БЪЛГАРСКА АКАДЕМИЯ НА НАУКИТЕ
ИНСТИТУТ ЗА ДЪРЖАВАТА И ПРАВОТО

.....

Благой Тодоров Делиев

КОНСТИТУЦИОННИ АСПЕКТИ НА ПРАВОТО НА НЕДИСКРИМИНАЦИЯ. МЕХАНИЗМИ НА ЗАКРИЛА

АВТОРЕФЕРАТ

на дисертационен труд
за образователна и научна степен „доктор”

Научна специалност КОНСТИТУЦИОННО ПРАВО НА Р БЪЛГАРИЯ
Професионално направление ш.3. Право
Област на висше образование ш.3.6. Социални, стопански и правни науки

НАУЧЕН РЪКОВОДИТЕЛ:
проф. д-р Емилия Друмева

СОФИЯ, 2016 г.

Дисертационният труд е обсъден и насочен за публична защита от секция „Публичноправни науки“ на Института за държавата и правото при БАН (Протокол № 21/2016 от 15.06.2016.).

Докторантът е зачислен по научната специалност Конституционно право със Заповед №145/25.07.2012 г., считано от 01.10.2012 г.

Защитата на дисертационния труд ще се стои на 15.11.2016 г. в Института за държавата и правото при БАН (гр. София, ул. Сердика № 4) пред научно жури, назначено със Заповед на Директора на ИДП при БАН в състав:

Членове:

-Проф. д-р. Емилия Друмева
-Проф. д-р Стефка Наумова
-Проф. д-р Пенчо Пенев
-Проф. д-р Пламен Киров
-Доц. д-р Ирина Мулешкова

Резервни членове:

Проф. д-р Ганета Минкова
Проф. д-р Снежана Начева

Дисертационният труд и материалите по защитата са на разположение в ИДП при БАН (гр. София, ул. Сердика № 4).

А. Характеристика на дисертационния труд

I. Актуалност и предмет на изследването

Настоящият труд представлява опит да бъдат представени и систематизирани юридическите характеристики на противодействието срещу „дискриминация“ през призмата на основните права и равенството във вида на **комплексното конституционно право на недискриминация**. Същото налага:

- Разпознаване и дефиниране на онези ефекти на съдържателното равенство, които са оправдали позитивирането му като основополагаща конституционна ценност и правен принцип, необходими за съществуването на съвременната конституционна държава, ограничена от основните права; характеристика на измеренията на конституционната забрана за привилегии и ограничения при реализирането на основните права;
- Представяне на съществуващите юридически механизми и тенденции за борба с дискриминацията, имащи своите конституционни основания – от установяване и дефинирането в правните норми на защитните разлики и формите на дискриминация,

до институционалните и функционални възможности, стоящи пред всеки индивид да бъде защитен от дискриминация;

- Обосноваването на необходимостта от съгласуване на юридическите проявления на недискриминацията и равенството (защитни признаци, равенство в закона, равенство във възможностите, позитивни мерки, защита срещу дискриминация), като част от общия проблем за ефективна закрила на основните права и прилагане на равенството.

Правните науки развиват учението за основните права в една посока – между позитивното право и естествените права, между правилото за поведение, такова каквото е в закона и общоустановените критерии за правилност, които се намират отвъд него. Изучаването на единната вътрешноправна регламентация на основните права попада и в полезрението на науката Конституционно право. На първо място, това е заради конституционната регламентация на основните права, като част от Конституцията. За система на основните права във вътрешен порядък би могло да се говори единствено през призмата на конституционното право макар и с известни уговорки. Именно чрез него ще се опита да се обяснят реалните измерения на дискриминацията и борбата с нея, като форма на закрила и утвърждаване на самите основни права. На второ място, в полезрението на конституционното право попада триадата „индивид – държава – гражданско общество“ и разгръщащите се в нея и около нея права и отношения. Упражняването на правата поставя фактическия въпрос за ограничаването им – пропорционалността, а дискриминацията и равенството са функция на тази съразмерност. Не на последно място с разработката се прави опит посредством навлизащите теоретични постановки на дискриминацията да бъдат обяснявани явления, традиционни за Конституционното право като наука.

Основен предмет на изследването е приложимата уредба, установяваща забраната за дискриминация. От една страна, същата има своето основание и отправни точки в Конституцията, от друга множеството международни източници и Право на ЕС, установяващи антидискриминационни стандарти с пряка приложимост налагат изследване на въпроса за съотнасянето на различните правопорядъци в позитивистки и естественоправен аспект.

Фокус на изследването е и как социологическите характеристики на дискриминацията са отразени в регламентацията на механизмите за защита от нея и какви са практическите последици от това.

II. Задачи на изследването

Разработката използва юридическите характеристики на равенството като път за изясняване на явлението дискриминация и защитата срещу нея. Преследваната цел на изследването е както да представи цялостна конституционна рамка на равенството и недискриминация, така и да съпостави съществуващите вътрешни и външни механизми на закрила с конституционно установеното.

Постигането ѝ изисква да се решат няколко основни задачи:

- Набелязване на юридическите характеристики на равенството като един от първоизточниците на правото на недискриминация;
- Систематизиране на антидискриминационните стандарти и източници, които

ги установяват;

- Анализиране на съотнасянето на тези стандарти, в контекста на приложението на Конституцията и установените в нея основни права;
- Структуриране на регламентираните ефекти на недискриминация по действащото право и съпоставянето им с традиционни конституционни положения;
- Представяне на тенденциите свързани с дефинирането и регламентацията на дискриминационните признаци, формите на дискриминация и юридическото (конституционно) въздействие върху неравенства;
- Анализиране на тенденциите при съотнасяне на правото на недискриминация и определени основни права, както и аспектите на закрилата на уязвимите групи;
- Разкриване на функционалните и институционални аспекти на защитата срещу дискриминация като конституционно проявление на закрилата на основните права и принципа на равенството;
- Проследяване на възможностите за защита от дискриминация в рамките на Конституционния процес;
- Представяне на производството за защита от дискриминация пред КЗД; Съпоставка с други органи по равенство в ЕС.
- Преглед на останалите вътрешни механизми за защита съгласно ЗЗДискр., като проявление на конституционното право на недискриминация. Набелязване на тенденции и преспективи;
- Анализ и представяне на случаи от практиката на КС, практиката на СЕС и ЕСПЧ, както и практиката на КЗД – тенденции и съпоставяне; Проблемът със съгласуване на закрилата и възможните решения за преодоляването му.

III. Методи на изследването

За постигане на задачите на изследването са използвани нормативният, историческият и системно-структурният методи.

Нормативният метод е използван, за да се анализира нормативната уредба, която съдържа разпоредби, попадащи в предмета на дисертационния труд.

В изследването по различни поводи се засягат различни, възприемани като противостоящи елементи, част от антидискриминационната регулация – *свобода и равенство*; *разлики и защитни основания*; *привилегии и ограничения; дискриминация и позитивни мерки*; *равенство и разнообразие*, *универсалност и права*, *равно и различно третиране*, *формално равенство и равенство във възможностите*, *основни права и равноправие, дискриминация и свобода на изразяване* и др. Изследвани са поотделно от различни гледни точки (юридически, философски, социологически) и в тяхното взаимодействие, с цел да се достигне опознаване на правното явление недискриминация като цяло.

Историческият и сравнително историческият методи са застъпени предвид проследяване на развитието на идеята за равенството и основните права от една страна и метаморфозите на проявленията на дискриминацията от друга.

Направено е опит навсякъде в изследването общо теоретичните въпроси да бъдат съпоставени със случаи от практиката и обратното.

При изясняването на определени въпроси, свързани с темата са ползвани

сравнения с практика, възприета в други държави.

IV. Научна новост и приноси на дисертационния труд

Приложимостта на изследването е насочена към практическите аспекти на закрилата на недискриминация и наред с това, се опитва да представи същото като приложение на Конституцията. От тук и постигането на ефектите на недискриминацията е анализирано в контекста на разума на Конституционното право.

Комплексната насоченост на дисертационния труд се състои в това, че представя съвременните правни средства при дефиниране и противодействие на явлението дискриминация. Успоредно с това фокусът е поставен и върху равенството като основната ценностна платформа, върху която се гради антидискриминационната закрила. Различното в случая се състои в съчетаването на „чиста теория“ и наблюдение на уредба и практика с цел задълбочено представяне на предмета на изследването. Практиката е използвана като възможен критерий при обсъждане на научните разногласия по определени теми и обратното – на много места единствено достиженията на теорията са ползвани като ориентир за предлагане на изход при разнопосочната съдебна практика.

Стойността труда е главно предвид обема анализирана практика по въпросите на недискриминация. Акцентирано е на противоречивите моменти, като са предложени възможни пътища за търсене на решение. Там където се прибягва към теоретични дефиниции, то винаги е след тест на практическата им приложимост – как то е възприето в практиката.

Набелязани са пресечните точки между националните (конституционни) антидискриминационни стандарти и действащите такива, част от Правото на ЕС, Съвета на Европа и ООН.

Разгърната е юридическата характеристика на дискриминацията и отношенията ѝ към държавната политика и управление. Обособени са характеристиките на дискриминацията чрез правни норми и механизмите ѝ за противодействие, включително възможностите, които предоставя Конституционното правораздаване и правомощията на КЗД.

Направен е анализ на концепцията на позитивните мерки, в сравнителен, исторически и конституционен план. Защитните признаци са анализирани самостоятелно и в съвкупност, теоретично и от практическа гледна точка.

Внимание е отделено и на традиционно актуалния за конституционното право въпрос за прекия достъп на индивида до Конституционното правораздаване, в контекста на защитата срещу дискриминация. Направена е характеристика на специализираното производство за защита от дискриминация пред КЗД. Съотнесено е с другите механизми на закрила по действащото право и с аналогични механизми в Европа.

От конституционен поглед са разпознати редица проблеми на защитата срещу дискриминация, неминуем резултат от свръх регулацията на закрилата на правата.

Постигането на недискриминация като работеща ценност за съвременната конституционна държава е поставено на универсална плоскост:

- като граница при упражняване на всяко право и защитата му, което изисква съобразяването му с недискриминацията;

- и обратното защитата срещу дискриминация има за резултат закрила на обозримите основни права.

Разкрити са редица детайли в двата основни подхода при регламентиране на проявите на дискриминация – отнасяне по защитен признак (гл. II) и към основно право (гл. III). Набелязани са уязвимите страни при теоретичното абсолютизиране, на който и да е от двата подхода, като са представени силните и слаби страни на практика. В дълбочина са представени различните административни и граждански производства за защита от дискриминация, единствено с цел да бъде анализирано дали същите постигат ефективно конституционно установените забрана за дискриминация, съдържателно равенство и въобще закрила на правата.

