

Ключови думи:

*право на личен и
семеен живот, полова
идентичност, позитивни
задължения на държавата*

Keywords:

*Right to Private and Family
Life, Gender Identity, Positive
Obligations of the State*

Dessislava Djarova

**The Right to Protection of Private
and Family Life Under Article 8
of the ECHR. Cases Related to
a Request to Change the Name,
Gender and Data in Identity
Documents and Population Registers**

The article examines cases of incorrect case-law on the application of article 8 of the ECHR. Particular attention is paid to the reasons why in Bulgaria has been established controversial case-law on the recognition of the gender identity of persons with different sexual orientation or on the recognition of marriage between same-sex couples in another country. The article focuses on the dissenting opinions expressed by judges of the Constitutional Court on the interpretation of the concept of “gender” and on the dissenting opinions of judges of the Supreme Court of Cassation in cases aimed at ensuring recognition and protection of the right to private and family life of persons with different sexual orientation. Ignoring the judgments against Bulgaria constitutes, in respect of persons of different sexual orientation, a state inaction, which negatively affects their legal sphere.

Dessislava Djarova
Ph.D. Student

*Law Department of New
Bulgarian University.*

*e-mail: dessislavadjarova@
gmail.com*

Areas of interest: Civil Law.

*Lawyer (Sofia Bar
Association) and a certified
mediator in the field of
Family, Civil and
Commercial Law.*

<https://doi.org/10.33919/yldnbu.22.11.11>

Десислава Джарова

**Правото на защита на личния
и семеен живот по член 8 ЕКПЧ.
Решения, свързани с искане за промяна
на името, пола и данните в документите
за самоличност и регистрите
на населението**

Статията се спира върху тълкуването на член 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) относно правото на личен и семеен живот. Разглеждат се случаи на създадена неправилна съдебна практика по приложението на член 8 относно нарушаване на контактите на рожден родител с неговото дете, случаи, в които се отказва признаване в Румъния и България на половата идентичност на лице с различна сексуална ориентация и се отказва от административните и съдебните власти промяна на имената и пола в регистрите за гражданско състояние на такова лице. Особено внимание се отделя на причините, поради които в България е създадена противоречива съдебна практика по признаване на половата идентичност на лица с различна сексуална ориентация, по признаване на сключен брак между еднополови двойки в друга държава. Статията акцентира върху особените мнения, изразени от съдии от Конституционния съд по тълкуване на понятието „пол“ и върху особените мнения на съдии от ВКС по дела, които целят да осигурят признаване и защита на правото на личен и семеен живот на лица с различна сексуална ориентация. За съжаление, в България само малцинството съдии в Конституционния съд и във ВКС възприемат с цялата сериозност тълкуването от страна на ЕСПЧ, че правото на личен и семеен живот следва да бъде защитавано от държавата и спрямо лица с различна сексуална ориентация. Игнорирането на осъдителните решения срещу България, в които ЕСПЧ, стъпвайки на дългогодишната си практика, признава, че страната нарушава член 8 ЕКПЧ по отношение на лица с различна сексуална ориентация, по същество представлява бездействие на държавата, което се отразява

негативно върху правната сфера на физическите лица. Тези осъдителни решения все още не са подтикнали страната ни към законодателни реформи, които да уредят както признаването на половата идентичност на лицата, така и установяване на алтернативна форма на съвместно съжителство между лица с различна сексуална ориентация, по примера на други европейски държави, с което държавата да изпълни позитивните си задължения по член 8 ЕКПЧ.

1. Правото на защита на личния и семеен живот

Европейската Конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) дава защита на правото на личен и семеен живот в два текста: член 8 и член 12. Член 12 се отнася до правото на едно лице да встъпи в брак и създаде семейство. Член 8 включва зачитане на правото и неприкосновеността на личния и семеен живот, на жилището и тайната на кореспонденцията. Недопустима е намесата на държавата в упражняването на това право. Изключенията по член 8, ал. 2 от ЕКПЧ са свързани със случаи, в които изрично законът предвижда, че намесата е необходима в едно демократично общество, в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления, за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите.

Член 8 от ЕКПЧ е израз на позитивните задължения на държавата да осигури необходимите условия за защита на правото на личен и семеен живот. Извлечени от съдебните решения, позитивните задължения на държавата са тези, които изискват от нея активни действия, в противовес на негативните задължения, свързани с въздържане от страна на държавата от намеса при упражняването на човешките права. Активните действия като позитивни задължения на държавата могат да бъдат правни актове: санкции срещу физически и юридически лица, които нарушават човешки права, или създаване на правен режим на определен вид дейности, действия за запазване на едно право или приемане на разумни и адекватни мерки за защита на правата на личността. Активните действия могат да представляват и практически мерки. Според ЕСПЧ наложените от съз-

дадената практика пречки за упражняване на правата по ЕКПЧ могат да имат ефект, идентичен на правни пречки¹.

В решението по дело *Hämäläinen c. Finlande* [GC] (жалба № 37359/09) параграфи 65–67 са обобщени основните принципи при преценката на позитивните задължения на държавата. Отчита се необходимостта от постигане на справедлив баланс между конкуриращите се интереси на личността и на обществото като цяло, като се съобразяват целите по член 8, параграф 2 от ЕКПЧ. Подходящи за оценката на съдържанието на позитивните задължения на държавата са редица обстоятелства. Някои от тях се отнасят до жалбоподателя – например дали се повдига въпрос за „основни ценности“ или за „съществените аспекти“ на личния живот, как влияе върху жалбоподателя несъответствието между социалната реалност и закона. Важен фактор за оценката, провеждана по член 8, е съгласуваността на административното управление и на правоприлагането в рамките на националната система².

1.1. Италия – нарушени права на майката във връзка с осиновяване на дете

Понятието за личен живот според ЕСПЧ е широко понятие, което не подлежи на окончателно дефиниране. То включва правото на физически и морален интегритет на личността, правото на физическа и социална идентичност, включително и сексуална идентичност, правото на лично-стно развитие, правото да се поддържат отношения с други човешки същества и с външния свят³.

Незачитането на правото на личен и семеен живот по член 8 ЕКПЧ може да има за последица ангажиране на отговорността на държавата за вреди. Пример за това е решението на ЕСПЧ по дело *A. I. срещу Италия* (жалба № 70896/17), постановено на 1.4.2021 г.⁴.

