

# КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

Вх. № 230 RD № 6  
Дата 1.11.2021 г.

До професор д.ю.н. Борис Велчев  
Председател на Конституционния съд на  
Република България

В отговор на Ваше писмо № 111КД/29.04.2021 г.

## ПРАВНО МНЕНИЕ

по предмета на КД № 6/2021 г.

от професор д-р Върбан Стоянов Ганев, дбн,  
Медицински факултет, Софийски университет „Св. Климент Охридски“

във връзка с постъпило искане от Гражданската колегия на Върховния касационен съд (ВКС) за тълкуване на чл. 4, ал. 3, чл. 5, ал. 1, 2, 4, чл. 6, ал. 2, чл. 13, ал. 3, чл. 14, чл. 32, ал. 1, чл. 46 и чл. 47 от Конституцията на Република България (Конституцията) и за установяване дали съответства на чл. 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи (КЗПЧОС) и на чл. 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз (ХОПЕС) понятието „пол“, възприето от Конституцията, по следните въпроси: 1. Какво е обяснението на понятието „пол“, възприето от Конституцията, и има ли то самостоятелно психологическо и/или социално изражение, различно от биологичното? 2. Как е решен на конституционно ниво въпросът за баланса между понятието „пол“, възприето от върховния закон, и правото на личен живот по чл. 32, ал. 1 от Конституцията в аспекта на възможността държавните органи на Република България да зачетат последиците от личната идентификация на български гражданин, който се е самоопределил към пол, различен от биологичния? 3. Признават ли чл. 5, ал. 4, а и чл. 4, ал. 3 от Конституцията на Република България предимство на чл. 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, съставена в Рим на 4 ноември 1950 г. (КЗПЧОС, ратифицирана със закон – ДВ, бр. 66 от 1992 г., обн. ДВ, бр. 80 от 1992 г., изм. бр. 137 от 1998 г., попр. бр. 97 от 1999 г. и бр. 38 от 2010 г.) и на чл. 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз пред обяснението на понятието „пол“, възприето от Конституцията на Република България.

**Въпрос 1. Какво е обяснението на понятието „пол“, възприето от Конституцията, и има ли то самостоятелно психологическо и/или социално изражение, различно от биологичното?**

Конституцията не дава определение и обяснение на понятието „пол“. Разбирането за пол се заявява при еднозначното определение на брака като съюз на двата пола (мъж и жена) (Чл. 46. (1) Бракът е доброволен съюз между мъж и жена...), и при декларираната особена закрила на жената майка от държавата (Чл. 47. ... (2) Жената майка се ползва от особена закрила на държавата...). Без съмнение понятието „пол“ в Конституцията се прилага единствено в неговия биологичен смисъл.

Бинарността на пола се основава на хромозомния набор и обикновено осигурява необходимата информация за да се диагностицират и проследяват болни с нарушения в половото развитие. Идеята на половата бинарност е, че има два и само два пола – мъжки и женски, и се очаква всеки индивид да бъде от един от тях. Размножаването при човек е двуполово, за разлика от изключително рядкото (около 0,1% от животинските видове) асексуално (безполово) размножаване, при което един родител клонира своя генотип за да се репродуцира.

Терминологичната промяна от диагнозата на разстройството на джендър идентичността (Gender Identity Disorder) в Diagnostic Statistical Manual (DSM) IV в диагнозата джендър дисфория (Gender dysphoria) в DSM-V е със съществено значение. Разстройството на джендър идентичността подсилва бинарния модел на джендъра и се счита за постоянен и открито патологизиращ етикет. Джендър дисфорията показва, че в много случаи нарушението може да е преходно и симптомите могат да се подобрят или изчезнат с времето, в частност когато някой започне да се чувства по-комфортно с определената му джендър идентичност. Джендър дисфорията отчита, че дисфорията е проблемът, а не идентичността.

Приема се, че 2-10% от момчетата и 5-10% от момичетата се държат различно от пола си при раждане (по-близо до другия пол в някои моменти на детството). DSM-V съобщава разпространеност на джендър дисфория 0.005-0.014% сред възрастни, определени като мъже при раждане и 0.002-0.003% при възрастни, определени като жени при раждане. Отказване е налице когато индивид не продължава да поддържа джендър дисфория в детството. В литературата се съобщават нива на отказване 2-27%. За много семейства чест въпрос е какво ще стане ако детето промени мисленето си в бъдеще. Въпреки, че никой от нас не може да види бъдещето има много фактори, свързани с поддържане на джендър дисфория в по-напреднала възраст. Данните за промените при възрастни са противоречиви. Начални изследвания предполагат, че малък процент (6%) от децата с несъответстващ пол остават такива напред във възрастта и че мнозинството от тях по-късно се идентифицират като гей или лесбийка. По-късни проучвания показват по-висок процент на този тип индивиди, при които джендър дисфория остава налице и при по-висока възраст. Едно проучване в Нидерландия (2008) съобщава, че 27% от младежите в изследваната група държат на желанието си да променят пола си след 12 годишна възраст.

