



**ДО: КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД НА РЕПУБЛИКА
БЪЛГАРИЯ
1594 София, бул. Дондуков № 1**

**ОТНОСНО: СТАНОВИЩЕ ВЪВ ВРЪЗКА С КОНСТИТУЦИОННО
ДЕЛО № 6/2021**

22 юни 2021 г., София

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

Фондация „Български адвокати за правата на човека“ благодари за възможността да изразим своето становище във връзка с искането на Върховния касационен съд на Република България Конституционният съд да даде отговор на тълкувателния въпрос как следва да се разбира понятието „пол“, използвано в Конституцията.

Прилагаме текста на становището.

С уважение,

Diliana
Ivanova
Markova

Digitally signed by
Diliana Ivanova
Markova
Date: 2021.06.22
18:01:40 +03'00'

Диляна Маркова
Изпълнителен директор

СТАНОВИЩЕ

на фондация „Български адвокати за правата на човека“ по конституционно дело № 6/2021

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

Конституционно дело № 6/2021 г. е образувано по искане на Върховния касационен съд на Република България, който е отправил три въпроса, касаещи тълкуването на Конституцията на Република България.

С Определение № от 29 април 2021 г. Конституционния съд е отклонил два от въпросите, а именно:

1. 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?
2. Признават ли чл. 5, ал. 4, а и чл. 4, ал. 3 от Конституцията 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?

Конституционният съд допуска единствено въпроса „Как следва да се разбира понятието „пол“, използвано в Конституцията, и има ли то смисъл, различен от биологичен пол?“

Фондация „Български адвокати за правата на човека“ е конституирана като заинтересована страна, въз основа на което изразяваме следното становище по тълкувателния въпрос.

Искането на ВКС е отправено в светлината на образуваното пред него тълкувателно дело № 2/2020 г. на ОСГК, по което дело ВКС трябва да отговори на въпроса дали е допустима и при какви предпоставки съдът следва да допусне по реда на Закона за гражданската регистрация (ЗГР) промяна на данните в съставените актове за гражданско състояние на молител, който твърди, че е транссексуален.

С определението за допустимост Конституционният съд изрично е посочил, че ще разгледа въпроса в този контекст в светлината на чл. 6, ал. 2 и чл. 46, ал. 1 от Конституцията,

като допълва, че проблемът не се свежда до признаване или отричане на правото на лицето да се самоопределя полово по един или друг начин, а единствено до това *дали държавата е обвързана да зачете самоопределянето му към пол, различен от биологичния, поради което допуснатият въпрос ще бъде разгледан*. Поради тази причина в настоящото изложение ще дадем становище и по този въпрос.

Причина за образуването на тълкувателно дело № 2/2020 г. на ОСГК е наличието на противоречива практика на различните състави на ВКС. Само в едно решение на ВКС – Решение № 119/14.02.2019 г. по гр. д. № 4104/2017 г., III Г. О. – се приема, че Конституцията познава единствено биологичното обяснение на понятието „пол“ и това изразява националната идентичност, очертаваща ядрото от ценности, заложено в Конституцията, поради което промяна на пола в актовете за гражданско състояние е недопустима и държавата не е обвързана да зачете самоопределянето на едно лице към пол, различен от биологичния. На този въпрос ще се спрем по-подробно след изясняване на понятието „пол“.

1. Понятието „пол“ в Конституцията

Конституцията на Република България е приета от Седмото Велико народно събрание и влиза в сила на 13.07.1991 г. В Седмото Велико народно събрание не е имало дебат по отношение на понятието „пол“ и едва ли конституционният законодател е влагал каквото и да било различен смисъл от общоприетото значение на това понятие – биологичното. Понятието се среща и във всяка от Конституциите на третата българска държава, но никога не е било тълкувано поради липса на необходимост.

