

ДО

Вх. № 217 К1

Дата 27.05.21 г.

**КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
По к.д. № 6 от 2021 г.**

На Ваш № 111 КД/29.04.2021 г.
получено по имейл на 07.05.2021 г.

ПРАВНО МНЕНИЕ

на д-р Велина Тодорова,
доцент в Института за държавата и правото при БАН и Юридическия факултет на
ПУ „П. Хилендарски“

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

С определение от 29.04.2021 г., по конституционно дело № 6/2021 г., Конституционният съд е допуснал за разглеждане по същество искането на общото събрание на Гражданската колегия на Върховния касационен съд за даване на задължително тълкуване на чл. 6, ал.2 и чл. 46, ал. 1 от Конституцията във връзка с отговор на следния въпрос: **„Как следва да се разбира понятието „пол“, използвано в Конституцията и има ли то смисъл, различен от биологичен пол?“**

С писмо № 111 КД/29.04.2021 г. към мен е отправена покана да представя правно мнение по предмета на делото.

По въпроса, предмет на делото пред Конституционния съд, изразявам следното мнение, като *не възразявам* то да бъде публикувано на страницата на Съда:

Конституцията (КРБ) употребява понятието „пол“ в чл.6, ал.2 като белег на личното положение, който не може да е основание за ограничение на правата или привилегии, тъй като всички хора по рождение са свободни и равни по достойнство и права (чл.6, ал.1 КРБ). Предвид липсата на легална дефиниция на понятието, може да се приеме, че то е било употребено в общоприетия смисъл на биологичен пол: жена или мъж, според анатомичните характеристики при раждането и е неизменен в живота на човека. Полът, се регистрира в Акта за раждане и става част от гражданскоправния статус на лицето. Гражданският, или юридическият, пол определят и някои права, например, правото на мъж и жена да сключат граждански брак (чл.46, ал.1 КРБ).

Това е коректното историческо тълкуване на понятието, тъй като можем да предположим, че към момента на приемане на Конституцията, дебат по съдържанието на понятието и правното признаване на промяна на пола не е воден в България. Поради това историческото тълкуване ни води до **най-тясното обяснение** на понятието „пол“.

Понятието за „пол“, както и много други правни понятия, не може да бъде застинало и неизменно. Развитието на обществените отношения и на науките, които се занимават с „пола“, например медицинските, хуманитарните и обществените, водят да

промяна в разбирането за „пол“. Поради това съвременното разбиране за „пол“, употребено в чл. 6, ал. 2 КРБ не може да не отчита фактите и еволюцията в науките за човека, но и на правото, гарантиращо права на човека в защита на неговото достойнство. Ако тълкуването на понятията и нормите на Конституцията остава на ниво исторически анализ, нито върховният закон, нито останалото законодателство ще може да предостави ефективна регулация на обществените отношения и защита на правата на човека.

Конституционният съд споделя и прилага доктрината за еволютивното тълкуване на Конституцията. Обобщено тази доктрина е представена в Решение на КС № 3 от 2020 г. по к.д. № 5/2019 г., но и в Решение № 4/2012 г. по к. д. № 14/2011 г., където се приема, че: *„Тълкуването се свързва пряко с ефективността на Основния закон. Доколкото Конституцията е живо, действащо право, има пряко и непосредствено действие и стои на върха на пирамидата от нормативни актове, тази функция е от особено значение за правната система като цяло. За виталността на една Конституция като „жив организъм“ се съди по способността ѝ да се приспособява към постоянно изменящите се обществени отношения и достижения на правното мислене. Изоставянето на стари интерпретации и възприемането на нови виждания относно съдържанието на отделни конституционни норми е присъщо на практиката на всяка конституционна юрисдикция и Конституционният съд не прави изключение..... Конституционният съд, след като е произнесъл решението си, не може да го отмени. Той обаче не е обвързан "завинаги", от своите правни разбирания. Развитието на правото е обективен процес, което позволява тълкуването на правните разпоредби да бъде "отворено" и към други виждания, както и да държи сметка за осъществените междувременно промени в цялостния социален контекст. Аргументите за стабилност на съдебната практика и за еднакво произнасяне по сходни случаи за в бъдеще нямат по-голяма тежест в сравнение със съображенията за правото като продукт на общественото развитие и еволюцията на правното мислене, като всяко отклонение от съществуващата практика трябва да бъде обосновано и оправдано. Поради това при обществена необходимост и социална оправданост Конституционният съд може да формира нови разбирания и нови правни категории, повлияни от еволютивното правно мислене и от оценката на променените обстоятелства.“*