V. Апробация на дисертационния труд

- Статии на тема:

- ***За някои особености на дискриминацията чрез правна норма и правомощията на Комисия за защита от дискриминация ,*** *статия, сп. Норма, бр. 11/2013 г.*
- ***Равенство, недискриминация и признаци в практиката на Конституционния съд на Република България,*** *статия, сп. Норма, бр. 1/2015 г.*
- ***Защитата от дискриминация като закрила на основни права,*** *статия , сборник материали от конференция „Хармония в различията ” по случай 10 декември – Международен ден за правата на човека и в чест на предстоящия 70-годишен юбилей на ЮНЕСКО; Университет по библиотекознание и информационни технологии;*
- ***Позитивните мерки, като юридически въздействия върху неравенства,*** *статия сп. Норма, бр. 5/2016;*
- ***Защита срещу дискриминация и Конституционен процес, статия,*** *списание Studia Iuris бр.1/2016***.**

- Участие с Доклади свързани с темата на дисертацията както следва:

- ***Антидискриминационно правно регулиране във връзка с достъпа до заетост и упражняване правото на труд***, ***сборник материали*** , Варна 2013 г., Национален семинар „Борба и превенция срещу дискриминацията чрез средствата на гражданското право” – Варна; Проект JUST/2012/PROG/AG/AD/3710 – „Борба с дискриминацията за Справедливо общество“, Програма Прогрес (2007-2013)
- ***За някои въпросителни в производствата за защита от дискриминация,*** Научна конференция на тема „Защита от дискриминация в България и Европа“ по случай Деня на правата на човека, организирана съвместно АМВР и ИДП при БАН, 10.12.2016 г. Предстои публикуване на Доклада в сборник;
- ***Случаи на неравно третиране на лишени от свобода*****, затворите София, Плевен и Сливен,** кръгла маса по проект „Повишаване на капацитета на пенитенциарния персонал за превенция на дискриминация и зачитане на човешките права чрез обучение по европейски стандарти", 28.01.2016 г.;
- ***Защита от дискриминация на хора с увреждания***, „Равнопоставеност на хората с увреждане“ - конференцията, организирана съвместно от Министерството на труда и социалната политика и Съвета на Европа, 22.03.2016 г.

VI. Структура на дисертационния труд

Дисертационният труд отговаря на изискванията на чл. 27 от Правилника за прилагането на Закона за развитието на академичния състав в Република България и на изискванията на ИДП при БАН, като съдържа: увод; изложение, състоящо се от четири глави; заключение, състоящо се от изводи и предложения декларация за оригиналност и библиография.

В структурно отношение изследването включва: **А.** *Увод*; **Б.** *Изложение*; **В.** *Заключение*; **Г**. *Библиография*.

В изложението са обособени четири глави, всяка с тематично структурирани заглавия, и подзаглавия означени с римски, съответно арабски цифри. Целено е всеки един от представените проблеми нормативно да бъде разгледан от няколко страни: (1) Конституционна и вътрешна уредба, (2) Право на ЕС и (3) ЕКПЧ. Успоредно с това се подхожда и теоретично към всеки един от елементите на структурата.

В *Глава първа* се търси общата теоретична концепция за равенството в правото. Проследено е историческото му развитие. Ползвани са работещите му дефиниции във философията и общата теория на правото.

Представени са характеристиките на дискриминацията като социална нагласа. Направен е преглед на регламентирането на забраната за дискриминация в източници от различен правопорядък. Равенството и недискриминацията са разчетени като универсална ценност с разнолико юридическо съдържание, част от всеки позитивен ред. Равенството пред закона и равенството в правата са разгледани като елемент от позитивиране на недискриминацията.

В *Глава втора* се извежда конституционната характеристика на недискриминацията, ролята на защитните признаци в цялост и по отделно; конституционната търпимост на редица ефекти на недискриминацията; оправдаването на неравното третиране; критериите за съразмерност, формите на дискриминация; позитивните мерки.

Глава трета условно е озаглавена „Прилагане на правото на недискриминация“. В нея се разглеждат редица колизии между недискриминация и закрила на други основни права (право на живот, свободи на изразяване, права на осигуряване, право на образование и др.). Анализирани са специфичните моменти свързани със закрилата на лица принадлежащи към малцинства, хора с увреждания, деца, лишени от свобода, мигранти и бежанци. Направена е конституционна характеристика. Представени са случаи от практиката на КС, ЕСПЧ, СЕС и КЗД.

В *Глава четвърта* са представени институционалните и функционални характеристики на защитата срещу дискриминация от различни аспекти – правораздаване, Конституционен процес, производства за защита от дискриминация, КЗД.

Б. Кратко изложение на дисертационния труд

Глава първа

РАВЕНСТВО И НЕДИСКРИМИНАЦИЯ

I. Равенство и право. Права и равенство.

1. Често равенството е необходимата среда на упражняване на правата, самостоятелно основно право, техен коректив или тяхно изопачаване. Абсолютното равенство се противопоставя както на властта и подчинението, така и на свободата. Във философски аспект най-трудното нещо при обосноваване на концепциите за равенството е „началната точка“. В природата нещата са балансирани, но това не дава отговор на въпроса дали в началото са били равни или неравни. Хората общуват, но по между си винаги са в положение на дистанции, измерими в равенства и неравенства, предвидими от обективното право като такива. Естествено или не, социалното неравенство е среда на съществуване на човека, в която той разгръща индивидуалността си като личност, претърпява провали или постига успехи. Светът е сегментиран на различни личности, социални групи, слоеве и класи на различни етапи на социална йерархия. Правото като социален регулатор е възможен само в такава среда, въпреки че целите които си поставя е да я преодолява по ползотворен за обществото начин. Теоретичната постановка за основните права и равенството рухва ако хипотетично те бъдат абсолютно постигнати. Така се откроява парадоксът, че нито правата, нито равенството са напълно математически постижими и именно в това се крие полезният им ефект при регулацията на човешкото поведение.

Равенството е предвидимост, противовес на произвола и блокиране на случайността. В правото равенството е средство за преодоляване на различия от разнообразен порядък, припознати като несправедливи. Основният критерий къде ще действа равенството и къде не, се определя от основните права и ценностите, които те охраняват. Под формата на *принцип* или *норма* равенството е лесно разпознаваема цел, но и средство за регулиране. Правото дава на равенството нещо изключително ценно – гледни точки, минимално субективни и на пръв поглед публично оправдани. Равенството е в различни съотношения със свободата и видовете свобода, функция на което са привилегиите и ограниченията – „мишените“ на недискриминацията. Разбираемо равенството се прихваща като идеал, близък до справедливостта. Нещо повече ефектът на равенството е да извлича обективна справедливост от социалната действителност.

Развитието на основните права и равенството стъпва на противоречия. Основните права възникват като феодални привилегии и едновременно като рефлекси срещу феодалната действителност. Те са революционни платформи и техни холограми - реакция срещу нереализирани революционни обещания; повод за реформации, но и за реставрации. Превръщат се от искания за достъп до дължани на индивида ценности, в ценности, гарантирани от конституциите. Напр. Magna Charta от 1215 г. и зараждането на Парламентаризма се случва и заради установеното съсловно неравенство на Острова. „Правата“ се противопоставят, но и са функции на тези неравенства. Народното представителство в редица случаи съдейства за отпадането на редица несправедливи феодални привилегии и ограничения, но в достатъчно други – защитава тези неравенства.

Основните права са конституционализирани във вида на позитивно право – правила за поведение установени на конституционно ниво. Като субективни публични права, те са източник на субективни права. Разумът на конституционните права и повереното им място (или развитие) в законодателството определят наличните субективни права. Последните не се доказват, нито пък присъстват статично в текста на законова разпоредба. Те се извеждат съобразно установените факти. Основните права имат и редица други функции. Като правни принципи, имащи самостоятелно съществуване. Те са норми-принципи, използват се като тълкувани техники на други правни норми, а и са едновременно пътеводител да се създават и прилагат конституционносъобразни закони. Социализирането на индивида неминуемо води до типизирането му по критерии. Правата по дефиниция са прикрепени към идентичности и те не са нито равни нито еднакви, т.е. упражняването на правата само по себе си неминуемо създава неравенства.

На първо място ефектът на равенството е да съдейства за балансираното упражняване на правата при взаимодействието помежду им. На второ място гарантирането на равни и справедливи възможности спрямо индивида (като самостоятелно право) катализира постигането и надлежното упражняване на мислимите права, доколкото субектите наистина ги преследват и ценят като възможности и лични постижения, т.е. равенството се капитализира като основно право със собствено значение.

2. Двете същностни проявления на равенството като средство за въздействие на обществени процеси са *формалното равенство* и *равенството във възможностите*. В правото това са и двете условни концепции за противопоставяне на дискриминацията, чрез ефекта на равенството. Те са и нормативно установени.

Ф*ормалното равенство* (formal equality) е толериран подход предвид лесното му прилагане. Съдържа в себе си минимално субективни преценки и е рационално средство, което ограничава публичния произвол в името на индивидуалните свободи на индивидите, принадлежащи към мнозинството. В чист вид негов „продукт“ е забраната за неравно третиране по определени признаци. Не са необходими сложни юридически техники, за да бъде то въведено в законодателството. То е ***равенство в третирането*** по критерий установен в норма**.** След като бъде обективно въведено, формалното равенство става част от природата на основните права. Прилагането му изисква сравнение, а това предполага приемането на „общовалидно индивидуално“, което може да бъде открито в правните норми, но пък трудно кореспондира с *многообразието* и *различното* като резултат от реализирането на основните права. Формалното равенство произвежда различия, с цел да създаде равнопоставеност. Днес именно това е основата на правните механизми за борба срещу дискриминацията. Те се въвеждат последователно както във вътрешен порядък (конституции и закони), така и в универсален план. Интуитивните юридически интерпретации са сведени до минимум. Богатството и сложността на обществените отношения налагат формалното равенство да не се прилага в абсолютен порядък.

Виждането за *равенство във възможностите* (equality of opportunity) не е ново и стои близко до т.нар. *преразпределителна справедливост*, която изисква поправяне на съществуващи припознати като несправедливи неравенства. Целта е хората да разполагат с такива отправни точки, които биха им гарантирали относително равни

условия за реализирането на различните си способности. Равенството във възможностите може да бъде постигнато по пътя на *равенство в резултата*, което често изисква неравно (привилегировано или ограничено) третиране. То може да се разбира, като способност за постигане на относително равни възможности, което изисква *намеса в условията.* Теоретично равенството във възможностите стъпва на социално-правната концепция в основата на която стои равенството като цел и перспектива, а не като средство и поведение. Равенството във възможностите си проправя път в съвременното право главно като *принципи* и не толкова като *право*. Главната трудност е, че равенството във възможностите не подлежи на детайлно позитивиране. Неминуемо изисква недотам приемани в правото категории като *възможности, способности*, *справедливост, морал, разум, достойнство*. Просто казано, *равенството във възможностите* изисква равното третиране да е съобразено със случая и ако ситуациите са различни и лицата са различни, те следва да се третират различно, независимо дали е налице прихванатата от закона разлика. То е израз на справедливото разпределение на нещата. Юридическата характеристика на коментирания принцип е в конститутивното му действие – възможността да се въздейства на фактически неравенства, като се третират различно. Ролята му в съвременната закрила срещу дискриминация е да бъде качествена корекция на забраната на дискриминация, като въвежда сфери където тя не се прилага.

