



## Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ  
М. ВОВЕК  
представено на 5 декември 2017 година<sup>1</sup>

Дело C-451/16

МВ  
срещу  
Secretary of State for Work and Pensions

(Преюдициално запитване, отправено от Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство, Обединено кралство))

„Преюдициално запитване — Равно третиране на мъжете и жените в сферата на социалното осигуряване — Директива 79/7/ЕИО — Отказ да се предостави държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст при навършване на 60-годишна възраст, на трансджендър лице, което се е подложило на операция за джендър промяна от мъж към жена — Условия за признаване на джендър промяна — Условие, свързано със задължение за унищожаване на предходен брак“

### I. Въведение

1. МВ е трансджендър лице, преминало от мъж към жена. От 1974 г. тя има сключен брак с жена. МВ живее като жена от 1991 г. и през 1995 г. се подлага на операция за джендър промяна. През 2008 г. тя навършва 60-годишна възраст — законово установената към момента пенсионна възраст за жени в Обединеното кралство. МВ подава искане за получаване на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст. Искането е отхвърлено, тъй като тя не е преминала през предвидената в закона процедура за признаване на джендър промяна. Поради това тя продължава да се счита за мъж съгласно националното право.

2. МВ решава да не подава искане за джендър признаване съгласно съществуващата в националното право процедура към релевантния за настоящото производство момент. Причината за това е проста: едно от условията за подобно юридическо признаване е да бъде „несемейна“, тъй като по това време в Обединеното кралство бракът между лица от един и същ пол не е разрешен. Това означава, че МВ трябва да поиска унищожаване на брака, а тя и съпругата ѝ не са съгласни с това.

3. Въпросът, поставен от Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство) в контекста на настоящата фактическа обстановка, е ясен: противоречи ли условието лицето да бъде несемейно на залегналата в Директива 79/7/ЕИО<sup>2</sup> забрана за дискриминация, основана на пола, в сферата на социалното осигуряване?

<sup>1</sup> Език на оригиналния текст: английски.

<sup>2</sup> Директива на Съвета от 19 декември 1978 година относно постепенното прилагане на принципа на равното третиране на мъжете и жените в сферата на социалното осигуряване (ОВ L 6, 1979 г., стр. 24; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 1, стр. 192).

4. Фактите и искането по настоящото дело са сходни с тези по решение Richards<sup>3</sup>. Посоченото решение обаче се отнася до *невъзможността* джендър промяната на жалбоподателката да бъде юридически призната. След влизането в сила на Gender Recognition Act 2004 (Закон от 2004 г. за джендър признаване) тази невъзможност отпада. Едновременно с предоставянето на възможност за признаване обаче приемането на Закона от 2004 г. поражда и редица допълнителни въпроси. Прилага ли се Директива 79/7 по отношение на установените в националното право *условия* за признаването на джендър промяната? От кой момент може да се приеме, че трансджендър лице се ползва от закрилата на Директива 79/7? Прилага ли се забраната за дискриминация, основана на пола, между трансджендър и цисджендър лица само когато джендър промяната е юридически призната съгласно националното право?

## II. Правна уредба

### A. Правото на Съюза

5. Съгласно член 4, параграф 1 от Директива 79/7:

„Принципът на равното третиране означава, че не се допуска каквато и да е дискриминация, основана на пола, пряко или косвено, в частност чрез позоваване на брачното или семейното положение, особено що се отнася до:

- обхвата на схемите и условията за достъп до тях,
- задължението за внасяне на осигурителните вноски и изчисляването на вноските,
- изчисляването на обезщетенията, включително и увеличенията, дължими за съпрузи и на издържани лица и условията, които определят продължителността и запазването на правото на обезщетение“.

6. Член 7, параграф 1 от Директива 79/7 предвижда, че:

„Настоящата директива не засяга правото на държавите членки да изключват от приложното ѝ поле:

- а) определянето на пенсионната възраст за старост и прослужено време и евентуалните възможности за други обезщетения;

[...]“.

### B. Правото на Обединеното кралство

#### 1. Възраст за пенсиониране

7. Обединеното кралство се е възползвало от дерогацията, предвидена в член 7, параграф 1, буква а) от Директива 79/7.

<sup>3</sup> Решение от 27 април 2006 г. (C-423/04, EU:C:2006:256).

8. Както е посочено в акта за преюдициално запитване, в резултат от прилагането на i) член 44 от Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (Закон от 1992 г. относно социално осигурителните вноски и обезщетения) във връзка с определението за „пенсионна възраст“ в член 122 от този закон и ii) приложение 4, параграф 1 от Pensions Act 1995 (Закон от 1995 г. за пенсиите), жените, родени преди 6 април 1950 г., имат право на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст на 60-годишна възраст, а мъжете, родени преди 6 декември 1953 г., придобиват това право при навършването на 65-годишна възраст.

## 2. Закон за джендър признаването

9. Gender Recognition Act (Закон за джендър признаването) (наричан по-нататък „GRA“) е приет през 2004 г. Той влиза в сила на 4 април 2005 г.

10. Член 1 от GRA, в редакцията му, приложима към фактите по настоящото дело, предвижда, че лице, навършило 18 години, може да поиска от Комисията по джендър признаване (Gender Recognition Panel) издаването на окончателно удостоверение за джендър признаване, документиращо промяната на джендър по рождение „въз основа на [...] начин на живот, типичен за другия джендър“.

11. Критериите за определяне дали е налице джендър промяна са установени в членове 2 и 3 от GRA. Съгласно член 2 Комисията по джендър признаване трябва да уважи молбата, ако се увери, че лицето има или е имало джендър дисфория, живяло е като лице от придобития джендър в продължение най-малко на две години преди датата на молбата, възнамерява да живее като лице от придобития джендър до смъртта си и отговаря на предвидените в член 3 изисквания за доказване. Изискванията за доказване, предвидени в член 3, включват заключения от двама практикуващи лекари или от практикуващ лекар и психолог.

12. Съгласно член 9 от GRA, след като бъде издадено окончателно удостоверение за джендър признаване, придобитият джендър става джендър на лицето за всички цели. Приложение 5, параграф 7 от GRA урежда последиците от получаването на окончателно удостоверение за джендър признаване по отношение на правото на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст: след като удостоверението бъде издадено, при решаването на всеки въпрос относно придобиването на право на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст се приема, че джендърът на лицето винаги е бил придобитият джендър.

13. GRA съдържа специална разпоредба относно семейните лица, защото към момента на приемането му действителен съгласно действащото законодателство е само бракът между мъж и жена<sup>4</sup>. Съгласно член 4, параграф 2 от GRA несемеен молител, който отговаря на критериите за джендър признаване по членове 2 и 3, има право да получи окончателно удостоверение за джендър признаване. Същевременно член 4, параграф 3 от GRA предвижда, че семеен молител, отговарящ на същите критерии, има право да получи само *временно* удостоверение за джендър признаване. Съгласно член 12, буква g) от Matrimonial Causes Act 1973 (Закон от 1973 г. относно брачните въпроси) (изменен с GRA) издаването на временно удостоверение за джендър признаване дава възможност на семейния молител да иска унищожаване на брака по съдебен ред. Лицата могат да получат окончателно удостоверение за джендър признаване едва след като бъде постановено решение за унищожаване на брака (в Англия и Уелс).

<sup>4</sup> Както предвижда член 11, буква c) от Закона от 1973 г. относно брачните въпроси.

### 3. Граждански партньорства и еднополови бракове

14. Civil Partnership Act (Закон за гражданското партньорство) е приет през 2004 г. и влиза в сила на 5 декември 2005 г. С този закон след регистрация се признават партньорствата между лица от един и същ пол.

15. Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (Закон за брака (еднополови двойки) от 2013 г.) влиза в сила на 10 декември 2014 г. Той позволява на еднополовите двойки да встъпват в брак. С приложение 5 се изменя член 4 от GRA, така че Комисията по джендър признаване вече е длъжна да издава окончателно удостоверение за джендър признаване на семейни лица, ако съпругът/съпругата им е съгласен/а.

### III. Фактите, производството и преюдициалните въпроси

16. МВ е родена през 1948 г., при раждането си е регистрирана като лице от мъжки пол и сключва брак през 1974 г. През 1991 г. МВ започва да живее като жена. През 1995 г. тя се подлага на операция за джендър промяна.

