



FAKULTETA ZA DRŽAVNE IN EVROPSKE ŠTUDIJE
EVROPSKA PRAVNA FAKULTETA
FAKULTETA ZA SLOVENSKE IN MEDNARODNE ŠTUDIJE

VIII. MEDNARODNA DOKTORSKA ZNANSTVENORAZISKOVALNA KONFERENCA

VIII INTERNATIONAL DOCTORAL SCIENTIFIC RESEARCH CONFERENCE

Zbornik prispevkov
Conference proceedings

Uredila
Edited by
doc. dr. Katarina Vatovec

Ljubljana, 14. junij 2019

VIII. MEDNARODNA DOKTORSKA ZNANSTVENORAZISKOVALNA KONFERENCA

Zbornik recenziranih prispevkov

Ljubljana, 14. junij 2019

UREDNIŠKI ODBOR

doc. dr. Gorazd Justinek, prof. dr. Peter Jambreč, doc. dr. Katarina Vatovec

ZNANSTVENI ODBOR

doc. dr. Gorazd Justinek (predsednik), prof. dr. Peter Jambreč, prof. dr. Dimitrij Rupel, izr. prof. dr. Jernej Letnar Čerňič, izr. prof. dr. Denis Čaleta, izr. prof. dr. Bojan Grum, prof. dr. Darko Darovec, doc. dr. Vojko Strahovnik, prof. dr. Matej Avbelj, prof. dr. Liliana Brožič, doc. dr. Laris Gaiser, prof. dr. Janez Čebulj, doc. dr. Katarina Vatovec, prof. dr. Marko Novak, doc. dr. Luka Burazin, prof. dr. Janez Čebulj, prof. dr. Aljoša Dežman, prof. dr. Kaliopa Dimitrovska Andrews, prof. dr. Fillipo Fontanelli, prof. dr. Visar Hoxha, prof. dr. Olivera Injac, prof. dr. Ivan Koprić, prof. dr. Mira Lenardić, prof. dr. Giuseppe Martinico, prof. dr. Arne Marjan Mavčič, doc. dr. Ivana Tucak, doc. dr. Boštjan Kerbler.

PROGRAMSKI ODBOR

prof. dr. Peter Jambreč (predsednik), doc. dr. Gorazd Justinek, prof. dr. Liliana Brožič, doc. dr. Laris Gaiser, doc. dr. Katarina Vatovec, prof. dr. Svein Bjorberg, prof. dr. Liliana Brožič, prof. dr. Fillipo Fontanelli, prof. dr. Mira Lenardić, prof. dr. Jernej Letnar Čerňič, prof. dr. Giuseppe Martinico, prof. dr. Marko Novak, prof. dr. Alenka Temeljotov Salaj, doc. dr. Ivana Tucak.

ORGANIZACIJSKI ODBOR

doc. dr. Gorazd Justinek (predsednik), doc. dr. Katarina Vatovec, doc. dr. Ines Vodopivec, Kaja Godec.

Organizatorji:

FAKULTETA ZA DRŽAVNE IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Žanova 3, 4000 Kranj

<https://fds.nova-uni.si/>

EVROPSKA PRAVNA FAKULTETA

Delpinova 18b, 5000 Nova Gorica

<https://epf.nova-uni.si/>

FAKULTETA ZA SLOVENSKE IN MEDNARODNE ŠTUDIJE

Mestni trg 23, 1000 Ljubljana

<http://fsms.nova-uni.si/>

IZDALA IN ZALOŽILA NOVA UNIVERZA, FAKULTETA ZA DRŽAVNE IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Žanova 3, 4000 Kranj

Zbornik uredila:

doc. dr. Katarina Vatovec

VIII INTERNATIONAL DOCTORAL SCIENTIFIC RESEARCH CONFERENCE

Reviewed proceedings

Ljubljana, June 14 2019

EDITORIAL BOARD

doc. dr. Gorazd Justinek, prof. dr. Peter Jambrek, doc. dr. Katarina Vatovec

SCIENTIFIC COMMITTEE

doc. dr. Gorazd Justinek (predsednik), prof. dr. Peter Jambrek, prof. dr. Dimitrij Rupel, izr. prof. dr. Jernej Letnar Černič, izr. prof. dr. Denis Čaleta, izr. prof. dr. Bojan Grum, prof. dr. Darko Darovec, doc. dr. Vojko Strahovnik, prof. dr. Matej Avbelj, prof. dr. Liliana Brožič, doc. dr. Laris Gaiser, prof. dr. Janez Čebulj, doc. dr. Katarina Vatovec, prof. dr. Marko Novak, doc. dr. Luka Burazin, prof. dr. Janez Čebulj, prof. dr. Aljoša Dežman, prof. dr. Kaliopa Dimitrovska Andrews, prof. dr. Fillipo Fontanelli, prof. dr. Visar Hoxha, prof. dr. Olivera Injac, prof. dr. Ivan Koprić, prof. dr. Mira Lenardić, prof. dr. Giuseppe Martinico, prof. dr. Arne Marjan Mavčič, doc. dr. Ivana Tucak, doc. dr. Boštjan Kerbler.

PROGRAMME COMMITTEE

prof. dr. Peter Jambrek (predsednik), doc. dr. Gorazd Justinek, prof. dr. Liliana Brožič, doc. dr. Laris Gaiser, doc. dr. Katarina Vatovec, prof. dr. Svein Bjorberg, prof. dr. Liliana Brožič, prof. dr. Fillipo Fontanelli, prof. dr. Mira Lenardić, prof. dr. Jernej Letnar Černič, prof. dr. Giuseppe Martinico, prof. dr. Marko Novak, prof. dr. Alenka Temeljotov Salaj, doc. dr. Ivana Tucak.

ORGANIZING COMMITTEE

doc. dr. Gorazd Justinek (predsednik), doc. dr. Katarina Vatovec, doc. dr. Ines Vodopivec, Kaja Godec.

Organized by:

GRADUATE SCHOOL OF GOVERNMENT AND EUROPEAN STUDIES

Žanova 3, 4000 Kranj

<https://fds.nova-uni.si/>

EUROPEAN FACULTY OF LAW

Delpinova 18b, 5000 Nova Gorica

<https://epf.nova-uni.si/>

FACULTY FOR SLOVENIAN AND INTERNATIONAL STUDIES

Mestni trg 23, 1000 Ljubljana

<http://fsms.nova-uni.si/>

PUBLISHED BY NOVA UNIVERZA, GRADUATE SCHOOL OF GOVERNMENT AND EUROPEAN STUDIES

Žanova 3, 4000 Kranj

Edited by

doc. dr. Katarina Vatovec

Publikacija je dostopna v PDF formatu na spletni strani:

Publication is available online in PDF format at:

Nova univerza:

<https://nova-uni.si/index.php/sl/e-gradiva/2-uncategorised/266-doktorske-znanstveno-raziskovalne-mednarodne-konference>



14. 06. 2019

Nova univerza, Fakulteta za državne in evropske študije, Evropska pravna fakulteta in Fakulteta za slovenske in mednarodne študije, cop. 2019

This work is licensed under the Creative Commons Attribution 4.0 International License. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/> or send a letter to Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.

Kataložni zapis o publikaciji (CIP) pripravili v Narodni in univerzitetni knjižnici v Ljubljani

[COBISS.SI](https://cobiss.si/)-ID=[302756352](https://cobiss.si/)

ISBN 978-961-6901-14-7 (pdf)

PROGRAM / PROGRAMME

Datum: 14. 06. 2019

Kraj: Fakulteta za državne in evropske študije Nove univerze, Žanova ulica 3, Kranj

15.00 – 15.15	Otvoritev konference (doc. dr. Katarina Vatovec)
15.15 – 16.45	Predstavitve raziskovalnega dela študentov doktorskega študija
	Polona Dovečar: Dez-integracija Zahodnega Balkana trideset let po koncu hladne vojne razpravljavec: Nevenka Lučič Stanimirovič
	Nevenka Lučič Stanimirovič: Življenje z ovirami in omejitvami zaradi invalidnosti razpravljavec: Polona Dovečar
	Ina Kovačević: Razveza zakonskih zvez v Republiki Sloveniji razpravljavec: Anja Kostanjevec Kravanja
	Anja Kostanjevec Kravanja: Uveljavitev Uredbe o dedovanju razpravljavec: Ina Kovačević
	Tine Jurič Klander: Omejitev restrikcij pravic skozi prizmo polja proste presoje v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice razpravljavec: Suzana Pecin
16.45 – 17.00	Odmor
17.00 – 18.30	Predstavitve raziskovalnega dela študentov doktorskega študija – nadaljevanje
	Suzana Pecin: Kompetenizacija – kompetenz nadnacionalnih sodišč v Bermudskem trikotniku? – Evropsko sodišče za človekove pravice vis-à-vis Sodišču Evropske unije razpravljavec: Tine Jurič Klander
	Suzana Lotrič: Nadaljnja obravnava forenzičnih pacientov po prenehanju najdaljšem trajanju varnostnega ukrepa, izrečenega po KZ-1 razpravljavec: Sebastjan Prosenec
	Sebastjan Prosenec: Nesoizmerljivost – kdaj so odločitve postale težavne? razpravljavec: Suzana Lotrič
	Maša Žehelj: Odškodninski spori zaradi strokovne napake zdravnika razpravljavec: Žan Marinkovič
	Žan Marinkovič: Tanka meja med prehranskim dodatkom, zdravilom in prepovedano snovjo razpravljavec: Maša Žehelj
	ddr. Mira Delavec Touhami: Imuhar in tuareška država Azawad – vloga naroda in njegove identitete v mednarodnem in islamskem pravu
18.30 – 19.00	Razprava
19.00 – 19.15	Sklepne misli in zaključek (doc. dr. Katarina Vatovec)



ŠTUDENSKA SEKCIJA

—

STUDENTS SESSION

IMUHAR IN TUAREŠKA DRŽAVA AZAWAD – VLOGA NARODA IN NJEGOVE IDENTITETE V MEDNARODNEM PRAVU

ddr. Mira Delavec Touhami¹

Povzetek: V članku z naslovom Imuhar in tuareška država Azawad – vloga naroda in njegove identitete v mednarodnem pravu – je predstavljena vloga naroda in njegove identitete ter posredno s tem pravica naroda do samoodločbe, izhajajoč iz t. i. domorodnih oz. prvobitnih ljudstev (ang. indigenius people), kamor sodijo Imuhar oziroma Tuaregi. Zaradi slabšega poznavanja tematike in želje po predstavitvi problema tudi z druge, torej tuareške strani, kar je izvirni del prispevka, je slednji zasnovan tako, da najprej predstavi strukturo tuareške družbe nekoč. Iz njihove nekdanje federativne ureditve, vpliva francoske kolonizacije in izpostavljenosti močni arabizaciji po letu 1951 so bili nakazani razlogi, ki so vodili do nastanka (mednarodno nepriznane) tuareške države Azawad. Članek za podkrepitev vloge domorodnih ljudstev in njihove pravice do samoodločbe analizira tudi določene primere sodnih praks na temo domorodnih ljudstev zlasti v Južni Ameriki ter jih primerja s problemom Tuaregov. V podkrepitev hipoteze, da so Tuaregi narod, ki so jim kršene osnovne človekove pravice, je vključen tudi del intervjuja s političnim predstavnikom tuareške države Azawad.

Ključne besede: Imuhar, Tuaregi, tuareška država Azawad, pravica naroda do samoodločbe, pravice domorodnih ljudstev

Abstract: *The article Imuhar and the Tuareg State of Azawad – the role of the nation and its identity in international law – analyzes the role of the nation and its identity and the right of the people to self-determination, arising from the indigenous people, to who belong also Imuhar or Tuareg people. The article presents the problems of Tuareg also from the other side, that is the Tuareg side, which is the original part of this article. At the beginning the structure of the Tuareg community is presented. Their former federal system, the influence of French colonization and their exposure to arabization after 1951 are shown. The article analyzes also the reasons that led to (international unrecognized) Tuareg State Azawad. The role of indigenous people and their right to self-determination are also analyzed by certain case-law on the topic of indigenous people, especially in South America, and compared with the problem of Tuareg people. To confirm the hypothesis that Tuareg people are a nation, whose basic human rights are violated, part of the interview with a political representative of State Azawad is included in the article.*

Key words: *Imuhar, Tuareg, Tuareg State of Azawad, the right of a people to self-determination, the rights of indigenous people*

¹ Mira Delavec Touhami, doktorica znanosti s področja literarnih ved, doktorica znanosti s področja prava; Ministrstvo za izobraževanje, znanost in šport; od leta 2011 napotena na delovno mesto v Nemčijo; e-naslov: delavec.mira@siol.net ali mira.delavec@guest.arnes.si.

1. Opredelitev problema Tuaregov

V prispevku nas zanima predvsem vloga naroda in njegove identitete ter posredno s tem pravica naroda do samoodločbe, izhajajoč iz t. i. domorodnih oziroma prvobitnih ljudstev (ang. *indigenus people*), kamor sodijo Imuhar oziroma Tuaregi.

Proučevane teme se lotevamo interdisciplinarno, saj bo navedena tematika in problematika analizirana na osnovi zgodovinskih, socialno-antropoloških, pravnih in ustavnih virov. Navedeno analiziramo na osnovi zbranih podatkov lastnega terenskega dela v Severni Afriki zadnjih deset let, analize sodne prakse različnih držav itd. Na nastanek sodne prakse sta vplivala tudi zgodovinski tok časa in razvoj družbe. Pravo je v tem oziru vedno odraz zgodovine in je tako tudi v njeni funkciji.

Sledeči prispevek namerava postaviti problemov Tuaregov in njihove države Azawad v nov pogled, tudi tuareški, saj je bila tema do sedaj v mednarodni skupnosti predstavljena predvsem z enega vidika, tj. antropološkega in s pomanjkljivim poznavanjem dejanskih razmer na terenu in s slabim poznavanjem strukture delovanja tuareške družbe ter njihove notranje pravne ureditve (v 4. stoletju pred Kristusom so imeli namreč že svojo dinastijo, ki ji je vladala kraljica Tin Hinan; imeli so svoj notranji pravni sistem, po katerem delno živijo še danes itd.).

Ravno na primeru Tuaregov je razvidno, da se tudi po koncu imperializma Evropa v 20. stoletju ni umaknila iz Severne Afrike v celoti, ampak je še vedno, če ne neposredno, pa vsaj posredno prisotna v njej in s tem tudi na območju, kjer živijo Tuaregi. In ob tem se zastavljajo vprašanja: »Kako so na to reagirali prebivalci Severne Afrike? Kako so to doživljali Tuaregi? S čim so se lahko branili proti kolonializmu in kasneje arabskemu nacionalizmu?«

V mednarodnem pravu namreč ni zaslediti literature, ki bi imperializem, kolonizacijo in arabski nacionalizem prikazala z druge strani: s tuareške.

Osrednje raziskovalno-znanstveno vprašanje prispevka je, na kakšen način in v kakšni meri se tuareška identiteta odlikava v nastali državi Azawad in kakšno vlogo je imel pri tem arabski kolonializem po letu 1960, ko so Tuaregi jasno izražali pravico po samoodločbi narodov.

2. Kdo so Imuhar (Tuaregi)?

Zaradi lažjega poznavanja Tuaregov in njihove problematike bomo v kratkem orisali njihov izvor in trenutni položaj. Tuaregi živijo v puščavskem delu severne Afrike, na ozemlju, ki obsega toliko ozemlja, kot če bi skupaj dali skoraj 440 Slovenij. Poseljujejo jug Alžirije, jug Libije, sever Malija, Nigra in Burkine Faso. Sami sebe v svojem jeziku (tamašak) imenujejo Imuhar in pravijo, da so jim ime Tuaregi nadeli Arabci, ko so jih nasilno islamizirali okrog 8. stoletja. Sebe opisujejo kot edine poznavalce Sahare in

skrivnostne jezdece v puščavi ter modre može (zaradi oblek v indigo modri barvi). Skozi zgodovino so Tuaregi sebe opisovali vedno kot svobodne, plemenite in neodvisne ljudi.²

Na severu Malija naj bi po podatkih »Severnoafriškega dnevnika« aprila 2012 živelo 1. 450.000 Tuaregov, v Nigru 1.790.000, na jugu Alžirije 825.000, na jugu Libije 620.000 in v Burkini Faso 330.000. Tako naj bi jih skupaj na ozemlju teh držav živelo približno 5.015.000.³

Vloga Arabcev je bila od 8. stoletja naprej izredno velika, največ vpliva pa je povzročil ravno arabski kolonializem od leta 1960 dalje. Beseda Tuareg naj bi izvirala iz arabskega korena *terek*, kar v prevodu pomeni zapuščen, pozabljen, zato so na osnovi tega Arabci Tuarege označili za »pozabljene od boga«, saj so njihovo vero islam prevzeli šele ob islamizaciji njihovega ozemlja in še to ne v celoti.⁴

Na osnovi številnih antropoloških študij so bili Imuhar vedno označeni običajno kot ljudstvo ali etična skupina, medtem ko so v zelo redkih ustavah (npr. libijska ustava iz leta 2012) omenjeni kot manjšina, čeprav sami sebe označujejo kot narod.

Na osnovi tega smo zastavili tudi prvo hipotezo, in sicer da so Tuaregi na osnovi zgodovinskih, jezikovnih in kulturnih dejstev narod, ki so jim bile odvzete številne pravice z vsiljenim nastankom novih držav sredi 20. stoletja v Severni Afriki. Pravice, ki naj bi bile zapisane v ustavah teh držav, se v praksi večinoma ne izvajajo.

1.1. Tuaregi kot narod

V Slovarju slovenskega knjižnega jezika je narod definiran kot skupina ljudi, navadno na določenem ozemlju, ki so zgodovinsko, jezikovno, kulturno, gospodarsko povezani in imajo skupno zavest. Kar Tuarege že v osnovi povezuje, je njihovo skupno ime, to je Imuhar (ime plemiške kaste) ali pa Kel Tagelmust, kar bi v prevodu iz tamaška pomenilo »zakriti ljudje«. Poseljujejo zelo veliko ozemlje in so bili od nekdaj povezani med seboj skozi dve večji federaciji: severni del sta Kel Aijer (obsega jug Alžirije in Libije) in Kel Ahhagar (jug Alžirije, gorovje Hoggar), južni del pa so Kel Adrar (sever Malija in Nigra), Kel Air (Niger), Kel Geres (Niger), Ivelemeden Kel Denek (Niger), Ivelemeden Kel Ataram (Mali, Burkina Faso, Niger) in Kel Tademaket (Mali). Imena federacij se običajno navezujejo na regionalno-geografska poimenovanja, saj besedni koren Kel v prevodu iz tamaška pomeni »ljudje od«. Pri tem je potrebno poudariti, da je bila (oziroma njeni ostanki so še danes) vsaka federacija še znotraj razdeljena na samostojne frakcije, t. i. Kele.⁵

² Delavec Touhami, 2014, str. 8.

³ Ibid.

⁴ Duveyrier, 1864, str. 317.

⁵ Vikθr, 1999, str. 24.

Tuaregi so od nekdaj živeli v tradicionalnih tuareških sorodstvenih skupinah – klanih, kjer so bile v ospredju endogamne poroke, v katerih so prednostne poročne partnerje moških predstavljale sestrične po materini liniji (hči materinega brata). Tudi najpomembnejši gospodarski resorji in politične pozicije so se prenašale matrilinearno, znotraj materine sorodstvene linije. Več klanov skupaj je tvorilo svojo teritorialno celoto, ki so jo imenovali tavsit, ki ji je načeloval poglavar, a njegova moč je bila omejena.⁶

Različni tavsiti so se združevali v zgoraj navedeno federacijo (tuareško *imenan*). Na takšen način so (bili) vsi prebivalci posameznih regij, ne glede na različno klansko pripadnost ali socialni položaj, povezani v federacijo, ki ji je načeloval poglavar plemiškega rodu in so ga imenovali *amenukal* (v prevodu kralj). Amenukala so izbrali predstavniki plemiške kasta in podložniki. Njegov položaj ni bil deden in ne doživljenjski.⁷

V tuareško federacijo so bili vključeni vsi stanovi, tudi sužnji. Še danes ob obisku Tuaregov nomadov pri marsikateri družini srečamo potomce teh sužnjev, ki opravljajo ista dela in imajo podoben položaj kot njihovi predniki. Slednje dokazuje, da Tuarege povezuje skupni življenjski prostor (puščava – tuareško *tenere*), skupni jezik (*tamahak*), pisava tifinar, običaji, ki so zapisani v njihovih ljudskih pesmih, legendah in pripovedkah ter skupna zgodovina vse do nastanka novih držav po drugi svetovni vojni na ozemlju, ki so ga tisočletja naseljevali v določenih predelih naseljevali zgolj Tuaregi.

Pri tem je potrebno poudariti, da se je določen razkroj starodavne ureditve tuareške družbe začel že v začetku 20. stoletja, ko so francoski kolonialisti izvajali svoje civilizacijske misije, katere so segale tudi v puščavske predele, v katerih so živeli Tuaregi.

Čeprav so bili Francozi na svojih osvajalskih pohodih deležni številnih izgub, so kljub temu postali pravno in formalno gospodarji ozemlja zahodne in osrednje Sahare, torej ozemlja, ki ga od nekdaj naseljujejo Tuaregi. Navedeno kolonialno posest so Francozi pridobili na berlinski konferenci evropskih narodov (1884-1885). Slednja je bila uradno sklicana sicer v želji po odpravi suženjstva, v resnici pa je šlo na njej za razdelitev Afrike. Ta je bila dokončno potrjena leta 1889 na bruseljski konferenci narodov.⁸

Francoska oblast se je tako odločila, da bo svoj pohod imenovala »civilizacijsko misijo«. Med njo so tako spadali tudi Tuaregi, saj so veljali za neukrotljive puščavske vojake, ki jim zaradi dobrega poznavanja terena tudi s sodobnim orožjem niso bili velikokrat enakovreden bojevnik.

⁶ Claudot-Hawad, 1993, str. 61–70.

⁷ Bernus, 1981, str. 83.

⁸ Manning, 1998, str. 28.

»A pod krinko »civiliziranja ljudi« so se skrivali povsem drugi interesi«, ki so, po besedah Mahmouda Ag Aghalya,⁹ »imeli namen prevzeti in razbiti stare karavanske poti, prevzeti oblast v gospodarskem oziru. Ker pa so slabo poznali naše karavanske poti, večjega uspeha niso imeli. A za nas niso predstavljale težave samo osvajalni pohodi iz Evrope, ampak tudi hude suše, zlasti v letih 1911, 1914, 1974, 1985. Čeprav smo bili Tuaregi dolga stoletja pogani, smo prišli v stik z islamom že v devetem stoletju, vendar ga nismo sprejeli povsem v celoti vse do danes. Sprva je služil bolj kot sredstvo, s pomočjo katerega smo lažje stopali v stik z arabskimi trgovci. A prav pohodi Francozov, v katerih smo videli pohod kristjanov, je pospešilo našo islamizacijo. Naši predniki so se začeli povezovati s sufisti. Ker se Tuaregi nismo hoteli v prvi svetovni vojni podrediti volji Francozov, so le-ti izvedli množične poboje na severu današnjega Nigra in zaplenili številno naše premoženje. Razbili so nas na manjše ozemelske dele in ukinili našo federacijo. Od tu dalje je šlo vse v tej smeri, da se razbija naša enotnost in povezanost. Z nastankom novih državah v 60-ih letih 20. stoletja so bili vsi naši napori za dosego vsaj notranje avtonomije krvavo zatrti, naše pravice kot domorodnih prebivalcev pa zamolčane ali nepriznane. Preostalo nam ni drugega, kot da sprejmemo obstoječo vsiljeno oblast, ki smo se ji morali prilagoditi in podrediti. To je bilo proti vsem zakonom našega naroda, v katerih smo živeli vsa stoletja.«

Tuaregi so torej narod, saj je v njem jasno poudarjena ideološka in politična dimenzija oziroma kot je navedel Stane Južnič: »Ko se ideja o narodni samobitnosti (pravici do samoodločbe) prevesi v težnjo po lastni državi, se proces diahroničnega preoblikovanja od etnije prek naroda do nacije konča.«¹⁰

3. Tuaregi in njihova pravica do samoodločbe narodov

Nedvomno se strinjamo z dr. Ernestom Petričem,¹¹ da se z odpravo klasičnega kolonializma in z Deklaracijo o njeni odpravi iz leta 1960 ni končala zgodovina pravice narodov do njihove samoodločbe.

Tuaregi so bili po letu 1951 (Libija je bila leta 1951 prva afriška država, v katero so bili zajeti Tuaregi) razbiti med pet držav in jim je bila ta pravica vse do danes odvzeta, saj po pregledu in analizi ustav držav, v katerih živijo danes Tuaregi, niso omenjeni niti kot narod niti kot etična skupina ali domorodni prebivalci Sahare. Kot etična manjšina so omenjeni samo v libijski ustavi iz leta 2012. Pri tem je zanimivo, da daje maroška ustava svojim domorodnim ljudstvom precej več ustavnih pravic.

Ustanovna listina OZN namreč v 73. členu določa, da so države dolžne prvenstveno upoštevati interese prebivalstva teh ozemelj, razvijati samoupravo ter upoštevati politične težnje narodov in jim pomagati razvijati njihove lastne politične institucije. Deklaracija sedmih načel, med katere sodi tudi pravica naroda do samoodločbe, še ne pomeni sicer, da do nje dejansko lahko pride. Odločitev naroda za samoodločbo mora biti v prvi vrsti svobodna. Ampak ob tem se zastavi vprašanje, ali so od nastanka

⁹ Delavec Touhami, 2019 (intervju z Mahmoudom Ag Aghalyem).

¹⁰ Južnič, 1993, str. 278.

¹¹ Petrič, 2014, str. 10.

novih držav na ozemlju, ki ga poseljujejo Tuaregi, slednji res imeli po letu 1951 možnost, da se sami odločijo?

Severna Afrika, natančneje območje juga Alžirije, Libije, severa Malija, Burkine Faso, Mavretanije in Nigra, se je od leta 2010 znašlo v politično zelo nepredvidljivem času. Libija se je leta 2010 s padcem Gadafijevega sistema znašla v državljanski vojni, ki traja še danes. Na severu Malija je nastala nova državna tvorba: tuareška država Azawad. Celotna regija je del divjanja različnih islamskih fundamentalističnih skupin, tihotapljenja ljudi, begunskih taborišč itd. Vse to je spremenilo politično podobo v državah Severne Afrike in posredno na območjih, kjer živijo Tuaregi, ki so v zadnjih petdesetih letih tudi sami bili vedno znova begunci in to na ozemlju, ki so ga od nekdanj poseljevali.

Navedeni problemi so nastajali dolgo časa in številni izhajajo iz same postavitve meja med državami, ki so jih določile evropske kolonialne velesile, spet pri drugih gre za nasprotja med različnimi etničnimi skupinami, ki jih je na tem območju zelo veliko. Dodamo lahko še vmešavanja v notranje zadeve držav s strani t. i. zahodnih držav oziroma držav, ki so tudi po padcu kolonializma obdržale glavno politično vlogo nad temi državami ter njihov boj za naravne vire v Sahari (od nafte, vode, v zadnjem času pa zlasti zlata in urana) in samo vlogo Varnostnega sveta OZN.

Pri preučevanju smo ugotovili, da večina (več kot dve tretjini) dosjejev, ki so bili obravnavani v Varnostnem svetu OZN, izhaja iz Afrike. Iz slednjega in osebnega poznavanja političnega prostora Severne Afrike lahko zatrdimo, da je žal ravno mednarodno pravo prostor, kjer nekdanje kolonialne velesile še vedno določajo svoje varnostne, politične in geografske interese, kar se je izkazalo tudi v primeru begunske in migrantske problematike. Sahara, območje, kjer živijo Tuaregi, je postalo namreč tranzitno ozemlje za migrante, begunce, tihotapce s človeškimi organi in drogami ter boj za zadnje pomembne strateške pozicije v Severni Afriki. Zato so Tuaregi v tem prostoru postali skupina, ki so jo izločili, saj nima istega etničnega izvora kot glavna politična skupina v državi, ki ima monopol nad vsemi vidiki političnega, družbenega ali gospodarskega življenja, kar se odraža tudi pri oblikovanju in nastanku ustav teh držav.¹²

Tuaregi so leta 2012 enostransko razglasili državo Azawad, kar zahtevajo že vse od kolonizacije na tem območju, saj so bile meje novih držav zarisane nepremišljeno, brez poznavanja terena in ljudi, ki so živeli na tem ozemlju. Z novimi mejami so tako kolonialisti razbili cele družine, katerih posledice so vidne še danes. Da so Evropejci zarisovali črte brez poznavanja terena, dokazujejo med drugim tudi besede Lorda Salisburyja, britanskega predsednika vlade, na angleško-francoskem zborovanju leta 1890: »/.../ Z zarisovanjem črt na zemljevidih, na katere noga belca ni nikoli stopila, drug drugemu smo oddajali gore, reke in jezera, toda oviralo nas je, da nismo nikoli natančno vedeli, kje te gore, reke in jezera so.«¹³ Ker so se tudi leta 2013 v konflikt vmešale druge neafriške države, zlasti Francija, se je zastavilo vprašanje: ali nastanek agresije oziroma vojne znotraj neke države (v tem primeru gre za sever

¹² Kellas, 1998, str. 65.

¹³ Gak, 2013, str. 21.

Malija) omogoča vojaške akcije drugih državah znotraj le-te, saj se lahko agresija izkaže kot predmet zlorabe za politične namene? Podobno se je izkazalo na primeru Iraka, Palestine itd.

»Demokratičnosti, če jo razumemo kot vladavino ljudstva, po ljudstvu in za ljudstvo, si ne moremo zamisliti brez zagotovljene pravice narodov do samoodločbe. Prav uresničena samoodločba je pogoj za uresničevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin, tako državljanskih in političnih kot ekonomskih, socialnih in kulturnih.«¹⁴ Tem besedam Petriča v celoti pritrjujemo. In kot dodaja Mahmoud Ag Aghaly: »Tuaregi smo danes brez osnovnih pravic. Svojega materinega jezika se ne moremo učiti v šolah, ampak ga lahko govorimo samo doma. V šoli se moramo arabizirati, učiti se arabsko in francosko, zato le redki Tuaregi zaključijo srednjo šolo in gredo na fakulteto. Poleg tega večina nima nobenih dokumentov ali pa so ti zelo nepopolni, saj so bili rojeni v puščavi in imajo mogoče na voljo samo letnico rojstva ali pa še te ne. Dobro plačanih služb ne dobimo, saj smo običajno zaposleni kot kuharji ali vratarji v vojski, delamo kot varnostniki v raznih arabskih firmah ali trgujemo s kamelami in ovcami. Šole so za naše otroke težko dosegljive, saj jih morajo starši poslati v mesto, da živijo pri kakšnem sorodniku, kar pa predstavlja za družino veliko finančno breme.«¹⁵

Združeni narodi so 2. aprila 2001 v svojem poročilu o multikulturalnosti v Afriki, katere konferenca je bila v Kidalu (Mali, 8.–13. 1. 2001) med drugim poudarili: »/.../ da je potrebno v Afriki zaščititi etično, versko in jezikovno identiteto.«¹⁶ To je od leta 1951 tudi zahteva Tuaregov. Hassan Id Balkassam je v imenu organizacije Association Nouvelle pour la Culture et des Arts Populaires (ANCAP–Tamaynut) iz Maroka dejal, »da je Alžirija prepoznala vlogo Amazirjev, njihovega jezika in kulture ter jih vključila v alžirsko ustavo leta 1996.«¹⁷ Nespoštovanje ostalih narodov, etičnih skupin, vodi namreč v številna nasilja znotraj samih zlasti etičnih skupin in dodatne spore, ki škodijo posredno tudi stabilnosti države same in posredno njene celotne regije. Tuaregi so namreč zaradi razdelitve med več držav, razbiti ne samo kot narod, ampak tudi kot družine. »Moj stric in celotna njegova velika družina živi v Agadezu v Nigru, teta z otroki v Ghatu v Libiji, jaz in moj oče z družino pa tukaj v Tamanrassetu, na jugu Alžirije,« pravi Mouhamed Touhami.¹⁸

Na konferenci v Kidalu leta 2001 je Saoudata Aboubacrine, predsednica tuareške organizacije Tin Hinan v Burkini Faso, poudarila, »da imajo Tuaregi skupno identiteto, ki se izraža skozi skupno kulturo, jezik, ozemlje in da je bilo to ozemlje izgubljeno v času kolonizacije in bilo kasneje razdeljeno med posamezne

¹⁴ Petrič, 1984, str. 11.

¹⁵ Delavec Touhami, 2019 (intervju z Mahmoudom Ag Aghalyem).

¹⁶ United Nations, Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/3, str. 3.

¹⁷ Ibid, str. 4.

¹⁸ Delavec Touhami, 2019 (intervju z Mouhamdom Touhamijem).

novo nastale države.«¹⁹ To poudarjajo tudi ostale tuareške organizacije, ki so nastale in opozarjajo na probleme Tuaregov, kateri izhajajo zlasti iz slabega poznavanja problemov Tuaregov v mednarodnem prostoru ali prepogostega posploševanja in prikazovanja Tuaregov v izrazito negativni podobi.

Na to je opozoril že Beckett,²⁰ ki je med drugim navedel, da kljub razlikam med domorodnimi ljudstvi obstajajo problemi, ki so skupni. Mednje sodi vprašanje preživetja, upiranje prevladi, željam po asimilaciji, vprašanje zagotovitve fizičnega in kulturnega prostora. Zemlja zanje ni le vir ekonomskega dohodka, ampak tudi prostor izražanja duhovne in zgodovinske povezanosti, kar je zelo izrazito tudi pri Tuaregih. Slednji namreč svoj prostor opisujejo kot tenere – in tenere ne pomeni samo puščave, pustega in praznega prostora, ampak gre za njihov duhovni svet, svet duš njihovih prednikov, njihove manifestacije in obstoja.

Aminatta Touhami, tuareška begunka iz Malija, je o odnosu do zemlje dejala: »Za nas Tuarege je tenere – puščava naša identiteta, naša neodvisnost, naša svoboda, naš ašak – ponos. Če smo brez nje, smo brez vsega. Če nam vzamete zemljo, nam vzamete naše korenine; v bistvu nas na tak način duhovno ubijete! Radi imamo druge kulture in jih spoštujemo, a ne jemljite nam tega, kar je del nas in nas določa.«²¹

4. Sodna praksa domorodnih ljudstev

Na osnovi preučevanih ustav držav severne Afrike nobena ne opisuje posebej pravic domorodnih ljudstev. Pri tem se strinjamo s Kamelom Rezagom Baro, predstavnikom African Commission on Human and Peoples' Rights, da je želja po prevladi nacionalne avtoritete znotraj države uničila tradicionalno, kar je povzročilo posredno odpor in spopade ter razkroj tudi znotraj lokalnih skupnosti. Zelo pomembno je namreč, da bi moral državni aparat upoštevati potrebe tradicionalnih oz. lokalnih kultur in ljudi, ki tvorijo celoto določene države. Tuaregi so bili v Maliju namreč že leta 1994 sicer priznani kot manjšina in tudi hkrati kot domorodni prebivalci, kar je poudaril tudi Khattali Mhamed Ag Mohamed Ahmed na konferenci v Kidalu 2001,²² vendar je bila vsaka njihova zahteva po notranji avtonomiji v vseh teh letih s strani vlad v Maliju zavrnjena.

Na že omenjeni konferenci je José Bengoa, predstavnik skupine Working Group on Minorities, poudaril, da so bili v času ruskega imperija in Avstro-Ogrske številni manjšine podvržene trpljenju zaradi

¹⁹ United Nations, Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/3, str. 6.

²⁰ Beckett, 2001, str. 5762.

²¹ Delavec Touhami, 2012 (intervju z Aminatto Touhami).

²² United Nations, Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/3, str. 7.

marginalizacije na račun njihove politične, ekonomske in socialne moči.²³ Prav tako je poudaril, da je Južna Amerika tista, ki je daleč največ naredila na področju domorodnih prebivalcev.²⁴

Z iskanjem vzrokov in dejstev, kdo so dejanski domorodni prebivalci Afrike, se je storilo na tak račun veliko napak, ki se jih ne da več povsem popraviti. Za mirno sobivanje vseh narodov ter spoštovanje človekovih pravic je zelo pomembno, da se upošteva in spoštuje pravice manjših in domorodnih prebivalcev, zato ni nenavadno, da je bilo prvo srečanje na temo domorodnih prebivalcev v Afriki šele leta 2000, in sicer v Maliju, v mestu Kidal.

Kamel Rezag-Bara je v okviru konference v Maliju 2001 zapisal, »da je Afriška komisija zainteresirana za obravnavo manjšin in vprašanj domorodnih prebivalcev v afriškem kontekstu«.²⁵ Predlagal je, da se morajo Združeni narodi tesno posvetovati z generalnim sekretariatom Organizacije afriške enotnosti, ki opozarja države na problematiko manjšin in domorodnega prebivalstva ter njihovih vprašanj v afriškem kontekstu.