Не следва да бъде подценяван или абсолютизиран, който и да е от двата коментирани „ефекта" на равенството. Те са част от едно цяло. Същевременно те остават външни за правото. Няма как съвременното равноправие да бъде отъждествено само с единия или другия принцип. За жалост юридически и двата подхода днес се използват като средства за оправдаване на несправедливи и неоправдани ограничения въведени в законодателството, или неговото приложение т.е. противно на основанията им – индивидуалната или преразпределителна справедливост. В тази връзка корективът за тестване на ефективността на двата подхода са критериите за пропорционалност на ограниченията.

II. Дискриминация

1. Фактическата действителност тества дали усещането за равенство може да стане и отношение към другите и себе си във вида на постъпки и поведение. Такава е и юридическата задачата на недискриминацията – **да въвежда и контролира съдържателното равенство**, най-вече равенството във възможностите, като усещане и като поведение. Годността на човек да дискриминира е както вътрешно обособена, така и се развива. На индивидуална плоскост, тя се контролира от съзнанието за ценности и права и от способността да се прилага равенството при претегляне на тези блага. На пръв поглед обективното право регулира личностната призма за равноправие на индивида на един по-късен етап. В дълбочина обаче, главната цел на регулацията е да създава убеждения.

Дискриминацията е неравенство по признак към даден човек или група, отношение на база някакъв критерий, действителен или не. Негативната си насоченост, терминът получава последователно. Дискриминацията е проявление на социални нагласи, съвкупност от осъзнавани и неосъзнавани поведенчески привички с обективни

последици в действителността. До момента, когато тя придобие характера на противоправно поведение дискриминацията търпи „ограничения и разширения" продиктувани от политически, социални и други неюридически причини. Една малка част от социалните нагласи, в частност и дискриминационните имат своята обществена неоправданост. Те отнемат и ограничават права и възможности, създават или утвърждават непропорционални неравенства, затрудняват реализирането на държавната власт. Ролята на обективното право е в две основни посоки – припознаване на тези прояви като укорими и гарантиране на закрилата срещу тях.

2. Доколкото зад всяко държавно решение винаги стоят хора, напълно възможно е последните да реализират своите социални нагласи, дори своите дискриминационни предразсъдъци. Когато са налице необходимите дискриминационни убеждения „държавата" се явява отличното правнотехническо средство, външната форма, пространството, където дискриминацията може да бъде „инсталирана, задействана, налагана, пропагандирана, регламентирана". Дискриминацията може да бъде обвързана от реализирането, на която и да е от трите вида власти. Нещо повече, като противоправно явление, тогава тя носи функционални особености на определената власт като проявява механизма си на действие на самата власт (чрез правни норми, чрез съдебна практика, чрез административен акт, чрез указ на президента). Преобладават историческите примери, които доказват, че системата на държавна власт може да бъде „писта" за въвеждане на противоправни социални неравенства, за които универсален юридически механизъм, който да избягва съвременните им продължения липсва. Често отвъд „юридическото" остават мотивите и причините на противоправното, в частност дискриминационното поведение. Тук ролята на Конституционното право е да хармонизира пресечната точка на *право и политика* в условията на различаващите се интереси, за да се запази социалния мир. От една страна, самото обективно право следва да бъде предпазено от прекомерно политизиране. От друга - същото налага да бъдат разпознати закономерностите на политическите процеси и юридическите последици от това. Така и ефективната и ефикасна закрила срещу дискриминация изисква да бъдат отчитани причините за дискриминацията, които винаги са отвъд юридическото. Впоследствие функционално недискриминацията трябва да бъде повсеместно въведена в институционалния баланс на държавната власт, така че дискриминационните прояви, в някоя от властите да провокира недискриминационни рефлекси в другата. От друга страна ако защитата срещу дискриминация се съсредоточи само в една от трите власти – същото може да има единствено негативни последици в цялост. Практическите измерения на идеологията на *расизма* са показателен пример за това как при определени условия лесно би могла да се пристъпи границата между *равенство и права*. Дискриминацията е една ситуационна функция на това взаимодействие.

III. Равенството и конституционната държава

1. Равенство и разделение на властите

Несъмнено и различните разбирания за равенството като ценност стоят в основата на Конституционализма. Ако в общ план конституцията е съвкупност от норми, систематизирана и структурирана по обхват и предназначение, регулираща

основния ред в държавата, тя по необходимост следва да легализира ограничения, разделения, разпределения. Безспорна е необходимостта от диференцирано осъществяване на държавната власт – различни функции, различни титуляри, т.е. нужно е разпределение на властването. Същото обаче не означава, че при организирането и конституционализирането на държавната власт могат да бъдат допускани противоправни привилегии и ограничения, включително и дискриминация. Ограниченията и разделенията, които въвежда една конституция почиват преди всичко на рационална основа. В голямата си част, за да има основни права следва да има държава и публичен ред.

2. Равенството като правен (конституционен) принцип

Доколкото то е мярка близка до справедливостта, равенството като принцип е критерий на правото – както за обективното, така и при упражняването на субективните права. Правните норми, които издигат основните права следва да бъдат прилагани в съответствие с него, а актовете по прилагането им аргументирани чрез него. Принципът на недискриминация е обективният му аналог - с много особености и ограничения. Предназначението на равенството като *конституционен принцип* е в две свързани направления – при осъществяване на властите и при упражняване на правата. Не е откритие положението, че равенството днес е едновременно и принцип и основно право. Същото се отнася с пълна сила и за недискриминацията като едно проявление (ограничение) на равенството.

3. Равенство пред закона

От една страна „конституционализирането на равенството изпреварва недискриминацията“. От друга страна, с известни уговорки, чрез *равенството пред закона* се конституционализира част от закрилата на недискриминацията. Именно равенството пред закона се свързва с равноправието. То е онзи рационален фокус на равенството, който правото е тествало във времето и е осъществима гледна точка. Законът се явява минимално субективният сравнител, спрямо който лицата могат да преценяват поведението си, включително като се сравняват едни други. В повечето случаи смисълът на равенството като правна категория е едно поведение да бъде съпоставено със законово установеното, и предвид това не е необходимо винаги сравнение с конкретен носител на субективно право. Сравнителят и сравнимото сходно положение е в самата хипотезата на правната норма. Принципно неравно третиране ще бъде налице винаги, когато субектът е третиран не по начинът, който предписва правилото за поведение.

Върховенството на Конституцията не се противопоставя на равенството пред закона, в смисъл на съотношение на конституционни принципи. Равенството пред закона включва и равенство пред конституцията. Макар и да означават различни неща „равенството в закона“, „равенство пред закона“ и „равенството чрез закона“ не превръщат формалния закон в универсален критерий за равноправие.

4. Дискриминация и противоправност

Позитивирането на равенството и недискриминацията е един логичен и естествен процес. Той не конституира нови непознати социални ценности. Противодействието на дискриминацията изисква тя да бъде дефинирана в правните норми. Как правната норма прихваща дискриминацията ? *Като установява различията* е простият, но със сигурност непълен отговор. С помощта на установените в дадена норма разлики равенството се утвърждава като недискриминация, доколкото последната винаги има предвид противоправни равенства или неравенства по определен критерий. Противоправността си дискриминацията черпи от две основания – равенството във всички негови аспекти и основните права. Недискриминацията обхваща различни по характер и насоченост мерки, имащи за резултат осигуряване равенство пред закона, равенство в третирането и равенство във възможностите.

IV. Законът за защита от дискриминация

Естествено, че конституционната забрана за дискриминация и антидискриминационните стандарти от системата на ООН и Съвета на Европа са налице и са част от вътрешното законодателство много преди пълноправното членство на България в ЕС. Въпреки това Обща препоръка към държавите от страна на Комисията срещу расизма и нетолерантността на Съвета на Европа и Върховния комисар на ООН по правата на човека е да бъде създадено там, където липсва, антидискриминационно законодателство със съответни национални механизми за прилагане и защита срещу дискриминация на членуващите в ООН страни. През 2002 г. България поема конкретно задължение, вътрешното ѝ законодателство да съответства на антидискриминационните стандарти на Общността. Средствата за постигането на това задължение са в ръцете на националните държави съобразно реалностите на вътрешното право.

Създаден да се бори с определени различия Законът за защита от дискриминация е един *различен закон*. С прилагането му се цели осигуряването на всяко лице: *равенство пред закона(1); равенство в третирането; равенство във възможностите за участие в обществения живот; (2) ефективна защита срещу дискриминацията (3).* Чл. 2 на ЗЗДискр. урежда тези ценности изрично и като основни права, които са доразвити на различни места в закона като *субективни права* или *задължения.* Цялата структура на закона, функционалните и институционалните особености на закрилата са подчинени на тези цели. От друга страна, целите на ЗЗДискр., установени в чл. 2 въвеждат на позитивно ниво инструментите за защита срещу дискриминация - от *формално равенство* (formal equality), през *равенство в резултата* (equality of outcome) до *равенството във възможностите* (equal opportunity). Съгласно чл. 6, ал.1 от ЗЗДискр. забраната за дискриминация действа спрямо всички при упражняването и защитата на предвидените в Конституцията и законите на Република България права и свободи. Без да е кодекс, ЗЗДискр. има рамкова насоченост в защитата срещу дискриминация.

Като форми на дискриминация, забранени в закона се считат както *пряката* и *непряката дискриминация*, така и *тормозът, сексуалният тормоз, подбуждането*

към дискриминация, преследването, расовата сегрегация, изграждането и поддържането на архитектурна среда, която затруднява достъпа на лица с увреждания до публични места. Извън това са установени редица задължения за физически и юридически лица, както и публични органи (чл.10, чл. 6,ал.2, чл.10-11, чл.14, чл. 26 и др.). Същите са свързани с поставените цели на антидискриминационния закон. В чл. 7, ал.1, т. 1-19 от ЗЗДискр. са изброени хипотези, които не представляват дискриминация. Някои от тях предвиждат и конкретни активни мерки насочени към изброяване на възможностите на лица и групи (чл. 7, ал.1, т. 7,13-19 от ЗЗДискр.).

Специфичният начин на споделяне на доказателствената тежест е установен в разпоредбата на чл. 9 от ЗЗДискр.

Законът установява специални правила за защита при упражняване правото на труд, образование и други права.

Със ЗЗДискр. се създава независим специализиран държавен орган за предотвратяване на дискриминация, защита от дискриминация и осигуряване равенство на възможностите.

Предвидени са и разнообразни възможности за налагане на принудителни административни мерки и наказания.

В гл. IV в ЗЗДискр. в два самостоятелни раздела са уредени двете основни производства за защита от дискриминация

V. Съотнасяне на антидискриминационните стандарти

Никак не са малко примерите, че дискриминацията и държавната власт са от естеството да си бъдат взаимно полезни. Именно за това регламентирането на изрични норми, забраняващи недискриминацията и дори задължението за създаване на национални механизми, които да съдействат за юридическата защита на пострадалите от дискриминация първоначално се застъпват главно в международните стандарти за закрила на основните права. Това има своите неоднозначни характеристики.