С развитието на науката, включително медицината, правото е изправено пред редица предизвикателства и се налага нуждата от правна регулация на съвършено непознати в миналото явления. Пример за това могат да са манипулирането на гени, сурогатното майчинство и други. До 2009 г. в българския правен мир не е съществувала законодателна уредба за това коя жена се счита за майка на дете при раждане. Именно развитието на науката обостря нуждата от правна регламентация на този въпрос и за пръв път в Семейния кодекс от 2009 г. в чл. 60, ал. 2 изрично се предвижда, че майка на детето е жената, която го е родила, включително при асистирана репродукция. Едва ли българският законодател през 1963 г. и 1985 г. при приемането на предходните два семейни кодекса е бил изправен пред въпроса коя жена е майка на дадено дете. Поради тази причина тълкуването на Конституцията не може да остане на плоскостта на историческото тълкуване.

Еволютивното (функционалното) тълкуване е познато на всяка конституционна юрисдикция в Европа. Скорошен пример е тълкувателното решение на Конституционния съд на Федерална република Германия от 24 март 2021 г. по дела BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, с което германският КС възприе борбата срещу климатичните промени като основно човешко право, част от правото на личен живот, като това право включва и задължение на държавата за закрила на идните поколения. Този въпрос също не е бил на дневен ред при приемането на германския основен закон през 1949 г. В своята практика българският Конституционен съд също многократно е посочвал, че Конституцията е живо и действащо право, и има способността да се приспособява към

постоянно изменящите се обществени отношения и достижения на правната мисъл, а изоставянето на остарели разбирания и тълкуването на конституционни норми по нов и различен начин му е присъщо. Т.е. тълкуването на Конституцията винаги следва да се осъществява в съответствие със съвременните схващания и да отговаря на съвременното правно битие.

Действащата Конституция е първата, която се тълкува в съответствие с европейския правен ред, както и с практиката на Европейския съд по правата на човека и Съда на Европейския съюз, а Конституционният съд е длъжен да ги вземе предвид.

Съвременната наука разграничава няколко вида пол – генетичен, гонаден, хормонален, психичен, социален, граждански и др.¹ В езика на хуманитарните науки, на медицината и психологията, понятието „пол“ има всички тези значения. То е по-широко по обхват от биологичното обяснение на пола.

Дори биологичният пол не винаги дава яснота за точното детерминиране на човек като мъж или жена. Макар и рядко, още при генетично детерминиране на пола са възможни отклонения от типичните комбинации на половите хромозоми (XX при жените и XY при мъжете). Явлението е известно в медицината като хермафродитизъм, а индивидите носят отличителни полови белези и на двата пола. Това е достатъчно основание, за да се приеме, че българското законодателство не трябва да схваща понятието „пол“ единствено като биологична даденост.

Подобно възприятие отрича постиженията на медицинската наука, както и актовете на Световната здравна организация като специализирана агенция на ООН, на която организация е член и Република България. В МКБ-10 транссексуалността е изрично призната и предвидена като форма на психическо разстройство. Именно транссексуалността е онова особено състояние, при което се наблюдава разлика между психичния и биологично детерминирания пол. Безспорно установената транссексуалност е и медицинският критерий, залегнал в практиката на съдилищата по делата за промяна на юридическия пол. Медицинската наука е доказала, че адаптирането на психичния пол към биологичния е невъзможно, но от друга страна обратното е възможно от много години насам.

Това разбиране за пола като единство от биологичен, генетичен, гонаден, хормонален, психичен, социален и др. е залегнало и се е превърнало в преобладаващо разбиране и в съдебната практика на българските съдилища в охранителните производства за смяна на пола.

Следва да подчертаем, че аргументът, че Конституционният съд вече се е произнесъл по отношение на понятието „пол“ в своето решение от 27.07.2018 г. по к. д. № 3/2018 г.,

¹ Вж. например Бостанджиев, Р. Сексология. С., 1994, 114–140, и Fletcher, K. In re Marriage of Simmons: A Case for Transsexual Marriage Recognition. – In: Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 37, p. 540