Към момента на събитията по делото, за да бъде осиновено едно дете в Италия, националният съд най-напред се произнася с решение, с което обявява, че детето подлежи на осиновяване⁵. След това продължава

¹ *Airey c. Irlande*, 11 septembre 1979. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme Jean-François Akandji-Kombe © Conseil de l'Europe, 2006, с. 10.

² Ръководство по член 8 от Европейската конвенция за правата на човека, актуално към 31 август 2020 г. Council of Europe/European Court of Human Rights, 2020, с. 8.

³ *Van Kück c. Allemagne* (жалба № 35968/97), 12 septembre 2003, параграф 69.

⁴ Решение от 1.4.2021 г. по дело *A. I. c. Italie*.

⁵ Италиански Закон за осиновяването.

процедурата, като осиновяването може да бъде пълно или непълно. При лишаване на родителите от упражняване на родителски права, процедурата предполага детето да бъде осиновено при пълно осиновяване. Италианският закон не съдържа текст, според който родителите трябва да прекратят контактите си с детето до приключване на процедурата по пълно осиновяване. Въпреки това и в разрез със закона е създадена съдебна практика, щом детето бъде обявено, че подлежи на осиновяване, да се прекратяват всякакви контакти с рождените му родители.

В две съдебни инстанции в процедурата по определяне дали децата на жалбоподателката подлежат на осиновяване, националните съдилища се произнасят, че между тях и рождената им майка не трябва да има лични отношения. Италианският Касационен съд касира решението на апелативния съд и връща делото за ново разглеждане, тъй като съдилищата не се съобразяват с приетите експертизи, че е в интерес на децата контактите с майката да продължат, независимо от временното ограничаване на нейните родителски права.

При повторното разглеждане на делото, по време на въззивното производство, майката отправя искане за постановяване на привременни мерки чрез спиране на забраната за контакти⁶. Съдът отказва с довода, че децата ще страдат от едно повторно откъсване от майката, в случай че бъде потвърден изводът на първата инстанция, че децата подлежат на осиновяване. По подадената жалба срещу отказа апелативният съд се произнася шест месеца по-късно. Преди неговото произнасяне майката подава жалба пред ЕСПЧ. Съдът остро критикува създадената неправилна съдебна практика за автоматично прекратяване на отношенията с рождения родител, без да е налице влязло в сила решение за извършване на пълно осиновяване. На базата на членове 3, 9, 18, 20 и 21 от Конвенцията за правата на детето⁷. ЕСПЧ подчертава, че съдебните органи не трябва

⁶ Член 700 от Гражданския процесуален кодекс.

⁷ Конвенция за правата на детето, приета от ОС на ООН на 20.11.1989 г. Ратифицирана с решение на ВНС от 11.4.1991 г. – ДВ, бр. 32 от 23.4.1991 г., обн., ДВ, бр. 55 от 12.7.1991 г., в сила от 3.7.1991 г. Член 3

1. Висшите интереси на детето са първостепенно съображение във всички действия, отнасящи се до децата, независимо дали са предприети от обществени или частни институции за социално подпомагане, от съдилищата, административните или законодателните органи.

2. Държавите – страни по Конвенцията се задължават да осигурят на детето такава закрила и грижи, каквито са необходими за неговото благосъстояние, като се вземат предвид правата и задълженията на неговите родители, законни настойници или на другите лица, отговорни по закон за него, и за тази цел те предприемат всички необходими законодателни и административни мерки.

да създават пречки за контактите между едно малолетно дете и неговия родител, когато не е налице сериозна нужда от това⁸.

1.2. Дела, свързани с искане за промяна на името, пола и данните в документите за самоличност и регистрите на населението

Правото на зачитане на личния и семеен живот по член 8 ЕКПЧ според ЕСПЧ е приложимо и към случаите, свързани с искане за промяна на името, пола и данните в документите за самоличност и регистрите на населението. Тази позиция е резултат от еволюция в юриспруденцията на съда. Първото решение, в което транссексуално лице се обръща към съда, е по делото на британски гражданин, претърпял операция за промяна на пола. Жалбоподателят упреква Великобритания, че не е съобразила това в регистрите за гражданско състояние и че не му е издала нов акт за раждане⁹. С решението по това първо дело съдът приема, че член 8 ЕКПЧ не включва задължение за държавите за промяна в регистрите на населението и че „на дадения етап е по-подходящо всяка от държавите членки да определи до каква степен да уважава молбите на транссексуалните лица“. В това първо решение ЕСПЧ отхвърля жалбата за нарушение на правото на зачитане на личния и семеен живот, обосновавайки се с различната правна уредба в държавите членки и с неяснотата, която е съществувала от медицинска гледна точка. С развитието на медицинската наука позицията на съда по въпроса се променя радикално. С ново решение срещу Обединеното кралство от 2002 г. *I. et Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (жалба № 28957/95), ЕСПЧ се мотивира, че държавите – страни по ЕКПЧ, не притежават свобода на преценка в тези случаи, а са задължени да предприемат необходимите действия за признаване на сек-

3. Държавите – страни по Конвенцията, осигуряват институциите, службите и услугите, отнасящи се до закрилата или грижите за децата, да отговарят на стандартите, установени от компетентните власти, особено в областта на безопасността и здравеопазването и по отношение на числеността и пригодността на техния персонал и компетентния надзор над него.

⁸ В мотивите на решението се посочва „В случая държавните органи не са направили истинска преценка на баланса между интересите на двете деца и на жалбоподателката и не са разгледали сериозно възможността да се поддържа връзка между децата и тяхната майка, доколкото процедурата е била висяща и решението, което обявява, че децата могат да бъдат осиновени, не е било окончателно. Висшият интерес на детето изисква отношенията между него и неговото семейство да бъдат поддържани, освен в случаи в които това би било изключително вредно за него“ (преводът е мой).

⁹ Решение от 17.10.1986 г. *Rees c. Royaume-Uni* (жалба № 9532/81).

суалната идентичност на едно лице¹⁰. Този извод се прави както на база на развитието на научните данни и международната практика, така и поради увеличаването на неблагоприятните последици, които транссексуалните лица търпят от липсата на тяхното юридическо признаване¹¹.

