

ЗАБРАНАТА ЗА ДИСКРИМИНАЦИЯ В ТРУДОВИТЕ ОТНОШЕНИЯ И ПРОБЛЕМЪТ ЗА РАВНИТЕ ВЪЗМОЖНОСТИ НА ЖЕНИТЕ И МЪЖЕТЕ И НА ПРЕДСТАВИТЕЛИТЕ НА РАЗЛИЧНИ ЕТНИЧЕСКИ ГРУПИ

Ивайло Стайков

*Ст.ас. по трудово и осигурително право
Нов български университет*

I. От 1 януари 2004 г. е в сила Законът за защита срещу дискриминацията (ЗЗДиск)¹. С него се провежда във вътрешното българско право шест директиви на Европейския съюз в областта на забраната на и защитата срещу дискриминация. Парламентът възприе подхода да се създаде общ закон, който да има за предмет на правна уредба защитата срещу всички форми на дискриминация и начините за нейното предотвратяване (чл. 1). В чл. 4, ал. 1 ЗЗДиск по императивен, общ и безусловен начин е регламентирана забрана за всяка форма на дискриминация на основата на голям брой дискриминационни признания. Забраната действа спрямо всички правни субекти, а защитата срещу всякаква форма на дискриминация се разпростира спрямо всички физически лица на територията на Република България.

Review

Since 1 January 2004, the Protection against Discrimination Act has been in force. With it, in the domestic Bulgarian law, six Directives of the European Union concerning the prohibition of and protection against discrimination have been implemented. The Parliament adopted the approach to work out a general law, whose subject shall be the legal regulation of the protection against all forms of discrimination and the methods of its prevention. There, in an imperative, general and indisputable manner, the prohibition of any form of discrimination has been regulated, on the base of a large number of discrimination signs. The prohibition is valid for all legal subjects, and the protection against any form of discrimination is spread out to all natural persons in the territory of the Republic of Bulgaria. Furthermore, the prohibition of discrimination concerns the exercise and protection of all legal rights and freedoms provided for in the Constitution, i.e. in all areas of public life, inclusive in the labour relations.

¹ Обн., ДВ, бр. 86 от 2003 г.

торията на Република България. Също така забраната за дискриминация се отнася за упражняването и защитата на всички предвидени в Конституцията и законите права и свободи, т.е. към всички сфери на обществения живот, включително и в трудовите отношения (чл. 3, ал. 1 и чл. 6 ЗЗДиск).

В раздел I на глава II (чл. 12-28) е уредена материалноправната защита срещу дискриминация при упражняване на правото на труд – правната регламентация на субективните права и юридическите задължения на правните субекти (работодател и работник или служител), редът за тяхното упражняване и изпълнение, прекратяване или осуетяване на нарушения на субективните права, санкционните последици при неизпълнение на задълженията².

Съобразно предмета на право регулиране и отрасловото деление на българската правна система, правните норми, съдържащи се в разпоредбите на този раздел, трябва да се определят като трудовоправни норми. С приетите юридически забрани за дискриминация и задължения се доразвива и детайлизира основният принцип на трудовото право по чл. 8, ал. 3 КТ за равенство във възможностите и премахване на дискриминацията³. Така се изгражда философията и отделните нормативни разрешения на българското антидискриминационно трудово законодателство⁴.

²За различните аспекти на забраната и защитата срещу дискриминация в трудовите отношения\357о ЗЗДиск вж. подробно **Стайков, Ив.** Защита от дискриминация при наемане на работа. – В: Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Том I. Сборник в памет на доц. Елисавета Христова, УИ "Св. Кл. Охридски", С., 2004, с. 128-149; Задължения на работодателя за предотвратяване на дискриминационни актове на работното място. – В: Юридически свят, 2004, бр. 1, с. 117-134; Защита от дискриминация на работници или служители с намалена работоспособност. – В: Правен преглед, 2004, бр. 1, с. 101-116; Дискриминация при прекратяване на трудовото правоотношение. – В: Съвременно право, 2003, бр. 6, с. 16-31.

³Забраната за дискриминация на основата на различни признания е отдавна позната на българското законодателство. На основата на богата международноправна и вътрешноправна уредба на тази забрана в трудовоправната литература е обоснован принципът за равенството във възможностите и предотвратяването на всички форми на дискриминация като един от основните общи принципи на трудовото право. Анализ на съдържанието на този основен принцип на трудовото право вж. **Мръчков, В.** Трудово право. 4-то изд. Сиби, С., 2004, с. 66-75; **Василев, Ат.** Трудово право, БСУ, Бургас, 1997, с. 43-44.

⁴От гледна точка на юридическата техника и правната систематика специалните норми, уреждащи забраната за дискриминация в трудовите отношения, следващо да бъдат включени в КТ на съответното им систематично място. Това щеше да доведе до по-добра прегледност и възможност за запознаване на адресатите на правните норми със съдържанието им. Така се улеснява и правораздаването в областта на защитата от трудова дискриминация.

Със ЗЗДиск се въведоха забрани и юридически задължения за работодателя като страна по индивидуалното трудово правоотношение. Този законодателен подход не е случаен. Той произтича от същността на трудовото правоотношение и от особеностите на основния му обект – работната сила на работника или служителя. Работодателят е икономически по-силната страна в трудовите отношения, което е предпоставка за извършване на актове на дискриминация спрямо неговите работници или служители. Правната защита е насочена към работника, тъй като той е в по-увязвимо положение поради това, че като носител на работната сила се поставя във фактическа и юридическа зависимост спрямо работодателя в рамките на трудовото правоотношение.

II. От позицията на общата проблематика на ЗЗДиск за забрана на и защита от дискриминация при упражняване на трудовите права нормата на чл. 24 регламентира един частен въпрос – забраната и защитата от полова и етническа дискриминация в аспекта му на т.нар. **насърчителни (утвърждаващи) мерки**. Идейната философия на насърчителните мерки се появява най-напред по отношение на различията на основата на раса и етнос, както и половите различия в обществото (т.нар. джендър-проблем), но впоследствие те намират приложение и спрямо различното третиране в трудовата и социалната сфера и на някои други групи в уязвимо социално положение. В отделните национални законодателства и в теоретичните разработки се използва различна терминология за означаване на този правен институт, като се влага едно и също правно-политическо съдържание. "Утвърждаващи мерки" се използва предимно в САЩ, докато в Европа обикновено се ползва "позитивни действия". В Канада и в едноименния закон на ЮАР е въведено понятието "справедливост при заетостта", а в Северна Ирландия се използва "справедливо участие" или "справедлив достъп". В Индия след две промени в конституцията през 1951 г. се установяват т.нар. предварително запазени квоти, представляващи кастови програми за премахване на дискриминацията спрямо по-слабите слоеве на населението и особено за кастите в най-неблагоприятно положение⁵. Ще използвам преимуществено "насърчителни мерки", защото ЗЗДиск в чл. 24 използва глагола "насърчавам", описвайки задължението на работодателя.