Kot rezultat tega je bila sprejeta t. i. Kidalska deklaracija o domorodnih ljudstvih in manjšinah v Afriki 2001, kar je bil velik korak naprej. Udeleženci so obenem afriške vlade pozvali, naj: prepoznajo kulturno identiteto in obstoj domorodnih ljudstev in manjšinskih skupin v Afriki; boj proti diskriminaciji in marginalizaciji domorodnih ljudstev in manjšin na področjih, kot so izobraževanje, zdravje in razvoj, ter da se mora sprejeti posebne ukrepe za zaščito njihovih ekonomskih, socialnih in kulturnih pravic. Priznavali so, da so domorodna ljudstva in manjšine pogosto žrtve konfliktov v Afriki, raziskovati je potrebno vzroke medetničnih konfliktov in spodbujati dialog med domorodnimi ljudstvi in manjšinami ter vladami. Opozarjajo tudi, da je treba prepoznati težave, s katerimi se soočajo Tuaregi in spodbujate izvajanje Nacionalnega pakta, ki je bil sklenjen med vlado Republike Mali in Gibanjem za Azawad (*United Front of Azawad*) 11. aprila 1992.²⁶

Na temo domorodnih ljudstev je bila sprejeta sodna praksa, ki jo najdemo pod oznakami Corte Interamericana: IAC-2014-1-002 (27. 6. 2012); IAC-2008-1-004 (28. 11. 2007), IAC-2006-1-003 (26. 11. 2008) itd. Že pri ključnih analizah so se pokazale določene skupne točke, in sicer v IAC-2014-1-002

²³ Ibid, str. 11.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid, str. 12.

²⁶ Ibid, str. 15.

(27.6. 2012) 245 zasledimo²⁷ primer tožbe ljudstva Sarayaku proti Ekvadorju, v kateri je bilo določeno, da je pravica do kulturne identitete osnovna pravica in kolektivna narava domorodnih prebivalcev, zato bi morali biti spoštovani v multikulturni, pluralistični in demokratični skupnosti. To pomeni, da so države dolžne zagotoviti, da se z domorodnimi prebivalci ustrezno posvetujejo o zadevah, ki vplivajo ali bi lahko vplivale na njihovo kulturno in družbeno življenje, v skladu z njihovimi vrednotami, tradicijami, običaji in oblikami organizacije. Država mora zagotoviti učinkovita pravna sredstva za osebe, ki trdijo, da so žrtve kršitev človekovih pravic. Ta pravna sredstva morajo biti utemeljena v skladu s pravili pravnega postopka. Poleg tega je v zvezi z domorodnimi prebivalci bistveno, da države odobrijo učinkovito zaščito, ki upošteva posebne značilnosti domorodnih ljudstev, njihove gospodarske in socialne značilnosti, njihovo posebno ranljivost in njihovo običajno pravo, vrednote, prakse in običaje.

Podobno zasledimo tudi v odločbi Ustavnega sodišča Republike Čile (CHI-2015-3-010 24.12.2015 2552-2013) in Ustavnega sodišča Republike Peru (PER-2017-3-001 24. 9. 2012 1126-2011-HC/TC),²⁸ kjer je poudarjeno, da ima vsak, ki je domorodni prebivalec in dokaže svojo avtohtonost, pravice, ki mu izhajajo iz ustave in ne smejo biti kršene. V prvem primeru je tožeča stranka vložila tožbo, naj se toženi stranki izžene z zemlje, ki sta jo nezakonito zasedli. Toženi stranki sta trdili, da pripadata skupnosti domorodnih prebivalcev in da morajo zato veljati posebne določbe. Pritožnik je trdil, da so te določbe kršile načelo enakosti, saj je postopek, ki ga predvideva zakon domorodnega prebivalca, to omogočil osebam, ki pripadajo domorodnemu ljudstvu. Trdil je tudi, da se mu je zgodila kršitev pravice do poštenega sojenja, ker mu je bila odvzeta obramba, da bi ugotovila, ali je treba sporna zemljišča šteti za avtohtona zemljišča. Trdil je tudi, da je v skladu z zakonom nacionalna komisija za razvoj domorodnih prebivalcev odgovorna za to, da ugotovi, ali del zemljišča pripada domorodni skupnosti. Po mnenju tožeče stranke je ta odločitev sama po sebi zadostovala za utemeljitev prehoda iz civilnega postopka v postopek, ki ga predvideva pravo za domorodne prebivalce. Ustavno sodišče je navedene argumente zavrnilo in navedlo, da so bile izpodbijane zakonske določbe v tem primeru uporabljene v skladu z Ustavo.

V kratkem pregledu sodne prakse na temo domorodnih ljudstev (ang. *indigenous people/aboriginal*) smo ugotovili, da je tako Ustavno sodišče Indonezije, Vrhovno sodišče Kanade ter vrhovna sodišča

²⁷ V izvorniku: »The right to cultural identity is a fundamental right and a collective nature of the indigenous communities that should be respected in a multicultural, pluralistic, and democratic society. This means that States have an obligation to ensure that indigenous peoples are properly consulted on matters that affect or could affect their cultural and social life, in accordance with their values, traditions, customs, and forms of organisation.« Council of Europe, Venice Commission, Corte Interamericana, št. IAC-2014-1-002 27. 6. 2012 245, e-vir.

²⁸ Ibid.

Argentine, Finske, Norveške in Brazilije v primeru tožb proti domorodnim ljudstvom oz. na njihovo zahtevo po upoštevanju pravic, ki izhajajo za njih kot za domorodne prebivalce, odločilo v njihovo dobro ter pri tem poudarilo, da gre za zakonske določbe, ki so v skladu z ustavo države, v nobenem primeru pa se ne smejo kršiti osnovne človekove pravice.

Čeprav je domorodnih ljudstev na območju Afrike zelo veliko, tovrstnih sodnih praks, predvsem na območju Severne Afrike, kjer živijo Tuaregi, ni. Ker so Tuaregi, glede na zapisana zgodovinska dejstva, domorodni prebivalci Sahare, se je v procesu njihovega obstoja v zadnjih letih petdesetih letih pojavilo z njihove strani več zahtev do vlad držav, v katerih živijo, vendar so slednje to zavrnilo.

Kot poudarja Mouhamed Ag Aghaly: »Je bila zavrnjena možnost, da bi Tuaregi obdelovali lastno zemljo in še vedno z njo razpolagali. Nasprotno, zgodilo se je, da je država večino zemlje podarila Arabcem ali svetovnim korporacijam, ki so zemljo in njena naravna bogastva zgolj izkoriščali, medtem ko so bili Tuaregi prisiljeni zapustiti svoje ozemlje, se pod pogoji vlad držav prisiljeno naseliti v mesta ali preseliti na druga območja. Tako so začeli izgubljati tudi prostor, ki je bil tisočletja del njihove skupne identitete, prostor njihovih običajev.«²⁹ Tuaregi izhajajo danes iz tega, da je zaradi nastalega položaja ogrožena njihova identiteta, ogroženi se počutijo kot narod in se bojujejo za svoj obstoj. V času francoske kolonizacije so bili podvrženi sicer različnim pritiskom in kršitvam človekovih pravic, vendar so danes bolj kot kadarkoli prej izpostavljeni močni arabizaciji. Le-ta krati njihove osnove pravice, ki jim izhajajo iz ustave in poleg tega grobo posegajo v njihove človekove pravice.

Ker prihaja v državah, kjer živijo Tuaregi, vse od leta 1951 dalje do sistematičnih kršitev človekovih pravic, je le-to vodilo Tuarege do tega, da zahtevajo pravico do samoodločbe. Mouhamed Ag Aghaly pri tem poudarja: »V mednarodnem prostoru Tuaregi žal nimamo sogovornikov, ki bi znali prisluhniti našim predlogom. Na številnih mednarodnih konferencah, ki sem se jih udeležil kot eden izmed političnih predstavnikov tuareške države Azawad, vključno z OZN, so bile v ospredje vedno postavljene zahteve držav, v katerih živimo Tuaregi, in ne predlogi narodov, ki sobivamo skupaj znotraj teh držav. Zadnjih šestdeset let so namreč vsi naši predlogi, ki so bili podani v smeri federalne ureditve držav ali vsaj notranje avtonomije za Tuarege, grobo zatrti. Predstavniki države Azawad opažamo, da ste narodi na Zahodu izgubili svoj glas v mednarodnem prostoru in tako vodijo mednarodno politiko zgolj interesi političnih elit. Vse države, v katerih živimo, so že od vsega začetka velike nasprotnice pravici Tuaregov do samoodločbe in jo zatirajo na vse načine, ki jih imajo na voljo. Interes držav je torej pred interesom narodov?! Usoda nas Tuaregov je podobna usodi Kurdov. V obeh primerih imamo svoj jezik, pisavo, običaje, zgodovino, ozemlje itd. Svet danes ne upošteva več osnovnih človekovih pravic, ne upošteva več načinov, da bi s skupnim dialogom našli rešitve, ki bi bile v dobro vseh, ampak se vedno najdejo rešitve, ki so pisane na kožo tistim, ki imajo oblast in orožje, medtem ko smo se ostali prisiljeni boriti za svoj obstoj.«³⁰

²⁹ Delavec Touhami, 2019 (intervju z Mahmoudom Ag Aghalyem).

³⁰ Commission on Human Rights, United Nations, št. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/3, str. 6.

5. Sklep

Tuaregi so narod in imajo na osnovi tega pravico do samoodločbe tako kot ostali narodi. So domorodni prebivalci območja Sahare, ki ga imenujejo tenere. Mednarodno pravo določajo države, ki so seveda glavni akter v mednarodnih odnosih, vendar bodo slednje morale prisluhniti predlogom Tuaregov, da bodo skupaj našli možnosti rešitve nastalih problemov v regiji. Azawad je namreč mednarodno nepriznana država, ki je nastala na severu mednarodno priznane države Mali z enostransko razglasitvijo leta 2012, a jo Tuaregi v Libiji, Alžiriji, Maliju, Nigru in Burkini Faso priznavajo kot njihovo edino državo.

6. Literatura in viri

Samostojne publikacije

Claudot-Hawad, H. (1993). *La coutume absente, ou les métamorphoses contemporaines du politique chez les Tuareg*. Paris: Gallimard.

Delavec, Touhami M. (2014). *Taraut en tenere: Hči puščave*. Mače pri Preddvoru: KD Josipine Turnograjske.

Gak, N. (2013). *Načelo uti possidetis*. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta.

Grote, R. in Röder T. J. (2012). *Constitutionalism in islamic countries: between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press.

Južnič, S. (1993). *Identiteta*, Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.

Kellas, J. G. (1998). *The politics of nationalism and ethnicity*. Basingstoke, London: Macmillan Press.

Kristan, I. (1990). *Pravica do samoodločbe*. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, separat. Ljubljana: Pravna fakulteta.

Manning, P. (1998). *Francophone Sub-Saharan Africa 1880-1995*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Mavčič, A. (ur.) (2018). *Constitutional review systems around the world*. Lake Mary: Vandeplas.

Petrič, E. (1984). *Pravica do samoodločbe*. Maribor: Založba Obzorja.

United Nations, Commission on Human Rights, Report on the second workshop on multiculturalism in Africa: Peaceful and constructive group accommodation in situations involving minorities and indigenous peoples, Kidal, Mali 8.-13. 1. 2001, United Nations, Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/3.

Vikør, Knut, S. (1999). *The Oasis of Salt. The History of Kawar, a Saharan Centre of Salt Production*. Bergen: Centre for Middle Eastern and Islamic Studies.

Članki

Keenan, J. (2000). *The Father's Friend. Returning to the Tuareg as an elder*. *Anthropology Today*, Vol. 16, No. 4, str. 7–11.

Peters, K., Richards, P. (1998). »Why we fight«: Voices of Youth Combatants in Sierra Leone. *Afrika - Journal of Interantional African Institute*, Vol. 68/2, str. 183–210.

Spletni viri

Deklaracija OZN o pravicah staroselskih ljudstev, Windword studios, ZDA, 2006.
URL:[https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/07/PDF/N0651207.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/07/PDF/N0651207.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/07/PDF/N0651207.pdf?OpenElement), 25. 12. 2018.

Deklaracija o neodvisnosti Azawada, Mouvement National de liberation de l'Azawad, Mali, 2012.

URL:[https://www.webcitation.org/6BTul59wU?url=http://www.mnlamov.net/component/content/a](https://www.webcitation.org/6BTul59wU?url=http://www.mnlamov.net/component/content/article/169-declaration-dindependance-de-lazawad.html)
[rticle/169-declaration-dindependance-de-lazawad.html](https://www.webcitation.org/6BTul59wU?url=http://www.mnlamov.net/component/content/article/169-declaration-dindependance-de-lazawad.html), 25. 12. 2018.

Deklaracija o odpravi kolonializma, United Nations, 1960. URL:
<http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml>, 7. 5. 2019.

Memorandum on the implementation of the Agreement on Peace and Reconciliation in Mali emanating from the Algiers process, signed on 15 May and finalized on 20 June 2015 at Bamako - Situation in January 2018 (S/2018/58), Mali, 2015.

URL:<https://reliefweb.int/report/mali/memorandum-implementation-agreement-peace-and-reconciliation-mali-emanating-algiers>, 25. 4. 2019.

Intervjuji

Ag Aghalyem, Mouhamed, politični predstavnik tuareške države Azawad v Maliju (President of the political bureau; v okviru National Movement for Liberation of Azawad -MNA), član Komiteja za osvoboditev Azawada; Member of Executive Committee and Chairman of the Political Committee of the National Movement for the Liberation of Azawad (v tamašku: ⵜⴰⵎⴰⵙⴽⴰ ⵜⴰⵎⴰⵙⴽⴰ ⵜⴰⵎⴰⵙⴽⴰ ⵜⴰⵎⴰⵙⴽⴰ ⵜⴰⵎⴰⵙⴽⴰ ⵜⴰⵎⴰⵙⴽⴰ). Intervju je vodila Mira Delavec Touhami preko skypa in e-pošte v času od 20. 12. 2018 do 26. 5. 2019. Iz tamaška prevedla Abdelkader Touhami in Mira Delavec Touhami.

Touhami, Aminatta, tuareška begunka iz Malija. Intervju je vodila Mira Delavec Touhami 1. 11. 2018 v Ezzerzi, v Alžiriji. Iz tamaška prevedla Abdelkader Touhami in Mira Delavec.

Touhami, Mouhamed, Tuareg, zaposlen kot varnostnik v arabskem podjetju. Intervju je vodila Mira Delavec Touhami 8. 11. 2018 v Tamanrassetu, v Alžiriji. Iz tamaška prevedla Abdelkader Touhami in Mira Delavec Touhami.

RAZMERJE MED SODIŠČEM EVROPSKE UNIJE IN EVROPSKIM SODIŠČEM ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Suzana Pecin³¹

Povzetek: Varstvo človekovih pravic v Evropi je zagotovljeno v večstopenjskem sistemu, ki vzpostavlja kompleksno mrežo režimov človekovih pravic. Tako naj bi bil evropski pravni sistem človekovih pravic sestavljen iz nadnacionalnega in nacionalnega pravnega sistema. Na nadnacionalni ravni je zanimivo predvsem razmerje med Sodiščem Evropske unije in Evropskim sodiščem za človekove pravice. Tako se osredotočam na analizo sodne prakse obeh nadnacionalnih sodišč, katera kaže heterarhično naravo njunega razmerja, kar naj bi se odražalo skozi njuno medsebojno sodelovanje in vzajemni vpliv. Publikacija obravnava razvoj prava človekovih pravic v pravnem redu EU. Kratko obravnava tudi načelo avtonomnosti prava EU, ki ima za posledico avtonomno naravo človekovih pravic EU; tudi v razmerju do prava Sveta Evrope. Kljub ločenosti pravnega reda Evropske unije in pravnega reda Sveta Evrope, pa se Sodišče Evropske unije pri svojem delovanju še sklicuje na Evropsko konvencijo za človekove pravice in sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice. Publikacija kratko analizira tudi sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice, ki obravnava odnos do prava Evropske unije.

Ključne besede: pravo človekovih pravic, razmerje med Sodiščem Evropske unije in Evropskim sodiščem za človekove pravice, heterarhija, pravni režimi človekovih pravic v Evropski uniji in Evropi

Abstract: *The protection of human rights in the European Union is ensured by multilevel system that establishes a complex set of regimes of human rights. Thus, the European legal system of human rights consists of supranational and national legal system. On the supranational level the relationship between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights is particularly interesting. Therefore, I focus on the case law analysis of the two supranational courts, which is of heterarchical nature. The latter nature reflects through mutual cooperation and mutual influence between both supranational courts. The publication addresses the evolvement of human rights law in the EU legal order. It also briefly discusses the principle of the autonomy of the European Union law, which results in autonomous nature of human rights in the European Union; also in relation to law of the Council of Europe. Despite the separation of both legal regimes, the Court of Justice of the European Union still continues to refer to the European Convention on Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights. The publication also briefly analyses the case law of the European Court of Human Rights, which refers to question of the relationship of the law of the Council of Europe to the law of the European Union.*

³¹ Univerzitetni diplomirani pravnik (Univerza v Ljubljani), LL.M. (Univerza v Luksemburgu), doktorski študent ustavnega prava EU, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani; študent francistike in nemcistike, Filozofska fakulteta Univerze v Ljubljani. Pravnik analitik, Banka Slovenije, Služba za reševanje. Stališča avtorja v tem prispevku niso nujno tudi stališča organa, pri katerem je zaposlen.

Key words: law of human rights, relationship between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights, heterarchy, legal regimes of human rights in the European Union and Europe

Uvod

Evropska skupnost za premog in jeklo je želela vzpostaviti ekonomsko sodelovanje med državami članicami. Vendar se je njena narava skozi procese federalizacije, humanizacije in konstitucionalizacije močno spremenila, zato lahko Evropsko unijo (EU) danes opredelimo bolj natančno, kot zgolj z označbo, da je tvorba *sui generis*. Menim, da je EU nadnacionalna tvorba z izrazitimi federalnimi lastnostmi, v kateri sicer še ni v popolnosti izkoreninjena tudi njena konfederalna narava. Namreč vsebina ustanovne pogodbe EU, predvsem od sprejema Lizbonske pogodbe, predstavlja ustavo EU v materialnem pomenu, čeprav naj bi imele procesnopravno zgolj države članice pristojnost sprejemati oz. reratificirati nove različice ustanovne pogodbe, katere je tako mogoče označiti kot gospodarice pogodb (nem. *Herren der Verträge*). V okviru slednjega termina je treba EU razlagati kot tvorbo, ki v določenem oziru ostaja mednarodna organizacija. Tudi slednje dejstvo se bo morebiti spremenilo skozi uzakonitev večinskega odločanja in večjo vlogo posameznikov v postopku sprejema ustanovne pogodbe. Menim, da je bil ravno na tem področju dosežen razvoj, saj postajajo posamezniki, zaradi zagotovljenega varstva človekovih pravic, središče pravnega sistema EU. Tako je treba obravnavati vlogo posameznikov pri sprejemu oz. reratifikaciji ustanovne pogodbe EU, predvsem, ali je mogoče ugotoviti njihovo vlogo posredno, skozi predvideno vlogo držav članic. Menim, da je utemeljeno vzpostaviti pomembnost posameznikov v pravnem redu EU, ki tako predstavlja spremembo zadnjih konfederalnih elementov EU v nadnacionalno tvorbo, ki poseduje federalne lastnosti. Obstoječe pomanjkljivosti razlagam kot njene posebnosti, kar tvori EU kot tvorbo, ki si pridržuje zakonodajno pristojnost o pristojnosti (nem. *Kompetenz-Kompetenz*) skozi načela prevzetja, prenosa pristojnosti ter subsidiarnosti. Tako EU poseduje izključne, deljene in komplementarne pristojnosti; prav tako ima v prvem odstavku 352. člena Pogodbe o delovanju EU predvideno klavzulo fleksibilnosti. Načela prevzetja, prenosa pristojnosti in subsidiarnosti razlagam kot načela, ki zgolj razmejujejo pristojnosti med EU in njenimi državami članicami ter ne omejujejo njenega obsega ali odrekajo veljavnosti EU. Še več, menim, da se je pravni red EU institucionalno, strukturno in funkcionalno ter vsebinsko razvil v avtonomen pravni okvir, ki je ločen od mednarodnega in nacionalnega pravnega reda. Avtonomnost se je posledično izrazila v zgoraj omenjenih razvojnih procesih federalizacije, humanizacije in konstitucionalizacije. Menim, da je predvsem pomemben proces humanizacije, ki nudi varstvo človekovih pravic, zato v tej publikaciji obravnavam razmerje med pravom človekovih pravic EU, kot jih zagotavlja Sodišče EU, ter pravom Sveta Evrope, v okviru katerega zagotavlja varstvo Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP).

Menim, da je varstvo človekovih pravic v Evropi zagotovljeno v večstopenjskem sistemu, ki vzpostavlja kompleksno mrežo režimov človekovih pravic.³² Tako naj bi bil evropski pravni sistem sestavljen iz

³² Tzanakopoulos, 2012, str. 185–215.

nadnacionalnega in nacionalnega pravnega sistema.³³ Vendar je treba poudariti, da je Sodišče EU podalo negativno mnenje, ko je ocenjevalo skladnost osnutka o pristopu EU k EKČP z ustanovno pogodbo, zato se zdi, da ne obstaja vrhovne oblasti, ki bi imela pristojnost odločati o veljavnosti pravnih aktov drugega pravnega reda. Morebitna neskladja sodišča rešujejo skozi pripoznanje avtonomije in nadrejenosti svojega pravnega sistema³⁴ ter zagotavljajo medsebojno sodelovanje in vzajemni vpliv med različnimi sistemi.³⁵ Pravni sistem EU in konvencijski sistem sta povezana preko nacionalnih pravnih sistemov, zato je treba ne glede na prihodnost vprašanja o pristopu EU k EKČP, ugotoviti, da so, čeprav EU ni pogodbenica EKČP, vse države članice EU pogodbenice EKČP, in, še več, skupna ustavna tradicija držav članic EU predstavlja podlago za človekove pravice, ki tvorijo splošna pravna načela prava EU. Ta prispevek tako obravnava hipotezo, da sta Sodišče EU in ESČP v heterarhičnem razmerju.

Z uporabo dogmatične metode in metode analize vsebine sekundarnega gradiva obravnavam predvsem sodno prakso Sodišča EU, kratko tudi ESČP. Sprva se osredotočim na razvoj človekovih pravic v pravnem redu EU ter ocenim morebitna neskladja med pravnim redom človekovih pravic EU ter pravnim redom Sveta Evrope. Publikacija je namenjena predvsem obravnavi sodne prakse obeh nadnacionalnih sodišč, ki kaže naravo njunega razmerja ter v tem okviru razmerje med pravnima redoma, katere varujeta.³⁶ V nadaljevanju ugotavljam, ali je mogoče razmerje med sodiščema oceniti kot heterarhično, kar naj bi se odražalo skozi njuno medsebojno sodelovanje in vzajemni vpliv. Prav tako obravnavam verjeten razvoj tega razmerja v prihodnosti, upoštevajoč tudi pristojnost ESČP, ki lahko na podlagi izdaje svetovalnega mnenja, zahtevanega s strani nacionalnih sodišč, morebiti celo razlaga pravo EU. V tej publikaciji ne obravnavam razmerja med Sodiščem EU ter ustavnimi in drugimi najvišjimi nacionalnimi sodišči, ki imajo pristojnost izvajati ustavnosodni nadzor predpisov narave, niti odnosa med ESČP in ustavnimi in drugimi najvišjimi nacionalnimi sodišči, ki imajo pristojnost izvajati ustavnosodni nadzor predpisov.

Razvoj prava človekovih pravic v EU

Ustanovna pogodba ESPJ ni vsebovala kataloga človekovih pravic, saj prvotni namen te skupnosti ni bil varovanje človekovih pravic.³⁷ V pristojnosti institucij in organov ESPJ, med drugim tudi Sodišča ESPJ, je bilo učinkovito zagotavljanje evropske integracije.³⁸ Kljub odsotnosti pravne podlage za varstvo človekovih pravic v ustanovni pogodbi je imelo Sodišče ESPJ pri razvoju prava človekovih pravic ključno vlogo.³⁹ Tako je leta 1959 je Sodišče EGS v zadevi *Stork*⁴⁰ odločalo o ničnostni tožbi zoper Odločbo

³³ Keller, Sweet, 2012, str. 3.

³⁴ Eeckhout, 2013, str. 173.

³⁵ Huomo-Kettunen, 2013, str. 47–65.

³⁶ Menim, da narave Sodišča EU ni mogoče v popolnosti enačiti z ESČP, saj je prvo del institucionalnega ogrodja EU, ki je bolj kompleksno in močnejše posega v pristojnosti držav članic.

³⁷ Weiler, 1986, str. 1110–1113.

³⁸ Trstenjak, Brkan, 2012, str. 72. V času ustanovitve Sodišča ESPJ in ESČP ni bilo mogoče predvidevati, da se bodo njune pristojnosti kdaj križale. Več v Scheeck, 2005, str. 843.

³⁹ Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti za premog in jeklo, podpisana 18. aprila 1951 v Parizu. Veljati je začela 23. julija 1952, prenehala pa 50 let pozneje, 23. julija 2002. Claes, 2006, str. 418.

⁴⁰ Sodba z dne 4. februarja 1959, *Stork*, C-1/58.

Visoke oblasti,⁴¹ ki po mnenju pritožnika ni upoštevala določb nemškega prava o človekovih pravicah, zaradi česar bi morala biti razveljavljena. Sodišče je zapisalo, da je Visoka oblast na podlagi 8. člena Pogodbe o ustanovitvi ESPJ pri odločanju dolžna uporabiti zgolj pravo Skupnosti in ne nacionalnega prava držav članic. Nadaljevalo je, da iz 31. člena ustanovne pogodbe prav tako izhaja, da je Sodišče dolžno zagotoviti, da je pri uporabi in razlagi določb upoštevano pravo Skupnosti, vendar v konkretnih zadevah ni dolžno soditi na podlagi nacionalnega prava ustavne kategorije. To stališče je Sodišče Skupnosti ohranilo tudi v poznejši sodni praksi⁴² in opozorilo, da pri odločanju ne more niti razlagati niti uporabiti določbe nemškega Temeljnega zakona (nem. *Grundgesetz*), ko bo preizkušalo pravilnost odločitve Visoke oblasti,⁴³ ter odločilo, da skupnostno pravo, kot izhaja iz ustanovne pogodbe, ne vsebuje nobenega splošnega načela, izrecno ali kako drugače, ki bi zagotavljalo varstvo človekovih pravic.⁴⁴ V tem obdobju je bil primaren poudarek na oblikovanju skupnega trga.⁴⁵

Leta 1969 je Sodišče vidno odstopilo od svoje dotedanje sodne prakse v zadevi *Stauder*,⁴⁶ ko je Upravno sodišče v Stuttgartu (nem. *Verwaltungsgericht Stuttgart*) vprašalo, ali je 4. člen Odločbe Komisije št. 69/71/EGS o prodaji masla po znižani ceni,⁴⁷ ki zapoveduje, da je treba na kuponih natančno navesti imena upravičencev, ki spadajo v posamezno socialno shemo, pri čemer je podatek razkrit tudi trgovcem na drobno, skladen s splošnimi načeli skupnostnega prava. Sodišče EGS je v omenjeni zadevi reklo, da poimenska identifikacija upravičencev ni zahtevana z Odločbo Komisije ter odločilo, da mora biti sporna določba razlagana tako, da ne zahteva, vendar take identifikacije tudi ne prepoveduje.⁴⁸ Vsaka članica Skupnosti ima pravico izbirati med številnimi načini, s katerimi je možno kupon povezati s konkretno osebo. Nadalje je Sodišče reklo, da pravna razlaga sporne določbe ne ogroža temeljnih oz. človekovih pravic,⁴⁹ ki so del splošnih načel prava Skupnosti in katerih varstvo zagotavlja samo.⁵⁰ Kljub odločitvi, da v konkretnem primeru niso bile kršene človekove pravice, jih je Sodišče v tej zadevi prvič opredelilo za splošna načela prava Skupnosti.

Leta 1970 je Sodišče EGS v zadevi *Internationale Handelsgesellschaft*⁵¹ odgovorilo na vprašanje za predhodno odločanje Upravnega sodišča v Frankfurtu na Majni (nem. *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main*) glede veljavnosti točke 3 prvega odstavka 12. člena Uredbe Sveta št. 120/67/EGS o skupni

⁴¹ Odločba Visoke oblasti št. 5 do 7/56, 10 do 12/57, 16 do 18/57, UL 13. marec 1956, str. 29–56.

⁴² Sodba z dne 15. julija 1960, *Geitling*, C-36/59, C-37/59, C-38/59 in C-40/59; sodba z dne 1. aprila 1965, *Marcello Sgarlata*, C-40/64.

⁴³ Zadeva *Geitling*, str. 438.

⁴⁴ Prav tam, str. 439.

⁴⁵ Dausies, 1985, str. 399.

⁴⁶ Sodba z dne 12. novembra 1969, *Stauder*, C-29/69.

⁴⁷ Odločba Komisije ES št. 69/71/EGS z dne 12. februarja 1969 o prodaji masla po znižani ceni prejemnikom določenih socialnih pomoči, UL 1969 L 52/9.

⁴⁸ Zadeva *Stauder*, točka 6.

⁴⁹ Sodišče jih sicer imenuje temeljne pravice. Prav tako del primarnega prava tvori Listina EU o temeljnih pravicah. Tako opozorim, da poznam poimenovanje kot se uporablja v pravu EU, vendar sama uporabljam poimenovanje človekove pravice v izogib morebitni nejasnosti.

⁵⁰ Zadeva *Stauder*, točka 7.

⁵¹ Sodba z dne 17. decembra 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70.

ureditvi trga za žito⁵² in o veljavnosti 9. člena Uredbe Komisije št. 473/67/EGS z dne 21. avgusta 1967 o uvoznih in izvoznih dovoljenjih,⁵³ ki sta vzpostavljala sistem varščine za pridobitev dovoljenj za uvoz in izvoz. Predložitveno sodišče je menilo, da takraten sistem varščine posega v ustavno zagotovljene pravice, kot so določene v nemškem Temeljnem zakonu. Sodišče EGS je odločilo, da bi uporaba pravil ali temeljnih načel nacionalnega prava pri odločanju o veljavnosti aktov institucij Skupnosti lahko imela negativen učinek na enotnost in učinkovitost skupnostnega prava, zato je treba veljavnost teh pravnih aktov presojati glede na skupnostno pravo in ne tudi glede na nacionalno pravo.⁵⁴ Tako je bilo nacionalnim sodiščem prepovedano presojati veljavnost prava Skupnosti ter uveljavljeno absolutno načelo nadrejenosti in primarnosti prava Skupnosti, ki naj velja tudi nad nacionalnim ustavnim.⁵⁵ Sodišče je ponovilo, da varuje človekove pravice, ki so sestavni del splošnih pravnih načel ES, ta pa so utemeljena na skupnem ustavnem izročilu članic, ki mora biti skladno s strukturo in cilji Skupnosti.⁵⁶

Sodišče Skupnosti je v zadevi *Nold II*⁵⁷ odločalo o Odločbi Komisije o odobritvi trgovskih pravil družbi Ruhrkohle,⁵⁸ ki je vplivala tudi na gospodarsko družbo Nold. Tožeča stranka je v zadevi med drugim trdila, da trgovinska pravila posegajo v njeno pravico, ki se lahko enači z lastninsko pravico in tudi pravico do svobodnega opravljanja poklica.⁵⁹ Sodišče je odločilo, da sta ti pravici varovani v nemškem Temeljnem zakonu, ustavah drugih držav članic in tudi različnih mednarodnih pogodbah ter EKČP.⁶⁰

Nadalje je reklo, da navodila⁶¹ za varovanje človekovih pravic, ki jih je treba uporabiti v okviru prava Skupnosti, vsebujejo tudi mednarodne pogodbe s področja varstva človekovih pravic, pri katerih so države članice sodelovale ali pa k njim pristopile,⁶² ter zapisalo, da ustavni red vseh držav članic varuje lastninsko pravico in zagotavlja svobodo dela, trgovanja in drugih poklicnih dejavnosti, vendar te pravice ne uživajo absolutne varnosti.⁶³ Zato je preizkusilo utemeljenost zahtevka ter ugotovilo, da je

⁵² Uredbe Sveta št. 120/67/EGS z dne 13. junija 1967 o skupni ureditvi trga za žito, UL 1967 L 122/1.

⁵³ Uredbe Komisije št. 473/67/EGS z dne 21. avgusta 1967 o uvoznih in izvoznih dovoljenjih, UL 1967 L 204/16.

⁵⁴ Zadeva *Internationale Handelsgesellschaft*, točka 3.

⁵⁵ Claes, 2006, str. 8.

⁵⁶ Zadeva *Internationale Handelsgesellschaft*, točka 4.

⁵⁷ Sodba z dne 14. maja 1974, *Nold*, C-4/73. O zadevi pišeta tudi Edeson, Wooldridge, 1976, str. 24–32.

⁵⁸ Odločba Komisije z dne 21. decembra 1972 o odobritvi novih trgovskih pravil družbi Ruhrkohle AG, UL 1973 L 120/14.

⁵⁹ Zadeva *Nold*, točka 12.

⁶⁰ Prav tam. Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11, Uradni list RS – MP, št. 7/94.

⁶¹ V zadevi *Nold*, točka 13 je Sodišče ES zapisalo, da *navdih* in *navodila* pri odločanju Sodišče ES črpa v skupnih ustavnih izročilih, vendar de Witte (1999, str. 878) pravi, da Sodišče ES ne ugotavlja, kaj konkretno je del skupnih ustavnih izročil. Še več, pri svojem odločanju se ne sklicuje na odločitve ustavnih sodišč.

⁶² Zadeva *Nold*, točka 13.

⁶³ Prav tam, točka 14.

treba navedbe v tožbi zavreči.⁶⁴ V omenjeni zadevi se je Sodišče Skupnosti prvič *expressis verbis* sklicevalo na EKČP in reklo, da sta tako lastninska pravica kot tudi pravica do svobodnega opravljanja poklica zapisani v Temeljnem zakonu, ustavah drugih članic in tudi v mednarodnih pogodbah, kot je tudi EKČP.

Tendenca sodne prakse Sodišča ES, ki je zagotavljala varstvo človekovih pravic EU, se je izrazila tudi v členu F Maastrichtske pogodbe, ki je začela veljati 1993.⁶⁵ Ta člen je, skladno s sodno prakso Sodišča ES, določal, da so človekove pravice, kot jih zagotavlja EKČP in kot izhajajo iz ustavnega izročila, skupnega državam članicam, kot splošna načela del prava Skupnosti. Danes omenjeno določbo najdemo v tretjem odstavku 6. člena Pogodbe EU. Tako se je Sodišče pogosto sklicevalo na EKČP, ko je razsojalo o vprašanih človekovih pravic, ter priznavalo pomembnost prava Sveta Evrope, katero je praviloma razlagalo kot posebjena splošna pravna načela, ki izvirajo kot EKČP.⁶⁶ Posebna pomembnost, pripisana EKČP znotraj prava EU, je nudila Sodišču EU utemeljeno podlago, da je redno in dosledno razlagalo svoje sodbe tako, da se je pri tem sklicevalo tudi na EKČP in sodno prakso ESČP,⁶⁷ kar je vodilo v morebiten pristop EU k EKČP, kot je še danes predvideno v drugem odstavku 6. člena Pogodbe EU. Kljub temu EU ni nikoli pristopila k EKČP, ker je Sodišče dvakrat ocenilo, da osnutek o pristopu EU k EKČP ni skladen z ustanovno pogodbo EU, zaradi posebnosti prava EU.⁶⁸ Med drugim je Sodišče še posebej opozorilo na problematiko pristojnosti ESČP razlagati in odločati o veljavi prava EU, ko bi ga v postopku izdaje svetovalnega mnenja vprašalo glede razlage in uporabe pravic in svoboščin EKČP nacionalno sodišče, kot je to predvideno v Protokolu št. 16 k EKČP, čeprav je to izključna pristojnost Sodišča ES.

Sodišče Skupnosti je v zadevi *Schmidberger* šlo še dlje, ko je ugotavljalo, ali je dajanje prednosti spoštovanju človekovih pravic dopusten cilj, s katerim je mogoče opravičiti izjemo od ekonomskih

⁶⁴ Prav tam, točka 16.

⁶⁵ Pogodba o Evropski uniji, UL 1992 C 191/01, str. 98, podpisana 7. februarja 1992 v Maastrichtu. Veljati je začela 1. novembra 1993. Pogodba je vzpostavila tristebno strukturo, ki skupaj predstavlja EU. Današnji 6. člen Pogodbe EU.

⁶⁶ Sodba Sodišča z dne 22. septembra 1998, *Belinda Jane Coote proti Granada Hospitality Ltd*, C-185/97, točke 21–23; sodba Sodišča z dne 20. maja 2003, *Rechnungshof proti Österreichischer Rundfunk in drugi in Christa Neukomm in Joseph Lauermann proti Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, C-138/01 in C-139/01.

⁶⁷ Mnenje z dne 18. decembra 2014, Mnenje 2/13, točka 33; sodba Sodišča z dne 29. maja 1997, *Friedrich Kremzow proti Republik Österreich*, C-299/95, točka 14.

⁶⁸ Mnenje z dne 18. decembra 2014, Mnenje 2/13.

svoboščin, zagotovljenih s skupnostnim pravom.⁶⁹ Presojalo je, ali je podjetje Schmidberger upravičeno do odškodnine za škodo, ki jo je utrpelo zaradi zaprtja avtoceste Brenner, ko so okoljevarstveniki zborovali zaradi skrbi za alpsko okolje. Tako je Sodišče tehtalo med pravico do svobodnega izražanja in zbiranja ter prostim pretokom blaga, pri čemer ju je razlagalo kot hierarhično enaki. Poudarilo je, da imajo pri presoji izdaje dovoljenja nacionalni organi široko polje proste presoje, ter zapisalo, da je zagotavljanje varstva človekovih pravic opravičljiv cilj za omejitev dometa ekonomskih svoboščin prava ES, če zadostuje naravi sorazmernostnega ukrepa.

