

ДИСКРИМИНАЦИЯТА ПО ПОЛ И ПО ПОЛОВА ОРИЕНТАЦИЯ¹

(Резюме)

д-р Ива Пушкарлова, ФРП

1. Общи положения

Съвременното антидискриминационно законодателство израства от основанията на правото на правата на човека и цели да укрепва солидарността между различните обществени групи като необходимо условие за обществено развитие, като потиска процесите на взаимно отхвърляне между общности с различна групова идентичност.

Признаците пол и полова ориентация са преплетени поради връзката между предразсъдъците, от които израства дискриминационната нагласа към всеки от тях, но нито тяхното съдържание, нито отношението помежду им е напълно изяснено в правото. Закъснялото юридическо разпознаване на дискриминацията по полова ориентация спрямо половото неравенство и динамичната промяна на обществените нагласи към всеки от двата признака определят историческо разминаване в правната оценка на еднакви явления и дезактуализация на традиционна съдебна практика. Успоредните процеси на хармонизация и на интеграция на националните антидискриминационни правни системи понякога изпращат объркващи послания към националните юрисдикции.

Антидискриминационните клаузи на правото на ЕС обслужват функционирането на вътрешния пазар и традиционно свеждат охраната на равенството до сектора на заетостта и социалното осигуряване. Равенството по полов признак е със статус на основно право и е най-развитият аспект на европейските социални политики, но едва през 2000 г. то навлиза и в сектора на стоките и услугите. През същата година Директивата за равенството в заетостта дава защита срещу дискриминация по половата ориентация, но само в заетостта.

Антидискриминационната разпоредба на чл. 14 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) споменава пола, но половата ориентация е приобщена към неизчерпателния списък от признаци по чл. 14 от Съда по правата на човека (ЕСПЧ).

2. Пол и полова ориентация – същност и съотношение като защитени признаци

Полът, описван още като полова принадлежност и полова идентичност, и половата ориентация определят съществени аспекти от идентичността на човешката личност,

¹ Пълният текст на изследването ще бъде публикуван в сп. Общество и право, бр.9/2011 през декември 2011 г., поради което тук помещаваме само негово резюме с цел да се подпомогне дискусиата по поставените проблеми. В пълната версия на текста се предлага задълбочен анализ на цитираната съдебна практика, приобщена е допълнителна практика на ЕСПЧ и СЕО, анализирани са процесите в американското правораздаване.

свързани с функционирането ѝ в интимната и в значителна част от социалната сфера, като промяната в тях може да доведе до промяна на самоличността (смяна на пола).

Полът е социално-биологична характеристика, която може да бъде интерпретирана от позицията на генетиката, биологията, неврологията, психологията, социалната наука и др.² За правото са съществени онези признаци и проявления на пола, които влияят на социално значимото поведение на личността – 1. външните белези на пола, които обуславят за третите лица предположение за принадлежност към мъжки или женски пол; и 2. индивидуалните преживявания на личността, свързани с лично усещане, възприемане и желано вмешателство в телесната структура и функционалност и с избора на социален израз на пола.

Половата ориентация е индивидуалната способност на всяка личност пълноценно да преживява емоционална, чувствена и сексуална привличеност към представители на единия или и на двата пола, както и да я реализира в интимни отношения с такива лица. Понятието се отнася както до *предпочитанията* интимният партньор да бъде от даден пол, така и до *половото поведение*³. За разлика от пола, половата ориентация в по-слаба степен се определя от социални презумпции, тъй като външните ѝ проявления не винаги са еднозначни и безспорни.

Съотношението на признаците пол и полова ориентация зависи от обстоятелството, че различията в третирането по признака полова ориентация неизбежно включват и съображения, свързани с пола. Дискриминацията, особено когато е пряка, произхожда от несъответствие между конкретните обстоятелства и обществено наложените представи за адекватност между пола, неговото външно изразяване и свързаното с него поведение⁴. Прегледът на европейските правни системи показват разделяне на подходите при определяне дали половата принадлежност, включително проблематиката на смяна на пола, се отнасят към понятието „полова ориентация” или към понятието „пол”.

Въпросите на половата ориентация са обсъждани от ЕСПЧ в контекста на правото на личен живот по чл. 8 от ЕКПЧ, което включва и правото да се създават и развиват отношения с други човешки същества, правото на лично развитие и правото на самоопределение, включително име, полово определение, полова ориентация и сексуален

² Повече за видовете пол и правното значение на промяната на пола, *Ставру, С.*, Въпросът за правната регулация на смяната на пола, сп. Общество и право, бр. 8 и 9/2011 г.

³ *Wintemute, R.*, Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter, Oxford: Clarendon Press, 1995, 6-10; *Bamforth, N.*, Sexual Orientation Discrimination after *Grant v South-West* – In: *The Modern Law Review*, Vol. 63, No. 5 (Sep., 2000), pp. 694-720.

⁴ *Pannick, D.*, Sex Discrimination Law, Oxford: Clarendon Press, 1985, 201-203.

живот⁵. Според практиката на Съда, че политика или акт могат да са дискриминационни и когато не са директно насочени против група, определена по пол или полова ориентация, стига ефектите на неравно третиране неизбежно да настъпват за така определена група и да не настъпват за групите, които не са носители на същите признаци.

Отношението между половата дискриминация и неравното третиране по полова ориентация засяга практическия въпрос за **сравнителя**. Това е субект, поставен по същество при същите обстоятелства като дискриминираното лице, който се отличава единствено по това, че не е носител на защитения признак и поради това е третиран различно. При преценка за полова дискриминация сравнителят в повечето случаи е **лице от другия пол**, поставено в същата ситуация. Когато полът е бил сменен, сравнителят по принцип е лице от **пола, който е придобит в резултат на смяната**⁶. При преценка за дискриминация по полова ориентация сравнителят е лице с **различна, но недискриминирана полова ориентация**, което може да бъде от същия пол.

