

РЕШЕНИЕ № 13

**София, 27 юли 2018 г.
(обн., ДВ, бр. 65 от 07.08.2018 г.)**

Конституционният съд в състав: Борис Велчев – председател, членове: Цанка Цанкова, Стефка Стоева, Румен Ненков, Кети Маркова, Георги Ангелов, Анастас Анастасов, Гроздан Илиев, Мариана Карагьозова-Финкова, Константин Пенчев, Филип Димитров, Таня Райковска при участието на секретар-протоколита Гергана Иванова разгледа в закрито заседание на 27 юли 2018 г. конституционно дело № 3/2018 г., докладвано от съдия Анастас Анастасов.

Производството е по реда на чл. 149, ал. 1, т. 4, предложение първо от Конституцията на Република България (Конституцията).

Делото е образувано на 08.02.2018 г. по инициатива на 75 народни представители от 44-то Народното събрание. Конституционният съд е сезиран с искане да се произнесе за съответствието на сключения от Република България на 21.04.2016 г. международен договор – Конвенция на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие (Конвенцията), съставен на 11.05.2011 г. в град Истанбул, с Конституцията преди ратификацията му.

Народните представители изтъкват „социалната и обществена значимост на Конвенцията, големият публичен интерес и високата степен на политическа ангажираност на обществото“, които са ги мотивирали да сезират Конституционния съд. Вносителите на искането излагат, че в Народното събрание са постъпили и продължават да постъпват, както положителни, така и отрицателни становища относно Конвенцията. Според народните представители в отрицателните становища се поддържа, че чрез този международен договор се въвеждат понятия несъвместими с българския обществен ред и непознати в националната ни правна система, като съдържанието, което се влага в разпоредбите на Конвенцията е различно от общоприетото и традиционното. Според вносителите, в повечето от изразените

отрицателни становища, основните доводи за несъответствие с Конституцията са във връзка с разпоредбите на чл. 3, б. „в“, чл. 12, § 1 и чл. 14, § 1 от Конвенцията и употребените в тях изрази: „... „социално изградени роли“, „стереотипни роли“, както и терминът „джендър“ като обективни елементи от съдържанието на понятието „пол“...“, в смисъл съвместими ли са с Конституцията, в това число и с разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от основния закон в контекста на дефиниране на „трети пол“ и създаване на възможност за сключване на еднополови бракове.

Вносителите посочват още, че съпоставката на използваните в Конвенцията термини и изрази със съдържанието на конституционните разпоредби и преценката по същество за съответствие на целите, съдържанието и характерът на Конвенцията с Конституцията е от компетентността на Конституционния съд в контекста на това дали и доколко изпълнението на произтичащите от Конвенцията задължения за Република България е съвместимо с Конституцията на страната.

С определение от 20.03.2018 г., съдът е допуснал искането за разглеждане по същество и е конституиран заинтересувани институции по делото, поканил е неправителствени организации и изтъкнати специалисти от науката и практиката, на които е предоставил възможност да представят писмени становища и правни мнения.

От конституираните институции становища са представили президентът на Република България, министърът на външните работи, министърът на правосъдието, министърът на здравеопазването и Държавна агенция за закрила на детето.

В становището на президента на Република България е застъпено виждането, че Конвенцията съдържа понятия и изрази с неясен смисъл, което дава основание за различни и противоречиви тълкувания, създава предпоставки за натоварването на тези понятия и изрази с „допълнителни“ значения отвъд познатото им и утвърдено съдържание, но преди всичко – отвъд ядрото от ценности на българската Конституция. Според президента натоварването на понятието „пол“ със социалните характеристики, използвани в Конвенцията не е в съответствие с ясното разбиране, съдържащо се в Конституцията за равенството между мъжа и жената, за идентифициране на личността като мъж или жена (чл. 6, ал. 2 от Конституцията), за доброволния съюз (брак или не) между мъжа и жената, за семейството, на което е поверено отглеждането и възпитанието на децата, за особената закрила от държавата на жената майка (чл. 46 и 47, ал. 2 от Конституцията).

Министърът на външните работи счита, че „понятията, нормите и режимът на Конвенцията са в пълно съответствие с конституционните принципи, норми и традиции“. Прави общ преглед на действащото българско законодателство и на съществуващите международноправни ангажменти и стига до заключението, че понятията „gender“, „социално изградени роли“ и „стереотипни роли“, заимствани от социологията, не са нови нито за международноправната доктрина, нито за вътрешното право на Република България. Министърът посочва, че в контекста на Конвенцията терминът „gender“, базиран на двата пола, мъжки и женски, отчита съществуването на социално конструирани роли, поведения, дейности и характеристики, които определено общество счита за подходящи за жените и за мъжете. Излага още, че Обяснителният доклад към Конвенцията изрично посочва, че терминът „gender“ не е предназначен да замести понятията „жени“ и „мъже“, а Конвенцията си служи и с понятието за биологичен пол („sex“), което показва, че понятията „gender“ и „sex“ имат самостоятелно значение. По отношение на задълженията, които ще възникнат за Република България от ратификацията на Конвенцията, след влизането ѝ в сила, в становището се поддържа, че те са изцяло свързани с конкретизиране на мерките по превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие в контекста на реализиране на равенството между половете.

В становището на министъра на правосъдието се излага позицията, че Конвенцията изцяло съответства на Конституцията и поставя най-напред задължението за предотвратяване и борба с насилието срещу жени в по-широката рамка за постигане на равнопоставеност между жените и мъжете.

В становището си по делото, министърът на здравеопазването не заема конкретна позиция. От една страна счита, че не възникват проблеми относно разбирането на понятието „пол“, както и относно прилагането на посочените от вносителите разпоредби на чл. 3, буква „в“, чл. 12, § 1 и чл. 14, § 1 от Конвенцията, тъй като основен признак за определяне на предоставяната с Конвенцията защита е полът, и то не друг, а единствено възможните женски и мъжки пол, съответстващи на тяхното биологично определяне, така както е възприето и от Конституцията, българския правен ред и българската съдебна практика. От друга страна, според министъра, проблем би имало при прилагането на чл. 3, буква „б“, чл. 4, § 3, чл. 12, § 3, при които има отклонение от принципа за биологичните два пола – мъжки и женски. Приема, че поради така вложения смисъл в посочените, а и в други разпоредби на Конвенцията, и липсата на яснота по отношение на използвани в тях категории, има основание за поставянето на въпроса дали и доколко изпълнението на произтичащите от Конвенцията задължения за Република България би било съвместимо в някои части с Конституцията.

В становището на Държавна агенция за закрила на детето се поддържа, че рамковият характер на Конвенцията следва да се има предвид при преценката за съответствието ѝ с Конституцията, като е погрешно за целите на тази преценка да се използва само българският превод, който е неточен в редица пунктове, включително в определенията на основни понятия. Заема позицията за необходимост от ратифициране на Конвенцията и съответствието ѝ с Конституцията.

В изпълнение на предоставената им възможност, становища по делото са представили неправителствените организации: Фондация „Български адвокати за правата на човека“, Фондация „Асоциация Анимус“, Сдружение „Алианс за защита от насилие основано на пола“, Фондация „Български фонд за жените“ и Институт за модерна политика.

Фондация „Български адвокати за правата на човека“ застъпва становището, че Конвенцията съответства на разпоредбите и духа на Конституцията, както и на действащото законодателство за защита от домашно насилие в България.

Фондация „Асоциация Анимус“ намира, че Конвенцията съответства на Конституцията и не влага нищо по-различно от смисъла, в който се използва „пол“ в българската Конституция, Закона за равнопоставеност на жените и мъжете или Закона за защита от дискриминация.

Сдружение „Алианс за защита от насилие основано на пола“ застъпва становището, че разпоредбите на Конвенцията съответстват на Конституцията, не съдържат непознати в правната ни система понятия, които да са различни от общоприетите и традиционните и които да са несъвместими с българския обществен ред, както и че изпълнението на произтичащите от Конвенцията задължения за Република България е съвместимо с Конституцията.

Фондация „Български фонд за жените“ заема категоричната позиция, че Конвенцията съответства на Конституцията и макар да изисква изменения на българското законодателство в редица сфери, не предполага никакви изменения на основния закон. Излага, че употребеното в чл. 3, буква „в“ от Конвенцията понятие е преведено неправилно просто като „пол“, а в действителност, дефиницията се отнася до

термин, който обозначава социалните, а не биологичните измерения на пола и по никакъв начин не засяга предефинирането на биологичния пол, и който неправилен превод е довел до обърквания в преводите и на други ключови термини като „насилие над жените, основано на пола“ в чл. 3, буква „г“, „идентичност, основана на пола“ в чл. 4, § 3, „нестереотипни роли на пола“ в чл. 14, § 1 от Конвенцията.

Институтът за модерна политика счита, че Конвенцията не съответства на Конституцията, тъй като чл. 3, буква „в“ и чл. 4, § 3 от Конвенцията нарушават принципа на правната сигурност, който е съставен елемент на правовата държава, защото съдържат понятия и изрази, чието съдържание не е ясно, точно и недвусмислено, с което се създава непредвидимост на правните последици и на правния ред; чл. 12 и чл. 14 от Конвенцията не съответстват на чл. 32, ал. 1, чл. 47, ал. 1 и 2 от Конституцията, както и на достойнството на личността, като фундаментална конституционна ценност, прогласена в преамбюла на Конституцията; философията на Конвенцията не съответства на принципа на равенството и равното третиране на жените и мъжете, доколкото се фокусира не върху самото противоправно социално явление – насилието срещу интимния партньор и в семейството – а се основава на идеята, че „жените по правило са жертви, а мъжете по правило са насилници“.

Писмено правно мнение са изразили проф. д-р Пенчо Пенев, проф. д-р Пламен Киров и проф. д-р Даниел Вълчев.

Проф. д-р Пенчо Пенев привежда доводи за несъответствие на Конвенцията с установената с Конституцията на Република България правна система. Според него, когато става дума за „пол“, българската Конституция разбира биологическата му характеристика – полът е биологически детерминиран и човешкият индивид е мъж или жена. Според проф. д-р Пенев, възприемането на друга същност, друга характеристика за понятието „пол“ ще доведе до недопустими противоречия, тъй като ще има две паралелни и взаимно несъвместими същности на едно и също понятие, едното от които различаващо се от конституционно установеното. Проф. д-р Пенев обосновава и несъответствие на чл. 14 от Конвенцията с чл. 47, ал. 1 от Конституцията. Поддържа, че Конвенцията възприема възпитателен подход, включващ държавата „на всички образователни равнища“ и призовава за активно участие и на други възпитателни структури, както и неправителствените организации и медиите, което е в несъответствие с чл. 47, ал. 1 от Конституцията, който възлага възпитанието на родителите, а не на държавата или на неправителствения сектор.