17. Макар че GRA влиза в сила през 2005 г., МВ не подава молба за издаване на удостоверение за джендър признаване. Причината за това е, че тя и съпругата ѝ продължават да живеят заедно и желаят да запазят брака си. Дори бракът им да може да бъде заместен от гражданско партньорство, по религиозни причини те не искат той да бъде унищожен.

18. През 2008 г. МВ навършва 60-годишна възраст — пенсионната възраст за жени, родени преди 6 април 1950 г. Тя подава искане за получаване на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст. Това искане е отхвърлено, тъй като МВ не разполага с окончателно удостоверение за джендър признаване и не може да се третира като жена по отношение на възрастта, на която придобива право на пенсия.

19. МВ (наричана по-нататък „жалбоподателката“) обжалва това решение пред националните съдилища. Тя твърди, че условието да бъде несемейна представлява дискриминация в разрез с Директива 79/7: то е пречка за достъпа ѝ до пенсия за осигурителен стаж и възраст при навършване на пенсионната възраст за жени.

20. При тези обстоятелства Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство) отправя до Съда въпроса: „Допуска ли Директива 79/7, в допълнение към изпълнението на физическите, социалните и психологическите критерии за признаване на джендър промяна, националното право да налага и изискване лице, преминало джендър промяна, да бъде несемейно, за да може да придобие право на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст?“.

21. Писмени становища представят жалбоподателката, правителството на Обединеното кралство и Европейската Комисия. Тези заинтересовани страни са изложили и устни становища в съдебното заседание, проведено на 26 септември 2017 г.

## IV. Анализ

### *А. Предварителна бележка: какъв е въпросът?*

22. Изразът „две в едно“ е по-вероятно да се срещне в рекламата, отколкото във въведения към заключения по дела. И все пак той е напълно уместен в контекста на настоящото преюдициално запитване. Зад и извън рамките на привидно простия въпрос, отправен от Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство), стои друг, засягащ по-сложна проблематика. Ето защо към настоящия случай може да се подходи по два съвсем различни начина.

23. Първо, може да се възприеме тесен подход, при който акцентът се поставя върху достъпа до социално осигурителни обезщетения: допуска ли Директива 79/7, в допълнение към изпълнението на физическите, социалните и психологическите критерии за признаване на джендър промяна, националното право да налага и изискване лице, преминало през джендър промяна, да бъде несемейно, за да може да придобие право на държавна пенсия?

24. Второ, възможен е и по-усложнен подход, при който се поставя един предварителен въпрос — различен от формулирания при по-тесния подход, но все пак свързан с него. Този въпрос се отнася до съвместимостта с основните права на лична сфера, личен живот и с правото на встъпване в брак на i) отказа на държава членка да разреши еднополовите бракове и следователно ii) на нейния отказ да признае джендър промяна, ако би довела до положение, при което две лица от един и същи пол се окажат в действителен (еднополов) брачен съюз.

25. Истинската трудност в настоящия случай не се изразява в това да се даде отговор на някой от двата въпроса. Тя се състои в избора на въпрос. След като този избор бъде направен, може да възникне допълнително затруднение при опит за съгласуване помежду им на отговорите на всеки от въпросите.

26. Наличието на такъв проблем се вижда ясно от представените пред Съда становища. Всяка от страните привежда доводи в известен смисъл по различно дело. Жалбоподателката и Комисията изхождат от тясното разбиране по въпроса. Според тях условието лицето да бъде несемейно представлява дискриминация, която член 4, параграф 1 от Директива 79/7 не допуска. В съдебното заседание жалбоподателката бе помолена да вземе отношение и по по-широките последици по случая. В отговор тя обаче подчерта, че тесният подход, в съответствие с който е поставеният от Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство) въпрос, в действителност отразява предмета на делото пред Съда. За разлика от това представената от правителството на Обединеното кралство теза се основава на доводи, свързани с по-широкия въпрос за основните права. В подкрепа на своята позиция то често се позовава и на неотдавнашната практика на Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ)<sup>5</sup>.

27. Поставеният от Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство) въпрос ясно отразява тесния подход. Въпреки че в акта за преюдициално запитване запитващата юрисдикция също с готовност се позовава на по-широкото значение на повдигнатите по настоящото дело въпроси, същата е избрала да формулира въпроса си, като постави акцент върху съвместимостта с Директива 79/7 на изискването съответното лице да бъде несемейно.

5 Подробности по този въпрос се съдържат в точки 92—94 по-нататък в настоящото заключение.

28. Освен това следва да се подчертае, че в акта за преюдициално запитване и в текста на самия въпрос запитващата юрисдикция е извършила и редица фактически преценки. На първо място, във въпроса си тя ясно посочва, че разглежданото изискване се налага на лице, което е преминало през джендър *промяна*. На второ място, запитващата юрисдикция потвърждава също така, че изискването лицето да бъде несемейно се налага *в допълнение* към изпълнението на физическите, социалните и психологическите критерии за признаване на джендър промяна.

29. При тези фактически обстоятелства и в отговор на конкретния, тясно формулиран въпрос, поставен пред Съда от запитващата юрисдикция, неизбежно стигам до извода, че изискването лицето да бъде несемейно, което всъщност е приложимо само за трансджендър лица, за да могат да получат достъп до държавна пенсия, противоречи на член 4, параграф 1 от Директива 79/7 (Б). Все пак ще отговоря и на представените от правителството на Обединеното кралство доводи във връзка с по-широкото разбиране, дори това да не може да промени отговора на конкретно отправения въпрос (В). Ще подчертая защо настоящото дело всъщност е едновременно с по-тясно въздействие и по-ограничено, отколкото предполагат по-обширните доводи, свързани с основните права (Г).

### **Б. Конкретният поставен въпрос**

30. Няма разногласие относно факта, че разглежданото в настоящия спор обезщетение — пенсия за осигурителен стаж и възраст — попада в приложното поле на Директива 79/7. Тази директива забранява каквато и да е дискриминация, основана на пола, що се отнася до условията за достъп до схемите за социално осигуряване, по-специално предоставящи закрила срещу риска старост<sup>6</sup>.

31. Налице ли е забранена дискриминация в настоящия случай? Съгласно установената практика на Съда<sup>7</sup>, за да бъде налице пряка дискриминация, сравнима група лица трябва да бъде обект на неравно третиране в ущърб на защитената група. То трябва да бъде въз основа на един от защитените признаци, без да е налице каквато и да било възможна обективна обосновка на тази разлика в третирането.

32. За целите на изложението в настоящия раздел, първо, ще преценя дали е налице защитен признак (1). След това ще премина към въпроса за сравнимостта на трансджендър<sup>8</sup> и цисджендър<sup>9</sup> лицата (2) и за наличието на неравно третиране (3). Накрая в настоящия раздел ще разгледам невъзможността да се обоснове пряката дискриминация в законодателния контекст на Директива 79/7 (4).

<sup>6</sup> Член 3, параграф 1, буква а) и член 4, параграф 1, първо тире от Директива 79/7.

<sup>7</sup> Вж. общо и във връзка с различни актове например решения от 21 юли 2005 г., Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495), от 18 ноември 2010 г., Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703), от 12 септември 2013 г., Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544) и от 12 декември 2013 г., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823).

<sup>8</sup> Терминологията в сложната област на джендър идентичността също е сложна. В литературата „трансджендър лицата“ обикновено се определят като лица, които осъществяват преход от една джендър роля към друга, но не променят непременно своя физически пол (чрез операция). Понятието „транссексуален“ се отнася за лица, които адаптират своя джендър към джендър идентичността си чрез физическа трансформация под формата на медицински манипулации за промяна на пола. За пояснения във връзка с терминологията вж. Zimman, L. Transsexuality. — The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies, 2016, p. 2360—2362. В настоящото заключение поначало се използва понятието „трансджендър“. По отношение обаче на конкретните факти по делото и с оглед на използваната от запитващата юрисдикция терминология, се използва понятието „транссексуален“. Това понятие се използва и при цитиране на практиката на Съда, когато той си служи с него.

<sup>9</sup> Понятията „цисджендър“ и „циссексуален“ се използват като антоними на трансджендър и транссексуален и се отнасят по-специално за лица, чиято джендър идентичност съответства на пола при раждане. За анализ относно употребата на тези понятия вж. Cava, P. Cisgender and Cissexual. — The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies, 2016, стр. 267—271.

