

Относно: Конституционно определение на пола идентичност и пол в България

Въведение

Често се случва юристите да спорят за дефиниция на факт или обстоятелство, което изглежда значително в по-голям план. Всеки юрист знае, че правилните дефиниции променят коренно значението на всеки документ. В този аспект е важно да се определи дали Българската конституция приема биологичното значение на пола или интерсекционната дефиниция на пола. Кое е това определение което най-правилно да съответства на чл. 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи и чл. 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз.

Решението на този проблем, следва да отговори на следните два въпроса;

(1) Дали спазването на международното право, особено това на Европейския съюз, позволява строго биологично определение на пола в Българската конституция?

(2) Българското право, по-специално чл. 5, ал. 4 и чл. 4, ал. 3 от Българската конституция, допълва ли Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи 1950 г.?

В рамките на отговорите на тези два въпроса следва да се вземат решенията за хора, преминали през операция за смяна на пола и желаещи да получат съответно българска лична карта за идентичност и защита от дискриминация.

Закон и анализ

1. Европейският съюз позволява на държавите-членки да определят пола като чисто биологичен показател.

Европейският съюз никога не е защитавал концепцията за самоидентификация на пола чрез законодателство.¹ Европейският съюз определи половата идентичност като „социално изградени роли, поведения, дейности и атрибути, които дадено общество счита за подходящи за жените и мъжете“.² Докато антидискриминационните закони защитават хората, преминали през процедура за смяна на пола, законите относно достойнството, неприкосновеността на личния живот и равенството между половете се позовават само на

¹ The European Commission. (June 2020). *Legal gender recognition in the EU*. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7341d588-ddd8-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en#>

² *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic Violence*. (2011). 11V.2001. Art 3, paragraph c.

ИНСТИТУТ ЗА ПРИНЦИПИТЕ НА ПРАВОТО

думата „пол“, а не на половата идентичност.³ Самите закони, които се позовават на операцията за смяна на пола, споменават само мъже и жени.⁴

Европейският съюз не разглежда пола като ограничен до мъжете и жените.⁵ Полът вече включва и небинарните полови идентичности.⁶ Съветът на Европа публикува препоръки до държавите-членки за „борба с дискриминацията на основание сексуална ориентация или полова идентичност“.⁷ Времето на публикуване е важно, тъй като медицинската разлика между пола и половата идентичност бе затвърдена през 1999 г. Световната здравна организация обяви пола и половата идентичност за различни през 2008 г. и повтори това становище през 2011 г.⁸

В рамките на Европейския съюз отделните държави-членки имат право да определят правните условия на лице, което е преминало през смяна на пола.⁹ В различни подзаконовни законодателни актове на Европейския съюз, сексуалната дискриминация е тълкувана като основана не само на това, че някой е от определен биологичен пол, но и отнасяща се до хора, преминали през „смяна на пола“.¹⁰

Отделните държави-членки следва да създадат закони и политики, във връзка със съответните договори в Европейския съюз. Това включва Хартата на основните права на Европейския съюз от 2012 г. Тази харта включва политики за борба с дискриминацията. Член 21 определя какво е забранена дискриминация. В него се казва: „Всяка дискриминация въз основа на каквато и да е основа, като пол, раса, цвят на кожата,

³ The European Commission. (June 2020). *Legal gender recognition in the EU*. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/legal_gender_recognition_in_the_eu_the_journeys_of_trans_people_towards_full_equality_sept_en.pdf. Page 203-04

⁴ Directive 2006/54/EC (2006); Art. 29

⁵ European Commission. (2020, November 12). *Union of Equality: The Commission presents its first-ever strategy on LGBTIQ equality in the EU*. European Commission - European Commission. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2068.

⁶ *Id.*

⁷ Committee of Ministers. (2010, March 31). *Recommendation CM/Rec(2010)5*. Council of Europe. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a.

⁸ World Health Organization. (2015, May 14). *Glossary of terms and tools*. <https://www.who.int/gender-equity-rights/knowledge/glossary/en/>.

Source: WHO, *Gender mainstreaming for health managers: a practical approach*, 2011

⁹ *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, Case C-423/04 [2006] ECR I-03585. Para 21

¹⁰ *Id.* at para 24 (citing Council Directive 76/207/EEC (1976) [Repealed]); *See Also* Directive 2006/54/EC para 3



етнически или социален произход, генетични особености, език, религия или убеждения, политически или други мнения, членство в национално малцинство, собственост, раждане, увреждане, възраст или сексуална ориентация са забранени."¹¹ Освен това в Хартата на основните права член 23 гласи: „Равенството между жените и мъжете трябва да бъде гарантирано във всички области. . . равенството не възпрепятства запазването или приемането на мерки, осигуряващи специфични предимства в полза на недостатъчно представения пол.“¹²

Както беше посочено, ЕС бе наясно с разликата между пола и половата идентичност през 2012 г. Следователно използването на термина „пол“ при описване на мъже и жени вместо „мъже“ и „жени“ показва, че законодателството на ЕС, поне до 2012 г., бе създадено с убеждението, че полът и половата идентичност са биологични обозначени. Следователно тези части от законодателството на ЕС забраняват биологичната дискриминация, основана на пола.

Тогава въпросът е следният, може ли биологичното определение за пола да бъде задоволително за българското законодателство като държава-членка на Европейския съюз?

За да може България да определи пола като просто биологично разграничение, България трябва да направи изключение, което защитава хората, преминали през операция за смяна на пола. Всъщност биологичната дефиниция може дори да се използва като повод за засягане на горепосочените антидискриминационни закони. Предвид подхода на Западна Европа към пола и половата идентичност, България трябва отново да декларира своя подход към пола и половата идентичност.

