

ПРАВНО МНЕНИЕ

от

проф. д-р Даниел Вълчев

Юридически факултет на СУ „Св. Климент Охридски“

Относно: *Конституционно дело № 3/2018 г. за произнасяне за съответствие на сключената от Република България Конвенция на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие с Конституцията на Република България преди ратификацията ѝ*

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

На основание чл. 18, ал. 2 от Закона за Конституционен съд и чл. 20а, ал. 3 от Правилника за организацията и дейността на Конституционния съд и във връзка с Определение на Конституционния съд от 20 март 2018 г. представям моето писмено правно мнение по предмета на конституционно дело № 3/2018 г.

Делото е образувано на 8 февруари 2018 г. по искане на седемдесет и пет народни представители от 44-тото Народно събрание на основание чл. 149, ал. 1, т. 4 от Конституцията на Република България за произнасяне за съответствие на сключената от Република България Конвенция на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието над жени и домашното насилие (наричана по-нататък Конвенцията) с Конституцията на Република България преди ратификацията ѝ.

Ще изложа моето мнение в следната последователност:

1. Изходни правнофилософски позиции
2. Социално-правен контекст на спора
3. По съществуването на спора

1. Изходни правнофилософски позиции

Преди да изложа моето правно мнение по съществуващото на спора, е редно да декларирам правнофилософските позиции, стоящи в основата на това мнение.

(а) *Насилието над жени* е реален проблем в днешните общества, в това число и в българското общество. То е един от най-честите случаи на насилие над хора, които не могат в достатъчна степен да се защитят. По своята обществена значимост насилието над жени е съизмеримо с *насилието над деца, над възрастни хора и над хора в неравностойно положение*. Няма съмнение, че правните системи, в това число и българският правен ред, трябва да бъдат постоянно усъвършенствани по посока на по-добра превенция, на по-бързо разкриване и по-справедливо наказване на тези случаи на насилие.

(б) Необходимостта в България да започне *публичен дебат за нетипичната сексуална ориентация* и за *нейните юридически проекции* е според мен безспорна. Нетипичната сексуална ориентация е позната във всички големи културни традиции, а вероятно по някакъв начин и във всички общества. Разбира се, отношението към нея е много различно (от ожесточено преследване, през свенливо приемане, до поетическо възхваляване) в зависимост от исторически стеклото се съчетание на разнообразни морални, правни, религиозни, обичайни, естетически и други фактори. Липсата на структуриран обществен дебат у нас дава място за крайни позиции, затваря темата в различни групи, образувани по нееднородни признаци, и на практика освобождава говоренето от ангажимент за каквато и да е аргументация.

(в) Хората с нетипична сексуална ориентация имат *същото право на щастие* и на *равно морално третиране* като всички останали хора. Вярвам, че е редно подобно разбиране да има и съответен юридически израз. Същевременно това по никакъв начин не предполага предоставянето на допълнителни права или отказ от традиционните за едно общество ориентири при възпитание на децата.

(г) Правната идентификация на субектите е претърпяла огромно развитие през последните няколко века. Това развитие е поне в две посоки – към все по-голямо навлизане на техниката и технологиите при физическото идентифициране на лицата (със следващите от това юридически проекции) и към все по-голяма свобода на отделните

индивиди да определят някои от характеристиките на тази идентификация (облечено в съответни юридически процедури). Моето разбиране е, че *правната идентификация на лицата (и особено на физическите лица) не е изцяло техен личен въпрос*. Това е въпрос, който е значим за цялото общество.

(д) Според мен *правото не бива да бъде използвано за социално инженерство* в името на нечий представи за обществена справедливост (или политическа коректност). Политическата история през последните векове ясно показва, че подобни опити на практика винаги завършват с провал и плащане на тежка социална цена. Затова и считам, че *основният принцип на правото е мирът*. Правото е призвано да *разрешава значими социални конфликти по мирен начин* и в съответствие с предварително известна процедура. В този смисъл то наистина има тясна връзка със справедливостта, но главно като гарантира честна процедура при решаване на конфликти и като дава на своите адресати стабилни ориентири за поведение, които се опират на възприетите от мнозинството морални маркери.

