В решението на АССГ²⁰ същото възприятие е разписано: *„Възприетото в жалбата неравно третиране не е проява на дискриминация, а начин за преустановяване на създалото се привилегировано положение на религиозен принцип и неравностойно положение на всички ученици, което би обезсмислило значението на вътрешните правила и ред”*.

Сексуална ориентация

За разглеждания период КЗД не е постановила нито едно решение по оплакване за форма на дискриминация по признак „сексуална ориентация“ – нито повдигнат самостоятелно, нито във връзка с други защитени признаци.

Възраст

Не са малко решенията, постановени по твърдения за дискриминация по признак възраст. Има случаи, когато Комисията в съответствие с правомощията си сама определя, че това е защитимият признак, макар жалбоподателят да е посочил друг (напр. „лично положение“ – решение № 305 по преписка № 2/2013 г.).

²⁰ Решение № 5531/21.08.2014 г. по адм. д. 6671/2013 г. по описа на 34-ти състав при Административен съд – София град;

При прегледа на постановените решения по този признак през 2013 г. екипът на проекта се натъкна на няколко интересни решения, при които Комисията е подхождала по различен начин при преценката дали жалбоподателят е доказал защитим признак или не. Впечатление тук правят решенията по казуса дали е дискриминация приложението на чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР (отм.), по силата на който „служебното правоотношение на държавния служител в МВР се прекратява при придобиване право на пенсия при условията на чл. 69 от Кодекса за социалното осигуряване - по искане на служителя или по инициатива на органа по назначаването“. През разглеждания период има повече от пет решения по този въпрос.

По преписка № 76/2011 г. жалбоподателят твърди, че със заповед, издадена на основание чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР от министъра на вътрешните работи, служебното му правоотношение е прекратено едностранно от органа по назначаване без предизвестие и това представлява дискриминация по признак възраст и лично положение. С решение № 114/4.06.2013 г. Комисията е установила, че няма извършено нарушение и не е налице *пряка* дискриминация. За да достигне до този извод, съставът е разгледал оплакването, като е сравнил жалбоподателя с други служители на МВР, които са на същата възраст и със същия стаж, но правоотношението им не е прекратено и е намерил, че не е доказан защитен признак. КЗД е приела, че нормата на чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР (отм.) предполага упражняване на правомощия от страна на административния орган при оперативна самостоятелност, в рамките на която се осъществява едно потестативно право за прекратяване на служебните правоотношения (аналогични са решения № 225 по преписка № 198/2012 г.; решение № 236 по преписка № 220/2011 г., решение № 269 по преписка № 130/2011 г.)

През юли 2013 друг състав на КЗД е достигнал до съвършено противоположния извод (решение № 185/23.07.2013 г. по преписка № 303/2011 г.) по идентичен казус. По това дело жалбоподателите твърдят, че прекратяването на служебните им правоотношения на основание чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР (отм.) представлява уволнение против тяхната воля, а прекратяването на служебните им правоотношения представлява форма на принудително пенсиониране, което е извършено без прилагането на обективни критерии. КЗД разглежда казуса от гледна точка на *непряка* дискриминация. Решението е мотивирано с решения на СЕС и статистически данни. Следва да се отбележи, че в решението си Комисията прилага теста на ЕСПЧ и ЕС за законност на преследваната цел и за пропорционалност на намесата в правата на жалбоподателите: *„Отговорната страна нито е посочила, че се преследва законна цел посредством действието и приложението на чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР, а още по-малко е насочила своята аргументация във връзка с някаква хипотетична пропорционалност на съответната мярка с преследваната цел. Това само по себе си е достатъчно, за да бъде обявена нормата на чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР за форма на непряка дискриминация по признак „възраст“, тъй като тази норма, засягайки непропорционално различните възрастови групи служители на МВР, индиректно поставя в по-неблагоприятно положение служителите на МВР във възрастовата група около и над 45 г. в сравнение с голяма част от колегите им, които са на възраст под 45 г., вкл. в сравнение с всеки един от тях, който е на възраст под 41 г.“* Все пак за пълнота КЗД е изследвала дали е нормата е обективно оправдана.

За съжаление, с решение № 456/24.01.2014 г. на АССГ (33 състав, адм. д. № 8181/2013 г.) решението на Комисията е било отменено, с мотиви, които според нас не могат да бъдат подкрепени. Съдът е постановил, че за постигане на законосъобразната цел,

каквато е насърчаването на смяната на поколенията и равномерното разпределение на тежестта на безработицата, законодателят е избрал „обективно обусловен и оправдан начин, понеже няма друг правен способ за постигането на целта „обновяване на състава на служителите”, освен правомощието на органа едностранно да прекрати правоотношението при придобито право на пенсия“. Съдът е прогласил за нищожна наложената на Министъра на вътрешните работи ПАМ да изработи и внесе за разглеждане в Министерски съвет законопроект с цел изменение на нормата на чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР в насока възприемането ѝ от законодателя единствено като субективно право на служителя, а не и като възможност за работодателя да прекратява едностранно служебното правоотношение на лице, отговарящо на изискванията, заложиени в чл. 69, ал. 2 от КСО, защото законът не ѝ давала такова право и така се намесвала в законодателната инициатива.

Заслужава да се отбележи обаче, че решението на КЗД е имало ефект върху законодателството, тъй като в новия Закон за МВР оспорваният текст е изменен в съответствие с констатациите на Комисията.

Доколкото цитираните казуси са абсолютно идентични, може да се постави въпросът дали причината за различните решения е в това, какво твърди жалбоподателят – ако твърди, че е дискриминиран в сравнение с другите колеги на неговата възраст, които не са ранно пенсионирани, явно, че не може да има разлика в третирането по признак възраст, но в решение № 185/23.07.2013 г. твърденията на жалбоподателите са съвсем схематично изложени – „Считат, че чрез издаването на цитираните заповеди спрямо тях е извършена дискриминация по признак „възраст“ ... Жалбите са допустими в частта им, с която жалбоподателите искат да бъде установен дискриминационния характер на нормата на чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР ... и в частта, с която жалбоподателите искат от КЗД да установи, че издадените от министъра на вътрешните работи заповеди представляват актове на дискриминация“. Жалбоподателят по преписка №76/2011 г. пък се е сравнил със служителите в МО, спрямо които няма такава възможност за ранно пенсиониране по решение на работодателя.