Еволютивно правно мислене, основано на телеологично и ценностно нормативно тълкуване на Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи е водещо и за Европейския съд по правата на човека. Това създава предвидимост и сигурност на правопорядъка в рамките на Конвенцията, присъщ на принципа за върховенството на правото. Съдът се ръководи от защитата на индивидуалните права на човека и поддържане и насърчаване на идеалите и ценностите на демократичното общество, което предполага „плурализъм,

* Поднасям извинения на уважаемия Конституционен съд за дългия цитат от собствените му решения. Целта е да улесня евентуалните читатели на мнението ми от страницата на съда.

толерантност и широки възгледи“, като винаги започва от принципа за защита на човешкото достойнство.¹

Съвременното обяснение за „пола“ е, че той се определя както от биологични (анатомични, генетични или хромозомни), така и от социални, и психологически фактори.² Социалните и поведенческите науки развиват и понятието за **полова идентичност**, като я определят като усещането за себе си като мъж или жена.³ Половата идентичност включва повече от анатомичната му определеност - тя включва вътрешното познание и външния израз на нечий пол. Понятието **полова идентичност** не отхвърля биологичното разбиране за пола, а само го обогатява като въвежда като значим фактор и половото самоопределяне от всеки, като израз на свободата да осъзнаваме и определяме собствената си идентичност.⁴ Изследванията на пола довеждат и до нов подход към феномена интерсексуалност, вкл. медицински, юридически и правозащитен.⁵

По-широкото понятие за пол, което обхваща биологичния пол, но и половата идентичност, не е чуждо на правната мисъл, законодателството, както и на съдебната практика в България. Само две години след приемането на Конституцията, проф. Л. Ненова публикува статия, в която обсъжда някои правни проблеми на смяната на пола.⁶ Освен в Конституцията, понятието се използва и в други закони като например Закона за гражданската регистрация, Закона за защита от дискриминация, Закона за българските лични документи. През 2015 г. в резултат от въвеждането в националното законодателство на изискванията на Директива 2006/54/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 5 юли 2006 г. за прилагането на принципа на равните възможности и равното третиране на мъжете и жените в областта на заетостта и професиите (преработена) в случаите на защита от дискриминация при промяна на пола, към § 1 от ДР на Закона за защита от дискриминация се добавя нова т.17, която гласи, че

¹ Вж. Дейвид Харис, Майкъл О' Бойл и др. Право на Европейската конвенция за правата на човека. Сиела-Норма, София, 2015 г., с. 8 и сл.

² Вж. C.L. Martin, L. Dinella. Gender related development in International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2001, на: <https://www.sciencedirect.com/topics/medicine-and-dentistry/gender-identity> посетен на 26.12.2020 г. Становище и цитираната л-ра, както и

³ *Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality*. EU Commission, DG Justice and Consumers. June 2020, с. 27-28. *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*. European Commission's Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field. 2018, с. 34 и сл., достъпна на: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf Също и: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/gender-definitions/whoeurope-brief-transgender-health-in-the-context-of-icd-11> също така и: *Living Free and Equal. What States are Doing to Tackle Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People*. UN, 2016. (посетени на 12.12.20 г.)

⁴ Вж. Принципи на Джокяхарта, изработени през 2006 г., допълнени през 2017 г., от 29 уважавани експерти по правата на човека, които прилагат международното право по правата на човека по отношение на сексуалната ориентация и половата идентичност: *The Yogyakarta Principles. Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*. 2007: https://data.unaids.org/pub/manual/2007/070517_yogyakarta_principles_en.pdf , също така и *Yogyakarta Principles Plus 10*: <http://yogyakartaprinciples.org/preamble-yp10/> , посетени на 10.12.2020 г.