определяйки го само като биологичен, е несъстоятелен. В нито един момент от своето решение Конституционният съд не е посочил, че в Конституцията под понятието „пол“ се разбира само биологичният такъв. Напротив, Конституционният съд многократно посочва в решението си, че в Истанбулската конвенция биологичното и социалното измерение на пола не са неразривно свързани, а са отделни самостоятелни величини, т.е. КС разбира, че в Истанбулската конвенция се прави стриктно разграничение между биологично детерминирания пол и неговото социално измерение, а това оставя възможност за самоопределяне на лицата въз основа именно на социалното му измерение без никакви допълнителни критерии, което е конституционно неприемливо. КС обаче изрично е постановил, че *„в действителност в Конституцията недвусмислено се възприема социалното измерение на пола във **взаимодействие** с биологично детерминираното – чл. 47, ал. 2 от основния закон. Накратко, понятието „пол“ се използва от конституционния законодател като **единство от биологично детерминираното и социално конструираното**. Социалното измерение в Конституцията не създава социален пол, независим от биологичния, както е предвидено в Конвенцията“*. Т.е. Конституционният съд вече се е произнесъл, че полът в Конституцията на Република България е единство от неговите различни измерения (биологично и социално).

Видимо в българското общество съществува разделение за това какво включва понятието „пол“, поради което най-целесъобразно би било да се приеме дефинирането му в хуманитарните науки, психологията и медицината, а именно като единство от биологичното, психологичното и социалното му измерение.

2. *Обвързана ли е държавата да зачита самоопределянето на едно лице към пол, различен от биологичния?*

От практическа гледна точка много по-важно е да се даде отговор на този въпрос, отколкото на въпроса какво следва да се разбира под понятието „пол“. Както беше посочено по-горе, с определението си по допустимост на настоящото конституционно дело, Конституционният съд изрично е предвидил, че неизменно следва да се даде отговор и на този въпрос.

Българската държава е длъжна да зачита това самоопределяне в духа на конституционните принципи. В преамбюла на Конституцията като конституционни принципи са въздигнати правата на личността, човешкото достойнство, свободата равенството, справедливостта и хуманизмът. Същите тези принципи формират и ценностното ядро на ЕКПЧ.

В решение № 11 от 2010 г. Конституционният съд приема, че *„единствено съображения от конституционен порядък могат да оправдаят ограничаване на закрепените в Конституцията права на гражданите. Конституцията ясно казва, че основните права са неотменими, и допуска тяхното ограничаване по изключение, като посочва и онези права, които въобще не може да бъдат ограничавани“*. А едно от тези

права, които не могат да бъдат ограничавани, е именно правото на личен живот (чл. 32, ал. 1 от Конституцията, чл. 8 ЕКПЧОС, чл. 7 ХОПЕС).

В чл. 6, ал. 2 от Конституцията понятието „пол“ е употребено с цел да се премахне неравенството между мъжете и жените, а този конституционен текст е основа и на Закона за защита от дискриминация, както и на Закона за равнопоставеност на жените и мъжете. Текстът обаче няма за цел еднаквото третиране на мъжете и жените, както посочва в решението си от 27.07.2018 г. по к. д. № 3/2018 г. Конституционният съд, а именно *„правното равенство между половете е провъзгласено на конституционно ниво в чл. 6, ал. 2 от основния закон. То не означава еднакво третиране на двата пола, а изисква съобразяване с ... различията между тях“* В пар. 17, т. 1 от ДР на ЗЗДискр. изрично се предвижда, че „признакът пол“ включва и случаите на промяна на пола, с което фактически се признава съществуването на транссексуални лица и цели да премахне неравното третиране и по отношение на тях. Така в ЗЗДискр. българският законодател е включил в понятието „пол“ и половата идентичност на лицата. Т.е. доколкото не е установена противоконституционност на пар. 17, т. 1 от ДР на ЗЗДискр., Конституцията дава закрила и на транссексуалните лица и задължава българската държава да се съобразява с особеностите в социален, психологически и граждански аспект на тези лица. Обратното би представлявало нарушение на конституционния принцип за равенство [пред закона], а с решението си по к. д. № 13/2010 г. Конституционният съд е постановил, че *„ограничаването на права въз основа на други критерии извън чл. 6, ал. 2 от Конституцията не може да не се съобразява с принципа за равенството пред закона...“*