Проф. д-р Пламен Киров поддържа мнението, че Конвенцията в отделни свои текстове не съответства на конституционни принципи и норми от българския основен закон, както и влиза в остър конфликт с българската конституционна идентичност. Според проф. д-р Киров чл. 3, буква „в“ и чл. 4, § 3 от Конвенцията не съответстват на принципа на правовата държава, доколкото евентуалното им влизане в сила за Република България би породило правна несигурност и стълкновение с българската конституционна идентичност, тъй като съдържат понятия („gender“, „gender identity“), които са чужди на българската конституционна и правна система, които нямат ясно, точно и общоприето правно съдържание, и които биха създали опасни за правната ни система последици. Проф. д-р Киров излага още, че чл. 12 и чл. 14 от Конвенцията „контрастират“ на съдържанието на чл. 32, ал. 1 и на чл. 47, ал. 1 и ал. 2 от Конституцията, тъй като предизвикват недопустима намеса в личния живот на гражданите, като задължават българската държава да предприеме мерки за промени в социалните и културни модели на поведение на българските граждани, с цел да се изкоренят „стереотипни роли за мъжете и жените“ без последните по какъвто и да е начин да са свързани с насилствени действия, дискриминационно поведение или каквито и да са други противоправни актове. В същото време се предвижда груба намеса на държавата, нарушаваща правата и отговорностите на родителите, закрепени в основния закон, при възпитанието на децата.

Проф. д-р Даниел Вълчев счита, че разпоредбите на чл. 3, буква „в“ и чл. 4, § 3 от Конвенцията не съответстват на принципа на правовата държава, прокламиран в преамбюла и в чл. 4 от Конституцията. Според проф. д-р Вълчев, ратифицирането на Конвенцията би довело до включването в българския правен ред на акт, който съдържа понятия с неясен смисъл, съотношение и обем и влизащи в противоречие с вече установени в законодателството и съдебната практика понятия. Излага още, че е налице и предпоставяне на допълнителни права и на допълнителна закрила на лица, които са определени не по обективни критерии, а в зависимост от техни твърдения относно собствените им вътрешни преживявания. С оглед, на което счита, че чл. 1, чл. 2 и чл. 3 от Конвенцията не съответстват на принципа на равенство, прокламиран в чл. 6 от Конституцията. Проф. д-р Вълчев привежда и доводи за несъответствие на разпоредбите на чл. 12, § 1 и чл. 14, § 1 от Конвенцията с разпоредбата на чл. 47, ал. 2 от Конституцията.

Конституционният съд намира за уместно най-напред да се спре на някои основни моменти от процеса по създаване на Конвенцията и на нейните съществени характеристики като международноправен инструмент за борба с насилието над жени и домашното насилие, които са от значение за по-нататъшните разсъждения за произнасянето по същество на искането.

Съгласно Конвенцията, автентичният текст на договора е на английски и френски език, като двата текста имат еднаква сила. Преценката на Конституционния съд, в производството по чл. 149, ал. 1, т. 4, предложение първо от Конституцията, за съответствието на сключения международен договор с Конституцията преди ратификацията му, следва да се извърши въз основа на превода на текста на Конвенцията на български език, който е представен по делото от Министерския съвет на Република България. Върху този текст на български език ще се проведат парламентарните дебати при внасяне на законопроекта за ратификация в Народното събрание, този текст ще бъде обнародван в „Държавен вестник“ след евентуалното ратифициране на Конвенцията и въз основа на него, произтичащите задължения от международния договор за Република България, ще бъдат изпълнявани от страна на държавата (определение от 23.10.1997 г. по к. д. № 15/1997 г.).

Противодействието срещу насилието над жените е въпрос от фундаментално значение за Европа и част от основните европейски ценности. От 90-те години Съветът на Европа и по-специално неговият Управителен комитет за равенство между жените и мъжете (Steering Committee for Equality between Women and Men – CDEG) полага последователно усилия в подкрепа на защитата на жените от насилие. Първата цялостна стратегия за превенция на насилието над жени е приетата през 2002 г. Препоръка „Rec(2002)5“ на Комитета на министрите към страните членки относно защитата на жените от насилие. Парламентарната асамблея на Съвета на Европа е заела твърда политическа позиция срещу всички форми на насилие срещу жени, като е приела редица резолюции и препоръки относно различните форми на насилие срещу жени. През 2008 г. Комитетът на министрите на Съвета на Европа създава Специалната комисия за предотвратяване и борба с насилието срещу жени и домашното насилие (Ad Hoc Committee on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence – SANVIO) с мандат за разработване на правнообвързващи стандарти, които да покриват тези две области — насилието срещу жени и домашното насилие. През 2011 г. усилията на Съвета на Европа завършват с изработване на проект за конвенция, подготвен от SANVIO с цел да се гарантира защита на жените от всички форми на насилие и да се предотврати, преследва и премахне насилието над жени и домашното насилие (чл. 1, § 1, буква „а“ от Конвенцията).

Конвенцията на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие е първият всеобхватен международен договор, който има за цел да създаде стандарти, въз основа на които държавите да хармонизират вътрешното си законодателство в тази материя. Конвенцията изрично определя насилието срещу жените като нарушение на правата на човека и форма на дискриминация срещу жените. Тя включва конкретни разпоредби, които имат за цел насърчаване на равенството между половете и статуса на жените в обществото. От тези правно обвързващи задължения (чл. 4, чл. 6, чл. 12, чл. 14) се очаква да дадат нов тласък за постигането на равнопоставеност между жените и мъжете на национално равнище и да се укрепи обща цел за недискриминация срещу жените. Конвенцията разширява кръга на признаците за недопускане на дискриминация и предприема подход на основано на пола разбиране на насилието над жени и домашното насилие.

Успоредно с провежданата от Съвета на Европа политика за защита на жените от насилие, основано на пола и за недискриминация срещу жените, Съветът на Европа, в редица свои актове, призовава държавите членки на Съвета на Европа изрично да забранят дискриминацията, основана на „полова идентичност“ („gender identity“) в националното си антидискриминационно законодателство, както и да включат проблема с човешките права на „трансжендър лицата“ („transgender people“) в обхвата на действието на националните институции за правата на човека, с изрично позоваване на признака „полова идентичност“ като форма на дискриминация срещу жените.

През 2010 г. Комитетът на министрите на държавите членки на Съвета на Европа приема Препоръка CM/Rec(2010)5 относно мерките за борба срещу дискриминацията въз основа на сексуалната ориентация или половата идентичност. Съгласно Препоръката, държавите членки на Съвета на Европа следва да предприемат подходящи мерки за гарантиране на цялостно правно признаване на смяната на пола на дадено лице във всички области на живота, по-специално като се даде възможност за промяна на името и пола в официалните документи по бърз, прозрачен и достъпен начин. Държавите членки следва да предприемат всички необходими мерки, за да гарантират, че след като смяната на пола е завършена и законно призната, правото на лицата да сключват брак с лица от пол, противоположен на техния нов пол, е ефективно гарантирано. Мерките разглеждат редица ключови въпроси за правата на лесбийките, гейовете, бисексуалните и „трансжендър“ лицата (ЛГБТ) (lesbian, gay, bisexual and transgender people – LGBT).

През 2014 г. Съветът на Европа създава структура, посветена на проблемите със сексуалната ориентация и половата идентичност. В допълнение, секретариатът на

Съвета на Европа създава и работна група „Сексуална ориентация и полова идентичност“, учредена също през 2014 г. Структурата подпомага държавите членки при изпълнението на ЛГБТ препоръките на Комитета на министрите.

През април 2015 г. Парламентарната асамблея на Съвета на Европа приема решение, насочено против дискриминацията срещу „трансджендър“ хората в Европа (Resolution 2048 (2015), *Discrimination against transgender people in Europe*). Резолюцията и свързаният с нея доклад разглеждат различните форми на дискриминация, включително трудности при достъпа до работа, жилищно настаняване и здравни услуги. В резолюцията също така се подчертава, че Асамблеята е загрижена за нарушенията на основните права, особено правото на личен живот и физическата неприкосновеност, пред които са изправени транссексуалните лица при завеждане на дела за юридическо признаване на пола им и недопустимостта на въвежданите изисквания като стерилитет, развод, диагноза на психично заболявания, хирургични интервенции и други медицински лечения. Държавите членки на Съвета на Европа са призовани изрично да забранят дискриминацията, основана на „полова идентичност“ в националното си антидискриминационно законодателство, както и да включат проблема с човешките права на „трансджендър“ лицата в обхвата на действието на националните институции за правата на човека, с изрично позоваване на полова идентичност, както и да разработят бързи, прозрачни и достъпни процедури, основаващи се на самоопределение, за смяна на името и пола в документите на транссексуалните хора, да направят тези процедури достъпни за всички хора, нуждаещи се от това, без значение на възраст, медицинско състояние, финансово положение или съдебно минало, да обмислят включването на трета възможност за документен пол за онези, които се нуждаят от такава.

През 2015 г. Съветът на Европа публикува наръчник за правната страна на смяната на пола и защита на човешките права на „трансджендър“ лицата, съгласно който под „полова идентичност“ („gender identity“) се разбира: „дълбоко почувстваното вътрешно и индивидуално усещане на всяко лице за пола, което може да съответства или да не съответства на пола, определен при раждането му, включително личното чувство за тялото, както и други форми на изразяване на пола, включително облекло, реч и маниери“.

Изложеното по-горе ясно показва връзката между политиката на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени, като форма на дискриминация срещу жените, основана на пола и защитата на някои права на „трансджендър“ лицата.

Конституционният съд на Република България прецени доводите в искането на народните представители, в изразените становища от институциите и неправителствените организации, в представените писмени правни мнения и приетите по делото писмени доказателства. За да се произнесе относно съответствието на Конвенцията с Конституцията, съдът като обсъди целите на Конвенцията, възприетите в нея общи и специални принципи, дефиниции и политики, и разпоредбите на Конвенцията в тяхната връзка и съотнасяне, установи следното:

Конвенцията на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие е първият договор в Европа, с който се създава всеобхватна правна рамка за защита на жените и момичетата от всички форми на насилие и за предотвратяване, преследване и премахване на насилието над тях, включително домашното насилие. Конвенцията поставя премахването на насилието срещу жени в рамките на по-широкия контекст за постигане на реално равенство между жените и мъжете, като по този начин признава насилието срещу жени като форма на дискриминация. Тя изразява волята на договарящите държави да прилагат общите принципи за защита на правата на човека и към жените и момичета, жертви на насилие, както и спрямо жертвите на домашно насилие. В основата на тази воля стои споделеното разбиране на държавите членки за стремежа на Съвета на Европа за съхраняване и осъществяване на общоевропейските принципи и идеали.

