

Ovaj prijevod sastoji se od 10 stranica/ 23
lista

Broj Ov.:2/08-18

Datum: 08.08.2018.

Ovjereni prijevod s bugarskog jezika

*MIŠLJENJE
USTAVNOG SUDA
REPUBLIKE BUGARSKE*



(Grb Republike Bugarske)

Ustavni sud Republike Bugarske

Drugacija mišljenja:
Georgi Angelov, Rumen Nenkov
Konstantin Penčev
Filip Dimitrov

Ustavni sud u sastavu: Boris Velčev – predsjednik, članovi: Canka Cankova, Stefka Stoeva, Rumen Nenkov, Keti Markova, Georgi Angelov, Anastas Anastasov, Grozdan Iliev, Mariana Karagjozova-Finkova, Kostantin Penčev, Filip Dimitrov, Tanja Rajkovska uz sudjelovanje tajnice-zapisničarke Gergane Ivanove razmotrio je na zatvorenoj sjednici koja je održana dana 27. srpnja 2018. g. ustavosudski predmet broj 3./2018 g., o kojem je izvjestio sudac Anastas Anastasov.

Predmet je prema postupku predviđenom prema čl. 149, st. 1, t. 4, predložak prvi Ustava Republike Bugarske (Ustav).

Predmet je pokrenut 08. veljače 2018. na inicijativu 75 saborskih zastupnika iz 44 saziva Narodnog sobranja. Ustavnom суду je podnešen zahtjev za mišljenje o usklađenosti međunarodnog ugovora, koji je Republika Bugarska sklopila dana 21.04.2016. - Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (Konvencija), koji je sastavljen dana 11.05.2011. g. u gradu Istanbulu, s Ustavom prije njegovog ratificiranja.

Saborski zastupnici ističu "socijalni i društveni značaj Konvencije, veliko javno zanimanje i visoku razinu političke angažiranosti javnosti", koje ih je motiviralo zatražiti mislenje Ustavnog suda . Podnositelji zahtjeva navode da su u Narodnom sobranju zaprimljeni i dalje dolaze kako pozitivni, tako i negativni stavovi o Konvenciji. Prema saborskim zastupnicima, u negativnim stavovima se podržava da se putem ovog međunrodnog ugovora uvode pojmovi koji su nespojivi sa bugarskim javnim poretkom i nepoznati u nacionalnom pravnom sustavu jer sadržaj koji se implicira u odredbama Konvencije je drugaćiji od općeprihvaćenog i tradicionalnog. Prema podnositeljima zahtjeva, u većini izraženih negativnih mišljenja, osnovni argumenti za neusklađenost s Ustavom su u vezi s odredbama čl. 3., slovo "c", čl. 12., §1., i čl. 14, § 1. Konvencije i izraze koji se koriste u njima: "... društveno oblikovane uloge", "stereotipne uloge", kao i termin "gender" kao objektivni elementi sadržaja pojma "rod"...." u smislu da li su u skladu s Ustavom, uključujući i sa odredbom prema čl. 46., st. 1. osnovnog zakona u kontekstu definiranja "trećeg roda" i stvaranja mogućnosti za sklapanje jednorodnih brakova.

Također, podnositelji zahtjeva navode da usporedba termina i izraza koje se koriste u Konvenciji, sa sadržajem ustavnih odredbi i procjene po suštini o usklađenosti ciljeva, sadržaja i karaktera Konvencije s Ustavom u nadležnosti je Ustavnog suda u kontekstu toga da li i u kojoj mjeri je izvršenje obaveza koje proizlaze iz Konvencije za Republiku Bugarsku je u skladu s Ustavom države.

Sud je odlukom od dana 20.03.2018. g. prihvatio zahtjev na razmatranje po suštini i konstituirao je institucije koje su zainteresirane za ovaj postupak, pozvao je nevladine udruge i istaknute stručnjake iz znanosti i prakse, kojima je dao mogućnost iznjeti pismene stavove i pravna mišljenja.

Od konstituiranih institucija stavove su dali predsjednik Republike Bugarske, ministar vanjskih poslova, ministar pravosuđa, ministar zdravstva i Državna agencija o zaštiti djece.

U stavu predsjednika Bugarske zastupljeno je mišljenje da Konvencija sadrži pojmove i izraze nejasnog smisla, što stvara osnove za različita i kontradiktorna tumačenja, stvara preuvjetne za opterećenje tih pojnova i izraza "dodatnim" značenjima, van njihovog poznatog i utvrđenog sadržaja, ali prije svega preko jezgre vrijednost bugarskog Ustava. Prema predsjedniku, opterećenje pojma "rod" sa socijalnim karakteristikama, koje se koriste u Konvenciji, nije u skladu s jasnim shvaćanjem, koje je u sadržaju Ustava o jednakosti između žena i muškarca, o identifikaciji osobe kao muškarca ili ženu (čl. 6., st. 2. Ustava), o doborvoljnom savezu (braku ili ne) između muškarca i žene, o obitelji, kojoj je povjerenio podizanje i odgoj djece, o posebnoj zaštiti koju država pruža ženi koja je majka (čl. 46. i 47., st. 2. Ustava).

Ministar vanjskih poslova smatra, da "pojmovi, norme i režim Konvencije u potpunosti odgovaraju ustavnim načelima, normama i tradicijama". Ministar radi općeniti pregled bugarskog zakonodavstva koje je na snazi i postojećih međunarodnopravnih angažmana te zaključuje da pojmovi "gender", "društveno oblikovane uloge" i "stereotipne rodne uloge" koje su preuze iz sociologije, nisu novi niti za međunarodnopravnu doktrinu, niti za unutarnje pravo Republike Bugarske. Ministar navodi da u kontekstu Konvencije pojam "gender", koji je utemeljen na dva roda, muški i ženski, uzima u obzir postojanje društveno oblikovanih uloga, ponašanja, aktivnosti i osobine, koje određeno društvo smatra prikladnjima za žene i muškarce. Dalje, navodi da Pojašnjavajuće izvjješće uz Konvenciju izričito navodi da pojam "gender" nije namjenjen zamjeni pojmliva "žena" i "muškarac", a Konvencija se koristi i pojmom za biološki rod ("sex") što upućuje da pojmovi "gender" i "sex" imaju samostalno značenje. Što se tiče obaveza, koje će nastati za Republiku Bugarsku zbog ratifikacije Konvencije nakon što stupi na snagu, u stavu se podržava misljenje da su oni u potpunosti povezani s konkretizacijom mjera o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji u kontekstu ostvarivanja ravnopravnosti među rođacima.