Ето защо не може да се приеме за релевантна практиката на ВКС в изолираното Решение № 119/14.02.2019 г. по гр. д. № 4104/2017 г., III Г. О., в което се посочва, че промяната на пола по същество е в противоречие с ценностното ядро на Конституцията. Напротив, недопускането на подобна промяна, единствено с аргумент, че се нарушава конституционната идентичност и ценностите на Конституцията (каквото тълкуване впрочем може да прави единствено Конституционния съд, не и ВКС), е конкретно грубо нарушение точно на тези ценности. Въз основа на това решение на ВКС бяха отправени и трите въпроса до Конституционния съд, който от своя страна правилно не допусна два от тях. В определението си по допустимост Конституционният съд директно отговори на ВКС, че няма да тълкува ЕКПЧ, тъй като проверката за конституционност е предварителна, а не последваща, както и че не съществува противоречие между ЕКПЧОС и Конституцията, защото *„неприкосновеността на личния и семейния живот, на жилището и тайната на кореспонденцията, за които се отнасят чл. 8 КЗПЧОС и чл. 7 ХОПЕС, са изрично признати и защитени от Конституцията (чл. 32, чл. 33 и чл. 34), което прави малко вероятна възможността за колизия между Основния закон и посочените актове в областта на тези права“*. Конституционният съд също припомня, че практиката на ЕСПЧ е задължителна за националните юрисдикции и следва да бъде изцяло споделена.

От своя страна ЕСПЧ многократно се е произнасял за правото на транссексуалните лица да променят юридическия си пол, както и за задълженията на държавите да зачитат личния живот и да се въздържат от неоправдана намеса в него. В решение по делото

Goodwin v. UK Съдът прави извода, че „съгласно чл. 8 от Конвенцията, когато понятието за лична автономия е важен принцип, който лежи в основата на тълкуването на нейните гаранции, защитата се предоставя на личната сфера на всеки индивид, включително правото да се установяват подробности за тяхната идентичност като индивидуални човешки същества“, както и че „половата идентичност на лицата е част от техния личен живот и е една от основните предпоставки за тяхното самоопределяне – право, защитено от чл. 8 ЕКПЧ“ (т. 90-91 от решението). В друго свое решение по делото A. P., Garçon, Nicot v. France, в т. 93 от него Съдът посочва, че правото на самоопределяне е самостоятелно право, в което свободата за определяне на половата идентичност е един от най-важните елементи.

Не може да не се обърне внимание и на осъдителното спрямо България решение на ЕСПЧ по делото Я. Т. срещу България, с което страната ни е осъдена за това, че не успява да дефинира по какъв начин допускането на промяна в пола на транссексуално лице е в противоречие с обществения ред/интерес. Съдът припомня, че държавите имат ограничена свобода на преценка по отношение на най-важните аспекти на личния живот, сред които неминуемо е и правото на полова идентичност. Съдът продължава, че отказът да се признае промяната в пола на лицето, без да се дават достатъчно убедителни причини за този отказ, както и без да се обясни защо това е било възможно в едни случаи, но в конкретния – не, представлява необоснована намеса в личния живот на жалбоподателя.

2.1. Аргументите в решение № 119/14.02.2019 г. по гр. д. № 4104/2017 г., III Г. О. на ВКС

В решение № 119/14.02.2019 г. по гр. д. № 4104/2017 г., III Г.О. на ВКС, се приема, че наред с конституционната идентичност и противоречие с ценностите, залегнали в Конституцията, съществуват и други пречки пред допускането на промяна в пола на дадено лице. Като такива се посочват липсата на законово уреден процесуален ред за смяна на пола; липсата на материалноправни предпоставки за това; противоречие на ЕКПЧОС с Конституцията, и следователно ирелевантност на практиката на ЕСПЧ; значението на гражданския пол като произведен на биологичния за правното регулиране на отношения като съпружество, роднинство, социални права, задължение за въздържане от извършване на престъпление (например изнасилване); накърняване на обществения интерес, тъй като не се допуска брак с лице от същия пол, а смяната на пола не е предвидена като основание за прекратяване на брака. Ще се спрем накратко и на тези аргументи, с изключение на този за противоречие между ЕКПЧОС и Конституцията, доколкото, както беше посочено по-горе, Конституционният съд отхвърли този аргумент още в определението за допустимост на настоящото конституционно дело.