В преамбюла на Конвенцията е декларирана волята на държавите-членки на Съвета на Европа и на другите подписали страни за създаването на „една Европа, свободна от насилие над жени и домашно насилие“. За тази цел, Конвенцията утвърждава връзката между постигането на равенство между половете и премахването на насилието над жени. Въз основа на тази предпоставка, тя признава „структурния характер“ на насилието над жени, както и че то е проява на исторически сложилата се неравнопоставеност в отношенията между мъжете и жените. Конвенцията последователно отстоява позицията, че насилието над жени не може да бъде премахнато, без да се инвестира в равенството между половете и само реалното (фактическо и правно) равенство между половете и промяната в нагласите може наистина да предотврати такова насилие.

В чл. 1 от Конвенцията са декларирани нейните цели. Параграф 1 посочва като конкретна цел на Конвенцията защитата на жените срещу всички форми на насилие, както и превенцията, съдебното преследване и премахването на насилието срещу жени

и домашното насилие. В съответствие с признанието, съдържащо се в преамбюла, че съществува връзка между изкореняване на насилието срещу жени и постигането на фактическо и законово равенство между половете, се посочва, че Конвенцията ще допринесе за премахване на всички форми на дискриминация срещу жени и ще насърчи реалната равнопоставеност между жените и мъжете. Посочената разпоредба отразява необходимостта от цялостен подход при защитата и съдействието на всички жертви на насилието срещу жени и домашното насилие.

Така декларираните цели на Конвенцията напълно съответстват на основните конституционни принципи на Република България. В преамбюла на Конституцията се подчертава верността на българския народ към общочовешките ценности, сред които изрично са посочени хуманизмът, равенството, справедливостта и търпимостта. Правата на личността, нейното достойнство и сигурност са издигнати във върховен конституционен принцип. Равенството е сред основните начала на действащата българска Конституция. Въведена е изрична конституционна забрана за каквато и да е дискриминация, основана на „пол“ (чл. 6, ал. 2 от Конституцията). Освен като принцип, равенството в достойнството и правата е прогласено и като изначално човешко право в основния закон. В редица конституционни разпоредби то е конкретизирано и е вградено в съдържанието на отделни основни права и свободи. Свидетелство за стремежа на Република България за защита на основните човешки права и по-специално за защита на всички жертви на насилие, включително жените и децата, както и премахването на всички форми на дискриминация и постигането на равнопоставеност, е и действащата законодателна уредба: Наказателен кодекс (обн. – ДВ, бр. 26 от 02.04.1968 г.; посл. изм. – ДВ, бр. 55 от 03.07.2018 г.), Закон за защита от домашното насилие (обн. – ДВ, бр. 27 от 29.03.2005 г.; посл. доп. – ДВ, бр. 50 от 03.07.2015 г.), Закон за закрила на детето (обн. – ДВ, бр. 48 от 13.06.2000 г.; посл. изм. – ДВ, бр. 17 от 23.02.2018 г.), Закон за равнопоставеност на жените и мъжете (обн. – ДВ, бр. 33 от 26.04.2016 г.), Закон за защита от дискриминация (обн. – ДВ, бр. 86 от 30.09.2003 г.; посл. изм. – ДВ, бр. 7 от 19.01.2018 г.).

Конституционният съд намира, че въпреки безспорните си положителни страни, Конвенцията е вътрешно противоречива и това противоречие създава двупластовост в нея. Така съдържанието на част от разпоредбите ѝ излиза извън декларираните цели на Конвенцията и нейното наименование.

В чл. 1, § 1, букви „а“ и „б“ от Конвенцията, за да се определи обектът на защита от всички форми на насилие и на дискриминация, е използван терминът „жени“, който

несъмнено е основан на биологичното разбиране за половете. Същевременно в чл. 3, буква „в“ сред легалните дефиниции на Конвенцията (английски и френски език) фигурира понятието „gender“/„genre“, преведено на български език като „пол“ със следното съдържание: „социално изградени роли, поведения, дейности и характеристики, които определено общество смята за подходящи за жените и за мъжете“. Единствено в разпоредбата на чл. 4, § 3 от Конвенцията понятието „gender“/„genre“ е преведено на български език като „социален пол“. В Конвенцията понятията „sex“/„sexe“ („пол“) и „gender“/„genre“ („пол“, „социален пол“) присъстват едно до друго, като социалният пол фигурира сред признаците за недопускане на дискриминация по чл. 4, § 3 наред с биологично детерминирания признак пол – „sex, gender...“/ „sexe, genre...“. По този начин полът като биологична категория („sex“), но и полът като социален конструкт („gender“), обусловен от субективните възприятия и представи на индивида и на обществото за ролята на мъжете и жените, са издигнати в автономни и равностойни категории на Конвенцията със собствено правно битие. Понятието „gender“/„genre“ („пол“) присъства в Конвенцията като самостоятелна категория, различна от пола като биологична същност. Конвенцията разделя биологичното и социалното измерение на пола и излиза извън рамките на възгледа за половата бинарност на човешкия вид. С посоченото в чл. 3, буква „в“ съдържание „gender“/„genre“ („пол“) се превръща в основно, носещо понятие, което е определящо за смисъла и на другите използвани в Конвенцията изрази, базирани на това понятие. Свидетелство за самостоятелната роля на понятието „gender“/„genre“ („пол“) представляват и множеството разпоредби на Конвенцията, които съдържат изрази, базирани на това понятие – чл. 2, § 2, чл. 4, § 3, чл. 6, чл. 14, чл. 18, чл. 49, § 2, чл. 60, § 2 и § 3 от Конвенцията. „Gender“ се употребява в изразите: „gender equality“ (преамбюл — „равнопоставеност на половете“), „gender-based violence“ (преамбюл, чл. чл. 2, 3, 4, 14 – „насилие, основано на пола“), „gender identity“ (чл. 4, § 3 – „идентичност, основана на пола“), „gender-sensitive policies“ (чл. 6 – „политики, отчитащи особеностите на пола“), „gender perspective“ (чл. 6 – „перспектива, основана на пола“), „non-stereotyped gender roles“ (чл. 14 – „нестереотипни роли на пола“), „gendered understanding of violence“ (чл. 18, 49, § 2 – „основано на пола разбиране на насилието“), „gender-based asylum claims“ (чл. 60 – „молби за убежище, основани на пола“), „gender-sensitive interpretation“ (чл. 60, § 2 – „тълкуване, отчитащо особеностите на пола“), „gender-sensitive reception procedures“ (чл. 60, § 3 – „процедури за убежище, отчитащи особеностите на пола“). Тези изрази, в зависимост от интерпретацията, могат да доведат до различни и противоречиви разбирания за философията на Конвенцията. Тя е първият подписан от Република България международен договор, в който се дава такава дефиниция на понятието „пол“ (чл. 3, буква „в“ от Конвенцията).

Разпоредбата на чл. 4, § 3 от Конвенцията изисква страните по нея да прилагат разпоредбите на Конвенцията, по-специално мерките за защита на правата на жертвите „...без всякаква дискриминация, основана на пол, социален пол, раса, цвят на кожата, език, религия, политически или други убеждения, национален или социален произход, принадлежност към национално малцинство, имуществено състояние, рождение, сексуална ориентация, идентичност, основана на пола, възраст, здравословно състояние, увреждания, семейно положение, статут на мигрант или на бежанец, или друг статут.“. Според § 53 от Обяснителния доклад към Конвенцията, съпътстващ създаването ѝ, и в светлината на широката съдебна практика на Европейския съд по правата на човека по чл. 14 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи, списъкът по чл. 4, § 3 е значително разширен, тъй като следва да предостави защита от дискриминация по множество белези на редица уязвими групи. В тази категория според доклада попадат и хората, които не отговарят на това, което обществото е определило като принадлежащо към категориите „мъже“ и „жени“.

Въпреки че не урежда конкретно правата на самите „трансгендър“ хора („transgender people“), Конвенцията е и първият международен договор, подписан от Република България, който изрично включва признака „идентичност, основана на пола“ в чл. 4, § 3 като основание за недопускане на дискриминация. Трябва да се подчертае, че в израза „идентичност, основана на пола“ („gender identity“/„l'identité de genre“) става дума не за „пол“ като биологична категория, а за „пол“ („gender“) при смисъла, вложен в така дадената дефиниция на понятието в чл. 3, буква „в“ от Конвенцията. Конвенцията не дава определение за „идентичност, основана на пола“ („gender identity“/„l'identité de genre“). Обяснителният доклад към Конвенцията (§ 53) определя „половата идентичност“, както следва: „Определени групи физически лица могат също да се сблъскат с дискриминация въз основа на тяхната полова идентичност, което с прости думи означава, че полът, с който те се идентифицират, не е в съответствие с пола, който им е отреден по рождение. Това включва някои категории лица, като например транссексуалните лица, трансвестити, травестити и други групи от хора, които не отговарят на това, което обществото е определило като принадлежащо към категорията на „мъжете“ или „жените“.“.

Предвид липсата на определение за понятието „gender identity“/ „l'identité de genre“ („идентичност, основана на пола“) в Конвенцията, неговото съдържание следва да бъде разбрано, освен чрез Обяснителния доклад, така и в светлината на политиката на Съвета на Европа за защита на някои права на „трансгендър“ лицата. Актовете на Съвета на Европа, посочени по-горе, насочени срещу дискриминацията и насилието въз основа на сексуална ориентация и полова идентичност несъмнено служат за изясняване

на смисъла, вложен в понятията „gender“ („пол“) и „gender identity“ („идентичност, основана на пола“) в контекста на подхода на Съвета на Европа за насърчаване на разбирането, че биологичното и социалното измерение на пола не са неразривно свързани и съществуват независимо едно от друго, за възможността на хората за полово самоопределяне, както и с оглед гарантиране от държавата на цялостно правно признаване на смяната на пола.