Tako utemeljeno ugotavljam, da je Sodišče EU s svojo sodno prakso močno pripomoglo k evropski integraciji, tako da je v času nejasnih političnih odločitev nakazalo EU pot večje povezanosti ter skrbelo za razvoj procesov federalizacije, humanizacije in konstitucionalizacije EU. Slednji integracijski procesi so med drugim vodili tudi v sprejem Lizbonske pogodbe, del katere je tudi Listina EU o temeljnih pravicah, kot del zavezujočega primarnega prava EU.⁷⁰ Listina EU o temeljnih pravicah predstavlja temeljni dokument, ki zagotavlja varstvo človekovih pravic v EU, primerljiv z najbolj kompleksnimi nacionalnimi ustavami in drugimi mednarodnimi pogodbami, ki varujejo človekove pravice. Menim, da je ta dosežek predvsem posledica pomembnega in občasno aktivističnega delovanja Sodišča EU. Tudi danes Sodišče EU opozarja na pomembnost Listine EU o temeljnih pravicah. Pravnoformalno predstavlja Listina EU o temeljnih pravicah pravno podlago, na podlagi katere Sodišče EU zagotavlja varstvo človekovih pravic, vendar pri tem lahko, ni pa zavezano, uporabi tudi pravo Sveta Evrope.

Nedavna sodna praksa Sodišča EU pa kaže, da proces humanizacije še ni zaključen. Namreč postavilo se je vprašanje o določbah Listine EU o temeljnih pravicah, ki naj bi imele naravo neposrednega učinka, vendar ni bilo jasno, ali ta velja tudi v razmerju med zasebnima subjektoma. Načeloma drži, da je mogoče pravicam, ki izhajajo iz primarnega prava EU, pripisati naravo neposrednega učinka.⁷¹ Vprašljivo je, ali je mogoče enako ugotoviti o naravi človekovih pravic, kot izhajajo iz Listine EU o temeljnih pravicah. Namreč prvi odstavek 51. člena Listine predvideva, da se ta uporablja zgolj za institucije, organe, urade in agencije EU ob spoštovanju načela subsidiarnosti, in za države članice, ko te izvajajo pravo EU. Subjektov zasebnega prava Listina EU o temeljnih pravicah ne omenja *expressis verbis*, kar praviloma pomeni, da ni jasno, ali je mogoče njene določbe uporabiti tudi v zasebnopravnih razmerjih.

⁶⁹ Sodba z dne 12. junija 2003, *Schmidberger*, C-112/00.

⁷⁰ Pogodba o Evropski uniji, UL C 306, podpisana 17. decembra 2007 v Lizboni. Veljati je začela 1. decembra 2009.

⁷¹ Sodišče EGS je odločilo, da ima načelo enakega plačila moških in žensk za enako delo horizontalni neposredni učinek v sodbi z dne 15. junij 1978, *Defrenne*, C-149/77.

Tako je Sodišče EU v zadevi *Egenberger*, ko je razlagalo drugi odstavek 4. člena Direktive 2000/78 z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu⁷² v povezavi z 9. členom, 10. členom in 47. členom Listine EU o temeljnih pravicah, odločilo o sporu med gospo Egenberger in Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung, ko je zoper slednje naperila odškodninski zahtevek, ker je menila, da je bila v postopku zaposlovanja diskriminirana na podlagi vere.⁷³ Sodišče EU je razsodilo, da je prepoved vsake diskriminacije zaradi vere ali prepričanja, določena v prvem odstavku 21. člena Listine EU o temeljnih pravicah, kot splošno načelo prava EU, zavezujoče narave. Po svoji naravi se načeloma ne razlikuje od drugih določb ustanovne pogodbe EU, ki prepovedujejo diskriminacijo iz drugih razlogov. Tako mora nacionalno sodišče, ki odloča v sporu med posameznikom, če nacionalnega prava ne more razlagati skladno z drugim odstavkom 4. člena predmetne direktive, v okviru svojih pristojnosti zagotoviti sodno varstvo, kot za pravne subjekte izhaja iz 21. člena in 47. člena Listine EU o temeljnih pravicah. Tako naj zagotovi polni učinek teh členov, čeprav ima to za posledico, da po potrebi ne uporabi določbe nacionalnega prava.

Sodišče EU je v združenih zadevah *Bauer* odločalo o sporu med nemškim mestom Wuppertal in gospo Bauer ter med Volkerjem Willmerothom kot lastnikom družbe Technische Wartung in gospo Broßonn.⁷⁴ Namreč mesto Wuppertal in Willmeroth kot nekdanja delodajalca pokojnih zakoncev Bauer in Broßonn sta zavrnila plačilo denarnega nadomestila za plačani letni dopust, ki ga njuna zakonca pred smrtjo nista izrabila. Sodišče EU je opredelilo, da pravica do plačanega letnega dopusta, ki je temeljno načelo socialnega prava EU, izhaja iz 7. člena Direktive 93/104 Sveta z dne 23. novembra 1993 o določenih vidikih organizacije delovnega časa⁷⁵ in 7. člena Direktive 2003/88 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa,⁷⁶ ter je kot človekova pravica določena v drugem odstavku 31. člena Listine EU o temeljnih pravicah. Sestavljena je iz pravice do letnega dopusta in pravice do plačila ter posledično pravice do denarnega nadomestila za letni dopust, če ta ob prenehanju razmerja ni bil izrabljen, ko je to prenehalo zaradi smrti delavca.

Narava pravice do plačanega letnega dopusta ima posledico, da države članice ne smejo sprejeti zakonodaje, ki bi povzročila, da se temu delavcu retroaktivno odvzame pravica do plačanega letnega

⁷² Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, UL L 303, str. 16–22.

⁷³ Sodba Sodišča z dne 17. aprila 2018, *Vera Egenberger*, C-414/16.

⁷⁴ Sodba Sodišča z dne 6. novembra 2018, *Bauer*, C-569/16.

⁷⁵ Direktiva 93/104 Sveta z dne 23. novembra 1993 o določenih vidikih organizacije delovnega časa, UL L 307, str. 18-24.

⁷⁶ Direktiva 2003/88 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa, UL L 299, str. 9-19.

dopusta, ki jo je pridobil pred smrtjo, in torej njegovim pravnim naslednikom pravico do denarnega nadomestila, ki to pravico nadomesti. Sodišče EU je sprva ugotovilo, da ima pravica do plačanega letnega dopusta, kot je opredeljena v Direktivi 2003/88, naravo neposrednega učinka, vendar se posamezniki lahko na to pravico sklicujejo zgolj zoper državo članico in njene upravne organe, tudi decentralizirane. Nato pa je nadaljevalo, da je ta pravica, kot je zagotovljena tudi v Listini EU o temeljnih pravicah, priznana vsem delavcem in je zavezujoče ter nepogojne narave, zato je ni treba dodatno konkretizirati z določbami prava EU ali nacionalnega prava. Sodišče EU je razsodilo, da predmetna določba Listine *per se* zadošča, da je delavcem podeljena pravica, na katero se lahko sklicuje v okviru spora z drugim posameznikom. Namreč nacionalno sodišče ima dolžnost zagotoviti njen polni učinek, tako da po potrebi ne uporabi nacionalne zakonodaje, če ji ta nasprotuje, kot to izhaja iz načela nadrejenosti oz. primarnosti prava EU.

Avtonomna narava prava človekovih pravic EU

Avtonomna narava pravnega reda EU predstavlja njegovo ločenost tako v razmerju do mednarodnega prava, kakor tudi v razmerju do nacionalnega prava. Ker se prispevek osredotoča na razmerje med pravom EU in pravom Sveta Evrope, je treba načelo avtonomnosti obravnavati zgolj v razmerju med pravom EU in mednarodnim pravom, pri čemer kot del slednjega razlagam tudi pravo Sveta Evrope. Menim, da je pravni red EU samozadosten pravni red EU, ki je ločen od mednarodnega prava. Namreč Sodišče EGS je v svoji sodni praksi sprva opozarjalo, da je pravo Skupnosti poseben pravni red, ločen od mednarodnega, in nato pričelo razvijati lastnosti, katere je mogoče kvalificirati kot državotvorne. Te so vodile v federalizacijo, humanizacijo ter konstitucionalizacijo EU, kar ima za posledico avtonomno naravo današnjega pravnega reda EU. Avtonomnost pravnega reda EU pa ne preprečuje medsebojnega vpliva, ki obstaja med nacionalnim pravnim redom, pravnim redom EU in mednarodnim pravnim redom.⁷⁷ Tako na pravo EU vplivajo nacionalna sodišča, katerim je zaupana njegova uporaba.⁷⁸

Sodišče EGS je že z zadevo *Van Gend en Loos* vzpostavilo, da so ustanovne pogodbe več kot zgolj mednarodni sporazum, ki praviloma vzpostavlja zgolj obojestranske obveznosti držav pogodbenic. Zapisalo je, da je »Skupnost nov pravni red mednarodnega prava, v korist katerega so države članice omejile, čeprav na omejenih področjih, svoje suverene pravice in katerega subjekti so ne le države članice, ampak tudi njihovi državljani«. ⁷⁹ Tako je že davnega leta 1963 Sodišče opozorilo na pomemben

⁷⁷ Več o medsebojnem vplivu med pravnimi redi na nacionalni ravni, ravni EU in mednarodni ravni v Ilešič, 2011, str. 1510–1525.

⁷⁸ Lenaerts et al., 2011, str. 524.

⁷⁹ Sodba Sodišča z dne 5. februarja 1963, *Van Gend en Loos proti Netherlands Inland Revenue Administration*, C-26/62.

položaj posameznikov v skupnostnem pravnem redu, katere je kasneje celo poimenovalo državljani EU.

Sodišče ES je na podlagi avtonomne narave prava EU pripisalo avtonomnost tudi pravu človekovih pravic EU. V zadevi *Kadi* je odločilo, ali Uredba 881/2002 o nekaterih posebnih omejevalnih ukrepih za nekatere osebe in subjekte, povezane z mrežo Al-Kaida,⁸⁰ ki je v pravni red ES prenašala resolucije Varnostnega sveta, kot so bile sprejete na podlagi VII. poglavja Ustanovne listine Združenih narodov (UL ZN), krši temeljne pravice, varovane v pravu ES.⁸¹ V omenjeni zadevi sta se pritožnika Kadi in Al Baarakat International Foundation sklicevala na pravico do zaslišanja, pravico do spoštovanja lastnine, načelo sorazmernosti in pravico do učinkovitega sodnega nadzora. Sodišče ES je odločilo, da izvajanje resolucije, kljub načelom mednarodnega pravnega reda ZN, ne izključuje sodnega nadzora uredbe glede na temeljne pravice Skupnosti. Namreč mednarodni sporazumi ne morejo ogroziti ureditve pristojnosti, kot jih določa ustanovna pogodba ES, in neodvisnost pravnega sistema ES, katerega spoštovanje zagotavlja v okviru svoje izključne pristojnosti Sodišče.

Poudarilo je, da je izvajanje nadzora Sodišča ES nad veljavnostjo aktov Skupnosti ob upoštevanju temeljnih pravic izraz ustavnega jamstva, ki izhaja iz Pogodbe ES, kot avtonomnega pravnega sistema.⁸² Sodišča Skupnosti so dolžna, glede na temeljne pravice zagotovljene v pravu ES, zagotoviti popoln nadzor zakonitosti tudi nad akti ES, katerih namen je izvajanje resolucij Varnostnega sveta, sprejetih na podlagi VII. poglavja UL ZN. Uredbo je razglasilo za nično v delu, v katerem se je nanašala na pritožbeni stranki, saj je menilo, da so jim bile kršene človekove pravice.⁸³ Menim, da ima načelo avtonomnosti prava ES za posledico avtonomno naravo človekovih pravic v pravu EU. Z namenom zagotoviti uporabo prava ES ter njegovo enotnost in učinkovitost je Sodišče zavzelo položaj varuha človekovih pravic ter jih dosledno varovalo, neodvisno od tega, ali je njihovo veljavnost poskušala okrniti določba nacionalnega ali mednarodnega prava, ter tako zagotavljalo njihovo avtonomnost.

Sodna praksa Sodišča o razmerju med pravom Evropske unije in pravom Sveta Evrope

V zadnjih dveh desetletjih je bilo vprašanje skladnosti pristopa ES k EKČP s primarnim pravom ES preizkušano dvakrat. Prvič je o tem Sodišče ES odločalo leta 1994.⁸⁴ Svet ES je v obravnavo predložil

⁸⁰ Uredba Sveta št. 881/2002 z dne 27. maja 2002 o posebnih omejevalnih ukrepih za nekatere osebe in subjekte, povezane z mrežo Al-Kaida, UL L 139, str. 9.

⁸¹ Sodba z dne 3. septembra 2008, *Yassin Abdullah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu Evropske unije in Komisija Evropskih skupnosti (Kadi I)*, C-402/05 P in C-415/05 P.

⁸² Prav tam, točka 316.

⁸³ Več o dogajanju po zaključeni zadevi *Kadi I* v Feinäugle, 2014, točke 24–31. Sodišče je odločalo v novi sodbi z dne 18. julija 2013, *Evropska komisija in drugi proti Yassinu Abdullahu Kadiju (Kadi II)*, C-584/10, C-593/10 in C-595/10.

⁸⁴ O zadevi piše Gragl, 2013, str. 79–81. Krajši komentar o *Mnenju* Sodišča v Weiler in Fries, 1999, str. 159–160. Avtorja zapišeta, da bi Sodišče v luči dotedanje sodne prakse o 235. členu Pogodbe ES (sodba z dne 30. maja 1989, *Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes*, C-242/87)

predlog Sodišču, ki je na podlagi 6. odstavka 228. člena Pogodbe ES odločalo glede skladnosti sporazuma o pristopu ES k EKČP z določbami Pogodbe ES.⁸⁵ Sodišče ES je odločilo, da mora razpolagati z zadostnimi podatki o pogojih, zaradi katerih ES predvideva, da je možna skladnost takratnega mehanizma sodnega nadzora, ki bi bil vzpostavljen s pristopom k EKČP za ocenitev združljivosti sporazuma s 164. in 219. členom Pogodbe ES. Ker podatkov o predvidenih rešitvah ureditve, ki bi ES podredilo mednarodnemu sodišču, ni bilo, je sklenilo, da ne more oceniti, da je sporazum skladen s pravili Pogodbe ES.

Sodišče ES je preverilo ustreznost 235. člena Pogodbe ES,⁸⁶ kot pravne podlage za pristop k EKČP, saj se s to pravno podlago lahko dopolni seznam nezapisanih pooblastil za delovanje ES, ki so nujna, zato da se izvedejo funkcije z namenom doseči cilj, ki je določen s Pogodbo ES. Ta ne sme predstavljati razširitev dometa področja, ki naj spada med pristojnosti ES. Odločilo je, da bi predstavljal pristop k EKČP spremembo ustavne razsežnosti Skupnosti glede varstva temeljnih pravic, ki bi po svoji naravi prekoračile omejitve predvidene v 235. členu Pogodbe ES. Zaključilo je, da ES ni pristojna pristopiti k EKČP.⁸⁷ Zato je bilo Sodišču očitano, da se je želelo izogniti nadzoru ESČP. Kljub negativnemu mnenju o pristopu, se je pri svojem delovanju še naprej sklicevalo na sodno prakso ESČP⁸⁸ ter tako potrjevalo, da ima namen varovati človekove pravice še naprej.

Leta 2014 je Sodišče EU v Mnenju 2/13 presojalo skladnost osnutka sporazuma o pristopu EU k EKČP s Pogodbama.⁸⁹ Opozorilo je, da je pravo EU od izdaje Mnenja 2/94 postalo bogatejše za 6. člen Pogodbe EU, ki v drugem odstavku predvideva pristop EU k EKČP, vendar se s pristopom ne smejo spremeniti pristojnosti EU, kot so opredeljene v Pogodbah.⁹⁰ Prav tako je reklo, da mora EU in pravo EU ohraniti svoje posebnosti glede na Protokol št. 8 EU⁹¹ ter pravo EU opisalo kot avtonomni pravni red, katerega pravna pravila imajo naravo nadrejenosti in primarnosti⁹² ter neposredni učinek.⁹³

Sodišče EU je opredelilo naravo človekovih pravic in njihov položaj v pravu EU. Reklo je, da so človekove pravice kot splošna načela del prava EU, vendar bi pristop k EKČP spremenil pravni položaj, saj bi

sprejelo drugačno stališče o skladnosti sporazuma s Pogodbo ES, če bi bili izpolnjeni kriteriji, ki so zapisani v Mnenju. Zdi se, da so kriteriji dokaj splošne narave.

⁸⁵ Mnenje z dne 28. marca 1996, Mnenje 2/94, točke 2–6.

⁸⁶ Prvi odstavek 352. člena Pogodbe o delovanju EU.

⁸⁷ Mnenje 2/94, točka 36.

⁸⁸ V sodbi z dne 30. aprila 1996, *P. proti S. in Cornwall County Council*, C-13/94, točka 16 se je sklicevalo na sodbo ESČP *Rees proti Veliki Britaniji* (št. 9532/81, odločitev z dne 17. oktober 1986) glede pojma transseksualec. Tudi v sodbi z dne 12. decembra 1996, *Procédures pénales contre X*, C-74/95 in C-129/95, točka 25 in sodba Sodišča z dne 17. februarja 1998, *Lisa Jacqueline Grant proti South-West Trains*, C-249/96, točki 33 in 34.

⁸⁹ Mnenje z dne 18. decembra 2014, Mnenje 2/13.

⁹⁰ Prav tam, točka 153.

⁹¹ Prav tam, točka 161.

⁹² Sodba Sodišča z dne 15. julija 1964, *Costa proti E.N.E.L.*, C-6/64, sodba z dne 17. decembra 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, točka 3, sodba z dne 26. februarja 2013, *Melloni*, C-399/11.

⁹³ Sodba Sodišča z dne 5. februarja 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, in Mnenje z dne 8. marca 2011, Mnenje 1/09, točka 65 ter Mnenje z dne 18. decembra 2014, Mnenje 2/13, točka 166.

postala EKČP tudi formalno vključena v pravni red EU.⁹⁴ Vzpostavitev zunanje nadzora, ki bi nadzorovalo delo institucij EU, tudi Sodišča EU, ki bi imelo dolžnost upoštevati sodno prakso ESČP, bi poseglo v njegove pravice.⁹⁵

Dalje je Sodišče EU navedlo tudi druge razloge, zaradi katerih je odločilo, da osnutek sporazuma o pristopu k EKČP ni skladen z ustanovno pogodbo. Navedlo je, da se ne sme ogroziti standardov varstva pravic, kot so zagotovljeni z Listino,⁹⁶ ter opozorilo na načelo vzajemnega zaupanja, ki velja med članicami EU in omogoča vzpostavitev ter ohranjanje območja brez notranjih meja.⁹⁷ Naslednje neskladje, na katerega je Sodišče opozorilo izhaja iz Protokola št. 16 k EKČP, ki nacionalnim sodiščem dovoli, da ESČP zaprosijo za svetovalna mnenja glede razlage in uporabe pravic in svoboščin, predvidenih v EKČP in njenih protokolih.⁹⁸ Namreč zgolj Sodišče EU ima izključno pristojnost razlagati in odločati o veljavi prava EU.⁹⁹ Tako pa bi lahko ESČP, ko bi sprejelo svetovalno mnenje o pravici ali svoboščini EKČP, hkrati tudi podalo razlago ali odločalo o veljavnosti prava EU. Mehanizem sotožene stranke, ki naj bi zagotavljal udeležbo Sodišča EU v postopkih pred ESČP ni absolutne narave, saj bi imelo ESČP prosto presojo pri določitvi izpolnjevanja materialnih pogojev za uporabo mehanizma sotožene stranke in tako prosto presojo pri odločitvi, ali bo EU vključilo kot stranko v postopek pred ESČP.¹⁰⁰ Podobno bi bila odločitev, ali nosi odgovornost Sodišče EU ali država članica, v diskreciji ESČP, ki bi tako imelo pristojnost odločati o vprašanjih, ki po vsebini pravzaprav pomenijo presojo prava EU.¹⁰¹

⁹⁴ Sodba Sodišča z dne 25. februarja 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, točka 44.

⁹⁵ Mnenje 2/13, točke 181, 185–186.

⁹⁶ Prav tam, točke 187–189. Komentar o razlagi tega pravnega vprašanja je še pred izdajo Mnenja 2/13 podal Gragl, 2013, str. 58–62. Opozorilo je tudi na sodbo Sodišča z dne 26. februarja 2013, *Melloni*, C-399/11, točka 60, ki jasno zapoveduje obveznost držav članic, da spoštujejo nadrejenost oz. primarnost, enotnost in učinkovitost pravnega reda EU.

⁹⁷ Mnenje 2/13, točke 191–195. Sodba Sodišča z dne 21. decembra 2011, *NS/ME*, C-411/10 in C-493/10, točke od 78 do 80 in sodba Sodišča z dne 26. februarja 2013, *Melloni*, C-399/11, točki 37 in 63. Dvom v omenjeno načelo bi lahko ogrozilo ravnotežje, na katerem temelji EU ter avtonomija prava EU.

⁹⁸ Mnenje 2/13, točka 196–199. Sodišče EU je ugotovilo, da bi predlagan postopek lahko posegel v avtonomijo in učinkovitost postopka pred Sodiščem EU določenega z 267. členom Pogodbe o delovanju EU, na podlagi katerega lahko oz. mora nacionalno sodišče na Sodišče EU nasloviti vprašanje za predhodno odločanje, saj bi se tako lahko nacionalna sodišča izognila predložitvi vprašanja za predhodno odločanje, ker bi za mnenje zaprosila ESČP.

⁹⁹ Prav tam, točke 201–214. Pravno problematiko še pred odločitvijo Sodišča analizira Gragl, 2013, str. 174–197 in 206–208. Pristop EU k EKČP bi slednjo inkorporiral v pravo EU in tako bi EU ali države članice na podlagi bodisi 55. ali 33. člena EKČP lahko vložile pritožbo na ESČP ter zatrjevale kršitev pravic varovanih z EKČP, katero naj bi na podlagi prava EU zagrešila EU ali država članica.

¹⁰⁰ Mnenje 2/13, točke 215–235. Pravno problematiko še pred odločitvijo Sodišča analizira Gragl, 2013, str. 138–173.

¹⁰¹ Mnenje 2/13, točki 229 in 231. Postopek predhodne vključitve Sodišča EU v postopek pred ESČP bi v primeru zavrnitve udeležbe Sodišča EU v omenjenem postopku, *de facto* predstavljalo podelitev pristojnosti ESČP

Sodišče EU je podalo tudi mnenje v zvezi s posebnimi značilnosti prava EU glede sodnega nadzora nad akti, ravnanji in opustitvami EU na področju skupne zunanje varnostne politike (v nadaljevanju: SZVP).¹⁰² Ugotovilo je, da so nekateri akti, sprejeti v okviru SZVP, izvzeti iz njegovega sodnega nadzora, kljub temu pa bi imelo ESČP pristojnost odločati o združljivosti nekaterih dejanj, delovanja ali opustitev iz okvira SZVP, zlasti tistih, katerih zakonitosti ni pristojno nadzirati glede na temeljne pravice, z EKČP, Sodišče EU.

Navedeni razlogi nakazujejo na neskladnost osnutka sporazuma o pristopu EU k EKČP s Pogodbama. Pogodba o delovanju EU v 351. členu pravi, da ustanovna pogodba ne vpliva na pravice in obveznosti, ki izhajajo iz sporazumov, sklenjenih med državami pred 1. januarjem 1958 oz. pred datumom njihovega pristopa k EU. Vendar menim, da bi formalnopravno po pristopu EU k EKČP, slednjo lahko umestili v hierarhijo prava EU, saj so sporazumi, ki jih sklene EU, hierarhično umeščeni nad sekundarno pravo, vendar pod primarno.¹⁰³ Prav tako avtonomna narava pravnega reda EU ne dopušča razlage, ki bi Sodišče EU podredilo zunanjemu nadzoru ESČP. Zgolj to ima vrhovno oblast. Ker Sodišče EU zagotavlja mehanizem, ki učinkovito varuje človekove pravice, in celo izboljšuje standarde varstva človekovih pravic, ter k temu spodbuja tudi ESČP, je treba njegov nadaljnji razvoj spodbujati. Tako je predvsem utemeljen pomislek Sodišča, da bi pristop predstavljal spremembo njegovega položaja v mednarodnem institucionalnem sistemu; predvsem v smislu podrejenosti zunanjemu nadzoru ESČP, kar bi močno spremenilo naravo pravnega reda EU in poseglo v pristojnosti Sodišča EU.

Razmerje med pravom EU in Sveta Evrope pa je do morebitnega pristopa EU k EKČP mogoče obravnavati tudi na podlagi druge sodne prakse Sodišča, kot je na primer zadeva *Menci*, ki obravnava načelo *ne bis in idem* za kumulacijo davčnih in kazenskih sankcij.¹⁰⁴ O uporabi tega načela je Sodišče EU odločalo že v zadevi *Åkerberg Fransson* in z uporabo meril *Engel* ugotavljalo, ali ima davčna sankcija kazenskopravno lastnost.¹⁰⁵ Odločilo je, da načelo *ne bis in idem* dovoljuje državi članici EU naložitev davčne in kazenske sankcije za ista dejanja nespoštovanja obveznosti prijavljanja podatkov le, če

razlagati sodno prakso Sodišča EU. Pravno problematiko je še pred izdajo Mnenja Sodišča analiziral Gragl, 2013, str. 209–256.

¹⁰² Prav tam, točke 249–257.

¹⁰³ Sodba Sodišča z dne 3. junija 2008, *Intertanko*, C-308/06, točka 42. Več o položaju konvencije in pravnih problematikah piše tudi Gragl, 2013, str. 103–112.

¹⁰⁴ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Manuela Camposa Sancheu-Bordoneja z dne 12. september 2017 v zadevi *Luca Menci*, C-524/15, točka 1. Zadeva je bila 24. septembra in 21. oktobra 2015 združena za pisni in ustni del postopka skupaj z združenima zadevama *Orsi in Baldetti*, C-217/15 in C-350/15, 5. april 2017. ESČP je 15. novembra 2016 sprejelo zadevo *A. in B. proti Norveški*, št. 24130/11 in 29758/11, z dne 15. novembra 2016, ki pomeni spremembo v dosednji sodni praksi ESČP, zato je Sodišče EU zadevo C-524/15, *Menci*, s sklepom predsednika četrtega senata Sodišča EU z dne 30. novembra 2016 ločila od drugih dveh navedenih zadev.

¹⁰⁵ Sodba Sodišča z dne 26. februarja 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, točka 35; sodba Sodišča EU z dne 5. junij 2012, *Kazenski postopek proti Łukasz Marcin Bonda*, C-489/10, točka 37.

davčna sankcija zaradi svoje represivnosti ni v svojem bistvu pravzaprav kazenska sankcija.¹⁰⁶ Odločilo je, da EKČP ni pravni instrument, ki bi bil formalno vključen v pravni red EU in opozorilo, da so nacionalna sodišča, ki v okviru svojih pristojnosti uporabljajo pravo EU, dolžna zagotoviti polni učinek pravic, ki izhajajo iz Listine EU o temeljnih pravicah, čeprav je to v neskladju z nacionalnim pravom.¹⁰⁷ V tej zadevi Sodišče EU ni izrecno navedlo nobene sodbe ESČP,¹⁰⁸ vendar se je sklicevalo na svojo zadevo *Bonda*, v kateri je obravnavalo vzporednost kazenskega postopka na Poljskem z upravnimi sankcijami EU za prejemnike kmetijskih pomoči. V sodbi *Bonda* pa se je neposredno sklicevalo na merila *Engel*. To pomeni, da se je Sodišče EU v zadevi *Åkerberg Fransson* posredno prek zadeve *Bonda* oprlo na sodno prakso ESČP, in ponovilo, da EKČP formalno ne tvori del pravnega reda EU.

V zadevi *Menci* je bil pritožnik na podlagi odločbe davčne uprave dolžan plačati globo, nato je bil zoper njega sprožen še kazenski postopek. Postavilo se je vprašanje, ali se uporabi načelo *ne bis in idem*, če nacionalno pravo za neplačilo visokega zneska DDV predvideva kumulacijo upravne in kazenske sankcije. Sprememba v sodni praksi ESČP, ki je v zadevi *A. in B. proti Norveški*¹⁰⁹ uporabo načela *ne bis in idem* zelo omejilo, je zahtevalo obravnavo vprašanja, ali je pravo EU novi razlagi načela dolžno slediti.¹¹⁰

Sodišče EU je zapisalo, da so na podlagi tretjega odstavka 6. člena Pogodbe EU, temeljne pravice, ki so priznane z EKČP, splošna načela prava EU. Tretji odstavek 52. člena Listine predvideva, da imajo te pravice, ki ustrezajo pravicam, zagotovljenim z EKČP, enak pomen in obseg, kot sta zanje določena z EKČP. Namen te določbe je zagotoviti potrebno usklajenost med Listino EU o temeljnih pravicah in EKČP, vendar to ne sme škodovati avtonomiji prava EU in Sodišča EU.¹¹¹ Tako lahko pravo EU zagotavlja širše varstvo in višje standarde človekovih pravic, od tistih predvidenih v pravu Sveta Evrope. Vendar iz nje tudi izhaja obveznost Sodišča, da v vsaki zadevi, ki se nanaša na vprašanje temeljnih pravic, ta analizira tudi s pomočjo EKČP in sodne prakse ESČP. Formalnopravna ločenosti EKČP od pravnega reda EU opozori na nov vidik, če upoštevamo tudi drug odstavek 6. člena Pogodbe EU, ki predvideva pristop k EKČP. Slednja bi postala pravni instrument, ki bi bil formalno vključen v pravni red EU. Takrat pa bi imelo Sodišče EU dolžnost slediti vsaki spremembi v sodni praksi ESČP, slednje bi imelo celo pristojnost izvajati zunanji nadzor nad njegovim delovanjem.

¹⁰⁶ Zadeva *Åkerberg Fransson*, točka 37.

¹⁰⁷ Prav tam, točki 44-45.

¹⁰⁸ Več o komentarju zadeve *Åkerberg Fransson* ter o razlagi 51. do 53. člena Listine EU o temeljnih pravicah v Groussot in Olsson, 2013, str. 7–35.

¹⁰⁹ Sodba ESČP v zadevi *A. in B. proti Norveški*, št. 24130/11 in 29758/11, z dne 15. novembra 2016.

¹¹⁰ Sodba Sodišča EU z dne 20. marec 2018, *Luca Menci*, C-524/15, točka 3.

¹¹¹ Prav tam, točka 23.

Sodišče je presojalo kriterij kazenske narave postopkov in sankcij, kriterij obstoja istega kaznivega dejanja ter kriterij ustreznosti omejitve pravice glede na 50. člen Listine EU o temeljnih pravicah. Ponovilo je, da je ESČP razsodilo, da kumulacija davčnih in kazenskih postopkov in sankcij, s katerimi se kaznuje ista kršitev davčnega zakona, ne krši načela *ne bis in idem*, kot je opredeljeno v 4. členu Protokola št. 7 k EKČP, če med zadevnimi davčnimi in kazenskimi postopki obstaja dovolj tesna vsebinska in časovna povezava.¹¹² Tako zahteve, ki so s 50. členom Listine v povezavi z njenim prvim odstavkom 52. člena postavljene za morebitno kumulacijo kazenskih postopkov in sankcij ter upravnih postopkov in sankcij kazenske narave zagotavljajo raven varstva načela *ne bis in idem*, ki ne krši ravni varstva, zagotavljenega v 4. členu Protokola št. 7 k EKČP, kot ga razlaga ESČP.¹¹³

Sodna praksa pojasni obstoječe stanje odnosa med pravom EU in pravom Sveta Evrope. Kljub avtonomni naravi pravnega reda EU med pravnima redoma obstaja medsebojno spoštovanje in vzajemen vpliv, ki se kaže skozi vsebinsko obravnavo med pravnima redoma. Formalnopravno mora Sodišče EU do pristopa EU k EKČP skrbeti predvsem za varstvo standardov človekovih pravic, kot so zagotovljeni z Listino. Pravo EU zahteva, da ti standardi ostanejo omejeni na enotno raven zato, da se ne ogrozi ravni varstva, določenega v Listini, nadrejenosti oz. primarnosti in učinkovitosti prava EU. Pomembno je tudi, da se zagotovi upoštevanje tretjega odstavka 52. člena Listine EU o temeljnih pravicah, ki lahko zagotavlja višje in širše standarde varstva, od tistih zagotovljenih s pravom Sveta Evrope. To pomeni, da se Sodišče EU pri odločanju lahko sklicuje in za vodilo uporablja EKČP ter sodbe ESČP, vendar mora skladno z načelom nadrejenosti oz. primarnosti, enotnosti in učinkovitosti prava EU slediti in ostajati v dometu prava EU, vedno skrbeti za njegovo pravilno uporabo in v njem zagotovljene standarde.

Sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice o razmerju med pravnim redom Evropske unije in pravnim redom Sveta Evrope

ESČP načeloma zagovarja režim medsebojnega spoštovanja in zaupanja, s katerim je skozi sodno prakso v zadevah *Bosphorus*,¹¹⁴ *Michaud*,¹¹⁵ *M.S.S.*, *Povse*¹¹⁶ in *Avotiņš*¹¹⁷ oblikovalo zadržke do polne presoje ravnanj toženih držav, ki temeljijo na pravu EU. Doktrina ekvivalenčnega varstva je bila sodišču

¹¹² Prav tam, točka 61.

¹¹³ Prav tam, točka 62.

¹¹⁴ Sodba ESČP v zadevi *Bosphorus* proti Irski, št. 45036/98 z dne 30. junija 2005.

¹¹⁵ Sodba ESČP v zadevi *Michaud* proti Franciji, št. 12323/11 z dne 6. decembra 2012.

¹¹⁶ Sklep ESČP v zadevi *Povse* proti Avstriji, št. 3890/11 z dne 18. junija 2013.

¹¹⁷ Sodba ESČP v zadevi *Avotiņš* proti Latviji, št. 17502/07 z dne 23. maja 2016.

znana že pred zadevo *Bosphorus*. Namreč ESČP je v zadevi *M & Co. proti Nemčiji* zapisalo, da prenos pristojnosti na mednarodno organizacijo ni v nasprotju z EKČP, če imajo temeljne pravice znotraj te organizacije enakovredno varstvo.¹¹⁸ V zadevi *Bosphorus* je odločilo, da se država podpisnica ne more v celoti razbremeniti spoštovanja obveznosti, kot jo zavezuje EKČP, zgolj s sledenjem obveznostim kot članica mednarodne organizacije, na katero je prenesla del svojih pristojnosti. ESČP je zapisalo, da če mednarodna organizacija spoštuje temeljne pravice glede vsebinskih kavitel in mehanizmov, ki zagotavljajo njihovo spoštovanje, in ESČP to ocenjuje kot enakovredno to pomeni, da se država ni odmaknila od standardov EKČP, če zgolj izvršuje pravne obveznosti, ki izvirajo iz članstva v mednarodni organizaciji. Vendar si je pridržalo pravico, da spremeni svoje stališče o ekvivalenčnosti glede na morebitne spremembe v okviru varstva temeljnih pravic. Mejni zagotovo predstavlja Listina EU o temeljnih pravicah, ki je postala del primarnega prava EU v času med razsodbo v zadevah *Bosphorus* in *Avotiņš*. Kljub temu ostane država odgovorna za ravnanja, ki ne spadajo v krog njenih mednarodnih obveznosti, predvsem če ima diskrecijo pri izvrševanju teh obveznosti. Prav tako je pomembno, da je domneva ekvivalenčnosti ovrgljiva, če bi bilo varstvo, kot izhaja iz EKČP, glede na konkretne okoliščine primera očitno pomanjkljivo. Načelo medsebojnega zaupanja in mednarodnega sodelovanja se mora v takem primeru umakniti standardom in obveznostim, ki izhajajo iz EKČP kot ustavni mehanizem javnega reda Evrope na področju človekovih pravic. Namen je zagotoviti, da se država ne more rešiti svojih obveznosti zgolj zato, ker je prenesla del svoje suverenosti na mednarodno organizacijo, saj je vedno dolžna spoštovati pravice EKČP.

Zdi se, da ESČP priznava, da je mehanizem varstva temeljnih pravic v EU, primerljiv z varstvom, katerega zagotavlja EKČP. Ugotovitev je sprejelo tudi zaradi položaja in pristojnosti Sodišča EU, vloge in pomembnosti Listine EU o temeljnih pravicah, in kljub dejstvu, da je individualni dostop posameznikov do Sodišča EU znatno zožen v primerjavi z dostopom do ESČP.¹¹⁹

¹¹⁸ Odločba Evropske komisije za človekove pravice o dopustnosti pritožbe v zadevi *M. & Co. proti ZR Nemčiji*, št. 13258/87 z dne 9. februarja 1990. Več o doktrini ekvivalenčnega varstva v Zagorc, 2017, str. 130–134.