Въпреки че думите джендър и пол са отделни термини с отчетливо различно значение, те често се използват взаимно заменяемо в общността и дори в медицинското съсловие. Полът се определя от човешкия генотип и се отнася до биологичните различия между мъжкия и женския пол, произтичащи от комбинирането на полово специфични молекули и хормони, водещо до развитието на вътрешни и външни репродуктивни органи и вторични полови белези. Докато полът е типична бинарна характеристика, съществува и вариация, означавана като интерсекс или различия в половото развитие (DSD). При нея даден индивид е роден с комбинация на мъжки и женски биологични характеристики, които не съответстват на традиционната дефиниция на пола. В сравнение с по-твърдата дефиниция на пола, джендър е мултидименсионална концепция. Той представлява сложна непрекъснатост от психосоциални само-възприятия, социални конструкти и културно наложени нагласи и очаквания, които хората имат за мъже и жени. Даден индивид може да се идентифицира като мъж (или момче), жена (или момиче) или някъде по спектъра на джендър. Докато идентичността на даден индивид има тенденция да се повлиява повече от техния собствен и общностен приеман джендър, отколкото се влияе полът от

биологичните характеристики, от гледна точка на спорта полът има значително по-голямо отражение върху представянето дължащо се на подлежащите физиологични различия произтичащи от биологичните различия между мъже и жени.

Тестове за проверка на пола започват през 1950 г. в рамките на Международната асоциация по лека атлетика (IAAF) и, по-късно се разширяват в рамките на Международния олимпийски комитет (МОК), през 1968 г. Тестването е задължително за всички състезателки поради опасения, че мъжете спортисти ще се представят като жени, за да получат атлетично предимство. Първоначално тестване за секс проверка включва преглед на голото женско тяло и гинекологични прегледи. В края на 60-те години анатомичните изследвания бяха заменени до голяма степен с тестове, базирани на хроматин, използващи епителни клетки на букален тампон, за да се идентифицира наличието на телце на Barr, инактивирана X хромозома, наблюдавана само при жени с две X хромозоми или Y хромозома. Променливостта на хромозомната инактивация обаче прави тези тестове недостатъчно надеждни за проверка на пола. Това доведе до разработването на генетични тестове през 1992 г., като се използва полимеразна верижна реакция (PCR) за идентифициране на SRY гена или DYZ1 региона на Y хромозомата. Въпреки че тези тестове бяха полезни за откриване на генетични аномалии и за разграничаване на мъже от жени спортисти, мнозина тогава твърдяха, че тези тестове не могат да идентифицират жени с полови предимства. През 1996 г. Световната конференция на МОК за жените и спорта реши, че тестването на пола трябва да бъде премахнато. Изпълнителният комитет на МОК единодушно се съгласи да прекрати практиката на тестове за проверка на пола през 1999 г. В средата на 2000-те години разговорът премина от генетично определяне на пола към изследване на хормони, по-специално тестостерон, за идентифициране на жени спортисти с несправедливо предимство, вместо да се проверява пола. Налице са значителни противоречия относно това дали повишените нива на тестостерон, свързани с хиперандрогенизъм и други DSD или интерсексуални черти, са достатъчна причина да забранят на спортиста да се състезава сред жените. Усилията за смекчаване на подобни спорни дискусии след факта доведоха до създаването на андроген ограничение за квалифицирани жени през 2011 г. Много спортисти твърдят, че тестването на хормони е унижително, дискриминационно спрямо жени с хиперандрогенизъм (т.е. дефицит на 5- $\alpha$ -стероид редуктаза, синдром на нечувствителност към андрогени) и принуждава спортистите да се подлагат на ненужна медицинска намеса, за да участват в спорта. Контраргументът е съсредоточен върху убеждението, че спортист с повишени нива на тестостерон има несправедливо конкурентно предимство пред спортист с типични хормонални нива. Понастоящем регламентите на IAAF предвиждат интерсексуални спортисти или състезателки с определен DSD ограничено да се състезават в женската класификация в състезания от 400 м до 1 миля (1,6 км), освен ако спортистът понижава нивото на тестостерон в кръвта си до определено ниво за 6 месеца преди състезанието. Най-новата Декларацията за консенсус на МОК от