Анализът на термините „gender“/„genre“, преведен на български език веднъж като „пол“ и втори път като „социален пол“ и „gender identity“/ „l'identité de genre“, преведен на български език като „идентичност, основана на пола“ сочи, че понятията са свързани и следва да бъдат разбирани едно чрез друго. Понятието „gender“/„genre“ със съдържание „социално изградени роли, поведения, дейности и характеристики, които определено общество смята за подходящи за жените и за мъжете“ отразява определени социални и културни представи за мъжете и жените, изградени в дадено общество към определен момент. Тези представи търпят развитие до степен, че по-новите могат да изключат по-старите, като например, че полът е биологично детерминиран. От тази гледна точка един биологичен мъж може да има „gender“/„genre“ на жена и обратно. Това води до възможността за избор на индивида по своя воля на различна „идентичност, основана на пола“, която може и да не съвпада с биологичната. Така изложеното разбиране изразява аспекти на „джендър-идеологията“ – сбор от идеи, убеждения и вярвания, че биологично детерминирани характеристики на пола са ирелевантни, а има значение само половата самоидентификация.

Липсата на единно разбиране за понятието „gender“/„genre“ се илюстрира и от активната обществена и политическа дискусия по въпроса „за“ или „против“ джендър-идеологията, която тече повече от две десетилетия в десетки държави.

Както беше посочено, Конвенцията използва две понятия за пол – „sex“ и „gender“. Когато въвежда израза „идентичност, основана на пола“, той произтича от идеята, че социалното измерение на пола е независимо от биологичното. Дистанцирането от понятието „пол“ като биологичен признак – мъж/жена отдалечава Конвенцията от декларациите в нея цели за защита на жените от всички форми на насилие. Вътрешното противоречие в Конвенцията е очевидно при съпоставяне на декларациите в чл. 1 цели на Конвенцията и нейното заглавие с така дадената в Конвенцията дефиниция за „пол“. Впрочем самото определение за понятието „пол“, би било ненужно, ако деклариранията цел на международния договор в действителност съответстваше на неговото наименование „...за превенция и борба с насилието над жени...“. Тази двупластовост на понятийния апарат, на смисъла вложен

в използваните понятия на практика не води до постигане на равенство между половете, а заличава разликите между тях, с което принципът на равенство изгубва смисъла си.

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 биологичните особености и различията между тях. Полът е сред изрично установените в чл. 6, ал. 2 от Конституцията признаци, въз основа на които не се допускат привилегии или ограничения в правата (решение № 1 от 27.01.2005 г. по к. д. № 8/2004 г.). Конституционният текст разглежда биологичния пол като понятие с ясно юридическо съдържание. Това се потвърждава, както от обсъждането на разпоредбата като част от проекта за Конституция „...за равнопоставеността между мъжа и жената“ (Протоколи от заседанията на Комисията по изработване на проект за Конституция на България от 13.02.1991 г. и 10.06.1991 г.), така и от практиката на Конституционния съд по тълкуване на чл. 6, ал. 2, където критерият „пол“ е изключен от групата признаци, които се придобиват или изменят в процеса на социалната реализация на гражданите в обществото (решение № 14 от 10.11.1992 г. по к. д. № 14/92 г.).

Конституцията и цялото българско законодателство е изградено върху разбирането за бинарното съществуване на човешкия вид. В действителност в Конституцията недвусмислено се възприема социалното измерение на пола във взаимодействие с биологично детерминираното – чл. 47, ал. 2 от основния закон. В посочената конституционна разпоредба биологичният пол „жена“ се свързва със социалната роля – „майка“, с „раждане“, с „акушерска помощ“. 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.

На международноправно равнище разбирането за пола като единство на биологично и социално измерение, е залегнало в Римския статут на Международния наказателен съд (обн. – ДВ, бр. 68 от 16.07.2002 г.). Съгласно разпоредбата на чл. 7, ал. 3 от Римския статут: „По смисъла на този статут терминът „пол“ означава двата пола – мъжки и женски, в контекста на обществото. Терминът „пол“ няма никакво друго значение освен посоченото.“.

Традиционно човешкото общество се изгражда върху половата бинарност, т.е. съществуването на два противоположни пола, всеки от които е натоварен със специфични биологични и социални функции и отговорности. Биологичният пол е детерминиран по рождение и е в основата на гражданския пол. Значението на

гражданския пол при правното регулиране на социалните отношения (съпружество, родителство) изисква осигуряване на яснота, безспорност, стабилност и сигурност.

Конституционната дефиниция за брак, така както винаги е присъствала в българската правна традиция, се съдържа в разпоредбата на чл. 46, ал. 1, която го определя като „...доброволен съюз между мъж и жена“. Конституционната уредба на брака е изградена върху разбирането за съществуването на два биологично определени пола – мъжки и женски. Определяйки брака като доброволен съюз между мъж и жена, Конституцията издига различния биологичен пол в императив към встъпващите в брак. Разбирането за брака като връзка между мъж и жена е вкоренено дълбоко в българското правосъзнание и в този смисъл е в основата на конституционната уредба.

Противно на това конституционно разбиране за пола като биологична категория, понятието „gender“/„genre“ („пол“), като социален конструкт, присъства в Конвенцията отделно и наред с понятието „sex“/ „sexe“. Както беше посочено, това положение отдалечава приложното поле на Конвенцията от заявените в нея цели за защита на жените и открива пространство за противоречивото ѝ прилагане, което е в разрез с принципа на правовата държава във формален смисъл (чл. 4, ал. 1 от Конституцията).

Конвенцията проправя път към внедряване на понятията „пол“, и „идентичност, основана на пола“, при така дадената дефиниция в чл. 3, буква „в“, в българската правна система. Изискванията на чл. 4, § 3 от Конвенцията биха наложили в Република България да се създадат процедури, осигуряващи правно признаване на пол, различен от биологичния, в разрез с Конституцията.

Принципът на правова държава присъства в практиката на Конституционния съд с познато и утвърдено съдържание, съчетаващо формален и материален аспект. Днес в европейското правно пространство широко се споделя разбирането за правовата държава, което включва както принципа на правната сигурност – формалния елемент, така и принципа на материалната справедливост – материалния елемент (решение № 1 от 27.01.2005 г. по к. д. № 8/2004 г.).

Правовата държава във формален смисъл (държавата на правната сигурност) изисква съдържанието на правните понятия да е ясно и недвусмислено. Повелята за правна сигурност и предвидимост не допуска съществуването на две паралелни и

взаимоизключващи се понятия за „пол“. Ратифицирането на Конвенцията би довело до въвеждането в националния правен ред на понятие, противоречащо на конституционно установеното.

Принципът на правовата държава е фундамент на установения конституционен ред. Производството по чл. 149, ал. 1, т. 4, предложение първо от основния закон гарантира въвеждането в националната правна система на ценностните достижения на международната общност при съхраняването на ядрото от ценности, установени в Конституцията.

В Конвенцията чрез дефинирането на „пол“ като социален конструкт всъщност се релативизират границите на двата пола – мъж и жена като биологично детерминирани. Ако обаче обществото загуби способността да прави разлика между жена и мъж, борбата срещу насилието над жените остава само формален, но неизпълним ангажимент.

Конституционният съд счита, че Конвенцията, поради разпоредбите на чл. 3, буква „в“ и на чл. 4, § 3, които са носещи за смисъла на международния договор в неговата цялост, не съответства на Конституцията. Тъкмо по отношение на тези разпоредби, Конвенцията не допуска резерви. Съгласно чл. 78, § 1 от международния договор: „Не се допускат резерви по отношение на никоя от разпоредбите на настоящата Конвенция, с изключение на резервите, посочени в параграфи 2 и 3.“. Конституционният съд подчертава, че веднъж ратифициран, обнародван и влязъл в сила за Република България този международен договор, в съответствие с чл. 5, ал. 4 от основния закон, се инкорпорира във вътрешното право и се прилага с предимство пред националното законодателство, което му противоречи (решение № 7 от 02.07.1992 г. по к. д. № 6/1992 г.).

По изложените съображения и на основание чл. 149, ал. 1, т. 4, предложение първо от Конституцията, съдът

Р Е Ш И:

Конвенцията на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие, съставена на 11.05.2011 г. в град Истанбул, подписана от Република България на 21.04.2016 г. не съответства на Конституцията на Република България.

Решението е прието с осем гласа.

Съдиите Румен Ненков, Георги Ангелов, Константин Пенчев и Филип Димитров са подписали решението с особено мнение.

Председател: Борис Велчев

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдиите Румен Ненков и Георги Ангелов към решението по дело № 3/2018 г. на Конституционния съд на Република България

Не сме съгласни с постановеното решение, взето от мнозинството съдии в Конституционния съд, защото обратно на тяхното становище считаме, че Конвенцията за предотвратяване и противодействие на насилието над жените и домашното насилие на Съвета на Европа (Конвенцията) е съвместима с Конституцията на Република България.

Поначало, от позициите на своето място и предназначение, определени с Основния закон, чрез своите актове Конституционният съд не участва в борба за обществена подкрепа, нито може да дава оценка на една или друга социална теория или идеология. По настоящето дело неговата задача се свеждаше чрез тълкуване да разкрие точното съдържание на клаузите на един многостранен международен договор и на тази основа да прецени дали е налице съвместимост с духа и буквата на Конституцията на Република България.

Питането, по което е образувано настоящето конституционно дело, условно съдържа три пласта – конституционноправен, политически и културологичен. От значение за решението е единствено поставеният конституционноправен въпрос – противоречи ли Конвенцията на текстове от Основния закон.

Подложената на проверка за конституционност конвенция е приложима по отношение на всички форми на насилие над жени, включително и при домашно насилие (чл. 2, т. 1). Наред с това договарящите се страни са насърчени от нейния чл. 2, т. 2 да я прилагат в защита на всички жертви на домашното насилие (т.е. човешки индивиди,

които биха могли да са и от мъжки пол), макар че особено внимание се обръща пак на посягателствата над жените. Целите на Конвенцията са ясно очертани в чл. 1, а именно: а) защита на жените от всички форми на насилие (физическо и психическо) и във връзка с това – предотвратяване, преследване и преустановяване на насилието над жените и домашното насилие; б) принос към преодоляване на дискриминацията на жените и утвърждаване на действително равенство между мъжа и жената; в) установяване на ясна система от политически решения и мерки за защита и подпомагане на жертвите на насилие; г) стимулиране на международното сътрудничество за отстраняване на насилието над жените и домашното насилие; и д) осигуряване на подкрепа и съдействие на специализираните организации и правозащитните органи за постигане на ефективно сътрудничество и възприемане на интегриран подход към премахване на насилието над жените и домашното насилие.

Така посочените цели и обхват на Конвенцията не само са съвместими с духа и буквата на Конституцията на Република България (Конституцията), но в пълна степен отговарят на съдържащите се в нея ръководни принципи и специални разпоредби, които отричат всякакво неоправдано насилие над човека. Още в преамбюла на Основния закон неговите създатели са обявили верността си към такива общочовешки ценности като хуманизъм, равенство, търпимост, свобода, достойнство и сигурност на личността. Държавата изрично се е ангажирала със защитата на човешкия живот (чл. 28), противодействието на различните форми на мъчение, жестоко, безчовечно или унижаващо отношение (чл. 29), както и обезпечаването на правото на лична свобода и неприкосновеност (чл. 30). Дори правото на свободно изразяване и разпространяване на мнение е ограничено когато чрез упражняването му се разпалва насилие над личността (чл. 39, ал. 2).