¹¹⁹ Glede slednjega elementa o dostopu posameznikov do Sodišča EU več v Grah, 2017. Avtorica oceni vlogo ničnostne tožbe v pravnem sistemu EU. Analizirala je pogoje, ki naj bodo izpolnjeni v postopku ničnostne tožbe pred Sodiščem EU, da slednje sprejme tožbo v obravnavo in se opredeli do sprememb, ki jih je uveljavila Lizbonska pogodba, tako da je primerjala učinkovitost sedanje ureditve ničnostne tožbe s preteklo ureditvijo. Tako oceni možnost neposrednega dostopa posameznikov do Splošnega sodišča EU v postopku ničnostne tožbe. Vprašanje dostopnosti posameznika do ESČP pa je urejeno drugače, in sicer določa kriterije dopustnosti EKČP 35. členu. Določeno je, da mora vlagatelj dokazati, da je izčrpal vsa razpoložljiva pravna sredstva v državi, proti kateri je naperjena pritožba. Pritožbo mora vložiti v šestih mesecih od dneva sprejetja oziroma vročitve končne odločitve

Sklepne misli

EKČP in sodna praksa ESČP močno vplivajo na sodno prakso Sodišča EU, čeprav ti pravni viri formalno ne tvorijo del prava EU. Zato Sodišče EU presoja vsak posamezen primer, ki zadeva človekove pravice, če njeno varstvo zagotavljata tako Listina EU o temeljnih pravicah, kakor tudi EKČP. Tako bo tudi v prihodnje kazuistično ustvarjalo razmerje med pravom EU in pravom Sveta Evrope, obenem pa bo, tako kot je to storilo v zadevi *Menci*, moralo zadostiti standardom tretjega odstavka 52. člena Listine EU o temeljnih pravicah. Tako Sodišče EU sledi 6. členu Pogodbe EU, ki predvideva, da so človekove pravice, kakor jih zagotavlja EKČP, kot splošna načela del prava EU. Še več, v duhu želje po morebitni unifikaciji prava človekovih pravic v EU in Evropi praviloma sodna praksa Sodišča EU vedno ustrezno obravnava EKČP in sodno prakso ESČP.

Vendar menim, da načela in pravila prava EU s posebnim poudarkom na sodni praksi Sodišča EU o odnosu med pravnim redom EU in mednarodnim pravnim redom, veljajo tudi za razmerje med pravom EU in pravom Sveta Evrope. Slednje je namreč specializirano področje prava človekovih pravic in svoboščin v mednarodnopravnem kontekstu, ki je bilo še posebej pomembno pred sprejemom Listine EU o temeljnih pravicah v primarno pravo EU. Namreč Sodišče EU se je v preteklosti pogosto izrecno sklicevalo na EKČP in na sodbe ESČP, ko je razsojalo v primerih o človekovih pravicah, zato je čedalje bolj pomembno postajalo vprašanje odnosa med pravom EU in pravom Sveta Evrope. Kljub dodanemu 6. člen Pogodbe EU, ki v drugem odstavku predvideva pristop EU k EKČP, pa je Sodišče že dvakrat razsodilo, da osnutek sporazuma o pristopu EU k EKČP ni skladen s Pogodbama. Slednja sodna praksa Sodišča EU zgolj opominja, da je, kljub pomembnosti prava Sveta Evrope za pravni red EU, treba predmetno razmerje obravnavati upoštevajoč njihove posebnosti. Tako je na načelu avtonomnosti gradilo ločenost in neodvisnost pravnega reda EU od preostalega mednarodnega pravnega reda, tudi prava Sveta Evrope. Enako stališče Sodišče EU zastopa tudi danes, ko si pridržuje izključno pristojnost razlagati in odločati o veljavi prava EU, čeprav je na podlagi Protokola št. 16 k EKČP nacionalnemu sodišču dovoljeno ESČP zaprositi za svetovalna mnenja glede razlage in uporabe pravic in svoboščin, predvidenih v EKČP in njenih protokolih, kar lahko pomeni, da bi se ESČP v svetovalnem mnenju izreklo tudi o razlagi ali veljavi prava EU.

Načeloma pa velja, da podobno kot Sodišče EU, tudi ESČP spoštuje pravo človekovih pravic, kot obstaja v pravnem redu EU. Namreč ESČP skozi sodno prakso opozarja na doktrino ekvivalenčnega varstva, ki praviloma dovoli prenos pristojnosti na mednarodno organizacijo, če imajo temeljne pravice znotraj te organizacije enakovredno varstvo. Čeprav menim, da je EU netipična državna tvorba, ki bolj intenzivno posega v suverene pravice držav, kot je to mogoče vzpostaviti pri navadnih mednarodnih organizacijah, in se v tej publikaciji nisem natančno opredeljevala do narave EU in njenega pravnega reda, razumem, da želi ESČP skozi omenjeno doktrino kazati ravno spoštovanje človekovih pravic, kot te izhajajo iz prava EU. Menim, da je tako vzpostavljen heterarhičen odnos med Sodiščem EU in ESČP.

po nacionalnem pravu. Prav tako se je dolžan pritožnik sklicevati na določbe EKČP ter utemeljiti, da gre v njegovem primeru za kršitev pravic in svoboščin, ki jih zagotavljajo EKČP.

Kljub navedenemu mislim, da je kvalitetno pravo človekovih pravic v EU in Evropi mogoče zgolj ob premostitvi preostalih posebnosti med omenjenima pravnima redoma. Zdi se, da sodišči to razumeta in tudi želita doseči. Menim, da se njuno medsebojno sodelovanje in vzajemni vpliv praviloma že kaže v sodni praksi tako Sodišča EU kakor tudi ESČP. Verjamem, da bo samo tako lahko tudi pravni red EU skozi proces federalizacije, humanizacije in konstitucionalizacije dosegel najvišjo stopnjo vseevropske ustavne demokracije.

Literatura in viri

Samostojne publikacije

- Claes, M. (2006). *The Nationals Courts' Mandate in the European Constitution*. Oxford: Hart Publishing.
- Feinäugle, C. (2014). *Kadi Case: Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Databases of Oxford Public International Law.
- Gragl, P. (2013). *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*. Oxford: Hart Publishing.
- Grah, I. (2017). *Posamezniki v postopku ničnostne tožbe pred Sodiščem Evropske unije*. Ljubljana: GV Založba.
- Keller, H., Sweet, A. S. (2012). *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press.
- Lenaerts, K., van Nuffel, P., Bray, R.; Cambien, N. (2011). *European Union Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Trstenjak, V., Brkan, M. (2012). *Pravo EU: Ustavno, procesno in gospodarsko pravo EU*. Ljubljana: GV Založba.

Članki v revijah

- Dausies, M. (1985). *The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, *European Law Review*, let. 10, št. 6, str. 398–419.
- Edeson, W. R., Wooldridge F. (1976). *European Community Law and Fundamental Human Rights: Some Recent Decisions of the European Court and of National Courts*, *Legal Issues of European Integration*, let. 3, št. 1, str. 1–54.
- Eeckhout, P. (2013). *Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?*, *Current Legal Problems*, let. 66, št. 1, str. 169–202.
- Groussot, X., Olsson, I. (2013). *Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter of Fundamental Rights? – The Judgments in Åkerberg and Melloni*, *Lund Student EU Law Review*, št. 2.
- Huomo-Kettunen, M. (2013). *Heterarchical Constitutional Structures in the European Legal Space*, *European Journal of Legal Studies*, let. 6, št. 1, str. 47–65.
- Ilešič, M. (2011). *Argumentacija v pravu EU z vidika njegove avtonomnosti (prepletanje nacionalnega, evropskega in mednarodnega prava)*, *Podjetje in delo; revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo*, let. 37, št. 6-7, str. 1510–1525.
- Scheeck, L. (2005). *The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, let. 65, št. 4, str. 837–885.

Weiler, J. H. H. (1986). Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities, *Washington Law Review*, let. 61, str. 1103–1142.

Prispevki v zbornikih

Weiler, J. H. H., Fries, S. C. (1999). A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences. V: *The EU and Human Rights* / Alston, P. (ur.). Oxford: Oxford University Press.

de Witte, B. (1999). The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights. V: *The EU and Human Rights* / Alston, P. (ur.). Oxford: Oxford University Press.

Tzanakopoulos, A. (2012). Judicial Dialogue in Multi-Level Governance: The Impact of the Solange Argument. V: *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law* / Kristian Fauchald, O., Nollkaemper, A. (ur.), Oxford: Hart Publishing.

Zagorc, S. (2017). Evropska unija in Evropska konvencija o človekovih pravicah: preplet varstva človekovih pravic. V: *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju: Liber Amicorum Ciril Ribičič* / Žgur, M., Kogovšek Šalomon, N., Koritnik, B. (ur.). Maribor: Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila.

Pravni viri

Direktiva 93/104 Sveta z dne 23. novembra 1993 o določenih vidikih organizacije delovnega časa, UL L 307, str. 18–24.

Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, UL L 303, str. 16–22.

Direktiva 2003/88 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa, UL L 299, str. 9–19.

Odločba Visoke oblasti št. 5 do 7/56, 10 do 12/57, 16 do 18/57, UL 13. marec 1956, str. 29–56.

Odločba Komisije ES št. 69/71/EGS z dne 12. februarja 1969 o prodaji masla po znižani ceni prejemnikom določenih socialnih pomoči, UL 1969 L 52/9.

Odločba Komisije z dne 21. decembra 1972 o odobritvi novih trgovskih pravil družbi Ruhrkohle AG, UL 1973 L 120/14.

Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti za premog in jeklo, podpisana 18. aprila 1951 v Parizu.

Pogodba o Evropski uniji, UL 1992 C 191/01, podpisana 7. februarja v Maastrichtu.

Pogodba o Evropski uniji, UL C 306, podpisana 17. decembra 2007 v Lizboni.

Uredba Sveta št. 120/67/EGS z dne 13. junija 1967 o skupni ureditvi trga za žito, UL 1967 L 122/1.

Uredba Komisije št. 473/67/EGS z dne 21. avgusta 1967 o uvoznih in izvoznih dovoljenjih, UL 1967 L 204/16.

Uredba Sveta št. 881/2002 z dne 27. maja 2002 o posebnih omejevalnih ukrepih za nekatere osebe in subjekte, povezane z mrežo Al-Kaida, UL L 139, str. 9.

Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11, Uradni list RS – MP, št. 7/94.

Sodna praksa

Odločba Evropske komisije za človekove pravice o dopustnosti pritožbe v zadevi M. & Co. proti ZR Nemčiji, št. 13258/87 z dne 9. februarja 1990.

Sodba ESČP v zadevi *Rees proti Veliki Britaniji*, št. 9532/81, z dne 17. oktobra 1986.

Sodba ESČP v zadevi *Bosphorus proti Irski*, št. 45036/98 z dne 30. junija 2005.

Sodba ESČP v zadevi *Michaud proti Franciji*, št. 12323/11 z dne 6. decembra 2012.

Sklep ESČP v zadevi *Povse proti Avstriji*, št. 3890/11 z dne 18. junija 2013.

Sodba ESČP v zadevi *Avotiņš proti Latviji*, št. 17502/07 z dne 23. maja 2016.

Sodba ESČP v zadevi *A. in B. proti Norveški*, št. 24130/11 in 29758/11, z dne 15. novembra 2016.

Sodba z dne 4. februarja 1959, *Stork*, C-1/58, ECLI:EU:C:1959:4.

Sodba Sodišča z dne 15. julija 1960, *Geitling*, C-36/59, C-37/59, C-38/59 in C-40/59, ECLI:EU:C:1960:36.

Sodba Sodišča z dne 5. februarja 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

Sodba Sodišča z dne 15. julija 1964, *Costa proti E.N.E.L.*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

Sodba Sodišča z dne 1. aprila 1965, *Marcello Sgarlata*, C-40/64, ECLI:EU:C:1965:36.

Sodba z dne 12. novembra 1969, *Stauder*, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

Sodba z dne 17. decembra 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

Sodba z dne 14. maja 1974, *Nold*, C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51.

Sodba Sodišča z dne 15. junij 1978, *Defrenne*, C-149/77, ECLI:EU:C:1978:56.

Sodba Sodišča z dne 30. maja 1989, *Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes*, C-242/87, ECLI:EU:C:1989:217.

Sodba Sodišča z dne 30. aprila 1996, *P. proti S. in Cornwall County Council*, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170.

Mnenje z dne 28. marca 1996, Mnenje 2/94, ECLI:EU:C:1996:140.

Sodba Sodišča z dne 12. decembra 1996, *Procédures pénales contre X*, C-74/95 in C-129/95, ECLI:EU:C:1996:491.

Sodba Sodišča z dne 29. maja 1997, *Friedrich Kremzow proti Republik Österreich*, C-299/95, ECLI:EU:C:1997:254.

Sodba Sodišča z dne 17. februarja 1998, *Lisa Jacqueline Grant proti South-West Trains*, C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63.

Sodba Sodišča z dne 22. septembra 1998, *Belinda Jane Coote proti Granada Hospitality Ltd*, C-185/97, ECLI:EU:C:1998:424.

Sodba Sodišča z dne 20. maja 2003, *Rechnungshof proti Österreichischer Rundfunk in drugi in Christa Neukomm in Joseph Lauermann proti Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, C-138/01 in C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294.

Sodba z dne 12. junija 2003, *Schmidberger*, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333.

Sodba Sodišča z dne 3. junija 2008, *Intertanko*, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312.

Sodba Sodišča z dne 3. septembra 2008, *Yassin Abdullah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu Evropske unije in Komisija Evropskih skupnosti (Kadi I)*, C-402/05 P in C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

Mnenje z dne 8. marca 2011, Mnenje 1/09, ECLI:EU:C:2011:123.

Sodba Sodišča z dne 21. decembra 2011, *NS/ME*, C-411/10 in C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

Sodba Sodišča EU z dne 5. junij 2012, *Kazenski postopek proti Łukasz Marcin Bonda*, C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319.

Sodba Sodišča z dne 26. februarja 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280.

Sodba Sodišča z dne 26. februarja 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

Sodba Sodišča z dne 18. julija 2013, *Evropska komisija in drugi proti Yassinu Abdullahu Kadiju (Kadi II)*, C-584/10, C-593/10 in C-595/10, ECLI:EU:C:2013:518

Mnenje z dne 18. decembra 2014, Mnenje 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

Sodba Sodišča EU z dne 20. marec 2018, *Luca Menci*, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197.

Sodba Sodišča z dne 17. aprila 2018, *Vera Egenberger*, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

Sodba Sodišča z dne 6. novembra 2018, *Bauer*, C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871.

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Manuela Camposa Sancheu-Bordoneja z dne 12. september 2017 v zadevi *Luca Menci*, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197.

UVELJAVITEV UREDBE O DEDOVANJU

Anja Kostanjevec Kravanja¹²⁰

Izvleček: Pred harmonizacijo dednega prava na ravni EU, torej pred sprejetjem Uredbe (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju v letu 2015 in z njo povezane izvedbene uredbe je bil namreč postopek čezmejnega dedovanja pretežno domena nacionalnih pravnih aktov, kar pa je v praksi prinašalo dokaj oteženo delo, ki so ga sicer deloma omilile konvencije ter vzajemno priznavanje odločb, vendar je bila razpršenost dednega prava na ravni EU kljub temu velika. Uredba pa je tako odpravila ali vsaj zmanjšala ovire v postopkih tovrstnega dedovanja, s katerimi so se srečevale osebe, pri uveljavljanju svojih pravic pri dedovanju s čezmejnimi posledicami. Nedvomno pa je velika pridobitev tudi uvedba enotnega evropskega potrdila o dedovanju, ki je namenjeno dedičem in drugim upravičencem (volilojemnikom, izvršiteljem oporoke, upraviteljem zapuščine), ki morajo v drugi državi članici dokazati svoj status ali uveljavljati svoje pravice. Za pravilno uporabi Uredbe (EU) št. 650/2012 je bila nato izdana še Izvedbena uredba Komisije (EU) št. 1329/2014, ki vsebuje standardizirane obrazce, vključno z evropskih potrdilom o dedovanju. Od začetka uporabe Uredbe (EU) št. 650/2012 dalje pa do danes je tako mogoče v praksi že zaznati določene prednosti kot pa tudi pomanjkljivosti, na katere so opozorili sodniki, ki so se pri svojem delu že srečali s predmetno uredbo.

Ključne besede: Uredba (EU) št. 650/2012, evropsko potrdilo o dedovanje, uveljavitev, standardizirani obrazci, čezmejno dedovanje

Abstract: *Before the harmonisation of the Law of Succession, therefore before the adoption of Regulation (EU) No 650/2012 of the European parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and the creation of the European Certificate of Succession in 2015 and the related Implementing Regulation, the procedure of cross-border succession was largely in the domain of national legal acts which proved difficult in practice, though alleviated by conventions and mutual recognition of regulations, the Law of Succession at the EU level was heavily dispersed. The Regulation thus eliminated or at least diminished the amount of obstacles in procedures of such succession that persons exercising their right to cross-border succession encountered. A great accomplishment is undoubtedly the introduction of a uniform European Certificate of Succession intended for heirs and other persons entitled (legatees, executors of a will, administrators of an estate) that have to prove their status or exercise their right in other EU countries. Commission Implementing Regulation (EU) No 1329/2014, which contains standardised forms, including the European Certificate of Succession, was issued to ensure proper application of Regulation (EU) No 650/2012. Since applying Regulation (EU) No 650/2012 certain advantages as well as shortcomings, which were pointed out by judges that have already encountered this Regulation, can be seen in practice.*

¹²⁰ Mag. prava; študentka podiplomskega študija III. stopnje, smer pravo; zaposlitev: L-plan d.o.o., Breznica 1, 4274 Žirovnica; e-mail: kostanjevec.anja@hotmail.com.

Key words: Regulation (EU) No 650/2012, European Certificate of Succession, implementation, standardised forms, cross-border succession

1 Uvod

Eden izmed namenov Rimske pogodbe iz leta 1957 je bil med drugim ustvariti tudi enotni trg in s tem prosti pretok blaga, oseb, storitev in kapitala¹²¹. Po postopni uveljavitvi tega cilja, tako veljavna Pogodba o delovanju Evropske unije v svojem drugem odstavku 26. člena¹²² opredeljuje, da notranji trg zajema območje brez notranjih meja, na katerem je v skladu z določbami Pogodb zagotovljen prost pretok blaga, oseb, storitev in kapitala.¹²³ Taka ureditev pa je na ravni Evropske unije privedla do vse večjega pretoka ljudi, kar posledično pomeni do vse večjega dedovanja z čezmejnimi elementom. Vse te okoliščine so tako v letu 2012 pripeljale do sprejetja Uredbe (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju (v nadaljevanju: Uredba o dedovanju). O uvedbi enotne obravnave zapuščine v sklopu harmonizacije dednega prava na ravni EU je na Forumu o pravosodnem sodelovanju v civilnih zadevah: razprava z nacionalnimi parlamenti že leta 2008, podal Christian Hertel, LL. M., z Nemškega notarskega inštituta, saj bi se s tem kljub različnim nacionalnim pravom izognili zavračanju (*renvoi*) med državami članicami.¹²⁴ Različne nacionalne ureditve ter neenotna kolizijska pravila oziroma pravila mednarodnega zasebnega prava so privedla do problematike »internacionalnega (mednarodnega) dedovanja«. ¹²⁵ Namen Uredbe o dedovanju je predvsem poenostaviti postopke v zvezi z dedovanjem na ravni na EU in omogočiti dedičem urejanje zadev v postopku dedovanja vse v eni državi članici. Od uveljavitve Uredbe o dedovanju od avgusta 2015, je mogoče oceniti njene prve vplive na postopke dedovanja z čezmejnimi elementom na ravni EU, ter podati oceno stanja njene poznavanja tako stroki kot tudi dedičem, ki so se znašli v postopku, kateri se nanaša na uporabo te uredbe. Pa jo poznajo zadosti tudi odvetniki?

¹²¹ Rimska pogodba.

¹²² PES, 14. člen.

¹²³ PDEU, drugi odstavek 26. člena.

¹²⁴ Hertel, str. 47–48.

¹²⁵ Glej Župančič in Žnidaršič Skubic, 2009, str. 412.

2 Zgodovinski pregled nastanka Uredbe

Ena izmed prednostnih nalog Dunajskega akcijskega načrta¹²⁶ iz leta 1998 je bilo ravno sprejetje evropske ureditve na področju dedovanja. Konec leta 2000 sta Svet EU in Komisija sprejela program ukrepov, ki opredeljuje načela o vzajemnem priznavanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah.¹²⁷ Iz sklepov predsedstva Sveta EU¹²⁸ izhaja, da je bilo Komisiji na področju družinskega in dednega prava naloženo, da med drugim predloži tudi »Zelena knjigo o navzkrižju zakonov v zadevah dedovanja, vključno z vprašanjem pristojnosti, medsebojnim priznavanjem in izvrševanjem odločb na tem področju, evropskim potrdilom o dedovanju in mehanizmom, ki omogoča natančne podatke o obstoju oporok in testamentov rezidentov Evropske unije leta 2005«.¹²⁹

Komisija Evropskih skupnosti je dne 1. marca 2005 objavila Zelena knjigo o dedovanju¹³⁰, s katero so bili postavljeni temelji zakonitega in oporočnega dedovanja s predstavitvijo mednarodnih vidikov, obenem pa se je omogočilo interesantom, da Komisiji podajo povratne informacije o predstavljeni objavi kot tudi druge koristne prispevke v zvezi s čezmejnem dedovanjem. Že Zelena knjiga o dedovanju je v uvodu pojasnjevala določene pojme, ki so se nato opredelil enako tudi v Uredbi (EU) št. 650/2012.

Zelena knjiga o dedovanju je predstavila temelje zakonitega in oporočnega dedovanja s predstavitvijo mednarodnih vidikov ter postavila vprašanja, ki so se ob tem pojavljala. Zlasti gre za vprašanja kolizijskih pravil, pravila o pristojnosti, pravila o priznanju in izvršitvi aktov in oporok ter dokazila o sposobnosti dediča: evropsko potrdilo o dedovanju, register oporok, pravne akte ter pristop sprejemanja pravnih aktov.¹³¹ Zelena knjiga je tako poleg navedenega, opredelila tudi ključno listino in sicer evropsko potrdilo o dedovanju. »Dokaz sposobnosti dediča se v različnih pravnih sistemih podaja na različne načine. Za dediče je bistveno, da lahko dokažejo svoje pravice, kar jim omogoča pridobitev dedovanega premoženja, ki jim pripada brez postopka, v posest. Ob obstoju usklajenih kolizijskih pravil je oblikovanje potrdila, ki bi imelo enake učinke v vsej Skupnosti, izvedljivo. To bi predstavljalo dodano vrednost, ki je ni mogoče zanikati. Rešiti je treba več vprašanj: pogoji oblikovanja potrdila, njegova

¹²⁶ Glej Zelena knjiga o dedovanju in oporokah, 1999.

¹²⁷ Glej Zelena knjiga o dedovanju in oporokah, UL C 12, 15. 1. 2001.

¹²⁸ Glej Sklepi predsedstva z dne 4. in 5. novembra 2005, 2005.

¹²⁹ Glej Zelena knjiga o dedovanju in oporokah, 2005.

¹³⁰ Zelena knjiga o dedovanju in oporokah, 2005.

¹³¹ Glej ibid.

vsebina in posledice.«¹³² Predlog o uvedbi enotnega potrdila o dedovanju ter vzpostavitvi sistema oziroma evidence za registracijo oporok je pozdravil tudi Evropski ekonomsko-socialni odbor, katerega je Komisija EU¹³³ zaprosila za podajo mnenja o Zeleni knjigi o dedovanju in oporokah¹³⁴.

Istega leta, tj. 2005, je bilo s strani slovenskih, belgijskih in francoskih notarjev, ustanovljeno neprofitno združenje ARERT. V skladu z Baselsko konvencijo o vzpostavitvi sistema za vpis oporok iz leta 1972 se lahko države članice, ki imajo že vzpostavljen register oporok, medsebojno povežejo prek ARERT-a.¹³⁵

3 Uredba (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju

Celotna Uredba (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju, na kateri podlagi je bila nato sprejeta še Izvedbena uredba Komisije (EU) št. 1329/2014 z dne 9. decembra 2014, se je pričela uporabljati za dedovanje po osebah, ki umrejo na 17. oziroma po 17. avgustu 2015. Skupno uredbi tvorita temeljni dokument, ki zavezuje v vseh državah članicah razen v Združenem kraljestvu, na Irskem in Danskem. Uredba (EU) št. 650/2012 je tako harmonizirala področje dednega prava in z njim povezane postopke ter uvedla evropsko potrdilo o dedovanju.

Sama Uredba (EU) št. 650/2012 v svojem 82. členu nalaga Komisiji dolžnost, da do 18. avgusta 2025 Evropskemu parlamentu, Svetu in Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru predloži poročilo o uporabi same uredbe. Poročilo mora tako vključevati tudi oceno vseh praktičnih težav, poročilo pa se po potrebi priložijo tudi predlogi vseh sprememb¹³⁶. Kakšne težave pa se bodo pojavile v praksi v času desetih let od uveljavitve uredbe, je danes še težko natančno napovedati. Vendar pa ob upoštevanju, da je od celotne uveljavitve uredbe sedaj že tako preteklo nekaj več kot tri leta, pomeni, da pa so se že

¹³² Ibid. str 10.

¹³³ Skladno s členom 262 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti.

¹³⁴ Mnenje Evropskega ekonomsko-socialnega odbora o Zeleni knjigi o dedovanju in oporokah (KOM 2005) 65 končno, 2006 (e-vir), je bilo sprejeto na 421. Plenarnem zasedanju s 118 glasovi za in 2 vzdržana, na seji dne 26. oktobra 2005.

¹³⁵ The European Network of the Registers of Wills Association, 2019.

¹³⁶ Uredba (EU) št. 650/2012, 82. člen.

deloma izoblikovala neka strokovna mnenja glede prednosti uredbe, kot tudi njene težave, v nastajanju pa je tudi sodna praksa.

3.1 Uredba (EU) št. 650/2012 v praksi na prvostopenjskih sodiščih

Po opravljeni raziskavi na petih slovenskih okrajnih sodiščih¹³⁷, ki so pristojna za odločanje v dednih zadevah, so navedena sodišča, od uveljavitve uredbe pa do prve polovice leta 2018, skupno obravnavala približno 62 primerov¹³⁸, ki se nanašajo na dedovanje, pri katerih je šlo za uporabo Uredbe (EU) št. 650/2012.

Splošno mnenje teh sodišč je, da je uredba zadostila potrebam čezmejnega dedovanja na območju EU. Eno izmed sodišč pa je izpostavilo, da je eno od sodišč izpostavilo pomanjkljivost, ko jo gre zaznati zlasti v tem, da ni poskrbljeno za prevod evropskega potrdila o dedovanju na spletu. Glede samega poznavanja uredbe s strani odvetnikov, državnih odvetnikov oziroma drugih pooblaščenih oseb pa so mnenja, da predmetne uredbe ne poznajo dovolj, kar gre mogoče predpisati razlogu, da se v praksi te osebe z njo še niso dovolj srečevale oziroma še niso imele dovolj primerov. V večini primerov so bile stranke v postopku dedovanja iz držav Republike Hrvaške, Italije in Avstrije ter Madžarske in Nemčije. So se pa sodišča že soočila s problemi izvajanja uredbe v praksi. Tako je eno od sodišč naletelo na oviro na področju posesti premoženja zapustnika. Premoženje se nahaja na območju RS, pristojno sodišče za dedovanje po zapustniku je v Nemčiji, posestnik pa nima le težave s komunikacijo s pristojnim sodiščem, temveč tudi s samim veljavnim dednim pravom, ki velja v konkretnem primeru. Sodišče tudi ugotavlja, da kljub določilom uredbe¹³⁹ ni zadostne javne dostopnosti do podatkov, saj morajo sodišča sama pridobivati želene podatke ter zaprosila in odgovore tujih organov prevajati, kar povzroča dedičem dodatne stroške. Isto sodišče se je že soočilo s primerom predložitve evropskega potrdila o dedovanju s strani dedičev, vendar je sodišče postopek ustavilo, ker je bilo o premoženju, ki je predmet zapuščine, že odločeno po tujem organu.

Na tem mestu velja izpostaviti mnenja treh sodišč glede same uredbe. Eno sodišče meni, da so določene zahteve iz predmetne uredbe v praksi težko izvedljive in da je dokaj neprijazna do dedičev, ki se ne nahajajo v državah članicah EU, saj je za dedovanje pristojno sodišče ene od držav članic. Drugo

¹³⁷ Okrajno sodišče na Jesenicah, Okrajno sodišče v Lendavi, Okrajno sodišče v Ljutomeru, Okrajno sodišče v Novi Gorici, Okrajno sodišče v Piranu, podatki za obdobje od sprejetja Uredbe o dedovanju do maja 2018.

¹³⁸ OKS na Jesenicah obravnavalo štiri primere, OKS v Lendavi obravnavalo 30 primerov, OKS v Ljutomeru obravnavalo tri primere, OKS v Novi Gorici obravnavalo od 10 do 15 primerov, OKS v Piranu je obravnavalo približno 10 primerov. Podatki za obdobje od sprejetja Uredbe o dedovanju do maja 2018.

¹³⁹ Glej Uredbo (EU) št. 650/2012, 77. člen.

sodišče je kot pozitivno stran izpostavilo, da se v enem dednem postopku odloči o dedovanju vsega zapustnikovega premoženja, ne glede na to, kje se nahaja. Negativna stran uredbe pa je, da morajo kljub temu dediči dejanski prepis celotnega premoženja na svoje ime urejati v vsaki posamezni državi, kjer se nahaja zapustnikovo premoženje, saj se to ne ureja po uradni dolžnosti in tako ne držijo trditve, da se lahko prepis uredi na enem mestu in v eni državi. Tretje sodišče pa meni, da je poleg odprave mej ta uredba velika pridobitev za EU. Iz tega gre utemeljeno sklepati, da je bila pred uveljavitvijo predmetne uredbe potreba po harmonizaciji dednega prava na ravni EU res nujna.

3.2 Uredba (EU) št. 650/2012 v praksi na pritožbenih sodiščih v Sloveniji

Sodeč po javno dostopnih podatkih, je bilo od uvedbe uredbe pa do danes na drugi stopnji že odločeno v sedmih primerih. Od tega je dva sklepa izdalo Višje sodišče v Kopru, štirih sklepa Višje sodišče v Ljubljani in en sklep Višje sodišče v Mariboru.

- Višje sodišče v Kopru je izdalo:
 - 1. VSK Sklep I Cp 666/2015¹⁴⁰ z dne 29. 3. 2016, s katerim je pritožbo zavrnilo in potrdilo sklep sodišča prve stopnje,
 - 2. VSK Sklep I Cp 682/2016¹⁴¹ z dne 27. 6. 2017, s katerim je pritožbo zavrnilo in potrdilo sklep sodišča prve stopnje.
- Višje sodišče v Ljubljani je izdalo:
 - 1. VSL Sklep II Cp 1299/2017¹⁴² z dne 3. 8. 2017, s katerim je pritožbo zavrnilo in potrdilo sklep sodišča prve stopnje,
 - 2. VSL Sklep II Cp 2567/2017¹⁴³ z dne 7. 2. 2018, s katerim je pritožbi ugodilo, in sicer tako, da se glasi, da Sodišče RS ni pristojno za odločanje v obravnavani zadevi.
 - 3. VSL Sklep II Cp 1455/2018 z dne 7.11.2018, s katerim je pritožbo zavrnilo in potrdilo sklep sodišča prve stopnje¹⁴⁴
 - 4. VSL Sklep I Cp 1967/2018 z dne 6.12.2018, s katerim je pritožbo zavrnilo in potrdilo sklep sodišča prve stopnje¹⁴⁵
- Višje sodišče v Mariboru je izdalo:
 - 1. VSM Sodba I Cp 12/2017¹⁴⁶ z dne 17. 1. 2017, s katero je pritožbo zavrnilo in potrdilo sklep sodišča prve stopnje.

¹⁴⁰ Glej VSK Sklep I Cp 666/2015.

¹⁴¹ Glej VSK Sklep I Cp 682/2016.

¹⁴² Glej VSL Sklep II Cp 1299/2017.

¹⁴³ Glej VSL Sklep II Cp 2567/2017.

¹⁴⁴ Glej VSL Sklep II Cp 1455/2018.

¹⁴⁵ Glej VSL Sklep I Cp 1967/2018.

¹⁴⁶ Glej VSM Sodba I Cp 12/2017.

Po pregledu izdanih odločb višjih sodišč gre ugotoviti, da so bili v večini primerov pritožbeni razlogi, da bi se morala v postopku, ki je tekel pred sodišči prve stopnje – zapuščinska sodišča, uporabljati uredba, vendar je šlo v konkretnih treh primerih za zapuščinsko obravnavo po osebah, ki so umrle pred 17. avgustom 2015, uredba pa v svojem 83. členu jasno določa, da se uporablja za osebe, ki umrejo na dan 17. avgust 2015 ali po tem datumu, zato je sodišče odločilo pravilno in pritožbi zavrnilo. Na tem mestu pa gre izpostaviti še eno odločitev višjega sodišča, ki je pritožbi ugodilo. Sodišče prve stopnje je zapuščinski postopek ustavilo in obrazložilo, da je skladno s 4. členom uredbe za dedovanje v konkretni zadevi pristojno sodišče v Nemčiji, kjer je bilo tudi zapustnikovo stalno bivališče. Pritožnik – dedič pa je v svoji pritožbi navedel, da je prvostopenjsko sodišče spregledalo namen uredbe, ki naj bi bil po njegovem olajšanje postopka dedovanja, prav tako je spregledalo pravico strank o dogovoru o izbiri sodišča, saj sta se pritožnik in njegova hči odločila za pristojnost sodišča za premoženje, ki se nahaja v RS, torej slovensko sodišče. Nadalje je pritožnik še navedel, da je bilo sodišče v Ljubljani nepristojno za odločanje, saj se je nepremičnina, ki je predmet dedovanja, nahajala v Izoli, kar spada pod pristojnost Okrajnega sodišča v Piranu. Sodišče tako postopka ne bi smelo ustaviti, temveč bi moralo izdati sklep, da je nepristojno za odločanje. Zgolj slednjemu je višje sodišče sledilo in tako izdalo sklep, s katerim je pritožbi ugodilo tako, »da bi se moralo sodišče prve stopnje v izreku sklepa na podlagi člena 15 uredbe in drugega odstavka 199. člena Zakona o dedovanju izreči za nepristojno«.¹⁴⁷

3.3 Primerjalno pravni vidik Uredbe (EU) št. 650/2012: Republika Slovenija in Republika Hrvaška

Pravni red Republike Slovenije, tako kot pravni red Republike Hrvaške, izhajata iz enakega pravnega sistema; evropsko-kontinentalnega oziroma rimsko-germanskega pravnega sistema.¹⁴⁸ Poleg tega sta bili obe državi do leta 1991 združeni pod Socialistično federativno republiko Jugoslavijo (v nadaljevanju SFRJ) kot centralistično in unitaristično državo, kar se je poznalo tudi na področju dednega prava. Cigoj je v svojem delu iz leta 1976 takratno stanje opisal kot »unitaristični sistem se vse bolj uveljavlja. /.../ države določajo kot odločilno navezno okoliščino zapustnikovo državljanstvo ob njegovi smrti«.¹⁴⁹ Že v preteklosti se je teorija zavzemala za unitaristični sistem, po katerem naj bi se zapuščina presojala po enem pravu. Zagovorniki te teorije so bili mnenja, da zapuščina po enem zapustniku zahteva enotno obravnavo, v nasprotnem primeru bi bili nekateri dediči prikrajšani, drugi favorizirani.¹⁵⁰ Unitaristično načelo se je uporabljalo tudi v jugoslovanskem pravu, vendar se je v določenih primerih izkazalo za dokaj težavno pri njegovi izvedbi v praksi, kajti »za presojo zapuščine je odločilna *lex nationalis* zapustnika, ne glede na to, kje nepremičnina leži. Določbe dednega zakona veljajo za vse jugoslovanske državljane, ne glede na to, kje je nastopila smrt in kje je bilo premoženje. Za dedovanje po tujih

¹⁴⁷ VSL Sklep II Cp 2567/2017.

¹⁴⁸ Glej Novak, 2010, str. 420–424.

¹⁴⁹ Cigoj, 1976, str. 182.

¹⁵⁰ Glej prav tam, str. 183.

državljanih vedno veljajo določbe zakona tiste države, katere državljan je bil zapustnik ob svoji smrti. *Težava* v izvajanju takšnega unitarističnega načela je, da je težko doseči izvršbo odločbe, ki jo izda država, katere državljan je zapustnik, ki se nanaša na nepremičnino, ki leži na pravnem območju, na katerem velja načelo *legis rei sitae*. Zaradi tega hočejo države unitarističnega načela svoja pravila uveljavljati s predpisovanjem materialne vzajemnosti /.../«. ¹⁵¹ Na tej podlagi se je tudi v našem pravnem redu vzpostavila vzajemnost, enako tudi v pravu RH, oboje pa izhaja še iz pravne ureditve v SFRJ, zato tudi ni velikih razlik med ureditvijo dednega prava pri nas in v RH. Nenazadnje pa je potrebno omeniti na tem mestu še naš zakon o dedovanju, ki je v veljavi že od leta 1976, z nekaterimi kasnejšimi spremembami in dopolnitvami, na drugi strani pa so v RH v letu 2003 sprejeli *Zakon o nasljeđivanju* ¹⁵², ki je bil kasneje prav tako že spremenjen in dopolnjen. Vsebinsko gledano pa med omenjenima zakona ni bistvenih razlik, kar gre mogoče predpisati dokaj homogenemu pravu v času SFRJ.