2.1.1. Бракът, неговото прекратяване, защита на обществения интерес

Аргументът за брака и невъзможността за неговото прекратяване е единственият, който се базира на конституционен текст, поради което ще започнем с него, а и КС е посочил, че ще разгледа тълкувателния въпрос в светлината на чл. 6, ал. 2 и чл. 46, ал. 1 от Конституцията и в контекста на тълкувателното дело, висящо пред ВКС.

Член 46, ал. 1 от Конституцията дефинира брака като доброволен съюз между мъж и жена, но съгласно ал. 3 формата на брака, условията и редът за неговото сключване и прекратяване се уреждат със закон (Семейният кодекс). Основната опасност, която се изтъква в съдебната практика, която не допуска промяната в пола, както и в становищата на тези, които считат, че такава промяна е недопустима, е възникването на еднополов брак.

Семейният кодекс не дава отговор на въпроса кога един брак е нищожен и урежда единствено предпоставките за неговата унищожаемост. Въпреки това обаче в правната доктрина, а и в съдебната практика е залегнало виждането, че бракът ще е нищожен при изначална липса на съгласие за встъпване в брак, както и когато не е изпълнено условието на чл. 46, ал. 1 от Конституцията, т.е. бракът не се сключва между мъж и жена². Следователно при допускане на смяна на пол на лице, което вече е встъпило в брак, този брак би следвало да се прогласи за нищожен. Няма пречка това да се случи с решението на съда в производство по смяна на пол. Със съдебното си решение съдът постановява да се извършат съответните промени в акта за гражданско състояние на молителя. Един от трите уредени акта за гражданско състояние, наред с акта за раждане и смъртния акт, е и актът за сключен граждански брак. Т.е. съдът може да прогласи нищожността на брака и да разпореди да се извършат съответните вписвания. В охранителното производство съдът може да изслуша всички заинтересовани страни, в това число и другия съпруг.

Друг възможен подход е да се възприеме практиката на ЕСПЧ, която има задължителен характер, и по-конкретно тази по делото *Hamalainen v. Finland*, където Съдът постановява, че за да получи признание на избрания пол, бракът на молителя трябва да се трансформира в регистрирано партньорство, защото в противен случай това ще доведе до задължение на държавата да признае еднополов брак, по който въпрос държавите имат широка свобода на преценка. Т.е. един от възможните критерий, които може да установи Върховният касационен съд с решението си по висящото тълкувателно дело, е лицето да не е встъпило в брак или бракът да е прекратен. По този начин въпросът с опасността от възникване на еднополов брак е решен.

За да разгледаме съображенията за накърняване на обществения ред, на първо място трябва да обърнем внимание и на характера на производството по смяна на пол. Производството по своята същност е охранително производство, в което участие взимат представител на общината и прокуратурата на Република България в изпълнение на конституционните ѝ правомощия като пазител на законността. Общественият интерес следва да бъде защитаван именно от прокуратурата. Когато държавата, в лицето на участващите органи в производството, не може да установи по какъв точно начин може да бъде накърнен обществения интерес при смяна на пола във всеки конкретен случай, то промяната следва да бъде допусната.

В понятието за обществен интерес безспорно се включва и опасността лицето да се укрие от извършено престъпление, съществен елемент от фактическия състав на което е

² Матеева, Е. Семейно право на република България. София, 2010 г., стр. 195.

полът (напр. изнасилване). Това обаче също е лесно разрешим проблем. Съдът може, а и такава е практиката във всяко едно производство, да изисква справка за съдимост на молителя, от която да е видно дали същият е извършвал престъпление, както и прокуратурата да представи справка дали има образувано наказателно производство срещу молителя, по което се извършва разследване за извършено престъпление. При отрицателен отговор на тези въпроси, отказът да бъде допусната смяна на пола, при наличие на всички останали предпоставки, също би било нарушение на правото на личен живот на молителя.