Решението по дело X и Y срещу Румъния (жалби № 2145/16 и № 20607/16)

На 19.1.2021 г. ЕСПЧ постановява решение по дело X и Y срещу Румъния, с което признава нарушение от страна на държавата на член 8 ЕКПЧ. Делото се отнася до случаи, в които административните и съдебните власти отхвърлят молбите на двамата жалбоподатели, транссексуални лица, за промяна на пола от женски в мъжки в техните документи за самоличност и регистрите на населението. Административните органи изискват от тях съдебно решение, за да извършат промяна на данните в регистрите. В свое решение № 530 от 13 май 2008 г. румънският Конституционен съд посочва, че изискването за съдебно решение преди промяната в гражданското състояние на едно лице преследва легитимна цел. Тя е да има вярно отразяване на населението в регистрите, свързано с публично-правния ред. Една прекалено облекчена форма на изменение в актовете би могла да се използва за избягване на наказателно преследване или за укриване от кредиторите. От своя страна, практиката на румънските съдилища е противоречива. Една част от тях отхвърлят исканията за промяна на пола като недопустими. Други ги отхвърлят като неоснователни поради неизвършена операция за промяна на пола, а претенциите за промяна на вписаните данни в регистрите считат за преждевременно заведени. Съществуват съдилища, които уважават претенции за промяна на вписания пол, име и данни в регистрите без извършена операция.

Пред националните съдебни органи X. се позовава на румънската Конституция и на членове 3, 8 и 14 от ЕКПЧ. Съдът отхвърля иска за даване на разрешение за промяна на пола като недопустим. Останалите иски за промяна в личното име, единния граждански номер и искането да бъде задължена местната служба по гражданско състояние да му предостави ново удостоверение за раждане отхвърля като преждевременно заведени. Според румънския съд искането за даване на разрешение за операция за промяна на пола противоречи на Конституцията както и на член 8 ЕКПЧ.

¹⁰ Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme Jean-François Akandji-Kombe© Conseil de l'Europe, 2006, с. 49.

¹¹ Решение от 11 юли 2002 г. *I. et Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (жалба № 28957/95).

Другият жалбоподател У. се позовава на относими разпоредби на Конституцията, на Закон №119/1996, членове 44i) и 57–58, на чл. 4, § 1 от Наредба на правителството № 41/2003, за регистрирането или административната промяна на имената на физическите лица (по– долу Наредба № 41/2003) и на член 8 ЕКПЧ. Претенцията му е да се разреши операция за промяна на пола, да се разреши административна промяна на неговото лично име и единен граждански номер, да се изиска от съответната община да извърши необходимите промени в регистъра на населението и да му бъде издаден нов акт за раждане с новото му име и пол. Съдът уважава първото искане и отхвърля останалите като преждевременни, като счита, че едва след операцията за смяна на пола жалбоподателят ще бъде в своето право да претендира промяна на своето име на основание чл. 4, § 1 от Наредба № 41/2003 направо пред компетентните административни власти. Въззивните жалби срещу решенията са отхвърлени с довод, че според румънското законодателство, националната и международната съдебна практика на съдилищата не представляват източник на правото.

Липсва съдебна практика по този вид дела от страна на румънския Върховен касационен съд, тъй като той не е бил компетентен да разглежда промяна в отбелязванията в актовете за гражданско състояние.

ЕСПЧ разглежда доводите на жалбоподателите, че румънската държава не е установила ясна правна рамка за юридическо признаване на пола в светлината на член 8 ЕКПЧ (*A. P., Garçon et Nicot c. France* (жалби № 79885/12, № 52471/13 и № 52596/13), параграф 149, *Radomilja et autres c. Croatie* [GC], жалби № 37685/10 и № 22768/12, параграф 126). Посочва, че правото на личен живот включва сексуалната ориентация. Това се отнася до транссексуалните лица, каквито са жалбоподателите, независимо дали те искат или не да започнат разрешено лечение за смяна на пола. Член 8 има за цел да даде право за защита на лицата срещу произволна намеса от публичната власт. Не се задоволява само с това да задължи държавата да се въздържа от подобни вмешателства, а налага на държавата позитивното задължение да гарантира на своите граждани правото на ефективно зачитане на техния физически и морален интегритет. Едно такова задължение може да доведе до приемане на специфични мерки и, по-конкретно, въвеждане на ефективна и достъпна процедура за защита на правото на неприкосновеност на личния живот или създаване

на правна рамка, установяваща съдебен механизъм по решаване на исканията (*Hämäläinen*, параграф 63 и цитираните в него решения).

ЕСПЧ посочва в решението X и Y срещу Румъния, че противоречивата съдебна практика и колебанията в приложимата процедура обясняват склонността на съдиите да преквалифицират доводите на ищците въпреки правените от тях уточнения¹². От съдебното решение се установяват недостатъци на румънското законодателство, което води до противоречива съдебна практика, неправилно квалифициране и преквалифициране на претенциите на ищците от съдилищата и като краен резултат – нееднакво третиране на гражданите по идентични дела. Отделно от това, румънската Конституция предвижда действие на международните договори, ратифицирани от страната, което не е съобразено от органите на съдебната власт. Не е взета предвид и приложимата в случая по-нова практика на ЕСПЧ, която датира още от 2015 г. – решение по дело *Y. Y. c. Turquie* (жалба № 14793/08), доразвита с последващите решения. С решението *A. P., Garçon et Nicot c. France* (жалби № 79885/12, № 52471/13 и № 52596/13) от 2017 г. например съдът се е произнесъл, че е нищожно едно предварително изискване за подлагане на лице на медицинска процедура по стерилизация, защото то е принудено да избира между признаване на неговия полов идентитет и правото му на физическа неприкосновеност¹³.