3.4 Uredba (EU) št. 650/2012 v praksi na pritožbenih sodiščih na Hrvaškem

Po pregledu sodne prakse ¹⁵³ hrvaških sodišč, sta bili na drugi stopnji ¹⁵⁴ od dneva uveljavitve uredbe do danes izdani zgolj dve odločbi, ki se nanašata na predmetno uredbo, kar je dokaj zanimiv podatek, saj bi bilo na število prebivalcev, predvsem izseljenih državljanov (zlasti zaradi vojne v RH v začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja), pričakovano več odločitev.

Prva odločitev je bila izdana s strani Županjskog suda u Zadru dne 13. novembra 2017, opr. št. Gž 1247/16-2, ¹⁵⁵ s katero je pritožbo zavrnilo in potrdilo odločitev Općinskog suda u Puli, opr. št. R2-663/16. Druga odločitev pa je bila izdana s strani Županjskog suda v Šibeniku dne 13. decembra 2017, opr. št. Gž 465/2016-2, ¹⁵⁶ s katero je pritožbo zavrnilo in prav tako potrdilo odločitev Općinskog suda u Puli, opr. št. R2-249/2016. Na podlagi zgolj dveh odločitev na stopnji višjih sodišč oziroma *županjskih sudova*, bi bilo pogumno trditi, da sta poznavanje in uporaba uredbe sodišč prve stopnje oziroma

¹⁵¹ Prav tam, str. 183.

¹⁵² Pred tem je bil v veljavi *Zakon o nasljeđivanju* iz leta 1955, ki je bil leta 1978 dopolnjen z *Zakonom o dopunama Zakona o nasljeđivanju* zgolj z določbami o mednarodni oporoki, več o tem glej Klarić in Verdiš, 2014, str. 703.

¹⁵³ Sudska praksa Vrhovni sud RH, 2019, e-vir.

¹⁵⁴ Na podlagi 2. alineje 13. člena Zakona o sudovina je organizacija rednih sodišč naslednja: *općinski sudovi, županijski sudovi i Vrhovni sud Republike Hrvatske*, pristojnost *županjskih suda* je primerljiva s pristojnostjo naših višjih sodišč.

¹⁵⁵ Več o tem glej odločitev št. Gž 1247/16-2.

¹⁵⁶ Več o tem glej odločitev št. Gž 465/216-2.

općinskih sudova brežhibna. Vendar je pravilno odločitev v edinih dveh primerih potrdilo tudi pritožbeno sodišče. Dejstvo je, da je uredba v uporabi še premalo časa (glede na dolžino trajanja nacionalnih sodnih postopkov), da bi lahko podali pravilno oceno o dejanskem stanju v praksi. Povsem realno je namreč pričakovati, da bodo v prihodnosti pritožbena sodišča pritožbam ugodila, svoja stališča utemeljila in tako na tem področju oblikovala novo sodno prakso.

3.5 Uredba št. 650/2012 v javnosti

V letu 2018 je bila s strani avtorice izvedena¹⁵⁷ identična anketa v javnosti v zvezi s čezmejnimi dedovanjem tako med državljani Republike Slovenije kot tudi državljani Republike Hrvaške. Rezultati opravljene raziskave na območju RS so tako privedli do ugotovitve, da Uredbe (EU) št. 650/2012 t. i. Uredba o dedovanju ne pozna kar 81% vprašanih oziroma zanjo niso še slišali. V primeru, da pa bi se sami znašli v vlogi dediča v postopku dedovanja z čezmejnimi elementom, pa bi se 92% vseh vprašanih poslužilo pravne pomoči pri odvetniku.

Na območju Hrvaške je poznavanje Uredbe (EU) št. 620/2012 bistveno večje, saj je poznana več kot dvema tretjinama vprašanih, približno enak delež¹⁵⁸ vprašanih pa bi se po pomoč, v kolikor bi se sami znašli v vlogi dediča v postopku dedovanja z čezmejnimi elementom, obrnilo na odvetnika.

4 Zaključek

Tri leta uporabe Uredbe (EU) št. 650/2012 je relativno kratek čas, da bi bilo mogoče suvereno govoriti o vseh donosih uredbe in o oblikovanju sodne prakse. Pritožbena sodišča v Sloveniji so v zvezi s postopki, ki se nanašajo na predmetno uredbo izdala sedem odločitev, na Hrvaškem, je bilo teh odločitev bistveno manj. Ob upoštevanju informacij, pridobljenih s strani okrajnih sodišč, je mogoče ugotoviti, da so sodniki, z uredbo dodobra seznanjeni in jo uporabljajo v postopkih, ki se nanjo nanašajo. Ocenjujejo jo kot dobre pravni akt. Vendar pa se ob upoštevanju mnenj prvostopenjskih sodišč, lahko zavzame stališče tudi stališče, da pa predhodno navedeno ne gre trditi tudi za odvetnike. Razlog zakaj je temu tako, gre lahko pripisati dejstvu, da se kljub več kot triletni uporabi uredbe, odvetniki v praksi z njo (pre)malo srečujejo. To obdobje pa je vendarle (pre)kratko za dejansko oziroma natančnejšo evalvacijo same uredbe, zato je tudi razumljivo, da ima Komisija, na podlagi določila uredbe, dolžnost organom EU, predložiti poročilo o uporabi uredbe, šele po desetletju od njene uporabe. Takrat se bo namreč jasnenje videlo kakšne so ne le prednosti, temveč tudi pomanjkljivosti uredbe in kaj bi bilo potrebno spremeniti.

5 LITERATURA

¹⁵⁷ Anketa o poznavanju dednega prava in uredbe je bila opravljena anonimno, in sicer prek spletne aplikacije En klik anketa: <https://www.1ka.si/>.

¹⁵⁸ 66 % vseh vprašanih.

5.1 SAMOSTOJNE PUBLIKACIJE

Cigoj, S. (1976). Mednarodno zasebno pravo (pravna razmerja z inozemskimi elementi). Ljubljana: Uradni list SRS.

Klarić, P. in Vedriš, M. (2014). Građansko pravo. Zagreb, Narodne novine.

Novak, M. (2010). Uvod v pravo. Nova Gorica: Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici.

Zupančič, K., in Žnidaršič Skubic, V. (2009). *Dedno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

Evropski parlament. (2008). Forum o pravosodnem sodelovanju v civilnih zadevah: razprava z nacionalnimi parlamenti, 2. december 2008. URL: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/755/755341/755341sl.pdf, 13. 5. 2019.

5.2 PRAVNI VIRI

Izvedbena uredba Komisije (EU) št. 1329/2014 z dne 9. decembra 2014 o obrazcih iz Uredbe (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju.

Mnenje Evropskega ekonomsko-socialnega odbora o zeli knjigi o dedovanju in oporokah (KOM 2005) 65 končno. 3. 2. 2006. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A52005AE1242>, 12. 5. 2019.

Odločitev št. Gž 1247/16-2, URL: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionText?id=090216ba807d1721&q=G%C5%BE+1247%2F16-2>, 15. 5. 2019.

Odločitev št. Gž 465/216-2, URL: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionText?id=090216ba807f0169&q=G%C5%BE+465%2F216-2>, 15. 5. 2019.

Pogodba o delovanju Evropske unije. Uradni list Evropske unije C 326, Zvezek 47, 26. 10. 2012.

Rimska pogodba. 25. marec 1957. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023>, 10. 5. 2019.

Sklepi predsedstva z dne 4. in 5. novembra 2005. 5.11.2005 URL: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14292-2004-INIT/sl/pdf> 12. 5. 2019.

Sudska praksa Vrhovni sud Republike Hrvatske. URL: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/home>, 13. 5. 2019.

The European Network of the Registers of Wills Association. URL: <http://www.arert.eu/?lang=en>. 12. 5. 2019.

Uredba (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju.

VSK I Cp 666/2015, Sklep Višjega sodišča v Kopru, 29.3.2016, ECLI: SI: VSKP:2016:I.CP.666.2015.

VSK, I Cp 682/2016, Sklep Višjega sodišča v Kopru, 27.6.2017, ECLI:SI:VSKP:2017:I.CP.682.2016.

VSL, I Cp 1967/2018, Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, 6.12.2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:I.CO.167.2018.

VSL, II Cp 1299/2017, Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, 3.8.2017, ECLI:SI:VSLJ:2017:II.CP.1299.2017.

VSL, II Cp 1455/2018, Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, 7.11.2018, ECI:SI:VSLJ:2018:II.CP.1455.2018.

VSL, II Cp 2567/2017, Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, 7.2.2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:II.CP.2567.2017.

VSM, I Cp 12/2017, Sodba Višjega sodišča v Mariboru, 17.1.2017, ECLI:SI:VSMB:2017:I.CP.12.2017.
Zakon o sudovima. NN 122/2010.

Zelena knjiga o dedovanju in oporokah KOM (2005) 65 končno. Komisija Evropskih skupnosti, Bruselj, 2005. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A52005DC0065>, 12. 5. 2019.

TANKA MEJA MED PREHRANSKIM DODATKOM, ZDRAVILOM IN PREPOVEDANO SNOVJO

Žan Marinkovič¹⁵⁹

Povzetek: Ureditev prehranskih dodatkov in zdravil se je skozi zgodovino pogosto spreminjala. V prispevku je predstavljen pregled razvoja pravnih aktov skozi zgodovino takratne Evropske skupnosti oziroma današnje Evropske unije. Skozi leta je bilo sprejeto večje število direktiv, uredb, smernic in pojasnil, katere so spreminjale ureditev zdravil, prehranskih dodatkov in razlik med njimi. Omenjena je problematika direktiv in posledična neharmonizirana ureditev, ki škoduje tako potrošnikom kot proizvajalcem. Predstavljena je tudi ureditev prehranskih dodatkov v ZDA. Podrobno je predstavljena definicija zdravil in prehranskih dodatkov ter dejstvo, da en izdelek ne more spadati v obe kategoriji (živilo/zdravilo). Predstavljeno je dejstvo, da bi za doseg popolnega nadzora bilo potrebno sestaviti izčrpn seznam vseh skupin snovi, ki so lahko dodane živilom za posebne prehranske namene, kar pa v tej fazi ni mogoče. Predstavljena je problematika arbitrarnega priznavanja najnovejših zdravstvenih spoznanj in možnost manipulacije pri sestavi le teh. V nadaljevanju prispevka je predstavljen primer efedre in efedrina. Opisana je zgodovina substance, prvotno mišljena uporaba in učinki. Predstavljena je zgodovina in razvoj pravne ureditve efedre in efedrina v ZDA in Evropski uniji (kdaj je bila prepovedana, prodajana kot prehranski dodatek,...) Obrazloženo je dejstvo, da je efedrin predhodnik bolj strogo urejenega metamfetamina in posledica, da je ureditev zaradi tega bolj stroga. V nadaljevanju so predstavljeni podatki različnih raziskav, anket in študij, ki so preučevale uživanje in popularnost efedrina med športniki. Omenjeni so novi prehranski dodatki, ki se trenutno pojavljajo na trgu in vsebujejo efedro. Članek se zaključuje z vprašanjem smiselnosti tako stroge ureditve in dejstvom, da je efedrin prosto dostopen v obliki tablet in ga je mogoče kupiti brez recepta v Kanadi.

Ključne besede: prehranski dodatki, zdravila, pravna ureditev zdravil, pravna ureditev prehranskih dodatkov, efedrin

Abstract: Regulation of food supplements and drugs is ever-changing throughout history. In this article the overview of development of legal acts in former European Economic Community and in European Union is presented. Over years many regulations, directives, decisions, recommendations and opinions changed legislation of drugs, food supplements and their differences. The problem of these directives is a non-harmonious arrangement which negatively impacts both the consumer and provider. USA food supplements legislation is also presented. Definitions of drugs and food supplements and the fact, that a product cannot fall into both categories is explained in detail. To achieve complete oversight there should be a detailed list of all substance groups that can be added to foods for special dietary purposes – and that is at this stage impossible. Issue of arbitrary approval of newest healthcare findings and the possibility of manipulation of their composition is presented. Next, the example of ephedra and ephedrine is presented. Described are the history of substance, primarily intended use and effects. The history and development of legislation of ephedra and ephedrine in USA

¹⁵⁹ Študent doktorskega študija prava na Evropski pravni fakulteti, Nova univerza; zaposlen kot odvetniški pripravnik pri odvetniški pisarni Mojca Furlan, e-mail: zan.marinkovic@gmail.com.

and European Union is presented (when it was first prohibited, sold as a food supplement,...) The fact that ephedrine is a precursor of heavily regulated methamphetamine leads to stricter regulation of ephedrine itself. Furthermore the data of various research, surveys and studies that examine use and popularity of ephedrine amongst sportsman is presented. Mentioned are new food supplements that emerge on the market and contain ephedra. The article concludes with a question whether such strict regulation is reasonable, especially in the light of the fact that ephedrine is readily available in a form of tablets and can be bought over the counter in Canada.

Key words: food supplements, drugs, drug legislation, food supplements legislation, ephedrine

1 Uvod

Ureditev prehranskih dopolnil je skozi zgodovino dosegla veliko sprememb. Bivša Evropska skupnost oziroma zdajšnja Evropska unija je skozi leta izdala večje število direktiv, uredb in smernic, s katerimi je skušala urediti problematiko označitve zdravil in prehranskih dopolnil. Do problemov prihaja, ker poleg splošne generalne ureditve snovi lahko podrobneje zakonsko ureja vsaka država članica. Evropska unija je strmela k popolni ureditvi in izčrpni navedbi vseh snovi, to pa se je s časom in izkušnjami izkazalo za misijo nemogoče. Posledično sledi, da je na trgu vedno nek delež dvomljivih snovi, ki ne vemo, kam bi jih uvrstili. V tem prispevku bom v nadaljevanju na primeru poizkušal predstaviti problematiko trenutne ureditve.

2 Definicija prehranskih dopolnil

Direktiva 2002/46/ES prehranska dopolnila definira kot živila za dopolnjevanje običajne prehrane, ki so zgoščeni viri hranil ali drugih snovi s hranilnim ali fiziološkim učinkom, sami ali v kombinaciji, in se dajejo v promet v odmerkih, to je v obliki npr. kapsul, pastil, tablet, pilul in drugih podobnih oblikah, vrečkah s praškom, ampulah s tekočino, kapalnih stekleničkah in drugih podobnih oblikah tekočine in praška za vnos v odmerjenih majhnih količinah.

Oznaka prehranskega dopolnila more vsebovati naslednje podatke: (a) imena kategorij hranil ali drugih snovi, ki so značilne za proizvod, ali navedbe o lastnostih teh hranil ali drugih snovi; (b) za dnevno zaužitje priporočeno količino proizvoda; (c) opozorilo, naj se navedeni priporočljiv dnevni odmerek ne prekorači; (d) navedbo, naj se prehranska dopolnila ne bi uporabljala kot nadomestilo za pestro prehrano; (e) navedbo, naj proizvodi ne bodo dosegljivi otrokom.¹⁶⁰

En izdelek ne more spadati v obe kategoriji (živilo/zdravilo). Razlikovanje teh dveh je zelo pomembno, saj zdravila potrebujejo posebno odobritev pred izdajo na trg, kar pa terja veliko časa in denarja. Na drugi strani pa so živila lahko izdana na trg brez posebne odobritve.¹⁶¹ Podobno meni Dr. Streso in v

¹⁶⁰ Direktiva ES 2002/46/ES.

¹⁶¹ Lachenmeier et al., 2012, str. 286.

svojem članku opiše razlikovanje postopka izdaje zdravila ter prehranskega dodatka na trg EU. Za izdajo zdravila na trg članice EU, mora pri vsaki odobriti zdravilo pristojni organ. Potrebno je veliko študij, ki dokazujejo varnost in učinkovitost. Povprečno to traja leto in pol do treh let. Iz tega izhaja, da razvoj in izdaja zdravila traja dolgo in veliko stane. Ravno obratno pa je izdaja prehranskega dodatka dosti enostavnejša, lahko se izda na trg takoj, vendar pa je proizvajalec, oziroma uvoznik le odgovoren za varnost izdelka. V primeru ugotovitve, da je izdelek nevaren, oziroma spada v kategorijo zdravil, se mora takoj umakniti z trga.¹⁶²

3 Ureditev na ravni EU

Starejša Direktiva 65/65/EEC je definirala zdravilo kot vsako substanco ali kombinacijo substanc za zdravljenje ali preprečevanje bolezni pri ljudeh ali živalih.¹⁶³

14. člen trenutno veljavne uredbe ES 178/2002 določa, da se živila, ki niso varna, ne smejo dajati v promet. V nadaljevanju določa, da živilo ni varno, če se smatra, da je škodljivo za zdravje. Pri odločanju, ali je neko živilo varno ali ni, se upoštevajo običajni pogoji uporabe živila s strani potrošnika, informacije, ki jih je potrošnik prejel, vključno z navedbami na oznaki, ali druge informacije, ki so običajno na voljo potrošniku o preprečevanju posebnih neželenih vplivov nekega živila ali skupine živil na zdravje. Pri odločanju, ali je živilo škodljivo za zdravje, pa se upoštevajo učinki živila na zdravje osebe, ki živilo uživa, pa tudi na poznejše rodove, verjetni kumulativni toksični učinki in posebna zdravstvena preobčutljivost posebnih skupin potrošnikov, kadar je živilo namenjeno tej skupini.¹⁶⁴

Že v prejšnjem poglavju omenjena Direktiva 2002/46/ES v uvodu sprva navaja, da je v Skupnosti vse več proizvodov, ki se dajejo v promet kot živila, ki vsebujejo zgoščene vire hranil in se predstavljajo kot dopolnilo pri vnosu teh hranil z običajno prehrano, in da se potrošniki se lahko zaradi svojega posebnega načina življenja ali iz drugih razlogov odločijo, da dopolnijo vnos nekaterih hranil s prehranskimi dopolnili. Direktiva prav tako v nadaljevanju navaja da morajo proizvedeni, da bi zagotovili visoko raven varstva potrošnikov in jim olajšali izbiro, dani v promet, biti varni in zadostno ter ustrezno označeni.¹⁶⁵ Potrebno je opozoriti, da pri zadnjih treh zahtevah pogosto prihaja do problemov.

Pogosto je zaradi zlorabe in obida zakonskih določil prišlo do nepravilne in nezadostne označitve proizvodov, kar bom v nadaljevanju podrobneje predstavil na primeru sestavine efedre oziroma efedrina. Proizvajalci prehranskih dopolnil v nekaterih močno prodajanih primerih niso ustrezno

¹⁶² Streso, 2005, str. 6.

¹⁶³ Direktiva EEC 65/65.

¹⁶⁴ Uredba ES 178/2002.

¹⁶⁵ Direktiva ES 2002/46/ES.

označili vseh sestavin oziroma so jih zamolčali, prav zaradi učinkov, ki jih je prinesla neoznačena sestavina, zaradi katere pa je bil izdelek popularen in uspešen med potrošniki.¹⁶⁶

Prej omenjena Direktiva v nadaljevanju navaja, da prehranska dopolnila lahko vsebujejo širok izbor hranil in drugih sestavin, vključno z vitamini, minerali, aminokislinami, osnovnimi maščobnimi kislinami, vlakni in raznimi rastlinskimi in zeliščnimi ekstrakti, vendar pa ne omejeno samo na te.¹⁶⁷ Direktiva torej dopušča razne rastlinske in zeliščne ekstrakte, ki so verjetno najbolj sporni in premikajo tanko linijo med zdravilom, dopolnilom in legalnostjo le teh. Iz jezikovne razlage lahko razberemo, da prehranska dopolnila niso omejena le na zgoraj navedene, lahko gre za vse sestavine.

Uredba EU 609/2013 je razveljavila večje število prejšnjih, starejših pravnih aktov Evropske unije in njenih predhodnic, ki so urejali področje prehranskih dodatkov in živil in se v 10. odstavku sklicuje na poročilo o študiji, ki ga je pripravila Agra CEAS Consulting in obravnava Direktive 2009/39/ES potrjuje ugotovitve poročila Komisije z dne 27. junija 2008 o izvajanju postopka obveščanja ter navaja, da se danes vse več živil trži in označuje kot živila za posebne prehranske namene in sicer zaradi široke opredelitve pojma iz navedene direktive. Poročilo o študiji tudi poudarja, da se živila, za katera se uporablja navedena direktiva, znatno razlikujejo med državami članicami; podobna živila se v različnih državah članicah lahko istočasno tržijo kot živila za posebne prehranske namene in/ali kot živila za običajno prehrano, vključno s prehranskimi dopolnili. Poročilo o študiji hkrati navaja, da tako stanje škoduje delovanju notranjega trga, ustvarja pravno negotovost za pristojne organe, nosilce živilske dejavnosti, zlasti za mala in srednje velika podjetja (MSP), in potrošnike, pri tem pa ni mogoče izključiti tveganj zlorab pri trženju in izkrivljanja konkurence. Zato je treba različne razlage odpraviti s poenostavitvijo regulativnega okolja.¹⁶⁸

Kot vidimo gre za pereč problem Evropske unije, pri katerem bo za ureditev potrebno tesno sodelovanje vseh članic. Za doseg popolnega nadzora bi bilo potrebno sestaviti izčrpan seznam vseh skupin snovi, ki so lahko dodane živilom za posebne prehranske namene, kar pa v tej fazi ni mogoče, kar izhaja tudi iz 2. odstavka uvoda že razveljavljene Uredbe ES 953/2009. Dejstvo je, da se vsakodnevno pojavljajo nove sestavine v prehranskih dodatkih in bi jih bilo zelo težko urejati z zadostno ažurnostjo, saj so prehranski dodatki do prepovedi, v prosti prodaji izdani s strani proizvajalcev in se prodajajo v trgovinah, lekarnah in so prosto dostopne vsem potrošnikom. Na drugi strani pa lahko ureditev prepovedi novih snovi primerjamo s klasičnimi prepovedanimi drogami, katere se že v osnovi prodajajo na črnem trgu nadomestki že prepovedanim klasičnim drogam.

Slovenija je Evropske direktive implementirala in razvrščanje prehranskih dodatkov ter zdravil uredila s 7. členom ZZDR-2, ki določa da Javna agencija Republike Slovenije za zdravila in medicinske pripomočke (v nadaljevanju JAZMP) o opredelitvi s posebnim ugotovitvenim postopkom na podlagi

¹⁶⁶ Glej primer DS Craze.

¹⁶⁷ Direktiva ES 2002/46/ES.

¹⁶⁸ Študija Agra CEAS Consulting.

vloge proizvajalca ali poslovnega subjekta, ki opravlja oziroma namerava opravljati promet z izdelkom iz prejšnjega odstavka, ali po uradni dolžnosti, ugotovi ali izdelek sodi v opredelitev zdravila ali izdelka, ki je predmet drugih predpisov. Pri tem JAZMP upošteva: kakovostno in količinsko sestavo izdelka, namen in način uporabe, ali ima izdelek oziroma njegove sestavine farmakološko, imunološko ali metabolično delovanje, ali se izdelku pripisujejo neposredni ali posredni učinki za zdravljenje, preprečevanje ali diagnosticiranje bolezni, predstavitev izdelka in vtis, ki ga izdelek naredi na končnega uporabnika oziroma kupca, možne neželene učinke in povezana tveganja za posameznika in za javno zdravje, poznavanje izdelka pri končnih uporabnikih oziroma kupcih, najnovejša znanstvena spoznanja in smernice Evropske unije.¹⁶⁹

Tukaj lahko vidimo, da je v naš pravni red sprejeta definicija farmakološkega, imunološkega ali metaboličnega delovanja, ki ga prvič navede Direktiva 2004/27/ES, katera je spremenila Direktivo 2001/83/ES. Vendar pa je upoštevanje najnovejših znanstvenih spoznanj lahko dvorezni meč, saj je možno da so določene raziskave financirane s strani proizvajalcev prehranskih dodatkov in so rezultati prirejeni, oziroma je celotna raziskava narejena njim v prid. Prav tako dopušča možnost arbitrarnega odločanja pri priznavanju kredibilnosti znanstvenim spoznanjem (raziskavam). Iz tega izhaja, da ni izključeno, da neka država članica šteje lastnost zdravila glede na zdravilno učinkovino za ugotovljeno, medtem ko druga država članica meni, da na podlagi sedanjih znanstvenih ugotovitev ni dokazano, da gre za zdravilo glede na zdravilno učinkovino. Nezavezujoče smernice s strani JAZMP prav tako navajajo, da je v določenem številu mejnih primerov v nekaterih državah članicah tako trženje izdelka dovoljeno na podlagi živilskega prava, medtem ko je isti izdelek v drugih državah članicah opredeljen kot zdravilo. Okoliščina, da je izdelek v drugi državi članici uvrščen med živila, ne preprečuje njegove uvrstitve med zdravila v državi članici uvoza, če izkazuje določene značilnosti zdravila. Zlasti v primerih, ko se rastlinski ekstrakti uporabljajo hkrati v prehranskih dopolnilih in pri pripravi zdravil, predvsem tradicionalnih zdravil rastlinskega izvora, je potreben pristop za vsak primer posebej.¹⁷⁰

4 Ureditev v ZDA

Trenutno ureditev prehranskih dodatkov v ZDA ureja pravni akt iz leta 1994 (The Dietary Supplement Health and Education Act of 1994, v nadaljevanju: DSHEA). Prehranske dodatke definira kot izdelek, ki vsebuje eno ali več naslednjih sestavin: vitamine, minerale, rastlinske in zeliščne ekstrakte, aminokislino, ostale sestavine ki dopolnjujejo prehrano, ekstrakt prej navedenih sestavin.¹⁷¹

Pred aktom DSHEA je področje prehranskih dodatkov v ZDA delno urejal akt iz leta 1990 (Nutrition Labeling and Education Act, v nadaljevanju: NLEA). Ta je bil s sprejemom DSHEA leta 1994 delno razveljavljen v delu kjer je proizvajalcem na etikete prehranskih dodatkov dovoljeval navajati pozitivne učinke o zdravljenju bolezni brez potrditve agencije U.S. Food & Drug Administration (v nadaljevanju:

¹⁶⁹ 7. člen ZZDR-2.

¹⁷⁰ Smernice za opredelitev izdelkov marec 2018 JAZMP.

¹⁷¹ Povzeto po: The Dietary Supplement Health and Education Act of 1994 (DSHEA, or the Act).

FDA). Obratna pa je situacija z trenutno veljavnim aktom DSHEA, po katerem lahko proizvajalci prehranskih dodatkov navajajo le splošne navedbe (izdelek pozitivno vpliva na telo in počutje, saj pomanjkanje sestavine lahko pripelje do...). Tudi te splošne navedbe morajo proizvajalci prehranskih dodatkov agenciji FDA podkrepiti z dokazi in sicer v 30 dneh po izdaji produkta na trg. Akt DSHEA tudi navaja, da mora etiketa prehranskega dodatka vsebovati splošno obvestilo »te trditve niso preverjene/potrjene s strani FDA« in »ta izdelek ni namenjen zdravljenju in preprečevanju bolezni«. Akt DSHEA navaja, da mora etiketa prehranskega dodatka navajati vse sestavine in njihovo količino. V primeru, da gre za lastniško mešanico, kar je v ZDA pogosto, je lahko navedena le celotna količina vseh sestavin. Akt dovoljuje tudi izdajo prehranskega dodatka brez navedbe priporočljivega dnevnega odmerka, mora pa vsebovati vrednost posameznih sestavin prehranskega dodatka na odmerek. Pri zeliščih in rastlinah, mora biti navedeno kateri del zelišča/rastline je uporabljen (listi, steblo, korenine,...). Akt DSHEA ureja tudi nove sestavine prehranskih dodatkov na trgu. Po definiciji akta DSHEA je nova sestavina prehranskega dodatka vsaka sestavina, ki ni bila na trgu ZDA pred 10.15.1994. V primeru, da »nova« sestavina ni že prisotna v hrani, mora proizvajalec izdelka, ki vsebuje novo sestavino, podatke o varnosti nove sestavine posredovati agenciji FDA vsaj 75 dni pred izdajo na celotnem trgu ZDA.¹⁷²

ZDA je na področju ureditve prehranskih dodatkov imela manj sprememb kot EU. Leta 1914 je vrhovno sodišče ZDA v sodbi ZDA v. Lexington Mill and Elevator Company, eni izmed prvih sodb glede ureditve prehrane, povedalo da je dokazno breme na strani ZDA, ki mora dokazati proizvajalcu, da je določena sestavina nevarna za ljudi.¹⁷³

Praksa dokaznega bremena na strani ZDA je skozi leta ostala in po aktu DSHEA mora agencija FDA v sodnem postopku dokazati nevarnost prehranskega dodatka. Agenciji ni potrebno dokazati, da je prišlo do zastrupitve, zadošča že, da obstaja možnost zastrupitve. Agencija mora pred prijavo spornega prehranskega dodatka državnemu tožilstvu, podati desetdnevni rok proizvajalcu, da se izjasni o zadevi, razen, če gre za neposredno nevarnost javnemu zdravju, katero pa akt DSHEA ne konkretizira. V ZDA so te postopki dolgotrajni, ves čas pa je lahko sporen prehranski dodatek na trgu. Problem nastane tudi, ker za veliko sestavin ni splošno priznanih testov za natančno analizo in posledično agencija FDA težko dokaže morebitno nevarnost prehranskega dodatka.¹⁷⁴

5 Primer Efedra/Efedrin

Efedra je zelišče, ki se uporablja na Kitajskem že tisoče let. Efedrin je bil prvič izoliran v letu 1885 na Japonskem. Vrsto let je uporaba in raziskovanje le tega hibernirala, do leta 1920. Takrat so ugotovili

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Sodba Vrhovnega sodišča ZDA United States v. Lexington Mill & Elevator Co., 232 U.S. 399 (1914).

¹⁷⁴ Ibid.

zdravilne učinke za uporabo proti astmi, saj je možna oralna uporaba, za razliko od adrenalina, ki se vbrizga intramuskularno.¹⁷⁵

Številne študije so pokazale da efedrin deluje in je v pomoč pri izgubljanju telesne teže.¹⁷⁶

Uredba EU 2015/403 pravi da Agencija zaradi pomanjkanja ustreznih podatkov o toksičnosti ne more podati mnenja o dnevem vnosu zelišča Efedra in njegovih pripravkih iz vseh živil, ki ne bi pomenil tveganja za zdravje ljudi. Kljub temu je ugotovila, da skupna izpostavljenost efedrinim alkaloidom ali efedrinu v živilih, zlasti v prehranskih dopolnilih, lahko povzroči resne škodljive učinke na kardiovaskularni in centralni živčni sistem (kot sta hipertenzija in kap), ki se lahko povečajo v kombinaciji s kofeinom (kot se je večinoma pri populaciji za namene hujšanja uporabljala). Zato predstavlja uporaba zelišča Efedra in njegovih pripravkov, ki vsebujejo efedrine alkaloidne, v živilih resno tveganje za zdravje ljudi.¹⁷⁷

Efedrin in psevdofedrin sta kemični snovi, ki se uporabljata pri proizvodnji zdravil za prehlad ali alergije. Ti dve snovi sta tudi glavni predhodni sestavini pri proizvodnji metamfetamina. Da bi se preprečilo preusmerjanje z zakonitega trgovanja z njimi v proizvodnjo prepovedanih drog, je bil vzpostavljen poseben regulativni okvir za prepoznavanje sumljivih poslov. Vendar to ne velja za zdravila, ki vsebujejo efedrin ali psevdofedrin. Ker je mogoče efedrin in psevdofedrin, ki ju vsebujejo zdravila, enostavno ekstrahirati (z uporabo poceni doma izdelane opreme in z enostavnim kemijskim postopkom), sta zelo privlačna za trgovce s prepovedanimi drog, saj sta vir predhodnih sestavin za nezakonito proizvodnjo metamfetamina.¹⁷⁸

Ob upoštevanju resnega tveganja za varnost, povezanega z uporabo zelišča Efedra in njegovih pripravkov v živilih, zlasti v zvezi z izpostavljenostjo efedrinim alkaloidom v prehranskih dopolnilih, in ob upoštevanju, da ni mogoče določiti dnevnega vnosa zelišča Efedra in njegovih pripravkov, ki ne bi pomenil tveganja za zdravje ljudi, bi bilo treba uporabo navedene snovi v živilih prepovedati. Zato bi bilo treba zelišče Efedra in njegove pripravke vključiti v del A Priloge III k Uredbi (ES) št. 1925/2006. V delu A se je dodal naslednji vnos: »Zelišče Efedra in njegovi pripravki iz vrste Efedra.«¹⁷⁹

V ZDA leta 1971, je predpis Controlled Substances Act (CSA) delno uredil trg prepovedanih drog. Efedrin je bil izvzet v tem aktu, saj se je pravni akt osredotočil le na nevarnejše droge. Zakonodajalec je menil,

¹⁷⁵ M. Lee, 2011, str. 78.

¹⁷⁶ Glej Ephedra and Ephedrine Alkaloids for Weight Loss and Athletic Performance (e-vir).

¹⁷⁷ Uredba EU 2015/403.

¹⁷⁸ Spremeni dokument k Uredbi Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Uredbe Sveta (ES) št. 111/2005.

¹⁷⁹ Uredba EU 2015/403.

da bo možno preprečiti uporabo z osveščanjem uporabnikov. Sledili sta dve negativni posledici, saj je efedrin predhodnik bolj strogo urejenega metamfetamina, ima podobne učinke in takoj obstaja velika možnost zlorabe. Na drugi strani pa v primeru, ko določena sestavina ni skrbno nadzorovana, težko ugotoviti zlorabo.¹⁸⁰ Dolga leta je bil velik problem kako urediti problem prodaje. Ni šlo samo za bitko med prehrabnimi agencijami in proizvajalci, vmešani so bili tudi potrošniki, ki so zahtevali produkt.¹⁸¹ Zadeva se je končala tako da je v letu 2004 v ZDA, FDA prepovedala prodajo izdelkov, ki vsebujejo efedrin, vendar je bila v 2005 ponovno dovoljena, ko je sodba okrožnega (district) sodišča navajala, da FDA ni dokazala, da bi male doze predstavljale nepredstavljivo tveganje (unreasonable risk). V enem letu je bila ta odločitev ponovno spremenjena in je sestavina ponovno bila umaknjena iz proste prodaje.¹⁸²

Večina produktov, ki so vsebovala efedro, so bila namenjena izgubi telesne teže. Kljub poizkusom omejitev prodaje, so proizvajalci nenehno našli nove načine trženja, nekatere niso niti imele efedre najavljene kot sestavine, kaj šele opozorila in potrošniki sploh niso vedeli, kaj uživajo. V letu 2003 je FDA prejela že ogromno število prijav in podatkov nesreč kot so srčni infarkt, možganska kap in tudi smrt. Prodaje vseeno niso prepovedali. Statistika iz leta 2002 kaže, da je 3.9% odraslih v ZDA je uživalo efedro, predvsem športniki.¹⁸³ Nekaj let kasneje je bila izvedena nova študija med 139 hokejisti študentske lige. Več kot polovica (51.8%) jih je potrdila uživanje raznih stimulantov pred tekmo. Malo manj kot polovica jih je potrdila uživanje efedre (48.5%) vsaj enkrat v namene izboljšanja športnih zmogljivosti. 17.4% jih je potrdilo uživanje psevdoefedrini v zadnjih 30 dneh. Več kot polovica (55.4%) jih je vedela, da je snov prepovedana. 59% jih je povedalo, da zaradi prepovedi substanco manj uporabljajo.¹⁸⁴

Avtor meni, da je rezultat 17.4% uživalcev psevdoefedrini zaskrbljujoč. Sestavina psevdoefedrin se pojavlja v zdravilih, ki so v prosti prodaji, v zelo majhnih količinah (psevdoefedrin ima približno 3x manjši učinek kot efedrin, za športne namene mora biti količina visoka), ki vsebujejo še veliko drugih sestavin, ki imajo lahko stranske učinke, saj morajo za doseg zadostne količine psevdoefedrini zaužiti večjo količino celotnega zdravila. Posluževanje takšnih rešitev ni smiselno.

¹⁸⁰ Palamar, 2011, str. 3.

¹⁸¹ Ibid, str. 5.

¹⁸² Ibid, str. 7.

¹⁸³ Ibid, str. 4, 5.

¹⁸⁴ Bents, Marsh, 2006, str. 641, 642.

6 Zaključek

Trenutni status in pravna ureditev prehranskih dodatkov, zdravil, efedre in efedrina je povprečnemu športniku nejasna. Efedrin je v EU in ZDA prepovedan v prosti prodaji, oziroma omejen na izdajo z receptom. V Sloveniji je gonja proti efedrinu šla tako daleč, da efedrina v obliki tablet ni možno dobiti tudi na recept, možna je le izdaja zdravila v ampulah. Po drugi strani pa ga je iz Kanade v tabletah možno enostavno kupiti brez recepta v obliki tablet do 8mg snovi.¹⁸⁵ Prav tako so se na trgu pred kratkim pojavili novi prehranski dodatki, ki vsebujejo ime ECA (pogosto pri športnikih uporabljena kombinacija efedrina, kofeina in aspirina). Ti prehranski dodatki vsebujejo ekstrakt efedre brez alkaloidov efedrina, kofein in dodano zelišče kot nadomestek aspirina za redčenje krvi. V ZDA so takšni prehranski dodatki dovoljeni, saj so prepovedani samo alkaloidi efedrina¹⁸⁶, drugačna pa je situacija v EU, kjer se prav tako pojavljajo prej navedeni prehranski dodatki z efedro. Na trgu so nelegalno in bi jih bilo treba odstraniti, saj je kot že doslej omenjena Uredba EU 2015/43 navedla zelišče efedra in vse njegove pripravke iz vrste efedra.