2.1.2. Липсата на законодателна уредба за смяна на пола

В съдебната практика, която отрича допустимостта на смяната на пола, се излага аргумент, че законодателството на Република България не урежда подобна възможност. Този аргумент обаче пряко противоречи на един от основните принципи на гражданското съдопроизводство, залегнал в чл. 2 и чл. 5 ГПК, а именно, че съдът не може да откаже да разгледа молба на гражданин с мотив, че липсва правна уредба. Към настоящия момент делата за смяна на пола не са непознати за българската правна система, разглеждат се по реда на охранителното производство в ГПК, а материалните предпоставки са изведени от практиката на ЕСПЧ и ВКС. В множество случаи на накърняване на права, законодателството не е предвиждало изрична възможност за упражняване на конкретно право. Като най-скорошен пример, в контекста на нарушение на правото на личен живот, може да се изтъкне и правото на мъж, който претендира, че е биологичен родител на едно дете, да установи своето бащинство и да оспори вече установения произход. Тази възможност в българското законодателство беше уредена едва през декември 2020 г. след двукратно осъждане на Република България от страна на ЕСПЧ (вж. делата Л. Д. и П. К. срещу България и Стойчо Койчев срещу България). Въпреки това след първото осъдително решение за Република България през 2016 г. по делото Л. Д. и П. К. срещу България на ЕСПЧ, българските съдилища започнаха да допускат до разглеждане отрицателни и положителни установителни искове за произход от бащата, предявени от мъж, претендиращ да е биологичен баща на дете. Предпоставките за уважаване на исковите отново бяха изведени от практиката на ЕСПЧ и в периода от 2016 до 2020 г. се разгледаха множество такива дела³.

Отделно от това, за българското законодателство промяната в пола на лице не е непознато явление. Не могат да се обяснят по друг начин разпоредбите на пар. 17, т. 1 от ДР на ЗЗДискр., както и чл. 114, ал. 5 от Наредба № РД-02-20-9/21.05.2012 г. за функциониране на единната система за гражданска регистрация на министъра на регионалното развитие и благоустройството, която предвижда, че промяната на пола по съдебен ред е основание за промяна на ЕГН на лицето.

³ Вж. в този смисъл Определение № 292/28.06.2019 г. по гр. д. № 1634/2019 г. на ВКС, ГК, 3-то ГО, Определение № 341 от 02.10.2017 г. по ч. гр. д. №3310/2017 г. на III г. о. и Определение № 232 от 28.05.2018 г. по ч. гр. д. № 1781/2018 г. на IV г. о. на ВКС, в които ВКС признава, че е допустим иск за оспорване на произход от бащата, основан на чл. 8 и чл. 6 ЕКЗПЧОС

2.1.3. Социални права

Чест аргумент в обществото за недопускане на промяна на пола са социалните и осигурителните права на мъжете и жените и опасността от сдобиване с привилегии в това отношение при смяна на пол. Такива привилегии обаче почти не съществуват. Правата на жената по Кодекса на труда и Кодекса за социално осигуряване са свързани преди всичко с бременността и раждането (облекчени условия на труд за бременна жена, отпуски и др.) които са обективни състояния. От тях може да се ползва само тази жена, която е в напреднал стадий на бременност и след раждане. Отпуск по майчинство може да се ползва включително от бащата. Единственият проблем остава условията за придобиване на пенсия за осигурителен стаж и възраст, за които обаче е предвидено да бъдат почти изцяло изравнени до 2037 г., а позоваването от страна на съдилищата на тази хипотетична „привилегия“ би било неоправдана и непропорционална намеса в личния живот на лицето.

В заключение, не съществуват конституционни пречки пред зачитане на самоопределянето на едно лице към другия пол, различен от биологичния, при наличието на конкретни критерии, които следва да бъдат установени от Върховния касационен съд на Република България в своето тълкувателно решение, поради което държавата е длъжна да зачете това самоопределяне като част от правото на личен живот.