Понятието „пол“ се използва само в чл. 6, ал. 2 от Конституцията. То няма легално определение, поради което съдържанието му следва да се изведе от общоупотребимия български език. Според него полът (още биологичен пол, физиологичен пол) е понятие в биологията, според което група индивиди от даден биологичен вид, имащ възможност за полово размножаване, се разграничават чрез специализацията в производството на определен вид полови клетки. При хората, наред с биологичният пол, съществува и понятието „полова идентичност“, използвано в сексологията, психологията и социологията. Половата идентичност съответства на начина, по който човек разбира и чувства собственият си пол („психологически пол“) като един от четирите елемента на сексуалността. Тя е различна от „социалния пол“ – основаните на биологичните полови различия социално конструирани характеристики и

поведения, свързани с „мъжествеността“ и „женствеността“. В съвременния български език понятието „пол“ носи всички тези значения.

Разпоредбата на чл. 6, ал. 2 от Конституцията включва понятието „пол“ като един от защитените признаци, по които са недопустими никакви ограничения на правата или ползването на привилегии. Нормата е конкретна проекция на прогласените в предходната алинея свобода на хората по рождение и тяхното равенство по достойнство и права. Основният закон възприема разделението на хората по полов признак без изрично да отделя групата на лицата, които се намират в особени гранични състояния, по-често обусловени от биологични фактори (генетични и хормонални) и по-рядко от социална среда (семейство, приятелски връзки и пр), които обективно могат да затруднят или изключат възможността за осъществяване на естествената за човека репродуктивна функция. На този извод навеждат конституционните разпоредби на чл. 46, ал. 1 относно гражданския брак и чл. 47, ал. 2 относно особената закрила, която държавата дължи на жената майка.

Отделно представителите на сексуалните малцинства разполагат с със специална защита, произтичаща от всеобщите конституционни принципи на уважение към човешкото достойнство, неприкосновеност на личността, равенство пред закона и забрана за дискриминационно отношение по социален признак. Разпоредбата на чл. 4, ал. 1 от Закона за защита от дискриминация третира съответната обществена група като уязвима и изложена на по-голям риск, поради което изрично забранява всяка пряка или непряка дискриминация, основана на различията не само по пол, но и по сексуална ориентация. Във връзка със забраната за дискриминация обвързващото право на Европейския съюз допълнително възприема и признака „генетични характеристики“, несъмнено свързан с биологията на човешкия индивид по рождение (вж. чл. 21 от Европейската харта на основните права).

Критиците на Конвенцията твърдят, че със своята неяснота и двусмисленост дава възможност за нарушаване на гореизложените принципни положения по българския основен закон. С това категорично не можем да се съгласим, защото нито една нейна клауза не отваря вратата към утвърждаване на някакъв „трети пол“ или обвързва държавата с ангажимент да легитимира като приравни на брака извънбрачните съжителства, които обективно съществуват, при това в повечето случаи на хетеросексуална, а не на хомосексуална основа.

Също като Конституцията, Конвенцията не дава определение на понятията „мъж“ и „жена“, защото изхожда от позицията, че човешките индивиди могат да бъдат само от два биологично обусловени пола – мъжки и женски. Аналогично възприема и гражданския брак като признат от държавата съюз между двама „съпрузи“ – мъж и жена. Същевременно ясно и недвусмислено го разграничава от „партньорството“. Нормативното регулиране на различните фактически съжителства извън брачните, обективно съществуващи, както вече сме отбелязали, по-често на хетеросексуална и по-рядко – на хомосексуална основа, е предоставено изрично на вътрешното право т.е. на усмотрението на присъединилата се страна (например, вж. чл. 3, буква „б“, чл. 36, т. 3, чл. 46, буква "а" и чл. 59, т. 1 от Конвенцията). Следователно суверенно право на всяка отделна държава е да реши дали да ги институционализира или не. В тази насока от многостранния международен акт не произтича никакво обвързващо задължение.

Неслучайно със своя чл. 9 Конвенцията предписва държавна подкрепа само за такива структури на гражданското общество и неправителствения сектор, които си поставят за цел борбата срещу насилието над жените. Не са изрично включени организациите, чиито цели се свеждат до противодействие на домашното насилие. Очевидната цел на съдоговорителите е била да бъдат разсеяни подозренията, че под прикритието на борбата с домашното насилие международният акт би могъл да се ползва и като инструмент за стимулиране на проявите на нетрадиционно партньорство.

В дебата по повод ратифицирането на Конвенцията като основен проблем се постави съдържанието на дефиницията по чл. 3, буква "в" от Конвенцията.

Определителната норма по чл. 3, буква "в" от Конвенцията не може да се оцени изолирано като несъвместима с Конституцията, без да се свърже с използването ѝ в конкретни други разпоредби на подложения на анализ международен договор. Затова в случая проверката за конституционност трябваше да се съсредоточи върху въпроса какви задължения произтичат за страните-съдоговорители и на тази основа да се прецени дали тази обвързаност е съвместима с българския основен закон. С постановеното решение обаче е възприет различен подход като заключението на мнозинството за конституционна несъвместимост е основано най-вече върху неточно и дори превратно възприемане на действително съдържание на чл. 3, буква "в" от Конвенцията.

Конвенцията е подписана на двата официални езика на Съвета на Европа – английски и френски, поради което за установяването на нейния правен ефект за Република България са нужни и минимални езикови познания. Тезата за конституционна несъвместимост се основава главно на тълкуване на разпоредбата чл. 3, буква "в" от Конвенцията, която, както вече отбелязахме, не съставлява нищо друго освен определение на термина „gender” в английския текст и „genre” във френския, така както следва да се възприема по смисъла на международния акт с оглед на еднаквото и точното му прилагане от договарящите се страни. Поотделно двата езика използват и друга дума, която е значително по-сходна с тясното разбиране за „пол“ като принадлежност към една от двете биологично обусловени групи от човешки индивиди, а именно „sex“ в английския и съответно – „sexe“ във френския език. Същевременно, дори повърхностна справка в речниците за чужди езици сочи, че съществуват и редица други преводни значения на „gender”, съответно „genre“, например „род“ в граматиката при превод от английски език, както и „сорт“, „категория“, „тип“, „вид“ при превод от френски език. Следователно, в случая чисто лингвистичният подход е безплоден, поради което не може да бъде решаващ за постигане на прецизен тълкувателен резултат. За правния анализатор е важно не какво е преводното значение, а какво е конкретното съдържание по същество на съответния термин, използван единствено за постигане на целта, т.е. за нуждите на самата Конвенция, както изрично е обявено още в началото на нейния чл. 3.

Според определението на чл. 3, буква "в" под термина „gender“ („genre”) Конвенцията разбира: „социално изградени роли, поведения, дейности и характеристики, които определено общество смята за подходящи за жените и за мъжете“. От една страна самата дефиниция съвсем ясно и недвусмислено отчита съществуването на двата пола в биологичен аспект – мъжки и женски, като в това отношение е в пълно съзвучие с българския основен закон. От друга – приема, че с оглед на специфичните особености на традициите и разбирането за морал, в хода на своето историческо развитие отделните общества оценяват човешките изяви като типични, присъщи само за жените и съответно – само за мъжете. Тази оценка е динамична, променя се във времето – например, преди 60-70 години българското общество е считало тютюнопушенето и носенето на панталон за мъжка изява, а преди 30-40 години така се е оценявало и упражняването на спортове като борба, бокс и вдигане на тежести. В разпоредбата на чл. 3, буква "в" няма и намек за фактическо обособяване, а още по-малко за възможно легализиране на някакъв биологично неопределен „трети пол“. Що се отнася до съдържанието се в нея допускане на възможността за диференцирано отношение на различните общества, включително и на българското, към определен вид

човешко поведение, би било повече от абсурдно една несъмнена и неоспорима истина да послужи като основание за установяване на противоконституционност.

Наистина, несъвместимост с Конституцията може да възникне при конкретното използване в другите норми на Конвенцията на дефинираното в нейния чл. 3, буква "в" понятие. Според нас обаче всички случаи са подчинени единствено на идеята за противодействие на проявите на насилие (вж. чл. 2, т. 2, чл. 6, чл. 18, т. 3, чл. 60 и др.). Никъде в подложения на правен анализ международен акт не може да се открие одобряване или поощряване на такива действия на представители на единия пол, които обществото счита за характерни за другия пол, а още по-малко на договарящите се държавите се вменява задължението да стимулират подобно поведение. Единствената цел е да не се допуска насилие, насочено към определени лица, само защото имат прояви, които се възприемат от повечето членове на обществото като неприсъщи за техния биологичен пол. В цивилизованите общества унижаването на човешкото достойнство чрез използване на психическо и физическо насилие не може да бъде оправдано с утвърдените навици, предразсъдъци, традиции и други обществени практики, основани на неравенството на жената по отношение на мъжа (в тази насока вж. чл. 12 от Конвенцията). В това се състои неопределената от мнозинството конституционни съдии сърцевина на Конвенцията, съответстваща изцяло на Конституцията на Република България, която отрича неоправданото и непропорционалното насилие дори и спрямо извършителите на най-тежки престъпления.

В своите становища противници на Конвенцията поддържат, че като предписва на страните общото задължение за предприемане на „... мерки за насърчаване на промени в социалните и културни модели на поведение на жените и мъжете с цел изкореняване на предразсъдъци, обичаи, традиции и всякакви други практики, основани на идеята за малоценност на жените или на стереотипни роли за жените и мъжете...“ разпоредбата на чл. 12, т. 1 от Конвенцията е несъвместима с българския основен закон, конкретно с чл. 32, ал. 1 и чл. 47, ал. 1 и 2 от Конституцията. Акцентът в тази теза се поставя върху очевидно негативната оценка, която международният акт дава на идеята за безусловно и безкритично съобразяване, подчиняване и налагане в живота на временно преобладаващите в общественото съзнание стереотипи за това каква е житейската роля, отредена отделно на мъжа и отделно на жената. Веднага трябва да се подчертае, че оспорваната разпоредба почти буквално следва редакцията на чл. 5, буква „б“ от Конвенцията на ООН за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените от 1979 г. (ратификационен указ обн., ДВ, бр. 76 от 1981 г., в сила за България от 10.03.1982 г., пълен текст обн., ДВ, бр. 17 от 2010 г.), с който държавите-

участнички са се задължили да „приемат всички надлежни мерки с цел да се променят социалните и културните модели на поведение на мъжете и жените с цел постигане изкореняване на предразсъдъците и премахването на обичаите и цялата останала практика, които са основани на идеята.....за стереотипността на ролята на мъжете и жените“. Огромното мнозинство от държавите, които членуват в най-авторитетната и най-масовата световна международна организация са подписали и ратифицирали документа от 1979 г. Сред тях са европейските държави, включително и Република България. Следователно, хипотетичното възприемане на лансираната в някои становища теза, че подложеният на критика чл. 12, т. 1 от Конвенцията е несъвместим с националната Конституция, като краен резултат ще доведе до отричане на получили всеобщо признание ценности и съответно – до изпадане на страната в изолация от международната общност.