U stavu ministra pravosuđa se zauzima pozicija da Konvencija u potpunosti odgovara Ustavu i stavlja najprije obavezu sprečavanja i borbe protiv nasilja nad ženama u širem okviru za ostvarivanje ravnopravnosti među ženama i muškarcima.

U svom stavu po predmetu, ministar zdravstva ne zauzima konkretnu poziciju. S jedne strane smatra da ne nastaju problemi o razumjevanju pojma "rod", te o primjeni odredbi prema čl. 3., slovo "c", čl. 12. § 1. i čl. 14. § 1. Konvencije koje su naveli podnositelji zahtjeva, jer je osnovni znak za identifikaciju što se tiče zaštite koje Konvencija pruža, rod, i to ne drugi, nego jedini mogući ženski i muški rod, koji odgovaraju njihovom biološkom opredjeljenju, onako kako je to prihvaćeno i od strane Ustava, bugarskog pravnog reda i bugarske sudske prakse. S druge strane, prema ministru, problem bi nastao kod primjene čl. 3., slovo "c", čl. 4. § 3. i čl. 12. § 3. kod kojih ima odstupanja od principa bioloških dvaju rođaca – muški i ženski. Prihvata, da zbog tako impliciranog smisla u navedenim i drugim odredbama Konvencije, i u nedostatku jasnoće o kategorijama koje se koriste u njima, postoji osnov za postavljanje pitanja da li i do koje mjeru ispunjenje obaveza koje proizlaze od Konvencije bi bilo u skladu u nekim djelovima Ustava.

U stavu Državne agencije o zaštiti djece podržava se stav da se okvirni karakter Konvencije mora uzeti u obzir prilikom procjene o njenoj usklađenosti s Ustavom, pri čemu je pogrešno za ciljeve ove procjene koristiti samo bugarski prijevod, koji je netočan u različitim aspektima, uključujući i u određivanju osnovnih pojnova. Zauzima stav o neophodnosti ratifikacije Konvencije i njenoj usklađenosti s Ustavom.

U odgovoru na mogućnost koja im se pružila, stavove o predmetu dali su nevladine udruge: Fondacija "Bugarski odvjetnici za ljudska prava", Fondacija "Asocijacija Animus", Udruga "Alians za zaštitu od rodno utemeljenog nasilja", Fondacija "Bugarski fond za žene" te Zavod za modernu politiku.

Fondacija "Bugarski odvjetnici za ljudska prava" zauzimaju stav da Konvencija odgovara odredbama i duhu Ustava, kao i zakonodavstvu koje je na snazi o obiteljskom nasilju u Bugarskoj.

Fondacija "Asociacija Animus" smatra, da Konvencija odgovara Ustavu i ne implicira ništa drugačije od smisla, u kojem se koristi "rod" u bugarskom Ustavu, Zakonu o ravnopravnosti muškaraca i žena ili Zakonu o zaštiti od diskriminacije.

Udruga "Asociacija za zaštitu od rodno utemeljenog nasilja" zauzima stav da odredbe Konvencije odgovaraju Ustavu, ne sadrže nepoznate za naš pravni sustav pojmove, koji su drugačiji od općeprihvaćenih i tradicionalnih i koji su nespojivi s bugarskim pravnim redom, te da je izvršenje obaveza koje Konvencija donosi Republici Bugarskoj u skladu s Ustavom.

Fondacija "Bugarski fond za žene" zauzima definitivnu poziciju da Konvencija odgovara Ustavu i iako zahtjeva izmjene u bugarskom zakonodavstvu u različitim sferama, ne podrazumjeva nikakve promjene u osnovnom zakonu. Iznosi da je pojam koji je upotrebljen u čl. 3, slovo "c" Konvencije preveden nepravilno jednostavno kao "rod", dok se u biti definicija odnosi na pojam, koji označava socijalne, a ne biološke dimenzije roda i ne odnosi se na redefiniranje biološkog roda, i koje je nepravilnim prijevodom dovelo do zabuna u prijevodima i kod ostalih drugih ključnih pojmoveva kao "rodno utemeljeno nasilje nad ženama" u čl.3, slovo "d", "rodno utemeljeni identitet" u čl. 4, § 3., "nestereotipne rodne uloge" u čl. 14, § 1. Konvencije.

Institut o modernoj politici smatra da konvencija ne odgovara Ustavu, jer čl. 3, slovo "c" i čl. 4., § 3. Konvencije krše načela pravne sigurnosti, koja su sastavni element pravne države, jer sadrže pojmove i izraze, čiji sadržaj nije jasan, točan i nedvosmislen čime se stvara nepredvidivost o pravnim posljedicama i za pravni poredak; čl. 12. i čl. 14. Konvencije ne odgovaraju čl. 32. st. 1., čl. 47., st. 1. i 2. Ustava, kao i dostojanstvu osobe kao fundamentalnu ustavnu vrijednost, koja je proglašena u preambuli Ustava; filozofija Konvencije ne odgovara načelu ravnopravnosti i jednakog tretmana žena i muškaraca, jer se fokusira ne na samom protupravnom socijalnom činu - nasilje nad intimnom partneru te u obitelji – a temelji se na ideji da "su žene u pravilu žrtve, a muškarci u pravilu su nasilnici".

Pismeno svoje pravno mišljenje su izrazili prof. dr Penčo Penev, prof. dr. Plamen Kirov i prof. dr. Daniel Valčev.

Prof. dr. Penco Penev navodi dokaze o neusklađenosti Konvencije s pravnim sustavom Republike Bugarske koji je utvrđen Ustavom. Prema njemu, kad je riječ o "rodu", bugarski Ustav podrazumjeva njegovu biološku osobinu, rod je biološki determiniran i ljudska individua je muškarac ili žena. Prema prof. dr. Penevu, prihvatanje druge suštine, druge karakteristike za pojam "rod" prouzrokovalo bi nedopustive kontradikcije jer bi bilo dvije paralelne a uzajamno nespojive suštine jednog te istog pojma, od kojih se jedna razlikuje od ustavno utvrđenog pojma. Prof. dr. Penev obrazlaže i neusklađenost po čl. 14. Konvencije sa čl. 47., st. 1. Ustava. On podržava stav da Konvencija poprima odgojni pristup, uključujući državu "na svim obrazovnim razinama" i poziva za aktivno sudjelovanje i drugih odgojnih struktura, te nevladinih udruga i medija, što je u neskladu s čl. 47., st.1. Ustava, koji odreduje da je za odgoj zadužena obitelj a ne država ili nevladin sektor.