Противоречивата практика на съдилищата в България

С решение по чл. 290 от ГПК, №119/14.2.2019 г., гр. дело 4104/2017 г. ВКС, гражданска колегия, изоставя досегашната си съдебна практика, че е възможна промяна на пола на едно лице (дадена с предходни съдебни решения, между които Решение №16/30.5.2017 г. по гр. дело 2316/2016 г.). До касационно обжалване по гр. дело 4104/2017 г. е допуснато решение № 5496/24.7.2017 г., по гр. дело № 538/2017 г., с което Софийският

¹² В параграф 165 от решението се посочва следното: „Съдът установява ограниченост в мисленото по отношение юридическото признаване на сексуалната идентичност на жалбоподателите, което ги е поставило, в един неразумно дълъг период от време, в една тревожна ситуация, предизвикваща у тях чувство на уязвимост, срам и безпокойство (*mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, параграфи 77–78). Националните съдилища са поставили жалбоподателите пред неразрешима дилема: дали, въпреки че не са желали, да се подложат на операция за смяна на пола и да се откажат от правото си на физически интегритет, свързан с правото на личен живот по [член 8 ЕКПЧ], или да се откажат от своята сексуална идентичност, която също произтича от правото на личен живот. Съдът намира, че тук има нарушение на справедливия баланс между обществен интерес и личния интерес на засегнатите лица, който държавата е задължена да осигури и поддържа“ (преводът е мой).

¹³ Решение от 6 април 2017 г. по дело *A. P., Garçon et Nicot c. France* (жалби № 79885/12, № 52471/13 и № 52596/13).

градски съд, като потвърждава решение № 183/19.11.2014 г., по гр. д. № 62839/2014 г. на Софийски районен съд, отхвърля молбата на Т. И. Б. за промяна на пола, имената и единия граждански номер в съставения акт за раждане поради транссексуалност. Касационното обжалване е допуснато при основанията по чл. 280, ал. 1, т. 1 ГПК по въпроса: „Може ли по съдебен ред да бъде променен съставен акт за гражданско състояние на български гражданин, поради промяна на неговия пол, и какви са обстоятелствата, при които е налице промяна на пола поради транссексуалност на лицето?“.

На повдигнатия въпрос Върховният касационен съд дава отговор, че „Половата идентификация на българския гражданин към пол, различен от биологичния, причините за нея (транссексуалност, трансгендъризъм, хомосексуализъм, травестизъм и всяка друга) или последиците от нея (хормонално и/или оперативно модифициране на тялото към пол, различен от биологичния, сексуално или социално поведение, присъщи на другия пол и всяка подобна) не са основания (материално-правни предпоставки) за извършване на промяна в данните за гражданското състояние, по административен или по съдебен ред. При съставен акт за гражданско състояние на български гражданин, законът допуска извършване на промяна относно пола, само когато в охранително производство, по чл. 38, ал. 4 ЗГР¹⁴, съдът е констатирал невярно вписване на биологичния пол. Единствено такава грешка е материално-правното основание (условие) по съдебен ред да се допусне и съответна промяна в имената и единия граждански номер на българския гражданин в актовете за гражданско състояние“¹⁵.

¹⁴ Закон за гражданската регистрация: чл. 38 (4) (Доп. – ДВ, бр. 39 от 2011 г., в сила от 20.5.2011 г.) При унищожени регистри на актове за гражданско състояние, липса на съставен акт за раждане или смърт и установяване на вписани неверни данни заинтересуваните лица установяват правата си по съдебен ред.

¹⁵ В мотивите си ВКС посочва, че конституционният законодател включва в понятието „пол“ само биологичния пол. Това следва от обсъжданията на чл. 6 в проекта за конституция „за равноправието между мъжа и жената“ (Протоколи от заседанията на Комисията по изработване на проект за Конституция на Република България от 13.2.1991 г. и 10.6.1991 г), а и от извършеното тълкуване на чл. 6 КРБ в решение № 14/10.11.1992 г. по к. д. № 14/1992 г. на Конституционния съд на Република България. В решението критерият „пол“ е изключен от групата социални признаци, които се придобиват или изменят в процеса на социалната реализация на българските граждани в обществото. Член 46, ал. 1 КРБ определя брака като доброволен съюз между мъж и жена и въздига различния пол в императив към встъпващите в брак. Разпоредбата визира само биологичните мъж и жена, а чрез предвиденото в нея основният закон възприема разбирането за бинарно съществуване на човешкия вид и разделението на хората по полов признак. Член 47, ал. 2 КРБ поставя жената майка под особената закрила на държавата. Използваната терминология

Намирам, че решението на ВКС №119/14.2.2019 г., гр. дело 4104/2017 г., с което се изоставя съдебна практика в обратния смисъл, не съответства на ЕКПЧ и на практиката на ЕСПЧ. Споделям изразеното особено мнение, с което решението е подписано от съдия Даниела Стоянова. Тя посочва, че вече формираната по въпроса съдебна практика на ВКС, обективизирана в решение № 205/5.1.2017 г. по гр. д. № 2180/2016 г. на ВКС, ГК, III отд. (подписано с особено мнение) и в решение № 16/30.5.2017 г. по гр. д. № 2316/2016 г. на ВКС, ГК, IV отд., следва да бъде подкрепена. В тези съдебни актове се приема, че българското право допуска възможност за „смяна на пола“ на лицето по съдебен ред, а такъв е смисълът на чл. 9 от Закона за българските лични документи (ЗБЛД) и чл. 20, т. 6 и чл. 22, ал. 6, т. 5 от Правилник за изменение на българските лични документи (ПИБЛ) и § 1, т. 17 ДР на ЗЗДискриминация. Материално-правните предпоставки за такава промяна следва да се изведат и от характера на правото по член 8 ЕКПЧ. Те са две: медицински критерий (състояние на транссексуалност) и юридически критерий (сериозно и непоколебимо решение за промяна на биологичния пол поради изпълняваната психична и социална полова роля). Първият се доказва чрез комплексна медицинска експертиза, а вторият – с помощта на всички доказателствени средства по ГПК. Прието е също, че на транссексуалните лица, които са български граждани, не може да се вмени в задължение извършване на хирургическа операция за модификация на тялото против тяхната воля като предпоставка за промяна на вписания в акта за раждане пол, тъй като допустимостта на такава интервенция, без предварително полът да е променен по съдебен ред, е спорна, поради престъплението по чл. 128 НК. Според съдия Стоянова мнението на мнозинството от съдебния състав почива на консервативния подход към понятието пол, който към днешна дата следва да бъде изоставен. Това се налага както от развитието на науката като цяло, конкретно на медицината и психологията, на новите съвременни възгледи за полово

в съдържанието на конституционната норма – „майка“, „раждане“, „акушерска помощ“ – доизяснява възприетото от конституцията биологично обяснение на понятието. Последният аргумент, че това е така, е в решение № 13/27.7.2018 г. по к. д. № 3/2018 г. на Конституционния съд. В това решение Конституционният съд приема, че Конвенцията на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието на жени и домашното насилие, съставена на 11.5.2011 г. в [населено място], подписана от Република България на 21.4.2016 г. не съответства на Конституцията. Изводът за противоречие Конституционният съд базира на възприетото във върховния закон разбиране за биологичната характеристика на пола и неговата детерминираност (неизменност) в процеса на социална реализация на гражданите в обществото и различните, изключващи това разбиране, постановки на конвенцията.