Антидискриминационните стандарти създадени в рамките на ООН, Съвета на Европа и ЕС имат много общи, но и твърде специфични черти. В актовете на ООН и Съвета на Европа дискриминацията е мислима при упражняване на права, установени в международен или национален източник (чл. 26, вр. чл. 2-3 от МПГПП; Протокол 12 от ЕКПЧ). В тази връзка Пактовете на ООН и ЕКПЧ поставят на преден план „охраняваното с недискриминацията право“ и сферата, която то брани, а не дискриминационния признак. Това разбира се не означава, че тези актове не обосновават самостоятелно право на недискриминация и неговата защита. ЕС подхожда по различен начин. Антидискриминационното „законодателство“ на ЕС е структурирано по признаци и области на закрила. Действа изчерпателността на основанията. Правото на ЕС не въвежда като част от дефиницията на дискриминацията да е необходимо някакъв тип засягане на установени в закон права или интереси. От значение е само да бъде доказано по-малко благоприятно третиране или поставяне в неблагоприятно положение, независимо какво засяга този тип отношение, дали засяга права или интереси и ако да — какви права и интереси. Това съвсем не означава, че чрез недискриминацията в рамките на ЕС не се охраняват останалите основни права

(най-вече издигнатите права по начина в ЕКПЧ) и че уреденото в източниците на ЕС право на недискриминация има формална основа и няма характера на „право относно право“. Различията не бива да се абсолютизират. В областта на недискриминация е налице взаимно влияние на трите стандарта именно поради релационната природа на недискриминацията.

За българския антидискриминационен „модел“ може да се каже, че той залага в дефиницията за дискриминация *необходимостта от засягането на конституционни права* (чл. 6, ал.2 от КРБ, чл. 4, ал.1 от ЗЗДискр. вр. чл. 6, ал.1, §1, т. 7 от ЗЗДискр.). Успоредно с това се прокарва линия, която поставя защитния признак основание на преден план и третира списъкът на защитните признаци като изчерпателен. Съотношението между антидискриминационните стандарти не бива да се отъждествява само със съотношението между източниците, в които са установени правата. От тук ролята на съвременната Конституция не се изчерпва с принципното установяване кога даден международен източник става част от вътрешното право и при какви условия той има предимство пред националните закони (чл.5, ал.4 от КРБ). Пропорционалността е израз на проблема за съотношението между основните права и техните граници. Откриване на пряко приложимата разпоредба, от която може да бъде извлечено основното право и неговите ограничение съвсем не е достатъчно, за да се реши въпроса за съразмерността. Трудният и актуален проблем е за разпознаването на правото-възможност, неговите правни и фактически граници. Значението на практиката на СЕС, ЕСПЧ както и на практиката на правозащитните тела в рамките на ООН по отношението на националната практика е именно в тази посока.

Нито правото на ЕС, нито нормите на класическото международно право отнемат на националното право, предназначението му да гради собствени стандарти на закрила на основни права, по-високи от установените в наднационален порядък. Днес в голяма степен конституционните стандарти за закрила правата на човека са позитивно изравнени, за което голямо е значението както на класическия универсален порядък на актовете в рамките на ООН и Съвета на Европа, така и Правото на ЕС.

Нератифицираният от Република България Протокол № 12 към ЕКПЧ символично „конституционализира“ чл. 14 от Конвенцията, доколкото чрез него могат да бъдат закриляни всички права по националните (конституционни) системи на държавите съдоговорителки и обратното – упражняването на националните права следва да бъде съобразно чл. 14 на ЕКПЧОС.

При защитата на основните права обаче СЕС е длъжен да зачита конституционните традиции, общи за държавите-членки и следователно не може да подкрепи мерки, които са несъвместими с основните права, признати и защитени от конституциите на тези държави. Този отдавнашен извод на СЕО е залегнал и в ХОПЕС, която напомня, че доколкото основните права в нея произтичат от общите за държавите-членки конституционни традиции, тези права трябва да бъдат тълкувани в хармония с тези традиции (Абзац 3 от Преамбюла и чл.2, т.3 от ХОПЕС).

Глава втора

ПРАВО НА НЕДИСКРИМИНАЦИЯ

I. Правото на недискриминация

1. Дефиниране на правото на недискриминация

Конституцията на Република България от 13 юли 1991 г. въвежда равенството и недискриминация в разпоредбата на чл. 6, ал.1-2. Всички хора се раждат свободни и равни по достойнство и права, а гражданите са равни пред закона. *Не се допускат никакви ограничения на правата или привилегии, основани на раса, народност, етническа принадлежност, пол, произход, религия, образование, убеждения, политическа принадлежност, лично и обществено положение или имуществено състояние (чл. 6, ал.2, изр. II).* Ако се стъпи на голяма част от проектите за КРБ, събраните по необходимост две алинеи на чл. 6 оформят разписания в настоящата Конституцията ангажимент на държавата да съблюдава равноправието и недискриминацията във всичките им познати нюанси, като основно право и принцип.

Изрично или не равенството присъства на редица места в действащата ни конституция[1].

Рядко *правото на недискриминация* ще бъде назовано по този начин в нормативните актове или практиката. Не е и необходимо. То е „ситуационно". Съсредоточава в себе си различни елементи на юридическата борба с дискриминацията и това е смисълът му като теоретична конструкция, която в никакъв случай не следва да се абсолютизира.

Правото на недискриминация като основно (конституционно) право е право на „равен достъп до правата". Представлява юридическа форма, гарантираща на индивида

1

Свободата и равенството като две самостоятелни направления могат да бъдат извлечени и от текста на чл. 4, ал.1 пр. 2 от КРБ, според който Република България създава условия за свободно развитие на човека и на гражданското общество. Равенството присъства като общочовешка ценност в Преамбюла на КРБ. Съгласно чл.1, ал. 3 от КРБ никоя част от народа, политическа партия или друга организация, държавна институция или отделна личност не може да си присвоява осъществяването на народния суверенитет Според логиката на обществения договор суверенът разпознава народа като тяло, не като съвкупност от личности. Така на практика ценността на всяка отделна личност при осъществяване на суверенитета е еднаква и никой не би могъл да се поставя на преден план при осъществяването на народния суверенитет. Присвояването на привилегията на суверенитета е конституционно забранена като възможност, за който и да е правен субект – физическо или юридическо лице, включително самата държава. Привилегията или ограничението да бъде съсредоточен суверенитета в ръцете на отделна личност са немислими съгласно действащата Конституция. По арг. на чл. 10 от КРБ прякото и непряко участие на гражданите в държавната власт се реализира въз основа на всеобщо, равно и пряко избирателно право с тайно гласуване. Правовата държава, върховенството на закона (чл. 4, ал. 1) и на Конституцията (чл. 5, ал.1) също представляват юридически средства за въвеждане на съдържателното равенство и недискриминацията. Законите следва да бъдат равни в своята конституционност, в смисъл че те не могат да бъдат по-малко или повече конституционни едни с други. Политическият плурализъм (чл.11, ал.1) е донякъде корекция на формалното равенство. Той предполага съществуването на различни политически субекти, пропагандиращи свободно различни идеи и възгледи, преследващи различни интереси. Все пак съгласно чл. 11, ал. 4 не могат да се образуват политически партии на етническа, расова или верска основа, както и партии, които си поставят за цел насилствено завземане на държавната власт.

Равенството може да бъде открито и в Преамбюла, чл.10 (…общо, равно и пряко избирателно право с тайно гласуване; чл.19 (еднакви правни условия за стопанска дейност) чл. 46, ал.2 (равни права и задължения на съпрузите в брака и семейството; чл. 47, ал.3 (равни права на децата родени в брака с тези родени извън него); чл.121, ал.2 (равенство и равни условия за състазателност на страните в съдебни я процес) и т.н.

и обществото ефекта на съдържателното равенство в посока противопоставяне на онези форми на дискриминация, които правните норми са отчели като неоправдани. Успоредно с това катализира упражняването на останалите мислими права в техните естествени граници. То е *комплексно основно право*. Съсредоточава полезните действия на формалното равенство по признак (забраната за дискриминация в чист вид, забраната за неравно третиране), равенството във възможностите, защитата срещу дискриминация, позитивните действия, закрилата и ограничението на останалите основни права. Фокусира ги в една посока: *гарантиране на индивида* ***третирането му като равен*** *и осигуряване на възможност да има както равен достъп до правата, така и достъп съобразно собствените му възможности*. Като конституционно право недискриминацията е публичен ангажимент за трите вида власти да създават функционални и институционални механизми за реализирането ѝ във всички сфери на обществен живот. Това налага от една страна еднакви граници за ненамеса на държава в личната сфера на индивида, а от друга равни възможности на индивидите да реализират търсено участие в обществото (съпричастност).

Като *самостоятелно субективно* право отразява потенциала всеки да упражнява правата си, на равна нога с всички останали, така както са установени в действащия публичен ред. Държавата дължи да гарантира в правния си ред съгласувани юридически механизми за упражняване на това право и защитата му при нарушение.

В същото време то е *право относно право***.** Правото на недискриминация се упражнява и нарушава при реализирането на останалите права установени в правния ред. Нещо повече, това обуславя ефекта на недискриминацията като граница на упражняване на всяко защитимо право или интерес. Обществената оправданост на защитата срещу дискриминация е в закрилата на останалите основни права и обратното.

Нищо от гореизложеното не пречи ефектът на недискриминацията в правото да бъде дешифриран и като правен принцип.

Като *позитивно право* недискриминацията е несистематизирана, отнесена в редица нормативни актове от различен правопорядък, имащи различни юридическа сила и действие. То е по-скоро *предназначение* на определени нормативни актове и разпоредби, които имат за задача: 1) да прихванат онези белези на дискриминацията като общественоопасно проявление на социална нагласа и 2) предвидят противодействие. И тъй като антидискриминационните разпоредби не образуват някаква хомогенна система, за съгласуването им може да бъде съдействано чрез ефекта на равенството, като един доказал се правен (конституционен) принцип.

Чл. 6, ал.2 от КРБ въвежда както принципната повеля за недискриминация, така и защитата от дискриминация. Разбираемо текстът на чл. 6 има типичната *забранителна и повелителна функции*. Последното в известна степен отразява характера на правото на недискриминация като едно *класическо негативно право*. Разпоредбата обаче има и ясно изразено *интегриращо и коригиращо предназначение* по отношение на останалите основни права. От една страна, това отразява ефекта равенството и недискриминацията като основополагащ конституционен *принцип*. От друга страна, същото поставя различен оттенък върху правото на недискриминация, като едно *нетипично съпричастно право*, намиращо израз в сферите на приложение на

комплексното равенство.

2. Защитни признаци

2.1. С помощта на признаците равенството се утвърждава като недискриминация, доколкото последната има предвид противоправни равенства или неравенства по определен критерий. Всеки отделен признак типизира правото на недискриминация по собствен начин. Признакът е установената в нормата разлика въз основа, на която са изключени ограничения в правата или привилегии, съществуващи под формата на определени факти от действителността. Признаците като факти могат да са повлияни от областите обществени отношения, които са обект на закрила. Те обаче не следва да се смесват с тях. В разпоредбата на чл. 6, ал.2 различно е конституционното им предназначение. Признаците не се защитават, а чрез тях се типизира самата дискриминация. Нормативната природа са получили с цел прецизиране на закрилата на основни права (а не да защитават различията срещу които се борят) в определени области. Като „скрити основания“, които ангажират държавата да се намеси в определена сфера с цел изравняване на съществуващи неравенства (арг., чл.14, чл. 47, ал.2, чл. 51, ал.3 от КРБ, чл. 7, вр. чл.10 и чл.11 от ЗЗДискр.) признаците играят ролята на фактически повод. Именно тук признакът се пресича с областта на закрила на обществените отношения. От тук и позитивните мерки черпят своята легитимност не в признака като правно основание, а в *признака като един от фактите* от действителността, разкриващи обективно неравностойно положение на определени групи – лица с увреждания, слабо представени групи от населението и т.н.