3. Съотношение на дискриминацията по пол и полова ориентация

Въпросът дали дискриминацията по полова ориентация е вид полова дискриминация се поставя доколкото все още защитата по двата признака не е изравнена във всички сектори. Възгледът, че едното явление е частен случай на другото, разширява разбирането за полова дискриминация, като включва в нея неравно третиране поради пологово обозначена роля (независимо от половата принадлежност пологово значимо поведение, популярно свързвано с един от двата пола).

По този въпрос международната и световната съдебна практика не са на едно мнение.

Единственият международен орган, който изрично приема, че половата дискриминация включва и неравно третиране според половата ориентация, е Комитетът на ООН по правата на човека, учреден по чл. 28 от Международния пакт за граждански и политически права, по делото *Toonen v. Australia Communication* (1994).

⁵ *Dudgeon v. UK* (No. 7525/76), 1981 (криминализиране на доброволни хомосексуални отношения между пълнолетни лица). ЕСПЧ приема, че защитата на обществен морал действително представлява легитимна цел, но тя трябва да бъде удовлетворена, без държавата да навлиза в правото на личен живот със заплаха от наказателна репресия. Вж. още ЕСПЧ, *Karner v. Austria* (No. 40016/98), 2003 г. (национален съд отказва да признае правата на преживелия партньор върху общо обитаваното жилище, тъй като съжителството е било хомосексуално).

⁶ Транссексуалността поставя въпроси, които юрисдикциите избягват да обсъждат. Вж. *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, Дело C-423/04 [2006] ECR I-3585 (отказа на държавата да признае право на пенсия на жалбоподателката, претърпяла смяна на пола към женски, при навършване на пенсионната възраст за жените), *Christine Goodwin v. UK* [GC] (No. 28957/95), 2002 г. (отказ от издаване на акт за раждане с променен пол с обратно действие); *Sommers v. Budget Marketing, Inc.* (1982) (ищката е уволнена, тъй като, предоставяйки документи с различно съдържание по въпроса за пола си, е „подвела работодателя си, че е анатомична жена”. *Turner, I., Sex Stereotyping Per Se: Transgender Employees and Title VII.* – In: *California Law Review*, Vol. 95, No. 2/2007, 568-569).

Съдът по правата на човека често избягва да обсъжда дискриминация (нарушение на чл. 14 от ЕКПЧ), когато неблагоприятно третиране поради полова ориентация може да се преценява като нарушение на други разпоредби на Конвенцията. Все пак, някои прецеденти показват известна склонност към възприемане на широко тълкуване на понятието за полова идентичност. Според него понятието за пол се свързва с полова роля, а не просто с полова принадлежност, а полова е всяка дискриминация, която е изцяло или решаващо свързана с пола⁷.

Практиката на СЕО е значително по-ограничителна. Делото *Grant v. South-West Trains Ltd.*, Дело C-249/96 [1998] ECR I-621 засяга типичен случай на дискриминация поради полова ориентация по време, в което правото на ЕС не дава защита по този признак. Съдът приема, че разликата в третирането в случая е мотивирана от еднополовия характер на връзката на жалбоподателката, а не от нейния пол. Според него половата дискриминация не обхваща случаите на дискриминация по полова ориентация, нито дискриминация поради пола на партньора⁸.

Прегледът на практиката на международните, наднационалните и някои национални юрисдикции на фона на развитието на антидискриминационното законодателство ясно показва необходимост от обособяване на половата ориентация като самостоятелен признак на защита, за да се избегне неоправдано неравно третиране на еднакви случаи от съдебната практика. Въпреки тясната ѝ връзка с половата принадлежност, половата ориентация явно не може да бъде безспорно включена в съдържанието на понятието „пол“⁹. Двата признака се отнасят до отделни, сложни проявления на човешката идентичност. Неравното третиране на едно лице поради негово полово обусловено поведение може да бъде случай на дискриминация по пол или по полова ориентация или случай на множествена дискриминация и по двата признака. Преодоляването на предразсъдъците, свързани със смесване на двата признака, изисква диференцираното им законодателно уреждане като признаци на различие с еднаква правна стойност, но не и с еднакво правно съдържание.

⁷ В *P. v. S. and Cornwall County Council* Съдът е приел, че защитата срещу полова дискриминация не е ограничена до неравно третиране поради биологичната принадлежност към даден пол, а и при неравенство поради половото самоопределение, включително в случаи на настъпила или желана промяна на пола.

⁸ Подобно развитие, независимо от правото на ЕС и практиката на ЕСПЧ, преживява и американското прецедентно право. Вж. *De Santis v Pacific Telephone and Telegraph Co* (1979) (при уволнение поради хомосексуалност няма полова дискриминация, тъй като сравнител не е полът); *State of Missouri v. Walsh* (1986); *Smith v Liberty Mutual Insurance Co.* (1975); *Blum v Gulf Oil Corp.* (1979); *Valdes v Lubermen's Mutual Casualty Co.* (1980); *Phillips v Wisconsin Personnel Commission* (1992) (законът третира еднакво двата пола, когато забранява еднополовите отношения); *Price Waterhouse v. Hopkins* (1989) (когато работодателят вярва, че жените трябва да имат определено поведение и излъчване, действията му са полова дискриминация).

⁹ Голяма част от обсъждането в американската съдебна практика се дължи на продължителна обществена предубеденост, че трансексуалността и хомосексуалността се отнасят до едно и също явление. *Turner, I., Sex Stereotyping Per Se: Transgender Employees and Title VII.* – In: *California Law Review*, Vol. 95, No. 2/2007, p. 562.