В чл. 24 ЗЗДиск заедно са регламентирани насърчителните мерки спрямо лица, принадлежащи към по-слабо представения пол или етни-

⁵ Сравнителноправен анализ на законодателството и съдебната практика относно утвърждаващите мерки в САЩ, Индия и Европейския съюз вж. Гинсбург, Р. Б., Мерит, Д. Дж. Утвърждаващи мерки (affirmative action): международен диалог за правата на човека. – В: Правата на човека, бр. 1, с. 7-22, както и Faundez, J. Affirmative action: International Perspectives. Geneva, ILO, 1994.

чески групи в предприятието. Нормата е насочена към гарантиране и реално практическо прилагане на принципа за равнопоставеност, както и изключване на неравното третиране на физическите лица на основата на два дискриминационни признака – пол и етническа принадлежност. Нейното приложно поле е свързано с елиминирането на някои възможни проявни форми на полова и етническа дискриминация. В ал. 1 на чл. 24 е посочено юридическото задължение на работодателя да предприема наследчителни мерки за гарантиране на равните възможности на двета пола или на представители на различни етнически групи при постъпването на работа, т.е. при учредяване на индивидуалното трудово правоотношение. Втората алинея е посветена на наследчителните мерки, които трябва да предприеме работодателят във връзка с професионалното развитие и участието в трудовата дейност на работници или служители, принадлежащи към по-слабо представения пол или етническа група. Нормите в двете алинеи на чл. 24 се отнасят към различни етапи от съществуването на индивидуалното трудово правоотношение. В следващите редове ще бъдат разгледани отделни аспекти на наследчителните мерки като елемент от цялостната материалноправна защита срещу полова и етническа дискриминация.

III. 1. Единият аспект на наследчителните мерки в разпоредбата на чл. 24 ЗЗДиск се свързва с въпроса за т. нар. **джендър-подход** и борбата с джендър-различията при упражняване на правото на труд. В английския език думата gender има различни значения – род, пол, вид, сорт, порода, разновидност, тип⁶. В много случаи тя се използва в словосъчетание с други думи или изрази под формата на фразеологизъм. Тази дума все повече навлиза в българския език като чуждица и неологизъм, тъй като е трудно да се намери точен превод, отразяващ цялото ѝ смислово значение. В българската лексика се използват фразите "равни възможности на жените и мъжете", "равнопоставеност на половете" и "социален пол" като равностойни по смислово значение на английската дума "джендър"⁷. Фразите често са разширени и с други думи в зависимост от контекста и предназначението, за което се използват – "проблеми, свързани с...", "подходи за реализация...", "гарантиране на...", както и в негативен план – "недопускане

⁶ Вж. **Английско-български речник**. Авт. колектив. Отг. ред. Сн. Боянова. III изд. изд. Gaberoff – ЕООД, В. Търново, 2003, с. 459. Вж. и **Абукирова, Н. И.** Что такое "гендер"? – В: Общественные науки и современность, 1996, бр. 6, с. 123-125. В настоящата статия английската дума "джендър" и съответстващите ѝ български изрази, равностойни от езиково гледище, се използват едновременно, с цел избегване на повторения и намиране на най-подходящия за случая езиков изказ.

⁷ Вж. така **Стоянова, К., Кирова, А.** Концептуална рамка за равнопоставеност на жените в България. Фондация "Центрър за изследвания и политики за жените", С., 2004, с. 6-10.

на неравенство във възможностите", "нарушен баланс между..." и други подобни.

Въпреки конституционно и законово гарантирани равни права на мъжете и жените, практическото реализиране на принципа за равенство на половете в редица области на българския обществено-политически и икономически живот е затруднено. Анализът на статистическите данни на Националния статистически институт и Агенцията по заетостта, както и изводите от социологически проучвания, очертават редица актуални проблеми при прилагането на равни възможности за двета пола. За цялостното изясняване на проблема има затруднения поради това, че чрез статистическите методи е необходимо статусът на жените да се сравни с този на мъжете. За целта трябва всички статистически данни да се събират по пол (който е само биологическа идентификация) и да се обработват по джендър-принцип (изясняване и измерване на социалната позиция на двета пола) чрез въвеждането на специфични джендър-индикатори.

Въпреки че в българското законодателство отдавна е възприет принципът на равните възможности на половете и на недискриминация на основата на признака "пол", в практиката се срещат случаи на пряка и непряка дискриминация, предимно на жени, в трудовите отношения, социалните осигуровки и достъпа до икономическите ресурси⁸. Дълго време тези случаи не можеха да получат санкцията на закона, а пострадалите от актове на дискриминация трудно, да не кажем – невъзможно, можеха да се защитят. Поради липсата на специални разпоредби и механизъм за равни права и възможности на жените и мъжете, включително институционален, в много случаи на непряка дискриминация тя дори не беше възможно да се идентифицира. Наличието на нормата на чл. 8, ал. 3 КТ и легалната дефиниция на термина "непряка дискриминация" в § 1, т. 7 ДР КТ не бяха достатъчна нормативна база за ефективно правоприлагане и адекватна съдебна защита срещу различни актове на полова дискриминация. Засегнатото лице практически не разполагаше със самостоятелен иск, който да предяви пред съда и да получи реална защита. Фактът, че липсва съдебна практика на случаи на дискриминация по отношение на пола, сам по себе си е показателен, че няма ефективни норми, на които пострадалите от дискриминация да могат да се позоват, липсват и съответните нагласи у правоприлагашите органи по проблема. Българският съд се нуждаеше именно от по-конкретни правни норми и механизми, за да осигури защитата по закон⁹.

⁸ Вж. Правни норми за защита правата на жените. Съвет на Европа, Регионален информационен център – Велико Търново, 2000, с. 43.

⁹ Такива констатации откриваме и по отношение на борбата срещу дискриминацията и в Русия – "независимо от големия брой норми, забраняващи дискриминаци-

В Заключителните коментари и препоръки на Комитета на ООН за премахване на дискриминацията по отношение на жените към българското правителство от февруари 1998 г. се подчертава следното: "Комитетът отбелязва с беспокойство, че българското правителство очевидно не разбира правилно смисъла на чл. 4 от Конвенцията на ООН за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените от 1979 г. Съгласно конвенцията специални временни или настърчителни мерки означава изработването на програми, които да дават предимство на жените пред мъжете. Те изискват накърняване на принципа на формалното равенство за определен период от време, за да се постигне равнопоставеност *de facto* в дългосочен план... Комитетът настоятелно препоръчва да се приемат временни специални мерки в съответствие с чл. 4, ал. 1 от конвенцията във всички области, където това е необходимо и най-вече в областта на заетостта, за да се ускори постигането на равенство *de facto* на жените в България".