Prof. dr. Plamen Kirov podržava misljenje da Konvencija u svojim pojedinim tekstovima ne odgovara ustavnim principima i normama bugarskog osnovnog zakona, te da ulazi u oštar sukob s bugarskim ustavnim identitetom. Prema prof. dr. Kirovu čl. 3., slovo "c" i čl. 4. § 1. Konvencije ne odgovaraju načelu pravne države, jer bi njihovo eventualno stupanje na snagu stvorilo pravnu nesigurnost i sukob s bugarskim ustavnim identitetom jer sadrže pojmove ("gender", "gender identity") koji su strani bugarskom ustavnom i pravnom sustavu, koji nemaju jasan, točan i općeprihvaćeni pravni sadržaj, i koji bi stvorili posljedice opasne po naš pravni sustav. Prof. dr. Kirov navodi još da čl. 12. i 14. Konvencije kontrastiraju od sadržaja

čl. 32. st.1.i čl. 47. st.1. i st. 2. Ustava jer izazivaju nedopustivu intervenciju u osobni život građana, pri čemu obvezuju bugarsku državu prihvatići mjere za promjene u socijalnim i kulturnim modelima ponašanja bugarskih građana, u cilju iskorjenavanja “stereotipnih uloga muškaraca i žena”, a da zadnje nisu ni na koji način povezane s nasilnim aktivnostima, diskriminacijskog ponašanja ili bilo koje druge protupravne radnje. U isto vrijeme se predviđa gruba intervencija države, koja krši prava i odgovornosti roditelja, koja su učvršćena u osnovnom zakonu, kod odgoja djece.

Prof dr. Daniel Valčev smatra, da odredbe prema čl. 3., slovo “c” i čl. 4., §3. Konvencije ne odgovaraju načelu pravne države, koje se proklamira u preambuli te u čl. 4. Ustava. Prema profesoru dr Valčevu, ratifikacija Konvencije bi dovela do uključivanja akta u bugarskom pravnom poretku koji sadrži pojmove nejasnog smisla, omjera i volumena i koji ulazi u kontradiktornost s pojmovima koji su već utvrđeni u zakonodavstvu i pravnoj praksi. Navodi dalje da postoji i prepostavljanje dodatnih prava i dodatna zaštita osobama koje su definirane ne prema objektivnim kriterijima, a u zavisnosti od njihovih stavova o vlastitim unutarnjim doživljajima. Obzirom na to, smatra da čl.1., čl.2. i čl. 3. Konvencije ne odgovaraju načelu ravnopravnosti koje je proklamirano u čl. 6. Ustava. Prof. dr. Valčev navodi i argumente o neusklađenosti odredbi čl. 12. §1. i čl. 14., §1. Konvencije s odredbama prema čl. 47., st. 2. Ustava.

Ustavni sud smatra prikladnim najprije osvrnuti se na neke osnovne momente u postupku stvaranja Konvencije i njenih bitnih osobina kao međunarodni alat za borbu protiv nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja, koji su bitni za daljna razmisljavanja za donošenje misljenja po ovom zahtjevu.

Prema Konvenciji, autentični tekst ugovora sastavljen je na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu oba teksta imaju istu snagu. Procjena Ustavnog suda u postupku prema čl. 149. st.1., t.4., predložak Ustava, o usklađenosti sklopljenog međunarodnog ugovora s Ustavom prije njegove ratifikacije trebala bi se temeljiti na prijevodu teksta Konvencije na bugarskom jeziku, koji je dostavljen po predmetu od strane Vlade Republike Bugarske. Na bazi tog teksta na bugarskom jeziku će se provesti parlamentarne debate prije unošenja nacrta zakona za ratifikaciju u Narodnom sobranju, taj tekst će biti objavljen u Državni vestnik nakon eventualne ratifikacije u Narodnom sobranju, i na temelju njega, država će izvršavati obaveze koje proizlaze iz međunarodnog Ugovora za Republiku Bugarsku (odluka od datuma 23.10.1997. g. po u.p. br. 15./1997. g.).

Djelovanje protiv nasilja nad ženama pitanje je od temeljitog značaja za Europu i dio je osnovnih europskih vrijednosti. Počevši od 90ih godina Vijeće Europe i konkretnije njegov Upravni odbor za ravnopravnost muškaraca i žena (Steering Committee for Equality between Women and Men – CDEG) polaže dosljedne napore u podršci zaštita žena od nasilja. Prva cijelovita strategija o sprječavanju nasilja nad ženama je Preporuka “REC (2002)5” Odbora ministara država članica odnosno zaštita žena od nasilja koja je donešena je 2002. g.. Godine 2008. g. Odbor ministara kod Vijeća Europe stvara Specijalni odbor o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (Ad Hoc Committee on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence – CAHVIO) uz mandat za razrađivanje pravnoobvezujućih standarda koji će obuhvatiti te dvije oblasti – nasilje nad ženama i nasilje u obitelji. U 2011. g. naporci Vijeća Europe završavaju izradom nacrta za konvenciju, koji je pripremio CAHVIO u cilju osiguranja zaštite žena od svih oblika nasilja i sprječavanja, proganjanja i ukidanja nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja (čl. 1., §1., slovo “a” Konvencije).

Konvencija Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji prvi je sveobuhvatni međunarodni ugovor koji ima za cilj stvoriti standarde na čijim bi osnovama države uskladile svoje unutarnje zakonodavstvo u tom pogledu. Konvencija izričito definira nasilje nad ženama kao kršenje ljudskih prava i oblik diskriminacije nad ženama. Ona uključuje konkretnе odredbe čiji je cilj promicanje ravnopravnosti među rodovima i statusa žena u društvu. Očekuje se da će te pravno obvezujuće obaveze (čl. 4., čl.6., čl. 14.) dati novi poticaj za ostvarivanje ravnopravnosti među ženama i muškarcima na nacionalnoj razini i da će ojačati zajednički cilj za nediskriminaciju nad ženama. Konvencija proširuje krug

indikacija za nedopuštanje diskriminacije i prihvaća pristup koji je zasnovan na rodno utemeljenom shvaćanju o nasilju nad ženama i u obitelji.

Paralelno s politikom koju Vijeće Europe provodi o zaštiti žena od rodno utemeljenog nasilja, i o nediskriminaciji nad ženama, Vijeće Europe, u nizu svojih akata, poziva države članice Vijeće Europe da izričito zabrane diskriminaciju, utemeljenu na "rodnom identitetu" ("gender identity") u nacionalnom antidiskriminacijskom zakonodavstvu, te da uključe problem ljudskih prava "transgender osoba" ("transgender people") u djelokrugu nacionalnih institucija za ljudska prava, uz izričito navođenje pokazatelja "rodnog identiteta" kao oblika diskriminacije nad ženama.