2. Българските закони относно неприкосновеността на личния живот и дискриминацията предполагат, че полът е биологичен и само добавя към международните защити

Член 5, ал. 4 от българската конституция гласи: „Международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната.“¹³ Член 4, ал. 3 от българската конституция гласи, “Република България участва в изграждането и развитието на Европейския съюз.”¹⁴ Съответните части на Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи включващи части от значение за дискусиата са раздел 1, член 8 (Право

¹¹ *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. European Union (2012). Article 21, , 2012/C 326/02.

¹² *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. European Union (2012). Article 23, , 2012/C 326/02.

¹³ Constitution of the Republic of Bulgaria, Art. 5, para. 4, (2007)

¹⁴ *Id.* at Art. 4, para 3

ИНСТИТУТ ЗА ПРИНЦИПИТЕ НА ПРАВОТО

на зачитане на личния и семейния живот) и Протокол № 12, член 1 (Обща забрана на дискриминацията) . И двата раздела съществуват в българското законодателство. Зачитането на личния живот съществува в член 32, параграф 1 от българската конституция. Забраната за дискриминация съществува в член 6 от българската конституция, освен това и в Закона за защита срещу дискриминацията.

Член 32, параграф 1 от българската конституция гласи, “Личният живот на гражданите е неприкосновен. Всеки има право на защита срещу незаконна намеса в личния и семейния му живот и срещу посегателство върху неговата чест, достойнство и добро име.”¹⁵ Освен това България определя пола като биологичен в закона за защита на личните данни. Член 5, параграф 3 от този закон забранява обработването на лични данни, които „се отнасят до здраве, сексуален живот или човешки геном.”¹⁶

На пръв поглед изглежда, че полът в българското законодателство се определя като генетичен и биологичен.

При тълкуване на международни договори, които посочват пола като социална конструкция, Българският конституционен съд заяви, „ако обществото загуби способността да прави разлика между жена и мъж, борбата срещу насилието над жени остава само формален, но невъзможен ангажимент.”¹⁷ Ако разликите между жените и мъжете се изтрият, тогава обществото ще се сблъска с повече проблеми, отколкото невъзможността да се бори с насилието, основано на пола. Българските закони за хетеросексуалните бракове ще бъдат неприложими. Приютите за жертви на домашно насилие, които не достигат,¹⁸ позитивната дискриминация, безопасността в затворите и събирането на основни данни стават допълнителни трудни за решаване въпроси.

Тъй като тези проблеми понастоящем се решават от българското правителство, следва, че полът се счита за биологично определен. Освен това, ако полът трябва да се разглежда като просто социален или психологически въпрос, тогава специална защита за хората, преминали през процеса на смяна на пола, би била ненужна.¹⁹ Тази защита обаче

¹⁵ *Id.* at Art 32, para 1.

¹⁶ *Law for the Protection of Personal Data*, Art 5. Para 3. Amend. – SG 103/05

¹⁷ 13 R.E. Constitutional Court of the Republic of Bulgaria. Sofia, 27 July 2018. обн., ДВ, бр. 65 от 07.08.2018 г. [ShowHtmlContent - Constitutional Court of the Republic of Bulgaria \(constcourt.bg\)](http://constcourt.bg).

¹⁸ Todorov, S. (2020, May 28). *Bulgaria Charity Warns Domestic Violence Worsening in Pandemic*. Balkan Insight. <https://balkaninsight.com/2020/05/28/bulgaria-charity-warns-domestic-violence-worsening-in-pandemic/>.

¹⁹ *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, Case C-423/04 [2006] ECR I-03585. Para 21



ИНСТИТУТ ЗА ПРИНЦИПИТЕ НА ПРАВОТО

се оказва необходима както в международното право, така и от вътрешното българско право.²⁰

От тук следват други два въпроса:

(1) дали българското вътрешно законодателство насърчава дефинирането на пола като биологично определен и

(2) дали българската конституция добавя към международните си задължения, тези създадени от Европейския съюз?

(1) Дефиницията за пола като биологично определен е логична и не противоречи на съществуващото към момента законодателство, конституция и съдебна практика. Възможно е обаче да се създаде изменение на българския закон, което да създава специфична разлика между пола като биологично понятие и половата идентичност като социално или психологическо понятие. Въпреки че това е възможно, то към момента не е от значение за разглеждания въпрос.

(2) Да. Българското отхвърляне на определението за полова идентичност на Истанбулската конвенция, макар и да не е уникално, е различно от подхода на други държави-членки като тенденция в европейското право. Но явната твърда позиция на България по отношение на пола като биологично определение е много по-ясна и последователна от позицията на Европейския съюз по този въпрос.

Извод

Както по международното, така и по вътрешното право, българският конституционен съд може и трябва да дефинира пола като биологично определен. Практиките на Европейския съюз, които не са признати в България, предполагат пола и половата идентичност да бъдат биологично разграничени.

Вътрешното законодателство многократно е използвало „мъже“ и „жени“ като взаимозаменяеми с „мъжко“ и „женско“. Според българското законодателство понастоящем не може да се приеме определение за пол, което неоснователно да подчертава психологически или социални определения за пол или полова идентичност. Докато България защитава от дискриминация хора, които са преминали през процес на смяна на пола, както е описано от Европейския съюз, българската конституция и законодателство дефинира пола като биологично определен съгласно конституционното право.

22.06.2021 г.

Председател на Борда на Институт за Принципите на Правото
Лъчезар Попов.

²⁰ *Law of Protection from Discrimination*. Art 4(1), Art 17. para 18, Art 24(1), and Art. 38.