## 1. Защитеният признак

33. Съгласно вече установената съдебна практика съдържащата се в правото на Съюза забрана за дискриминация, основана на пола, обхваща дискриминацията, основана на джендър промяна<sup>10</sup>. Нещо повече, законодателят на Съюза изрично е признал това важно развитие, като е потвърдил, че обхватът на принципа на равно третиране на мъжете и жените „се прилага също така към дискриминация, [произтичаща от] промяна на пола на дадено лице“<sup>11</sup>.

34. Първото дело датира от 1996 г. В решение P/S Съдът отхвърля схващането за дискриминация, основана на пола, като бинарно понятие, основащо се на противопоставянето на две взаимноизключващи се категории<sup>12</sup>. Това следва от целта и естеството на правата, защитени с директивите относно дискриминацията, основана на пола, както и от факта, че правото на недопускане на дискриминация, основана на пола, е основно човешко право<sup>13</sup>. Освен това включването на джендър промяната в обхвата на понятието за дискриминация, основана на пола, е свързано със задължението за зачитане на достойнството и свободата на транссексуалните лица<sup>14</sup>.

35. Ето защо Съдът е потвърдил, че обхватът на забраната за дискриминация, основана на пола, не може да се ограничи „единствено до дискриминация, основана на факта, че дадено лице е от единия или другия пол“<sup>15</sup>. Дискриминацията, произтичаща от джендър промяна, представлява дискриминация, основана „най-вече, ако не и изключително, на пола на съответното лице“<sup>16</sup>. В по-нататъшната си практика Съдът последователно признава спецификата на дискриминацията, основана на джендър промяна, като проявление на дискриминацията, основана на пола<sup>17</sup>.

## 2. Сравними групи

36. Обстоятелството, че джендър промяната е изрично включена като един от защитените признаци (или положения), не улеснява решаването на свързания въпрос за сравнимостта — тъкмо обратното. Джендър промяната е процес, който е свързан със значителна степен на динамика, в противовес на по-традиционното и статично сравнение между мъже и жени. На практика той придава динамичен характер на сравняваното лице и води дори до невъзможност да се идентифицира ясно определена сравнима група<sup>18</sup>.

10 Решения от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170), от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7) и от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256).

11 Съображение 3 от Директива 2006/54/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 5 юли 2006 година за прилагането на принципа на равните възможности и равното третиране на мъжете и жените в областта на заетостта и професиите (преработена) (ОВ L 204, 2006 г., стр. 23; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 8, стр. 262).

12 Това дело се отнася за Директива 76/207/ЕИО на Съвета от 9 февруари 1976 година относно прилагането на принципа на равното третиране на мъжете и жените по отношение на достъпа до заетост, професионалната квалификация и развитие, и на условията на труд (ОВ L 39, 1976 г., стр. 40; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 1, стр. 164). Както посочва генералният адвокат Tesauo, възражението, че „не е възможно да се говори за дискриминация между двата пола“ по дело относно джендър промяна, е „формалистично тълкуване, което заобикаля същността на въпроса“, заключение по дело P/S (C-13/94, EU:C:1995:444, т. 20). Освен това е широко застъпено мнението, че подобен бинарен правен подход не съответства на научната реалност. Вж. общо Greenberg, J. A. Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology. — Arizona Law Review, 1999, Vol. 41, p. 265—328.

13 Решения от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170, т. 20) и от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, т. 24).

14 Решение от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170, т. 22).

15 Решения от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170, т. 20) и от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, т. 24).

16 Решение от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170, т. 21).

17 Решения от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7, т. 36), във връзка с член 157 ДФЕС (предишен член 141 ЕО), и от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, т. 38), във връзка с Директива 79/7.

18 Според посоченото в научната литература тези затруднения се пораждат от обстоятелството, че случаите на джендър промяна се третират съгласно разпоредбите относно основаната на пола дискриминация, а не въз основа на конкретен признак, свързан с джендър идентичност. Вж. например Tobler, C. Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law. A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons. — Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2014, Vol. 74, p. 521—561, p. 543 sq.

37. Съдът вече е разгледал тази концептуална сложност. Като е приел, че джендър промяната попада в обхвата на дискриминацията, основана на пола, той е потвърдил, че особеното положение на трансджендър лицата не ги лишава от защита заради липсата на сравнимост<sup>19</sup>. С признаването, че джендър промяната — като подкатегория на дискриминацията, основана на пола — представлява забранен признак, се постига необходимата гъвкавост в условията за сравнимост<sup>20</sup>.

38. Практиката на Съда отразява сложността в тази област чрез корекция на референтната рамка в зависимост от твърдяната дискриминация и правния контекст. Предвид динамичния характер на процеса на джендър промяна може да се направи изводът, че предоставената от правото на Съюза закрила не е неразривно свързана с „крайната цел“ — пълно юридическо признаване съгласно националното право на правните последици от тази промяна<sup>21</sup>.

39. Вследствие на това в зависимост от конкретния контекст и характера на разглежданите искания са налице различни възможности за избор на сравнявано лице. Положението на дадено трансджендър лице може да се сравни с положението на цисджендър лице с джендър, към който въпросното трансджендър лице е принадлежало преди, както например е случаят при дискриминационно уволнение<sup>22</sup>. Възможно е обаче и сравнение с цисджендър лице с „новия“ джендър, що се отнася например до достъпа до обезщетения съгласно условия, които биха отговаряли на променения пол<sup>23</sup>.

40. С други думи, в зависимост от контекста на делото и като се вземе предвид присъщата динамика на процеса на джендър промяна, сравнението може да бъде направено спрямо „отправната точка“ или спрямо „крайната точка“.

41. Настоящото дело попада във втората категория. Жалбоподателката претендира право на достъп до пенсия за осигурителен стаж и възраст от навършване на съответната възраст за жени. Подобно на положението съгласно решение Richards, което също се отнася за Директива 79/7 и достъпа до пенсионни обезщетения<sup>24</sup>, в настоящия случай сравняваните субекти (*сравнявани лица*) са, от една страна, трансджендър лица, преминали промяна от мъже към жени, и от друга, цисджендър жени. Целта на това сравнение (*tertium comparationis*) е достъпът до пенсия за осигурителен стаж и възраст като вид схема за социално осигуряване.

19 Решения от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170), от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7) и от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256). По този въпрос вж. например *Mulder*, J. EU Non-Discrimination Law in the Courts. Approaches to Sex and Sexualities Discrimination in EU Law. Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 49, или *Agius*, S. et *Tobler*, C. Trans and Intersex People. Luxembourg Publications Office of the European Union, 2012, p. 35 sq.

20 Концептуалната промяна е сходна с тази, която произтича от включването на дискриминацията, свързана с бременност, в понятието за дискриминация, основана на пола, например решение от 8 ноември 1990 г., *Dekker* (C-177/88, EU:C:1990:383, т. 17). Въпреки това, вместо да се премахне сравнителният елемент в случаите, отнасящи се до трансджендър лица, сравнимостта дори се разширява. По този въпрос вж. например *Skidmore*, P. Sex, gender and Comparators in Employment Discrimination. — *Industrial Law Journal*, 1997, Vol. 26, p. 51—61, p. 60; *Wintemute*, R. Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes. — *Modern Law Review*, 1997, vol. 60, p. 334—359, p. 340; *Bell*, M. Shifting conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT. — *European Law Journal*, 1999, Vol. 5, p. 63—81.

21 Например и в решение от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7), и в това от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256), жалбоподателите не са получили юридическо признаване на придобития джендър.

22 Такъв е случаят в решение от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170, т. 21). По това дело е установено наличието на дискриминация, основана на пола, в хода на процеса на джендър промяна. Съдът е постановил, че „когато едно лице е освободено от работа на основание на факта, че възнамерява да се подложи или се е подложило на операция за джендър промяна, то търпи неблагоприятно третиране в сравнение с лицата, принадлежащи към пола, към който това лице се е числяло преди джендър промяната“.

23 Такъв е случаят в решение от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256).

24 Решение от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, т. 29).



42. Правителството на Обединеното кралство обаче оспорва сравнимостта между трансджендър с цисджендър жени. Това правителство поддържа, че жените от първата група не се намират в сравнимо положение. Това било така, защото не можело цисджендър жени да сключват брак с жени, но можело трансджендър жени да се окажат в брачен съюз с лице от същия пол, след като е била призната джендър промяната. Следователно посочените две категории и придружаващите ги условия били напълно несравними.