⁵ Вж. Решение 147, 1 на първи Сенат от 10.10.2017 г. в: Избрани решения на Федералния конституционен съд на ФР Германия. Издание на Фондация „Конрад Аденауер“ и Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2019 г., с.166-167 и др.

⁶ Както посочва проф. Ненова, „Показателен е фактът, че събитието (операция за промяна на пола, б.м.) се наблюдава не само в утвърдените демократични общества, а и в страни, дълго време подвластни на ограничено догматично мислене и многобройни табута“. Л. Ненова, Правни проблеми на смяната на пола. Общество и право, кн.4, 1993 г.

„признакът "пол" по чл. 4, ал. 1 включва и случаите на промяна на пола“.⁷ Така се постига *разширяване на понятието за „пол“*, въпреки че целта на този закон не е въвеждането на позитивна уредба на промяната на пола.

Законодателството не забранява промяната на пола, въпреки липсата на позитивноправна уредба. Законът за гражданска регистрация я допуска, а Законът за българските лични документи предвижда правни последици от промяната в пола: задължение за подаване на заявление за издаване на нови български лични документи при промяна на пола на лицето (чл. 9, ал. 1). През 2015 г. министърът на здравеопазването издава Наредба № 6/24.08.2015г. за утвърждаване на медицински стандарт „Пластично-възстановителна и естетична хирургия“, в т.5 – „Категоризация и описание на хирургичните операции в областта на пластично-възстановителната и естетична хирургия“, където сред операциите с голям обем и сложност, „голяма“ хирургия, в т.5.3.1.31 са посочени и „операции за смяна на пола“.

Изводът е, че законодателят, в съответствие с общественото развитие признава, че съществуват хора (макар и малко на брой), които осъзнават половата си идентичност като различна, от приписания им при раждането пол. Което доказва, че транссексуалността не е идеология, а става въпрос за хора, и български граждани, чиито права също са гарантирани от Конституцията.⁸

Широкото разбиране за „пол“ се приема и в съдебната практика. Изследване на практиката по дела за промяна на пола от 2000 до 2012 г. е позволило следния извод: „...за водещ фактор при вземане на решение се приема самоопределянето на индивида. Докато по-отдавнашни решения вземат предвид на първо място влиянието на смяната на пола върху третите лица, които биха имали отношения с транссексуалното лице и обществения интерес, както и определящото значение на биологичния пол и свързаните с него репродуктивни способности, то решения от последните години поставят основен акцент върху самосъзнанието и самоопределянето на лицето, удостоверени чрез сексологичната и психологическа експертиза.“⁹ В постоянната си практика до момента Върховният касационен съд се придържа към това разбиране с единственото изключение - Решение № 119/ 14.02.2019 г. по гр.д. №4104/ 2017 г. на трето г.о.

Изводът е, че понятието за „пол“ има по-широк обхват от биологичното (физиологичното) му обяснение. В съвременния български език, както и в езика на обществените и хуманитарните науки, на медицината и психологията, понятието носи всички посочени вече значения: биологичен, анатомичен, генетичен, хромозомен, социален и психологически пол.¹⁰ Това разбиране следва да вложим и в понятието, употребено в чл.6 от Конституцията.

⁷ Вж. Мотиви към проекта на Закон за изменение и допълнение на Закона за защита от дискриминация.

⁸ Вж изследвания на ЕК и ФРА: *Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality*. EU Commission, DG Justice and Consumers. June 2020, с. 27-28.

⁹ Вж. Смяна на пола на транс и интерсексуални хора в България. Изследване на правната рамка и съдебната практика и стратегия за подобряването им. Фондация „Ресурсен център Билитис“ с подкрепата на адвокатско съдружие „Грозев и Добрева“. Достъпно в интернет.

¹⁰ Вж. Становище по тълк. д. № 2/2020 г., ОСГК на ВКС, депозирано в деловодството на Върховния касационен съд под вх. № 7906/15.10.2020 г. от Професионален сайт „Предиизвикай правото!“ чрез д-р Васил Петров.

С уважение, доц. Велина Тодорова

26.05.2021 г.