

ПРАВНО МНЕНИЕ

от

проф. д-р Даниел Вълчев

Юридически факултет на СУ „Св. Климент Охридски“

Относно: Конституционно дело № 6/2021 г., образувано по искане на Гражданската колегия на Върховния касационен съд за даване на задължително тълкуване на чл. 5, ал. 1, ал. 2 и ал. 4, чл. 6, ал. 2, чл. 13, ал. 3, чл. 14, чл. 32, ал. 1, чл. 46, ал. 1 и чл. 47 от Конституцията, както и за произнасяне относно съответствието на чл. 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи и на чл. 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз с възприетото от Конституцията обяснение на понятието „пол“ по три, формулирани в искането въпроса.

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

На основание чл. 18, ал. 2 от Закона за Конституционен съд и чл. 20а, ал. 3 от Правилника за организацията и дейността на Конституционния съд и във връзка с Определение на Конституционния съд (КС) от 29 април 2021 г. представям своето писмено правно мнение по конституционно дело № 6/2021 г.

Делото е образувано по искане на Общото събрание на Гражданската колегия на Върховния касационен съд (ОСГК) за даване на задължително тълкуване на чл. 5, ал. 1, ал. 2 и ал. 4, чл. 6, ал. 2, чл. 13, ал. 3, чл. 14, чл. 32, ал. 1, чл. 46, ал. 1 и чл. 47 от Конституцията, както и за произнасяне относно съответствието на чл. 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи и на чл. 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз с възприетото от Конституцията обяснение на понятието „пол“ във връзка с три, формулирани в искането въпроса.

Със свое Определение от 29 април 2021 г. КС е преформулирал първия въпрос от искането на ОСГК и е отклонил останалите два. Намирам застъпената в Определението на КС теза за правилна, а аргументите за системно и солидно изложени, поради което

няма да взимам отношение по въпроса за допустимостта. Предвид диспозитива на цитираното Определение на КС настоящото правно мнение се отнася до въпроса „*Как следва да се разбира понятието „пол“, използвано в Конституцията, и има ли то смисъл, различен от биологичен пол?*“

Моето правно мнение по съществуващото на делото почива върху правнофилософски позиции, които в основната си част съм имал повод вече да изложа, в това число и в рамките на представеното от мен правно мнение по к. д. № 3/2018 г.

1. Да се отговори на въпроса *как следва да се разбира понятието „пол“, използвано в Конституцията, и има ли то смисъл, различен от биологичен пол*, по същество означава КС да направи юридическо тълкуване на едно единствено понятие, употребено в една единствена конституционна разпоредба, макар и при наличие на други разпоредби, в които се съдържат други понятия, които биха могли да имат значение за изясняване на тълкуваното. Тази доста широка рамка налага предварително (или поне в контекста на изложението) да се посочи общата херменевтична нагласа на даващия мнение или на участващия във формирането на решение, както и неговите позиции относно начините на юридическо тълкуване и тяхната относителна тежест по отношение на тълкувателния резултат.

Аз споделям разбирането на автори като *J. L. Austin, P. F. Strawson, J. Searle* и др., според които във всяка херменевтична ситуация една от най-важните преценки на възможните тълкувателни резултати следва да се прави по линията *интенция* (намерение на говорещия или пишещия да вложи определен смисъл) – *конвенция* (консенсус на слушащите или четящите относно възможния смисъл на казаното или написаното). При тълкуването на юридически текстове (такива, съдържащи външно обективирани езикови изявления, с които, самостоятелно или в комбинация, правният ред свързва определени правни последици) тази преценка е дори още по-важна, тъй като между интенция и конвенция допълнително са насложени специфичният юридически език, елементи на модалната логика, системният характер на правото, а често и един активен социален, морален и дори политически контекст. Независимо от прилаганите начини на тълкуване, въпросът в каква степен търсим смисъла и обема, вложени от направилния изявлението, и в каква степен – смисъла и обема, по които в обществото към определен момент има консенсус или поне преобладаващо разбиране, остава ключов.

Според мен понятието „пол“ (в неговото базово и общоприето значение, съответстващо на понятието „sex“ в английския и във френския език) има относително стабилни смисъл и обем както в българския език, така и в основните европейски езици. То изразява идеята за определен вид различие между две групи човешки индивиди – жени и мъже, както впрочем и между женски индивиди и мъжки индивиди при голям брой организми. До откриването на хромозомите установяването на това различие се е основавало на наблюдение на първични (и в по-малка степен на вторични) полови белези. С развитието на научното познание става възможно разграничението между жени и мъже да се прави не само по полови белези (и субсидиарно по допълнително наслагващи се социални нагласи и практики), но и чрез установяване на определен хромозомен набор, който е ясно и еднозначно различим при жената и при мъжа.