43. Не съм съгласен с това твърдение. С довода си правителството на Обединеното кралство се опитва да изтъкне една от допълнителните, несъществени характеристики на сравняваните субекти — въпросът за гражданското състояние — и да я превърне в ключов елемент, определящ сравнимостта. С други думи, правителството на Обединеното кралство на практика иска да промени целта на сравнението, като замени въпроса за достъпа до пенсионни обезщетения с въпроса за гражданското състояние. Само по себе си обаче гражданското състояние не е релевантно за достъпа до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст, независимо дали цисджендър лицето е жена или мъж.

44. Изключително показателно е, че при това тълкуване на сравнимостта правителството на Обединеното кралство се позовава най-вече на едно неотдавнашно решение на ЕСПЧ<sup>25</sup>. Това решение обаче е конкретно и ясно свързано с въпроса за гражданското състояние като условие за признаване на джендър промяната, а не за достъпа до схеми на социално осигуряване. Ето защо сравняваните субекти и целта на сравнението с основание се тълкуват по различен начин. В противовес на това в настоящия случай елементите, определящи релевантността на разликите и сходствата с оглед на съответното обезщетение за целите на достъпа до пенсия за осигурителен стаж и възраст, са най-вече възрастта и размерът на направените в системата вноски<sup>26</sup>.

45. Във връзка с последното в съдебното заседание правителството на Обединеното кралство твърди, че друг релевантен елемент относно достъпа до социално осигуряване, освен възрастта и вноските, е полът на съответното лице. В специфичния контекст на настоящото дело този довод се сблъсква с още една трудност: различното третиране, основано на пола, по отношение на пенсиите за старост и осигурителен стаж и възраст, е разрешено в Директива 79/7 само като изключение в рамките на изрично предвидената в член 7, параграф 1, буква а) от тази директива дерогация. Както Съдът вече е постановил в решение Richards обаче, тя не включва различното третиране въз основа на джендър промяна<sup>27</sup>. Следователно извън предвидените в посочената директива изключения, изводът за „липса на сравнимост“ не може да бъде основан на защитения признак (в случая джендър промяната).

46. Накрая, според мен в контекста на настоящото производство цисджендър и трансджендър жените са сравними за целите на достъпа до социално осигурителни схеми.

47. Бих искал да направя още две, по-обща, заключителни бележки по въпроса. Първо, при преценката на сравнимостта на два или повече елемента (лица, групи лица), като се отчита забраната за (пряка) дискриминация, присъщото на това интелектуално упражнение равнище на абстрактност вероятно ще бъде по-високо, отколкото в националното законодателство. Във връзка с целта на сравнението като цяло сравняваните субекти показват ли повече сходства отколкото разлики? Ако не е така и ако въпросът за сравнимостта е логически предопределен

25 Решение на ЕСПЧ от 16 юли 2014 г., *Hämäläinen* с/у Финландия (СЕ:ЕCHR:2014:0716JUD003735909, § 65 и 66).

26 Всъщност тази сравнимост не трябва да се разглежда общо и абстрактно, а специфично и конкретно с оглед на съответното обезщетение и при отдаване на дължимото значение на целта и условията за отпускането му. Вж. в този смисъл решения от 10 май 2011 г., *Römer* (C-147/08, EU:C:2011:286, т. 42 и 43) и от 12 декември 2013 г., *Hay* (C-267/12, EU:C:2013:823, т. 33).

27 Решение от 27 април 2006 г., *Richards* (C-423/04, EU:C:2006:256, т. 35—37).

от установените с националното законодателство категории, в повечето случаи, както и в настоящия<sup>28</sup>, самото национално законодателство ще определи посредством приложното си поле набора от възможни сравнения. Тази преценка по необходимост ще се завърти в кръг, което фактически ще отстрани всякаква възможност за контрол<sup>29</sup>.

48. Второ, тази необходима степен на абстрактност се подчертава допълнително от обстоятелството, че „трансджендър“ е уникален статус. Именно тази уникалност поначало става повод да се приеме специална правна уредба, предвиждаща признаването и условията за него. Би било доста странно да се приеме, че този факт означава от преценката относно (не)дискриминацията да се изключат напълно всички елементи, обхванати от тази правна уредба, или той да се използва за създаването на изключителни или необичайни елементи за сравнение. Ще повторя, че тъй като става дума за признат, уникален и преходен статус, при проверката на сравнимостта е необходимо достатъчно високо равнище на абстрактност.

### 3. Разлика в третирането

49. Обединеното кралство отхвърля твърдението, че е налице разлика в третирането. При навършване на 60-годишна възраст както цисджендър, така и трансджендър жените можели да се ползват от държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст. Лицата от нито една от тези категории обаче не можели да сключват брак с жена.

50. Този довод е неубедителен.

51. Първо, до известна степен той представлява връщане към темата за сравнимостта или нейно продължение. При него се бърка разликата в третирането относно достъпа до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст с въпроса за правото на встъпване в брак. Второ, при този довод се пренебрегва разликата между забраната за еднополови бракове и задължението за унищожаване на заварен действителен брак, което представлява същината на разглежданото в настоящото производство условие. Трето, налице е фактът — свързан с втория въпрос — че всяка от тези забрани всъщност е приложима в различни моменти, към различни хора и за различни цели.

52. Съгласно разглежданата национална правна уредба пълното юридическо признаване на джендър промяната се обуславя от гражданското състояние. Това поражда специфична и конкретна последица, която е от значение за настоящото дело: единствено за трансджендър лицата достъпът до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст е обвързан или с необходимостта лицето да е „неженено“, или с прекратяването на брака. Достъпът на цисджендър жени до пенсия за осигурителен стаж и възраст, напротив, по никакъв начин не е свързан с тяхното семейно положение. От значение са единствено направените вноски и навършването на изискуемата възраст. Разбира се, от посочените лица не се изисква да прекратят брака си, за да могат да придобият право на пенсия за осигурителен стаж и възраст. Следователно, както вече бе отбелязано<sup>30</sup>, гражданското състояние не е критерий, по който се определя наличието на разлика в третирането, а условие, което води до разлика в третирането по отношение на достъпа до пенсии за осигурителен стаж и възраст.

28 Тогава преценката в известен смисъл би била доста бърза: тъй като Gender Recognition Act 2004 (Закон от 2004 г. за джендър признаване) е приложим *единствено* за трансджендър лица, тяхното положение само по себе си не може да се сравнява с това на цисджендър лицата, след като с оглед на всички елементи, свързани с или произтичащи от джендър промяната, определени в националното законодателство, тези две групи очевидно са несравними.

29 Този проблем не се ограничава в рамките на законодателството в областта на дискриминацията, но е присъщ и за други области от правото на Съюза, в които сравнимостта е елемент от преценката, например при понятието „селективност“ в областта на държавните помощи. За анализ по сходни проблеми вж. моето заключение по дело Белгия/Комисия (C-270/15 P, EU:C:2016:289, т. 40—46).

30 По-горе в точки 43 и 44 от настоящото заключение.

53. Ето защо, ако въпросът за третирането се разгледа в аспекта му относно достъпа до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст, в настоящия случай разликата в третирането може да се определи съвсем лесно: семейното положение не играе никаква роля за достъпа на цисджендър лицата до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст. От друга страна, за трансджендър лицата, които имат сключен брак, се въвежда изискване за унищожаване на брака.

#### 4. Обосновка

54. Изискването лицето да бъде несемейно, води до разлика в третирането, *пряко* основана на пола. Това изискване е приложимо единствено за лица, които са преминали джендър промяна. Както е постановил Съдът в решение P/S, разликата в третирането, основана на джендър промяна, се основава „най-вече, ако не и изключително, на пола на съответното лице“<sup>31</sup>.

55. Пряката дискриминация, основана на пола, е разрешена единствено и само в случаите, посочени в член 7 от Директива 79/7<sup>32</sup>. По-специално член 7, параграф 1, буква а) разрешава на държавите членки да поддържат различна пенсионна възраст за мъжете и жените във връзка с правото на пенсия за осигурителен стаж и възраст. Разглежданото по настоящото дело различно третиране обаче не може да се отнесе нито към това изключение, нито към другите възможни основания за дерогация от принципа на равно третиране, предвидени в директивата<sup>33</sup>. Съдът по-специално вече е отхвърлил използването на дерогацията по член 7 параграф 1, буква а) с цел обосноваване на разликата в третирането между транссексуални лица и лица с джендър, който не е резултат от промяна<sup>34</sup>.