разделение, така и на бързо развиващите се процеси на интернационализация и глобализация на правния ред. Наблюдаваните трайни тенденции в това отношение не могат да бъдат пренебрегнати от българския правен ред и в частност от правоприлагащите органи.

Поради противоречието в практиката на ВКС по посочения въпрос, с определение № 86 от 27.4.2020 г., ВКС, четвърто г. о. с докладчик съдия Любка Андонова спира производството по касационно гр. дело 698/2020 г. и предлага на Общото събрание на Гражданска колегия на ВКС да се постанови тълкувателно решение по въпроса: „Допустимо ли е и при какви предпоставки, да бъде допусната юридическа промяна на пола при установена транссексуалност на молителя“. С разпореждане от 26.6.2020 г. е образувано тълкувателно дело № 2/2020 г. по описа на ВКС, гражданска колегия и въпросът е преформулиран по следния начин: „Допустимо ли е и при какви предпоставки съдът да допусне, по реда на Закона за гражданската регистрация, промяна на данните в съставените актове за гражданско състояние на молител, който твърди, че е транссексуален?“.

В хода на производството по постановяване на тълкувателното решение ЕСПЧ постановява две решения срещу България, с които признава, че държавата е нарушила член 8 ЕКПЧ.

На 9.7.2020 г. е постановено в състав от 7 съдии решение от ЕСПЧ, по дело *Y. T. c. Bulgarie* (жалба № 41701/16), станало окончателно на 9.10.2020 г. Съдът подчертава особеното значение на въпросите, свързани с един от най-важните аспекти на неприкосновеността на личния живот, а именно правото на сексуална идентичност. В тази област държавите се ползват с ограничена свобода на преценка, когато трябва да постигнат баланс между конкуриращи се интереси – интереса на личността и обществения интерес (параграф 63 от решението, в който е цитирана и по-стара съдебна практика, а именно решение по дело *Hämäläinen c. Finlande* [GC], жалба № 37359/09, параграф 67, *A.P., Garçon et Nicot c. France* (жалби № 79885/12, № 52471/13 и № 52596/13), параграф 123).

В решението по дело *Y. T. c. Bulgarie* (жалба № 41701/16) съдът заключава, че отказът на националните органи да признаят законно промяна на пола на жалбоподателя, без да посочат достатъчни и релевантни причини за това и без да обяснят защо в други случаи такава промяна би могла да бъде призната, неоправдано нарушава правото на жалбоподателя на зачитане на личния му живот.

Налице е и произнасяне на ЕСПЧ с решение от 27 септември 2022 г. по дело *P. H. c. Bulgarie* (жалба № 46509/20) по повод отказа на националния съд да удовлетвори молбата на жалбоподателката да бъдат променени данните и съответно да ѝ бъдат издадени нови лични документи, отнасящи се до нейния пол. Производството е водено на основание членове 19, 45, 73 и 27 от Закона за гражданската регистрация. Първоинстанционният съд се основава на приети подробни медицински експертизи, които установяват, че ищецът се определя като лице от женски пол. Уважава искането, като отбелязва, че ако българското законодателство не позволява юридическа промяна на пола, то на съдебната власт принадлежи правото да приложи член 8 ЕКПЧ, който разрешава подобна промяна, когато се налице определени предпоставки.

Втората съдебна инстанция, с решение от 12 юли 2019 г., отменя първоинстанционното решение. Приема, че от своето юношество ищецът се е определял като лице от женски пол, но действащото законодателство не позволява подобна промяна на пола. Според втората инстанция полът се основава на биологично състояние, определено от раждането и невъзможна промяна по време на живота. В понятието за пол не можело да се вложи друго, освен смисъла на Конституцията и законодателството, а именно биологично състояние при раждането и тази невъзможност за промяна на пола не противоречи на член 8 ЕКПЧ. Според втората съдебна инстанция тълкуването на понятието за пол се обосновава от християнската религия.

С определение от 13 април 2020 г. ВКС не допуска касационно обжалване. Позовава се на решение на ВКС IV г. о. № 119 от 14.2.2019 г. с твърдение, че практиката, дадена с решение № 205 от 5.1.2017 г. ВКС гр. дело 2180/2016 г. трето г. о. и решение 16 от 30.5.2017 г. на ВКС гр. д. 2316/2016 г. четвърто г. о. е изоставена.

В определението от 13.4.2020 г. ВКС заема позицията, че дори да се приеме, че е възможно юридическо признаване на промяна на пола, в конкретния случай физиологическите промени в жалбоподателя не били окончателни и юридическото признаване не би могло да се осъществи. Посочва в определението, че жалбоподателят може да подаде нова молба, когато бъде осъществена окончателна промяна на пола.

ЕСПЧ, в мотивите на решението *P. H. c. Bulgarie* (жалба № 46509/20), коментирайки определението на ВКС за недопускане на касационно

обжалване, го намира за вътрешно противоречиво. Отбелязва, че националните власти не са се съобразили с редица международни документи, които препоръчват на държавите да разрешат промяната на името и пола в официални документи по бърз, прозрачен и достъпен начин (цитирани в решението *Y. T. c. Bulgarie* (жалба № 41701/16), параграф 73). Като краен резултат съдебните власти не са извършили преценка за съотношението и баланса между индивидуалния интерес на ищеца и публичния интерес. Втората съдебна инстанция установява, на базата на медицински документи, че жалбоподателят от няколко години се определя като лице от женски пол и е предприел процедури за промяна на пола. Същевременно според втората инстанция, общественият интерес не допускал юридическа промяна на пола. ЕСПЧ посочва, че липсват убедителни аргументи какъв е общественият интерес, който следва да вземе превес над индивидуалния интерес на лицето да получи признание за сексуалната си идентичност.