2. Социално-правен контекст на спора

В говоренето около ратификацията на Конвенцията се очертаха две шумни групи, нескромно определящи себе си като страни в спора. И двете групи застават зад неотносими към ратификацията тези, подкрепени с некоректни аргументи. Привържениците на ратификацията твърдят, че всеки ден забава на ратификацията се равнява на стотици нови случаи на насилие срещу жени и поставят на всеки, който се изказва против ратификацията, етикета на оправдаващ насилието над жени. Противниците на ратификацията твърдят, че тя би била крачка към признаването на „трети пол“ и легализиране на еднополовите бракове. Нито едно от двете твърдения не е вярно във вида и обема, в които се излага.

Всъщност, спорът „за“ и „против“ ратификацията на Конвенция е само част от един по-голям дебат, засягащ *границите между основни понятия с правно значение*. Моето поколение стана свидетел на няколко големи заличавания на граници между ясни в миналото понятия. Най-типичният пример в това отношение е заличаването на границата между „мир“ и „война“. Исторически (но всъщност само до преди няколко

десетилетия) състоянието на мир се е заменяло със състояние на война при спазване на определена формализирана процедура с елементи на ритуалност – отзоваване на дипломатически представители, даване на ултиматуми или размяна на ноти и в крайна сметка официално обявяване на война. Днес пълномащабни военни действия биват наричани „мироопазващи операции“, „хуманитарна намеса“ или „превантивни удари“.

Въпреки полученото се замърсяване на смисловия фон, не е трудно да се види, че зад спора „за“ и „против“ ратификацията на Конвенцията стоят два големи въпроса.

(а) Първият от тях е за *границата между понятията „мъж“ и „жена“*. Този въпрос опира до това дали биологичните характеристики на индивида са определящи (или поне водещи) при неговата правна идентификация. Съвременната наука по безспорен начин е установила различията в хромозомите на двата пола. Въпросът е дали тази ясна биологична идентичност трябва да съвпада с правната идентификация, или следва да бъде дадена възможност на индивидите сами да решават каква да бъде тяхната правна идентификация в зависимост от това как се чувстват.

Моето мнение по този въпрос е, че биологичните характеристики на индивида не могат да бъдат рязко отделени от неговата правна идентификация. Ако все пак направим това, то в перспектива следва да се готвим за петдесетгодишен убиец, който твърди, че се чувства на шест години и затова е наказателно неотговорен, или за син и майка (в недетеродна възраст), които искат да сключат брак. Абсурдността на примерите има за цел единствено да подчертае тенденцията. Ако се върнем на полето на конкретния спор, то въпросът, който се налага, може да бъде формулиран така: *трябва ли един мъж, който се чувства като жена, да може да получи правна идентификация на жена (или респективно обратното) и трябва ли останалите хора да бъдат информирани за неговата биологична идентичност.*

(б) Вторият голям въпрос е *дали българските институции имат самочувствието да отстояват автономността на българския правен ред*. Твърдението, че определени тенденции, идващи отвън, са неизбежни, въпреки преобладаващото отрицателно мнение на българските граждани, противоречи на основни демократични принципи.

3. По съществуването на спора

(а) По въпроса за някои понятия в Конвенцията и за техния български превод

Темите, очертани по-горе, не са самоцелно подбрани, а следват от няколко въпроса, произтичащи от разпоредбите на Конвенцията.

Първият от тях е за *понятията, с които Конвенцията борави*, и преди всичко за понятията „sex”, „gender”, „sexual orientation” и „gender identity”. В българския превод на разпоредбата на чл. 4.3 от Конвенцията тези понятия (употребени като изрично изключени основания за дискриминация) са съответно „пол”, „социален пол”, „сексуална ориентация” и „идентичност, основана на пола”.