2015 г. заключава, че спортистите, които преминават от мъже към жени и интерсексуални спортисти, имат право да се състезават в женската категория при следните условия: спортистът трябва да идентифицира пола като жена; състезателят трябва да демонстрира общо ниво на серумен тестостерон от 10 pmol/L в продължение на най-малко 12 месеца преди първото си състезание, като изискването за всеки по-дълъг период се определя поверително за всеки отделен случай; спортистът трябва да поддържа общо ниво на серумен тестостерон от 10 pmol/L за желанния период на допустимост. В случай на несъответствие, правото на спортиста да участва в участието на жени се спира за 12 месеца. Транссексуалните спортисти, които преминават от женски на мъжки, имат право да се състезават в мъжка категория без ограничения. Актуализираните разпоредби вече не изискват хирургическа модификация за състезание в нито една категория. Границата на тестостерона е избрана въз основа на проучвания, поръчани от IAAF, при които са анализирани нивата на тестостерон при жени, включително жени със синдром на поликистозните яйчници (PCOS). На ниво колежи Националната колежанска атлетическа асоциация (NCAA) изисква спортисти, които преминават от мъже към жени, да завършат 12 месеца потискане на тестостерона преди да участват в женската категория, без конкретно определена граница на тестостерон. Трансджендърите спортисти, които преминават от жена на мъж и са на хормонална терапия, могат да участват само в категорията мъже и трябва да получат медицинско освобождаване лечение с тестостерон.

Съществува неравенство в спортните постижения въз основа на пола, като мъжете превъзхождат жените средно от 10%. Въпреки увеличаването на участието на жените, тази разлика в представянето остава стабилна от 80-те години на миналия век и се корени в основните физиологични и хормонални различия, основани на пола. Мъжете имат по-дълги крайници, по-плътни кости, по-голяма мускулна маса и сила и по-голям аеробен капацитет, докато жените проявяват по-малко умора на мускулите и по-бързо възстановяване по време на упражнения за издръжливост. Тези физиологични различия са в центъра на спорни дискусии относно класификацията на спортистите от мъжки и женски пол за целите на състезателното спортно участие. Докато тестовете за проверка на пола бяха премахнати през 1999 г., IOC и IAAF сега разчитат на хормонални тестове, по-конкретно налагащи ограничение на тестостерона за спортисти, които се състезават в женската класификация.

**Въпрос 2.** Как е решен на конституционно ниво въпросът за баланса между понятието „пол“, възприето от върховния закон, и правото на личен живот по чл. 32, ал. 1 от Конституцията в аспекта на възможността държавните органи на Република България да зачетат последиците от личната идентификация на български гражданин, който се е самоопределил към пол, различен от биологичния?

Конституцията дава категорична гаранция за неприкосновеност на личния живот на гражданите (Чл. 32. (1) 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.). В нашето законодателство, както и в много други законодателства, неприкосновеността на личния живот не е безгранична. Самоопределянето към пол, различен от биологичния, е лично право. То обаче прави опит да се промени базисна характеристика на индивида, каквито са пол, възраст, раса, при които е налице същностно развитие във времето, но то остава в рамките на характеристиката, поради което може да се каже, че те не подлежат на самоопределяне както фактически, така и в административно-правното пространство.

Разбира се, когато полът е различен от биологичния се касае за промяна във възприятието/усещането за полова принадлежност, което е психосоциална форма на пол. Доколкото Конституцията ясно е определила кой може да изгради семейство (мъж и жена, Чл. 46. (1)), респективно е приела че това са характеристики на биологичния пол, други форми на пол в сегашната Конституция не могат да участват в брачен съюз, въпреки че не им се отнема правото на съжителство, отглеждане на деца в извънсемейна среда и пр. Следва да се отбележи, че в същността си самоопределянето на пол включва нематериалното прилагане като референтни понятия на бинарните характеристики на биологичния пол, респ. черпенето на законови права от това.

Свързан с бинарните характеристики на биологичния пол е един от съществените медицински проблеми на съвременността – нуждата от определяне (присъждане, но по-нататък се използва терминът „определяне“) на пола при деца с двойствени гениталии, което от гледна точка на родителите се възприема като „пол на отглеждането“. Препоръките инициират плетеница от психосоциални и психосексуални последствия за детето и родителите, включително потенциално интензивно лечение с хирургична интервенция и дългосрочни хормонални режими. Исторически препоръките за определяне на пола на деца с двойствени гениталии насочват към фенотипните характеристики на гениталиите; лекарите трябва да определят полът на отглеждането въз основа на това кои считат, че ще бъдат най-функционалните гениталии и ще предложат на детето най-добри възможности за нормалност. Презумпцията е, „определянето на пола“ по-късно ще определи половата идентичност на детето. Но този опростен подход не винаги работи. Все повече доказателства са необходими, тъй като все още сме в етап с оскъдни данни за механизмите на формиране на половата идентичност при тези редки заболявания – нарушения на половото развитие (DSD). Развитието на половата идентичност е комплексно взаимодействие между пренатални и постнатални ендокринни фактори, генетични въздействия и постнатални въздействия на околната среда и психосоциални фактори. От древността до наши дни нито индивидите от мъжки нито индивидите от женски пол съществуват извън обществени и културни норми, понякога символизиращи изключителната мощ и божествен статут. С напредъка на