Tijekom 2010g. Odbor ministara država članica Vijeće Europe osvaja Preporuku CM/Rec (2010)5 o mjerama za borbu protiv diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta. Sukladno preporuci, države članice Vijeće Europe trebale bi poduzeti odgovarajuće mjere za garantiranje cjelovitog pravnog priznavanja promjene roda određene osobe u svim oblastima života, konkretnije na način da se omogući promjena imena i roda u službenim dokumentima na brz, transparentan i dostupan način. Države članice bi trebale preduzeti sve potrebne mjere kako bi garantirale da nakon što je promjena roda završena i pravno prznata, pravo osoba na sklapanje braka s osobama čije je rod suprotan njihovom novom rodu, efektivno je siguran. Mjere razmatraju niz ključnih pitanja o pravima lezbijski, gejova, biseksualnih i "transgender" osoba (LGBT) (lesbian, gay, bisexual and transgender people – LGBT).

U 2014. g. Vijeće Europe je stvorilo strukturu koja je posvećena problemima seksualne orijentacije i rodnog identiteta. Dodatno, tajništvo Vijeće Europe je stvorilo i radnu skupinu "Seksualna orijentacija i rodni identitet", koja je također osnovana 2014. g. Ta struktura pomaže državama članicama kod izvršenja LGBT preporuka Odboru ministara.

U travnju 2015. g. Parlamentarna skupština Vijeće Europe donjela je odluku usmjerenu protiv diskriminaciji prema "transgender" osobama u Evropi (Resolution 2048 (2015), Discrimination against transgender people in Europe). Rezolucija i izvješće koje je povezano s njom razmatraju različite oblike diskriminacije, uključujući poteškoće u dostupnosti zapošljavanja, rješavanja stambenog pitanja i zdravstvenih usluga. U rezoluciji se također navodi da je Skupština zabrinuta zbog kršenja osnovnih prava, pogotovo pravo na osobni život i fizičku nedodirljivost s kojim se suočavaju transseksualne osobe prilikom pokretanja parnika za pravno priznavanje njihovog roda i nedopustivost zahtjeva koji se uvode poput sterilitet, razvod, dijagnoza psihičkog oboljenja, kirurške intervencije i druge lječničke tretmane. Države članice Europske Unije pozvane su izričito zabraniti diskriminaciju, koja je zasnovana na "rodnom identitetu" u nacionalnom antidiskriminacijskom zakonodavstvu, te da uključe probleme s ljudskim pravima "transgender" osoba u djelokrugu nacionalnih institucija o ljudskim pravima, uz izričito navođenje rodnog identiteta, te razraditi brze, transparentne i dostupne postupke, zasnovane na samoopredjeljenju, o promeni imena i roda u dokumentima transseksualnih osoba, napraviti te postupke dostupnim za sve osobe koje to trebaju bez obzira na dob, medicinsko stanje, financijski položaj ili sudsku prošlost, razmisliti o uključenju treće mogućnosti za rod u ispravama za one, kojima je potrebna.

U 2015. g. Vijeće Europe je objavilo priručnik o pravnoj strani promjena roda te zaštitu ljudskih prava "transgender" osoba prema kojem se "rojni identitet" tumači kao: "duboko doživljeni unutarnji i individualni osjećaj svake osobe o rodu, koje može odgovarati ili ne odgovarati rodu, koji je određen prilikom rođenja uključujući osobni osjećaj za tijelo, te druge oblike izražavanja roda, uključujući odjeću, izražavanje te manire."

Navedeno gore jasno ukazuje na vezu između politike Vijeće Europe o prevenciji i borbe protiv nasilja nad ženama, kao oblik diskriminacije nad ženama, zasnovana na rodu i zaštitu nekih prava "transgender" osoba.

Ustavni sud Republike Bugarske je procjenio argumente u zahtjevu saborskih zastupnika, o izraženim stavovima institucija i nevladnih organizacija, o podnesenim pisanim pravnim mišljenima te o pismenim dokazima koje su prihvaćeni u vezi s predmetom. Kako bi donio svoje mišljenje o o usklađenosti Konvencije s Ustavom, sud je razmotrio ciljeve Konvencije, te načela, definicije i politike koje su utvrđene/prihvaćene u njoj, te odredbe Konvencije o njihovoj vezi i o odnosu, ustvrdio je sljedeće:

Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji je prvi ugovor u Evropi, kojim se stvara cjeloviti pravni okvir za zaštitu žena i djevojaka od svih oblika nasilja te sprječavanje, proganjanje i ukidanje nasilja nad njima, uključujući nasilje u obitelji. Konvencija stavlja ukidanje nasilja nad ženama u širi kontekst za ostvarenje realne ravnopravnosti među ženama i muškarcima, te na taj način priznaje nasilje nad ženama kao oblik diskriminacije. Ona izražava volju strana po ugovoru za primjenjivanje općih načela za zaštitu ljudskih prava i prema ženama i djeci i prema žrtvama nasilja u obitelji. U temelju te volje je podijeljeno razumjevanje država članica za težnju Vijeća Europe k očuvanju i ostvarenju općeeuropskih načela i idea.

U preambuli Konvencije je izjavljena volja država članica Vijeća Europe te ostalih potpisnih država o stvaranju "jedne Europe, slobodne od nasilja nad ženama i nasilja u obitelji." U tom cilju, Konvencija utvrđuje vezu među ostvarivanjem ravnopravnosti između rodova te ukidanje nasilja nad ženama. Na bazi te pretpostavke, ona priznaje "struktturni karakter" nasilja nad ženama, te da je on rezultat neravnopravnosti koji se stvorio kroz povijest u odnosima žena i muškaraca. Konvencija dosljedno brani stav da nasilje nad ženama ne može biti uništeno, a da se ne ulaže u ravnopravnosti rodova i da samo realna (činjenična i pravna) ravnopravnost među rođacima i promjena u stavovima može zaista spriječiti takvo nasilje.

U čl. I Konvencije deklarirano su njeni ciljevi. Stavak 1. navodi kao konkretnji cilj Konvencije zaštitu žena od svih oblika nasilja, te prevenciju, sudski progon i ukidanje nasilja nad ženama i nasilja u obitelj. U skladu s priznanjem, koje stoji u preambuli, da postoji veza među ukidanja nasilja nad ženama i ostvarivanja činjenične i pravne ravnopravnosti među rodovima, navodi se da će Konvencija doprinjeti ukidanju svih oblika diskriminacije nad ženama te će potići realnu ravnopravnost među ženama i muškarcima. Navedena odredba odražava nužnost cjelovitog pristupa kod zaštite te suradnju svih žrtava nasilja nad ženama i nasilja u obitelj.