За изпълнение на Директивата на Европейската комисия за инкорпориране на равните възможности на мъжете и жените във всяка политика и дейност на ЕС и създаване на Национален механизъм за осигуряване равнопоставеността на половете през юли 2000 г. се приема ПМС № 155 от 2000 г.¹⁰, с което се правят изменения и допълнения в Устройствения правилник на МТСП¹¹. С промените на министъра на труда и социалната политика се възлагат функциите да разработва, организира, координира и контролира осъществяването на държавната политика в областта по прилагане равните възможности за жените и мъжете в трудовата дейност (чл. 3, ал. 1, *in fine*), както и да предлага, организира и координира самостоятелно или с други ведомства програми и проекти в посочената област (чл. 5, т. 6, б. "ж"). Дирекция "Европейска интеграция, международни отношения и международни програми" от специализираната администрация на МТСП също има правомощия при провеждането на държавната политика в тази област (чл. 26, т. 5, б. "в"). Компетентността на министъра и функциите на административната структура в МТСП в областта на равните възможности за жените и мъжете в трудовата и социалната сфера се посочват, за да се подчертава волята и желанието на държавните институции

ята, не съществува реален механизъм за тяхната реализация, като в частност няма предвидени конкретни санкции за нарушаване на съществуващите правни предписания". Вж. така Доклад о соблюдении прав женщин в Российской Федерации. Сб. докладов о положении с правами человека в РФ за 1999 г. М., 2000, с. 239.

¹⁰ Обн., ДВ, бр. 65 от 2000 г., в сила със задна дата от 1 април 2000 г. – вж. § 5 ПЗР.

¹¹ Приет с ПМС № 213 от 1999 г. (обн., ДВ, бр. 104 от 1999 г.). Към днешна дата вече отменен поради приемане на нов правилник.

да направят първата крачка за инкорпориране на европейската философия и принципите на джендър-подхода във вътрешното законодателство на България. По същество това е началото на институционализирането на джендър-проблематиката у нас¹².

През есента на 2000 г. към МТСП беше сформирана работна група на широка обществено-правителствена основа, чиято задача беше да подготви проект на Закон за равните възможности за мъжете и жените, част от който регламентира и институцията "омбудсман по равните възможности на половете"¹³. За гарантиране на равните възможности и решаването на джендър-проблемите в обществото работят и синдикални организации, работодателски организации, гражданска сдружения, фондации и други неправителствени организации¹⁴.

В сега действащия Устройствен правилник на МТСП, приет с ПМС № 260 от 2002 г. (обн., ДВ, бр. 108 от 2002 г.), компетентната структура в специализираната администрация на МТСП е дирекция "Политика на пазара на труда", която разработва и координира провеждането на държавната политика в областта на защитата на националния трудов пазар, професионалното обучение на работната сила, равните възможности за жените и мъжете и за неравнопоставените групи в трудовата сфера (чл. 29, т. 1). Създаден е и специализиран отдел "Мониторинг, изследване и оценка на пазара на труда", който заедно с дирекция "Планиране, анализи и прогнози" са аналитични звена за изследване на статистическа информация, като целта е създаване и наблюдение на джендър-индикатори, чрез които да се отчита равното третиране на двата пола¹⁵.

¹² С § 2 ПМС № 221 от 2001 г. (обн., ДВ, бр. 87 от 2001 г.) в цитирания Устройствен правилник на МТСП се направиха промени в структурата на специализираната администрация на МТСП (вж. новите редакции на чл. 26, т. 3, б. "р" и т. 6, б. "а"). Правомощията при провеждане на държавната политика в областта на равните възможности за жените и мъжете в трудовата и социалната сфера се преразпределят между други две дирекции – "Политика на пазара на труда" и "Предприсъединителни фондове и международни програми и проекти".

¹³ Относно законодателните идеи в тази насока вж. Тишева, Г. Законодателството за равните възможности на жените и мъжете: тенденции и перспективи. – В: Правна мисъл, 2002, бр. 3, с. 92-105.

¹⁴ За различните институции за равнопоставеност на мъжете и жените в ЕС, в държавите-членки и в някои други държави вж. Жените в Европа. Наръчник. Фондация "Центрър за изследвания и политики за жените", Фондация "Джендър проект в България" и Изд. къща "Тип-топ прес" ООД, С., 2004, с. 26-44.

¹⁵ Основна задача на аналитичния отдел е наблюдение и отчитане на резултатите по прилагането и изпълнението на политиката по равните възможности за мъжете и жените в областта на: заетостта и нейната структура по пол; трудова и професионална реализация на мъжете и жените; професионална квалификация и възмож-

С ПМС № 171 от 2002 г. е създаден координационен съвет по Националния план за икономическо развитие към Министерския съвет. МТСП съвместно с други министерства и организации започна разработването на Оперативна програма за развитие на човешките ресурси. Във връзка със стратегическата визия за развитие на човешките ресурси са предвидени шест програми, между които и Програма № 4, включваща укрепване на политиката за равни възможности – разширяване на условията и обществените гаранции за участието на жените и на мъжете в развитието на обществото чрез осигуряване на равен достъп до обучение, до пазара на труда, при вземането на политически решения и т.н. Цели се също така да бъдат създадени условия за предотвратяване на праята и непряката дискриминация, основана на полов признак.

2. В редица актове на ЕС се отбележава, че въпросът за равенството между жените и мъжете представлява задължителен елемент от присъединителната стратегия на страните, кандидатки за членство¹⁶. Изработването на политика и създаването на институционален механизъм за равни възможности на двата пола е условие за присъединяване на страната ни към ЕС, залегнало в чл. 3 от Договора от Амстердам, който предвижда провеждане на единна политика за елиминиране на неравенството и за подкрепа на равнопоставеността между мъжете и жените. Това намира развитие и в директивите на ЕС. В този смисъл е и решението на Съвета на министрите от 20 декември 2000 г. за създаване на програма за "Рамкова стратегия на Общността по въпросите за равенство между половете (2001 – 2005)". Съгласно чл. 10 от него програмата е отворена и за страните – кандидатки за членство в ЕС. На 20 септември 2002 г. Република България подписа Меморандум за разбирателство с Европейската общност за участие в програмата, а законът за неговата ратификация е приет в края на 2002 г. (обн., ДВ, бр. 120 от 2002 г.)¹⁷. В изпълнение стратегията за равенство между половете Европейската комисия препоръчва интегрирането на тази цел във всички политики, които имат пряко или непряко отражение върху живота на мъжете и жените. При изработването и изпълнение-

ности за професионално развитие; трудовоправни отношения; равното заплащане на труда; прояви на скрита или явна дискриминация по пол.

¹⁶ За компонентите на тази стратегия в областа на трудовото и осигурителното право и конкретните правно-политически мерки за изпълнението ѝ вж. **Минков, Ж.** За въвеждане на европейските социални норми в българското законодателство и практика. – В: Международни отношения, 2001, бр. 4, с. 35-42.

¹⁷ На същата дата Република България подписа и Меморандума за разбирателство с Европейската общност за участие в "Програма за действие на Европейската общност за борба с дискриминацията", като ратификационният закон е приет през януари 2003 г. и обн., ДВ, бр. 10 от 2003 г.