Това, което веднага прави впечатление е, че „gender” е преведено като „социален пол”, а „gender identity” – като „идентичност, основана на пола”, а не, както би било логично, „идентичност, основана на социалния пол”. Терминологичната неяснота в българския текст на Конвенцията се задълбочава от дефиницията, съдържаща се в разпоредбата на чл. 3, б. „в”: *„Пол” означава социално изградени роли, поведения, дейности и характеристики, които определено общество смята за подходящи за жените и за мъжете.*” В съответния английски текст (Art. 3, ”c”) е дадена дефиниция на “gender”, а не на “sex”. По аналогичен начин стоят нещата със съпоставянето на английския и българския текст на разпоредбата на чл. 3, б. „г” – “gender-based violence against women” е преведено като „насилие над жените, основано на пола” (а не “на социалния пол”).

Само за съпоставка с други славянски езици може да посочим, че в македонския текст (при всички резерви, които може да има към словосъчетанието „македонски текст”) “gender” е преведено като “род”, а “gender identity” като “родова идентичност”. В сръбския текст “gender” също е преведено като “род”, а “gender identity” като “родни идентитет”. В руския текст пък думата, съответстваща на “sex”, просто е изпусната, а “gender identity” е преведено като “гендерная идентичность”. В Украинския текст “gender” е преведено като “гендер”, а “gender identity” – като “гендерна ідентичність”.

Въпросът за смисъла на някои понятия, използвани в Конвенцията, не опира единствено до нехайния или преднамерено опорочен превод на български език. Остават неясни смисълът, обемът и съотношението между понятията „социален пол”, „идентичност, основана на пола” и „сексуална ориентация”. Въпросът не е теоретичен, а

би имал сериозни практически последици при евентуалното прилагане на Конвенцията, тъй като тези понятия са в основата на очертаването на нейния обхват.

Ратифицирането на Конвенцията би довело до включването в българския правен ред на акт (при това с йерархичен приоритет по отношение на законите), който съдържа понятия с неясен смисъл, съотношение и обем и влизаци в противоречие с вече установени в законодателството и съдебната практика понятия. Това би представлявало противоречие с установения в Конституцията принцип на правовата държава, включващ в себе си както идеята за определеност, яснота и недвусмисленост на правните норми, така и идеята за правната сигурност.

Поради това считам, че разпоредбите на чл. 3, б. „б” и „в” и чл. 4.3 от Конвенцията противоречат на принципа за правовата държава, прокламиран в Преамбюла и в чл. 4 от Конституцията.

(б) Относно обхвата на Конвенцията

Сред декларираните цели на Конвенцията (чл. 1) са да защитава жените от всички форми на насилие, да предотвратява, преследва и премахва насилието над жени, да създаде цялостна рамка, политики и мерки за защита и помощ на всички жертви на насилието над жени и т.н. Разпоредбата на чл. 2 „Обхват на Конвенцията” отново поставя в центъра словосъчетанието “насилие над жени”. Следователно ключово за определяне на обхвата на Конвенцията (без това да изчерпва нейния обхват) е понятието „насилие над жени”.

В българския текст на Конвенцията „насилие на жени” (чл. 3, б. „а”) е дефинирано като „*нарушение на правата на човека и форма на дискриминация срещу жените и означава всички актове на насилие, основано на пола...*”. Така прочетена, разпоредбата е ясна – защитени са жените в биологичен смисъл, като е подсилена защитата в случаи, когато е упражнено насилие над жена, защото е жена. Но в английския текст на Конвенцията четем друго – в чл. 3, б. ”а” става дума не за „насилие, основано на пола”, а за “gender-based violence”, т.е. за насилие, основано на социалния пол – т.е. за насилие, основано на “*социално изградени роли, поведения, дейности и характеристики, които определено общество смята за подходящи за жените и за мъжете*”.