Има решения на ВАС по тази тема (решение № 10443/12.07.2011 г. по адм. д. № 317/2011 г., решение № 125/5.01.2012 г. по адм. д. № 3569/2011 г.). ВАС е приел, че „КЗД не е доказала наличието на критерий вътре в така нормативно дефинираната група на служителите, придобили право на пенсия на основание чл. 69, ал. 2 от КСО, който да съставлява фактическо основание за неравно третиране при сравними сходни обстоятелства спрямо част от тези служители, чието правоотношение би било прекратено, с оглед обосноваване на извода, че чл. 245, ал. 1, т. 13 от ЗМВР е установяваща непряка дискриминация разпоредба. Доказването на дискриминационния характер на цитираната норма от ЗМВР изисква обосноваване на възникване с голяма степен на вероятност на различие вътре в групата на служителите с право на пенсия, което да позволи дефиниране на защитен признак, въз основа на който конкретни лица да бъдат застрашени от поставяне в по-неблагоприятно положение в сравнение с останалите“.

Подходът за сравнение на положението на група лица от една възрастова група с лица от друга възрастова група е налице и в други решения на КЗД. Пример е решение № 208 по преписка № 206/2009 г., в което се разглежда оплакване за дискриминация по признак възраст при масови съкращения от отдел „Продажби“ на БТК на хора около и

над 40-годишна възраст. Комисията е намерила пряка дискриминация, като се позовава на Директива 2000/78/ЕО, съгласно която *„националното законодателство или практиката могат да регламентират установяването на дискриминация „включително въз основа доказателство на статистиката“*. Такъв конкретен регламент в националното законодателство не е предвиден, но за пълното и всестранно изясняване на обстоятелствата ЗЗДискр. допуска използването на всички доказателствени средства.

Подобен е подходът и в решение № 208 по преписка № 207/2012 г. Делото се отнася до оплакване за дискриминация по признак възраст, въведена с Правилата за условията и реда за постъпване на държавна служба в Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“ и Главна дирекция „Охрана“ при Министерство на правосъдието, които въвеждат като условие за явяване на конкурс лицето да не е навършило 40 г. В диспозитива на решението КЗД е намерила, че съответната норма на правилата представлява пряка дискриминация. Комисията обаче прилага теста за необходимост на намесата като при непряка дискриминация и приема, че предприетата мярка надхвърля значително необходимото за задоволяването на законната цел, свързана с необходимостта от провеждането на първоначално обучение.

Решението е обжалвано и отменено от две съдебни инстанции (АССГ, 41 състав, адм. д. № 9701/2013 г., и ВАС, адм. д. № 1463/2014 г.). Съдът отново е изместил сравнението между лица на еднаква възраст: *„В случая поставянето на подобно изискване в конкурсните условия не води до извод за неблагоприятно третиране на Д. П. на основата на признак „възраст“, отколкото са били третирани или биха били третирани други лица при сравними сходни обстоятелства, доколкото това условие е към всички кандидати за участие в конкурса и не е персонално изискване към касационния жалбоподател“*.

2. Разграничаването на някои форми на дискриминация.

Пряка и непряка дискриминация

В много решения КЗД е разгледала случаите като прояви на пряка дискриминация, но едновременно с това е приложила теста за непряка дискриминация – когато *„разпоредба, критерий или практика е обективно оправдан/а с оглед на законова цел и средствата за постигане на целта са подходящи и необходими.“* Например:

Решение № 274 преписка № 15/2013 г.: *„В конкретния случай именно поради тази характеристика обществената група на военнослужещите (и лицата, изпълнявали военна служба), която, както беше посочено, в областта на осигурителното право се намира в сравнимо сходно положение с обществените групи, описани в чл. 69, ал. 2, ал. 3 и ал. 6 от КСО, е третирана по-неблагоприятно от тях. Това само по себе си представлява пряка дискриминация по признак „обществено положение“. Ответните страни не са представили аргументи, от които може да се направи заключение, че посредством разликата в третирането се цели постигането на законосъобразна цел, а и че е налице определена степен на пропорционалност между предприетите мерки и преследваната цел“*.

Решение № 208 по преписка № 207/2012 г., посочено по-горе. Макар в диспозитива КЗД да е намерила, че съответната норма от правилата представлява пряка дискриминация, тя е приложила теста за необходимост на намесата като при непряка

дискриминация и е приела, че предприетата мярка надхвърля значително необходимото за задоволяването на законната цел, свързана с необходимостта от провеждането на първоначално обучение.

Непряка дискриминация по признак „пол“

Нито едно оплакване не е било повдигнато пред КЗД за непряка дискриминация по признак пол. Причината за това се крие в трудността да се открие и усети от лицата тази форма на дискриминация, тъй като тя се съдържа в привидно неутрална разпоредба, критерий или практика. Привидно неутралната разпоредба, критерий или практика на пръв поглед изглеждат еднакви за всички и чак когато се приложат в действие, се констатира техният диспропорционално по-лош ефект. Те засягат повече група лица, определени по даден признак – жени, хора с увреждания, роми и т.н. Този тест е по-трудно приложим и поради това непряката дискриминация като форма е по-рядко срещана.

Сексуален тормоз на работното място

Практиката на КЗД за разглеждания период по преписки за защита срещу сексуален тормоз е оскъдна – едно-единствено решение. То обаче е преминало триинстанционен контрол, като и трите инстанции единодушно са установили, че по отношение на жалбоподателката е бил извършен сексуален тормоз на работното място.

При анализа на решенията по конкретния казус може да се направи обоснован извод, че отделни решения оставят впечатление за *смесване на понятията тормоз и пряка дискриминация*.