то им трябва да се зачитат еднакво проблемите, нуждите и вижданията на мъжете и жените, т.е. да се внедри т.нар. джендър-мейнстрийминг – подход, възприет от комисията през февруари 1996 г. Този подход интегрира в себе си, от една страна, специфични позитивни мерки за подпомагане на жените, а от друга страна – мобилизиране на всички общи политики и мерки за постигане на равенство чрез отчитане на ефекта им върху мъжете и жените поотделно.

В Редовния доклад за напредъка на България в процеса на присъединяване за 2001 г. е посочено, че "голяма част от *acquis* в областта на равното третиране на жените и мъжете не е транспортирана и фактът, че това транспортиране се извършва твърде бавно, представлява основание за загриженост. Не се отбелязва напредък в областта на приемането на подробно и ефективно антидискриминационно законодателство. Необходими са още усилия, за да се осигури съответствие с *acquis* в областта на недискриминацията, съгласно чл. 13 от ДЕО". Комисията на Европейските общности в следващия редовен доклад за България за 2002 г., във връзка с констатациите по глава 13 от преговорния процес – "Социална политика и заетост", отново подчертава, че не е отбелязан напредък в областта на приемане на рамково законодателство в областта на равното третиране на мъжете и жените. Също така не е отбелязан никакъв напредък в приемането на общото антидискриминационно законодателство, въпреки че приетият Закон за настърчаване на заетостта съдържа разпоредби за недискриминация. "Сближаването с достиженията на правото на ЕС (*acquis*) в социалната сфера продължава, но малко е постигнато във връзка с приемането на законодателство в областта на равното третиране на мъжете и жените и забрана на дискриминацията. България следва да съсредоточи допълнителни усилия върху продължаване на въвеждането на правото на ЕС, особено в областите на антидискриминацията и равните възможности на мъжете и жените в трудовото право и условията на труд"¹⁸.

За състоянието на джендър-проблема в българското общество и за неравнопоставеността между половете в сферата на труда, до голяма степен дължащо се и на дискриминационни практики, могат да се направят

¹⁸ Подобни констатации се съдържат и във връзка с политическите критерии за членство и по-специално относно напредъка в сферата на икономическите, социалните и културните права: "България следва да обърне по-голямо внимание на борбата с дискриминацията, основаваша се на пол, расов или етнически произход, религия или убеждения, инвалидност, възраст или полова ориентация. Достиженията на правото на ЕС в тази област не са въведени и следва да се обърне внимание на правилното прилагане на съществуващото антидискриминационно законодателство. Все още няма изчерпателен антидискриминационен закон или специализиран антидискриминационен орган за прилагането на такъв закон".

изводи и от официалните статистически данни за заетостта. През януари – септември 2001 г. извън работната сила във възрастовата граница между 25 – 49 години са около 458,9 хиляди души, от които делът на жените е 57,6%. За същия период във възрастовата група между 50 – 64 години броят на лицата извън пазара на труда е около 826,5 хиляди, като делът на жените е 60,2%. Някои иконометрични показатели за тенденциите в развитието на пазара на труда в България през 2002 г. са твърде показателни за наличието на неравенство между мъжете и жените по отношение на участието им в трудовата дейност¹⁹.

Една от основните характеристики на работната сила е нейната структура по пол. През 2002 г. в общата съвкупност на работната сила относителният дял на мъжете е 53,0%. По-ниският относителен дял на жените (47,0%) се дължи на временното им оттегляне от активна икономическа дейност за раждане и отглеждане на деца, както и на по-ранното им пенсиониране поради по-ниската пенсия възраст. Структурата по пол на заетите лица не се различава съществено от тази, отчитана общо за страничленки на ЕС – преобладава относителният дял на мъжете (52,5%). Относителният дял на заетите жени в страната е по-нисък от този на мъжете с 5,0 пункта. По отношение на структурата по пол на безработните лица през 2002 г. в общата съвкупност на регистрираните безработни относителният дял на жените е трайно по-висок от този на мъжете. Съотношението жени – мъже е 52,4:47,6, при 52,1:47,9 за 2001 г. Безработните жени (вкл. самотни майки и майки с деца до 3-годишна възраст) представляват 52,4% от всички безработни. Делът на жените от общия брой на безработните във възрастовата граница над 50 години е 49,0%. В съвкупността на безработните жени делът на тези до 29 години през 2002 г. е 28,9% (с 2,5 пункта повече спрямо 2001 г.), а тези над 50-годишна възраст са 19,9% (с 0,5 пункта повече в сравнение с 2001 г.). През 2002 г. слабо нараства относителният дял на безработните жени – с 0,3 пункта спрямо 2001 г. Относителният дял на жените в цялата група на продължително безработните е 52,8%, като на свой ред по-голяма част от безработните жени са продължително безработни – 51,1%.

С решение № 93 от 16 февруари 2004 г. Министерският съвет прие Национален план за действие по заетостта през 2004 г. Той е разработен на основата на насоките по заетостта на Европейската стратегия за заетост, натрупания опит от плановете за 2001, 2002 и 2003 г.; и препоръките

¹⁹ Източници на информация и данни за пазара на труда, структурата и динамиката на заетостта и безработицата в страната са административната статистика на Агенция по заетостта и Наблюдението на работната сила на Националния статистически институт. Тези два източника покриват едни и същи показатели, но не са идентични, а взаимно се допълват.

и оценките на Съвместния преглед на приоритетите на политиката по заетостта, подписан на 29 октомври 2002 г. В този преглед политиката по заетостта се разглежда в широк аспект, като са идентифицирани няколко групи предизвикателства, между които и "Политика на равни възможности на мъжете и жените"²⁰. Прави се препоръката, че в краткосрочен и средносрочен план редица държавни институции, социалните партньори и неправителствени организации следва да приемат конкретни действия за решаване на горепосочените предизвикателства.

Още в Националния план за действие по заетостта през 2003 г. беше предвидено да се създаде Консултивна комисия за равни възможности към Националния съвет за настъчаване на заетостта към министъра на труда и социалната политика. От началото на 2003 г. Консултивната комисия вече функционира. Тя дава предложения и препоръки при разработване и прилагане на Националния план за действие по заетостта, като може да прави и предложение за приемане на Национален план за равни възможности на мъжете и жените и на неравностойни групи. Създаването на тази консултивна структура е основата за въвеждане и в социалната сфера на джендър-мейнстрийминг-подхода при формиране на политиката за равнопоставеност между мъжете и жените, както и на някои неравностойни социални групи на пазара на труда.

Наблюденията върху социалната и икономическата обстановка в страната показват, че много социални групи и отделни лица срещат трудности при придобиването на подходящи умения и при достъпа до и задържане на пазара на труда. Това може да увеличи риска от изключването им. Необходим е единен комплекс от мерки за настъчаване на социалното включване чрез подпомагане интеграцията на неравностойни групи на пазара на труда и повишаване на тяхната заетост. Специалисти от различни научни области посочват, че трябва да се приемат адекватни мерки за борба с дискриминацията по отношение достъпа до и на пазара на труда на тези групи²¹. В раздел VII на част втора от Националния план за действ-

²⁰ Тази политика включва следните задачи и цели: а) развитие на политики, насочени към преодоляване на неравнопоставеността между жените и мъжете на пазара на труда, особено по отношение на заплащането; б) създаване на подходящи условия за развитие на политика, даваща възможност за съвместяване на работа и семеен живот; в) създаване на законова рамка, предлагаща подходящи механизми за осигуряване на равните възможности между жените и мъжете.