В повечето културни традиции младите човешки индивиди на относително ранна възраст са се насочвали към поведение и активности, които са се считали за свойствени и подходящи за съответния пол. Значителен брой антропологични изследвания потвърждават, че след една определена възраст момчетата се отделят от групата на жените и се присъединяват към групата на мъжете, обикновено преминавайки през някакво изпитание и/или ритуал. Подобни културни констелации (макар и в смекчени форми) съществуват без особено напрежение и в западния свят (при цялата условност на такова обобщение) поне допреди няколко десетилетия.

Следователно всяко изясняване на смисъла и обема на понятието „пол“ (*sex*) може да има като резултат единствено извод, че става въпрос за *биологичен пол*. За мен няма съмнение, че тъкмо този смисъл и обем на понятието „пол“ е вложен преди три десетилетия и от създателите на българската Конституция. Такъв тълкувателен извод следва както от *езиковото тълкуване* на разпоредбата на чл. 6, ал. 2 от Конституцията (единичното значение на морфемата, значението на динамичната езикова комбинация, в която тя е поставена, и контекста на изградените логически връзки), така и в резултат от *систематичното тълкуване* (разглеждането на разпоредбата на чл. 6, ал. 2 в контекста на други конституционни разпоредби и в частност на разпоредбите на чл. 14, чл. 46, ал. 1 и чл. 47 от Конституцията).

2. Известно е, че в множество езици съществуват две различни думи, означаващи съответно биологичните характеристики на човека, стоящи в основата на разграничението *жена/мъж (sex)*, от една страна, и неговите социално-психологически характеристики, стоящи в основата на делението *чувствам се жена (приел съм ролята*

на жена)/чувствам се мъж (приел съм ролята на мъж) (*gender*, респективно *genre*), от друга. Липсата на дума (или словосъчетание) в българския език, с която да се означава второто разграничение, дава поле за множество некоректни езикови игри, имащи като обективен резултат (а понякога и откровено целящи) натоварването на българската дума „пол“ с двусмисленост, която на свой ред да участва в тези езикови игри.

През последните десетилетия в редица западни общества се зароди и еволюира обществен дебат по посока на отделяне на характеристиките на човека, следващи от неговия пол, от други негови характеристики, свързвани с начина, по който той схваща себе си и респективно се самопроектира в социалната среда. Формално този дебат се развива в контекста на идеологията на човешките права и сякаш цели предотвратяването на дискриминация на хората с нетипична сексуална ориентация. По същество това означава да се гарантира право на участие на хората, които са от единия пол, но се чувстват и са приели социална роля, характерна за другия пол.

И друг път съм имал повод да споделя своето мнение, че е крайно време в България да започне *спокоен публичен дебат относно нетипичната сексуална ориентация* и за *нейните юридически проекции*. Отново ще припомня, че нетипичната сексуална ориентация е позната във всички големи културни традиции, а вероятно по някакъв начин и във всички общества. Отношението към нея е било различно (от ожесточено преследване, през свенливо приемане, до поетическо възхваляване) в зависимост от исторически стеклото се съчетание на разнообразни морални, правни, религиозни, обичайни, естетически и други фактори. Промените в това отношение също са били продукт на различни (далеч не еднопосочни) тенденции. Що се отнася до отношението към нетипичната сексуална ориентация и за нейните юридически проекции у нас, то липсата на структуриран обществен дебат дава място за крайни позиции, затваря темата в различни групи, образувани по нееднородни признаци, и на практика освобождава говоренето от ангажимент за каквато и да е аргументация.

Ако трябва да резюмираме казаното дотук, то въпросът, който всъщност е повдигнат с отправеното от ОСГК искане, се отнася до следното: дали 30 г. след създаването на Конституцията не би следвало да се търси друг смисъл и/или друг обем на съдържащото се в нея понятие „пол“, различен от автентично вложения. Не може да има колебание по това, че единствената възможност за коректно постигане на нов тълкувателен резултат е *рязко придвижване от интенция към конвенция*. Казано с други думи, КС да установи, че в българското общество има консенсус (или поне преобладаващо разбиране) относно нов смисъл и/или обем на тълкуваното понятие.