Този прочит поставя множество въпроси, някои от които и с практически измерения. Например защитена ли е от Конвенцията (извън случаите на домашно насилие) жена, която е приела социално изградената роля на мъж? А защитен ли е в

същата хипотеза мъж, приел социално изградената роля на жена? И как познаваме кога тези роли са действителни или само претендирани? Освен отсъствие на определеност, яснота и недвусмисленост на правните норми и компрометиране на идеята за правната сигурност, в случая е налице и предпоставяне на допълнителни права и на допълнителна закрила на лица, които са определени не по обективни критерии, а в зависимост от техни твърдения относно собствените им вътрешни преживявания.

Поради това считам, че чл. 1, чл. 2 и чл. 3 от Конвенцията противоречат на принципа на равенството, прокламиран в чл. 6 от Конституцията.

(в) Относно т.нар. „стереотипни роли на пола” и „нестереотипни роли на пола” (в английския текст “stereotyped gender roles” и “non-stereotyped gender roles”)

Според разпоредбата на чл. 12.1 страните по Конвенцията се задължават да *„предприемат необходимите мерки за насърчаване на промени в социалните и културни модели на поведение на жените и мъжете с цел изкореняване на предразсъдъци, обичаи, традиции и всякакви други практики, основани на идеята за малоценност на жените или на стереотипни роли за жените и мъжете”*. В цитираната разпоредба на словосъчетанието „стереотипните роли за жените и мъжете” е придаден силно пейоративен смисъл, като то е приравнено на словосъчетанието „идеята за малоценност на жените”. В разпоредбата на чл. 14.1 пък страните са задължават (вярно с уговорката „където е подходящо“, което обаче видимо няма значението на „където Конституцията не го забранява“) да предприемат *„...необходимите стъпки за включване на съобразен с развиващите се възможности на учащите се учебен материал по въпроси като равнопоставеност между жените и мъжете, нестереотипни роли на пола, взаимно уважение, ненасилствено разрешаване на конфликти в междуличностните отношения, насилие над жените, основано на пола, и право на лична неприкосновеност, в официалните учебни програми и на всички образователни равнища“*.

От цитираните разпоредби отново възникват множество въпроси, един от които има и конституционноправни измерения. Нека да оставим настрана въпроса дали е случайно, че Конвенцията не предвижда никаква специална закрила на жената-майка (респективно на бременна жена) и дори не споменава такова явление като майчинството. Но едва ли някой непредубеден човек би оспорил твърдението, че една от най-характерните стереотипни роли на жената, е ролята ѝ на майка. Следователно чл. 12.1 от Конвенцията задължава Република България да *предприеме необходимите мерки за*

насърчаване на промени в социалните и културни модели на поведение на жените и мъжете с цел изкореняване на предразсъдъци, обичаи, традиции и всякакви други практики, основани на идеята за стереотипни роли за жените". Но стереотипната роля на жената като майка е не просто част от преобладаващото светоусещане на българските граждани. Според разпоредбата на чл. 47, ал. 2 от Конституцията жената-майка се ползва с особена закрила на държавата.

Поради това считам, че разпоредбите на чл. 12.1 и чл. 14.1 от Конвенцията противоречат на разпоредбата на чл. 47, ал. 2 от Конституцията.

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

Независимо какво ще бъде решението на Конституционния съд, това дело дава един уникален повод за внасяне на яснота по един особено важен въпрос – какво следва да се разбира под „мъж“ и „жена“ според българската Конституция.

Мисля, че минималното, което Конституционният съд следва да направи, е отчетливо да изясни, че според Конституцията „мъж“ означава биологичен мъж, а „жена“ – биологична жена. Ако българският конституционен законодател желае да уреди сключването на брак между лица от един и същи пол или българският законодател реши да създаде нова правна фигура със сходни правни последици (което аз лично считам за правилно), то това трябва да стане открито и по предвидения в Конституцията ред.

Проф. Даниел Вълчев