При сексуалния тормоз на работното място се наблюдава нежелано поведение от сексуално естество. Когато имаме сексуален тормоз над едно лице, не следва това да се приема като пряка дискриминация на основание пол. Законодателят също прави разграничение на различните форми на дискриминация – едната е пряка дискриминация, а другата е сексуален тормоз. Когато се твърди пряка дискриминация на основание пол, се очаква от жалбоподателя да посочи лице за сравнение, третирано по-благоприятно при сравними сходни обстоятелства. При повдигане на оплакване за тормоз или сексуален тормоз СРАВНИТЕЛ НЯМА и съответно решаващият състав не следва да го търси. В такъв случай единствено и само жалбоподателя/ката преценяват кое поведение от сексуално естество към тях възприемат като сексуален тормоз. Личното възприятие е от най-съществено значение, ведно с индивидуалния праг на търпимост. Това означава, че за една жена определено поведение от сексуално естество може да бъде възприето като тормоз, докато при друга жена в същата ситуация същото поведение да не предизвиква накърняване на достойнството и честта.

Това сериозно различие между двете форми на дискриминация и техните елементи е съществено и е недопустимо да не се прави разлика помежду им. Този подход влече след себе си редица сериозни пороци.

Европейският институт по равноправие на половете посочва в едно от последните си проучвания, че сексуалният тормоз е една от формите на основано на пола насилие над

жените²¹. Статистическите данни показват, че жените са жертва на сексуален тормоз на работното място в много повече случаи, отколкото мъжете, но това не може да бъде причина то да се смята за дискриминация по признак „пол“.

Според дефинициите на сексуален тормоз на работното място, дадени от Препоръка 92/131/ЕЕС на Европейската комисия за защита на достойнството на мъжете и жените на работа: „*Същностната характеристика на сексуалния тормоз е, че той е нежелан от реципиента и всеки отделен човек определя сам за себе си какво поведение приема и какво счита за обидно. Сексуалното внимание се превръща в сексуален тормоз, ако продължава, след като е станало ясно, че се приема от реципиента като обидно, макар че и отделен инцидент може да съставлява сексуален тормоз, ако е достатъчно сериозен*“.²²

В този смисъл обръщаме внимание на обстоятелството, че сексуалният тормоз е форма на дискриминация, която засяга пропорционално повече жени, отколкото мъже, видно от статистическите изследвания, но това не я прави подформа на пряка дискриминация на основание пол. Двете форми са различни и техните елементи не бива да се смесват.

Друга препоръка, която следва да се направи към решаващите състави, е в посока изследването и съобразяването на специфичния пол на жената-жертва на сексуален тормоз на работното място, тъй като полът на жалбоподателката е от съществено значение за положението, в което я поставя тормозът. Това важно обстоятелство не е било обсъждано изобщо и нито един от решаващите състави не е проявил нужната сензитивност към това. Напротив – и трите инстанции са обсъдили единствено и само неоспоримите гласни доказателства, които са били събрани от свидетелите очевидци. А ако нямаше такива?

3. Формата на вината.

Въпросът за установяването на умисъл като форма на вината при изследване на дискриминационното поведение възниква най-често, когато се разглеждат твърдения за тормоз и тормоз на работното място като форми на дискриминация. ЗЗДискр. изисква нежеланото поведение да има за цел или да е постигнало като резултат две кумулативни предпоставки: накърняване на достойнството и създаване на враждебна, принижваща, унижителна, обидна или застрашителна среда. При разглежданите решения все още се откриват такива, при които решаващият състав е изследвал поведението на ответната страна, търсейки умисъл за осъществяване на тормоза или цел (решение № 116/2013 г., решение № 204/2013 г., решение № 281/2013 г.), което е незаконосъобразно и против изискванията на международния стандарт. В по-голямата си част тези оплаквания са останали недоказани, а жалбите - неуважени.

Има и решения, в които е залегнал и цитиран следният принцип: „*Много често хората въобще не съзнават собствените си стереотипи и предразсъдъци, в подобни ситуации действат несъзнателно, водени от тях и следователно доказването на съзнателност, умисъл или преднамереност в повечето случаи е невъзможно.*“ (решение № 102/2013 г. и др.).

²¹ <http://eige.europa.eu/gender-based-violence/administrative-data-sources/about>

²² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31992H0131>

4. Позоваване от страна на КЗД на международни норми за правата на човека, норми на ЕС и решения на международни институции.

В своята практика КЗД все повече черпи аргументи и се позовава на различни международни актове по правата на човека, по които Република България е страна, както и на практиката на Съда на Европейския съюз (СЕС) и ЕСПЧ. В разгледаните решения на КЗД от 2013 г. се срещат следните позовавания на международни договори, установяващи стандарти за правата на човека, по които Република България е страна, на правото на Европейския съюз и на практиката на институции като ЕСПЧ и СЕС:

В решение № 220 от 18.09.2013 г. на КЗД се цитира чл. 1 от Конвенция № 111 от 1958 г. на МОТ, относно дискриминацията в областта на труда и професиите. Има позоваване на чл. 7, ал. 1, б. (а) (Г) от Международния пакт за икономическите, социалните и културните права (обн. ДВ. бр. 43 от 1976 г.). КЗД се позовава и на чл. 157 от Договора за функциониране на Европейския съюз - и чл. 4, ал. 1, т. 3 от Европейската социална харта (ревизирана), както и на Част I, т. 4 от Европейската социална харта, която е задължително ратифицирана от България; Законът за ратификация е обнародван в ДВ. бр. 30 от 11.04.2000 г.; самата Харта е обнародвана в ДВ. бр. 43 от 04.05.2000 г.)

В решение № 223 от 18.09.2013 г. на КЗД се споменават чл. 10 от Директива 2000/78/ЕО, чл. 8 от Директива 2000/43, чл. 9 от Директива 2004/113 и чл. 19 от Директива 2006/54 относно тежестта на доказване, както и дела C-127/92, C-236/98, C-303/06, Firma Feryn NV (C-54/07) на СЕС и D.H. and others v. The Czech Republic, application no. 57327/00 на ЕСПЧ.