56. При тези обстоятелства разглежданата тук разлика в третирането представлява пряка дискриминация, основана на пола, която не може да бъде обективно обоснована (което е възможно само в случаите на непряка дискриминация)<sup>35</sup>.

#### 5. Междинно заключение

57. Предвид гореизложеното е видно, че член 4, параграф 1 от Директива 79/7 трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска, в допълнение към изпълнението на физическите, социалните и психологическите критерии за признаване на джендър промяна, да се прилага и изискване лице, преминало джендър промяна, да бъде несемейно, за да може да придобие право на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст.

31 Решение от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170, т. 21).

32 Съгласно практиката на Съда по Директива 79/9 дискриминацията, пряко основана на пола, може да бъде обоснована единствено въз основа на изричните дерогации, посочени в тази директива. Вж. в този смисъл например решения от 30 март 1993 г., Thomas и др. (C-328/91, EU:C:1993:117, т. 7), от 1 юли 1993 г., Van Cant (C-154/92, EU:C:1993:282, т. 12), от 30 януари 1997 г., Balestra (C-139/95, EU:C:1997:45, т. 32) и от 3 септември 2014 г., X (C-318/13, EU:C:2014:2133, т. 34 и 35), както и заключението на генералния адвокат Kokott по дело X (C-318/13, EU:C:2014:333, т. 32—34). Това съответства на подхода относно пряката дискриминация, предвиден в други актове (вж. съдебната практика, цитирана в бележка под линия 7 от настоящото заключение). Освен това Съдът неколккратно е постановявал, че предвид същественото значение на принципа на равно третиране, изключението от забраната за дискриминация, основана на пола, трябва да се тълкува стриктно (решение от 18 ноември 2010 г., Kleist, C-356/09, EU:C:2010:703, т. 39 и цитираната съдебна практика).

33 Член 4, параграф 2 се отнася за разпоредбите относно закрилата на жените поради майчинство. Член 7, параграф 1 дава възможност на държавите членки да изключат от приложното й поле определени правила, привилегии и обезщетения във връзка със социалното осигуряване.

34 Решение от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, т. 34—37).

35 За изчерпателност може да се добави, че позовавайки се на официалната статистика, жалбоподателката твърди при условията на евентуалност, че изискването лицето да бъде несемейно, представлява и непряка дискриминация между трансджендър лица, преминали промяна от мъже към жени и от жени към мъже. Това е така, защото въздействието му върху първата група е много по-широко, отколкото върху втората. Предвид извода, че в настоящия случай изискването лицето да бъде несемейно, води до пряка дискриминация, този довод не е необходимо да се разглежда.

### ***В. По-широкият контекст***

58. Предходният анализ, независимо от неговата изчерпателност, не дава пълна представа за сложността на правните доводи по настоящото дело.

59. В действителност може да се твърди, че истинският ключов въпрос по настоящото дело не е относно достъпа до социално осигурителни обезщетения, а относно действащите в националното право условия за признаване на джендър промяна. Условието лицето „да бъде несемейно“, не е условие за достъп до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст, а едно от условията за получаване на удостоверение за признаване на джендър промяна. Все пак въпросното удостоверение е решение относно гражданското състояние, което няма пряка връзка със и не зависи от евентуалното подаване на по-късен етап на искане за пенсия за осигурителен стаж и възраст. С други думи, с пропускането на тази междинна стъпка се създава погрешна причинно-следствена връзка: изискването лицето да няма сключен еднополов брак не е условие за получаване на пенсия за осигурителен стаж и възраст, а за издаване на удостоверение за признаване на джендър промяна.

60. Тези доводи, представени от правителството на Обединеното кралство, се основават на няколко обстоятелства. На първо място, определянето на условия за признаване на джендър промяна е от компетентността на държавите членки (1). Второ, целта на условието лицето да бъде несемейно, е да се предотвратят еднополовите бракове. Това е цел от обществен ред, която държавите членки имат законното право да преследват предвид тяхната изключителна компетентност по въпросите на гражданското състояние (2). Трето, недопускането на условие лицето да бъде несемейно единствено за целите на Директива 79/7 ще подкопае яснотата и съгласуваността на националните разпоредби относно гражданското състояние и джендър промяната (3). Четвърто, условието лицето да бъде несемейно, е в съответствие с Европейската конвенция за правата на човека (наричана по-нататък „Конвенцията“) съгласно тълкуването ѝ от ЕСПЧ (4).

61. Тези доводи заслужават да бъдат разгледани подробно. Те улавят уникалната сложност и деликатност на повдигнатите по настоящото дело въпроси. Считаю обаче — по съображенията, които ще изложа в подробности по-долу — че в конкретния контекст на делото изложените доводи, макар и като цяло релевантни, се оказват много проблематични. Този извод се налага с оглед на преценката по конкретния поставен въпрос относно съвместимостта на разглежданото условие с Директива 79/7.

*1. Довод № 1: свобода на преценка на държавите членки при определяне на условията за признаване на джендър промяна*

62. Заинтересованите страни, които са представили становища, по принцип са съгласни, че държавите членки са длъжни да установят процедурите съгласно националното право, които позволяват пълното юридическо признаване на джендър промяната. Това изискване се поражда не само от задълженията на държавите членки като страни по Конвенцията<sup>36</sup>, но и по-специално от правото на Съюза и от Директива 79/7<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Решения на ЕСПЧ от 11 юли 2002 г., *Goodwin c/y Обединено кралство* (СЕ:ЕCHR:2002:0711JUD002895795, § 93) и *I. c/y Обединено кралство* (СЕ:ЕCHR:2002:0711JUD002568094, § 73), и от 23 май 2006 г., *Grant c/y Обединено кралство* (СЕ:ЕCHR:2006:0523JUD003257003, § 39 и 40).

<sup>37</sup> Решения от 7 януари 2004 г., *К. В.* (С-117/01, ЕУ:С:2004:7, т. 33—35), във връзка с член 157 ДФЕС (предишен член 141 ЕО), и от 27 април 2006 г., *Richards* (С-423/04, ЕУ:С:2006:256, т. 28—30).

63. Следователно определянето на условията е от съществено значение при установяването на такава процедура. Сложността на настоящото дело произтича от обстоятелството, че то се отнася до едно от конкретните условия, предвидени с вече въведената от държава членка процедура. Доколкото ми е известно, с това дело Съдът за пръв път е приканен да разгледа забраната за дискриминация, основана на пола, с оглед на предпоставките за признаване на джендър промяна. Всички предишни дела относно трансджендър лица засягат случаи, при които не са били налице национални процедури за признаване, или въпреки наличието им те не са били приложими към фактите по делото<sup>38</sup>.

64. Релевантен прецедент в това отношение представлява решение Richards. По това дело Съдът е установил дискриминация, основана на пола (поради неговата промяна), във връзка с достъпа до пенсия за старост. Причината за това е, че на г-жа Richards (транссексуално лице, което се е подложило на операция за промяна на пола от мъж към жена) не е могло да бъде предоставено пълно юридическо джендър признаване в Обединеното кралство. В този смисъл решение Richards се отнася до невъзможността транссексуално лице да получи пълно юридическо признаване на придобития джендър. След постановяването на решения Richards и Goodwin Обединеното кралство въвежда процедура за признаване на джендър промяната.

65. Както посочва правителството на Обединеното кралство, в решение Richards Съдът изрично е постановил, че „именно държавите членки следва да определят условията, при които се предоставя юридическо признаване във връзка с джендър промяната на дадено лице“<sup>39</sup>.

66. Предвид тези съображения може да се твърди, че когато е налице процедура за признаване на джендър промяната — за разлика от установената в решение Richards *невъзможност* за такова — държавите членки имат свобода на преценка при установяване на релевантните условия. Свободата на преценка при установяване на условията за юридическо признаване на джендър промяната би означавала, че след въвеждане на процедурата лицата, които са се подложили на джендър промяна, могат да попаднат в обхвата на защитата, предоставена с оглед на забраната на дискриминация, основана на пола, единствено след юридическо признаване на техния придобит джендър съгласно националната процедура.

67. Следвайки логиката на този довод, в настоящия случай би могъл да се направи извод, че условието лицето да бъде несемейно, не е *пряко* изискване за достъп до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст, а изискване за признаване на джендър промяната. Би следвало да се приеме, че разликата в третирането няма пряка връзка с достъпа до пенсия. Тя би възникнала от обстоятелството, че жалбоподателката не отговаря на изискванията за признаване на джендър промяна.