Tako navedeni ciljevi Kovencije u potpunosti odgovaraju osnovnim ustavnim načelima Republike Bugarske. U preambuli Ustava naglašava se vjernost bugarskog naroda općeljudskim vrijednostima, među kojim izričito su navedeni humanizam, ravnopravnost, pravda i tolerancija. Prava osobe, njeno dostojanstvo i sigurnost uzdignuti su u vrhunsko ustavno načelo. ravnopravnost je među osnovnim principima bugarskog Ustava koji je na snazi. Uvedena je izričita ustavna zabrana bilo koje diskriminacije koja se temelji na “rodu” (čl.6., st. 2. Ustava). Osim kao načelo, ravnopravnost u dostojanstvu i pravima proglašeno je i kao temeljno ljudsko pravo u osnovnom zakonu. U brojnim ustavnim odredbama je pojašnjeno i ugrađeno u sadržaj pojedinih prava i sloboda. Dokaz o težnji Republike Bugarske zaštitići ljudska prava i konkretnije zaštitići sve žrtave nasilja, uključujući žene i djece, te ukidanje svih oblika diskriminacije i ostvarivanje ravnopravnosti, je i zakonodavni okvir koji je na snazi: Kazneni zakon (objavljen – DV, br. 26., dana 02.04.1968. g., zadnje izmj. DV, br. 55. dana 03.07.2018. g.); Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji (objavljen 02.04.1968. g., zadnje izmj. DV, br. 50 dana 03.07.2015. g.), Zakon za zaštitu u DV, broj 27. dana 29.03. 2005. g.; zadnje dopune – DV, br. 50 dana 03.07.2015. g.), Zakon za zaštitu djeteta (objavljen – DV, br. 48. dana 13.06.2000 g., zadnje izmjene DV, broj 17. dana 23. 02. 2018. g.), Zakon o zaštiti od diskriminacije (objavljen u DV, br. 7. dana 19.01.2018. g.).

Ustavni sud smatra da unatoč svojim nesumnjivo pozitivnim stranama, Konvencija je unutar sebe kontradiktorna i ta kontradiktornost stvara dvoslojnost u njoj. Na taj način sadržaj dio odredbi izvan deklariranih ciljeva Konvencije i njenog naziva.

U čl. 1., § 1., slova "a" i "b" Konvencije, kako bi se odredio objekt zaštite od svih oblika nasilja i diskriminacije, koristi se termin "žene", koji nesumnjivo je zasnovan na biološko shvaćanje rođiva. Istovremeno, u čl. 3., slovo Vmeđu legalnim definicijama Konvencije (engleski i francuski jezik) postoji pojam "gender"/"genre", koji je preveden na bugarskom jeziku kao "rod" uz sljedeći sadržaj: "socialno utvrđene uloge, ponašanje, aktivnosti i karakteristike, koje određena zajednica smatra prikladnim za žene i za muškarce". Jedino u odredbi čl. 4., § 3. Konvencije pojam "gender"/"genre" preveden je na bugarskom jeziku kao "socijalni rod". U Konvenciji pojmovi "sex"/"sexu" ("rod") te "gender"/"genre" ("socijalni rod") postoje jedan uz drugi, pri čemu socijalni rod je naveden među indikatorima za nedopuštanje diskriminacije po čl. 4., § 3. uz biološki određenog indikatora rod - "sex, gender..."/"sexu, genre..." Na taj način rod kao biološka kategorija ("sex"), ali i rod kao socijalna konstrukcija "gender" utemeljen je na subjektivnim dojmovima i stavovima individua te zajednice o ulozi muškaraca i žena, te uzdignuti su u autonomne i ravnopravne kategorije Konvencije uz vlastitu pravnu bit. Pojam "gender"/"genre" (rod) postoji u Konvenciji kao samostalna kategorija, drugačija od roda kao biološka suština. Konvencija dijeli biološku i socijalnu dimenziju roda i izlazi izvan okvira gledišta o rođnoj binarnosti ljudske vrste. Uz navedeni u čl. 3., slovo "c" sadržaj "gender"/"genre" (rod) se pretvara u osnovni, noseći pojam, koji je definiran i za smisao drugih izraza koji se koriste u Konvenciji, a zasnovani su na tom pojmu. Dokaz o samostojnoj ulozi pojma "gender"/"genre" (rod) su i brojne odredbe Konvencije, koje sadržavaju izraze utemeljene na tom pojmu – čl. 2., § 2., čl. 4., § 3., čl. 6., čl. 14., čl. 18., čl. 49., § 2., čl. 60., § 2. i § 3. Konvencije.

"Gender" se koristi u izrazima: "gender equality" (preamble - "ravnopravnost rođiva"), "gender-based violence" (preamble, čl. čl. 2., 3., 4., 14. - "nasilje, zasnovano na rodu"), "gender identity" (čl. 4., § 3 - "identitet, zasnovan na rodu"), "gender-sensitive policies" (čl. 6 - "politike, koje uzimaju u obzir osobine roda"), "gender perspective" (čl. 6 - "perspektiva, zasnovana na rodu"), "non-stereotyped gender roles" (čl. 14. - "nestereotipne uloge roda"), "gendered understanding of violence" (čl. 18., 49., § 2 - "zasnovano na rodu razumjevanje o nasilju"), "gender-based asylum claims" (čl. 60. - "zahtjevi za azil, zasnovanu na rodu"), "gender-sensitive interpretation" (čl. 60., § 2 - "tumačenje, koje uzima u obzir osobine roda"), "gender-sensitive reception procedures" (čl. 60., § 3 - "postupke za azil, koje uzimaju u obzir osobine roda"). Ti izrazi, u zavisnosti od interpretacije, mogu dovesti do različitih i kontradiktornih shvaćanja o filozofiji Konvencije. Ona je prvi međunarodnu ugovor, u kojem se daje takva definicija pojma "rod" (čl. 3, slovo "c" Konvencije).