В решение №237 от 03.10.2013 г. на КЗД има препращане към решение от 23 октомври 2007 по обединени дела Hilde Schönheit срещу Stadt Frankfurt am Main и Silvia Becker срещу Land Hessen, C-4/02 и C-5/02, Сборник 2003 стр. I -12575; решение на СЕО от 30 юни 1998 г. , C-394/96, пар. 30; решение на СЕО, по дело T-475/ 2004 г., пар. 129; решение на СЕО от 14 февруари 1995 г. C-279/93 Schumacker, , Recueil, стр. I-225, точка 30; решение на СЕО от 13 февруари 1996 г. по дело Gillespie и др., C-342/93, Recueil, стр. I-475, точка 16; решение по дело Zeman v. Austria, жалба № 23960/02, § 32, на ЕСПЧ. Споменава се чл. 2 от Конвенцията за правата на хората с увреждания относно дискриминацията, както и Конвенцията на ООН за правата на детето (чл. 3, т. 1 и т. 2).

В решение №250 от 21.10.2013 г. на КЗД се споменават чл. 10 от ЕКПЧ, чл. 19, 20, 26 от МПГПП; чл. 4 от Международната конвенция за ликвидиране на всички форми на расова дискриминация; чл. 1 от Рамково решение 2008/913/ПВР на Съвета на ЕС от 28.11.2008 г. относно борбата с определени форми и прояви на расизъм и ксенофобия, както и чл. 2, § 4 от Директива 2000/43/ЕО на Съвета от 29 юни 2000 г.

В решение №257 от 28.10.2013 г. на КЗД се посочват чл. 1, ал. 1, т. „а” от Конвенция № 111 на МОТ, както и чл. 15 на Директива 2000/78/ЕО при мотивиране на решението на комисията.

В решение № 266 от 01.11.2013 г. КЗД използва чл. 15 от Директива 2000/43/ЕС, както и чл. 17 от Директива 2000/78/ЕО за да мотивира налагането на санкция в своето решение.

В решение №268 от 01.11.2013 г. на КЗД се споменават § 48 от решение по дело Кокинакис срещу Гърция (жалба №14207/88) на ЕСПЧ; декларацията Dignitatis Humanae; решение по дело Далаб срещу Швейцария на ЕСПЧ; общи коментари на Комитета по правата на детето относно тълкуването на чл. 5, 14, 16 от Конвенцията за правата на детето, както и чл. 9, § 2 от ЕКПЧ.

В решение № 271 от 04.11.2013 г. на КЗД има сериозно позоваване на правото на ЕС - споменават се чл. 19 от ДФЕС, Директива 2006/54/ЕО от 5 юли 2006 г. за прилагането на принципа на равните възможности и равното третиране на мъжете и жените в областта на заетостта и професиите, Дело C-41/74 Van Duyn и Дело C-148/78 Ratti, също и C-103-88; дело C-144/04, W. Mangold v R. Helm; C-7/93: Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds срещу G. A. Beune (1994 г., ECR I-4471); C-351/00: Pirkko Niemi (2002 г., ECR I-7007); дело C-147/08; C-123/10; делата C-262/84 и C-262/88 пред СЕС; дело C-506-06 Sabine Maug срещу Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG; дело C-262-88: Barber срещу Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990 г., ECR I-1889); заключението на генералния адвокат по Дело C-506-06; решения по дела C-356/09; C-207/04; C-423/04; дело Römer C-147/08; Чл. 157 от ДФЕС; решение на СЕС по дело Ten Oever, C-109/91, дело Beune, C-7/93, решение на СЕС по дело Maruko, C-267/06;

В решение № 313 от 06.12.2013 г. на КЗД се споменават чл.15 от Директива 2000/43/ЕС и чл. 17 от Директива 2000/78/ЕО/ относно определянето на санкцията.

В решение № 320 от 19.12.2013 г. КЗД се позовава на чл. 13 от ДЕО; Директива 2000/78/ЕО от 27 ноември 2000 г. за създаването на обща рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите; решение по дело Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (application 1474/62; 1677/62; 1769/63;1994/63; 2126/64) т.10 Case of Laduna v. Slovakia (application 31827/02) т. 59, Case of Zarb Admi v.Malta (applicationno 17209/02) т. 72 Case of Sejdic and Finčič v. Bosnia and Herzegovina (applications nos.27996/06 and 34836/06) т. 42 на ЕСПЧ; решение на съда в Люксембург, по дело C-411/05 Félix Palacios de la Villa срещу Cortefiel Servicios SA; решение на съда на Европейския съюз, по дело C-45/09, Gisela Rosenbladt срещу Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH²³, решение на съда на ЕС по дело C-144/04, Werner Mangold срещу Rüdiger Helm и Съединени дела C-250/09 и C-268/09

В решение №323 от 20.12.2013 г на КЗД се споменава делото Тлименос с/у Гърция (Case of Thlimmenos v. Greece), решение от 06.04.2000 г. на ЕСПЧ

²³ Виж т. 68 от решението: „Съдът вече е постановил, че клаузи за автоматично прекратяване на трудовите договори на работниците, които придобиват право на пенсия, могат да бъдат оправдани в контекста на национална политика за насърчаване на достъпа до заетост чрез по-добро разпределение на работните места между поколенията, като по принцип трябва да се приеме, че в контекста на националното право така преследваните цели обективно и обосновано оправдават — съгласно предвиденото в член 6, параграф 1 от Директива 2000/78 — съответната въведена от държавите членки разлика в третирането на основание възраст (вж. в този смисъл решение по дело Palacios de la Villa, посочено по-горе, точки 53, 65 и 66). Оттук следва, че цели като посочените от запитващата юрисдикция са „закономъобразни“ по смисъла на тази разпоредба”.

В решение № 324 от 20.12.2013 г. КЗД посочва делата Бургхарц с/у Швейцария (Burghartz v. Switzerland), решение от 22.02.1994 г. и Юнал Текели с/у Турция (Ünal Tekeli v. Turkey), решение от 16.11.2004 г. на ЕСПЧ, както и Карлхайнц Шмид с/у Германия (Karlheinz Schmidt v. Germany), решение от 18.07.1994 г.