Според социалната психология под „стереотип“ се разбира обобщеното възприятие за отличителните черти на хора от определена обществена група, при което се приема, че всеки отделен индивид в групата неминуемо е носител на общата характеристика, дори това да не е вярно в действителност. Такова клиширано обобщение понякога може да е полезно при вземане на бързи решения, но е вредно, когато без основание, механично се прилага по отношение на отделната личност.

Конвенцията в никакъв случай не отрича правото на индивида да има свое собствено мнение, както и възможността във всяко конкретно общество да господства определено становище по въпроса какво трябва да е поведението на жената и на мъжа поотделно. От друга страна обаче тя има пълното основание да не одобрява клишираното мислене като оправдание за прояви на насилие и дискриминация. В този смисъл противопоставянето на „стереотипните роли за жените и мъжете“ в никакъв случай не може да се разглежда изолирано от целите и обхвата на Конвенцията, развити в основополагащите норми на нейните чл. 1 и чл. 2. Наистина, родителите са свободни да възпитават своите деца, но абсолютно неприемливо за обществото е чрез това възпитание да им внушават идеи за упражняване на насилие спрямо онези, които са различни от тях. В такива случаи коригиращата намеса на държавата чрез системата на публичното възпитание е необходима. При това особено важно е да се подчертае, че предписаният от Конвенцията подход се свежда до „насърчаване“ на промени в общественото съзнание, т.е. изключва принудата като средство за постигане на целта. Следователно съвсем неоправдано е да се твърди, че изпълнението на чл. 12, т. 1 от Конвенцията би довело да конституционно нелегитимна намеса в личния живот на гражданите. Лишена от всякаква правна основа и дори още по-абсурдна е тезата, че

когато говори за специфичните роли на жените и мъжете Конвенцията има предвид не особеностите на човешкото поведение, а биологичното предназначение на мъжа да създава и на жената – да ражда деца. Като всеки акт с нормативен характер Конвенцията регулира обществени отношения, без да има каквато и да е претенция, а и възможност, да се намесва в законите на природата. Тя не само не отрича правото на родителите да отглеждат и възпитават децата си (чл. 47, ал. 1 от Конституцията), както и дължимата от държавата защита на жената майка (чл. 47, ал. 2 от Конституцията), но създава условия за реализиране на конституционните предписания в обществената практика.

Неоснователно е опасението, че изпълнението на произтичащия от чл. 14 на Конвенцията ангажимент за организиране на образователни програми, насочени към възпитание на търпимост, взаимно уважение и ненасилнически методи за решаване на междуличностните конфликти, включително и изучаването на излизащото от установените стереотипи поведение, може да подкопае традиционния морал на българина, устоите на неговия брак и семейство. Добре планираното обществено възпитание винаги е по-полезно за подрастващите от „уроците“, които получават на улицата. От друга страна, поетото задължение в никаква степен не накърнява суверенното право на държавата да въведе такова образование, каквото намира за подходящо. В случая изучаването на обективно съществуващото явление не е обвързано със задължение чрез обучението да се създава позитивно отношение към всички форми на нетрадиционно поведение. Например, ако приемем, че хомосексуализмът е сериозно отклонение от типичното, естественото за съответния пол поведение, което не се счита за подходящо от обществото, Конвенцията не установява никаква правна пречка образователните програми да дават отрицателна оценка на проявите, които са продиктувани единствено от социални фактори, самоцелна показност или корист.

Решението за конституционна несъвместимост на Конвенцията, постановено от мнозинството съдии, се основава на противоречие с чл. 6, ал. 2 (равноправието между половете) и чл. 46, ал. 1 (гражданския брак). Позовава се още и на общия принцип на правовата държава по чл. 4, ал. 1 от Конституцията, въпреки че изложените в него съображения са в конфликт с този принцип, тъй като не отговарят на изискванията за обективност и яснота, съдържат редица двусмислия и противоречия.

Преди началото на същностния правен анализ в мотивите на акта, постановен от Конституционния съд, изрично се поддържа, че преценката за конституционност „.....следва да се извърши въз основа на превода на български език на текста на

Конвенцията, който е предоставен по делото от Министерския съвет на Република България.....". Впоследствие обаче мнозинството се е отклонило от подхода, който самото то е обявило за принципна изходна позиция. Например, противно на заявеното намерение, изрично са посочени редица разпоредби на Конвенцията, които включват в съдържанието си дефиницията по чл. 3, буква „в“, като са цитирани извадки на английски език, въпреки че френският език е напълно равностоеен още от самото подписване на международния договор. Според нас, тази очевидна непоследователност не е случайна. Ако действително беше използван само българският превод, съдържанието на понятието "пол", такова каквото е по смисъла на Конвенцията, би се svelo до общественото мнение по въпроса кои роли, изяви, постъпки, действия и пр. са присъщи отделно на мъжете и отделно на жените. Би било съвсем ясно, че става дума за външната обществена оценка на определен тип поведение, която не само не отрича биологичната природа на човека, а дори точно обратното – изхожда от нея. В рамките само на българския текст обаче би било трудно, дори невъзможно за мнозинството да свърже проверката за конституционност със странични, неотносими към предмета на делото въпроси като идентифицирането на половата принадлежност според субективната воля на индивида (т.е. със самоидентифициране), действията на международната общност в защита на лицата, които са с нестандартната сексуална ориентация или по природа се намират в гранично състояние от гледна точка на проявените полови белези, сложната био-етическа проблематика на промяната в сексуалните характеристики чрез медицинска интервенция и пр.

В мотивите на постановеното решение преднамерено се ползва чуждоезична терминология, за да се насочи вниманието към достъпни предимно на английски език публикации, отразяващи политиката на Съвета на Европа по мерките, насочени срещу дискриминацията в случаите на нестандартна сексуална ориентация и биологично обусловена полова неопределеност, както и така наречената „джендър идеология“ във връзка с поддържаната от отделни нейни представители идея за полово самоопределение (т.е. самоидентифициране) на отделния индивид. По този начин вместо проверката за конституционност да се съсредоточи върху истинското съдържание на Конвенцията, на читателя се внушава, че международният договор има и някакво друго, съзнателно прикрито съдържание и дълбоко законспирирани цели, които са извън принципно обявената от него задача за противопоставяне на насилието над намиращи се в състояние на повишен риск обществени групи. Според нас обаче съображения, които са основани на политика и идеология, надхвърлят предмета на дължимия по настоящето дело правен анализ. Смущаващ е фактът, че Конституционният съд встъпва в неподходящата за неговото положение роля на политически и идеологически съдник. Също така питаме дали от постановеното

решение следва конституционна несъвместимост и съответна неизпълнимост по отношение на българската държава на определена категория актове на първата, най-масовата правозащитна междудържавна организация на демократична Европа.

Постановеното с гласовете на мнозинството съдии решение използва с явно негативна конотация изразът "социален пол". Не приемаме такъв подход, основан на предварително внушена обществена нагласа, защото е несъвместим с основните принципи на правото. Юридическото понятие "пол" не може да има друго съдържание освен социално, защото самото право регулира единствено обществени (социални) отношения, но е безсилно пред природата. Това е валидно за всички случаи на придаване на правно значение на разграничението между човешките индивиди по пол, включително и когато основният фактор "биология" се свързва с общественото мнение, както конкретно е подходила Конвенцията, или с личностната самооценка, към която международният договор няма никакво отношение.

Дори при най-добросъвестен прочит на мотивите на постановеното решение не може да бъде открита ясна и недвусмислена констатация, че определена разпоредба на Конвенцията е несъвместима с определен принцип или конкретно предписание на Конституцията на Република България. Има само едно изключение. Мнозинството съдии са приели, че чл. 4, § 3 на Конвенцията противоречи на принципа на правовата държава по следните причини: първо, защото, при липсата на изрично определение на понятието „идентичност, основана на пола“ (в мотивите цитатът, освен на български език, е допълнен с извадка от английския и френския текст), ще доведе до непреодолими трудности при прилагането на международния акт, и второ, защото налага на българската държава да създаде „...процедури, осигуряващи правно признаване на пол, различен от биологичния...“. Според нас и двете тези са необосновани. Както сме посочили по-горе, понятието „пол“ по смисъла и за нуждите на Конвенцията е дефинирано съвсем ясно и недвусмислено в нейния чл. 3, буква „в“. То не само не съдържа отрицание на разделението на хората на мъже и жени, а напротив – изрично го признава. Без да отрича биологичната природа на човека, определението се основава на обществената оценка, макар и динамична във времето, за мъжки и женски роли, прояви, действия, поведения и пр. Става дума за една истина, за едно явление, което винаги е било характерен елемент и на българската народопсихология. От чл. 4, § 3 на Конвенцията не произтича никаква обвързаност за държавата нормативно да признае някакъв нов пол, различен от мъжкия и женския, а единствено задължението да противостои на различните форми на насилие над жените и домашното насилие, както и да сътрудничи с международната общност в това отношение.

Като възприема, неправилно според нас, конституционното понятие за пол като основано единствено и само върху биологичните различия между хората, позовавайки се на принципа на правовата държава, в мотивите на решението, макар и не съвсем ясно и категорично, се поставя и въпросът за несъвместимост на Конвенцията с конституционната дефиниция за гражданския брак. Наистина, чл. 46, ал. 1 от Конституцията урежда брака като доброволен съюз между мъж и жена, така че в това отношение половото разграничение (*de lege lata*) е хетеронормативно. Както вече сме посочили, обаче, нито един текст от Конвенцията не задължава Република България да въвежда хомосексуалните или какъвто и да е друг вид бракове, поради което и в тази насока липсва конституционна несъвместимост.