²¹ Вж. в този смисъл **Кирова, Кр.** Социалната защита на безработните жени. – В: Социална защита на основните рискови групи от населението. Авт. кол. Ред. К. Стоянова, Акад. изд. "Проф. Марин Дринов", С., 1995, с. 73-89. За някои въпроси, свързани с приеманите от МОТ международни актове в областта на заетостта и бедността на някои социални групи вж. **Десев, Н.** Адаптира ли се нормотворчеството на

вие по заетостта през 2004 г. – "Насърчаване на интеграцията и борба с дискриминацията на хората с неравностойно положение на пазара на труда", са предвидени мерки и програми, които имат за цел да повишават пригодността за работа на тези хора и възможностите им за реализация на трудовия пазар, както и да се предотврати всяка форма на дискриминация спрямо тях²².

В Националния план за действие по заетостта през 2004 г. изрично се прокламира, че действителна равнопоставеност между мъжете и жените може да бъде постигната чрез въвеждане на "джендър-подход" при разработването на политики в сферата на обществения живот. В раздел VI на част втора – "Равенство между мъжете и жените", са предвидени отговорните институции, мерките, които ще бъдат подгответи за изпълнение, както и необходими средства, източници и финансиране за изпълнение на Насока 16 от Директивите за заетост на Европейската комисия – "Възприемане на джендър-мейнстриминг-подход при прилагане на насоките по отношение на 4-те стълба"²³. На свой ред в Насока 17 от Директивите за заетост на Европейската комисия – борба с джендър-различията, се отбелязва, че: "Правителството и социалните партньори следва да обърнат внимание на диспропорцията в представянето на жените или мъжете в определени икономически сектори и професии, както и на подобряването на възможностите за развитие на кариерата при жените"²⁴.

МОТ към феминизацията на бедността. – В: Проблеми на труда, 1995, бр. 7, с. 67-72; **от него:** Нормотворчеството на МОТ по проблемите на заетостта: еволюция и перспективи. – В: Проблеми на труда, 1995, бр. 9, с. 58-66.

²² Въпросната политика за настърчаване на интеграцията и борба с дискриминацията е адресирана към следните социални групи: дълготрайно безработни лица; лица с трайно намалена работоспособност; младежи, завършили степен на образование без професионална квалификация; жени, деквалифицирани след продължително отсъствие от пазара на труда поради отглеждане на деца; лица без или с ниска степен на образование и професионална квалификация и недостатъчна мотивация за обучение и заетост (в т.ч. от малцинствени етнически групи); безработни лица, изтърпели ефективно наказание "лишаване от свобода"; безработни лица в предпенсионна възраст; безработни жени, обект на трафик.

²³ Основите цели, които следва да се постигнат, са: развиване и засилване на системи за консултации с организации за джендър-равенство; използване на процедури за оценка на джендър-въздействието и разработване на индикатори за измерване на напредъка в джендър-равенството във всяка социална област.

²⁴ Във връзка с практическата реализация на Насока 17 са поставени следните цели: намаляване на различията в равнищата на безработица при мъжете и жените чрез активно подпомагане заетостта на жените и достигане балансираното им представяне във всички сектори и професии; разработване на мултицелева стратегия за постигане на джендър-равенство при заплащането в държавния и частния сектор.

Във връзка с дискриминацията на някои етнически групи (ромско и турско малцинство), в т.ч. и в областта на трудовите им права, също имаше критики от страна на европейските институции в хода на преговорите за членство в ЕС. За актуалността на проблема е твърде показателен фактът, че при преброяването на населението в страната, проведено през 2001 г., въз основа на признака "етническа принадлежност" 4,6% от населението се самоопределят като роми, а 9,4% като лица от турски произход. При анализа на проблема не трябва да се забравя, че Република България е страна по Рамковата конвенция за защита на националните малцинства на Съвета на Европа и е поела съответните юридически задължения в тази насока²⁵.

В Редовния доклад за напредъка на България в процеса на присъединяване за 2001 г. комисията установява, че "ромското население продължава да е обект на широко разпространена социална дискриминация. Ангажиментите на правителството да облекчи неговите проблеми засега не са подкрепени от конкретни действия". В следващия доклад за 2002 г., в раздела за права и защита на малцинствата, Европейската комисия отбелязва, че "в България има добра рамкова програма за интеграция на малцинствата, насочена към ромите, но за съжаление обаче тя все още не се прилага на практика. Съществува малка промяна в положението на ромското малцинство и няма значително развитие в тяхното социално-икономическо положение и техните условия на живот и трудова дейност. Ромите продължават да изпитват социална неравнопоставеност, дължаща се на дълго натрупване на фактори. Продължават да бъдат отчитани дискриминация и случаи на насилие сред членове на ромската общност". Като обща оценка във връзка с изпълнение на поетите ангажименти за покриване на някои от политическите критерии и тези по глава 13 "Социална политика и заетост", комисията прави специалната препоръка, че "що се отнася до ромската общност, малко е направено за разрешаване на проблемите на социалната дискриминация и за приемане на конкретни действия за подобряване на лошите условия на живот и трудова дейност. Тази ситуация се нуждае от спешно разглеждане. Приемането на законодателство, забраняващо дискриминацията, би било важна стъпка напред". По отношение на турското малцинство в доклада е посочено, че то "е ин-

²⁵ Конвенцията е подписана на 9 октомври 1997 г. в Страсбург. Ратифицирана е със закон от 18 февруари 1999 г. (обр., ДВ, бр. 18 от 1999 г.) и обр., ДВ, бр. 78 от 1999 г. Към разглежданата материя значение има чл. 4, забраняващ всякаква дискриминация, основана на принадлежност към национално малцинство, и предвиждащ подходящи мерки за утвърждаване във всички области на икономическия, социалния и политическия живот на пълно и ефективно равенство между лицата, принадлежащи към национални малцинства, и тези от мнозинството.

тегрирано в политическия живот чрез избрано представителство на национално и местно ниво и увеличено представяне в публичната администрация. Допълнителни условия все още са необходими за социално-икономическата интеграция на етническите турци, които живеят в икономически слабо развити райони"²⁶.