медицината и науката е налице все по-добро разбиране на „истинския пол“ на тези индивиди. През периода на ранния колониализъм такива индивиди са разглеждани като лица със сгрешена полова идентичност, поради изнесените им извън тялото гениталии или различията на вътрешните им репродуктивни органи по отношение на типичните за определянето на даден пол. През 50-те и 60-те години на миналия век разпространена практика на определяне на пола се е основавала на схващането, че полът на отглеждането се определя от социално-средови фактори. На децата с двойствени гениталии се определя полът, който най-добре съответства на вида на външните гениталии, а не на кариотипа. Препоръките по това време включват ранно определяне на пола с успоредно отглеждане и ранни медицински корекции на гениталиите, включително отстраняване на гонади при определяне на женски пол. Освен това, родителите и семействата са били съветвани да не разкриват интерсексуалното състояние на детето и често тези случаи са попадали в дълбока засекретеност. Поради това действителните резултати от процедурите са неизвестни, съобщават се ограничен брой случаи и са под въздействие на силно отклоняващи фактори. През 1975 година Money съобщава успешно преопределяне (второ определяне) на пола от мъжки в женски пол на малко дете след травматична загуба на пениса. Развита е концепцията да половата неутралност на новороденото, и така се акредитират постнаталното и средовото въздействие като детерминанти на половата идентичност. Въпреки че се установяват неточности в съобщаването на този случай концепцията природа спрямо среда остава влиятелна в работата с деца с двойствени гениталии.

В последните три десетилетия има все повече доказателства за ролята на генетични и пренатални фактори за половата идентичност на индивида. Освен това критиката към предишния период на работата с DSD се засилва от появата на възрастни, които са подложени на ранна интервенция и са имали психологически проблеми като полова дисфория и депресия, както и физикални проблеми поради третиранията им във връзка с определянето на пола. Много хора разглеждат третирането си като злоупотреба с човешките им права и сериозен брой болни страдат от значителен психологически дистрес като възрастни. Повишеният интерес към интерсексуалните състояния напоследък добавя към медицинските дискусии и дебати по етиката, социални и психологически проблеми. Тъй като взети като цяло DSD не са много разпространени данните относно половата идентичност, идентифицирането на половата роля или сексуалната ориентация са ограничени. Определянето на пола при деца, родени с DSD остава един от многото трудни въпроси, с които се срещат клиничните екипи и семействата. Фундаментално значение за процеса на вземане на решение има вниманието към клиничните нужди на болния и постигането на навременна диагноза, за предпочитане чрез работа на мултидисциплинарен екип.

Използването на социално приемлива терминология помага да се улесни приемането на чувствителния подход към дете с DSD или дете/подрасващ с полого несъответствие, което често се

означава като трансджендър. Исторически за описването на индивиди с DSD са използвани термини като хермафродит, псевдохермафродит, транссексуален и пр., които напоследък постепенно се използват все по-рядко. Фокусът върху подходящата терминология е повсеместен и се развива бързо в трансджендърната общност. Въпреки че базисното разбиране на съвременната терминология е важно, без съмнение, също толкова важно е да се следва водещото място на болния и семейството му. Идентифицирането и използването на предпочитаното име, предпочитаната идентичност на пола са важни и трябва да се разбере, кои наименования, ако има такива, са в съзвучие с лицето. Някои болни лесно се идентифицират с означения като „трансджендър“ и подобни. Също така е важно да се документира идентичността на пола по подходящ начин в медицинското досие, на базата на предпочитанията на болния, или например чрез термини като „мъж/жена, определен при раждането“. Ролята на джендър се отнася до действията, интересите и личните маниери, които се разпознават от общността като мъжки или женски. Оценяването на предпочитаният стил на игра е начин да се прецени ролята на джендър. Идентичността на джендър се отнася до усещането на индивида за себе си като мъж или жена. Типично тя се развива до тригодишна възраст и остава трайно. За мнозинството от индивидите тяхната идентичност на джендър е в унисон с техния пол при раждането и те се идентифицират като „цисджендър“. За някои индивиди тяхната идентичност на джендър не е в унисон с техния пол при раждането. Извадка от тези индивиди могат да се идентифицират като „трансджендър“. Те се идентифицират като принадлежащи към другия пол. Идентичността на джендър все повече се счита като спектър от множество нормални варианти.