С оглед на действителния смисъл и съдържание на клаузите на Конвенцията (най-вече определението по чл. 3, буква „в“), разсъжденията на мнозинството съдии, изградени върху нововъведеното от тях в българския език, досега непознато за нас понятие за „половата бинарност“ като основа, върху която традиционно се изгражда човешкото общество, а във връзка с това и тезата им, че „...биологичният пол е детерминиран по рождение и е в основата на гражданския пол...“, са неотнормирани към конкретната проверка за конституционност. Повод за тревога е, че мотивите на Конституционния съд могат да се ползват като ръководни принципи и извън предмета на конкретното дело. Затова, при липсата на конституционно определение, изразяваме несъгласие с тясното и схоластичното разбиране за разделението на хората по пол като базирано единствено и само върху външно изразените първични и вторични полови белези. Като навсякъде по света, и у нас в България също се раждат хора с неопределена, неясно изразена биологична принадлежност, които не носят отговорност за това, което природата им е отредила. Във връзка с тази обективно съществуваща реалност актуални са въпросите дали такива хора подлежат на защита срещу дискриминация по полов признак, към кой от двата пола следва да бъдат причислени и кой да има решаващата дума за това. Проблематиката в това отношение е твърде сложна, за да може да бъде решена с две-три изолирани и твърде повърхностни констатации.

Във връзка с горното, решението предизвиква у нас още въпроси, които надяваме се да останат реторични. Първо, дали мнозинството би се съгласило, че биологично обективно съществуващите индивиди с неопределени или смесени полови белези („интерсексуални“ – хермафродити, кастрати), за разлика от включените в статистически доминиращото мнозинство с ясно изразена сексуалност, не разполагат със защита срещу дискриминация по признака „пол“. Второ, дали същото се отнася и за

лицата, чиито социален или психологически профил е различен от съответния профил на хората от мнозинството. Верните отговори на поставените въпроси не могат да бъдат достигнати без да бъде съобразявана и най-обикновената човечност, наречена в Преамбюла на Конституцията със също привнесената в българския език дума "хуманизъм" като обозначение на една от най-висшите конституционни ценности. За нас няма съмнение, че всички горепосочени различия попадат под защитата на чл. 6, ал. 2 от Конституцията.

Конвенцията, и особено българският ѝ превод, от правна гледна точка е далеч от съвършенството. Конституционното понятие за пол, обаче, се съдържа единствено в чл. 6, ал. 2 от Конституцията и като родово понятие включва както биологичния, така и психологичния и социалния пол, при това само като основание за недопускане на дискриминация. Със същата цел и в абсолютно същия спектър понятието се употребява и в подложената на конституционна проверка Конвенция, поради което липсва противоречие между нейните разпоредби и конституционния принцип на правовата държава. Затова възприетата в тази насока теза на мнозинството за конституционна несъвместимост с принципа на правовата държава е неоснователна.

Не можем да спестим и въпроса дали мнозинството би се отказало от заключението си за конституционна несъвместимост, ако в превода на български език беше използвана друга дума или израз вместо думата „пол“, която се съдържа и в чл. 6, ал. 1 от Конституцията. Здравият разум трудно може да приеме, че решението на Конституционния съд, най-високопоставения блюстител на правата и законните интереси на гражданите, вместо върху непредубеден, обективен и точен анализ по същество на съдържанието на многостранния международен договор, се е основало главно върху превода на един правен термин, установен на два чужди езика.

Общественият дебат по повод ратификацията на Конвенцията за противодействие и предотвратяване на насилието над жените и домашното насилие се разви като нечестен, манипулативен политически проект за привличане на електорат на фона на показна защита на традиционния морал и националните традиции на българина. Отначало се поддържаше тезата, че Конвенцията е ненужна и излишна, после стана вредна и опасна, защото лансирала идеята за „трети пол“. Дори беше предложен референдум, който без всякакво съмнение щеше да премине под знака на разисквания дали предварително обърканият гласоподавател е „за“ или „против“ хомосексуализма, еднополовите бракове, гей парадите и т.н. Сега всичко приключва с обявяването на

конституционна несъвместимост, т.е. хората трябва да са спокойни за своето бъдеще. Според нас обаче това спокойствие може да се окаже измамно и преходно.

Приемаме, че основното, естественото предназначение на човека е да продължи своя род и че възпроизводството трябва да става в общуване между мъже и жени. По принцип не одобряваме вулгарното и демонстративно показване на интимния сексуален живот на хората пред широка публика. По тези въпроси обаче Конвенцията въобще не взема отношение. Затова тя не може да бъде квалифицирана нито като консервативна, нито като либерална. Нейният фокус е друг, а именно – борбата с насилието. Същевременно не можем да се въздържим да констатираме, че радетелите за неотклонно еднопосочно сексуално поведение на мъжете и жените като че ли заобикалят отговора на такъв изключително актуален проблем на българското общество като тежката демографска криза. Само за сведение, по статистиката на ООН за 2017 година България е на незавидното 210-то място в света по прираст на новородени деца като с изключение на Германия, която е със сходни показатели, с по-висока раждаемост са всички останали държави, институционализирали еднополовите съжителства.

Дори при консервативни, клерикални и тоталитарни управления винаги има отделни индивиди от единия биологичен пол с прояви, достигащи в крайната си форма до хомосексуализъм, които обществото е оценявало като типични за другия пол. Такива хора българският народ обикновено нарича „женчовци“ и съответно – „мъжкарани“. Нека си припомним, че сред тях е имало популярни актьори и певци, добри лекари, всепризнати юристи, елитни спортисти и т.н. За добро или за лошо това явление съпътства човешкото общество от началото на неговото съществуване. Опитите да бъде забранено със закон винаги са се проваляли. От друга страна, разбира се, в никакъв случай на хората не може да бъде наложено да го възприемат като нещо добро, като нещо положително, но това не прави и самата Конвенция, която само констатира една обективна реалност, т.е. една истина, без никъде да предписва мерки за нейното подкрепяне и стимулиране от държавата. Международният акт единствено застава на позицията, че реакция под формата на физическо и психическо насилие над човешки същества е абсолютно неприемлива в общества, които считат себе си за цивилизовани.

Решението на Конституционния съд представлява „услуга“ за политиците от всички цветове – предотвратява възможен конфликт в управляващата коалиция и съвпада с позицията на по-голямата част от парламентарната и извънпарламентарната опозиция. Съответно е и на обществената нагласа в момента. Времето обаче ще е съдник

дали то възплъщава онази безпристрастност, гражданска смелост и доблест, които са присъщи на независимото правосъдие. Съмняваме се, че конституционна юрисдикция в друга демократична европейска държава би приела, че истината може да е несъвместима с Основния закон на страната, че борбата срещу различните форми на насилие може да бъде противопоставена на конституционните изисквания. Може би Конвенцията за противодействие и предотвратяване на насилието над жените и домашното насилие е несъвършена, може би тя няма да бъде онзи ефективен международен инструмент, каквито са очакванията на нейните създатели, но в противопоставянето на българските политици и държавни институции има една негативна символика, която определено сочи на отдалечаване от идеала за „чиста и свята република“. Можем само да предполагаме какви са истинските причини за отказа да се наредим до мнозинството цивилизовани и демократични европейски държави в търсенето на лек срещу насилието като най-тежка форма на унижаване на човешкото достойнство. Във връзка с това отбелязваме само като пример, че още в Резолюцията на Общото събрание на ООН от 10 юни 2000 г. относно действията и инициативите за прилагане на Пекинската декларация и съответната платформа за действие многократно е употребена английската дума „gender“, с която днес единствено по съображения за постигане на политическа изгода, но без каквото и да е основание, се плаши българското общество. Твърде жалко е, че самоизолирането на България от международната общност, което произтича от решението на Конституционния съд, става когато бруталната агресия се е превърнала в част от нашето ежедневие в домовете, по улиците, в обществения транспорт, на стадионите, в училищата, в парковете и т.н.

Съдия: Румен Ненков

Съдия: Георги Ангелов

Особено мнение

на съдия Константин Пенчев по к.д.№3 / 2018 г.

Моето мнение е , че няма несъответствие на Конвенцията на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие, съставена на 11.05.2011 г. в гр. Истанбул, подписана от Република България на 21.04.2016 г., с Конституцията на Република България.

1. За да постанови решение за несъответствие на Конвенцията с Конституцията, Конституционният съд се е мотивирал по следния начин:

1.1 Съдът приема, че разпоредбите на чл.3, б. “в“ и чл.4, пар.3 от Конвенцията противоречат на чл.6, ал.2 и чл.4, ал.1 от Конституцията. Тъй като по тези разпоредби са недопустими резерви /чл.78/, то те правят цялата Конвенция несъвместима с Конституцията.

1.2. Приема се, че разпоредбите на чл.3, б. “в“ и чл.4, пар.3 определят пола, както като биологична категория, така и като социален конструкт, обусловен от субективните възприятия и представи на определено общество за ролята на мъжете и жените. Това двойко разбиране за понятието пол противоречи на чл.6, ал.2 от Конституцията, която разпоредба има предвид биологичен, а не социален пол .Цитира се и тълкувателно решение № 14 от 1992 г. на Конституционния съд, съгласно което признакът пол е изключен от групата признаци, които се придобиват или изменят в процеса на социалната реализация на гражданите в обществото.

1.3. Приема се освен това, че Конвенцията противоречи и на принципа на правовата държава, установен в Преамбюла и чл.4, ал.1 от Конституцията. Правовата държава във формален смисъл изисква съдържанието на правните понятия да е ясно и недвусмислено. Конвенцията, дефинирайки понятието пол освен като биологичен, така и като социален конструкт, прави невъзможно приемането на закони в изпълнение на Конвенцията и води в крайна сметка до нестабилност на правната система.

2. Не споделям тези правни изводи по изложените по-долу съображения.

2.1. В чл.3, б. „в“ е определено понятието пол, валидно само за целите на Конвенцията, като „социално изградени роли, поведения, дейности и характеристики, които определено общество смята за подходящи за жените и за мъжете.“ Понятието социална роля на пола вече е възприето в нашето законодателство. В Закона за равнопоставеност на жените и мъжете пар.1 т.1 от Допълнителна разпоредба е посочено, че „мъжете и жените са свободни да развиват своите лични способности и да правят избор без ограничения на социалната роля на своя пол.“ В същия закон като принцип на държавната политика по равнопоставеност на мъжете и жените в чл.2, т.5 е посочен „преодоляване на стереотипите, основани на пола“.

2.2. Очевидно целта на Конвенцията, както и на Закона за равнопоставеност на жените и мъжете, е защита на свободата на всеки индивид, мъж или жена, да определя своето поведение, независимо от установените в определено време и в определено общество стереотипи за социалните роли на мъжа и жената, без да се поставя под каквото и да било съмнение разбирането за биологичната същност на пола.