**Решението на Конституционния съд № 15/26.10.2021 г.
к. д. № 6/2021 г. за тълкуване на понятието „пол“
в Конституцията**

Според правното мнение на доц д-р Велина Тодорова, изразено в хода на процедурата по конституционното дело, коректното историческо тълкуване налага да се приеме, че в Конституцията понятието „пол“ е било употребено в общоприетия смисъл на биологичен пол, определен от анатомичните характеристики на човека при раждането, който е неизменен през неговия живот. Застъпва обаче тезата, че съвременното разбиране за „пол“ не може да не отчита „фактите и еволюцията в науките за човека, но и на правото, гарантиращо права на човека в защита на неговото достойнство. Предлага Основният закон да бъде тълкуван еволютивно, в контекста на Конвенцията за правата на човека и основните свободи, като се възприеме съвременното обяснение за пола, според което „той се определя както от биологични (анатомични, генетични или хромозомни), така и от социални, и психологически фактори“.

Не е такъв, за съжаление, подходът на Конституционния съд. В определението си за допускане на искането до разглеждане КС разяснява, че „в контекста на сложилата се нееднаква практика относно допустимостта и предпоставките за уважаване на подадена пред съд молба за промяна на вписаните в актовете за гражданско състояние данни на лице на основание неговата транссексуалност“, поставеният за разрешаване конституционен проблем по делото се свежда не до признаване или отричане на правото

на лицето да се самоопределя полово по един или по друг начин (не може да се постави под съмнение правото на човек да се чувства, живее и се изяснява социално съобразно половата си идентичност, т. е. според усещането си за мъж или жена), а „единствено до обвързаността на държавата да зачете самоопределянето му към пол, различен от биологичния“.

Конституционният съд посочва, че Конституцията използва термина „пол“ единствено в текста на чл. 6, ал. 2, но тази разпоредба сама по себе си не може да послужи като обяснение за вложеното в нея съдържание от конституционния законодател. Намира, че предметът на настоящото дело изисква от него да разреши поставения конституционен проблем чрез даване на задължително тълкуване на Конституцията, но не и да отправя обвързващи предписания до отделните власти относно уреждането на правното положение на транссексуалните лица (т. е. лицата, чиято полова самоидентификация не съответства на биологично определения при оплождането пол) и конкретно – на законодателната власт относно създаване на определена законова уредба, признаваща правото им на полово самоопределяне, и на съдебната – относно дължимия начин на произнасяне по молби на посочените лица за зачитане на определени правни последици, произтичащи от това самоопределяне. Противното би довело до това при упражняване на тълкувателното си правомощие съдът да се превърне в позитивен законодател, изземвайки изключителната компетентност на законодателната власт за трайно уреждане на основни обществени отношения (Решение № 8 от 2005 г. по к. д. № 7/2005 г., Решение № 11 от 2013 г. по к. д. № 20/2013 г., Определение № 4 от 14.8.2007 г. по к. д. № 9/2007 г., Определение № 1 от 17.3.2015 г. по к. д. № 1/2015 г., Определение № 3 от 17.9.2015 г. по к. д. № 7/2015 г., Решение № 5 от 2018 г. по к. д. № 11/2017 г., Решение № 9 от 2020 г. по к. д. № 3/2020 г.), респективно в правораздавателен орган, какъвто са единствено съдилищата в конституционно установената система на съдебната власт (чл. 119, алинеи 1 и 2 от Конституцията).

За нуждите на тълкувателно производство КС счита, че не е необходимо да извършва преценка дали българското законодателство предвижда процедура и предпоставки за промяна на правния статус на транссексуалните лица въз основа на самоопределянето им към пол, различен от вписания в актовете за гражданско състояние. От една страна, въпросът за празноти в законодателството е извън контрола за конституционност, който се отнася единствено до приети закони (Определение № 2 от

14.4.1994 г. по к.д. № 1/1994 г.), и Конституционният съд не следва да навлиза в правомощие, което Основният закон предоставя изключително на Народното събрание (чл. 62, ал. 1 от Конституцията). От друга страна, дори и да се приеме, че българското законодателство и конкретно Законът за гражданската регистрация установява нормативна рамка, позволяваща промяна на пола в актовете за гражданско състояние поради транссексуалност (каквото е преобладаващото становище в съдебната практика според сезиращото искане), преценката дали правораздавателните органи са длъжни на това основание да уважават такива молби, също няма отношение към компетентността на Конституционния съд в настоящото производство по чл. 149, ал. 1, т. 1 от Конституцията.

КС посочва, че той не дава задължително тълкуване на закони, което по правило е от компетентност на правораздавателните органи (членове 124 и 125, ал. 1 от Конституцията).

Тоест, от една страна, КС посочва, че текстът на Конституцията е недостатъчен за тълкуване на понятието „пол“. На второ място, отказва да се произнесе дали има празнота в законодателството относно процедура по промяна на пола. Не тълкува Конституцията, в светлината на новите социални условия, съобразно останалото българско законодателство. Цитира практиката на ЕСПЧ, постановена по член 8 ЕКПЧ, включително по дела срещу България, но отказва да тълкува Конституцията в светлината на тази практика.

По изложените причини намирам, че решението на Конституционния съд, постановено от мнозинството съдии, макар и пространно, е лишено от солидна правна аргументация.

Точно обратното може да се каже по отношение на краткото и стегнато особено мнение, постановено от конституционния съдия Георги Ангелов. Той намира, че „[д]али позицията на държавата „не ти забранявам да се чувстваш както искаш, но не съм длъжна да го вземам предвид“ противоречи на Конституцията не е трудно да се прецени“. Тоест една такава позиция **противоречи на духа и смисъла на Конституцията**. Според съдия Ангелов понятието „пол“ според Конституцията следва да се разбира в неговия биологичен, психичен и социален смисъл“. В собствения си тесен смисъл понятието „биологичен пол“ означава пол извън психиката (т. е. без условнорефлекторна дейност) и/или извън общността (групата, обществото, социума). В реалния свят първото не съществува, а второто

съществува само при организми, които не живеят в общност. Доколкото всеки пол изисква поне психика, „биологичен пол“ е понятие с празно съдържание. Ограничаването на обема на понятието „пол“ като защитен признак по чл. 6, ал. 2 от Конституцията до „биологичния пол“ пропуска тези разсъждения. Неговата цел, всъщност, е да увеличи незащитената от дискриминация зона и то я постига. Незащитени остават половото себевъзприятие (психичното) и произтичащото от него възприятие от обществото (социалното, не съвсем точно придобило гражданственост като ЛГБТИ+), с всички възможни юридически последици от това.