Odredba prema čl. 4., § 3. Konvencije zahtjeva da strane po njoj primjenjuju odredbe Konvencije, konkretnije mјere za zaštitu prava žrtava "...bez ikakve diskriminacije, zasnovane na rodu, socijalnom rodu, rasi, boji kože, jeziku, religiji, političkim ili drugim stavova, nacionalnim ili socijalnim podrijetlom, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovinskom stanju, rođenju, seksualnoj orientaciji, identitetu koji je zasnovan na rodu, dobi, zdravstvenom stanju, oštećenjima, obiteljskom stanju, statusu migranata ili izbjeglice, ili drugom statusu." Prema § 53. Pojašnjavajućeg izvješća uz Konvenciju, koji prati njenostvaranje, te u kontekstu šire sudske prakse Europskog suda o ljudskim pravima prema čl. 14. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, popis prema čl. 4., § 3. značajno je proširen, kako bi se pružila zaštita od diskriminacije prema brojnim indikatorima nizu ugroženih skupina. U toj kategoriji prema isvješću ulaze i osobe koji ne odgovaraju tomu, što je zajednica odredila kao pripadajuće kategorijama "muškarce" i "žena".

Iako ne uređuje konkretno prava samih "transgender" osoba ("transgender people"), Konvencija je i prvi međunarodni ugovor, koji je Republika Bugarska potpisala, u koji se izričito uključuje indikator "identitet, zasnovan na rodu" u čl. 4., § 3., slovo "c" kao razlog za nedopuštanje diskriminacije. Mora se naglasiti, da se u izrazu "identitet, zasnovan na rodu" radi ne o "rodu" kao biološkoj kategoriji već o "rodu" u smislu, koji je impliciran u tako zadanoj definiciji pojma u čl. 3., slovo "c" Konvencije. ("gender") u smislu, koji je impliciran u tako zadanoj definiciji pojma u čl. 3., slovo "c" Konvencije. Konvencija ne daje definiciju o "identitetu, zasnovanom na rodu" ("gender identity"/"l'identité de genre"). Pojašnjavajuće izvješće uz Konvenciju (§ 53.) definira "rođni identitet" kako slijedi: "Određene skupine fizičkih osoba se mogu također suočiti s diskriminacijom na temelju njihovog rodnog identiteta, koje jednostavnim riječima znači da rod, kojim se oni identificiraju, ne odgovara rodu, koji njim je određen po

rođenju. To uključuje nekoliko kategorija osoba, poput transseksualnih osoba, transvestita, travestita i drugih skupina osoba, koje ne odgovaraju tomu, što je javnost odredila kao pripadajuće kategoriji "muškaraca" ili "žena".

Uzimajući u obzir nedostatak definicije za pojam "gender identity"/"l'identite de genre" ("identitet, zasnovan na rodu") u Konvenciji, njegov sadržaj treba razumjeti, osim putem Pojašnjavajućeg izvješća, također i u svijetlosti politike Vijeća Europe o zaštiti nekih prava "transgender" osoba. Akti Vijeća Europe, koji su gore navedeni, koji su upućeni protiv diskriminacije i nasilja na osnovi seksualne orientacije i rodnog identiteta nesumnjivo se trude pojasniti smisao, koji je impliciran u pojmovima "gender" ("rod") i "gender identity" ("identitet, zasnovan na rodu") u kontekstu pristupa Vjeća Europe o poticanju razumjevanja da biološka i socijalna dimenzija nisu nerazlučno povezane i postoje nezavisno jedna od druge, za mogućnost osoba za rodno samoopredjeljenje, te obzirom na jamčenje cjelovitog pravnog priznavanja promjene roda od strane države.

Analiza termina "gender"/"genre", koji je preveden na bugarskom jeziku jedan put kao "rod" i drugi put kao "socijalni rod" i "gender identity"/"l'identite de genre", koji je preveden na bugarskom jeziku kao "identitet, zasnovan na rodu", ukazuje da su pojmovi povezani i moraju se tumačiti jedan putem drugog. Pojam "gender"/"genre" uz sadržaj "socijalno utvrđene uloge, ponašanje, aktivnosti i karakteristike, koje određena zajednica smatra prikladnim za žene i za muškarce, izgrađene u određenoj zajednici do nekog određenog momenta. Ti pojmovi podnose razvoj do te mjere da oni koji su noviji mogu isključiti starije, naprimjer da je rod biološki determiniran. S tog gledišta, jedan biološki muškarac može imati "gender"/"genre" žene i suprotno. To vodi do mogućnosti izbora individa po svojoj volji drugaćijeg "identiteta, zasnovanog na rodu", koji se možda i ne poklapa s biološkim. Tako prikazano shvaćanje izražava aspekte "gender ideologije" - skupina ideja, uvjerenja i vjerovanja da biološko determinirane karakteristike roda su irelevantne, a bitna je jedino samo rodna samoidentifikacija.

Nedostatak jedinstvenog shvaćanja pojma "gender"/"genre" prikazuje se i kroz aktivnu društvenu i političku diskusiju po pitanju "za" ili "protiv" gender ideologije, koja traje više od dva desteljeća u desecima državama.

Kao što je navedeno, Konvencija koristi dva pojma za rod - "sex" i "gender". Prilikom uvođenja izraza "identitet, zasnovan na rodu", on pšroizlazi iz ideje da je socijalna dimenzija roda nezavisna od biološke. Distanciranje od pojma "rod" kao biološki znak – muž/žena udaljuju Konvenciju od ciljeva koji su izjavljeni u njoj radi zaštite žena od svih oblika nasilja. Unutarnja kontradiktornost u Konvenciji je očita kod uspoređivanja ciljeva koji su izjavljeni u čl.1. Konvencije i njen naslov sa tako zadanim u konvenciji definicijom o "rodu". Uostalom, sama definicija za pojam "rod" bila bi nepotrebna ako je deklarirani cilj međunarodnog ugovora u stvarnosti odgovarao njegovom nazivu "...o sprečavanju i borbu protiv nasilja nad ženama...". Ta dvoslojnost pojmovnog aparata, smisla impliciranog u pojmovima koje se koriste u praksi ne vodi do ostvarivanja ravnopravnosti među rodovima, već briše razlike između njih, čime načelo ravnopravnosti gubi svoj smisao.

Pravna ravnopravnost među rodovima proglašena je na ustavnoj razini u čl. 6., st. 2. osnovnog zakona. To ne znači isti tretman oba roda već zahtjeva uzimanje u obzir biološke osobine i razliku između njih. Rod je među izričito utvrđenim znakovima u čl. 6., st. 2. Ustava, na čijoj bazi se ne dopuštaju privilegije ili ograničenja u pogledu prava (rješenje broj 1. dana 27.01.2005.g. po k.d. broj 8./2004. g.). Ustavni tekst razmatra biološki rod kao pojam koji ima jasan pravni sadržaj. To se potvrđuje kako razmatranjem odredbe kao dijela projekta za Ustav "... o ravnopravnosti između muškarca i žene" (Zapisnici sjednica Odbora za izradu projekta za Ustav Bugarske dana 13.02.1991. te 10.06.1991.g.) tako praksom dobivaju ili mjenjaju u procesu socijalne realizacije građana u zajednici (odлука broj 14. dana 10.11.1992.g. po k.d. broj 14/92).