IV. Необходим елемент от едно добро законодателство за равни възможности на жените и мъжете в сферата на трудовите отношения е ясното определяне не само на характера на специалната закрила в полза на жените (чл. 7, ал. 1, т. 7 и чл. 12, ал. 3 ЗЗДиск), но и предвиждането на т.нар. насърчителни мерки. За първи път в нашето законодателство в посочените текстове от ЗЗДиск се третира въпросът за характера на установената със закон специална закрила в полза на жените поради бременност, майчинство и отглеждане на дете. В чл. 7, ал. 1, т. 7 ЗЗДиск изрично е ясно е предвидено, че тази закрила не представлява дискриминация. Гекстът на нормата е в съответствие с чл. 4, т. 2 от конвенцията за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените, както и с чл. 2, т. 3 от Директива 76/207/ЕС. В българското право все още господства разбирането, че специалните трудовоправни мерки за закрила в полза на жените за защита на техните репродуктивни функции и на майчинството се считат за достатъчен критерий за равно третиране. Тази концепция пречи на разбирането за равенството на жените и мъжете, а по-нататък и за насърчителните мерки, които са основополагащи за достигане на реално равенство. Издигната в конституционен принцип (чл. 14 и 47, ал. 2 КРБ) и проведена в трудовото право, специалната закрила се идентифицира с равното третиране на жените до степен, която подхранва господстващите отрицателни стереотипи за ролята на жените и мъжете в обществото. Тази закрила, която не се преразглежда критично на определени периоди от време, често има обратен ефект върху икономическата активност и ролята на жените в обществения живот изобщо²⁷.

²⁶ В тази връзка в литературата са изказани опасения, че т.нар. позитивно действие на държавата чрез нормиране и прилагане на утвърждаващи мерки, насочени към компенсиране на неравенството в миналото, могат на практика да доведат до т.нар. обратна дискриминация. Поради ноторни геополитически фактори националните малцинства съставляват регионални мнозинства в определени части на България, поради което някои антидискриминационни мерки, напълно оправдани в национален мащаб, се превръщат в привилегии на регионални мнозинства, които също водят до обратна дискриминация, основана на етнически признак. Така Танчев, Е. Равенството – конституционни измерения и съобразяване с Хартата за основните права в Европейския съюз и Директива 2000/43. – В: Правата на човека, 2001, бр. 1, с. 26-27.

²⁷ Вж. в този смисъл Към равнопоставеност на половете. Утвърждаване на равенството между половете в основния поток на обществения живот. Информацио-

Предимството на ЗЗДиск в тази насока е ясното разграничаване на специалните мерки за закрила от насищителните мерки чрез регламентацията на последните в самостоятелен чл. 24 от закона. Разбирането на същността на насищителните мерки (*affirmative action*) е от решаващо значение за разграничаване на принципа на равното третиране на двета пола от този на формалното равенство.

Като задължава държавите да приемат незабавно всички необходими мерки за премахване на дискриминацията по отношение на жените както в публичната, така и в частната сфера, конвенцията на ООН за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените предвижда в чл. 4 задължение на държавите да прилагат насищителни мерки като временни специални мерки за ускоряване постигането на равенство *de facto* между мъжете и жените. Признаването на този принцип, който е основополагащ за защита на правото на свобода от дискриминация, и прилагането му на практика представлява гаранция за ефективна защита срещу дискриминация. Насищителните мерки не представляват дискриминация, дори напротив – защитават срещу дискриминация и създават предпоставки за премахването ѝ в дългосрочен план²⁸.

Насищителните мерки не са изрично уредени в Конвенция № 111 на МОТ относно дискриминацията в областта на труда и професиите от 1958 г. Въпреки това може да се твърди, че Конвенция № 111 предвижда и насищава модерното понятие за положителни (позитивни) задължения. В своя чл. 2 Конвенция № 111 изисква държавите-членки да "изработят и прилагат национална политика, която цели чрез методи, съответстващи на националните особености и обичаи, да поощрява равенството на възможностите и в третирането в областта на труда и професиите, за да се премахне всякаква дискриминация в тази област". Заслужава да се отбележи и чл. 5 от същата конвенция, в който за първи път се признава, че специалните мерки за защита и подпомагане, предвидени в други конвенции и препоръки на МОТ, не представляват дискриминация. Това дава възможност на държавите, които са ратифицирали конвенцията, да из-

нен център на Съвета на Европа – София, 2001; Законодателство и политика на равнопоставеност на половете на дневния ред на българския парламент през 2001-2002 г. Фондация "Български джендър изследвания", С., 2002, с. 23.

²⁸ За джендър-проблема в световен мащаб и връзката му с глобалното развитие вж. аналитичното изследване на Световната банка Гендерные проблемы и развитие. Стимулирование развития через гендерное равенство в правах, в доступности ресурсов и возможности выражать свои интересы. Перев.: Волков Л. Н., Кудашева Н. А., Оскалкова О. Б., Первушин А. С., Тертышникова Т. А., ориг. англ., изд. Весь мир, М., 2003.

ползват свободно специални или насърчителни мерки²⁹. Логиката на това разбиране е, че само законовата забрана на дискриминацията не е достатъчна гаранция, за да изчезне негативното явление. Принципите и задачите, които се поставят в Конвенция № 111, са формулирани широко и според тях премахването на дискриминацията не следва да се разбира просто като негативно задължение на държавата. Тенденцията е понятието за дискриминация да се префокусира, както и да се допълни с новопоявяващи се основания по начин, който да подчертава отговорността на правителствата и отделните индивиди за позитивни действия за ликвидиране на фактическата дискриминация.

Контролните органи на МОТ в своите общи обзори и в обзорите на отделни аспекти на дискриминацията в заетостта (1996 и 1998 г.) са заявили позицията си относно някои аспекти на понятието за насърчителни мерки. Комитетът на независимите експерти счита, че насърчителните мерки трябва да целят възстановяването на баланса и да са пропорционални на природата и обсега на защитата, необходима за определена социална група. Веднъж предприети, насърчителните мерки следва периодично да бъдат преоценявани, за да се установи необходимостта им или дали все още са ефективни.

Правото на ЕС също има положително отношение към насърчителните мерки. Показателен в тази насока е чл. 141 от Римския договор, който урежда приемането на насърчителни мерки по отношение на пола, който не е достатъчно представен в определена професия, както и компенсиране на по-неблагоприятно положение в професионалната кариера, когато то е свързано с пола. "... Принципът на равно третиране не е пречка всяка държава членка да запази или да приеме мерки, предвиждащи специфични предимства, с цел да улесни недостатъчно представения пол при осъществяване на съответната професионална дейност или да предотврати, или да компенсира създадените пречки при съответни професии..." (вж. чл. 141, т. 4). В тази посока са и разпоредбите на Директива 76/207/ЕС, като чл. 2, т. 2 постановява, че не представляват нарушение на принципа за равно третиране "... мерките за насърчаване на равенството във възможностите за мъжете и жените, в частност чрез премахване на съществуващото неравенство, което се отразява на възможностите на жените..." В Преамбула на Директива 75/117/ЕС е подчертан като принцип на ЕС "... приоритетният характер на действията в полза на жените относно достъпа до трудова заетост, професионална квалификация и израстване, както и условията на труд, включително заплащане..." В много европейски законодателства насърчителните мерки като част от решаването на проблем-

²⁹ Вж. така **Маркова, Пл.** Равенството в нормотворческата практика на Международната организация на труда. – В: Правата на човека, 2001, бр. 1, с. 38-39.