Това пък от своя страна не би могло да се направи чрез езиково и/или систематично тълкуване, а единствено чрез прилагане на *функционален начин на тълкуване* – т.е. тълкуване, при което тълкувателните изводи се изграждат преимуществено въз основа на аргументи *extra legem* – най-често аргументи за обществено възприети морални стандарти, съображения за политическа целесъобразност или исторически контекст.

За да мога в правното си мнение коректно да представя възможността за ново функционално тълкуване на понятието „пол“ в българската Конституция, бих искал последователно да взема отношение по три въпроса – (а) българският еквивалент на понятието „gender“ („genre“), (б) съществуващото положение и перспективите пред правната идентификация на индивидите от гледна точка на българския правен ред и (в) наличие или отсъствие на променени нагласи в българското общество, както предвид необходимостта от функционално тълкуване, така и с оглед на възможността отговорът на процесния въпрос да бъде определен като част от *българската конституционна идентичност* по смисъла на чл. 4, пар. 2 от Договора за Европейския съюз (ДЕС).

3. Известно е, че към момента няма понятие или израз, които в рамките на българския език да съответстват по смисъл и обем на понятието „gender“ („genre“). Словосъчетанието *социален пол*, което понякога се употребява в аналогичен контекст, според мен е некоректно, най-вече заради заложения в него потенциал за недоразумения и скрито индоктриниране. Това словосъчетание предполага разбирането, че полът бива два вида (биологичен пол и социален пол), като вторият има ценностен приоритет над първия (доколкото човекът е повече социална единица, отколкото организъм) и поради това е по-важен за обществото. Оттук пък очаквано се извежда тезата, че тъкмо социалният пол е меродавен в контекста на социалните практики, в това число и за нуждите на правната идентификация на човека.

Моето мнение е, че би било добре в българския език да се утвърди *езиков еквивалент* на *gender (genre)*, най-малко за да може да се води разговор по тези теми с ясни тези и относими аргументи. Обратното означава да продължат опитите за водене на формални езикови игри с важни социални последици, както и злополучните опити за преднамерен превод на международни актове, както в случая с т. нар. Истанбулска конвенция. Според мен този езиков еквивалент не бива да съдържа думата „пол“ по изложените вече съображения и аз лично съм склонен да използвам някое от словосъчетанията *социо-сексуална нагласа (ССН)* или *социо-сексуална роля (ССР)*.

Правната идентификация на субектите е претърпяла огромно развитие през последните няколко века. Това развитие е поне в две посоки – към все по-голямо навлизане на техниката и технологиите при физическото идентифициране на лицата (със следващите от това юридически проекции) и към все по-голяма свобода на отделните индивиди да определят някои от характеристиките на тази идентификация (облечена в съответни юридически процедури). Моето разбиране е, че *правната идентификация на лицата (и особено на физическите лица)* не е и не би следвало да бъде изцяло техен личен въпрос. Това е въпрос, който е значим за цялото общество.

Няма съмнение, че сексуалните нагласи, а оттам и цялостното социално поведение на човека, не може да се определи като предпоставено единствено от пола. Едва ли някой спори по това, че върху сексуалните нагласи, а оттам и върху възприетата социална роля, могат да влияят и други фактори – най-малко от психологическо и от социално естество. Това обаче не променя същността на проблема. А според мен той опира до два различни, макар и свързани въпроса.

Първият от тях се отнася до *правата на хората със сексуална ориентация, различна от типичната*, т.е. хора, при които има *разминаване между пол и ССН*. Според мен, на тях следва да им се признае същото право на лична и професионална изява и същото право на щастие, както на всички останали, в това число и да бъдат създадени възможности за уреждане правните последици от еднополов съюз. Това не води непременно до възприемането в тези случаи на понятието „*брак*“. Използването на различно понятие не би следвало да се разглежда като дискриминационно, доколкото подобен съюз е изключение от един биологически, а и количествено ясно открийм факт – огромната част от хората са хетеросексуални, което е и предпоставка човечеството да съществува.

Вторият въпрос опира до *правната идентификация на физическите лица* и по-специално до това, дали тя е единствено въпрос на техен личен избор. Моето разбиране е, че биологичните характеристики на човешкия индивид не могат напълно да бъдат отделени от неговата правна идентификация. Нещо повече, днес в регистрите за гражданско състояние стоят отбелязани без възможност за заличаване дори обстоятелства, които са от чисто социално естество – например предходен брак или починал съпруг(а). Възприемането на обратното разбиране (да приемем, че хромозомният набор не е определящ за правната идентификация) би отворило дебат по серия от въпроси, голяма част от които са поне към момента практически нерешими.