Vse to na trgu povzroča nejasnosti, prav tako lahko pride do zlorabe in po določenem časovnem obdobju, prepovedana sestavina ponovno pride nazaj na trg. Avtor meni da omejitve dostopa do efedrina, ki je predhodna sestavina bolj nevarnih prepovedanih drog so v boju proti drogam smiselne, pri uporabi kot prehranski dodatek namenjen športnikom pa ne. Uporabniki so zato primorani se posluževati nepreverjenih drugih snovi, ki jih je na trgu lažje pridobiti, so pa lahko zdravju nevarnejši (DNP...)

7 Literatura in viri

7.1 Monografske publikacije

K. Streso, 2005, Demarcation of Medicinal Products and Food in the European Union – Focus: Food Supplements, Bonn.

7.2 Članki v revijah

Dirk W. Lachenmeier, et al., 2012, What is a food and what is a medicinal product in the European Union? Use of the benchmark dose (BMD) methodology to define a threshold for »pharmacological action«. *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, let. 64, str. 286–295.

M. Lee, 2011, The history of Ephedra (ma-huang). *J R Coll Physicians Edinb*, let. 41, str. 78–84.

J. Palamar, 2011, How ephedrine escaped regulation in the United States: A historical review of misuse and associated policy. *Health Policy*, let. 99, str. 1–9.

R. T. Bents, E. Marsh, Patterns of Ephedra and Other Stimulant Use in Collegiate Hockey Athletes, 2006. *International Journal of Sport Nutrition and Exercise Metabolism*, let. 16, str. 636–643.

¹⁸⁵ Chatta.

¹⁸⁶ FDA smernice.

I. S. Chattha, 2011, Health Canada Ban on Ephedrine – A Post-ban Assessment of Effectiveness. *Medicine*, str. 46–49.

7.3 Pravni viri

Direktiva 2002/46/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 10. junija 2002 o približevanju zakonodaj držav članic o prehranskih dopolnilih.

Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action relating to proprietary medicinal products.

Uredba (ES) št. 178/2002 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 28. januarja 2002 o določitvi splošnih načel in zahtevah živilske zakonodaje, ustanovitvi Evropske agencije za varnost hrane in postopkih, ki zadevajo varnost hrane.

Zakon o zdravilih (ZZdr-2), Uradni list RS, št. 17-539/2014 z dne 7. 3. 2014.

Smernice za opredelitev izdelkov, ki lahko hkrati sodijo v opredelitev zdravila in izdelka, ki je predmet drugih predpisov za uporabo pri ljudeh, 2018, Javna agencija RS za zdravila in medicinske pripomočke.

Uredba Komisije (EU) 2015/403 z dne 11. marca 2015 o spremembi Priloge III k Uredbi (ES) št. 1925/2006 Evropskega parlamenta in Sveta glede vrste Ephedra in johimbe (Pausinystalia yohimbe (K. Schum) Pierre ex Beille).

Final Rule Declaring Dietary Supplements Containing Ephedrine Alkaloids Adulterated Because They Present an Unreasonable Risk, A Rule by the Food and Drug Administration on 02/11/2004.

The Dietary Supplement Health and Education Act of 1994 (DSHEA, or the Act).

7.4 Sodna praksa

Sodba Vrhovnega sodišča ZDA United States v. Lexington Mill & Elevator Co., 232 U.S. 399 (1914).

7.5. Spletni viri

European Commission Directorate General for Health and Food Safety, Study on food intended for Sportspeople Final Report, 2015, URL: https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/fs_labelling-nutrition_special_study.pdf.

Ephedra and Ephedrine Alkaloids for Weight Loss and Athletic Performance, 2004, URL: <https://ods.od.nih.gov/factsheets/ephedraandephedrine-HealthProfessional/>.

ŽIVLJENJE Z OVIRAMI IN OMEJITVAMI ZARADI INVALIDNOSTI

Nevenka Lučič Stanimirovič¹⁸⁷

Izvleček: Vsak človek naj bi se rodil zdrav ter zaživel svoje življenje brez ovir in omejitev, vendar ni vedno tako. Obstajajo osebe s posebnimi potrebami zaradi sprememb v fizičnem, psihičnem in mentalnem razvoju, slabovidnosti ali slepote, naglušnosti ali gluhoti. Imenujejo se invalidne osebe. Nekateri izmed njih se s težavami invalidnosti spoprijemajo že od rojstva, druge pa lastnost invalida pridobijo tekom življenja. Najpogostejši razlogi so poškodbe pri delu, prometne nesreče, bolezni moderne dobe, kot so sladkorna bolezen, rak ali srčno-žilne bolezni. Ne sme se pozabiti, da se k omenjenim skupinam invalidov prištevajo tudi vojni invalidi. Tako se dobi izjemno veliko število ljudi, ki so v družbi velikokrat poimenovani kot »drugačni od drugih«. Pravice te raznolike skupine ljudi, ki se jo drugače poimenuje »največja manjšina na svetu«, so urejene tako v mednarodnih dokumentih kot v domačih predpisih. Kljub temu se invalidi srečujejo z različnimi ovirami in diskriminacijo v družbi, zaradi česa se povlečejo vase, posledično pa pride do njihove socialne izključenosti.

Ključne besede: invalidnost, temeljne človekove pravice, diskriminacija invalidov, mednarodni dokumenti, nacionalna zakonodaja

Abstract: *Glede na teoretične predpostavke naj bi vsaka politična oblast temeljila na suvereni odločitvi. Every person should be born healthy and live their life without any obstacles and limitations, but this is not always the case. There are people with special needs because of changes in their physical, psychological and mental development, visual impairment or blindness, hearing impairment or deafness. These are people with disabilities or disabled persons. Some of them are faced with disabilities from birth, while others acquire disabilities during life. The most common reasons are injuries at work, traffic accidents, diseases of the modern world, such as diabetes, cancer or cardiovascular diseases. We must not forget to include war disabled to the above mentioned group. This is how we obtain an extremely large number of people, who are in society often referred to as "different from others". The rights of this diverse group of people also referred to as "the largest minority in the world" are regulated by international documents as well as national regulations. Nevertheless, people with disabilities face different barriers and discrimination in society, which leads to their seclusion and consequently social exclusion.*

Keywords: *disability, fundamental human rights, discrimination against persons with disabilities, international documents, national legislation*

»Najbolj učinkovito zdravilo za gluhoto ni niti medicina
niti učinkoviti slušni pripomočki, ampak razumevanje.
In kako ironično – razumevanje nas nič ne stane.
Toda šele osveščenost nas lahko pripelje do razumevanja.«¹⁸⁸

¹⁸⁷ Nevenka Lučič Stanimirovič, magistrica prava UN, e-mail: nevenka.l.s.1955@gmail.com. Zahvaljujem se Evropski pravni fakulteti in Fakulteti za državne in evropske študije, Nova Univerza, da mi je omogočen študij kot tudi sodelovanje na mednarodnih doktorsko znanstvenoraziskovalnih konferencah, kar izpopolnjuje moje znanje s pravnega vidika.

¹⁸⁸ Gannon, Iz Zapuščine gluhih (po Petrovič, 2006).

1 NAMESTO UVODA

Nick Vujcic, svetovno znan motivator, človek brez rok in nog: »... to, da sem »drugačen«, pomaga prispevati nekaj posebnega svetu; ni vam treba zadovoljiti nikogaršnjih pričakovanj. Lahko določite svojo različico popolnosti.«¹⁸⁹

Stephen Hawking, ki velja za enega od vodilnih svetovnih [teoretičnih fizikov](#) navaja: »Za mene je izguba časa, da sem jezen na mojo invalidnost. Nadaljevati moram s svojim življenjem, ker nisem naredil nič narobe ...«.¹⁹⁰

2 INVALIDNE OSEBE

Da bi sploh razumeli, kaj pomeni invalidnost, se je potrebno najprej ozreti v zgodovino, se seznaniti s statusom in pravicami invalida v njej, proučiti, kako se je življenje te ranljive populacije spreminjalo skozi čas ter kakšen je bil odnos do invalidnih oseb v preteklosti in kakšen je v današnji družbi.

Človeško bitje naj bi se od rojstva razvijalo kot zdrava oseba ter naj bi tak človek uspešno živel, vendar ta predpostavka vedno ne drži, saj obstajajo tudi »drugačni ljudje«. Ta drugačnost se poimenuje kot »odstopanje od normalnega«, ne nujno z negativno konotacijo, kar pa pripelje do sklepa, da te osebe niso zmožne pokazati svojih sposobnosti. Nezmožnost ni odvisna od volje posameznika, saj se je s to lastnostjo rodil ali jo kasneje skozi življenje pridobil. Ta iz različnih razlogov prepreči človeku, da popolnoma samostojno živi in dela.

Invalidnih oseb je, po najnovejših raziskavah Svetovne zdravstvene organizacije (SZO) in Svetovne banke okrog milijarda ljudi oziroma 15 % svetovne populacije.¹⁹¹ Število invalidnih oseb v Sloveniji dosega številko 170.000, kar pomeni 8,5 % prebivalstva. V Evropski uniji (EU), ki ima več kot pol milijarde prebivalstva, živi 80 milijonov invalidov ali 16 % evropskih državljanov, kar ni zanemarljiv podatek, objavljen pa je v publikacijah EU z naslovoma »The European Disability Forum Response to the Consultation on the EU 2020 Strategy« in »Towards a Barrier Free Europe for People with Disabilities, 2000«. Za mednarodni dan te tako imenovane največje manjšine na svetu je skupščina Združenih narodov (ZN) leta 1992 razglasila 3. december za dan invalidov.¹⁹²

¹⁸⁹ Vujcic, 2011, str. 20; 77: »...being »different« adds special value to the world; you do not need to meet anyone's expectations. You can set your own definition of wholeness«.

¹⁹⁰ Citat Hawking, e-vir: »Being angry because of my disability is a waste of time for me. I still need to live my life because I have done nothing wrong.«

¹⁹¹ Mednarodni dan invalidov, 2011, e-vir.

¹⁹² Penzionist.info-portal za tretje življenjsko obdobje, 2015, e-vir.

Cotmanova je na konferenci o Konvenciji OZN o pravicah invalidov, ki je potekala 22.–23. maja 2008 v Kranjski Gori, povedala, da če delu svetovnega prebivalstva, ki so invalidi, prištejemo še družinske člane, s katerimi invalidi živijo, ugotovimo, da se s tem problemom spoprijema skoraj četrtina svetovnega prebivalstva.¹⁹³

Alarmantno je, da iz dneva v dan narašča število članov te raznolike skupine ljudi. Za to obstajata dva glavna razloga: staranje prebivalstva in porast tako imenovanih bolezni sodobnega življenja. Na osnovi navedenih podatkov je vprašanje invalidnosti postalo pomembno družbeno in politično vprašanje. Zakaj družbeno vprašanje? Verjetno je razlog za to v sprejetem dejstvu, da so invalidne osebe »različne od drugih«. V čem se kaže ta različnost? V zunanjem videzu, gibalni oviranosti, dejstvu, da te osebe slabše vidijo ali slišijo, psihičnem stanju, mentalnem sklopu ali boleznih. S tega vidika, so invalidne osebe res »drugačne od drugih«, po drugi strani pa imajo pravico do življenja, dostojnega človeka, kot ga imajo neinvalidi.

Prav zaradi zgoraj navedene lastnosti, morajo vložiti veliko truda, da najdejo svoje »mesto pod soncem« v družbi, v kateri živijo. Nezaželena drugačnost oziroma invalidnost pritiska na omenjeno skupino ljudi, da sprejmejo izziv današnje družbe in pokažejo, da zaradi tega, ker so drugačni, niso manj vredni. Edini razlog je, da ne ustrezajo standardom sodobne družbe, posledično pa so diskriminirani na različnih področjih življenja in dela, kar vodi do socialne izključenosti.

Invalidi imajo svoje dostojanstvo kot neinvalidi, saj je to univerzalna/absolutna pravica vsakega človeka. Ugotovitev Letnarja Černiča, da človekove pravice in temeljne svoboščine predstavljajo najmanjši skupni imenovalc civiliziranosti, medsebojnega spoštovanja, sočutja in razumevanja med ljudmi v slovenski družbi, kaže na enakost oziroma enakovrednost invalidov in neinvalidov.¹⁹⁴

2.1 INVALIDI, RAZVRŠČENI PO SKUPINAH

So različni profili invalidnih oseb, razvrščeni po skupinah:

1. invalidi od rojstva in otroštva – skupina invalidov, pri katerih je invalidnost nastala že v materinem trebuhu ali ob samem rojstvu. V to skupino so uvrščeni tudi otroci s posebnimi potrebami;
2. invalidi zaradi bolezni – bolezensko stanje nastane v katerikoli življenjski dobi in je takšne narave, da pripelje osebo v stanje omejene zmožnosti ali celo nezmožnosti za samostojno življenje;
3. delovni invalidi – zaradi poškodbe pri delu ali poklicne bolezni je oseba »oropana« delazmožnosti, kar pripelje do ekonomske in socialne stiske;
4. vojni invalidi – zaradi grozot vojne posledično postanejo invalidi;
5. osebe v starejši življenjski dobi – vsakega človeka v starosti prizadene vsaj ena bolezen, ki ga omeji v vsakdanjem življenju.

¹⁹³ Cotman, 2008, str. 13.

¹⁹⁴ Letnar Černič, 2018, str. 51.

Porajajo se številna vprašanja, vezana na pravice invalidov, in sicer kako se uresničujejo, kaj zagotavljajo invalidom, kako se ti spopadajo z ovirami ob vključitvi v družbo, pri zaposlovanju, koliko so glede invalidnosti ozaveščeni neinvalidi in kako jih sprejemajo.

Kako razumeti invalidnost in kako je umestiti v vsakdanje življenje. Moralna obveznost staršev bi morala biti, da svoje otroke že od zgodnjega otroštva učijo, da obstajajo tudi osebe, ki so drugačne od njih. Tega se morajo naučiti tudi odrasli, torej ne upoštevati predsodke o invalidih in sprejemati drugačnost, saj vsak dan nekdo lahko postane del te številne skupine ljudi. Na tak način bi se doseglo manj diskriminacije invalidnih oseb in boljše sožitje z njimi.

Pravica vseh ljudi je, da svobodno živijo, delajo in ustvarjajo, saj so pred zakonom vsi enaki. Pri oblikovanju invalidske politike in odločanju o pravicah invalidov bi poleg strokovnjakov morali vključiti tudi invalide, saj je eno teorija, drugo pa so potrebe in možnosti slednjih. Invalidi živijo v vseh delih sveta, v različnih družbenih slojih, so različno izobraženi, niso pa »nevidni državljani«, temveč enakopravni člani družbe. So ljudje z dostojanstvom in s svojimi pravicami in ne osebe, vredne usmiljenja ali problem družbe.

Cukjati ugotavlja, da so bila potrebna stoletja, da ljudje dojamemo pojem človeškega dostojanstva, ki ga imajo kot temeljno pravico nesporno tudi invalidi. Te pravice se ne smejo zamenjati s pojmom »usmiljenje«, čeprav se to pogosto zgodi v povezavi z invalidno osebo, s čimer se seveda zelo užali in tudi osramoti. Invalid ima pravico biti to, kar je, invalid, tako kot je črnc črn ali tako kot musliman veruje v Alaha. Če se osebno ne občuti invalidnost in tudi družinski član ne, kot stalnega spremljevalca invalida, se ne more razumeti vprašanja, kaj sploh pomeni to stanje. Nadalje trdi, da družba, ki nima invalidov, seveda poleg nekaterih drugih ranljivih skupin, je družba, oropana osrednjega bivanjskega izkustva in najgloblje življenjske modrosti.¹⁹⁵

V Sloveniji so invalidi raznolika, številna skupina ljudi, ki je kljub sprejetim nacionalnim in mednarodnim dokumentom, ki jim omogoča življenje kot neinvalidom, vseeno izpostavljena neenakosti in diskriminaciji. Slednji sta največkrat prisotni tako v sožitju z ostalimi prebivalci v okolju, v katerem živijo, kot na trgu dela, čeprav je za invalidno osebo najpomembnejše, da živi v okolju, ki ji nesporno priznava pravico do invalidnosti, seveda poleg staršev, ki jo kot tako osebo podpirajo v življenju in pri delu.

Ko se piše o invalidih kot raznoliki skupini ljudi, se misli na invalidnost, opredeljeno kot stanje in ne bolezen ali poškodbo, ki sta del zdravstvenega zavarovanja. To stanje je lahko fizično, psihično, mentalno ali kakšno drugo stanje, ki povzroča invalidnost. V Konvenciji razvojne strategije invalidskega varstva v Sloveniji (marec 1991) piše, da je invalidnost »celovitost človekovih odnosov do samega sebe, soljudi, družbe in sveta«¹⁹⁶ ter je del socialnega zavarovanja in socialne varnosti. Da je to številna

¹⁹⁵ Cukjati, 2005, str. 19–20.

¹⁹⁶ Po Kalčič, 2007, str. 357.

skupina ljudi, pove podatek, da v Sloveniji živi 170.000 oseb, ki se spopadajo z invalidnostjo, kar ni zanemarljivo število ljudi.

Torej, težave, ki invalidom povzročajo invalidnost, se različno dojemajo in razlagajo. Iz tega razloga je nujno potrebno ugotavljanje invalidnosti, saj invalidom zagotavlja ugodnosti in dostop do pravic, ki jim kot takim pripadajo. Te ugodnosti in pravice se razlikujejo glede na to, katera institucija jih dodeli, in sicer na podlagi različnih zakonov.¹⁹⁷

V slovenskem pravnem redu sta kot izhodišče urejanja statusa invalidov in njihovega zaposlovanja 1. in 2. člen URS, ki opredeljujeta Slovenijo kot demokratično, pravno in socialno državo. Invalidom so tako kot ostalim državljanom zagotovljene tudi enake ČPTS, ne glede na različne osebne okoliščine, kar izhaja iz 14. člena URS. Prav 14. člen je izjemnega pomena, ker je dolgoročno utrdil prepoznavnost invalidskega varstva in udeležanje ČPTS invalidov v RS, vendar je za dejavno in enakopravno življenje invalidov v družbi poleg omenjenega potrebna pozitivna diskriminacija.¹⁹⁸

2.1.1 Kategorizacija oseb z invalidnostjo skozi zgodovino

V daljni preteklosti je bila invalidnost božja kazen, pogosto se je dogajalo, da so starši svoje invalidne otroke puščali v gozdu ali celo vrgli v reko. Z razvojem družbe so na invalidnost začeli gledati z drugega zornega kota, in sicer kot na posameznikov zdravstveni problem. Kljub temu so se ne glede na številne ovire invalidi morali prilagajati neinvalidom. Na splošno so bili zaničevanja vreden del prebivalstva, saj so se ljudje cenili po tem, koliko so sposobni za delo, ne pa po tem, koliko so vredni kot posamezniki. Njihovi družinski člani so morali delati in tudi usposabljeni tiste, ki so bili zmožni za delo.¹⁹⁹

Petrovič ugotavlja, da so invalidi skozi zgodovino razvoja družbe prestajali različne tretmaje. V prazgodovini, ne glede na kratko življenjsko dobo prebivalstva, je bil odnos do invalidov bolj human od institucionaliziranega odvzema življenja in zavračanja kot neločljivega dela v prihodnjih civiliziranih družbah. Antropološke študije so pokazale, da je bil položaj invalidov v obdobju pred pojavom države veliko boljši, kot bi se lahko pričakovalo. Nekatere ugotovitve potrjujejo, da so invalidi, ki so preživeli otroštvo, uživali določene ugodnosti, povezane z magičnimi kulturi, kar je prispevalo k okrepitevi njihovega

¹⁹⁷ Praviloma so to predpisi s področja socialne varnosti (socialna zavarovanja, socialna varnost).

¹⁹⁸ »V praksi pravnega urejanja pozitivna diskriminacija vključuje različno oziroma prednostno obravnavanje, ki je – običajno v okviru uveljavljanja t. i. politike enakih možnosti – namenjeno preprečevanju manj ugodnega položaja in spodbujanju oziroma ustvarjanju »enakih možnosti« ekonomsko, politično in socialno (naj)šibkejših članov družbe pri uresničevanju pravic, ki jih pravo zagotavlja vsem pravnim naslovljencem.« (Flander, 2004, str. 99.)

¹⁹⁹ Glej Piliš, 2009, str. 5–6, e-vir.

socialnega statusa, ne glede na pomanjkanje sposobnosti za delo, s katerim bi se preživljali. Nadalje ugotavlja, da so skozi zgodovino medicine obstajali trije različni teoretični modeli invalidnosti. Prvi je medicinski model, ki je bil dominanten, slonel pa je na individualnem problemu, izzvanem z boleznijo, poškodbo ali drugačnim poslabšanjem zdravstvenega stanja. V okvirju tega modela je bilo zmanjšanje invalidnosti mogoče samo z zdravljenjem, rehabilitacijo in podporo invalidom, da se prilagodijo svojemu stanju. Socialna izolacija in zapostavljanje invalidnih oseb sta neizogibni posledici tako togega modela. Drugi model je socialni model, ki se je razvil z razvojem medicinske sociologije. Ta model je razlikoval bolezen od invalidnosti in je ustvaril drugačen pristop, v katerem ni bilo veliko prostora za zdravljenje kot obliko usposabljanja in varovanja te družbene skupine. Tretji model je biopsihosocialni model, ki je poskušal premagati veliko nasprotje prejšnje paradigme z utemeljitvijo, da je invalidnost le posledica medsebojnega delovanja notranjih (telesnih in duševnih) ter zunanjih (naravnih in družbenih) virov zdravja.

Navedene definicije se na splošno lahko razdelijo na pravne (normativne) definicije o invalidnosti in vsestranske definicije kot podlage za ustvarjanje obstoječih modelov invalidnosti. Pomanjkljivosti normativne opredelitve definicije invalidnosti so v tem, da se invalidnost kot problem zanemarja. Eno izmed definicij, bistveno za ustvarjanje adekvatnega modela invalidnosti, je ustvarila SZO ob koncu prejšnjega stoletja »Mednarodna klasifikacija funkcioniranja, invalidnosti in zdravja« temelji na predpostavki, da je invalidnost izguba ali omejitev aktivnosti družbenega sodelovanja invalidov zaradi ovir, ki jim povzroča invalidnost, povezanih s socialnim statusom in okoljem.

Pravni pojem invalidnosti je obstajal že v rimskem pravu. Osebe z invalidnostjo so bile razdeljene v dve kategoriji, od katerih so bile v prvo kategorijo zajete vse oblike invalidnosti, razumljene kot deformacije in napake, druga kategorija pa je opredeljevala invalidnost kot »pošast« (hermafroditizem, siamska dvojčka, hujše oblike okvar). Zakonski predpisi so bili do invalidov restriktivni in diskriminatorški. Ugotavljanje invalidnosti je bilo na pravnem področju bolj negativno, v smislu poudarjanja razlik med invalidi in zdravimi ljudmi kot pravno kategorijo.

S spreminjanjem družbe se je spreminjal odnos do invalidov in tako v dvajsetem stoletju invalidnost ni bila več stvar posameznika, kot je bila v preteklosti, temveč se je odgovornost prenesla na državo in družbo. Zakonodaja na področju invalidskega varstva se je občutno spremenila, saj so danes sprejeti številni zakonski in podzakonski predpisi, programi, projekti in storitve, ki invalidom omogočajo uveljavljanje njihovih pravic ter enakopravno vključitev v družbeno, socialno-ekonomsko, kulturno in športno življenje ter tudi v izobraževalni sistem.²⁰⁰

Pojem invalidnost izhaja iz latinske besede »invaliditas«, kar pomeni nesposobnost. V literaturi so zastopani različni pojmi, kot so »invalid«, »hendikepirani«, »osebe z motnjami v telesnem in duševnem razvoju«, »osebe s posebnimi potrebami«, ki so le prevodi, predvsem iz angleškega jezika. V vsakdanjem življenju slišimo od nekaterih posameznikov še diskriminatorške izraze, kot so »prizadeta oseba« (affected person) ali celo »nenormalni« (abnormal). Uporaba zgoraj omenjenih pojmov glede omenjene tematike je zelo pomembna tako za invalide kot za preostali del družbe, saj nakazuje realni

²⁰⁰ Petrović, 2008, str. 7–12.

odnos med njimi in razumevanje stanja invalidnih oseb. Potrebno je tudi poenotenje izrazov v literaturi, da ne bi prihajalo do terminološke zmede. »Čim bolj humaniziramo odnose, bolj mehčamo trde in stigmatizirajoče termine.«²⁰¹

V Slovarju slovenskega knjižnega jezika (SSKJ) je zapisano, da je invalidna oseba nesposobna ali delno sposobna za delo zaradi prirojene telesne napake, posledice bolezni ali poškodbe.²⁰² V SSKJ se zasledijo tudi drugi termini, ki se uporabljajo za osebe z invalidnostjo. Tako se pojem »handicapa« razlaga na način, da nekoga spravi v neenak oziroma slabši položaj,²⁰³ na primer pri razlagi »osebe s posebnimi potrebami« pa beseda »poseben« pomeni, da se ta oseba od drugih razlikuje po kakšni lastnosti.²⁰⁴ Vse te definicije invalidnih oseb pomenijo nesposobnost, slabši položaj ali njihovo različnost.

Z razvojem družbe se je vsebinsko spreminjala definicija invalidnosti. Obstajali so različni modeli invalidnosti, ki jih v literaturi označujejo različno.

Deborah Kaplan, direktorica Svetovnega inštituta o invalidnosti (*Director of the World Institute on Disability*), ugotavlja, da strokovnjaki s področja invalidske politike *DESCRIBE* ločijo štiri zgodovinske in socialne modele invalidnosti:²⁰⁵

1. moralni model (The Moral model), ki je eden izmed najstarejših, vendar danes ni zastopan, razen v nekaterih primerih socialne izključenosti oseb z invalidnostjo. Temelji na grehu, sramu in občutku krivde ter je bil obremenjujoč tako za invalidno osebo kot za njegove družinske člane;
2. medicinski model (The Medical model) opredeljuje invalidnost kot okvaro in bolezen. Začel se je razvijati v devetnajstem stoletju s povečanjem števila zdravnikov v družbi. Invalidi so vodeni s strani medicinske stroke in ni bilo prav zaželeno, da ozdravijo, saj zdravniki na tem področju ne bi imeli dela. Invalidi so bili upravičeni določenih družbenih obveznosti, kot so hoditi v šolo ali na delo. Danes je medicinski model del socialnega modela;
3. rehabilitacijski model (The Rehabilitation model) je ozko povezan z medicinskim modelom. Invalidna oseba potrebuje strokovnjaka s področja rehabilitacije, saj mu ta lahko zagotovi usposabljanje, svetovanje, zdravljenje ali kakšno drugo storitev, ki mu pomaga zmanjšati pomanjkljivosti, ki mu jih povzročajo invalidnost. Model se je uveljavil po drugi svetovni vojni zaradi številnih vojaških invalidov;
4. model invalidnosti (The Disability model) je opredeljen kot problem vedenjskih, arhitekturnih, senzoričnih, kognitivnih in gospodarskih ovir ter je povezan s težnjo neinvalidov za posploševanje

²⁰¹ Opara, 2002, str. 159.

²⁰² SSKJ, 2000, str. 309.

²⁰³ Prav tam, str. 268.

²⁰⁴ Prav tam, str. 929.

²⁰⁵ Kaplan, The Definition of Disability, e-vir.

vseh oseb z invalidnostjo, ne da bi si ti prizadevali razumeti, kolikšne so razlike med eno in drugo obliko invalidnosti.

Kalčič ugotavlja, da medicinski model invalidnosti invalidnost definira kot posebno stanje organizma, ki ima za posledico trajno, delno ali popolno zmanjšanje sposobnosti posameznika za socialno življenje, delo in pridobivanje, kar že predstavlja socialni model invalidnosti. Poudarja pomembnost tako imenovanega delovnega pojma invalidnosti, ki se uporablja pri izvajanju socialnih zavarovanj, še posebej pokojninskega in invalidskega zavarovanja. Nadalje predstavlja tri oblikovane koncepte invalidnosti v njihovem postopnem razvoju:²⁰⁶

- a) fizična invalidnost (physical invalidity) – je izguba dela telesa, telesne ali duševne sposobnosti, ki ni v povezavi z gospodarsko in poklicno posledico nastale izgube;
- b) poklicna invalidnost (occupational disability) – je izguba pridobitne zmožnosti, ki jo je oseba imela pri opravljanju dela, preden je prišlo do delovne nezmožnosti;
- c) splošna invalidnost (general invalidity) – pojmuje se kot izguba pridobivanja dela, ki je na voljo na trgu dela, čeprav bi oseba morala zamenjati poklic, pri čemer bi morebitna sprememba vplivala na njegov družbeni in poklicni status.

Številni avtorji označujejo invalidnost po svojem videnju, vendar ta lastnost invalida, splošno gledano, ohranja svoj pomen²⁰⁷, čeprav je večinsko mnenje, da sta temeljna dva modela invalidnosti:

- a) medicinski model zagovarja trditev, da je invalidnost problem invalida. Celotno invalidno stanje je problem v družbi, zato se slednja ne čuti odgovorna za spremembe in odpravljanje ovir, ki bi bile v pomoč osebam z invalidnostjo. Po medicinskem modelu naj bi invalidi odločanje o njihovem življenju in zdravju prepustili medicinskim in drugim strokovnjakom, osebam brez invalidnosti. Iz konteksta omenjenega modela se lahko zaključi, da je invalide potrebno zdraviti in izpostavljati različnim terapijam, saj so posledično lahko njihove težave omiljene ali celo pozdravljene in postanejo »normalni« člani družbe;
- b) socialni model je nasprotje medicinskemu modelu, saj zagovarja trditev, da invalidnost oziroma primanjkljaj ni posameznikov problem, temveč je rezultat dejavnikov v okolju, v katerem živi. Definira okvaro (impairment) kot omejitev dela telesa ali uma v svoji funkciji in invalidnost (disability) kot manjšo možnost (fewer options) za življenje, dostojno človeka. Zagovorniki socialnega modela za rešitev problema invalidov predlagajo spreminjanje družbe. Iz tega razloga se ta model razlikuje od medicinskega modela, ker slednji zagovarja spreminjanje posameznika.

²⁰⁶ Po Kalčič, 2007, str. 354–355.

²⁰⁷ Sonček, zveza društev za cerebralno paralizo Slovenije, e-vir.

V sodobni družbi je prišlo do pomembnih sprememb. Tako je OZN sprejela več dokumentov za zaščito človekovih pravic invalidov. Prvi tak dokument je bila Splošna deklaracija človekovih pravic, sprejeta leta 1948²⁰⁸, razlog pa so bile grozote druge svetovne vojne. V deklaraciji v 1. odstavku 2. člena sicer ni implicitno zapisana invalidnost kot osebna okoliščina, temveč se razume kot »kakršnakoli druga okoliščina«.²⁰⁹

Glede Splošne deklaracije človekovih pravic, ki je tudi danes najpomembnejši dokument v človeški zgodovini, Danilo Türk trdi, da se koncept vsesplošnosti človekovih pravic lahko razume samo z optimističnim duhom in zavrnitvijo širjenja novic o kulturnih razlikah, ki naj bi bile ovira univerzalnosti človekovih pravic. Predlaga skrbno in učinkovito preprečevanje kršitev človekovih pravic, seveda ob priznavanju kot enakih za vse, s čimer bi dosegli njihov resnični sodobni pomen.²¹⁰

Iz zgoraj navedenega, se lahko zaključi, da sodobni pogled na invalidnost temelji na človekovih pravicah. Za zadovoljiv način življenja invalidov je treba izvajati invalidsko politiko, ki je del socialne politike, ta pa je mreža programov in ukrepov države in družbe za reševanje problematike invalidov kot ogrožene družbene skupine. Enako, Kalčič poudarja, da je invalidnost urejena s predpisi s področja socialne varnosti, da je temeljni pojem v mednarodnih dokumentih izenačevanje možnosti invalidov pri zaposlovanju, izobraževanju in poklicnem usposabljanju ter pri vključevanju v družbo. Zagovarja stališče, da nihče ne sme biti diskriminiran zaradi invalidnosti, s čimer bi se vsi morali popolnoma strinjati, saj vsak posameznik dobro ve, kaj je prav in kaj ne. Če bi vsak človek začel pri sebi in bi izhajal iz možnosti, da vsak dan tudi on lahko postane invalidi, bi bilo vse drugače. Ne bi obstajali predsodki, ki se javno izrečejo ali pa molče odobrava. Pragmatika blokira človekova čustva, tudi možnost za ozaveščenost, odblokira pa jih, če se nekomu osebno kaj takega zgodi.²¹¹

Uršič pa opozarja na usmeritve iz Svetovnega programa delovanja v korist invalidov, in sicer da je načelo enakih pravic enako pomembno za invalide in tiste, ki to niso. Nadalje dodaja, da je bilo na

²⁰⁸ Splošna deklaracija človekovih pravic. Sprejela in razglasila jo je Generalna skupščina Združenih narodov 10. decembra 1948 z resolucijo št. 217 A (III)., URL: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/slv.pdf, 4. 4. 2016.

²⁰⁹ »Vsakdo je upravičen do uživanja vseh pravic in svoboščin, ki so razglašene s to Deklaracijo, ne glede na raso, barvo kože, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodno ali socialno pripadnost, premoženje, rojstvo ali kakršnokoli drugo okoliščino«.

²¹⁰ Sancin et al., 2008, str. 5.

²¹¹ Kalčič, 2012, str. 351.

Dunaju leta 1993 na Svetovni konferenci o človekovih pravicah sprejeto načelo, da so vse ČPTS splošne, kar pomeni, da veljajo brez izjeme tudi za invalide. Če je točna trditev, da so vse osebe po rojstvu enake, potemtaka imajo iste pravice do življenja in zdravja, blagostanja, izobraževanja, zaposlitve ter enakega sodelovanja v družbi.²¹²

Pred enajstimi leti je na konferenci, ki je potekala v Portorožu, takratni minister za delo, družino in socialne zadeve Janez Drobnič povedal spodbudne besede glede varstva invalidov. Poudaril je, da je Slovenija v manj kot stoletju naredila velik premik na področju varstva invalidov, ki temelji na enakih možnostih in obravnavi. Drobnič je poudaril, da je Slovenija demokratična, pravna in socialna država, kar izhaja iz 1. in 2. člena URS, in kot taka zagovarja invalidsko varstvo, ki je del ČPTS, zaposlovanje in enake možnosti invalidov, nadaljnje ustanavljanje invalidskih organizacij in sodelovanje z njimi ter upošteva dejstvo, da se ne more odločati o pravicah invalidov brez njih.²¹³

Pravice invalidov izhajajo iz človekovih pravic, ki imajo dolgo zgodovino, izvirajo že iz antičnih časov. Splošno gledano so bili invalidi zaničevanja vreden del družbe. Značilen predmet proučevanja (pravno in politično) so bile človekove pravice v Splošni deklaraciji človekovih pravic, sprejete s strani OZN leta 1948. Takoj v 1. členu je poudarjeno, da vsi ljudje »imajo enako dostojanstvo in enake pravice« ter da »imajo pravico do enakega pravnega varstva« in »pravico do enakega varstva pred sleherno diskriminacijo«, kar določa 7. člen. Splošna deklaracija je prvi dokument kot pravna podlaga za pravice invalidov, saj so invalidi del družbe.

V Sloveniji so poleg jamstev v URS še številni zakoni in podzakonski akti, ki urejajo invalidsko politiko, vendar se uporabljajo tudi pravni akti in odločitve, sprejeti v okviru mednarodnih organizacij na način, kot to določa 3. odstavek 3.a člena URS.²¹⁴ Nekateri pravni akti, ki so jih sprejele mednarodne organizacije, so pravno zavezujoči v Sloveniji, medtem ko nekateri niso, vendar se uporabljajo in predstavljajo le moralno obvezo.

Sodoben koncept definicije invalidnosti in opredelitve statusa invalida v Sloveniji sledi določbam mednarodnih dokumentov, pomemben pa je za pravno ureditev pravic na podlagi invalidnosti, enako tudi za invalidsko varstvo. Po svetovnem in evropskem pristopu k človekovim pravicam so invalidi nosilci in uživalci teh pravic.²¹⁵

²¹² Uršič, 2005, str. 22.

²¹³ Prav tam, str. 15–16.

²¹⁴ »Pravni akti in odločitve, sprejeti v okviru mednarodnih organizacij, na katere Slovenija prenese izvrševanje dela suverenih pravic, se v Sloveniji uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo teh organizacij.«

²¹⁵ Uršič in Tabaj, 2015, str. 7.

3 PRAVNA UREDITEV INVALIDOV NA MEDNARODNI RAVNI IN V REPUBLIKI SLOVENIJI

Pravno varstvo invalidom zagotavlja pravice, pravna in procesna sredstva, vendar je za to potrebno dobro poznavanje zakonodaje, tako domače kot tuje.

3.1 PRAVNA UREDITEV NA MEDNARODNI RAVNI

Sprejeta je vrsta dokumentov na mednarodni ravni v obliki izjav, usmeritev, pravil, deklaracij, konvencij, listin, pogodb, uredb in direktiv. Vsem sta skupna spoštovanje človekovih pravic invalidov in njihovo varstvo, med katerimi ločimo univerzalne akte OZN, kot sta Standardna pravila za izenačevanje možnosti invalidom (1993) in Konvencija o pravicah invalidov (2008) kot tudi konvencije in priporočila Mednarodne organizacije dela (MOD), akte, sprejete v okviru SZO, SE in EU, regionalne akte, večstranske (multilateralne) ter dvostranske (bilateralne) akte.