ма за джендър-различията имат законодателна уредба. Заслужава да се споменат нормите на § 1 от Закона за равния статус на Норвегия, който наред с целта за насищаване на равния статус посочва като особена цел подобряване положението на жените в трудовите отношения и чл. 1 от Закона за равенство между мъжете и жените на Швеция, където предимство се дава на целта да се подобри положението на жените в сферата на труда.

В България съществува конституционна основа, която дава основание за възприемане на принципа на насищителните мерки. В решение № 14 от 10 ноември 1992 г. по конст. дело № 14 от 1992 г. на Конституционния съд по искане на президента на републиката за тълкуване на чл. 6 от Конституцията (обн., ДВ, бр. 93 от 1992 г.) е посочено, че чл. 6 от Конституцията закрепва равенството на гражданите пред закона, но в същото време подчертава, че "от някои изрично посочени в Конституцията случаи е видно, че ограничения на правата и предоставяне на привилегии на определени социални групи е допустимо според Конституцията. Трябва обаче да се подчертава, че във всички тези случаи се касае за обществено необходими ограничения на правата или предоставяне на привилегии на определени групи граждани при запазване приоритета на принципа за равенство на всички граждани пред закона. Точното и изчерпателно посочване на социалните признания, които са основание за недопускане ограничения на правата и за предоставяне на привилегии, е гаранция срещу необосновано разширяване на основанията за допускане на ограничения на правата на гражданите или на привилегии".

Поначало привилегиите, а такива по правна същност са и насищителните мерки спрямо определени на базата на някакъв признак категории физически лица, са нарушения на принципа на равноправието. Етимологически думата "привилегия" идва от латинския израз *privus legis*, т.е. извън правото. Затова в една правова и демократична държава те трябва да се смятат предварително изключени. Но в някои случаи насищителните мерки и мерките за специална закрила са израз на един друг принцип на съвременната държавата – нейния характер на социална държава (вж. абз. 5 *in fine* от преамбула на КРБ)³⁰.

В мотивите на същото решение на Конституционния съд е отбелязано, че "в определени случаи привилегиите, които Конституцията допуска, са обществено необходими и социално оправдани. Те се създават за прео-

³⁰ За същността на социалната държава вж. **Танчев, Е.** Проблеми на социалната държава в модерния конституционализъм. – В: Правна мисъл, 1994, бр. 2, с. 3-13; от него: Въведение в конституционното право. Част първа. Сиби, С., 2003, с. 321-342; **Мръчков, В.** Въздействие на новата конституция върху трудовото право. – В: Съвременно право, 1998, бр. 3, с. 54.

доляване на съществуващо неравенство с цел да се стигне до желаното постулирано равенство. Такава е например предвидената в чл. 47, ал. 2 и 4, чл. 48, ал. 2 и чл. 51, ал. 3 КРБ особена закрила на държавата и обществото за жената майка, за децата, останали без грижата на близките си, за старите хора, които нямат близки и не могат да се издържат от своето имущество, както и за лицата с физически и психически увреждания. Привилегиите, които се предоставят на тези граждани, са компенсаторни блага с оглед неизгодното социално положение, в което са изпаднали". Това важи особено за наследчителните мерки, изрично посочени от Конституцията, по отношение реализацията на конституционното право на труд на гражданите от тези социални групи: чл. 47, ал. 2 – облекчаване на труда на жената майка и чл. 48, ал. 2 – създаване на условия за осъществяване на правото на труд на лицата с увреждания³¹. Не случайно се цитираха подробно откъси от мотивите на това решение на Конституционния съд, защото то е основополагащо в разглежданата материя и представлява много добра основа за разбиране и приемане от страна на законодателя на принципа на наследчителните мерки³².

До приемането на ЗЗДиск в българското законодателство принципът за наследчителните мерки не беше напълно възприет, както и няма примери за конкретното му прилагане в областта на равенството между половете. Дори сравнително новият ЗНЗает не съдържа подобни разпоредби, макар той формално да идентифицира уязвими групи жени (чл. 53), които биха могли да се ползват от наследчителни мерки. Със ЗЗДиск се провеждаха в българското право директиви 75/117/EИО, 76/207/EИО и 78/2000/ЕС, които са основни средства за установяване на равнопоставеност между мъжете и жените в трудовата и социалната сфера, както и за премахване на всички форми на дискриминация по признак "пол"³³. Директива 43/2000/ЕС е посветена на прилагането на принципа за равно третиране на лица, независимо от расовия или етническия им произход и на борбата с дискриминацията на основата на тези признания. Възприемането на принципа на наследчителните мерки в ЗЗДиск като едно от правните средства за постигане на

³¹ Конституционноправен анализ на тези разпоредби вж. у Стойчев, Ст. Конституционно право. 5-то доп. изд. Сиела, С., 2002, с. 263-266.

³² Вж. в този смисъл, както и анализ на други решения на Конституционния съд по чл. 6 КРБ. Гочев, Д. Равенството пред закона и практиката на Конституционния съд. – В: Правата на човека, 2001, бр. 1, с. 49-51.

³³ За европейската политика за елиминиране на неравенството и за подкрепа на равнопоставеността между мъжете и жените вж. Кънdeva, Em. Европейският принцип за еднакво третиране на мъже и жени в осигурителното законодателство и решенията на Европейския съд по прилагането му. – В: Административно правосъдие, 1998, бр. 4, с. 17-33.

равни възможности на двета пола в областта на трудовите отношения ще допринесе за по-добро разбиране и провеждане на тези мерки и в други области на обществения живот. Следва да се подчертава изрично, че насърчителните мерки могат да се прилагат и спрямо мъжете, и особено при насърчаване от държавата на отпуска за башинство³⁴.

V. В чл. 24, ал. 1 ЗЗДиск е нормирана насърчителна мярка за равните възможности на жените и мъжете и на представители на различни етнически групи, отнасяща се до началния етап на трудовото правоотношение – неговото възникване. Крайната правна цел, която се преследва, е **създаване на хетерогенен трудов колектив**, съставен от работници и служители, принадлежащи към различни полове и етнически групи. Работодателят е длъжен при наемане на определена длъжност да насърчава да кандидатстват лица, принадлежащи към по-слабо представения пол или етническа група. Във финала на чл. 24, ал. 1 абсолютно излишно законодателят използва два идентични в смислове отношение израза: "за извършване на определена работа" и "за заемане на определена длъжност". Изрично посоченият носител на юридическото задължение – работодателят и систематическото място на нормата недвусмислено показват, че тя е относима към уредбата на трудовото правоотношение. "Извършване на определена работа" е синонимен израз на "изпълнение на работата, за която се е уговорил" работникът при сключване на трудовия договор (вж. чл. 124 КТ), а това е всъщност определена длъжност, характер на работата (вж. чл. 66, ал. 1, т. 2 КТ) или трудова функция. Ненужното повторение може да породи противоречиви тълкувания и проблеми в практиката. Това трябва да бъде избегнато чрез законодателна промяна на нормата.