Текстът на чл. 6, ал.2 изр. 2 от КРБ установява забрана за ограничения на правата или привилегии *основани на [1] раса, [2]народност, [3] етническа принадлежност, [4] пол, [5] произход, [6]религия, [7]образование, [8]убеждения, [9]политическа принадлежност, [10]лично и [11]обществено положение или [12]имуществено състояние (чл.6, ал.2, изр. II от КРБ).*

Конституционният съд в своето Решение № 14/1992 г. по к. д. № 14/92 г дешифрира равенството като конституционен принцип и право. Изводът, до който стига е, че *социалните признаци за недопускане на ограничения на правата или предоставяне на привилегии са посочени в чл. 6, ал. 2 от Конституцията* ***изчерпателно*****,** а равенството на основание тези признаци следва да бъде гарантирано безусловно. Разбираема е линията в практиката на КС да търси относително обективни критерии за преценка на равенството, като установените в чл. 6, ал.2, изр. II защитните признаци. В същото време абсолютни стандарти за съразмерност на равенството в правото няма и за това говорят „случаите“.

Чисто технически „рамката“ на чл. 6, ал.2 от КРБ трудно може да се свързва като буквален „списък на случаи“ на привилегии или ограничения, защото всяка разлика може да разкрие безброй много различни случаи на оправдано или неоправдано третиране. Като че ли житейски въпросът за изчерпателността на критериите би бил приложим само ако е ясно значението на всеки признак. *Буквалната изчерпателност* на защитните основания би установило дискриминационният признак, като генерален критерий за преценка на което и да е ограничаване на основни права, в контекста на принципа на равенство – каквито и да е

ограничения или привилегии на основание признаци установени в чл. 6, ал.2 са изрично изключени. Не е откритие, че Конституцията, а и редица закони допускат ограничения и привилегии съобразно критериите изрично установени в чл. 6, ал.2, изр. II. И това са ограничения и привилегии, които освен че са оправдани и допустими, те са необходими и задължителни, за всяко общество, което се ръководи от принципите на равенството, на правовата и социална държава. От тук и абсолютизирането на признака вещае, че именно значението на критериите в чл. 6, ал.2 от КРБ ще бъде основния въпрос при приожението на чл. 6, ал.2 от КРБ. Всичко останало, същинската съразмерност на ограниченията на правата съобразно други критерии би било второстепенно.

В по-новата си практика самият КС напълно основателно отбелязва, че *точното и изчерпателното посочване на социалните признаци*, които са основание за недопускане ограничения на правата и за предоставяне на привилегии, следва да се разбира преди всичко като *гаранция срещу необосновано разширяване на основанията за допускане на ограничения на правата на гражданите или на привилегии*[2]. При все това извлечената изчерпателност на социалните критерии следва да се разбира като *изключителност* само в определени случаи, съобразно другите конституционни критерии, разкриващи пропорционалността на привилегията или ограничението. В този смисъл ударението пада върху рационалната и необходимата изчерпателност на защитените критерии при съблюдаване на принципа на равенство. Изводът се потвърждава най-вече като се съпоставят значението на защитните основания.

2.2. Разликите установени в чл. 6, ал.2 от КРБ, а и по принцип защитните признаци са разнообразни по характеристика. Едни се детерминират в процеса на личностна и социална реализация на индивидите, други и се придобиват по-скоро обективно (генетично предопределени). Житейската действителност изисква едни разлики да се тълкуват във връзка с други, в това число и с невключени в законовите разпоредби. Признаците не са в отношение на йерархичност. Като основания на база на които се дължи защита срещу дискриминация признаците се „роят“ непрекъснато. Значението им се развива.

Тенденция е, че *етническата принадлежност и расата* загубват значението си на дискриминационни признаци и се превръщат в елементи, които сегментират сложни комплекси на закрила. Други традиционни признаци като *националност, народност, произход, гражданство* разкриват определени са статуси, които изразяват принадлежност на даден индивид към класически ценности като *нация, народност, държавност*. Спрямо публичната власт тежи забраната за злоупотреба с тези ценности, включително като въвежда неоправдани разлики въз основа на тези статуси при упражняване на определени права.

Същевременно не всяко установено нормативно различие с цел защита срещу дискриминация има еднозначни юридически последици за закрилата на правата. Като защитен признак *полът* разкрива комплекс от характеристики на база, които хората се диференцират по идентичност и принадлежност. Равноправието между мъжете и жените не е пряка функция на забраната по признак пол. Най-сетне признаци като *имуществено състояние, лично и обществено положение* са особени признаци, които

2

възникват и се променят в процеса на социалната реализация на личността в обществото. Сами по себе си наличието на тези разлики в един изчерпателен списък на защитни основания поставя редица въпросителни, принципни за юридическата характеристика на недискриминацията изобщо.

II. Ефекти на правото на недискриминация

1. Характеристиките на дискриминационното поведение типизират *дискриминацията* като сложна за „разгадаване“ и трудна за „разкриване“ социална нагласа. От гледна точка на позитивното право това разкрива редица особености. Характерът на производствата за защита от дискриминация, споделянето на доказателствената тежест при установяването на значимите факти, липсата на изрично изискване за вина на дискриминиращия, позитивните мерки, формите на дискриминация, правният интерес от защитата и т.н., черпят фактическото си основание именно от особеностите на *дискриминацията като социална нагласа*. От една страна, всички тези положения не може и не следва да бъдат обяснявани със средствата на конституционното право, от друга – *те неминуемо разкриват определени съотношения с равенството и правата и така представляват актуален проблем, който винаги следва да има своето конституционно основание*.

2. И при пряката, и при непряката дискриминация става въпрос за противоконституционни ограничения/привилегии по чл. 6, ал.2 от КРБ. Като механизъм на проявление това са известни форми на нарушение на равенството като принцип и право.

Същевременно редица от установените в действащото законодателство форми на дискриминация (тормоз, подбуждане към дискриминация, непряка дискриминация и т.н.) охраняват *човешкото достойнство,* като ценност и право. В този смисъл това е тяхната конституционна характеристика. Именно в чл. 6, ал.1-2 от КРБ се съгласуват свободата, равенството и достойнството. На първо място, тези блага се постигат чрез различните основни права и принадлежат на индивида от момента на неговото раждане. На второ място, самите те са основни права. Не на последно място, играят ролята на граница при упражняване на различните права. Равенството в достойнството не търпи разлики в сравнение с равенството в правата и поради това степенуване е неуместно. Не на последно място именно достойнството като непреходна ценност стои в основата на самостоятелното значение на равенството във възможностите, което често не изисква наличието на определен защитен признак.

Установяването на непряката дискриминация е необходим пробив в концепцията за формално равенство. Забраната за непряка дискриминация е годна да „засече“ до скоро неоткриваеми за чистата забрана за неравно третиране общественоопасни явления и процеси. При все това има за резултат реализиране на основните права, като възможности. Социалното предназначение на модела на непряката дискриминация може да бъде рационално привнесен в конституционния процес с оглед необходимостта да бъдат откривани противоконституционни празнини, които средствата на съвременното конституционно право следва да преодоляват.

3. Позитивните мерки (affirmative action) като проявления и ограничения на равенството и недискриминацията стъпват (прекрачват) на няколко граници:

- между равенството като политическа концепция и равенството като право;
- между индивидуалното право на равенство на всеки и глобалните социални,

политически и икономически подходи, насочени към постигане на „общо“ рационално равенство;

- между индивидуалните и колективните „права“, между индивидуалния и публичния интерес;

- между равенство и справедливост;

- между правото на недискриминация и конституционно защитимото право на недискриминация.

Позитивните въздействия са твърде различни по произход и резултат и не бива да бъдат подвеждани под един знаменател. Те не са различни по ценност, важност, значимост, но са различни по предназначение. „Различията са различни“ по проявление. Различни по механизъм на действие следва да бъдат и позитивните мерки насочени срещу тях. Това се откроява най-вече при мерките насочени към изравняване на възможностите на жените и мерките към социално включване на лица с увреждане. В първия случай фактическите мерки по „пол“ стъпват на плоскостта на формалното равенство. Във втория случай уязвимите групи остават „толерирани във своето различие“ –това е жизнено необходимо както за тяхното право на равно съществуване, така и в името общото благополучие. Мерките насочени към социалното включване на индивидите с определена етническа принадлежност стоят някъде по средата. Законодателят следва да урежда мерките по различен начин.

На редица места действащата конституция извежда на преден план специална закрила на лица и положения с оглед постигането на определени цели. В повечето случаи последните са извън полезрението на простото равенство, но го ограничават по необходимост. Всички тези особени ангажименти на държавата не дават основание да бъдат поставяни едни лица над други. Отново следва да се посочи, че в едни случаи това специално отношение ще бъде в името на равенството във възможностите (например закрилата на лица с увреждания, създаването на условия за балансирано развитие на различните райони, закрилата на децата без родители). В други случаи целите ще бъдат отвъд равенството. Така например облекченият ред за получаване на българско гражданство от определени категории лица с български произход ще бъде съразмерно от гледна точка на националното единство, което е изрична конституционна ценност, година да бъде налагана и чрез средствата на привилегиите. В мнозинството от случаи преследваните цели ще бъдат смесени. Например подпомагането на способните ученици и студенти независимо от форма на обучение или собственост на училището (публично или частно) цели както преодоляване на неравенства, така и ефективно реализиране на правото на образование.

Глава трета

ПРИЛАГАНЕ НА ПРАВОТО НА НЕДИСКРИМИНАЦИЯ

I. Недискриминацията се проявява като особено основно право и принцип, коригиращ упражняването на всички мислими права. КРБ гласно или негласно установява редица пределе на упражняване на основни права – самите основни права, правата и законните интереси други му (чл. 57, ал.2). При ограничаването на правата действат редици принципи, които търсят баланс между използваните средства на ограничение и поставените цели, така че ограничението на основното право да е

необходимо, пропорционално на преследваната цел и оправдано предвид използваните средства и претърпяното ограничение. Безспорно общественият интерес, правните норми, практиката по прилагането им, правата други му и т.н. имат своето значение при оправдаване на конкретно ограничение на основните права. Безусловното прилагане на тези критерии е толкова опасно, колкото и неприлаганото им, за това от значение е комплексният подход.

II. Съотношението между дискриминацията и доскоро считани за отбранителни права разкрива редица специфики. Съвместно нарушаване на правото на недискриминация (чл. 6, ал.2 от КРБ) и правото на живот (чл.28 от КРБ) разкрива онези случаи, при които дискриминационните ограничения имат за резултат отнемане и засягане на неотменимото право на живот на хората. Те имат своите богати исторически проявления, но и за жалост са част от съвременния свят. И ако правото на живот включва както задължението държавата да не отнема човешки живот и задължението да бъде предприето всичко според обстоятелствата, за да бъде избегнат риск от допълнително засягане на човешкия живот, днес държавата дължи и *пълно, обективно и своевременно разследване на всяка едно отнемане на живот, съобразно публичния си ред*. Във всички тези аспекти на гарантиране на правото на живот държавата дължи и съблюдаване на забраната за дискриминация. При все това често съразмерното гарантиране на едното право е свързана с пропоционалността на другото.