Ustav i cijelovito bugarsko zakonodavstvo utemeljeno je na shvaćanju o binarnom postojanju ljudske vrste. U stvarnosti u Ustavu nedvosmisleno je prihvaćena socijalna dimenzija roda u interakciji s biološki determiniranim – čl. 47., st.2. osnovnog zakona. U navedenoj ustavnoj odredbi biološki rod “žena” se povezuje sa socijalnom ulogom - “majka”, s “porodajem”, s “porodiljnoj pomoći”. Ukratko, pojam “rod” koristi se od strane ustavnog zakonodavca kao cjelina (jedinstvo) biološki determiniranog i socijalno konstituiranog. Socijalna dimenzija u Ustavu ne stvara socijalni rod, koji je nezavisni od biološkog, kao što je predviđeno u Konvenciji.

Na međunarodnoj razini, shvaćanje roda kao cjelina biološke i socijalne dimenzije utemeljeno je u Rimskom statutu Međunarodnog kaznenog suda (objavljen – DV, br. 68. dana 16.07.2002. g.). Sukladno odredbi prema čl. 7., st.3. Rimskog statuta: “Prema smislu tog statuta termin “rod” označava dva roda – muški i ženski, u kontekstu zajednice. Termin “rod” nema nikakvo drugo značenje osim navedenog.”.

Tradicionalno ljudska zajednica izgrađije se na rođnoj binarnosti, to jest na postojanju dva suprotna roda, svatko od kojih je opterećen specifičnim biološkim i socijalnim funkcijama i odgovornostima. Biološki rod je određen po rođenju i u temelju je građanskog roda. Značenje građanskog roda kod pravnog reguliranja socijalnih odnosa (supružništvo, roditeljstvo) zahtjeva jamčenje jasnoće, nedvojbenosti, stabilnosti te sigurnosti.

Ustavna definicija o braku, onako kako je uvijek bila prisutna u bugarskoj pravnoj tradiciji, sadrži se u odredbi prema čl.46. s. 1., koja njege definira kao “...dobrovoljni savez muškarca i žene”. Ustavna odredba braka utemeljena je na shvaćanju o postojanju dva biološki determinirana roda - muški i ženski. Ustav uzdiže različitog biološkog roda u imperativ prema onima koji ulaze u brak. Shvaćanje braka kao veza između muškarca i žene ukorijenjeno je duboko u bugarskoj pravnoj svjeti i u tom smislu je u temelju ustavnog propisa.

Suprotno tom ustavnom shvaćanju o rodu kao biološka kategorija, pojam “gender”/“genre” (“rod”) kao socijalna konstrukcija postoji u Konvenciji odvojeno i uz pojam “sex”/“sexe”. Kao što je navedeno, takvo stanje udaljuje polje primjene Konvencije od ciljeva za zaštitu žena koji su zacrtani u njoj i otvara prostor za njenu dvosmislenu primjenu, što je suprotno principu pravne države u formalnom smislu (čl. 4, st. 1. Ustava).

Konvencija otvara put za uvođenje pojmoveva “spol”, i “rodno utemeljeni identitet”, uz definiciju koja je tako formulirana u čl. 3., slovo “c”, u bugarski pravni sustav. Zahtjevi po čl. 4, §3. Konvencije nametnuli bi u Republici Bugarskoj stvaranje procedure koja bi osigurala pravno priznavanje roda, koji je drugačiji od biološkog, što je u suprotnosti s Ustavom.

Načelo pravne države postoji u praksi Ustavnog suda uz poznati i utvrđeni sadržaj, kombinirajući formalni i materijalni aspekt. Danas u europskom pravnom prostoru u velikoj mjeri se dijeli shvaćanje pravne države koje uključuje kako princip pravne sigurnosti – formalni element, tako i princip materijalne pravednosti (rješenje broj 1, od datuma 27.01. 2005. g. po u.p. br. 8./2004.g.).

Pravna država u formalnom smislu (država pravne sigurnosti) zahtjeva sadržaj pravnih pojmoveva da bude jasan i nedvosmislen. Povelja o pravnoj sigurnosti i predvidivosti ne dopušta postojanje dva pojma, koja su paralelna a međusobno se isključuju, za pojam “rod”. Ratifikacija Konvencije bi dovela do uvođenja pojma u nacionalnom pravnom redu koji je proturječan ustavno utvrđenim pojmom.

Princip pravne države je temelj utvrđenog ustavnog reda. Predmet po čl. 149., st.1, t. 4. predložak jedan osnovnog zakona garantira uvođenje u nacionalni pravni sustav vrijednosnih dostignuća međunarodne zajednice uz očuvanje jezgra vrijednosti, koji su utvrđene u Ustavu.

U Konvenciji kroz definiranje "roda" kao socijalne konstrukcije ustvari se relativiziraju granice oba roda – muškarac i žena kao biološki determinirani. Ukoliko međutim društvo izgubi sposobnost praviti razliku između žene i muškarca, borba protiv nasilja nad ženama ostaje samo formalna ali neostvariva obaveza.

Ustavni sud smatra da Konvencija zbog odredbi po čl. 3., slovo "c" i čl. 4., § 3. koje su temeljne za smisao međunarodnog ugovora u njegovoj cjelini, ne odgovara Ustavu. Upravo po pitanju tih odredbi, Konvencija ne dopušta rezerve. Sukaldno članku 78., § 1. međunarodnog ugovora : "Ne dopuštaju se rezerve što se tiče nijedne od odredbi ove Konvencije, izuzev rezervi koje su navedene u paragrafu 2. i 3.". Ustavni sud naglašava da jednom ratificiran, objavljen i stupio na snagu za Republiku Bugarsku, taj ugovor sukladno čl. 5., st. 5. osnovnog zakona se inkorporira u unutarnje pravo i primjenjuje se uz prednost u odnosu na nacionalno zakonodavstvo, koje mu proturječi (odлука broj 7. od datuma 02.07.1992. g. po u.p. broj 6/1992.g.).