Тълкувателното дело на ВКС № 2/2020 по описа на ВКС гражданска колегия е спряно до произнасяне от страна на Конституционния съд. На 21.2.2023 г. на сайта на ВКС е качено решението на съда от 20.2.2023 г.¹⁶. Близо три години след образуване на тълкувателното производство, Общото събрание на Гражданската колегия се произнася, че:

„Обективното материално право, действащо на територията на Република България, не предвижда възможност съдът да допусне в производството, по реда на глава III, раздел VIII от Закона за гражданската регистрация, промяна на данните относно пола, името и единния граждански номер в актовете за гражданско състояние на молител, който твърди, че е транссексуален“.

Аргументацията на мнозинството се свежда до това, че:

- член 8 ЕКПЧ нямал предимство пред Конституцията на страната,
- вложеният смисъл в Конституцията на понятието „пол“, тълкувано от Конституционния съд (Решение № 15/26.10.2021 г., к. д. 6/2021 г.) е за биологичен пол, който се установявал от раждането и продължавал до смъртта на лицето,
- решението на Конституционния съд по к. д. 6/2021 г. е задължително и оттук следвала забрана за юридическо признаване на пола на транссексуално лице,
- нямало в държавата правна рамка за признаване на промяната на пола на транссексуалните лица, а една такава промяна би дала

¹⁶ Решението е постановено на 20.2.2023 г. по преформулирания въпрос: „Допустимо ли е и при какви предпоставки съдът да допусне, по реда на Закона за гражданската регистрация, промяна на данните в съставените актове за гражданско състояние на молител, който твърди, че е транссексуален?“

отражение върху брачния партньор и децата на транссексуалното лице.

Решението е подписано с особено мнение от 21 съдии от ВКС от общо подписалите решението 44 съдии. Съдиите, заели особено мнение, заявяват, че: „С така приетото Тълкувателно решение се дават указания на съдилищата да отказват разглеждането по същество на молбите на транссексуалните лица за правна промяна на пола по медицински причини – без да съобразяват характерните особености на всеки отделен случай и да преценяват дали е спазен балансът между интересите на обществото и на отделната личност, както и дали би било засегнато неоправдано правото им на човешко достойнство и на зачитане на личния живот“. Мотивите на малцинството съдии от ВКС са следните:

- ЕКПЧ, по силата на чл. 5 от Конституцията, е част от вътрешното право. ЕКПЧ не противоречи на Конституцията – тя е подписана от държавата и ратифицирана от Народното събрание. Конституционният съд е отбелязвал, че: „По отношение на международните договори проверката за тяхното съответствие с Конституцията обаче винаги е предварителна – преди тяхната ратификация“¹⁷,
- Не може да става въпрос за противоречие между член 8 ЕКПЧ и Конституцията на Република България, като съответно нито един от двата акта „не се налага“ над другия, включително и по отношение на биологичното обяснение на понятието „пол“, дадено от Конституцията,
- В решение № 15/26.10.2021 г. по к. д. № 6/2021 г. на КС на Република България – тълкуване на понятието „пол“ – е отбелязано, че половото самоопределяне може да е основание за промяна на вписания в актовете за гражданско състояние пол при интерсексуалните¹⁸. В това решение на КС е посочено и че КС на Република

¹⁷ С определение № 2 от 29.4.21 г. по к. д. № 6 от 2021 г. е отклонено като недопустимо искането на общото събрание на Гражданска колегия на ВКС, направено в рамките на образуваното тълкувателно дело, за тълкуване на чл. 5, ал. 1, ал. 2 и ал. 4, чл. 13, ал. 3, чл. 14, чл. 32, ал. 1 и чл. 47, ал. 2 от Конституцията, както и за отговор на следния въпрос: „Признават ли чл. 5, ал. 4, а и чл. 4, ал. 3 от Конституцията предимство на чл. 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, съставена в Рим на 4 ноември 1950 г. (ЕКПЧ, ратифицирана със закон – ДВ, бр. 66 от 1992 г., обн. ДВ, бр. 80 от 1992 г., изм. бр. 137 от 1998 г., попр. бр. 97 от 1999 г. и бр. 38 от 2010 г.) и на чл. 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз пред обяснението на понятието „пол“, възприето от Конституцията на Република България?“

¹⁸ В пояснителното си становище към мотивите на същото решение съдията Филип Димитров, който е и представител на България във Венецианската комисия, както и неин зам.-председател,

България не отправя обвързващи предписания до съдебната власт относно уреждането на правното положение на транссексуалните лица и конкретно – относно дължимия начин на произнасяне по молби на посочените лица за зачитане на определени правни последици,

- § 1, т. 17 от ДР на Закона за защита от дискриминация предвижда забрана за дискриминация по белег „пол“, включително при промяна на пола,
- След като член 8 ЕКПЧ, според последователната и задължителна практика на КС на Република България, е пряко приложима разпоредба във вътрешното право на Република България, то гражданите могат да се позовават на нея пред националните съдилища и без да има национална правна уредба,
- В Република България, към настоящия момент, има уредба в редица нормативни актове за промяна на пола, които в дългогодишната практика на ВКС са тълкувани задълбочено и са изведени критерии за допускане на такава правна промяна¹⁹,
- Разпоредбата на чл. 57, ал. 1 КРБ предвижда, че „Основните права на гражданите са неотменими“, а правото на лицата да променят пола си в актовете за гражданско състояние вече е признато в редица окончателни съдебни актове, постановени въз основа на законови разпоредби,
- Член 14 ЕКПЧ, гласи, че „Упражняването на правата и свободите, изложени в тази Конвенция, следва да бъде осигурено без всякаква дискриминация, основана на пол, раса, цвят на кожата, език, религия, политически и други убеждения, национален или

посочва изрично, че според КС е допустима и правна промяна на пола на транссексуалните лица по медицински причини – „Затова би било полезно Конституционният съд да подчертае в мотивите си, че настоящето тълкуване не преклудира възможността на компетентните органи и в частност на съда да преценява кои оперативни или хормонално предизвикани изменения в достатъчно изявена степен променят този биологичен набор от характеристики, сред които хромозомите са основен, но не единствен определящ белег и въз основа на това да приемат решения, чиито правни последици трайно предефинират половата идентичност“.