Съвременното общество непрекъснато увеличава „конфликтните“ точки в съотношението между *свободата на изразяване* и *забраната за дискриминация*. *Свободата на словото* като възможност за изразяване на мисъл, съвест, убеждение… се свързва с всички онези изконни ценности, които са превърнали човека в личност, която да се гордее с постиженията си, да изразява себе си и да носи отговорност за това. *Равенството* пък е завоевание на политическия човек, който припознава себе си като частица от обществото. В името на него човек следва да даде или да получи нещо, което означава, че равенството понякога налага индивидът да отстъпи частица от собствената си съвест, мисъл, убеждения и най-вече от правото си да ги изразява по определен начин. Т.нар. *слово на омраза* също е проявление на свободата на изразяване в нейните разнолики форми. Универсални критерии за това какво е враждебно, в частност дискриминационно слово липсват. Не винаги е възможно правозащитните стандарти, в частност и конституционните да поставят обективни критерии за ограничаване на свободите на изразяване.

Други конституционни права като право на здравно осигуряване (чл. 52, ал.1), право на социално осигуряване (чл. 51, ал.1) сами по себе си не са позитивни мерки, но реализирането им може да си служи с такива, например по отношение размера на осигурителните вноски, освобождаването от такива, размерът и видът на осигурителните обезщетения и пр. Правото на социално подпомагане (чл. 51, ал.1), както и въобще особената грижа на хора изпаднали в нужда (чл. 51, ал.4;) налага развитие на система от позитивни мерки. Характеристика на разглежданите права е, че по необходимост условията, при които се реализират са „изтъкани“ от равенства и неравенства, от привилегии и ограничения. От тук и съвсем не са малко случаите, в които КС цени дадени привилегии и ограничения разписани в „осигурителните закони“ съобразно чл. 6, ал.2 от КРБ.

Правото да избираш органи на власт и да бъдеш избиран посредством избори също търпи ограничения разписани в Конституцията и действащото законодателство. По необходимост законодателят установява редица неравенства, които се сблъскват с чл. 6, ал.2 , вр. чл. 10 от КРБ.

III. Уязвимите групи попадат в обсега на „де факто неравенства“, които изискват определени подходи на въздействие, чиято оправданост може да бъде търсена

в редица аспекти – рационално благополучие на обществото, достъп до права на засегнатите, солидарност, толерантност, търпимост и т.н. Така напр. уязвимостта на определени индивиди не произтича просто от принадлежността им към дадено малцинство, а във връзка с обективните затруднения, които тези индивиди изпитват, които се коренят в етноколтурни, социални, исторически, политически различия и обстоятелства. Фактически обаче лицата, принадлежащи към малцинства са обект на неоспорими ограничения и затруднения. От тук за позитивното право е по-лесно да „фингира принадлежността“ с необходимост от специални мерки за закрила.

Въздействия върху такива лица Конституцията предвижда гласно и негласно. От чл. 4, ал.2, пр. II може да бъде изведено принципното основание за такова въздействие. На редица места се предвижда закрилата на семейството, децата, майчинството (чл.14), закрилата на труда (чл.16), закрила на възрастните хора и лицата с увреждания (чл. 51 ал.3) и т.н. КРБ налага на законодателя и въобще на държавните органи да въздействат по специален начин върху лица и положения, с цел осигуряването на такива условия за развитие, които да направят възможно постигането на ценностите закрепени в самата Конституция. В повечето от казусите, с които се сблъсква практиката основният въпрос е съществуват ли специални мерки, въведени по законодателен път, които да са насочени към изравняване на възможностите на определена група и които реално да водят до изравняване, ако съществуват ефективни ли са, ако не съществуват как би следвало да се интерпретира тази законодателна празнина.

Глава четвърта

ЗАЩИТА СРЕЩУ ДИСКРИМИНАЦИЯ

I. Основни моменти на установените механизми за защита от дискриминация

1. Юридическите механизми на защитата от дискриминация са видимото проявление на правото на недискриминация. Същевременно това е една малка част от реализирането на недискриминацията като основно (конституционно) право.

По арг. на чл. 6, ал.2, вр. чл. 56 от КРБ законодателят дължи да създаде такива защитни възможности от функционален и институционален характер, които да обезпечават правото на индивида да бъде защитен, когато негово право или законен интерес бъде засегнат вследствие дискриминация. И това право следва да бъде гарантирано като *неотменимо*. Това означава, че държавата следва да създаде *ясни форми на защита* срещу дискриминация, които са *задължителни* за самата държава и *независими* при взимане на решение. Системата на защита срещу дискриминация следва да е *на разположение на адресатите* (физически и юридически лица, държавни органи). И всичко това би могло да бъде постигнато само ако защитата срещу дискриминация е *съгласувана*. От функционална гледна точка това означава, че законът не следва да създава множество формални производства за защита от дискриминация, които да ценят един и същи случаи с различни правни последици.

2. В КРБ изрично равенството е издигнато като необходимо *условие* за осъществяване на дейността на съдилищата (чл.121, ал.1) и като необходим *резултат,* който се свързва със стабилността на правораздаването, като олицетворение на

прилагането на закона, посредством решаване на правни спорове (чл.124, чл.125, ал.1). Равенството като принцип с конкретно значение във всеки процес означава равни възможности за определени действия. От друга страна предубеждението и дискриминацията на съда и въобще на магистратите се разглеждат като нарушение на принципа на равнопоставеност на страните, в смисъл на необходим стандарт за поведение, което гарантира ефективност на правосъдието.

3. В едър план законодателят предвижда нарочни производства за защита от дискриминация с приемането на Закона за защита от дискриминация (Обн. ДВ. бр.86 от 30 Септември 2003г). Далеч преди това съгласно чл. 5, ал.4 от КРБ съдилищата имат възможност да *прилагат* актовете от Европейската система за защита правата на човека и актовете за защита правата на човека в рамките на ООН. Съгласно чл. 6, ал.2 от КРБ вр. чл. 4, ал.1 от ЗЗДискр. забраната за дискриминация е част от законосъобразността на всеки акт и поради това логично е за нея съдът да следи служебно в кое и да е производство. Редица деяния, установени в НК като престъпления са също своего рода защита на недискриминацията със средствата на наказателното право

Ефективността на съдебните производства за защита от дискриминация установени в българския антидискриминационен закон поставя редица въпроси. Първият е, че в голямата си част тези възможности остават нереализирани. Претендиращите, че са дискриминирани не биват допускани до защита по същество. На второ място, многото различни пътища за защита срещу дискриминация, които са пред пострадалия стоят неизползвани по предназначение. На трето място, различните възможности за защита установени в законодателството се прилагат противно на основното им предназначение – по пътя на въвеждане на особени изисквания за допустимост на претенциите му, индивидът се поставя в положение на безалтернативност. От друга страна ако индивидът реши да се ползва кумулативно от всички възможности за защита от дискриминация и достигне до произнасяне по същество, твърде възможно е той да достигне до напълно противоречащи си актове, засягащи един и същи спор.

4. Възможностите, които стоят пред изпълнителната власт за осъществяване на „политики“ на недискриминация по области, сектори и признаци са необозрими. Те се реализират при определени нормативни условия. Мерките, които следва да се предприемат в областта на недискриминацията и равенството във възможностите са комплексни, съгласувани и дългосрочни. У нас съществуват редица институционални и функционални възможности в посока недискриминация чрез средствата на изпълнителната власт, а това е *рационалната* власт с най-големи възможности за противопоставяне на дискриминацията. Естествено във всяка държава, това е и властта, която статистически дискриминира най-много. Спазването на забраната за дискриминация от тези органи е част от законосъобразността на дейността им, която подлежи на съдебен контрол. От друга страна, ефективността на политиките за равни възможности и недискриминация често е въпрос на целесъобразност. Така ролята на (не)дискриминацията като убеждение и съзнание се превръща във важната предпоставка за резултати с различен юридически знак.

II. Защита срещу дискриминация и Конституционно правораздаване

По предназначение правомощието на КС по чл. 149, ал.1, т.2 от КРБ е чрез него да се защитават и основните права на индивидите, такива каквито са в КРБ. Обективната действителност изисква от законодателя да въвежда определени форми на неравно третиране чрез правни норми. В редица случаи то е именно с цел да бъде

предотвратена дискриминация, като бъде гарантирано равенство във възможностите. Възможно е обаче действаща законова правна норма, която въвежда определена форма на неравно третиране или привидно неутрална норма да представляват дискриминация по някой от защитните признаци, установени в КРБ и по този начин да накърняват правото на равенство в третирането и във възможностите за участие в обществения живот, като по този начин изначално да нарушават чл. 6, ал.1-2 от КРБ. От тук и предмет на конституционен контрол за дискриминационност може да бъдат явни разлики, установени в самия закон; неравно третиране чрез разпоредбите на закона; привидно неутрално третиране, водещо до дискриминационен резултат; законови празноти, които поставят в неблагоприятно положение определени лица; законови неясноти в нарушение на принципа на равно третиране; произволно третиране чрез законови уредба и т.н. Контролът за конституционност може да е и върху разпоредбите на закон, с който е поверена компетентност на даден орган в защитата срещу дискриминация.[3] Той може да обхваща и актовете, с които са избрани или отстранени членове на орган за защита срещу дискриминация. Въобще „технически“ дискриминацията може да се открие по различен начин във фактическата преценка между две норми една от които е конституционната.

Естествено, че съблюдаването на забраната за дискриминация е възможно и при осъществяване на другите си специфични правомощия, конкретно при произнасяне по конституционността на политическите партии и сдружения[4]; при спорове за компетентност; при преценка законността на избор на народен представител, президенти и вицепрезидент. Тук житейски са мислими различни хипотези.

Нормативното тълкуване на КС при условията на чл. 149, ал.1, т. 1 КРБ също е ефективно средство прилагане на недискриминацията и равенството.

Рационалното взаимодействие между конституционния порядък на националната държава и Правото на ЕС е необходимо средство за съгласуване на антидискриминационните стандарти включително и с цел доближаване на Конституцията до нейния първоизточник- гражданите. Днес всеки български съд може да отправи запитване по см. на чл. 267 от ДФЕС до Съда в Люксембург по отношение изясняване съдържанието на определени положения от Правото на ЕС. Всеки български гражданин при определени условия може да сезира Съда в Страсбург, който „цени“ поведението на националната държава с огледа правата такива каквито са в ЕКПЧ. На този фон, въпросите около „прякото сезиране на КС от пострадали“ не са „дали“ и „защо“, а „как“ да бъде въведено в действащия Конституционен процес у нас.