II. Въпроси на процедурата.

1. Служебното начало.

Ясно е, че за производствата пред КЗД важат общите принципи на административния процес. Един от тези принципи е принципът на *служебното начало* (виж чл. 9 от АПК). Може да се каже, че този принцип дори е доразвит при производствата пред КЗД, доколкото те могат да се образуват и по инициатива на самия решаващ орган, т. е. на Комисията (чл. 50, т. 2 от ЗЗДискр.). В тези случаи тя, ако установи дискриминация, служебно ще трябва да се произнесе и по въпроса въз основа на кой/кои защитени признаци дискриминацията е била осъществена. Изследователският екип споделя виждането, че по същия начин служебното начало трябва да се прилага и в случаите, когато КЗД е била сезирана от засегнато лице (чл. 50, т. 1 от ЗЗДискр.), или от друго физическо или юридическо лице (чл. 50, т. 3 от ЗЗДискр.). Иначе казано, КЗД не трябва да е обвързана от твърденията в жалбата или в сигнала, че е имало дискриминация по определен признак, а, ако установи неравно отнасяне, сама следва да определи въз основа на какъв признак то е било осъществено. Ние смятаме, че тълкувано по този начин, служебното начало ще бъде наистина реална гаранция на ефективната защита от дискриминация.

Констатацията на екипа на БАПЧ е, че в това отношение практиката на институциите, осигуряващи правна защита от дискриминация, не е постоянна.

Има случаи, когато Комисията в съответствие с правомощията си сама е определила, че е налице един защитен признак, макар жалбоподателят да е посочил друг (например „лично положение“ – решение № 305 по преписка № 2/2013 г.). В същия смисъл, а именно, че при изясняване на въпроса за вероятната дискриминация КЗД действа служебно, тя се е произнесла с решение № 125 по преписка № 14/2013 г. и с решение № 148 по преписка № 178/2011 г. (жалбоподателите са длъжни да изтъкнат факти и обстоятелства, а КЗД трябва служебно да събере доказателства, от които да се установи дали твърдяните факти са настъпили). В други случаи КЗД безусловно е разчитала на активността на жалбоподателя (така може да бъде възприето решение № 3 по преписка № 13/2012 г., в което се казва, че производството пред КЗД, макар и административно, е и състезателно, което налага да бъде отчетена пасивността на инициатора на производството). Като друг пример следва да се споменат посочените по-горе четири оплаквания на бременни жени, които са били подложени на актове на дискриминация при упражняване правото им на труд. Изложените в жалбите им оплаквания са били оплаквания единствено по признак „пол“. Личното положение на жените, към което би следвало да се отнесе бременността им, не е било преценявано. Оплакванията са били отхвърлени, защото в нито едно от решенията не е била открита дискриминация по признак „пол“. Според принципа на служебното начало КЗД не е била обвързана от твърденията относно формите на дискриминация и признаците, посочени от жалбоподателите в инициращия производството документ. Поради това и съставът е имал задължението да прецени тези две основни неща – формата на дискриминация и

защитения признак, като се ориентира във фактичката обстановка. Само по този начин би се постигнала целта на производството - да гарантира справедливо и ефективно антидискриминационно правораздаване.

2. Давността.

При прегледа на постановените през 2013 г. решения констатирахме противоречие при прилагането на чл. 52, ал. 1 от ЗЗДискр. На първо място стои въпросът към кой момент трябва да не е изтекъл 3-годишния давностен срок, за да може да се постанови решение по жалба до КЗД. Не е изцяло изяснен въпросът дали образуваното производство спира давността (решение №2 57 по преписка № 206/2009 г.) или не (решение на АССГ № 2717/23.04.2013 по адм. д. № 1120/2013 г., с което е отменено решение № 1 по преписка № 218/2011 г.). Друг недоизяснен въпрос е дали се следи за продължаващо нарушение (решение № 317 по преписка № 372/2013 г.). Безспорен е може би единствено въпросът, че за давността се следи служебно, а не, както е в гражданското производство, по възражение на насрещната страна

Съгласно чл. 84, ал. 3 от ЗЗДискр. в производството по този закон се прилага по аналогия ЗАНН (съответно НПК и НК, доколкото ЗАНН препраща към тях). В наказателното право давността започва от довършване на престъплението/респ. нарушението, а съгласно чл. 81, ал. 2 НК давността се прекъсва с всяко действие на надлежните органи, като след свършване на действието, с което е прекъсната давността, започва да тече нова давност. Следователно и по ЗЗДискр. завеждането на производството трябва да спира давността. В този смисъл е и решение № 9263 от 2.07.2014 г. на ВАС по адм. д. № 1827/2014 г., VII о.: *„Практиката на Върховния административен съд е безпротиворечива и последователна. Нормата на чл. 52, ал. 1 от ЗЗДискр. визира забраната за образуване на производство пред КЗД, респективно задължението същото да бъде прекратено, в хипотезата, когато от извършване на нарушението, а ако се касае за продължавано деяние - към момента на преустановяване на същото, е изтекъл тригодишният срок за образуване на производство пред административния орган. Видно от съдържанието на разпоредбата, тригодишният срок не е обвързан с датата на произнасяне на Комисията, а само с образуване на производството пред специализирания административен орган. ... В конкретния случай, видно от жалбата, с която касационните жалбоподатели са сезирали Комисията, твърдяното нарушение на антидискриминационното законодателство визира периода 26 - 27.10.2007 г. - 12.03.2008 г. Тригодишният срок, след изтичането на който се преклудира правомощието на КЗД за образуване на административно производство, изтича на 12.03.2011 г., а видно от данните по делото разпореждането за образуване на административното производство е от дата 3.09.2010 г., следователно е в рамките на законоустановения срок, поради което законосъобразно Комисията се е произнесла по наведените в жалбата твърдения с решение от 5.03.2012 г.“*