Адресат на юридическото задължение за изпълнение на насърчителната мярка е работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение, който предлага на пазара на труда свободна длъжност (трудова функция) и впоследствие ще се ползва от наетата и престирана работна сила. За да изпълни в цялост възложеното му задължение, конкретният работодател трябва да направи **количествена оценка на нормата на представителство** на лицата от всеки пол спрямо общия числен състав на заетите в неговото предприятие работници и служители³⁵. Ако трудовият колектив в предприятието е съставен от лица, принадлежащи към

³⁴ Това са отпуските по КТ: чл. 164, ал. 3 – платен отпуск за отглеждане на дете до двегодишна възраст; чл. 165, ал. 1, изр. II – неплатен отпуск за отглеждане на дете до двегодишна възраст; чл. 167, ал. 1 – платен отпуск при смърт или тежко заболяване на майката (осиновителката) на дете до 2-годишна възраст.

³⁵ Според Закона за равното третиране на Кралство Холандия от 1994 г. работодателят има задължение да провежда етнически мониторинг (наблюдение на етническия профил на наетите от него лица) и да изгответя планове за пропорционално

различни етноси, подобна оценка следва да се направи и за нормата на представителство на всеки етнос, и то особено тогава, когато за свободната длъжност кандидатства лице, спрямо което е налице признакът етническа принадлежност. Насърчителната мярка при наемане на работа, свързана със забраната за дискриминация на основата на етническа принадлежност, има особено значение тогава, когато кандидатства лице, принадлежащо към етнос, представляващ признат от Република България малцинство. Практически това е приложното поле на тази насърчителна мярка относно лицата, спрямо които е налице признакът "етническа принадлежност". Ако трудовият колектив до момента на обявяване на свободната длъжност е съставен от лица, принадлежащи към само една етническа група, и се яви кандидат, представител на друга етническа група, работодателят трябва да положи особени усилия за изпълнение на законовото си задължение и да се въздържа от всякакви действия, целящи запазването на хомогенността на трудовия колектив на основата на етническата принадлежност на неговите членове. Това важи и за аналогичната ситуация по отношение на признака "пол".

Необходимостта от въпросната оценка произтича от законовото условие на нормата, словесно изразено с думите "когато това е необходимо за постигане целите на този закон". Юридическото задължение на работодателя по чл. 24, ал. 1 е условно. Целите на ЗЗДиск са посочени в целевата правна норма на чл. 2 – да се осигури на всяко физическо лице правото на равенство пред закона, равенство в третирането и във възможностите за участие в обществения живот и ефективна защита срещу дискриминация. Правейки оценка за нормата на представителството на двата пола или етнически групи в предприятието, работодателят трябва да съпостави своите изводи с поставените от закона цели. Ако към момента на обявяване на свободна длъжност е налице диспропорция (дисбаланс) в представителството на двата пола или етнически групи и се яви кандидат, отговарящ на посочените в нормата условия, следва, че е налице необходимост от постигане на целите на антидискриминационния закон. В тази ситуация по отношение на конкретното предприятие, поради наличието на въпросната диспропорция, се стига до фактическо неравенство във възможностите за участие в обществения живот, и в частност – в трудовия, и ако не се приложи насърчителната мярка, ще се стигне и до неравенство в третирането. Това ще бъде непостигане на целите на ЗЗДиск, а по отношение на работодателя – неизпълнение на юридическото му задължение по

наемане на чужденци или представители на етнически групи. Той има също така задължението ежегодно да информира за това Комисията по въпросите на равенството. Практиката в страната обаче показва, че тази законова разпоредба много често не се спазва.

чл. 24, ал. 1 от този закон. В случая работодателят трябва да приложи на сърчителната мярка спрямо кандидатстващото лице, принадлежащо към по-слабо представения пол или етническа група. Чрез настъчаване на неговото наемане стремежът на работодателя е да намали посочената диспропорция и така да изпълни законовото си задължение.

Възможна е и обратната хипотеза. След обявяването на свободна длъжност се явява кандидат от определен пол или етническа група. Работодателят, след като е направил оценка за нормата на представителство на двата пола или етнически групи в своето предприятие, стига до извода, че към този момент е налице необходимият баланс в представителството на двата пола или етнически групи. С други думи, това означава, че е налице достатъчната и необходима хетерогенност на трудовия колектив. Следователно за момента целите на ЗЗДиск са постигнати и няма необходимост от прилагане на специалната настърчителна мярка по чл. 24, ал. 1. Това означава, че поради липсата на необходимото законово условие работодателят няма и юридическото задължение да прилага настърчителна мярка. В следващия момент ситуацията може да се промени, но това е вече въпрос на нова оценка и преценка за прилагане или неприлагане на настърчителната мярка, ако работодателят отново обяви свободна длъжност.

Задължението "да настърчава", което законът възлага на работодателя, до известна степен има декларативен и препоръчителен характер. Но в правото няма задължения, които да са препоръчителни за изпълнение. Задължението по чл. 24, ал. 1 ЗЗДиск трябва да се разбира в смисъл, че работодателят е длъжен да направи посочената оценка и при наличието на кандидат за обявената свободна длъжност, който принадлежи към по-слабо представения пол или етническа група в предприятието, да не създава пред него никакви пречки в процеса на учредяване на индивидуалното трудово правоотношение. В този процес се включват преддоговорните отношения, представяне на документи от кандидата, провеждане на интервюта, събеседване и други форми на конкурсното начало, сключване на трудовия договор и постъпване на работа. Същото се отнася и тогава, когато трудовото правоотношение възниква от конкурс. Работодателят ще изпълни в цялост посоченото юридическо задължение, когато, виждайки, че кандидатстващо лице с посочената характеристика, направи всичко необходимо да елиминира възможните пречки за това лице при възникването на трудовото правоотношение, които е предвидил или е могъл да предвиди в конкретната ситуация. Такова следва да бъде логическото тълкуване на правната норма, съдържаща се в разпоредбата на чл. 24, ал. 1 ЗЗДиск.

Когато работодателят не е направил оценката за представителството на двата пола или етнически групи в предприятието, неизпълнението на задължението му ще бъде с форма на вина умисъл. Ако обаче е направил

такава оценка, но не е предвидил, въпреки че е могъл, всички възможни и обективни пречки пред кандидата и това е довело до невъзникване на трудово правоотношение, работодателят е извършил нарушение на чл. 24, ал. 1 ЗЗДиск при форма на вината непредпазливост. При условие, че има кандидат, принадлежащ към по-слабо представения пол или етническа група в предприятието, и въпреки това работодателят при наемане на работа насърчи да кандидатства лице, принадлежащо към по-добре представения пол или етническа група, работодателят, целейки да запази хомогенността на трудовия колектив, извършва по същество умишлен акт на открита дискриминация и следва да понесе юридическа отговорност.

(Следва в брой 5/2005)