3

Така напр. Румънския Конституционен съд установява за противоконституционни определени правомощия на Националния съвет за борба срещу дискриминацията

4

Като решава спорове относно конституционосъобразността на политически партии, при проверката дали съществуващата политическа партия съответства на Конституцията (учредяване, устав, членската маса и дейност), Конституционният съд реализира поверената му ***преценка за съразмерност,*** а както вече имаше възможност да се отчете недискриминацията и равенството са границите за ограничаване на кое и да е право. И в този смисъл забранта за дискриминация би могла да бъде нарушена както чрез учредяването, устава и целите на политическата партия, така и с дейността ѝ. (Еволюцията на КС по обхвата на проверката по чл. 149, т. 5 може да бъде проследена в Решение № 4 от 1992 г., по к.д. № 1 от 1991 г.; Определение № 9 от 1996 г. по к.д. № 30 от 1996 г и Решение № 1 от 2000 г. по к.д. № 3 от 1999 г.)

Важната задача на сегашните субекти, които могат да сезират Конституционния съд е да провокират индивидите чрез тях да търсят Конституционния съд. Така всъщност би могло да се въздейства и на КС, чрез Конституционното правораздаване „да търси“ правата на гражданите.

Бездействието на законодателя и празнотите в закона в много случаи нарушават равенството в неговия конституционен смисъл и са годни да засягат конституционно гарантирани права. В голямата си част контролът върху това бездействие е пряко свързан с опазването на Конституцията. В основата на това бездействие може да бъде „неприлагане на позитивна мярка в широк смисъл“ или „дискриминация“, като назоваването им по този начин е без особени практически последици. Очевидно е, че Конституционният процес би могъл да въздейства върху подобни празнини, но също така е ясно, че голяма част от „жертвите на тези празнини“, чиито права са нарушени нямат пряк достъп до този процес (арг. чл.150, ал.1-4 от КРБ).

II. Комисия за защита от дискриминация

1. Омбудсманът и Комисията за защита от дискриминация (КЗД) са двете институции, които българският законодател е поел да съгради като конкретен ангажимент във връзка с пълноправното членство на България в ЕС. Резултатите на органите по равенството в държавите членки на ЕС винаги са били обект на оживени дискусии, дейността им е критикувана от обществеността и поради това „животът“ на антидискриминационното законодателство и телата, които то създава са кратки. Ако в началото на века новостта при конструиране на националните органи по равенство е съсредоточаване на защитата срещу дискриминация в един орган, натоварен с трибунални функции, то днес защитата срещу дискриминация се капитализира като част от закрилата на правата на човека. Признава се значението на неформалните средства за закрила, а съдебната защита срещу дискриминация остава безалтернативна за гарантиране на правата на засегнатите. Като положително и естествено следва да бъде оценено „връщането“ на недискриминацията при основните права и механизмите за гарантирането им. Няма как тази тенденция да не е обхване и българския правозащитен модел.

Съпоставен с други органи по равенство, КЗД стои в положението на квазисъдебен орган с редица специфични правомощия. Българският антидискриминационен орган започва дейността си със създаването на ЗЗДискр., при пълния вариатет от дискриминационни основания установени в Правото на ЕС, Съвета на Европа и актовете на ООН. По замисъл той е орган по равенство, който съсредоточава цялата възможна закрила по признаци и във всички възможни сфери. Българският орган отчита в пъти по-голяма натовареност от редица подобни органи в други страни.

КЗД е независим орган, създаден въз основа на специален закон. Той е колективен, постоянно действащ, мандатен орган. Макар и като независим орган стоящ на определено разстояние от трите власти, КЗД е уредена институционално като административен орган.

2. Комисията разглежда и решава заведените пред нея преписки в заседателни състави, които се определят от председателя на комисията. От една страна разпределението по състави доближава КЗД до органите от съдебната власт, от друга го

прави функционален при натоварване. Производството за защита от дискриминация развивано пред КЗД, може да се характеризира като особено административно производство. Особеностите му са в различни проявления:

-уредено е със специални норми;
-характеризира се със състезателност;
-решава се повдигнат спор;
-влезлият в сила акт на КЗД (чл. 47, т.1 от ЗЗДискр.) се ползва с редица гражданскоправни последици (чл. 74 от ЗЗДискр.);

Възможността един административен орган да осъществява юрисдикционна дейност не противоречи на разделението на властите, а негово ценностно проявление. КРБ допуска съществуването на такъв тип органи, като в тези случаи правораздаването не е правосъдие. Административна юрисдикция е равнозначна на административно правораздаване., т.е. правораздаване, изразяващо се в разрешаване на административноправни спорове.

Административното производство по издаване на индивидуални административни актове е „процесуална среда“, в която защитата срещу дискриминация се реализира по изключително формален начин; гарантирането на състезателността на страните и контролирането на споделянето на доказателствената тежест съобразно чл. 9 от ЗЗДискр. е в ръцете на „едноличния административен съдия“ (арг.чл. 68 от ЗЗДискр.). Като процедура производството е нерегламентирано, както от гледна точка на правила в закона, така и от гледна точка на правила, които КЗД би могла да създаде, за да регулира собственото си производство. От тук и всяка „креативност“ в практиката по преписки е преценявана единствено от гледище на общата законосъобразност на индивидуалните административни актове (чл. 146 от АПК). Това е и основната причина Комисията да не осъществява всички заложени в ЗЗДискр. възможности за защита от дискриминация. Въпреки това въпросът за характера на производството пред КЗД е второстепенен. **В голямата си част правата на страните в това производство могат да бъдат гарантирани както от правилата на административния, така и от правилата на гражданския процес.** Необходим е обаче ориентир къде се прилагат едните правила и къде другите.

Макар и „продукт“ на конституционно непредвиден орган, дейността на КЗД като юрисдикция в областта на равното третиране и защитата от дискриминация е конституционно допустима. Това не придава изключителна значимост на органа. КЗД е просто институционален отговор на българския законодател по отношение на задължението му да създаде ефективен, независим механизъм, който да осигурява защита срещу дискриминация.

Съобразно различните правомощия които тя осъществява, КЗД стои близко до *органите в изпълнителната власт* които могат да наказват и да налагат мерки на принуда (чл. 47, т.2-4 от ЗЗДискр.); *до консултативните тела* в законодателната власт и сдруженията с идеална цел, които могат да дават становища и препоръки (чл. 47, т. 6-8 от ЗЗДискр.); *до съда*, който може да правораздава и да създава практика, предназначена за всички останали съдебни органи (чл. чл. 47, т.1 от ЗЗДискр.); до повечето *органи по равенството в държавите-членки на ЕС и омбудсмана*, които съдействат на жертвите на дискриминация и обществото посредством формални и неформални средства за защита срещу дискриминация (чл. 47, т. 5, 9,10, 11 от ЗЗдискр.). Преди всичко останало обаче КЗД е *независим експертен орган*, чиято основна задача е чрез практиката си да *съгласува* закрилата срещу дискриминация с цел постигане на равенството пред закона и във възможностите и въобще да обезпечава съдържателното равенство в обществения живот.

В. Заключение

I. Изводи от изследването:

1. Ефектите на равенството и недискриминацията като основни права и принципи предполагат „усет“ за **разпознаване на основните права** като реални възможности стоящи пред индивида, защитими по действащото право, измерими в постъпки, изразени в субективни права и задължения, а не само във формална регламентация, имаща за резултат установяване на разлики. Това е ангажимент към всички правни субекти и е необходимо да бъде следван в мислимите сфери на съвременен живот. Макар и да звучи като абстрактно пожелание, той е функционална задача и на трите вида власти. Отвъд правата въпросите за равенството и недискриминацията имат не по-малко опасни последици, от техните фактически основания – дискриминацията като социално изкривяване и неправомерните неравенства. В тази посока наистина практиката и доктрината са големите длъжници на гражданското общество.

2. Текстът на чл. 6, ал.2, изр. 2 от КРБ установява забрана за ограничения на правата или привилегии по 12 текстово изразени признаци, което поставя Българската Конституция сред малкото, които уреждат такъв значителен брой признаци. Равноправието е и носеща конструкция на целия ред установен в КРБ. Конституционните текстове, **такива каквито са**, залагат на една балансираност и сдържаност – не винаги разбирана еднопосочно от съвременна гледна точка. От друга страна обаче, чрез тази премереност Конституцията „ефективно пази сама себе си“, като установява равенството в правата и негласната му граница - до произвол може да доведе както абсолютното, така и конституционно негарантираното равенство.

Точното и изчерпателното посочване на социалните признаци, които са основание за недопускане ограничения на правата и за предоставяне на привилегии (Решение № 14/1992 г. по к.д. № 14/92 г.) в текста на чл. 6, ал.2 от КРБ, е преди всичко гаранция срещу необосновано разширяване на основанията за допускане на ограничения на правата на гражданите или на привилегии. Безспорно с увеличаването на признаците, установени в чл. 6, ал.2 от КРБ се увеличават основанията, на които привилегии и ограничения в правата са изрично изключени. При все това равенството се разширява в неговия буквален еквивалент, включително като поставя под съмнения редица привилегии и ограничения в КРБ и действащото законодателство, чиято оправданост следва да има своята конституционна съразмерност.

Присъствието на защитните критерии *лично* и *обществено* положение е оригинално конституционно разрешение, в което може да бъде намерено конституционното основание за борба срещу различни съвременни проявления на дискриминация, които не могат да бъдат обхванати от другите признаци. Предназначението на двата признака е в две направления: като нетипични основания, на база на които са забранени привилегии и ограничения и като конституционни области на „личното“ и „общественото“, обхващащи права, принципи, възможности, ценности, статуси. Рационалният им ефект е да „приземяват“ закрилата срещу дискриминация, когато е задължително обективирането на признак и така да „преодоляват“ концепцията за изчерпателност на основанията с единствената

допустима цел, да гарантират упражняването, на което и да е право, защитавано посредством недискриминацията. Така те остойностяват закрилата на самото равенство.

При осъществяване на функциите си измежду различните титуляри на власт, държавата дължи **създаването на условия** за свободно развитие на човека и на гражданското общество (арг. чл.4, ал.2 от КРБ). Принципите задължават по отношение техния резултат, а в едно демократично общество, в което обществените отношения се усложняват непрекъснато равенството следва да се постига и чрез въздействия. Задължение за еднаквото третиране на ситуациите съдържа необходимостта държавната власт да третира различно де факто неравенствата. И най-консервативната практика на КС признава необходимостта от позитивни мерки. Законодателят може да наруши КРБ и с оглед пасивността си по определени случаи, които изискват активната му намеса, за да „допринесе“ равноправие.

3. Недискриминацията се проявява като особено основно право и принцип, коригиращ упражняването на всички мислими права. Равният достъп до правата означава относително равни възможности за упражняване на правата при сходни положения. Това налага от една страна еднакви граници за ненамеса на държава в личната сфера на индивида (свобода), а от друга равни възможности на индивидите да реализират търсено участие в обществото (съпричастност). Комплексът ценности охраняван в чл. 6, ал.1 от КРБ е системно съгласуван – свобода, равенство и достойнство.

4. Законодателството не отчита в достатъчна степен съвременните емпирични характеристики на произхода на дискриминацията като явление. Наблюдава се обратен процес – непрекъснатото трупане на легални дефиниции на дискриминацията (като забранено поведение) катализира нови форми на социално изключване, които остават вън от юридическата закрила. Роенето на дискриминационните признаци абсолютизира разликите, като основен елемент на забраната за дискриминация. От тук и изводът, който може да бъде направен, е че свръх позитивирането на недискриминацията има своите противоречиви резултати.