68. Затрудненията при тази линия на разсъждение обаче са поне три.

69. На първо място, Съдът вече е отхвърлил сходен довод за „отдалеченост на връзката“ в решение К.В.<sup>40</sup>. В него става въпрос за транссексуално лице, което не може да получи достъп до пенсия за преживяло лице, защото 1) няма сключен брак, 2) транссексуално лице не може да сключи брак с лице от собствения си пол преди операцията за промяна и 3) джендър промяната не е била възможна от правна гледна точка. В този случай следователно Съдът е бил изправен пред положение, при което разликата в третирането не е свързана с отпускането на

38 Решение от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7, т. 35). Съдът прави една важна уговорка: „Като се има предвид, че държавите членки следва да определят условията за предоставяне на юридическо признаване на джендър промяната на лице в положение като това на К. — както е приел Европейският съд по правата на човека (решение Goodwin c/у Обединеното кралство, § 103) — от компетентността на националния съд е да определи дали в случай като разглеждания в главното производство лице в положението на К.В. може да се позовава на член 141 ЕО, за да бъде признато правото ѝ да определи своя партньор за получател на пенсията за преживяло лице“.

39 Решения от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7, т. 35) и от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, т. 21).

40 Решение от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7).

самата пенсия, а с необходимата *предпоставка* за отпускането на такава: брачната дееспособност<sup>41</sup>. Това обстоятелство не е попречило на Съда да разгледа въпроса за съвместимостта на националното законодателство с член 157 ДФЕС (предишен член 141 ЕО). Така Съдът е постановил, че „национална разпоредба, която не допуска транссексуално лице, при липса на признаване на неговия нов джендър, да изпълни изискване, което следва да се изпълни, за да се ползва от право, защитено съгласно правото на [Съюза], по принцип трябва да се счита за несъвместима с изискванията на правото на [Съюза]“<sup>42</sup>.

70. На второ място, в концептуално отношение подобен подход би довел до пълна зависимост на приложното поле на правото на Съюза относно забраната за дискриминация, основана на пола, от редица установени в националното право условия. Упражняването на правата, предоставени от правото на Съюза, ще зависи от неограничената свобода на преценка на държавите членки. Посредством такива условия биха могли не само да се уреждат техническите въпроси от физически/медицински и психологически/социален характер, но и да се включват редица изисквания с цел защита на морала или ценностите. В този смисъл наличието на неограничена свобода на преценка би означавало да се поеме риск забранената от посочената директива дискриминация, основана на джендър промяна, да се върне през задната врата под формата на предпоставки или условия, свързани с признаването на определено положение, независимо от тяхното съдържание<sup>43</sup>.

71. По тази логика може да се стигне до абсурдната хипотеза, че за да може дадено лице да бъде признато (от социална и културна гледна точка) за жена, е допустимо законът да изисква от него да носи розова рокля поне два пъти в седмицата, ако това е правна предпоставка за признаването на джендър промяна. Напълно съм съгласен, че разглежданото по настоящото дело условие е от съвсем различно естество. Къде и как обаче може да се постави границата между „допустимите“ (неподлежащи на никакъв контрол) и „недопустимите“ (подлежащи на контрол) условия? Освен това „допустимите“ условия, разглеждани сами по себе си и в абстрактен план, все пак могат при определени фактически или правни обстоятелства да доведат до недопустими резултати.

72. На трето място, трябва да се има предвид, че логиката, съгласно която условията за джендър промяна могат да не подлежат на никакъв контрол, би пренебрегнала и динамичния характер на джендър признаването като процес, както вече беше отбелязано в точки 36—38 от настоящото заключение. Иначе казано, предвид присъщата на трансджендър процесите динамика е налице необходимост от защита не само след като лицето е получило пълно юридическо джендър признаване, но също така (а в някои случаи най-вече) и по отношение на траекторията до достигането му.

41 Решение от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7, т. 30).

42 Решение от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04 EU:C:2006:256, т. 31). Това положение се основава на решение от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7, т. 30—34).

43 Това е така и по отношение на условията, свързани с *брачното* положение, което е изрично посочено в член 4, параграф 1 от Директива 79/7 като пример за критерий, по отношение на който държавите членки трябва да бъдат особено бдителни, за да не се стига до пряка дискриминация.

73. Бих искал да подчертая, че определянето на условията за юридическо признаване на джендър промяната си остава задача на държавите членки<sup>44</sup>. Това обаче не означава, че при приемането на такива процедури и формулирането на условията държавите членки действат изцяло извън обхвата на правото на Съюза и поради това не подлежат на никакъв контрол. Независимо от всичко държавите членки упражняват своята компетентност при спазване на правото на Съюза, и по-конкретно на разпоредбите относно принципа за недопускане на дискриминация<sup>45</sup>.

74. Това ме води до последния въпрос, свързан с предходния анализ: етапът или моментът, в който дадено трансджендър лице придобива право на равно третиране и се ползва от забраната за дискриминация съгласно правото на Съюза<sup>46</sup>. И в това отношение не съществува общо или категорично правило. Всеки отделен случай трябва да се разглежда с оглед на конкретното положение и поставения въпрос.

75. Що се отнася до конкретно разглежданото положение, запитващата юрисдикция ясно посочва в акта за преюдициално запитване, че става въпрос за лице, което де факто вече е преминало през джендър промяна. Освен това националният съд е постановил, че жалбоподателката е *изпълнила* всички физически, социални и психологически критерии за признаване на джендър промяна.

76. От гледна точка на конкретния въпрос по настоящото дело трябва да се подчертае, че предмет на спора е не изискването лицето да бъде несемейно като общо условие за признаване на определено положение, а неговият ефект върху достъпа до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст съгласно Директива 79/7. При условие че бъде потвърдена необходимостта условията за признаване на джендър промяна да подлежат на контрол за целите на съответствието му с правото на Съюза, както беше посочено по-горе в точки 69—73 от настоящото заключение, лицата, които твърдят, че именно тези условия препятстват достъпа им до предоставени от правото на Съюза права, по необходимост ще имат възможност да търсят защита на основание на посочената директива.

77. Следователно в контекста на настоящото дело нито правомощията на държавите членки за определяне на условията за джендър промяна, нито отдалечеността на връзката между тези условия и достъпа до социалноосигурителна пенсия водят до констатации, различни от посочените в част Б от настоящото заключение.

## 2. Довод № 2: гражданското състояние като предмет на уредба от националното право

78. Правителството на Обединеното кралство твърди, че ако се установи несъответствие с Директива 79/7 на условието лицето да бъде несемейно, държавите членки могат да бъдат задължени да признаят еднополовите бракове дори когато такива бракове не са били разрешени (към съответния момент) от националното право.

44 Решение от 7 януари 2004 г., К. В. (C-117/01, EU:C:2004:7, т. 35).

45 По въпроса за гражданското състояние вж. по-специално решенията от 1 април 2008 г., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, т. 59), от 10 май 2011 г., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, т. 38), от 12 декември 2013 г., Nay (C-267/12, EU:C:2013:823, т. 26) и от 24 ноември 2016 г., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, т. 58).

46 Съгласно заключението на генералния адвокат Jacobs по дело Richards (C-423/04, EU:C:2005:787, т. 57) този въпрос вече е бил обсъден в съдебното заседание по това дело. Въпреки това генералният адвокат не заема позиция по него, тъй като счита, че транссексуалните лица, които са се подложили на операция за промяна на пола, очевидно се ползват от това право.

79. Не споделям това мнение. От практическа гледна точка, ако се установи, че разглежданото условие е несъвместимо с Директива 79/7, ще се изисква единствено достъпът до въпросното обезщетение да не зависи от това конкретно условие. Това със сигурност не означава, че подобно изискване вече не може да бъде част от националното право. Очевидно е, че може. То обаче не би могло да служи като предпоставка за достъп до обезщетения, обхванати от посочената директива и не свързани с гражданското състояние, например пенсията за осигурителен стаж и възраст.

80. Разглежданото дело се отнася до обезщетение (държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст), което по никакъв начин не е обвързано със семейното положение или правните връзки между партньорите. Както вече бе изяснено по-горе<sup>47</sup>, съгласно правния режим и за мъжете, и за жените правото на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст по принцип се обуславя от вноските и възрастта на подалия искането.