Например каква би била възрастта на човек, който е на 18 години, но в резултат на различни психически и социални фактори се чувства и се държи като 45-годишен? Дали той би могъл да се кандидатира за президент? А може ли човек на 40 години да твърди, че е наказателно неотговорен, тъй като се чувства на 7? Към момента не ми е известно да се води смислен дебат по темата. Не виждам обаче пречка да наречем действителната възраст на човека „биологична възраст“ и да пледираме, че той има и друга – „социална възраст“. Бихме могли да поставим и въпроса дали на такъв човек не следва да признаем правото да промени своите юридически установени идентификатори в отклонение от биологичните си дадености и в съответствие с начина, по който той се чувства.

Ако искаме да доведем темата до абсурд, бихме могли да си представим как би изглеждала претенцията на един човек, който твърди, че не се чувства човек, да престане да има статут на правен субект и да бъде заличен от съответните регистри. Или обратното – да се придаде статут на физическо лице на един много умен бозайник, който биологически не е човек.

И едва третият въпрос е свързан със значението на думата „пол“, респективно с употребата на тази дума в българския правен ред (в това число и водещо – в Конституцията). Ако имаме яснота по предходните два въпроса, то решението по третия е относително просто – в Конституцията *понятието* „пол“ е употребено и следва да се разбира в смисъл на *биологична характеристика на човека*. Следва да приемем и че с това се изчерпва неговият обем.

В подкрепа на такова разбиране е и практиката на КС. В нея КС последователно застъпва тезата, че полът в неговите базови биологични измерения стои в основата на разграничението между мъж и жена, и тъкмо върху тази базова полова бинарност се надграждат допълнителни социални и граждански проекции (Решение 13/2018 г. по к. д. 3/2018 г., Решение № 1/2005 г. по к. д. № 8/2004 г., Решение № 14/1992 г. по к. д. № 14/1992 г. и др.).

Според мен са налице всички предпоставки тази практика да бъде запазена, тъй като тя съответства на господстващите нагласи в българското общество. У нас преобладаващият брой хора интуитивно усещат, че проблемът на *джендър-идеологията* не е в това, че тя призовава за равно третиране на чувстващите се и социално изявяващите се по начин, различен от биологично предпоставения. Проблемът (както при всяка идеология) е в подбора и подредбата на ценности, които в случая най-добре могат да бъдат илюстрирани чрез пълното изключване на темите за *бременната жена* и

за жената-майка от полезрението на тази идеология. И това изключване не е въпрос на отричане на стереотипни социални роли на жената и на мъжа, а на една представа за бъдещето на човечеството, основана на пълното прекъсване на връзката между любовния акт и биологичното възпроизводство. В това бъдеще няма да има значение дали желаещите да имат потомство са мъж и жена, две жени или двама мъже (а с напредване на науката и технологиите вероятно и по-големи конфигурации). Достатъчно е тези хора просто да решат, че искат да имат общо дете, и да отидат до съответния медицински център, където вече се пазят мостри от тяхната ДНК, за да го поръчат, да изберат част от неговите характеристики по каталог и да се осведомят кога могат да си го получат. Затова е важно в своето решение по настоящото дело КС да вложи не само идеята за днешното общество, но и за онова общество, в което искаме да живеят нашите деца, техните деца и децата на техните деца.

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

В заключение бих искал да подчертая, че и езиковото тълкуване, и систематичното тълкуване, а и функционалното тълкуване (доколкото според мен в българското общество няма нов консенсус относно съдържанието и обема на тълкуваното понятие) водят еднозначно до извода, че понятието „пол“ в разпоредбата на чл. 6, ал. 2 – самостоятелно и в контекста на други конституционни разпоредби и в частност на разпоредбите на чл. 14, чл. 46, ал. 1 и чл. 47 от Конституцията, означава *биологичен пол*. То изразява идеята за определен вид различие между две групи човешки индивиди – *жени и мъже*, основаващо се на различен хромозомен набор. Мисля, че са налице всички основания това принципно разбиране да се разглежда като част от *българската конституционна идентичност* по смисъла на чл. 4, пар. 2 от ДЕС.

Проф. д-р Даниел Вълчев