5. Законът за защита от дискриминация съдържа добри материалноправни възможности за прилагане на недискриминацията, които в голямата си част доразвиват конституционната балансираност при прокарване на ефектите на комплексното равенство.

КЗД стъпва на функционална независимост от трите вида власти.

6. В същото време възможностите, стоящи пред индивида за защита от дискриминация остават абстрактно нереални. Рамковият антидискриминационен закон си остава твърде *особен*, свързван с изключителната компетентност на КЗД, а административното производство за недискриминация пред нея – схващано като единственото.

Установените възможности за защита срещу дискриминация, чрез които синдикални организации и юридическите лица с нестопанска цел могат да потърсят защита от името на дискриминирани лица или на самостоятелно основание остават неприлагани (чл. 71, ал.3 и 4);

В исковите производства за защита от дискриминация в чл. 71 и 74 от ЗЗДискр., правораздавателните органи поставят своеобразни изисквания за допустимост на

претенциите, които в голямата си част обезсмислят закрилата. Налице са множество спорове за подсъдност и „процесуални вртележки“, в които съдилища от различен порядък прекратяват като недопустими годни оплаквания за нарушение на ЗЗДискр. В този смисъл множеството процесуални неуредици в защитата от дискриминация поставят под съмнение ефективността на нормативната уредба.

Материалният компонент на забраната за дискриминация е част от законосъобразността на всеки акт. Проблемен остава въпросът за защитимостта на тази законосъобразност - къде да бъде предявявана, ако да, в какви производства. На фона на повсеместното неглижиране на забраната, все повече започват да се срещат произнасяния на българските съдилищата по съблюдаването ѝ в общото съдебно оспорване на административни актове. (чл. 73 от ЗЗДискр. вр. чл. 146 от АПК). При все това производство, чиито правила съда прилага по-щадящо за жалбоподателите, отколкото „облекчените условия на ЗЗДискр.“

Производството пред КЗД се поставя в потенциалните условия на триинстанционно, в което жалбоподателят и КЗД следва да доказват всичко пред всички. Така търсещите защита са по презумпция недискриминирани, доколкото не докажат обратното.

От институционална гледна точка КЗД продължава да съсредоточава твърде много разнопосочни правомощия, голяма част от които остават нереализирани. За близо 11 -годишната си практика „мъртво родено“ остава правомощието КЗД да съдейства на пострадалите като встъпва в съдебни производства. Това е правомощие с реален потенциал за ефективна закрила използвано навсякъде в света от органите по равенство. Неизползваемо остава и производството на гл. V, раздел I от ЗЗДискр., както и принудителното събиране на доказателства чрез съдействие на съда. Формалната производителност на Комисията търпи критика от гледна точка на бързина и обществена адекватност. Установената възможност за самосезиране също не дава ефекти, които са търсили „авторите“ на закона.

И въпреки това днес основната част от практиката по ЗЗДискр. са „случаите“ на КЗД. Съществуването на органа се явява буфер за трите власти, които уви не разпознават недискриминацията като функционално им вменена задача. Поставянето на юридическата защита главно в ръцете на КЗД и административните съдилища е в интерес на останалите власти, може би на КЗД и на съда, но не и в интерес на правото.

7. Естествено липсата на пряк достъп на търсещите закрила до Конституционния процес под формата на пряко сезиране не допринася за защитата от дискриминация.

Не са малко и наличните преюдициални запитвания на българските съдилища до СЕС по тълкуване на антидискриминационните директиви. Първоинстанционният съд е принуден да се бори със съзряните от него противоконституционните положения по разнообразни начини, но е лишен от най-адекватния - сезирането на КС. Първоинстанционният съд е функционално най-специализираният, най-независимият в преценките си и същевременно най-близкият до хората, казуса и основните права съд, нещо от особена важност при адекватната защита срещу дискриминация.

8. От тук и защитата от дискриминация по места остава основен жизнено важен за решаване проблем на българския правозащитен модел.

Потенциалът на фигурата на местен обществен посредник се заглушава от

голямата зависимост на последния от Общинския съвет.

Други защитни механизми по места, като например отделите „Закрила на детето“ са институционално обособени към Дирекциите „Социално подпомагане“, което типизира структурите, този път като част от изпълнителната власт.

Регионалните представители на КЗД по места, изрично установени с чл. 40, ал.3 от ЗЗДискр. остават в своеобразната роля на „пощенски кутии“ за жалби и сигнали. Скритият-потенциал на фигурата е, че регионалният представител на КЗД не е зависим от местните власти и въобще от изпълнителната власт, като местните обществени посредници, а се назначава от председателя на КЗД.

II. Поглед напред

По същество в изложението, като резултат от анализа на действащата правна уредба и предложените теоретични постановки бе акцентирано на различни предложения, свързани с промяна на практики и норми:

1. **Съгласуване на механизмите на защита от дискриминация**, съвсем не означава решенията по правни спорове да бъдат идентични или пък потенциално да бъде уважавана всяка претенция за осъществена дискриминация, а там където индивидът е потърсил надлежно защита - да получи произнасяне по същество с всичките последици за това. Възможните усложнения свързвани със съотношенията на различните производства следва да бъдат решавани от съответните органи при съблюдаване на принципа на забрана за отказ от правосъдие (защита в широк смисъл). Ефективната защита е **надлежно търсената**, а последното може да бъде повлияно по различни най-вече неюридически начини. На първо място индивидите следва да са убедени в закрилата. Постигането на това убеждение е двустранен процес. Всеки правозащитен орган се утвърждава посредством собствената си ефективност, а тя следва да бъде преследвана, ценена и толерирана както от търсещите закрила, така и от държавата. От друга страна „даващите закрила“, правозащитните органи, съдилищата следва да бъдат независими, качествено обезпечени, а личностите, които стоят **зад тях добросъвестни.** Така според Джон Лок само когато силните аргументи и умни разсъждения се съчетаят с учтива деликатност и добри обноски, истината би могла да възтържествува[5]....а закрилата на правата реална.

2. **Законодателни изменения.**

De lege ferenda законодателят би могъл да допринесе за защита срещу дискриминация като:

- въведе определен тип ротация при обновяване на състава на КЗД. Така би се създали функционална приемственост и реална независимост на органа от законодателната власт; Председателят следва да бъде избиран от самия орган или пък като бъде избиран от НС, не друг, а той да предлага членският му състав.
- измени необходимата специализация на заседателните състави на Комисията по признаци съобразно чл. 48 от ЗЗДискр., включително да бъде изоставена

5

Лок, Дж., „Писмо за толерантността“ 2008, Сиела, ISBN: 9789542802518

фигурата на 5-членните заседателни състави по множествена дискриминация. В този смисъл разпоредбата би могла да запази разпределението по състави, но заведените пред комисията преписки да се разглеждат и решават от заседателни състави, които се определят съразмерно, за всеки отделен случай, на случаен принцип. 5-членният заседателен състав би могъл да остане като възможност за случаи от фактическа и правна сложност, а множествената дискриминация да бъде установена, като форма на дискриминация, изискваща по-тежко наказание. В сегашния си вариант разпоредбата е повод за изключително противоречива практика, както от страна на КЗД, така и от страна съда.

В по-глобален план би могло да се помисли за преструктуриране на правомощията на КЗД в чл. 47 от ЗЗДискр. от гледна точка на това, доколко органът реално ги „обезпечава“. В този смисъл биха могли да останат юрисдикционните правомощия на КЗД по решаване на конкретни казуси – основната дейност, която КЗД осъществява в момента, а другата не по-малко важна за обществото дейност (провеждане на проучвания, анализ на практика за защита от дискриминация) да бъде структурирана в рамките на друг съществуващ или нов орган (Датска система за защита). Така органите ще бъдат с ясно функционално предназначение и ефективността им би могла да се оцени реално.

Липсата на независим централизиран институционален механизъм, който да провежда проучвания на съдебната и административната практика свързана със закрила на основните права се отразява на самата ефективност на производствата и на адекватността на законодателя. Конституирането на такъв би спестило много законодателна и административна енергия, а би дало реална представа за закрилата на правата и ефективността на съдебните и административните производства. Трупаната съдебна и административна практика по прилагане на ЗЗДискр. е значителна и тя се нуждае от глобален качествен анализ, преди да бъдат предприети каквито и да е изменения. Това е изключително важно в областта на антидискриминационната регулация, защото както се посочи основната форма на борба с дискриминацията е дискриминация, а често недобре разписаните правила за защита, катализират нови форми на недискриминация. Необходим е и друг самостоятелен, независим анализ, който да бъде съсредоточен на „постиженията“ на онези институционални и функционални механизми на недискриминацията, които се реализират в изпълнителната власт с цената на много обществена и финансова енергия.

3. Допълнителна вътрешна регламентация на КЗД

С или без законодателни изменения КЗД би допринесла за закрилата, която е задължена по закон, като приеме конкретни правила, които да уреждат реда, по който тя следва да реализира правомощията си извън гл. IV, раздел I от ЗЗДискр. Особено належащо е правомощията по обжалването на административните актове, постановени в нарушение на забраната за дискриминация, завеждането на искове пред съда и встъпването като заинтересувана страна по дела с предмет защита срещу дискриминация, да започнат да се реализират реално. Така КЗД ще влезе в ролята на реален защитник на пострадалите. По-важното обаче е, че чрез този инструмент КЗД би могла непряко да влияе на онази част от съдебната практика, която е капсулирана за забраната за дискриминация.

Натоварването на регионалните представители на КЗД с допълнителни

правомощия, включително процесуално представителство и инициране на съдебни производства, вкл. в контекста на чл. 47, т. 5 от ЗЗДискр. би било крачка напред в защитата на правата по места. Същото неминуемо ще е свързано с промяна на административната структурата на КЗД и създаването на нови длъжности, но със сигурност би имало ефект с трайни перспективи.

4. Мащабно погледнато разширяването на кръга на сезиращите КС също би било правилна стъпка в посока реална закрила на индивида, в частност защитата му срещу дискриминация. Не по-малко важно е да бъде създадена реална възможност първоинстанционните съдилища да сезират КС с искане за упражняване нормен контрол за конституционност.

5. Ратифицирането на Протокол 12 от ЕКПЧ би поставило забраната за дискриминация по чл. 14 от ЕКПЧ на комплексна плоскост. Естествено непрекият, но изключително важен ефект от това е проверката на надеждността на българските механизми за защита срещу дискриминация и националните правозащитни уредби по принцип.

6. Както многократно се спомена юридическата борба с дискриминацията е една малка част от противопоставянето на дискриминацията като една общественонеоправдана форма на социална нагласа. В тази връзка правото следва да насочи усилията си в установяване на онези свои форми, които целят зачитане на различното, толериране на разнообразието и търпимостта. Често това изисква за различията да бъде говорено откровено.

Освен, че следва да бъдат вън от всякакво съмнение разрешенията на човешките закони, забраняващи дискриминация не бива да отнемат на хората изборът **как да не дискриминират, как да се изразяват, как да гласуват, ….как да упражняват правата си.** Смисълът на правото на НЕдискриминация е да съдейства на хората и обществото да упражняват правата си свободно, като „първата“ граница за упражняването им е вътре в човека. Едва след това е всичко останало...

За контакт:
blagoi_deliev@abv.bg