Invalidnost je politično vprašanje, izhaja pa iz zgoraj navedene številčnosti invalidnih oseb, zato na mednarodni ravni, še posebej v državah članicah EU, poteka medsebojno sodelovanje, ki se odraža v razvoju medsebojno usklajene politike z vključevanjem invalidnosti v vse dokumente, ki temeljijo na človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah (ČPTS).

Standardna pravila za izenačevanje možnosti invalidom niso bila obvezujoča za države, je pa bila s tem dana odgovornost vsaki državi, da sprejme ukrepe, s katerim bi invalidi uveljavljali svoje pravice in razvili svoje sposobnosti ter aktivno sodelovali v povezavi z invalidskimi organizacijami v tem procesu. Uršič ugotavlja, da je zelo pomembno sodelovanje invalidov in invalidskih organizacij pri izvedbi pravil, čeprav je odgovornost za to na strani države, kar je izpostavljeno pri vsakem pravilu posebej. Dodaja, da so bila, vsebinsko gledano, podlaga za Konvencijo o pravicah invalidov.²¹⁶

Na svetovni ravni je najpomembnejša in hkrati zavezujoča Konvencija OZN o pravicah invalidov iz leta 2006, ki je začela veljati leta 2008.²¹⁷ Kot definicijo invalidnosti je Konvencija sprejela socialni model, po katerem so invalidne osebe »tiste, ki imajo dolgoročne telesne, duševne, intelektualne ali senzorične okvare, ki lahko v povezavi z različnimi ovirami omejujejo njihovo polno in učinkovito enako sodelovanje v družbi«. ²¹⁸ Za invalide konvencija pomeni enake človekove pravice kot za ne invalidno populacijo, hkrati pa izraža potrebe invalidov, vendar tudi njihov prispevek družbi, katere del je.

²¹⁶ Prav tam.

²¹⁷ »Mednarodna konvencija o pravicah invalidov je mednarodna pogodba za človekove pravice, katere namen je zaščita pravic in dostojanstva invalidov. Pogodbenice konvencije morajo spodbujati, varovati in zagotoviti polno uživanje človekovih pravic invalidov in jim zagotoviti popolno enakost v skladu z zakonom«.

²¹⁸ Mednarodna konvencija o pravicah invalidov, e-vir.

Slovenija je bila v času sprejetja konvencije predsedujoča država EU in je ravno takrat pripravila veliko mednarodno konferenco glede izvajanja konvencije ter tudi resolucijo h konvenciji, pomembno za položaj invalidov v državah članicah EU. Od samega začetka je aktivno sodelovala pri pripravi besedila ter oblikovanju in usklajevanju stališč pri delu *ad hoc* odbora s predlogi, ki jih je oblikovala v sodelovanju z invalidi in invalidskimi organizacijami.²¹⁹ Čeprav je Slovenija kot tretja država članica Evropske unije ratificirala Konvencijo OZN o pravicah invalidov, se konvencija v praksi ne uresničuje zadovoljivo, saj prihaja do diskriminacije invalidne populacije na vseh področjih njenega življenja.²²⁰ Za države članice EU pa je pomemben dokument Lizbonska strategija, oblikovana na temelju Konvencije OZN o pravicah invalidov, ter dopolnjuje strategijo Evropa 2020 in Listino Evropske unije o temeljnih pravicah. Poudarek je na pravicah invalidov glede dostopnosti, sodelovanja, enakosti, zaposlovanja, izobraževanja in usposabljanja, socialne zaščite, zdravja ter pravic na mednarodni ravni.²²¹

3.2 PРАВNA UREDITEV V NACIONALNIH DOKUMENTIH

RS je pravna in socialna država (2. člen URS) in kot taka svojim državljanom zagotavlja enakopravno uživanje ČPTS, pri čemer invalidi niso izjema.

Kot navaja Šuštaršič, se je v preteklosti v Sloveniji poredko govorilo o človekovih pravicah, še manj o pravicah invalidov in diskriminaciji nad njimi. Diskriminacija, razumljena kot abstrakten pojem, ne bi prizadela predvsem invalida od otroštva, če se ne bi vrstili dogodki, ki so bili kazalci zakrite ali odkrite diskriminacije.²²²

Krajnc pojasnjuje, da invalidnost zanj kot invalida ni nobena vrednota, je le življenjska sopotnica, kot jo sam poimenuje, vendar te »redke stvari« v življenju invalida nihče ne more odtujiti ali kupiti, se pa

²¹⁹ Uršič in Tabaj, 2015, str. 8.

²²⁰ Dokument je zgodovinsko pomemben in pravno zavezujoč, vendar je Slovenija še pred ratifikacijo Konvencije, od osamosvojitve pa do leta 2007, sprejela številne predpise, ki zagotavljajo uresničevanje pravic invalidov na področju izobraževanja, zdravstvenega varstva, zaposlovanja, odpravljanja ovir za vključitev v družbo brez diskriminacije. Omenim naj, da je sprejela celovit Akcijski program za invalide v obdobju 2007–2013, vendar je že sprejet nov Akcijski program za obdobje 2014–2021. Program s svojimi cilji in ukrepi ureja vsa področja življenja invalidov. V Sloveniji si prizadevamo na najrazličnejše načine zagotoviti uveljavljanje pravic te ranljive skupine v obliki enakih možnosti in enake obravnave, kot je imajo neinvalidi. V ta namen je pomembno omeniti konferenco o Konvenciji OZN o pravicah invalidov in neformalno ministrsko srečanje, ki sta potekala v Kranjski Gori maja 2008. Ustanovitev invalidskih organizacij, njihova prizadevanja ter tudi prizadevanja invalidov posameznikov in njihovo vključevanje v iskanje rešitev za odklanjanje ovir in njihove diskriminacije pri vključevanju v vsakdanje življenje so na nacionalni ravni prioriteta. Posebej so pomembna občutljiva vprašanja zaposlovanja, pravne in poslovne sposobnosti, socialne storitve in integracija na splošno.

²²¹ Povzetek Evropske strategije o invalidnosti 2010–2020, e-vir.

²²² Šuštaršič, 2005, str. 23.

kot ovira lahko podredi in življenje naredi znosnejše. Dodaja, da bi invalidnost kot šopek morala stati na zakonodajni mizi v vseh okoljih življenja in dela.²²³

14. člen URS (enakost pred zakonom) – navedeni člen je določal enakost pred zakonom ne glede na osebne okoliščine, kot so narodnost, rasa, spol, jezik, vera, politično in drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazba, družbeni položaj ali katerakoli druga osebna okoliščina. Invalidnost je bila zajeta le v besedni zvezi »katerakoli druga osebna okoliščina«.²²⁴

Zastavlja se vprašanje, in sicer, ali se je ustavna in pravna ureditev položaja invalidov v Republiki Sloveniji z Ustavnim zakonom za spremembo 14. člena Ustave Republike Slovenije (UZ14) izboljšala.²²⁵ Državni zbor RS je 15. junija 2004 sprejel Ustavni zakon za spremembo 14. člena URS, v kateri eksplicitno določa invalidnost kot osebno okoliščino, enako drugim navedenim (M. Kalčič, 2007, str. 353). Ustavna uveljavitev invalidnosti je poudarila večpomenskost besede invalidnost in jo podružbila v smislu, da je postala last vseh in vsakogar posebej.²²⁶

V pravnem pogledu eksplicitna navedba invalidnosti v 14. členu URS ne prinaša sprememb, vseeno pa invalidnim osebam daje občutek večje samozavesti pri uveljavljanju njihovih pravic v postopkih pred državnimi organi in drugimi organizacijami z javnimi pooblastili, kadar ti odločajo o njihovih pravicah in koristih.²²⁷

Ustavno sodišče (US) je sprejelo številne odločitve v povezavi s 14. členom URS, najpogostejši razlog pa je načelo enakosti, na katerega se sklicujejo stranke pred US. Med primeri ustavnosodne presoje je vsekakor najboljše in najpomembnejša odločitev US na pobudo Evgena Bavčarja o prepovedi diskriminacije na podlagi invalidnosti z dne 25. 11. 2008, ki je v nadaljevanju tudi predstavljena.²²⁸

U-I-146/07-34 – Prepoved diskriminacije na podlagi invalidnosti slepih in slabovidnih oseb

²²³ Krajnc, 2005, str. 27.

²²⁴ URS, 14. člen.

²²⁵ »V Sloveniji so vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katerakoli drugo družbeno okoliščino.« (URS, 14. člen, prvi odstavek).

²²⁶ Krajnc, 2005, str. 27.

²²⁷ Šturm et al., 2011, str. 167.

²²⁸ Prav tam, str. 809–811.

Pobudnik, ki je slep od dvanajstega leta starosti, navaja, da je 102. člen Zakona o pravnem postopku (ZPP) v neskladju z URS, ker ne ureja pravice slepih oseb do prepisa sodnih pisanj ter pisnih vlog strank in drugih udeležencev v postopku v Braillovo pisavo. Pobudnik nadalje trdi, da bi država morala zagotoviti vsakomur enako varstvo pravic v postopku, kar izhaja iz 22. člena URS, ter da mu izpodbijana zakonska ureditev onemogoča učinkovito komuniciranje s sodiščem in nasprotno stranko, kar je v neskladju s pravico do sodnega varstva iz 23. člena URS. Če imajo gluhe osebe pravico pred državnimi organi uporabljati znakovni jezik, tolmača pa plačajo državni organi, bi potemtakem tudi slepe osebe morale imeti pravico do prepisa sodnih pisanj in pisnih vlog strank v Braillovi pisavi. Po mnenju pobudnika ni bistvene razlike v postopkih pred državnimi organi med gluhi in slepimi osebami. Zaradi vsega navedenega pobudnik meni, da mu je kršena pravica iz 14. člena URS.

US je odločilo, da je ZPP v neskladju z URS. Slepim in slabovidnim osebam pa morajo sodišča v pravnih postopkih na svoje stroške zagotoviti dostop do sodnih pisanj in pisnih vlog strank v Braillovi pisavi.

Iz primera se lahko zaključi, da čeprav mora biti enako obravnavanje tako formalno kot vsebinsko, je prišlo do diskriminacije stranke v postopku, saj je bila prikrajšana za formalno zagotovljene pravice – primerno prilagoditev. Odločitev US je bila pravilna, glede na to, da je stranki kršena tudi pravica do poštenega obravnavanja v postopku zaradi neprimerne prilagoditve, ki ga je povzročila zakonodajalčeva opustitev zakonskega izvajanja omenjene pravice, kar je ustavno nedopustno.

34. člen URS – pravica do osebnega dostojanstva in varnosti – »vsakdo ima pravico ...«, torej jo imajo tudi invalidi.

V zvezi z usposabljanjem za delo in zaposlovanjem so pomembne ustavne določbe, kot so svoboda dela (člen 49), pravica do socialne varnosti (člen 50), pravice na področju izobraževanja in varstva dela (člen 66).

52. člen URS (pravice invalidov) – določa, da je invalidom v skladu z zakonom zagotovljeno varstvo in usposabljanje za delo. Tudi otrokom z motnjami v duševnem in telesnem razvoju ter drugim huje prizadetim osebam se priznavajo pravice do izobraževanja in usposabljanja za dejavno življenje v družbi, financirajo pa se iz javnih sredstev.

Torej ta ustavna norma, s katero je usposabljanje za delo posebej zagotovljeno, državo zavezuje, da temu vprašanju posveča večjo pozornost oziroma vodi aktivno invalidsko politiko, saj bi s tem invalidi dobili ustrezno zaposlitev in se uspešno vključili v družbo. Naj dodam še to, da država mora nujno sprejeti ukrepe, ki bi uresničevalo, obenem pa obvarovalo človekovo dostojanstvo invalidnih oseb in njihovih družin.²²⁹

Pri obravnavi predloga o umestitvi invalidnosti kot osebne okoliščine v 14. člen URS so bili nekateri strokovnjaki mnenja, da je takšna dopolnitev nepotrebna, saj bi bil sprejem predlagane dopolnitve v povezavi z 52. členom razumljen kot zmanjševanje pravic invalidov, kar se mi osebno zdi nelogično.

²²⁹ Prav tam, 2019, 52. člen.

Čeprav sta obe pravici del ČPTS, pri prvi gre za zagotovitev enakih ČPTS, ne glede na osebno okoliščino invalidnost, pri drugi pa gre za pravico oseb z invalidnostjo.

URS ne opredeljuje pojma invalid, opredeljen je v zakonskih in mednarodnih normah.

V RS so sprejeti različni zakoni,²³⁰ ki urejajo invalidsko politiko, namen pa je izenačiti možnosti invalidov za vključitev v družbeno, politično, gospodarsko in izobraževalno področje.

»Invalid oziroma invalidka (v nadaljnjem besedilu: invalid) je oseba, ki pridobi status invalida po tem zakonu ali po drugih predpisih, in oseba, pri kateri so z odločbo pristojnega organa ugotovljene trajne posledice telesne ali duševne okvare ali bolezní in ima zato bistveno manjše možnosti, da se zaposli ali ohrani zaposlitev ali v zaposlitvi napreduje.«²³¹

Invalidom invalidnost kot temeljna ovira preprečuje vstop na trg dela, posledica tega sta brezposelnost in tudi nujnost, da se preživljajo »na račun« države. Večinoma si države prizadevajo, da se njihovo aktivno prebivalstvo preživlja z lastnim delom, kar velja tudi za invalidno populacijo. Iz tega razloga sprejemajo vse potrebne ukrepe za pospešitev in povečanje števila zaposlenih, tako invalidov kot ne invalidnih oseb, pri čemer ni niti Slovenija izjema.

Seveda imajo invalidi nekatere olajšave in oprostitev, ki jim pripadajo na podlagi zakonov in nekaterih drugih veljavnih predpisov v Sloveniji, med drugimi so npr. oprostitev plačila dohodnine (ZDoh-2) ter olajšave pri davkih za invalide in olajšave, povezane z invalidi.

4 ZAKLJUČEK

V tem prispevku je bilo mišljeno predstaviti življenje z ovirami in omejitvami zaradi invalidnosti. Pravice te ranljive skupine ljudi so tesno povezane z njihovim življenjem, zaradi česa je predstavljena ureditev teh pravic v slovenskem pravnem sistemu ter kako se z ustavo in zakonskimi predpisi zagotovljene pravice invalidov uresničujejo v praksi.

Za boljše razumevanje obravnavane teme, opravljena je raziskava v obliki dveh intervjujev izvedenih v dnevnem centru »Šent« in na centru za socialno delo, anket v obliki anketnih vprašalnikov po e-pošti ter na enem izmed socialnih omrežjih. Pri raziskavi so bile pričakovane ovire zaradi nepripravljenosti za sodelovanje odgovornih, v posameznih ustanovah in centrih za varstvo invalidov. Izgovor

²³⁰ Zakon o urejanju trga dela (ZUTD), Zakon o zaposlitveni rehabilitaciji in zaposlovanju invalidov (ZZRZI), Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-2), Zakon o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ), Zakon o socialnem varstvu (ZSV), Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1), Zakon o varnosti in zdravju pri delu (ZVZD-1 in drugi predpisi).

²³¹ Definicija invalidnosti po ZZRZI, 3. člen.

prezasedenosti zaradi dela ter narave dela in tajnosti podatkov je bil glavna ovira. Raziskava je bila tudi opravljena z anketiranjem na enem izmed socialnih omrežij, kar se je izkazala za slabo, saj je bila odzivnost anketirancev zelo slaba, kljub nasprotnemu pričakovanju. To je bil osrednji problem.

Zaželeno je, da se poleg strokovnega mnenja, mnenja staršev in delavcev, ki se ukvarjajo z invalidi, upošteva tudi mnenje samih invalidov, saj imajo ne glede na težave, s katerim se spopadajo zaradi svojih stanj, oblikovana svoja mnenja. Tudi pri delu z njimi bi moralo biti upoštevano njihovo mnenje, delo pa bi moralo biti prilagojeno njihovim željam. Na tak način bi se osebe s tovrstnimi motnjami odpirale drugim v družbi, iz njih bi lahko izvlekli najboljše, kar znajo in zmorejo, kar bi koristilo oblikovanju boljše družbene atmosfere in njihovi enakovredni vključitvi v to družbo.

Slovenija ima, kar zadeva ustavno in zakonsko urejenost pravic invalidov, zadovoljiv nivo. Mnenja invalidskih organizacij pa so malo drugačna. V invalidskih organizacijah namreč menijo, da je skrb države glede pravic invalidov povprečna. Denimo, glede nacionalnih predpisov se je izoblikovalo mnenje, da je razvrščanje pravic po različnih skupinah problematično, saj zakonodaja določa upravičenost glede kriterijev, ki jih je postavil zakonodajalec. Nekaterih pravic posamezne skupine invalidov nikoli ne dosežejo, takšna je na primer pravica do dodatka za Zoisovo štipendijo za osebe z motnjami v duševnem razvoju. Enako tako, dostopnost do grajenega okolja in komunikacij je zakonsko sicer urejena, v praksi pa se slabo oziroma nezadovoljivo izvaja. Država bi si morala na tem področju bolj prizadevati za izboljšanje omenjenega problema.

Največ kršitev pravic oseb z invalidnostjo je na področju izobraževanja in zaposlovanja. Med njimi velja navesti primer slepih in slabovidnih oseb, za katere je premalo prilagojenega študijskega gradiva, imajo pa tudi neprilagojen dostop do izobraževalne ustanove. Pri zaposlovanju je ta skupina invalidov diskriminirana, saj so velikokrat zaposleni na delovnih mestih, ki ne ustrezajo njihovi izobrazbi. Tudi gibalno ovirane osebe imajo tovrstni problem. Pri iskanju študijske prakse ali zaposlitve naletijo na negativen odgovor, saj je pomembna mobilnost, za prilagoditev delovnega mesta pa nimajo finančnih sredstev. Zaposlitvena rehabilitacija je do teh skupin invalidov ponižujoča, predvsem do tistih z visokošolsko izobrazbo, saj jih obravnavajo kot delovno nezmožne in z zmanjšano intelektualno sposobnostjo, pogosto jih usmerjajo k predčasni upokojitvi. Iz tega razloga, postopek zaposlitvene rehabilitacije bi moral biti prijaznejši do invalidov. Še ena pomanjkljivost zakonodaje je pravica do ortopedskih in drugih pripomočkov za invalide. Invalid, ki je zaradi svoje invalidnosti pristal na invalidskem vozičku, lahko vsakih pet let dobi nov pripomoček za gibanje. To je dobra stran zakonodaje, slaba pa je, če pride do kraje invalidskega vozička invalidu pred iztekom petih let. Po Zakonu o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju kraja invalidskega vozička ni razlog za pridobitev novega. Postavlja se vprašanje, kaj naj stori invalid v situaciji, ko mu ukradejo pripomoček, ki mu predstavlja njegove noge. Nujno je potrebno dopolnitev zakona v tem delu.

Država mora še veliko postoriti na področju varstva invalidov in njihovih pravic, saj se v praksi pogosto kršijo. Konkretno, v Sloveniji bi se morali država in državni organi bolj potruditi ter prisluhniti željam in potrebam invalidov, saj bi mogoče na ta način drugače ukrepali in izboljšali položaj te ranljive populacije. Moral bi se uvesti učinkovitejši inšpekcijski nadzor nad izvajanjem sprejetih ukrepov s strani vlade na omenjenem področju.

Iz prakse je evidentno, da osebe, ki živijo z ovirami in omejitvami zaradi invalidnosti svoje pravice težje uresničujejo. Treba je še veliko več storiti v tej smeri. Potrebna je tudi ozaveščenost družbe glede uresničitve pravic invalidov. Ne sme se dovoliti, da živijo ob robu družbe. Posamezniki ne morejo ali nočejo spremeniti svojih predsodkov do omenjenih članov družbe, v nasprotnem primeru bi namreč bilo veliko lažje razumeti drugačno osebo od sebe. Tudi tisti, ki odločajo o pravicah invalidnih oseb, bi morali bolj prisluhniti tej skupini prebivalstva. S skupnimi močmi bi dosegli končni cilj, in sicer življenje akterjev tega prispevka, dostojno človeka.

Zaključku tega prispevka se še kako dobro podajo besede svetovno znanega znanstvenika, Alberta Einsteina, ki naj bodo v razmislek vsem, še posebej tistim s predsodki do invalidnih oseb: »Veliko težje je razbiti predsodek kot atom.«²³²

5 LITERATURA IN VIRI

5.1 SAMOSTOJNE PUBLIKACIJE

1. Cukjati, Franc, Invalidi, enakovredni člani družbe. V: Zbirka Človekove pravice in invalidi, Za 14. člen – od ideje do ustavnega zakona, Pravice invalidov / ur. Kroflič, Marjan in Uršič, Cveto, Ljubljana: Nacionalni svet invalidskih organizacij – NSIOS, Zveza delovnih invalidov Slovenije in Inštitut Republike Slovenije za rehabilitacijo, 2005, str. 13–20.
2. Flander, Benjamin, Pozitivna diskriminacija. V Ljubljani: Fakulteta za družbene vede, 2004.
3. Krajnc, Miran, Življenje z invalidnostjo V: Zbirka: Človekove pravice in invalidi, Za 14. člen – od ideje do ustavnega zakona / ur. Marjan Kroflič in Cveto Uršič, Ljubljana: Nacionalni svet invalidskih organizacij – NSIOS, 2005, str. 27.
4. Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev komentarja – A: znanstvena monografija / Matej Avbelj ... [et al.]; ur. Lovro Šturm. Ljubljana: Fakulteta za državne in evropske študije, 2011, str. 167, 809 - 811.
5. Komentar Ustave Republike Slovenije: Del 1: Človekove pravice in temeljne svoboščine, Del 2: Državna ureditev – znanstvena monografija/ M. Avbelj...[et al.]; ur. Matej Avbelj. Ljubljana: Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, 2019.
6. Letnar Černič, Jernej, Slovenija na razpotju: geneza varstva človekovih pravic v slovenski družbi; znanstvena monografija, Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije, Nova univerza, 2018.
7. Opara, Božidar, Nekateri problemi terminologizacije v defektologiji. V: Osebe s posebnimi potrebami v procesu inkluzije ter vloge defektologov in specializiranih institucij / ur. Karl Destovnik, Ljubljana: Društvo defektologov Slovenije, 2002, str. 147–162.
8. Petrovič, Snežana. (2006). Izobraževanje gluhih in naglušnih v Sloveniji, diplomsko delo. Maribor: Fakulteta za organizacijske vede, Univerza v Mariboru.
9. Pilih, Janja. (2009). Ekonomski položaj in socialna varnost invalidnih oseb v Sloveniji in Evropski uniji, magistrsko delo. Ljubljana: Ekonomska fakulteta, Univerza v Ljubljani.
10. (SSKJ) Slovar slovenskega knjižnega jezika, 2000, Ljubljana: DZS.

²³² »It is much harder to break prejudice than an atom.« Einstein, A., Nekaj njegovih misli, 29. odstavek, URL: http://www.rudimark.info/albert_einstein.htm.

11. Šuštaršič, Boris, Aktualnost preprečevanja diskriminacije invalidov. V: Za 14. člen – od ideje do ustavnega zakona – 1. izd., / ur. Marjan Kroflič in Cveto Uršič, Ljubljana: Nacionalni svet invalidskih organizacij – NSIOS, Zveza delovnih invalidov Slovenije, Inštitut Republike Slovenije za rehabilitacijo, 2005, str. 23–26.
12. Uršič, Cveto, Nacionalni informativni dnevi 2005 – Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaji, Zbornik predavanj (Portorož, 30. in 31. maj 2005), Zbirka: Človekove pravice in invalidi, Ljubljana: Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve, 2005, STR.15-22.
13. Uršič, Cveto, Tabaj, Aleksandra, Človekove pravice invalidov v mednarodnih dokumentih. V: Vodnik po pravicah invalidov / ur. Uršič Cveto, Ljubljana: Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti, 2015, str. 7–20.
14. Vujcic, Nick, Življenje brez omejitev: navdih za neverjetno dobro življenje (prevod Alenka Camloh Mrđenović). V Logu pri Brezovici: Društvo zaživi življenje, 2011.

5.2 PRISPEVKI IZ ZBORNIKA

1. Cotman, Marjeta, Govor ministrice za delo in socialne zadeve. V: Človekove pravice in invalidi, Konvencija o pravicah invalidov – črka na papirju in/ali realnost? Kranjska Gora, Slovenija, 22.–23. maj 2008, Zbornik predavanj / ur. Cveto Uršič, Aleksandra Tabaj, Ljubljana: Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve, 2008, str. 13.
2. Kalčič, Miran, Invalidnost kot osebna okoliščina. V: Delavci in delodajalci, št. 2-3/2007/VII, Ljubljana: Inštitut za delo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, 2007, str. 351–371.
3. Sancin, Vasilka... [et al.], Mednarodna materialno pravna in institucionalna ureditev na področju človekovih pravic. V: Vzgoja in izobraževanje za človekove pravice, Zbornik / ur. Erika Rustja, Ljubljana: Pedagoški inštitut, 2008, str. 15–27.

5.3 ČLANEK V REVII

1. Kalčič, Miran, Invalidnost kot osebna okoliščina. V: Pravniki – revija za pravno teorijo in prakso, letnik 67 (129), številka 1-2/2012, Ljubljana: Inštitut za delo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, 2012, str. 351–357.

5.4 NACIONALNI PRAVNI VIRI

1. (URS) Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33-1409/91-I s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2013.
2. (ZDoh-2) Zakon o dohodnini, Uradni list RS, št. 13/11.
3. (ZZRZI) Zakon o zaposlitveni rehabilitaciji in zaposlovanju invalidov, Uradni list RS, št. 16/07 s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami.

5.5 MEDNARODNI PRAVNI VIRI

1. Evropska strategija o invalidnosti za obdobje 2010–2020: obnovljena zaveza za Evropo brez ovir, EUR-Lex, Bruselj, 15. 11. 2010, URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC0636>, 15. 5. 2016.

2. Mednarodna konvencija o pravicah invalidov, URL: <http://translate.google.si/translate?hl=sl&sl=en&u=http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml&prev=/search%3Fq%3Dprotection%2Bof%2Bdisabled%2Bpersons%26biw%3D1024%26bih%3D641>, 19. 3. 2016.
3. Splošna deklaracija človekovih pravic, Sprejela in razglasila jo je Generalna skupščina Združenih narodov 10. decembra 1948 z resolucijo št. 217 A (III)., URL: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/slv.pdf, 4. 4. 2016.

5.6 SODNA PRAKSA

1. Odločba Ustavnega sodišča RS, U-I-146/07, 13. 11. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:U.I.146.07.

5.7 SPLETNI VIRI

1. Einstein, Albert, Nekaj njegovih misli, URL: http://www.rudimark.info/albert_einstein.htm, 10. 4. 2016, 29. odstavek.
2. Hawking, Stephen, Čuda prirode, Citati znanstvenika, URL: <http://cudaprirode.com/portal/zz/citati-znanstvenika>, 17. 3. 2016.
3. Penzionist. info, Portal za tretje življensko obdobje, 3. december mednarodni dan invalidov, 3. 12. 2015. URL: <http://www.penzionist.info/index.php/novice/item/756-3-december-mednarodni-dan-invalidov>, 17. 3. 2016.
4. Kaplan, Deborah, Definicija invalidnosti, The center for an accessible society, The Definition of Disability, URL: <http://www.accessiblesociety.org/topics/demographics-identity/dkaplanpaper.htm>, 17. 4. 2016.
5. Petrović, Ljubomir, (2008), Invalidnost kroz istoriju. V: Henci-društvo, Beograd: Institut za savremenu istoriju Beograd, URL: <http://www.hendidrustvo.info/forum/index.php/topic,1583.msg62010.html#msg62010>, 13. 6. 2016.
6. [DOC] Povzetek Evropske strategije o invalidnosti 2010–2020, URL: <https://www.google.com/search?q=Povzetek+Evropske+strategije+o+invalidnosti+2010%E2%80%932020&oq=Povzetek+Evropske+strategije+o+invalidnosti+2010%E2%80%932020&aqs=chrome..69i57j1281j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>, 17.4.2016.
7. Sonček, Zveza društev za cerebralno paralizo Slovenije, URL: <http://www.soncek.org/cerebralna-paraliza/izobrazevanje/inkluzivno-izobrazevanje/> 9. 4. 2016.

RAZVEZE ZAKONSKIH ZVEZ V REPUBLIKI SLOVENIJI

Ina Kovačević²³³

Izvleček: Mit, da se nasprotja privlačijo, velja v kemiji in fiziki, medtem ko znanost o duševnih zakonih pravi, da ljubezen ni dovolj, da bi zbrisala vse razlike v izobrazbi in pogledih na življenje. V skladu s podatki Statističnega urada RS lahko vidimo, da vsak tretji zakonski par v Sloveniji svojo življenjsko pravljico z vodilom »živela sta srečno do konca svojih dni« zaključi z razvezo zakonske zveze.

Na koncu nam ostane vprašanje Kaj nam ostane po ločitvi? Navada, da vsako jutro skuhamo kavo za dve osebi in v skladu s ritualom pričakujemo pogovor o skupnih nakupih, obiskih prijateljev, kaj bomo pripravili za kosilo, kaj bomo naredili z otroki ...

Ob razvezi zakonske zveze se moramo soočiti z realnostjo in sprejeti težko odločitev, čeprav ne dobimo navodil za uporabo in si mora vsak zakonski par sam izbrati scenarij za zaključek obdobja te življenjske drame. Žal je tako, da se največ ločitev zaključi neprijetno in se zakonska partnerja maščujeta drug drugemu za vse trpljenje, ki sta ga preživela v letih zakona, saj na svojega bivšega zakonskega partnerja gledamo kot na sovražnika.

Ključne besede: zakonska zveza, razveza, družina, družinski zakonik, pravni sistem

Abstract: *The myth that the opposites attract are valid only in chemistry and physics while the science of mental laws says that love is not enough to erase all the differences in education and views on life.*

According to Statistical Office of Republic of Slovenia we can see that every third married couple in Slovenia ends their fairy tale life with a »they lived happily ever after till the end of their days«.

At the end we remain with question What remains after divorce? A habit to prepare coffee for two every morning and according to the ritual we expect conversation about common shoppings, friends visits, what we'll prepare for lunch, what we will do with our children ...

At the time of divorce we have to face the reality and accept the hard decision, eventhough we don't get instructions for use and every married couple has to choose their own script for the end of the period of that life drama. Unfortunately the most divorces finish unpleasant and partners revenge to each other for all the suffering they suffered during the years of marriage, because we see our former spouse as enemy..

Key words: marriage, divorce, family, family code, legal system

²³³Avtorica prispevka se zahvaljuje Evropski pravni fakulteti, Fakulteti za državne in evropske študije ter Fakulteti za slovenske in mednarodne študije, Nova univerza, da so organizirali mednarodno doktorsko znanstveno-raziskovalno konferenco ter mi omogočili sodelovanje na le-tej. E-mail: ina.kovacevic13@gmail.com.

1 UVOD

Med ljudmi še vedno velja prepričanje, da edino pravo srečo najdemo v zaljubljenosti in jih vodi misel »ljubiti in biti ljubljen«, smisel življenja vidijo v življenju v dvoje ter pozneje to ljubezen okronajo s poroko in rojstvom potomcev.

V tej idealni partnerski zvezi si par predstavljamo kot nek kokon, v katerega se partnerja zavijeta in v katerem vlada popolno ljubezensko razmerje, plod katerega so tudi otroci, ki ustvarijo popolno družinsko življenje. Takšno popolno srečo pa lahko dosežeta le partnerja v globokem in odkritem odnosu. Tako je poročna zaobljuba za vse življenje nekaj čisto dosegljivega in so črne misli o tem, da lahko nesporazumi uničijo zakon, daleč. Pa vendarle je dandanes zaradi številnih dejavnikov ta podoba o idealnem družinskem življenju vse večkrat razblinjena.

V zadnjih desetletjih so analitiki v Evropi zaznali trend upadanja števila porok in porast števila razvez zakonskih zvez. Zato me zanima, če je enak trend zabeležen tudi pri nas. V preteklosti je bil poglavitni razlog za razvezo neplodnost žene ali njena nezvestoba, danes pa navajajo tudi druge razloge. Če je v preteklosti bil mož tisti, ki se je razvezal od žene, je v današnjem času vedno bolj pogost pojav, da so žene pobudnice za razvezo.

2 DRUŽINSKI ZAKONIK

Pojem družine²³⁴, po kateri je družinsko pravo dobilo ime, je ustavna vrednota, ki ji gre posebno varstvo države (tretji odstavek 53. člena URS). Čeprav je družinsko pravo po besedi družina dobilo ime, pojem družine ni samo domena družinskega prava, saj mora država posebno varstvo družine zagotavljati vedno in povsod, ne samo na področju družinskega prava.

Družinski zakonik pa družino definira kot življenjsko skupnost otroka, ne glede na starost otroka, z obema ali enim od staršev ali z drugo odraslo osebo, če ta skrbi za otroka in ima po tem zakoniku do otroka določene obveznosti in pravice.²³⁵

Vsaka družina je svet zase. Kot katerakoli druga organizacija ima tudi vsaka družina svoje posebne značilnosti in pravila. Njeno krhko ravnovesje lahko porušijo številni dejavniki, kot so bolezen, ločitev, brezposelnost, rojstvo novega otroka ali smrt katerega izmed družinskih članov.²³⁶

234 Novak, 2014, str. 18.

235 Družinski zakonik, Uradni list RS, št. 15/17.

236 Asen, 1998, str. 9-11.

Z dnem 15.04.2017 je začel veljati družinski zakonik²³⁷. Ključne novosti družinskega zakonika, ki so pričele veljati s 15.04.2019 so:

1. širše zastavljen pojem družine
2. opredeljena definicija pojma otrok
3. vnaprej izražena volja staršev
4. odsvojitve in obremenitve stvari iz otrokovega premoženja
5. uvedba pogodbe o ureditvi premoženjskopравnih razmerij
6. možnost mediacije v družinski pravnih zadevah tudi pred začetkom in po koncu sodnega postopka
7. možnost razveze zakonske zveze pred notarjem v obliki notarske listine
8. sprememba izraza »roditeljska pravica« v »starševska skrb«
9. odločitev sodišča o skupni vzgoji in varstvu tudi brez soglasja / sporazuma staršev
10. nov institut podelitve starševske skrbi sorodniku
11. prenos pristojnosti odločanja iz centrov za socialno delo na sodišča o:
 - ukrepov za varstvo koristi otroka
 - posvojitvah
 - rejništvo in skrbništvo

3 RAZVEZA ZAKONSKE ZVEZE

Tako Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih²³⁸ (v nadaljevanju ZZZDR) v 63. členu kot tudi Družinski zakonik v 95. členu pravi, da zakonska zveza preneha s smrtjo enega zakonca, z razglasitvijo enega zakonca za mrtvega in z razvezo zakonske zveze.

Sodišče razveže zakonsko zvezo na podlagi sporazuma zakoncev, če sta se sporazumela o varstvu, vzgoji in preživljanju skupnih otrok ter o njihovih stikih s staršema v skladu z določbami tega zakona in če sta predložila v obliki izvršljivega notarskega zapisa sklenjen sporazum o delitvi skupnega premoženja o tem, kdo od njiju ostane ali postane najemnik stanovanja in o preživljanju zakonca, ki nima sredstev za življenje in brez svoje krivde ni zaposlen.

Preden sodišče razveže zakonsko zvezo, mora ugotoviti ali je s sporazumom zakoncev poskrbljeno za varstvo, vzgojo in preživljanje skupnih otrok ter za stike med otroki in staršema v skladu s koristjo otrok ter pridobiti o tem mnenje centra za socialno delo. Sodišče upošteva tudi otrokovo mnenje, če ga je otrok izrazil sam ali po osebi, ki ji zaupa in jo je sam izbral in če je sam sposoben razumeti njegov pomen in posledice.

Če je zakonska zveza iz kateregakoli vzroka nevzdržna, sme vsak zakonec zahtevati razvezo zakonske zveze.

237 http://www.mdds.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/8593/

238 Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih.

Sodišče po prejemu predloga za sporazumno razvezo ali tožbe za razvezo zakonske zveze pred njeno vročitvijo toženi strani, pošlje predlog oziroma tožbo centru za socialno delo, da ta opravi svetovalni razgovor.

Ločitev²³⁹ je tako za odrasle kot za otroka zelo zahteven proces. Gre za eno najtežjih življenjskih prelomnic, kjer se poruši do sedaj poznan svet ter se šele sčasoma začne vzpostavljati nov način življenja. Tako odrasli, kot tudi otroci, so lahko v tem obdobju zelo občutljivi, prestrašeni, jezni, nemočni, žalostni... Za otroke je to stiska, gre za proces žalovanja, kjer se spremeni, »umre« staro življenje in se začne novo. Starši morajo poskrbeti zase tako psihično kot fizično ter materialno, poskrbeti morajo za svoje nadaljnje življenje, hkrati pa morajo biti v oporo tudi otroku, ki je vpleten v ta proces. Ločitev pa je, kljub turbulencam in viharjem, tudi priložnost, da spoznamo sebe, zrastemo ter začnemo z življenjem, kakršnega si želimo.