¹⁹ Вж. решение № 205/5.1.2017 г. по гр. д. № 2180/2016 г., III г.о. на ВКС, решение № 16/30.5.2017 г. по гр. д. № 2316/2016 г., IV г. о., решение № 285/5.7.2019 г. по гр. д. № 1417/2018 г., IV г. о., решение № 245/8.11.2019 г. по гр. д. № 4454/2018 г., IV г. о. и решение № 142/28.6.2019 г. по гр. д. № 3826/2018 г., IV г. о. и др.).

социален произход, принадлежност към национално малцинство, имущество, рождение или друг някакъв признак“,

- Не съществува в Конституцията и законодателството забрана за юридическо признаване на транссексуалните лица, а по същество с Тълкувателното решение се „въвежда“ такава забрана, обоснована с установени „морални и/или религиозни ценности“.

Споделям становището, което заема малцинството съдии от ВКС, а именно, че съдът в България може да допусне правна промяна на пола на транссексуално лице, като съобрази характерните особености на всеки конкретен случай и прецени наличието на баланс между обществените и личните интереси. В тази насока е вече налице съдебна практика, която съответства на принципите на равенство и недопускане на дискриминация, както и на задължителното за националния съд тълкуване на член 8 ЕКПЧ, дадено от ЕСПЧ. Не може с Тълкувателно решение на ВКС да се допуска забрана за юридическо признаване на пола. Както вече беше посочено, още с решението от 2002 г. по дело *I. et Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (жалба № 28957/95) ЕСПЧ заема позицията, че държавите – страни по ЕКПЧ, **не притежават свобода на преценка**, а са задължени да предприемат необходимите действия за признаване сексуалната идентичност на едно лице. През 2017 г. с решението *A. P., Garçon et Nicot c. France* (жалби № 79885/12, № 52471/13 и № 52596/13) ЕСПЧ се произнася още, че за юридическото признаване на пола е **нищожно** едно предварително изискване за подлагане на лице на медицинска процедура по стерилизация, защото то е принудено да избира между признаване на неговия полов идентитет и правото му на физическа неприкосновеност. С тази съдебна практика България следва да се съобразява. Отделно от това са налице съдебни решения срещу България, в които е установено нарушение на правото на личен и семеен живот по член 8 ЕКПЧ в такива хипотези (*Y. T. c. Bulgarie* (жалба № 41701/16), *P. H. c. Bulgarie* (жалба № 46509/20)).

Заклучение

Съобразно Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС за държавите – членки на ЕС смисълът на ЕКПЧ е този, който е тълкуван от Европейския съд по правата на човека. Съдилищата на държавите – членки на Съвета на Европа са длъжни да се съобразят със съдебната практика на Съда по приложението на член 8 ЕКПЧ, на основание член

46, ал. 1 от ЕКПЧ. Това е валидно и за България като страна – членка на Съвета на Европа и членка на ЕС.

В едно решение на Голямата камера на ЕСПЧ от 7.11.2013 г. *Vallianatos and others v. Greece* (жалба № 29381/09) ЕСПЧ признава още през 2013 г., че Гърция е нарушила ЕКПЧ, като е дискриминирала г-н Vallianatos и неговия партньор, които не са могли да сключат регистрирано партньорство (*civil union contract*)²⁰ (форма на съвместно съжителство, която съществува в Гърция наред с институцията на брака). Гърция не е изложила убедителни доводи защо регистрираното партньорство следва да се отнася само до лица с различен пол. В отговор на решението през 2015 г. Гърция гласува закон, който позволява еднополови двойки да сключват регистрирано партньорство с оглед на съвместното си съжителство²¹. От цитираното решение се установява, че Гърция, която е религиозна държава и уважава институцията на брака между мъж и жена, е въвела във вътрешното си законодателство регистрирано партньорство като алтернатива на брака между мъж и жена и между еднополови двойки.

Понастоящем българското законодателство и българската съдебна практика продължават да дискриминират лицата с различна сексуална ориентация и еднополовите двойки във връзка с правото на личен и семеен живот. Последният пример за това е отказът на българските административни и съдебни органи да признаят сключен брак във Великобритания между лица от един пол и да отразят в регистрите на населението статута на първата жалбоподателка като лице в брак (решение от 5.9.2023 г. по дело *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, жалба № 40209/20). По същество отказът на общинската администрация в община Люлин – София, потвърден с решение от 8.1.2018 г. от Административния съд София град и с решение от 12.12.2019 г. на Върховния административен съд, представлява нарушение на позитивните задължения на България по член 8 ЕКПЧ. ЕСПЧ посочва, в параграф 24 от решението, че отсъствието на правна регламентация за признаване на двойката и нейната защита засяга идентичността – както лична, така и социална на засегнатите лица. Двойка от същия пол, която трайно живее заедно, упражнява правото си на семеен живот и заслужава признаване и защита.

²⁰ Съобразно съществуващия тогава Law 3 719/2008, което позволява сключването на „civil union contract“ само за двойки от различен пол.

²¹ Доклад на Комитета на министрите от 1.3.2016 г., който следи за изпълнение на решенията на ЕСПЧ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168062cf96

Подобно законодателно решение както в Гърция – уреждане на фактическото съжителство между мъж и жена и между еднополови двойки – намирам, че би могло да бъде удачно и за България. Българският Семейен кодекс, в сила от 1 октомври 2009 г. не съдържа уредба на регистрираното партньорство, независимо от широкото разпространение на фактическото съвместно съжителство. Автономията, с която разполага българската държава, да даде уредба или да не уреди фактическото съжителство между еднополови двойки, не води до отпадане на задълженията ѝ по ЕКПЧ да осигури признаване на идентичността на лицата с различна сексуална ориентация, на правото им на личен и семеен живот и да определи специфичната правна рамка, в която това право на семеен живот да получи защита от закона.