81. Този извод не противоречи на твърдението, че въпросите за гражданското състояние са от компетентността на държавите членки. В решение Parris Съдът е постановил, че „гражданското състояние и произтичащите от него обезщетения са области от компетентността на държавите членки и правото на Съюза не засяга тази компетентност“<sup>48</sup>. Държавите членки продължават да разполагат със свободата да разрешат или да не разрешат еднopolовите бракове или, според случая, да предвидят алтернативна форма на законово признаване на взаимоотношенията между лица от един и същ пол<sup>49</sup>. Следва обаче още веднъж да се припомни, че във всички случаи при упражняването на компетентността в областта на гражданското състояние държавите членки трябва да спазват правото на Съюза<sup>50</sup>.

82. Ето защо в съгласие със становищата на жалбоподателката и Комисията смятам, че отговорът на Съда на този довод — доколкото не е вече даден при отговора на предишния, с който отчасти се припокрива — не предрешава въпросите, свързани със семейното положение на съответните лица.

### *3. Довод № 3: яснота и съгласуваност*

83. Правителството на Обединеното кралство поддържа, че ако доводите на жалбоподателката бъдат приети, съответните държави членки ще трябва да предоставят юридическо признаване на придобития джендър на жалбоподателката, дори ако тя запази брака си, за всички цели съгласно Директива 79/7. В такъв случай правомощията на държавите членки да въвеждат посочените условия и да налагат тяхното изпълнение на практика ще зависят от съответната област: те ще бъдат ограничени в областите, обхванати от правото на Съюза, и по-специално от Директива 79/7, но ще останат непроменени в други области, например онези, които попадат извън обхвата на правото на Съюза. Това несъмнено щяло да се отрази отрицателно върху възможността на държавите членки да се стремят към яснота и съгласуваност на националното законодателство и към определянето на единен (общоприложим) правен режим за признаване на джендър промяната и гражданското състояние.

84. Подкрепям напълно желанието на всяка държава членка да изпълнява възможно най-ясно и съгласувано регулаторните си задължения. В конкретния случай, с който е сезиран Съдът, не виждам обаче по какъв начин констатацията, че Директива 79/7 не допуска условието по настоящото дело, би препятствала техните усилия в тази насока.

<sup>47</sup> Точки 44 и 52 от настоящото заключение.

<sup>48</sup> Решение от 24 ноември 2016 г., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, т. 59). Вж. също решения от 1 април 2008 г., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, т. 59), от 10 май 2011 г., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, т. 38) и от 12 декември 2013 г., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, т. 26).

<sup>49</sup> Решение от 24 ноември 2016 г., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, т. 59).

<sup>50</sup> Вж. точка 73 и бележка под линия 45 по-горе.



85. Видно е, че правното положение на трансджендър лицата в Обединеното кралство се характеризира с изключително гъвкав подход спрямо джендър проявленията в различните правни и административни области.

86. Както посочва жалбоподателката, без това да се оспорва от правителството на Обединеното кралство, тя е призната за жена по паспорт и шофьорска книжка, издадени от органите на Обединеното кралство през 1991 г. В съдебното заседание обаче това правителство поддържа, че издаването на въпросните документи е просто вътрешна „административна практика“ без правно значение. Не бих искал да изглеждам като педант, който вярва сляпо на документите за самоличност, но трябва да призная, че ми е доста трудно да приема, че официални документи, издадени от държава членка, не биха имали правно значение.

87. Освен това жалбоподателката претендира, че се е подложила на законна операция за джендър промяна в Англия, поета от National Health Service (Национална здравна служба)<sup>51</sup>.

88. Видно е също, че GRA урежда поотделно, с различни приложения, правния режим и конкретните последици от джендър промяната в зависимост от предмета на уредба<sup>52</sup>. Освен това от представените пред Съда разяснения следва, че за семейни лица процедурата за джендър признаване протича на два етапа. Резултатът от първия етап е предоставяне на временно удостоверение за джендър признаване, с което се оценява съответствието с всички медицински, психологически и социални изисквания. При несемейните лица още тук би имало пълно признаване. Вторият етап води до унищожаването на брака (в Англия и Уелс). Следователно техническите/научните елементи във връзка с признаването на джендър промяната се оценяват независимо от допълнителното изискване относно семейното положение. Разделянето на процедурата на два ясно разграничени административни етапа показва, че е възможно преценката относно различни обстоятелства да се извърши в отделни административни етапи, без това да е в ущърб на яснотата и съгласуваността.

89. Видно от всички посочени съображения, трудно е да се твърди, че би могъл да съществува един-единствен, общовалиден режим, от който зависят всички други последици в националното законодателство. По-скоро изглежда, че на практика са налице няколко паралелни и донякъде независими правни режима. Повтарям, че единствено на държавата членка принадлежи компетентността да реши как иска да уреди на национално равнище въпросите на гражданското състояние. Ако все пак определяща е гъвкавостта в зависимост от конкретните области (която по принцип наистина заслужава одобрение и е логична), тогава е трудно едновременно с това да се поддържа твърдението за първостепенното значение и императивната необходимост от единен режим, който се характеризира с цялостна съгласуваност.

90. На последно място, бих искал да отбележа по-скоро за изчерпателност, че е налице и времеви елемент. Разглежданото по настоящото дело изискване не е константно. То се е променяло няколкократно. Това е видно от факта, че жалбоподателката, макар и семейна, е можела да придобие право на пенсия за осигурителен стаж и възраст при навършване на 60-годишна възраст, преди GRA да влезе в сила през 2005 г. (вследствие на прилагането на решение Richards). Това обаче би било възможно и след влизането в сила на Закона за брака от

<sup>51</sup> Подобна липса на съгласуваност е изрично подчертана от ЕСПЧ в решението му от 11 юли 2002 г., Goodwin с/у Обединено кралство (СЕ:ЕCHR:2002:0711JUD002895795, § 78). „В настоящия случай, както и в редица други, джендър промяната на жалбоподателката е извършена от националната здравна служба, която признава наличието на джендър дисфория и осигурява по-специално джендър промяна чрез операция с цел постигане на една от главните цели — възможно най-цялостно превъпласване в пола, към който транссексуалното лице приема, че действително принадлежи. Съдът изразява своето учудване от факта, че въпреки всичко джендър промяната, която е законно осигурена, не получава пълно юридическо признаване, което би могло да се разглежда като последен и завършващ етап в рамките на продължителния и труден процес на трансформация, през който е преминало транссексуалното лице. Съгласуваността на административните и правни практики в рамките на националната система трябва да се счита за важен фактор при преценката, извършвана съгласно член 8 от Конвенцията“.

<sup>52</sup> Вж. например членове 10—21 и приложения 1—6. Приложение 5 урежда в частност особеностите във връзка с обезщетенията и пенсиите.

2013 г. Следователно само една (формирана по възраст) група трансгендър лица в известен смисъл попада в пролуката между два различни правни режима. Така отново не се потвърждава тезата за ключовата цялостна съгласуваност на системата, този път по отношение на нейното времево измерение.

91. В обобщение, изтъкнатите от правителството на Обединеното кралство доводи относно нуждата от яснота и съгласуваност, макар по принцип да изглеждат неоспорими, са неубедителни в контекста на конкретното дело.

#### *4. Довод № 4: изискването не е в противоречие с основните права*

92. В становището си правителството на Обединеното кралство се позовава в значителна степен на съображения, свързани с правата на човека, и на практиката на ЕСПЧ. С това подкрепя твърдението си, че условието лицето да бъде несемейно, не е в противоречие с правото на Съюза. Това правителство се позовава по-специално на решенията на ЕСПЧ по делата Parry c/y Обединено кралство и R. и F. c/y Обединено кралство<sup>53</sup>, както и по дело Härmäläinen c/y Финландия<sup>54</sup>. В тези решения условието относно брака е обявено за съвместимо с член 8 (право на зачитане на личния и семейния живот) и член 12 (право на сключване на брак) от Конвенцията.