2.3. Разпоредбата на чл.4, пар.3 от Конвенцията също не създава ново понятие за пол, различно от биологичния. Съгласно тази разпоредба мерките за защита на жертвите ,предвидени в Конвенцията, следва да се прилагат без каквато и да било дискриминация, на основание изброените в текста признаци. Неоснователни са опасенията в мотивите на решението, че понятията като „социален пол“ и „идентичност, основана на пола“ въвеждат нови критерии за пол, различни от биологичните , което освен, че нарушава чл.6, ал.2 от Конституцията, би довело и до правен хаос, несъответстващ на правовата държава.

2.4. В спорния текст са изброени и други признаци, извън посочените по-горе, на основание на които дискриминацията е недопустима- например възраст, здравословно състояние, увреждания, сексуална ориентация . Тези признаци също както и признаците „социален пол“ и „идентичност, основана на пола“ не присъстват в разпоредбата на чл.6, ал.2 от Конституцията. Някои от тях /възраст, здравословно състояние, увреждания, сексуална ориентация/, се използват и в действащото законодателство- чл.4, ал.1 от Закона за защита от дискриминация, чл.15 от Закона за борба с трафика на хора, чл.3 от Закона за социалното подпомагане, чл.2 от Закона за насърчаване на заетостта, чл.75, ал.5, т. 2 от Закона за радиото и телевизията, чл.8 , ал.3 от Кодекса на труда, чл.231, ал.1 от Кодекса за социално осигуряване и др.

2.5. Тези признаци попадат в общия, конституционно установен в чл.6, ал.2 , признак, „лично положение“ и обогатяват неговото съдържание. Признакът лично положение включва физическите, психическите и интелектуалните специфики на отделния човек, както и всеки друг значим, траен и същностен за личността белег. Този признак няма еднозначно, изначално определено обективно съдържание. Уврежданията, възрастта, здравословното състояние и сексуалната ориентация са белези на личното положение. Очевидно е, че съдържанието на този признак подлежи на допълване и обогатяване в процеса на обществено развитие. Считам, че идентичността , основана на пола, като част от психическите специфики на индивида, също е белег на личното положение .

2.6. Следователно и разпоредбата на чл.4, пар.3 от Конвенцията не влага в понятието пол друг смисъл извън биологичния. Тя посочва нови същности за личността белези, които се включват в признака „лично положение“, изключващ дискриминацията при осъществяване мерките на защита по Конвенцията.

2.7. По изложените съображения смятам, че липсва несъответствие на Конвенцията на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие, съставена на 11.05.2011 г. в гр. Истанбул, подписана от Република България на 21.04.2016 г. с Конституцията на Република България.

3. Съществуващата негативна емоционална нагласа в обществото към Конвенцията би следвало да бъде отчетена при вземане на политическото решение дали този международен договор да бъде ратифициран. Общественото мнение, обаче, не може да влияе върху правната преценка за съответствието на Конвенцията с Конституцията.

Съдия: Константин Пенчев

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдията Филип Димитров по к.д. № 3/2018 г.

Не съм съгласен с решението по конституционно дело № 3/2018 г., с изводите на мнозинството, както и подхода към тях, по следните съображения:

Конституционният съд би следвало да разгледа искането за обявяване на противоконституционност в следните насоки:

1. Съществува ли текст или принцип в българската Конституция, който да се намира в противоречие с целите, обсега или конкретни разпоредби на Конвенцията;
2. Съществуват ли вече, като част от Българската правна система, други актове, които съответствуват на съдържанието на Конвенцията и
3. До какво се свежда отговорността, поета от правителството, респ. от парламента, за да се установи има ли и какви рискове от бъдещи действия, които биха могли да застрашат конституционния ред.

Разглеждайки искането без да разграничи отчетливо тези елементи, мнозинството попадна в объркване и в контекста на особено шумна политическа кампания (която Конституционният съд разбира се не може да пренебрегва, но трябва да оценява с подобаващата му прецизност), стигна до постановеното решение.

Конвенцията определя целите и обхвата си в чл.1 и 2 изключително в рамките на насилието над жени и домашното насилие. Обстоятелството, че тази проблематика е третирана в други законодателни и ратифицирани от България международни актове (подробно изброени в решението) ни най-малко не отменя правото на правителството да подпише нов международен акт, който създава допълнителни гаранции за международно сътрудничество при спазването на тези норми. (Тъкмо това е и новото в Конвенцията – ангажимент за по-разгърнати мерки за защита срещу насилието над жени и домашното насилие. Дали обаче България не трябва поради бедност да откаже закрила

на пребивани жени не е конституционен въпрос, а въпрос на изпълнителната и донякъде на законодателната власт.)

Мнозинството избира като основен аргумент за мотивиране на решението си приемането, че с позоваването на пола в неговото социално измерение (употребата на термините „gender” или “genre”) се изразявала *„идеята, че социалното измерение на пола е независимо от биологичното“*.

Така мнозинството, макар и формално да посочва неразривната връзка между биологичната и социалната характеристика на пола, всъщност имплицитно е възприело тезата, развита в становището на президента, че полът (и като даденост, и като поведение) по българската Конституция бил само биологично определен. Тази теза е съвършено несъстоятелна. Цитирайки чл.47, ал.2 от Конституцията, мнозинството изтъква, че е употребен *„терминът жени, който е несъмнено основан върху биологичното разбиране за пола“*. По силата именно на чл.47, ал.2 защитата на жената е свързана с нейната социална роля точно толкова, колкото и с биологичната. (При това майчинството съвсем не е задължително да е „биологично“.) Тъкмо това има предвид и Конвенцията, а не измисляне на някакъв „небиологичен“ пол. Такова разбиране съвпада с поддържаното в края на мотивите към настоящето решение и е удивително, че мнозинството не е успяло да долови това съвпадане.

Мнозинството е отделило твърде много внимание на преводаческите усилия във връзка с понятието „gender” или “genre” – усилия напълно излишни, защото преводът е въпрос само на улеснение и изясняване за ратифициращите страни. Единствените меродавни за приложението на Конвенцията (включително и като част от националното законодателство) са текстовете на двата езика – английски и френски, така че всеки термин може да бъде превеждан и описателно, стига това да изяснява смисъла му. В езиците, в които типичната дума за пол, “sex” има двойствено звучене, терминът „gender” или “genre” освобождава понятието от еротичното му звучене, което на български думата „пол“ постига успешно, но в никой език на тези думи не се придава „небиологично“ значение.

В мотивите към решението са изброени изчерпателно всички случаи, в които е употребено понятието за пол, натоварено със социалните му характеристики („gender” или “genre”) и в нито един от тези случаи не се говори за трети пол или за нещо друго освен жени и мъже. Напротив отхвърляйки насилието над жени, изрично се споменава, че има нестереотипни полови роли т.е. има хора, чието социално поведение е „особено“, (т.е. отклонява се от типичното за съответните полове, „gender” или “genre”,

които си остават два). Да се мисли, че е противоконституционна забраната да се упражнява по тази причина насилие върху тях, е абсурдно. Създава се обаче едва ли не впечатлението, че тезата на мнозинството по същество обявява за противоконституционна например забраната да се пребиват трансвестити – нещо, което противоречи и на принципите на Конституцията, и на всички действащи анти-дискриминационни и наказателноправни разпоредби.

Друга погрешна интерпретация на мнозинството е свързана с понятието „идентичност, основана на пола“ („gender identity”). Съществуването на хора, които в поведението си се отклоняват от традиционните мъжки или женски роли (и желаят да е така) е житейски, а не нормативен факт и никоя конституция или закон (дори нацистки или комунистически) не може да определи дали тях ги има или не, а само дали могат да бъдат изтребвани (в случая с нацизма), дискриминирани и изселвани (при комунизма) или снабдени с елементарна защита срещу насилие, каквото предвижда конвенцията. Очевидно публичното признаване на един съществуващ факт помага, а не вреди при гарантирането на тази защита. Да се твърди (както в някои от постъпилите становища), че някаква „българска конституционна идентичност“ противоречала на признаването на съществуващи факти от живота е нелепо. Да се твърди, че Конституцията забранява да се говори за това, понеже то *„не цели постигане на равенство между половете, а заличава разликите между тях, с което принципа на равенството загубва смисъла си“* е също необяснимо. Как точно става заличаването на разликата между половете за мен (и вероятно други със също така обикновени възприятия като моето) остава загадка. Но от това се извежда увенчаващата мотивите към решението фраза, че *„ако обществото загуби способността да прави разлика между жена и мъж, борбата срещу насилието над жените остава само формален, но неизпълним ангажимент“*. Излиза, че според конституционния законодател изясняването на факта, че има лезбийки или трансвестити означава, че мъжете и жените ще станат еднакви. Слава Богу нищо в текста на Конституцията не показва, че конституционния законодател е имал подобни мисли.

Бурната социална реакция на българското общество, макар и подстрекавана от неверни тълкувания и внушаване на фалшиви страхове, очевидно отразява някои реални опасения, свързани с възможността ратификацията на Конвенцията

а) да се окаже способ за проправяне на път към признаване на еднополовия брак

и

б) да открие пътя за екстравагантни неправителствени организации към насаждане по „законен“ начин сред децата на „свръхосвободени“ идеи (като самоназоваващата се така „джендър идеология“ – “gender ideology”).

Първото опасение е неоснователно. Според чл.46, ал.1 от българската Конституция бракът е съюз между мъж и жена. Конституционни изменения не стават чрез конвенции, а единствено по начин, описан в глава IX от Конституцията.

Второто опасение има своите основания. Факт е, че понякога разумни класически либерални идеи се защитават от тесногръди либералфанатици или екстравагантни авантюристи по съответен за манталитета им начин. Конституционният съд не е призван да гадае дали такива ще се втурнат към българските училища и дали някое правителство няма да ги допусне там – нещо, което то има всичката власт да възпре, а при наличие на обратна политическа воля, то би могло да ги допусне със или без обсъжданата Конвенция.

Понятието „джендър идеология“ (с което българското общество се запозна напоследък) е точно толкова популярно, колкото понятията „екофашизъм“ (ecofascism) и „феминистонацистка“ (feminazi). Общото е, че и трите понятия могат да се използват от ентусиазирани интелектуалци, но нямат никаква правна стойност.

Не съществува обаче никакво основание - поради страх от това, че някое правителство няма да си свърши работата или че някои родители се считат неспособни да възпитават децата си – да се обявява за противоконституционна международна конвенция, която не противоречи на никакъв текст или принцип на българската Конституция.

Съдия: Филип Димитров