Sukladno navedenim argumentima i prema čl. 149., st. 1., t. 4. predložak jedan Ustava, sud je

RJEŠIO

Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, koja je sastavljena datuma 11.05.2011.g. u gradu Istanbulu, i potpisana od strane Republike Bugarske datuma 21.04.2016. g. ne odgovara Ustavu Republike Bugarske.

Rješenje je donešeno uz osam glasova.

Suci Rumen Nenkov, Georgi Angelov, Konstantin Penčev i Filip Dimitrov su potpisali rješenje uz drugačija mišljenja.

Predsjednik: Boris Velčev

Ja, Annie Ivanova Tsoneva, stalni sudski tumač za bugarski jezik, imenovana rješenjem predsjednika Županijskog suda u Zagrebu br. 4 Su-614/17 od 14. ožujka 2017. godine potvrđujem da gornji prijevod potpuno odgovara izvorniku sastavljenom na bugarskom jeziku.

Zagreb, 08. kolovoza 2018.

Broj Ov.: 2/08-18.

/pečat/





Конституционен съд на Република България



Особени мнения:

Георги Ангелов, Румен Ненков
Константин Пенчев
Филип Димитров

РЕШЕНИЕ № 13

София, 27 юли 2018 г.

Конституционният съд в състав: Борис Велчев – председател, членове: Цанка Цанкова, Стефка Стоева, Румен Ненков, Кети Маркова, Георги Ангелов, Анастас Анастасов, Гроздан Илиев, Марина Карагьозова-Финкова, Константин Пенчев, Филип Димитров, Таня Райковска при участнието на секретар-протоколиста 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 съзиран с искане да се произнесе за съответствието на сключния 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 Конвенцията 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 Конвенцията, 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 Конвенцията 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 Конвенцията на страната.

С определение от 20.03.2018 г., съдът е допуснал искането за разглеждане по същество и е конституидал 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 Конвенцията за равенството между мъжа и жената, за идентифициране на личността като мъж или жена (чл. 6, ал. 2 от Конвенцията), 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 Конвенцията).

Министърът на външните работи счита, че „понятията, нормите и режимът на Конвенцията са в пълно съответствие с конституционните принципи, норми и традиции“. Прави общи преглед на действащото българско законодателство и на съществуващите международноправни ангажименти 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 вложния 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 изборите на Конвенцията съответстват на Конституцията, не съдържат непознати в правната система понятия, които да са различни от общоприетите и традиционните и които да са несъвместими с българския обществен ред, както и че изпълнението на произтичашите 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 изиска изменения на българското законодателство в юрисдикцията, не предполага никакви изменения на основния закон. Излага, че употребеното в чл. 1, 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 юл, 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 преамбула 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 насилици“.

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 установленото. 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

съвроядение е българската конституционна идентичност, тъй като съдържат понятия („gender“, „gender identity“), които са чужди на българската конституционна и правна система, които нямат място във външното и общинското право съдържание, и които биха създали опасни за правната ни система последствия. 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 неустойчима намеса в личния живот на гражданите, като задължават българската държава да предприме 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, нарушаща права и отговорността на родителите, закрепени в основния закон, при увреждането 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 преамбула 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 величици в противоречие с вече установени в законодателството и съдебната практика понятия. Излага още, че е налице и представяне 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 Конвенцията, за съответствието на сключения международен договор с Конвенцията 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 законопроект 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 специално неговият Управлятелен 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 приемата 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).

Combating Violence Against Women and Domestic Violence – САНВЮ) 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 САНВЮ 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 настърчаване на равенството между половете и статуса на жените в обществото. От тези правилни 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 общия цели за недискриминация срещу жените. Конвенцията разширява кръга на признанието 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 редина 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 „трансджендер лица“ („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 правилно 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 „трансджендер“ лица (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 половата 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 „трансджендер“ 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 трансексуалните лица при заведдане на дела за юридическо признаване на пола им и недопустимостта на въвежданите искания 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 и антидискриминационно законодателство, както и да включат проблема с човешките права на „трансджендер“ лицата в обхвата на действието на националните институции за правата на човека, процедури, основавани се на самоопределение, за смяна на името и пола и документите на трансексуалните хора, да направят тези процедури достъпни за всички хора, нуждаещи се от това, без значение на възраст, медицинско състояние, финансов положение или съдебно мнило, да обмислят включването на трета възможност за документен пол за онзи, който се нуждае от такава.

През 2015 г. Съветът на Европа публикува пърчиник за правната страна на смяната на пола и защита на човешките права на „трансджендер“ 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 „трансджендер“ 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, съдят като обеъди 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, жертвии 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 общеевропейските принципи и идеали.

В преамбула 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, както и че то е проява на 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 напистина да предотврати такова насилие.

В чл. 1 от Конвенцията са декларириани 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 преамбула, 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 настърчи 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 преамбула 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 разпоредба 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 й 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 „жене“, 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 – 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“ (преамбул — „равнопоставеност на половете“), „gender-based violence“ (преамбул, 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 всяка възможна 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 „женени“.

Въпреки че не урежда конкретно правата на самите „трансджендър“ 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 подчертава, 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 сблъскват 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 транссеексуалните лица, трансвестити, travestiti 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 разбирано, освен чрез Обяснителния доклад, така и в светлината на политиката на Съвета на Европа за защита на някои права на „трансджендър“ 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 наследстване на разбирането, че биологичното и социалното измерение на пола не са неразрывно 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 търсят 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 детерминираните 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 декларираните в нея цели за защита на жените от всички форми на насилие. Вътрешното противоречие в Конвенцията е очевидно при съпоставяне на декларираните 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 декларираната 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 използванието 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 изиска съобразяване с биологичните особености и различията между тях. Полът е сред изрично установените в чл. 6, ал. 2 от Конституцията признания, 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 равноправието 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 (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 граждансия пол. Значението на граждансия 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 правоиззнаване 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 право престранство широко се споделя разбирането за правовата държава, което включва както принципа на правната сигурност – формалния елемент, така и принципа на материалната справедливост – материалният елемент (решение № 1 от 27.01.2005 г. по к. д. № 8/2004 г.).

Правовата държава във формален смисъл (държавата на правната сигурност) изиска съдържанието на правните понятия да е ясно и недвусмислено. Повелята за правна сигурност и предвидимост не допуска съществуващето на две паралелни и взаимоизключващи се понятия за „пол“. Ратифицирането на Конвенцията би довело до въвеждането в национания 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 Конвенцията.

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 Конвенцията. 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 Конвенцията, съдът

РЕШИ:

(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 Конвенцията на Република България.

Решението е прието с осем гласа.

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

Председател: Борис Велчев



M. Schles