93. В решенията по дела Parry c/y Обединено кралство и R. и F. c/y Обединено кралство ЕСПЧ разглежда по-конкретно предвиденото в GRA изискване лицето да бъде несемейно. Жалбите са обявени за явно неоснователни. В своето тълкуване на член 8 от Конвенцията в контекста на тези дела ЕСПЧ отдава голямо значение на факта, че жалбоподателите са могли да продължат връзката си в рамките на гражданско партньорство, запазвайки почти същите законови права и задължения. Така бил постигнат справедлив баланс между засегнатите интереси. Последниците от предвиденото в GRA изискване лицето да бъде несемейно не са счетени за непропорционални. По отношение на твърдяното нарушение на член 12 от Конвенцията ЕСПЧ припомня, че тази разпоредба закрепва традиционното разбиране за брака като съюз между мъж и жена. Този съд приема, че въпросите на еднородните бракове попадат в обхвата на свободата на преценка на договарящите се страни.

94. Предмет на разглеждане от големия състав на ЕСПЧ по дело Härmäläinen c/y Финландия е изискване, подобно на разглежданото в настоящия случай. Въпросното дело се отнася до трансгендър лице, което се е подложило на операция за джендър промяна от мъж към жена и има сключен брак с жена. Съгласно финландското право, за да получи юридическо признаване на джендър промяната, лицето е длъжно да трансформира брака си в гражданско партньорство. ЕСПЧ отбелязва липсата на европейски консенсус, както и деликатните морални и етични въпроси, които са засегнати. Той признава на държавата широка свобода на преценка<sup>55</sup> и внимателно разглежда възможностите пред жалбоподателката за заместване на брака с гражданско партньорство. ЕСПЧ все пак постановява, че финландската правна уредба не е непропорционална и че е бил постигнат справедлив баланс между засегнатите конкуриращи се интереси. ЕСПЧ стига до същия извод и по отношение на член 12 от Конвенцията. Отхвърлено е и оплакването на жалбоподателката по член 14 от Конвенцията (недопускане на дискриминация) във връзка с членове 8 и 12 от нея, тъй като в това отношение не е установено достатъчно за целите на сравнението сходство между положението на циссексуалните и транссексуалните лица.

53 Вж. решения на ЕСПЧ по допустимостта, от 28 ноември 2006 г., Parry c/y Обединено кралство (СЕ:ЕCHR:2006:1128DEC004297105) и R. и F. c/y Обединено кралство (СЕ:ЕCHR:2006:1128DEC003574805).

54 Решение от 16 юли 2014 г., Härmäläinen c/y Финландия (СЕ:ЕCHR:2014:0716JUD003735909).

55 Решение от 16 юли 2014 г., Härmäläinen c/y Финландия (СЕ:ЕCHR:2014:0716JUD003735909, § 74 и 75).

95. Релевантността на посочената по-горе практика на ЕСПЧ като цяло не се оспорва. Съгласно член 52, параграф 3 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наличана по-нататък „Хартата“), доколкото тя съдържа права, съответстващи на права, гарантирани от Конвенцията, техният смисъл и обхват са едни и същи.

96. При все това, както бе ясно подчертано в част Б по-горе, разглежданият в настоящото производство въпрос *не* се отнася до правото на семеен живот (член 7 от Хартата) или правото на встъпване в брак (член 9 от Хартата), които са равностойни на предвидените в членове 8 и 12 от Конвенцията.

97. Ето защо не е необходимо да се разисква въпросът дали гарантираната от правото на Съюза защита е по-висока от тази, която предвижда Конвенцията, или дали предоставената от ЕСПЧ широка свобода на преценка относно еднополовите бракове на фона на „липсата на европейски консенсус“ в по-широк европейски мащаб е напълно приложима в рамките на Съюза. Просто въпросът в основата на настоящото производство не е този дали условието лицето да бъде несемейно е съвместимо с посочените основни права.

98. Настоящото дело се отнася до предвидената в Директива 79/7 забрана за дискриминация, основана на пола, в сферата на социалното осигуряване. Безспорно е, че правото на недопускане на дискриминация, основана на пола, е едно от основните права, предвидени в Хартата и в по-широката система на правото на Съюза<sup>56</sup>. То намира конкретен израз в редица актове на вторичното право, и по-специално, за целите на настоящото дело, в Директива 79/7. Това е правната рамка на анализа по настоящото дело, изложен в предходните раздели.

99. Изтъкнатите от правителството на Обединеното кралство доводи включват позоваване на различни основни права: правото на личен и семеен живот и правото на встъпване в брак. Дискусията относно съответствието с тези основни права несъмнено е релевантна за потенциалната преценка на националното законодателство по отношение на брака и гражданското състояние. Тя обаче съвсем не е релевантна с оглед на конкретния въпрос по настоящото дело, който се отнася до достъпа до държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст съгласно Директива 79/7.

100. В обобщение, обстоятелството, че дадена разпоредба е съвместима с определени основни права (може да се приеме, че в случая това са правото на семеен живот и правото на встъпване в брак), е с ограничена релевантност за преценката на съвместимостта на такава разпоредба с актове на вторичното право на Съюза, уреждащи конкретни права на физическите лица (в случая — правото на недопускане на дискриминация, основана на пола, в сферата на социалното осигуряване).

### ***Г. Заключителни бележки***

101. Бих искал да добавя пет заключителни бележки.

102. Първо, изложените в предходните раздели на настоящото заключение съображения изясняват (надявам се), че в случая не става въпрос за еднополов брак. Както вече бе отбелязано, съгласно практиката на Съда държавите членки продължават да разполагат със свобода на преценка по въпроса дали да признаят еднополовите бракове. Накратко, проблемът в настоящия случай е, че при обединяването на няколко различни условия се получава една твърде странна (а с оглед на правото на Съюза — и проблематична) конфигурация.

<sup>56</sup> Както е постановил Съдът и в периода преди приемането на Хартата, вж. например решения от 15 юни 1978 г., Defrenne (C-149/77, EU:C:1978:130, т. 26 и 27) и от 30 април 1996 г., P/S (C-13/94, EU:C:1996:170, т. 19).

103. Второ, предоставеният отговор се отнася единствено до обезщетенията, обхванати от Директива 79/7. Той е приложим само за обезщетения, които не са свързани със семейното положение.

104. Трето, настоящото дело се отнася до едно уникално и необикновено положение, което трудно се вписва в традиционния двоичен модел на разграничаване, който е в основата на забраната за дискриминация, основана на пола. Обстоятелствата по делото трябва да се разглеждат от тази перспектива. Става въпрос за ограничен брой лица, които се сблъскват със значителни трудности, често в положение на уязвимост. Проблемът се корени в сложната човешка действителност, която с течение на времето отделните правни системи се опитват да настигнат и в чиито условия личното положение на лицата често се оказва сериозно засегнато от непрекъснати законодателни промени.

105. Четвърто, в тематичното поле, очертано от първите три бележки, се вписва и характерът на въпросното изискване. Въпросът за сравнимостта беше обстойно обсъден в настоящото заключение. Все пак това на моменти доста техническо обсъждане не би следвало да измества огромното въздействие, което необходимостта лицето да иска унищожаване на брака си, за да се признае новото му положение, което то едва ли е избрало по своя воля, би имало върху личния живот и преживявания, нелишени вероятно и до момента от трудности в резултат от промените.

106. На пето и последно място — но може би най-важното с оглед на бъдещето — сложните проблеми в настоящия случай възникват именно поради факта, че в конкретната разглеждана област, а именно тази на пенсиите за осигурителен стаж и възраст, продължава да съществува дерогация от принципа на равно третиране съгласно член 7, параграф 1, буква а) от Директива 79/7. Нейният изключителен характер се дължи не само на това, че дава възможност за дерогирание на един от най-основните принципи на правото на Съюза, допускащ пряка дискриминация, основана на пола, но и на обстоятелството, че преди 38 години се е очаквало тя постепенно да изчезне чрез изравняването на пенсионната възраст за мъжете и жените.

107. Както посочва запитващата юрисдикция, в Обединеното кралство пенсионната възраст за мъжете и жените постепенно ще бъде изравнена и ще стане еднаква. По този начин източникът на проблема там, както и в други държави членки, би следвало също да отпадне.

## V. Заключение

108. По изложените съображения предлагам на въпроса, отправен от Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство), да се отговори по следния начин:

„Член 4, параграф 1 от Директива 79/7/ЕИО на Съвета от 19 декември 1978 година относно постепенното прилагане на принципа на равното третиране на мъжете и жените в сферата на социалното осигуряване трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска, в допълнение към изпълнението на физическите, социалните и психологическите критерии за признаване на джендър промяна, да се прилага и изискване лице, преминало джендър промяна, да бъде несемейно, за да може да придобие право на държавна пенсия за осигурителен стаж и възраст“.