В същия смисъл може да се посочи решение № 362 от 20.01.2014 г. по дело № 9700/2013 г. на АССГ по жалба срещу решение № 204 от 10.09.2013 г. на КЗД: *„Производството не е следвало да бъде прекратено на основание чл. 52, ал. 1 от ЗЗДискр. [както поддържа жалбоподателят], тъй като посоченият срок е давностен само по отношение правото на лицата да се оплачат от осъществената спрямо тях дискриминация. Тъй като не са изтекли три години от момента на откриване на обявата до подаването на жалбата в КЗД, то не са били налице основания за*

прекратяване на административното производство. Съдебната практика не приравнява тази давност на абсолютната погасителна давност по чл. 34 от ЗАНН, съответно чл. 80 от НК, следователно КЗД законосъобразно е разгледала жалбата и се е произнесла по съществуването на спора между страните.“

Такава е и практиката на КЗД, която следва да бъде подкрепена. Например:

- Решение № 257 по преписка № 206/2009 г. Сигналът е постъпил на 18.09.2009 г. Решението на КЗД е от 14.01.2011 г. и е било отменено от ВАС на 3.07.2012 г. Било е възобновено пред КЗД на 12.07.2012 г. Ответникът е направил възражение за изтекла абсолютна давност, но съставът е приел, *„че направеното искане е неоснователно, защото с подаване на жалбата се прекъсва течението на установения 3-годишен давностен срок и докато има висящо производство, срокът няма да тече.“* Тук може да се постави въпросът дали има абсолютна давност по ЗЗДискр. и какъв е давностният срок. Дали той е като в НК – ½ над срока по чл. 52, ал.1 от ЗЗДискр.?

- Решение № 38 по преписка № 139/2012 г. Давностният тригодишен срок не е изтекъл, макар жалбата да е стигнала до КЗД след изтичане на трите години, и въпреки отказите на редица съдилища да разгледат случая, КЗД е приела, че за отчитане на датата на прекъсване на давността значение има датата на подаване на исковата молба в Районен съд – Варна.

- Решение № 185 по преписка № 303/2011 г.: *„Ето защо с оглед приложението на чл. 52, ал. 1 от ЗЗДискр. в случаите, когато производството е образувано по жалба на засегнатото лице, следва да се държи сметка единствено за момента на сезирането на компетентния орган в лицето на Комисията за защита от дискриминация, но не и за момента на издаването на решението по чл. 65 от ЗЗДискр., доколкото давността спира да тече при надлежното сезиране на компетентния орган.“*

Има обаче решения на АССГ, в които съдът тълкува чл. 52, ал. 1 ЗЗДискр. в смисъл, че с изтичане на тригодишния срок от извършването на акта на дискриминация производството трябва да се прекрати, без значение на какъв етап е. Например:

- С решение № 2717 от 23.04.2013 г. на АССГ, 32 състав, се отменя решение № 1/14.04.2013 г. по преписка № 218/2011 г. на КЗД, в което се констатира, че давността е била изтекла към датата на първото заседание пред КЗД. Интересното е, че жалбата е била подадена на 20.07.2011 г., преписката е била образувана на 27.07.2011 г., първото заседание на КЗД е било на 5.06.2012 г., а давността според АССГ е била изтекла на 09.03.2012 г.;

- С решение № 4850 от 14.07.2014 г. по адм. д. № 1414/2014 г. по жалба срещу решение № 10/14.01.2014 г., по преписка № 218/2012 г. на КЗД, АССГ е отменил решение на КЗД, с което тя е установила дискриминация. Според съда *„определеният в чл.52, ал.1 от ЗЗДискр. е преклузивен, изрично лимитиран срок, след който законодателят приема, че поради твърде закъснялото във времето административнонаказателно преследване, се губи смисъла на неговото предупредително и възпитателно въздействие върху дееца и върху останалите*

граждани на обществото. Заличават се административно-наказателноправните последици от извършеното деяние.“ В случая актът на дискриминация е в периода 01.01.2008 г. - 01.12.2010 г., жалбата е била депозирана на 31.08.2012 г., а решението на КЗД е от 14.01.2014 г.

- Решение № 6886 от 11.11.2013 г., постановено по адм. д. № 3944/2012 г: „В настоящия случай, проявената дискриминация е за периода от 25.10.2007 г. до април 2008 г. Последното заседание на Комисията е проведено на 23.03.2011 г., а решението, в оспорената му част е постановено на 05.03.2012 г., т.е. след изтичането на определения в чл. 52, ал. 1 от ЗЗДискр. срок.“

Следващият въпрос е свързан с преценката дали е налице продължаваща дискриминация. Не във всяко свое решение, където оплакването може да бъде преценено като жалба срещу продължаващ акт на дискриминация, КЗД е изследвала дали такова е налице, като вместо това е приемала, че може да се произнесе само за действията извършени в рамките на 3-годишния период, а това противоречи на цитираната по-горе практика на ВАС, според която давността тече от момента на преустановяване на нарушението.

3. Тежестта на доказване.

Вижда се, че проблемът с тежестта на доказване продължава да съществува и по-точно в кой момент КЗД обръща тежестта и колко доказателства е нужно да представи жалбоподателят, за да установи вероятност, че е бил дискриминиран (например решение № 88 по преписка № 118/2010 г. и отмененото го решение на АССГ²⁴). Проблемът е и за ответната страна, която дори да смята, че не са доказани първични данни, които да обосноват обръщането на тежестта на доказване, провежда пълно и главно доказване на наличието на факти, от които следва да се направи извод, че не е налице дискриминация (напр. решение № 46 по преписка № 22/2012 г.).

Изложеното се потвърждава най-добре с цитираните по-горе решения № 185 по преписка № 303/2011 г. и решение № 114 по преписка № 76/2011 г. (жалби на бивши полицаи срещу дискриминативната разпоредба на чл. 245, ал. 1 т.13 ЗМВР (отм.)), където при напълно идентични твърдения и доказателства в първото решение съставът е приел, че доказателствената тежест е обърната, а във второто, че не е, но това е станало ясно за страните едва с решението. Разликата във времето между двете решения е 6 седмици.