Половата ориентация се отнася до това от кого се привлича романтично или сексуално даден индивид. Тя включва множество съставки, включително сексуална фантазия, модели на физиологично възбуждане, полово поведение, полова идентичност и социална роля. Въздействие върху нея оказват невроендокринни фактори, генетични фактори, невроанатомични, физиологични и социални фактори. Джендър ролята се представя чрез външния вид, джендър идентичността чрез мозъка и начина на мислене за и разбирането на собствената джендър идентичност, сексуалната ориентация се представя чрез сърцето или към кого е привлечен дадения индивид.

Следва да се каже ясно, че определянето на пол при нарушения на половото развитие (DSD), което най-често се установява още при раждането е сериозен проблем за медицината и науката, за общността и семейството. Този проблем има значими измерения. При решаването му до известна степен в определянето на пола, който се цели да бъде постигнат чрез медицински интервенции, участва и усещането/разбирането на болния и/или неговото семейство. Трудно е да се определи до каква степен този избор и неговите резултати ще бъдат приемани от болния след време, но доколкото става дума за лечебни действия, може да се очаква, че те няма да се отклоняват от добросъвестното им прилагане и в името на максимално възможния положителен медицински резултат за болния. Това по същество е

неизбежен медицински, лечебен избор, който може да се обективизира чрез анатомичното състояние на гениталиите във и извън тялото на болния и медицинския резултат, който се цели. Процесът става при участието на елитни експерти в мултидисциплинарни екипи от генетици, детски ендокринолози, детски гинеколози и уролози, общи и профилирани хирурзи, фармаколози. Всички стъпки се документират, за да може процедурата по определянето на пол да бъде проследима, но и да дава нови знания в бъдеще. Извършването на действията е предприето и продиктувано от медицински причини и цели възможно максималното, според съвременните възможности на медицинската наука и практика, и наличните ресурси коригиране на тези причини. Съществените разлики между самоопределянето на пола и определянето на пола по медицински причини са в целта за постигане на материални здравни ефекти, които могат да се обективизират от професионалната общност при определянето на пола по медицински причини. Осъществяването на такова лечение е регламентирано чрез Наредби на Министерство на здравеопазването на Република България за медицински стандарти на медицински специалности.

**Въпрос 3. Признават ли чл. 5, ал. 4, а и чл. 4, ал. 3 от Конституцията на Република България предимство на чл. 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, съставена в Рим на 4 ноември 1950 г. (КЗПЧОС, ратифицирана със закон – ДВ, бр. 66 от 1992 г., обн. ДВ, бр. 80 от 1992 г., изм. бр. 137 от 1998 г., попр. бр. 97 от 1999 г. и бр. 38 от 2010 г.) и на чл. 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз пред обяснението на понятието „пол“, възприето от Конституцията на Република България.**

Конституцията във визираните във въпрос 3. текстове огласява предимство на международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България пред норми на вътрешното законодателство, които им противоречат. (Чл. 4. ... (3) (Нова - ДВ, бр. 18 от 2005 г.) Република България участва в изграждането и развитието на Европейския съюз. Чл. 5. ... (4) Международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната. Те имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат.)

Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, съставена в Рим на 4 ноември 1950 г. (КЗПЧОС, ратифицирана със закон – ДВ, бр. 66 от 1992 г., обн. ДВ, бр. 80 от 1992 г., изм. бр. 137 от 1998 г., попр. бр. 97 от 1999 г. и бр. 38 от 2010 г.) в своя раздел Право на зачитане на личния и семейния живот (Изм. - ДВ, бр. 137 от 1998 г.), Член 8 прогласява: „1. Всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговата кореспонденция. 2. Намесата на държавните власти в ползването на това право е недопустима освен в случаите, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления,



за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите.“ Хартата на основните права на Европейския съюз в своя Член 7 - Зачитане на личния и семейния живот, прогласява: „Всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговите съобщения.“

Понятието „пол“, възприето от Конституцията на Република България, е ясно приложено при определението за брак като доброволен съюз между мъж и жена. То не накърнява правото на личен и семеен живот, огласено в двата международни документа. Съответства на традиционното разбиране по въпроса сред българските граждани, на обществения морал в страната, както и на християнските ценности.

София, 07 юни 2021