Аналогично е решение № 32 по преписка № 207/2008 г., където Комисията сама е констатирала, че сигналподателят е доказал повече от колкото е било необходимо: „Въпреки, че съгласно чл. 9 от ЗЗДискр. пострадалите от евентуалното третиране лица не са длъжни да провеждат пълно доказване по отношение на фактите, които

²⁴ КЗД: „Ж. Т., въпреки че не е бил пряк свидетел на отношението на О. към жалбоподателката, свидетелства относно отправените упреци от ответника към цялото семейство за политическата им принадлежност към ПП «РЗС». Настоящият състав намира, че тези показания са доказателство, от което може да се направи предположение по смисъла на чл.9 от ЗЗДискр., че осъществено от ответника О. нежелано поведение спрямо жалбоподателката е именно заради нейната политическа принадлежност.“ АССГ: „Твърденията на жалбоподателката не са подкрепени от доказателства, освен от показанията на сина ѝ, който не е очевиден и е заинтересован. – т.е. КЗД неправилно приема, че е налице хипотезата на чл. 9“.

обосновават основателността на претенцията им, [сигналоподателите] са предприели всички възможни действия да предоставят необходимите данни за регистрираните в България деца с диагноза мукополизахаридоза.“

Натъкнахме се и на решение, от което е видно, че има случаи, когато КЗД указва на жалбоподателя какво е неговото задължение по чл. 9. Във връзка с постъпила информация от жалбоподателя, от него е изискано да представи копия от инициативните документи (искови молби, жалби, сигнали) ведно с документите, с които тези органи са се произнесли по направените от М. искания (напр. съдебни решения или писма на омбудсмана). Указано е, че представянето на тези документи е част от процесуално дължимото от него поведение съгласно чл. 9 от ЗЗДискр. (решение № 125 по преписка № 14/2013 г.).

Освен неизвестността в кой момент се извършва преместването на доказателствената тежест, противоречия има и по това: (1) дали жалбоподателят трябва да докаже по несъмнен начин и да представи доказателства, от които да може да се направи обоснован извод в какво точно се изразява неравното третиране (решение № 2 по преписка № 280/2011 г.) или са достатъчни доказателства, които *„на пръв поглед и пръв прочит дават основание за предположение, че вероятно, но не сигурно, е извършена дискриминация“* (в този смисъл решение № 148 по преписка № 178/2011 г.; решение № 185 по преписка № 303/2011 г.); (2) дали жалбоподателят носи ангажимента да докаже причинна връзка между признаците и неравното третиране (в този смисъл решение по № 114 по преписка № 76/2011 г.), или това не е негово задължение (в този смисъл решение № 148 по преписка № 178/2011 г.).

По-долу са цитирани няколко решения в подкрепа на становището ни, че практиката е противоречива:

- Решение № 2 по преписка № 280/2011 г.: *„Жалбоподателят не ангажира в производството пред Комисията доказателства, които да **подкрепят по несъмнен** начин претендирания от него акт на дискриминация под формата на неравно третиране, в частност не са представени доказателства, от които да може да се направи обоснован извод в какво точно се изразява евентуалното неравно третиране и дискриминация.“*
- Решение № 3 по преписка № 13/2012 г.: *„Чл. 9 от ЗЗДискр. изисква определен тип поведение в производството по установяване на дискриминация, както за ответната страна (при условия на главно и пълно доказване), така и за жалбоподателя. Макар непълно и насрещно, доказването на жалбоподателя е "начално". За да бъде прехвърлена тежестта на доказване, е необходима първоначалната активност на пострадалия, в посока на установяване „вероятност, че е налице дискриминация“. В това решение КЗД е посочила: **„Производството пред КЗД, макар и административно е и състезателно, което налага да бъде отчетена пасивността на инициатора на производството“**.*
- Решение № 43 по преписка № 95/2012 г.: *„Член 9 от Закона за защита от дискриминация изисква определен тип поведение в производството по установяване на дискриминация, както за ответната страна (при условия*

на главно и пълно доказване), така и за жалбоподателя. Макар непълно и насрещно, доказването на жалбоподателя е "начално". За да бъде прехвърлена тежестта на доказване, е необходима първоначалната активност на "дискриминирания" в посока на установяване вероятност, че е налице дискриминация. Ако такава вероятност не бъде установена, органът (съдът или КЗД) е длъжен да предприеме действия по линия на служебното си начало". В случая органът го е направил, като е указал на жалбоподателя какво да представи.

- Решение № 142 по преписка № 158/2012 г.: *„Обстоятелството, че жалбоподателят не твърди в жалбата си коя е длъжността от новото длъжностно разписание, която се припокрива със заеманата от него, на която той е уволнен, не освобождава настоящия състав от задължението да направи такава съпоставка, нито пък гарантира на ответната страна, че последната не би могла да понесе предвидените последици на чл. 9 от ЗЗДискр.“*
- Решение № 114 по преписка №76/2011 г.: *„Въз основа на представените от страните доказателствени материали настоящият състав счита, че жалбоподателят не е доказал съгласно изискването на чл. 9 от ЗЗДискр., че спрямо него е извършено забранено от закона неравно третиране. Не се установи, че посочените от жалбоподателя признаци са представлявали причина за издаването на Заповед № ... Жалбоподателят не доказва и наличието на пряка причинно-следствена връзка между признаците и неравното третиране.“* КЗД е приела, че е не е доказан защитен признак.
- А в решение № 148 по преписка № 178/2011 г. се казва, че не трябва да се доказва причинно следствена връзка: *„При това не е необходимо пострадалият да доказва пълно и изцяло, че е налице дискриминация, още по-малко е нужно да доказва пълно и изцяло причинно-следствена връзка между защитения признак и по-неблагоприятното третиране. Достатъчно е пострадалият само да докаже факти за prima facie дискриминация, които на пръв поглед и пръв прочит дават основание за предположение, че вероятно, но не сигурно, е извършена дискриминация. ... Разпоредбата на чл.9 от ЗЗДискр., тълкувана в светлината на във връзка с чл. 9, ал.2, чл.36 от АПК и чл. 55 от ЗЗДискр., следва да се разбира, че жалбоподателите са длъжни да изтъкнат факти и обстоятелства, а КЗД трябва служебно да събере доказателства, от които да се установи дали твърдяните факти са настъпили. В случай, че от събраните по инициатива на КЗД или по искане на жалбоподателите доказателства се установят факти и обстоятелства, които сформират предположение или подозрение за извършена дискриминация, тогава доказателствената тежест се прехвърля на ответната страна, която е длъжна да посочи факти и обстоятелства в подкрепа на тезата, че принципът на равно третиране не е нарушен, както и да посочи и/или представи доказателства,*

които административният орган да събере за проверка и установяване на релевираните от нея аргументи.”

- *Особеното мнение към решение № 305 по преписка № 2/2013 г. е именно за обръщането на доказателствената тежест: „Въпросът за съдържанието и прилагането на тази разпоредба е във фокуса на европейските институции във връзка с формулировката на доказателствената тежест по четирите европейски директиви за равно третиране и се основават на идеята за възможно предположение за дискриминация, направено „на пръв поглед” при прегледа на доказателствата. Повдигат се въпросите дали текстът на чл. 9 от ЗЗДискр отразява правилно тази идея и дали практиката на правоприлагащите органи в Република България коректно прилагат същата в своята практика.“*
- *Решение № 38 по преписка № 139/2012 г.: „При това не е необходимо пострадалият да доказва пълно и изцяло, че е налице дискриминация, още по-малко е нужно да доказва умисъл у дискриминатора или съзнателност, респ. целенасоченост на дискриминиращите действия. Не е нужно жертвата да доказва пълно и изцяло причинно-следствена връзка между защитения признак и по-неблагоприятното третиране, защото дискриминацията се случва в резултат на стереотипите, предразсъдъците и социалните нагласи, които влияят върху поведението на ръба на съзнанието и подсъзнанието. Много често хората въобще не съзнават собствените си стереотипи и предразсъдъци, в подобни ситуации действат несъзнателно, водени от тях и следователно доказването на съзнателност, умисъл или преднамереност в повечето случаи е невъзможно.”*

Смятаме, че приложението на чл. 9 продължава да е неясно и в подкрепа на това становище са и особените мнения по различни дела (към решение № 305 по преписка № 2/2013 г., към решение № 2 по преписка № 280/2011 г., към решение по преписка № 158/2012 г.).

Допълнително обръкване внася и променената практика на ВАС, като тук си позволяваме да цитираме изводи от доклада ни, увенчал приключването на последния ни проект от 2012 -2013 г.:

„От прегледаните решения, постановени от ВАС след 2011 г. се забелязва, че има случаи, в които съдът вече не само изисква жалбоподателят да е представил доказателства, които са достатъчна индиция, за да може да се презумира, че именно защитеният признак е причината за неравното третиране, но и че жалбоподателят следва да докаже и причинно следствена връзка между неблагоприятното третиране и причината за него. Т.е. не обръща тежестта на доказване.

Така например по адм. д. № 3012/2012 г. ВАС постановява: „За да е налице проява на дискриминация по смисъла на ЗЗДискр., е необходимо да са осъществени всички елементи от фактическия състав на приложимата специална правна норма. .. В този смисъл не е достатъчно да се установи по-неблагоприятно третиране на определени лица в конкретен случай, а е необходимо да се докаже още, че това третиране е

извършено по някой от признаците, очертани в чл. 4 от ЗЗДискр., като следва да е налице и пряка причинно-следствена връзка между неблагоприятното отношение, в случая третиране, и причината за него, която при всички случаи следва да се изразява в признак по цитирания чл. 4 от закона.“

Има решения, в които съдът, макар изрично да се позовава чл. 9, постановява, че жалбоподателят носи доказателствената тежест в производството за защита от дискриминация. В решението си по адм. д. № 2541/2012 г. VII отделение ВАС сочи: „Съгласно правилото на чл. 9 от ЗЗДискр. за разпределение на доказателствената тежест в производството за защита от дискриминация, лицето, което твърди, че е засегнато от дискриминационен акт, следва да докаже съществуването на различно третиране спрямо него, както и че това третиране е извършено съзнателно по някой от признаците, очертани в чл. 4 от ЗЗДискр., като е необходимо да е налице и пряка причинно-следствена връзка между неблагоприятното отношение и причината за него, която при всички случаи следва да се изразява в признак по цитирания чл. 4 от закона.“

В цитираните решения освен възлагането на доказателствената тежест върху жалбоподателя съдът изисква от него да докаже: (1) пряка причинно-следствена връзка между неблагоприятното отношение и причината за него; (2) умисъл у дискриминация и (3) конкретен признак по чл. 4 от ЗЗДискр.“

*

* *

В заключение може да се обобщи, че основните ни изводи и препоръки са в няколко насоки. Те на първо място са свързани с констатираните случаи на недостатъчно ясна или противоречива практика на състави на КЗД по аналогични случаи. Смятаме за наложително да се положат усилия и да се преодолеят противоречията в решенията на Комисията. Така практиката на КЗД би станала по-предвидима и биха се създали предпоставки за съблюдаване на принципа на правна сигурност, който е съществен елемент на правото на справедлив процес по чл. 6 от ЕКПЧ. На следващо място, антидискриминационната защита, осъществявана от институциите, призвани да я осигуряват, не е напълно ефективна поради изложените в доклада проблеми от материалноправно и процедурно естество при решаването на делата. Нашите констатации и изводи според нас показват, че целите на изследването ни, така както са посочени по-горе в увода към доклада, са били уместно дефинирани.

Изследователският екип обаче заявява, че дори и някои от споделените в доклада констатации и изводи да са прозвучали критично, те по никакъв начин не могат да повлияят на общата положителна оценка на важната, интензивна и обемна работа на КЗД. Задачата на този доклад ще бъде изпълнена, ако той съумее да предизвика ползотворна дискусия, която да допринесе за постигането на целите на проекта.

Екип на Фондация БАПЧ:

*адвокат Диляна Гитева
адвокат Йорданка Бекирска
адвокат София Разбойникова*