Še danes mnogi menijo, da srečo najdemo v zaljubljenosti, v izkustvu ljubezni – ljubiti in biti ljubljen – in v življenju v dvoje. Čeprav ne manjka parov, ki se razidejo, v srcih večine še vedno živi upanje, da bodo našli nekoga, s katerim bodo preživeli svoje življenje. Partnerskemu odnosu pripisujemo najlepše izraze: ljubezen, razumevanje, podpora, zaupljivost, usklajenost. Par si predstavljamo kot zapredek, v katerega se moški in ženska zavijeta in iz njega črpata moč; kot toplo gnezdo, v katerega se rodijo otroci. Popolno srečo je mogoče doseči v globokem in odkritem odnosu z ljubljeno osebo. Poročna obljuba za vse življenje se zdi nekaj popolnoma mogočega. Zelo daleč je misel na to, da lahko spori, nesporazumi in nerazumevanje, ki nenadoma izbruhnejo na dan, ranijo podobo zakona, ki jo nosimo v svojem razumu in srcu!

Pa vendar lahko nezadovoljstvo, grenkoba in razočaranje že po nekaj mesecih ali letih prav zahrbtno načnejo sanje. Ne čutiva se več na isti »valovni dolžini«, dolgočasiva se, kregava se, drug do drugega postajava napadalna. Najini življenji sta se razšli in zdaj tečeta po dveh vzporednih poteh.

Najin odnos postopoma propada. Vez, ki naju povezuje, je videti vedno krhkejša. Zdi se, da je eden od zakoncev (ali oba) nehal vlagati v odnos.²⁴⁰

In vendar je zakon ena od najtrajnejših in najpomembnejših družbenih ustanov. Ljudje, ki jim je v zakonu že šestkrat spodletelo, pogosto nič ne oklevajo, in se v zakon podajo še sedmič, tako močno jih privlačijo ugodnosti zakona.

Večina ljudi se ne misli tako hitro ponovno poročiti. Najprej potrebujejo čas, da si opomorejo. Opomorejo pa si in pogosto se drugič poročijo z enako vnemo kot prvič.

Ločitev vedno pomeni, da sta dva človeka drug zaradi drugega prizadeta in razočarana. Pri ločitvenem postopku je v obtožbah vedno navedena okrutnost, nezvestoba in neskladnost značajev. Z drugimi

239 Dodič, 2016, str. 5.

240 Content, 2013, str. 9-10.

besedami: drug drugemu ne nudita tistih zadovoljstev in ne zadovoljujeta tistih potreb, zaradi katerih sta sklenila skupno življenje. Tako se njuna ljubezen neha natančno iz enakih razlogov, kot se je začela.²⁴¹

3.1 Vrste ločitev

Razlogi za ločitev so različni. Morda sta se partnerja medsebojno odtujila, morda je prihajalo do psihičnega ali fizičnega nasilja, morda je bil kdo izmed partnerjev nezvest. Lahko so bili dnevi prepleteni z nešteti prepiri, pomanjkanjem spoštovanja, ljubezni ... Zavesti se morate, česa vam v zvezi / zakonu primanjkuje, česa si želite, ali vam bo z ločitvijo lažje ali težje, ali želite zvezo rešiti ... Pomembno je, da v tej fazi razmišljanja »izključite« otroke v smislu, da želite zakon obdržati zaradi njih. Pomembno je, da ste srečni starši, ker samo srečni in zadovoljni starši lahko osrečijo svoje otroke. Simbolično lahko primerjamo polno in prazno skodelico. Če je skodelica polna, lahko delite, če je skodelica prazna, ne morete dati ničesar. Torej, če je vaša skodelica sreče, ki jo občutite v sebi, polna, potem lahko osrečujete tudi druge ljudi, če je skodelica prazna, sreče ne morete deliti. Tisto, kar imate, lahko daste. Če je to zagrenjenost, sovraštvo, žalost, namesto sreče in zadovoljstva, ne boste naredili za otroke nič dobrega. Vaša odgovornost je, da poskrbite za svoje srečno življenje, otroci bodo odrasli in odšli iz družine, vi pa svoje sreče ne morete vezati na otroke. Pomembno je, da se odločite, ali se je vredno za zakon boriti, ali sta se oba pripravljena za zakon potruditi in ga poskušati »popraviti« ali menita, da je najboljša rešitev ločitev.²⁴²

Konec zveze bo na vsakega posameznika vplival drugače, vsem razhodom pa je skupno, da je ne glede na to, ali je pričakovan ali nepričakovan, vsak razhod težek, noro težek. Kdor bo rekel drugače, se nam bo zlagal. Ali pa ima neverjetno srečo. Razlogi za razhod niso važni, izgubiti človeka, na katerega smo navajeni in ga imamo radi, je izjemno težko.²⁴³

Ločitve med starši vplivajo na vsa življenjska območja odraslih in otrok. Vendar ljudje temu dogodku ne pripisujejo obsežnega pomena, da ne bi zašli s poti običajnega vsakdanjika. Slutijo, da bi se to lahko zgodilo, in se bojijo osebne negotovosti, če bi se ob ločitvah preveč prepustili čustvom.

K obvladovanju ločitve pa vsekakor sodita tudi zavedanje in preživetje čustev, ki se zdijo grozeča ali pa to tudi v resnici so.

To lahko ljudje dopustijo samo takrat, kadar se počutijo dovolj močne, da bi prenesli tudi občutke ogroženosti. Če bodo ljudje v ločitvi to moč imeli, je odvisno tako od dobrih izkušenj iz njihove osebne zgodovine kot tudi od zanesljivosti njihovih sorodnikov in prijateljev, torej od vzdržljivosti njihove družbene mreže. Izkušnja, da se moč grozečih občutkov in čustev, ki se najprej zdi prevladujoča, kasneje umakne in naredi prostor občutku miru in varnosti, vzbuja upanje, da bo tudi v bodoče tako.

241 Hauck, 1987, str. 7-11.

242 Dodič, 2016, str. 5-6.

243 Čertanec, 2017, str. 18.

Otroci so v ločitvenih situacijah veliko bolj nemočno kot odrasli izpostavljeni tem problemom glede na njihovo šele nastajajočo sposobnost zavestno odmakniti se od močnih čustvenih odzivov. Rodni starši stojijo svojim otrokom ob strani na začetku njihovega življenja in praviloma tudi v prvih letih življenja. V postopku ločevanja pa se umaknejo iz situacije, ko so bili za svoje otroke popolni. Sicer je tudi v tem obdobju družinske preobrazbe njihova največja naloga odgovornost.

Z ločitvijo staršev pride do spremembe njihove medsebojne zveze in zveze z otroki. Vendar ta zveza ni končana. Če izgleda, kot da je pretrgana ali razpuščena, partner ali otrok pozabljen, se za tem skriva v večini primerov neuspešen poskus čustvene osvoboditve. Če pa uspe ustvarjalna preobrazba stare zveze, le-ta še nadalje spada k možnosti, ki ljudem daje zaščito in varnost. Lahko se ji pridružijo nove zveze, ki dopolnjujejo, izravnavajo ali življenjski prosto širijo in to s stiki, ki jih po slovesu lahko na novo navezujemo.²⁴⁴

Različni avtorji (Ford, Čertanec, Dodič, Kuntzag) so postavili koncepte vrst ločitev, ki jih na kratko opišem v nadaljevanju.

3.2 Legalna ločitev

Legalna ločitev²⁴⁵ je aspekt, na katerega ljudje največkrat pomislijo, ko govorimo o ločitvi. Gre za pravni del ločitve, postopke in dokumente, vložene na sodišče, s katerimi sta partnerja uradno ločena. Zakonca se lahko razvežeta sporazumno ali na podlagi tožbe.

Pri sporazumnem načinu zakonca na pristojno okrožno sodišče vložita sporazumni predlog, v katerem se določi podrobnosti glede medsebojnih razmerij (skupno premoženje) in skupnih otrok (skrbništvo, preživnina, stiki).

Pri razvezi na podlagi tožbe katerikoli zakonec vloži tožbo na pristojno okrožno sodišče. V tem primeru sodišče odloči o varstvu, vzgoji in preživljanju otrok.

3.3 Finančna ločitev

Ob ločitvi se razdeli premoženje bivših zakoncev. Zakonca oz. partnerja se morata dogovoriti o tem, komu kaj pripada. Če se da, rešite ta del ločitve sporazumno ali s pomočjo mediacije, ker v primeru, da tega ne zmorete, lahko denar odteka k odvetnikom, namesto da ostane pri vas.

Seveda pa lahko za pravno pomoč zaprosite, če ste o finančnih stvareh nepodučeni in menite, da niste v enakopravnem položaju z vašim partnerjem/-ko.

244 Kuntzag, 1997, str. 112-113.

245 Dodič, 2016, str. 6.

Prav tako je to obdobje, ko se je treba zavedati, da bo prihodek, ki je do sedaj podpiral eno gospodinjstvo, od sedaj naprej podpiral dve gospodinjstvi, kar je za večino zakoncev, ki se ločujejo, trda preizkušnja.

Naredite si tabelo prihodkov in odhodkov. Če ne veste, kakšni so vaši odhodki, potem zberite račune in jih vpišite. Mesečni prihodki morajo biti višji od mesečnih odhodkov. Če temu ni tako, je treba zmanjšati odhodke ali povišati prihodke.²⁴⁶

3.4 Socialna ločitev

Socialna ločitev²⁴⁷ se nanaša na to, kako se vaša družina in prijatelji prilagodijo dejstvu, da z vašim možem/ženo nista več skupaj. Včasih ste imeli morda skupne prijatelje, s katerimi ste se družili, sedaj pa so prijatelji v zadregi, ko ne vedo, s katerim od vaju naj se družijo. Prav tako le-to prizadene tudi vas. Od sedaj naprej ste v socialnih stikih kot individualna oseba in ne več kot par. Pustite sebi in drugim čas, da se na to privadijo. Vaša družina i prijatelji imajo verjetno dobre namere in vas podpirajo, čeprav lahko včasih njihovi dobronamerni nasveti stvari še poslabšajo.

Vsi »dobrodušni« nasveti v smislu Daj, pozabi ga. Najdi si drugega moškega, saj jih je povsod dovolj. Ali Saj ni bila nič prida, ni znala ne kuhati ne pospravljati, škodujejo, zato takšnih nasvetov ne upoštevajte in raje poiščite pomoč strokovne osebe.

3.5 Čustvena ločitev

To je najtežji del ločitve. Ne glede na to, kakšni so razlogi za ločitev, gre za prekinitev odnosa, ki vam je nekoč veliko pomenil, gre za izgubo osebe, ki ste jo morda sprva brezmejno ljubili, gre za zaključek dela življenja. Vsakdo ločitev drugače občuti, vendar sledi žalovanje kot ob smrti ljubljene osebe. Žalujemo za izgubo žene / moža, partnerja, načina življenja, sanj. Lahko se pojavlja tudi strah pred prihodnostjo, pred tem, kako bomo zmogli od sedaj živeti sami. Zavedajte se, da je to proces, ki bo terjal nekaj časa. Predvsem pa bodite prijazni, potrpežljivi in ljubeči do sebe.²⁴⁸

Navada je železna srajca in težko je, ko se nam v trenutku vse postavi na glavo. S kom bomo zdaj delili večere pred televizijo, kdo nam bo delal družbo pri večerji, s kom bomo hodili na počitnice, komu bomo povedali za vse vesele in žalostne trenutke v življenju? Odpre se neskončno morje vprašanj, ki človeka hitro potrejo in ga spravijo v depresijo.²⁴⁹

246 Prav tam, str. 7, 9.

247 Prav tam, str. 8, 9.

248 Prav tam, str. 9.

249 Čertanec, 2017, str. 18-19.

3.6 Duhovna razveza

Duhovna razveza je tista, ki jo uporabimo, da bi svoje življenje dvignili na višjo kakovostno raven, in naša izkušnja razveze postane prej dobitek kot pa izguba. Duhovna razveza nas spet poveže z našim najvišjim bistvom in celi razpoko med našim jazom in dušo. Ko razvezo uporabimo za zdravljenje svojih ran, tako da se učimo, rastemo in se razvijamo v bolj ljubeča in zavedajoča se bitja, prejmemo duhovno izkušnjo in notranjo osvoboditev. Namesto, da bi obtičali v bolečini strtega srca, nam duhovna razveza pomaga, da se spet povežemo s svojimi najvišjimi vidiki. Tukaj, v navzočnosti našega najvrednejšega bistva, si povrnemo moč, radost in neomejeno svobodo, in ustvarimo življenje, ki nam je drago.²⁵⁰

3.7 Dejavniki tveganja za razvezo

Enostavnega odgovora na vprašanje, zakaj se pari razvežejo, ni, saj razlog za razvezo posameznega para običajno tudi ni en sam. Na to, da se pari odločajo za razvezo zakonske zveze, vplivajo številni individualni, medosebni ter širši socialni, zgodovinski in demografski dejavniki.²⁵¹

Iz pregleda ugotovitev avtorjev navedenih študij²⁵², ki so proučevali ekonomske, demografske, medosebne ter individualne dejavnike tveganja za razvezo, lahko zaključimo, da na verjetnost za razvezo zakonske zveze vplivajo številni dejavniki. Zaradi zmanjšanja pomena zakonske zveze v družbi so po mojem mnenju v današnjem času rizični dejavniki predvsem neenakost prihodkov in porazdelitve gospodinjskih in drugih opravil med zakoncema, negativni vzorci vedenja in komunikacije med zakoncema, prisotnost negativnih in odsotnost pozitivnih čustev v odnosu, nekonstruktivno reševanje težav ter prisotnost duševne motnje ali alkoholizma pri enem od zakoncev. Prisotnost teh značilnosti pred odločitvijo zakoncev za razvezo in v obdobju razveze pa negativno vpliva tako na doživljanje in delovanje staršev kot tudi otrok in mladostnikov, ki živijo v tej družini.

4 RAZISKAVA »ZAKONSKE ZVEZE V REPUBLIKI SLOVENIJI«

Podatki, uporabljeni v empiričnem delu članka so pridobljeni na uradni spletni strani Statističnega urada RS (SURS) dne 12.05.2019 in so zadnji objavljeni za leto 2017.

Glede na pridobljene podatke bom preverila, če velja v Sloveniji enak trend porok in razvez kot velja v večini preostalih evropskih držav.

Tabela 1: Sklenitve zakonskih zvez v Republiki Sloveniji od leta 2000 do leta 2017 in starost ženina ter neveste ob sklenitvi zakonske zveze

250 Ford, 2003, str. 5.

251 Andrejč, 2018, str. 19.

252 Prav tam, str. 34.

SKLENITVE ZAKONSKIH ZVEZ

Leto	Skupaj	Starost ženina	Starost neveste
2000	7201	31,4	28,4
2001	6935	31,8	28,8
2002	7064	32,3	29,2
2003	6756	32,3	29,2
2004	6558	32,6	29,6
2005	5769	33,0	29,8
2006	6368	32,8	30,0
2007	6373	33,2	30,3
2008	6703	33,2	30,2
2009	6542	33,1	30,3
2010	6528	33,8	30,8
2011	6671	34,1	31,2
2012	7057	34,4	31,5
2013	6254	34,5	31,6
2014	6571	34,5	31,8
2015	6449	34,8	32,1
2016	6667	35,3	32,6
2017	6481	35,3	32,7

Vir: www.stat.si, 12. 5. 2019.

Slika 1: Sklenitve zakonskih zvez v Republiki Sloveniji v obdobju 2000–2017



Vir: Statistični urad RS.

Iz podatkov, ki sem jih dobila na spletni strani Statističnega urada RS je razvidno, da so sklenitve zakonskih zvez od leta 2000 do leta 2017 rahlo nihale, v skupnem pogledu pa so kazale trend upadanja. Tako smo lahko v letu 2017 zabeležili kar 10% upad sklenitev zakonskih zvez. Največji upad zakonskih zvez smo v Republiki Sloveniji zabeležili leta 2005, le 5769 zvez, kar je v primerjavi z letom 2000, ko smo zabeležili 7201 porok, kar je 19,89% porok manj v letu 2005 kot v letu 2000.

Iz podatkov SURS je razvidno, da se je starost ženina od leta 2000 do leta 2017 dvignila iz 31,4 let na 35,3 leta, kar je 12,42% večja starost ženina ob sklenitvi zakonske zveze v letu 2017, kot je to bilo v letu 2000. Prav tako je narasla tudi starost nevest ob sklenitvi zakonske zveze in sicer iz 28,4 let na 32,7 let, kar je več kot pri ženinih in sicer za 15,14%.

Tabela 2: Razveze zakonskih zvez v Republiki Sloveniji in razveze z otroki oziroma brez otrok

RAZVEZE

Leto	pod 1 letom	1-4 leta	5-9 let	10-14 let	15 let ali več	SKUPAJ	Z otroki	Brez otrok
2000	31	268	426	384	1016	2125	1340	785
2001	17	292	418	424	1123	2274	1418	856
2002	29	343	487	404	1194	2457	1482	975
2003	19	329	439	434	1240	2461	1476	985
2004	31	330	437	402	1211	2411	1364	1047
2005	29	345	506	416	1351	2647	1500	1147
2006	23	313	433	349	1216	2334	1301	1033
2007	30	380	487	417	1303	2617	1348	1269
2008	25	326	419	352	1124	2246	1259	987
2009	17	342	455	385	1098	2297	1308	989
2010	29	374	445	380	1202	2430	1273	1157
2011	24	377	432	321	1144	2298	1186	1112
2012	25	403	452	388	1241	2509	1267	1242
2013	28	374	451	369	1129	2351	1242	1109
2014	17	396	491	349	1216	2469	1238	1231
2015	32	459	486	318	1137	2432	1205	1227
2016	33	424	507	383	1184	2531	1269	1262
2017	40	384	489	358	1116	2387	1208	1179

Vir: www.stat.si, 12. 5. 2019.

Glede na podatke iz tabele 2 je razvidno, da do največ razvez zakonskih zvez pride po 15 letih zakona. Žal se po tem obdobju največkrat pojavi nepripravljenost partnerjev za sklepanje kompromisov, nesposobnost pogovorov in posledično odtujenost, ki pripelje do takšnega prepada med partnerjema, da je edini izhod, ki ga vidita, ločitev.

V primerjavi z letom 2000 je število ločitev zrasla (za 12,3%), vendar se lahko tolažimo z dejstvom, da vse od leta 2012 število ločitev upada. Prav tako je sreča v nesreči to, da število ločitev z otroki upada, saj so otroci tisti, ki najbolj trpijo v tej situaciji. Žal pa število ločitev brez otrok drastično raste in je od leta 2000 do 2017 zraslo kar za 50%.

Vsekakor upamo, da bo trend ločitev v prihodnjih letih padal in bomo reševali probleme pred žalostnim trenutkom.

5 ZAKLJUČEK

Namen študije je bil ugotoviti, ali se slovenski državljani poslužujejo razvez zakonskih zvez in v kakšnem številu se jih poslužujejo ter kakšen je trend rasti le-teh. Žal se poslužujemo razvez, saj se več kot tretjina sklenjenih zakonskih zvez konča z razvezo.

V nekaterih primerih je to edina rešitev, vsekakor pa moramo sami sebi postaviti vprašanje zakaj želimo ostati v zakonski zvezi, v kolikor se za to odločimo. V kolikor je odgovor na to vprašanje zaradi otrok, zaradi statusa ali zaradi strahu pred odzivom okolice, partnerja pa komaj lahko prenašamo, potem to zagotovo ni dober razlog, da ostanemo v zvezi.

Zakonska zveza bi morala predstavljati odnos, v katerem se partnerja spoštujeta in se sprejemata z vsemi napakami, ki jih imata. Medosebno se usklajujeta in skupaj rasteta. V zvezo morata oba vlagati vse svoje moči, ne le en partner, saj bo v primeru enostranskega vlaganja v zvezo, dolgoročno ta zveza postala nevzdržna.

Žal se veliko število žensk opira zakona, v katerem niso srečne le zaradi finančne odvisnosti od partnerja, ker nimajo svojega doma, kamor bi po ločitvi odšle z otrokom, ker ne želijo, da bi bil njihov otrok označen kot otrok ločenih staršev in ker se bojijo obsojanja okolice – kaj jim bodo rekli starši, prijatelji ali sosedje. Čeprav to ni pravilo, vendar se velika večina parov loči zaradi tretje osebe.

Rešitev za uspešen zakon je vsekakor prilagajanje partnerjev, odkrit odnos ter vzdrževanje odnosa kot ga imamo na začetku zakonske zveze.

LITERATURA IN VIRI

Andrejč, A. (2018). Razveza staršev in otroci. Maribor: Kulturni center, zavod za umetniško produkcijo in založništvo.

Asen, E. (1998). Družine. Ljubljana: DZS.

Content, É. (2013). Poroka...In potem?. Ljubljana: Družina.

Čertanec, A. (2017). (Ne)srečni konci. Ljubljana: Pravno-ekonomsko svetovanje Čertanec.

Dodič, D. (2016). Ločitev. Ljubljana: Corason.

Ford, D. (2003). Razveza, začetek novega življenja. Kranj: Ganeš.

Hauck, P. (1987). Uspešen zakon. Ljubljana: Mladinska knjiga.

Kuntzag, L. (1997). Ločitev boli: otroci in starši v ločitvenem dogajanju. Ljubljana: Kres.

Novak, B. (2014). Družinsko pravo. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

PRAVNI VIRI

Družinski zakonik, Uradni list RS, št. 15/17 z dne 31. 3. 2017.

Družinski zakonik, 20. 8. 2019. URL: <http://www.mdds.gov.si/si>.

SPLETNI VIRI

Razveze zakonskih zvez, Slovenija, Statistični urad RS, 25. 5. 2019. URL: <http://www.stat.si>.

Sklenitve zakonskih zvez, Slovenija, Statistični urad RS, 25. 5. 2019. URL: <http://www.stat.si>.

ODŠKODNINSKI SPORI ZARADI STROKOVNE NAPAKE ZDRAVNIKA

Maša Žehelj²⁵³

Izvleček: Strokovna napaka zdravnika ni zakonsko opredeljena, izoblikovala se je skozi sodno prakso. O strokovni napaki zdravnika govorimo, če ta ne ravna kot dober strokovnjak, po pravilih zdravniške znanosti in stroke ter po običajih, ki so veljavni na področju medicine v času škodnega dogodka in če ne prepreči škode za pacienta oziroma povzroči, da se pacientu zdravje poslabša.

Pravna podlaga za odškodninsko odgovornost za strokovno napako zdravnika se je v zadnjih letih spremenila iz deliktne v pogodbeno, in sicer po stališču Vrhovnega sodišča gre za podjemno pogodbo. Vendar pa hkrati poudarjajo, da ne gre za odgovornost za uspeh, vendar za odgovornost prizadevanja. Zato menim, da bi bilo pravilneje govoriti o mandatni pogodbi, kjer gre resnično za pogodbo prizadevanja.

Čas sklenitve pogodbe pa je takrat, ko ni več nobenega dvoma, da bo zdravnik za pacienta storil vsaj nekaj storitev, gre za konkludentno sklenitev pogodbe. Kljub temu pa je to pogodbeno razmerje ohranilo nekatere značilnosti deliktne odgovornosti, predvsem je pomembno to, da je kljub temu, da gre za pogodbeno odškodninsko odgovornost, vseeno možno zahtevati nepremoženjsko škodo, razrešeno je tudi vprašanje zastaranja za nepremoženjsko škodo, ki ne spada v krog pogodbene odškodninske odgovornosti.

Tako v teoriji, kot tudi v sodni praksi se je postavljalo vprašanje o tem ali je izpolnitev pojasnilne dolžnosti pogoj, da je pogodba o opravljanju zdravstvenih storitev veljavno sklenjena. Ker v primeru, da je to pogoj za veljavno sklenjeno pogodbo, bi pomenilo, da v primerih, kadar je bila kršena pojasnila dolžnost, pogodba ni bila veljavno sklenjena in je odgovornost za škodo deliktna, če ne pa je tudi v takem primeru odgovornost pogodbena. To dilemo je rešilo Vrhovno sodišče, kjer je zavzelo stališče, da pri pravilni izpolnitvi pojasnilne dolžnosti ne gre za vprašanje izoblikovanja svobodne in resne volje kot pogoja za veljavno sklenitev pogodbe o opravljanju zdravstvenih storitev, pač pa za zaščito pravice do ozaveščene privolitve v posamezen medicinski poseg v okviru izpolnjevanja pogodbene obveznosti iz že sklenjene pogodbe.

Pri ugotavljanju odgovornosti bo v osredju vprašanje ravnanja contra legem artis. Vendar bo moral povzročitelj v primeru razbremenitve odškodninske odgovornosti dokazati svojo skrbnost kakor tudi obstoj okoliščin, zaradi katerih pogodbe ni mogel pravilno izpolniti in ki so bile zanj nepremagljive oziroma neodvnljive – če tega ne dokaže, ne bo zmožek ekskulpacijskega dokaznega bremena.

Abstract: *The professional error of the doctor is not legally defined, it was formed through case law. We refer to a professional mistake of a doctor, if he or she does not act as a good expert, according to the rules of medical science and profession and according to the customs that are valid in medicine at the time of the accident and if it does not prevent harm to the patient or if he causes that the patient's health gets worse.*

²⁵³ Doktorska študentka prava, Evropska pravna fakulteta, Nova univerza.

The legal basis for liability for the professional error of a doctor has changed from a delict to a contractual one. At the same time, however, they emphasize that it is not responsibility for success (obligation of result), but responsibility for effort (obligation of endeavor). So I think it would be more accurate to talk about a mandate contract where it really is an endeavor contract.

The contract is concluded, when there is no longer any doubt that the doctor will do at least some services for the patient, it is a conclusive statement of will. Although it is a contractual liability for damages, the case law decided that the non-pecuniary damage may still be claimed and the preclusion of non pecuniary liability issue is also resolved by case law.

Both in theory and in the case law, the question was whether the fulfillment of the duty to inform the patient was a condition for a valid contract. If this is a condition for a valid contract, it would mean that in cases where the clarification of the obligation was breached, the contract was not validly concluded and the liability for damages is not contractual. This dilemma was resolved by the Supreme Court, where it took the view that the correct fulfillment of duty to inform the patient was not a question of forming a free and serious will as a condition for a valid contract, but for protecting the patient's right to be informed for a particular medical intervention.

In determining liability, the issue of contra legem artis will be central. However, the doctor has to prove his due diligence. As well he has to prove he could not properly fulfill the contract due to circumstances beyond his control. If he fails to prove that, he will not be able to exclude his liability for damage.

1. Uvod

Skozi ta prispevek bi želela predstaviti odškodninsko odgovornost zdravnika, kadar zagreši strokovno napako. Na začetku je predstavljen pojem strokovne napake in razlikovanje med strokovno napako in komplikacijo. Nato pa so predstavljene bistvene sestavine odškodninske odgovornosti strokovne napake zdravnika in skozi to je tudi predstavljena nova sodna praksa ter spremembe, ki so se dogajale na tem področju. Skozi leta se je spreminjala sodna praksa in tako tudi stališče sodišča o pravni podlagi razmerja med pacientom in bolnikom, predstavljene pa so tudi vse posledice, ki so jih te spremembe prinesle. V prispevku je predstavljena tudi tuja sodna praksa in pravna ureditev ter primerjava z našim pravnim redom.

2. Strokovna napaka zdravnika

Strokovna napaka zdravnika ni zakonsko opredeljena, izoblikovala se je skozi sodno prakso.

Zakon o zdravstveni dejavnosti v 45. členu opredeljuje samo, da zdravstveni delavci in zdravstveni sodelavci opravljajo zdravstveno dejavnost v skladu s sprejeto zdravstveno doktrino in s kodeksom medicinske deontologije oziroma z drugimi strokovnimi in etičnimi kodeksi. Pri opravljanju svojega dela morajo obravnavati vse ljudi pod enakimi pogoji na enak način in spoštovati njihove ustavne in zakonske pravice. Edino merilo prednosti je nujnost zdravstvenega posega. In prav ravnanje zdravnika v nasprotju s tem členom pomeni strokovno napako zdravnika.

Sodna praksa Vrhovnega sodišča RS je pojasnila, da je strokovna napaka zdravnika oziroma zdravstvenega osebja podana, kadar njihovo ravnanje ni v skladu z zahtevami zdravstvene doktrine.

Za potrebe prakse je bila v Sloveniji izoblikovana naslednja definicija, ki ustrezno opredeljuje protipravnost kot element odškodninske odgovornosti v postopku zdravljenja: »Zdravstvena napaka je napaka, ki se zgodi pri opravljanju zdravstvene dejavnosti. Pomeni odstopanje od pričakovanih norm zdravstvene stroke in od tega, kar se v stroki smatra kot običajno in pravilno.«²⁵⁴

O strokovni napaki zdravnika govorimo, če ta ne ravna z večjo skrbnostjo²⁵⁵, po pravilih zdravniške znanosti in stroke ter po običajih, ki so veljavni na področju medicine v času škodnega dogodka in če ne prepreči škode za pacienta oziroma če povzroči, da se pacientu zdravje poslabša. V prvem delu gre za pravni standard skrbnosti dobrega strokovnjaka, njegova vsebina je odvisna od okoliščin konkretnega primera in od izoblikovanih standardov vedenja in ravnanja, ki so tako raznoliki in vsebinsko soodvisni od spreminjajočih se dejanskih okoliščin, da jih ni mogoče relativno določno opredeliti. V primeru skrbnosti zdravnika se sklicujejo na strokovne, poklicne standarde vedenja in ravnanja, ki so v veljavi na področju medicine. Sodišče s pomočjo izvedenca opredeli vsebino tega pravnega standarda, ugotovi, kaj v konkretnem primeru zahteva sodobna medicinska doktrina, strokovni standardi in normativi glede na razvitost zdravstvenega sistema v Republiki Sloveniji, kako bi zdravnik moral ravnati. Na podlagi informacij izvedenca in glede na okoliščine konkretnega primera sodišče odloči, ali ravnanje zdravnika v konkretnem primeru ustreza pravnemu standardu skrbnosti dobrega strokovnjaka ali od tega standarda odstopa.²⁵⁶

Glede postavljanja izvedencev se je po novejši sodni praksi ustalilo stališče, da stranka nima apriorne pravice do drugega mnenja in zgolj njeno nestrinjanje z izvedenskim mnenjem še ni razlog za postavitve novega izvedenca. Ko pa se pojavi indic, da v dokazni temi vendarle obstaja realno znanstveno tveganje za napako, je izjemoma utemeljen predlog za novega izvedenca iste stroke, čeravno je določeni izvedenec svoje delo jasno in v celoti opravil.²⁵⁷ Tako v naši sodni praksi praviloma opravlja izvedensko delo en izvedenec, razen v prej navedenem primeru in kadar sodišče presodi, da je izvedensko delo zahtevno ter če se podatki že postavljenih izvedencev v izvidu bistveno razlikujejo, so nejasni in se tega ne da razrešiti s ponovnim zaslišanjem.²⁵⁸

Kadar sodišče presodi, da je podana strokovna napaka, so pravno nepomembne vse okoliščine, ki se nanašajo na kršitev pojasnilne dolžnosti. Pacientova morebitna privolitev v ravnanja contra legem artis

²⁵⁴ Takšno definicijo zdravstvene napake je izoblikovala posebna komisija Ministrstva za zdravje.

²⁵⁵ Kot dober strokovnjak po 6. členu Obligacijskega zakonika.

²⁵⁶ Sklep II Ips 302/2011.

²⁵⁷ VSRS Sodba II Ips 171/2017.

²⁵⁸ Sodba II Ips 384/2009.

ne more biti pravno veljavna. Tudi če zdravnik pacienta v naprej obvesti o tem, da se morda lahko pripeti strokovna napaka (ker je utrujen, izčrpan, preobremenjen, živčen, odvisen od kakšnih substanc...) to odškodninske odgovornosti zdravstvene ustanove ne izključuje.²⁵⁹

Strokovno napako zdravnika pa lahko predstavljajo napake v diagnostičnem postopku, napake v in med samim zdravljenjem in napake v postoperativni fazi. Do strokovne napake zdravnika lahko privede tako njegovo aktivno, kot pasivno ravnanje.

2.1. Zdravniška napaka in komplikacija

Vrhovno sodišče RS je pojasnilo razliko med komplikacijo in zdravniško napako. »Komplikacija je zaplet, ki se dogodi med zdravljenjem, ki je sicer potekalo strokovno neoporečno in z največjo možno skrbnostjo. Pojavlja se naključno in je kljub predvidljivosti ni mogoče preprečiti. Medicinska napaka pa je odstopanje od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, skrbnosti in pazljivosti, ki ima lahko za posledico kakršnokoli poslabšanje zdravljenja«. ²⁶⁰, ²⁶¹ Gre za naključni zaplet, ki ga kljub predvidljivosti s strokovno neoporečnim in ustrezno skrbnim ravnanjem ni bilo mogoče preprečiti.²⁶²

Komplikacija seveda ne more imeti pravne posledice – odškodninske odgovornosti, saj je to mogoče le, kadar lahko zdravniku očitamo napako. OZ določa obrnjeno dokazno breme za krivdno odgovornost, kar pa torej pomeni, da v primeru, če zdravnik uspe dokazati, da je ravnal z vso dolžno skrbnostjo, potem ne moremo govoriti o napaki, ampak le o komplikaciji, za katero pa zdravnik ni odškodninsko odgovoren.

3. Strokovna napaka zdravnika – delikt ali kršitev pogodbe

Iz starejših sodnih odločb izhaja, da je bilo včasih stališče sodne prakse, da je odškodninska odgovornost za strokovne napake zdravnikov nepogodbena, čeprav se že tedaj ni vsa teorija strinjala s tem stališčem. V svojih novejših sodnih odločitvah (predvsem po letu 2015) pa je Vrhovno sodišče²⁶³ sledilo večinskemu stališču pravne teorije, da je razmerje med zdravnikom oziroma zdravstvenim zavodom in pacientom pogodbene narave. Pogodba o zdravstvenih storitvah predstavlja temeljno podlago pravic in obveznosti pacienta ter zdravnika oziroma zdravstvenega izvajalca. Čas sklenitve

²⁵⁹ Sklep II Ips 302/2011.

²⁶⁰ Sodba II Ips 539/96.

²⁶¹ Sodba II Ips 80/2011.

²⁶² Ibid.

²⁶³ Odločbe Vrhovnega sodišča: II Ips 94/2015 z dne 2. 7. 2015, II Ips 342/2014 z dne 22. 1. 2015, II Ips 207/2015 z dne 14. 1. 2016.

pogodbe je tedaj, ko ni več nobenega dvoma, da bo zdravnik za pacienta storil vsaj nekaj storitev, torej ko pride do soglasja volj, gre za konkludentno sklenitev pogodbe.

Izjemo od pogodbenega načela velja v primerih, ko mora zdravnik opraviti nujen medicinski poseg, pacient pa je v stanju, ki mu ne dopušča oblikovanja lastne volje.²⁶⁴ Ravnanje zdravnika v nuji, ko pacient ni sposoben izraziti privolitve k zdravljenju, se obravnava kot nujna gestija. Podlago za tako ravnanje ima zdravnik v določbah 12. točke 2. člena in 28. člena Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP).²⁶⁵

Za veljavno sklenjeno pogodbo je torej potrebna pacientova privolitev. Privolitev je izjava volje, ki pomeni uresničevanje pravice do svobodnega odločanja vsakega posameznika o posegih v njegove osebne pravice. Za izjavo volje se ne zahteva posebna obličnost. Pravno veljavna privolitev je podana le v primerih, če je zdravnik pacienta predhodno na primeren in razumljiv način poučil o bolezni oziroma stanju, mu je pojasnil možnosti zdravljenja, morebitne nevarnosti in predvidljivost uspeha. Obseg, vsebina in omejitve so odvisne od okoliščin posameznega primera.²⁶⁶ Pravna teorija meni, da je obveznost zdravnika glede pojasnilne dolžnosti izpolnjena, če slednji bolnika v poglavitnih obrisih in na ustrezen način seznanj z njegovim stanjem, z napovedjo bolezni in ga opozori na običajno, redno tveganje.²⁶⁷ V letu 2008 je prišlo do spremembe do tedaj veljavne zakonodaje v zvezi s pojasnilno dolžnostjo in privolitvijo v zdravstveno oskrbo. Sprejet je bil namreč Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP), ki med drugim ureja tudi pojasnilno dolžnost in pravico do privolitve v zdravstveno oskrbo. Četrty odstavek 26. člena navedenega zakona tako izrecno določa, da pacient lahko da privolitev ustno, z dejanjem oziroma ravnanjem, iz katerega je mogoče zanesljivo sklepati, da pomeni privolitev, ali pisno, kadar tako določa zakon. Skladno s petim odstavkom 26. člena navedenega zakona pa mora za operativni ali drug medicinski poseg, povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, biti pacientova privolitev dokumentirana na obrazcu iz 27. člena tega zakona.²⁶⁸

Obveznost pacienta pri tej pogodbeni obveznosti je plačilo opravljene storitve, ki ga opravi sam ali preko skladov zdravstvenega zavarovanja, obveznost zdravnika pa je izpolnitev dogovorjene zdravstvene storitve, ki ima običajno značilnost obligacije prizadevanja. Če zdravnik ne ravna v skladu s standardi, ki jih nalaga strokovna doktrina, in pacientu nastane škoda, gre za kršitev pogodbenega razmerja, zdravnik oziroma zdravstvena ustanova pa odgovarja na temelju poslovne odškodninske odgovornosti (odgovornost na temelju medicinske napake). Zdravnik oziroma zdravstvena ustanova pa lahko odgovarja za pravno priznano škodo tudi, če je bil medicinski poseg opravljen v skladu z

²⁶⁴ VSRS Sodba II Ips 290/2017.

²⁶⁵ Ovčak Kos, Božič Penko, 2017.

²⁶⁶ Strnad, 2002, str. 7.

²⁶⁷ Polajner – Pavčnik, 1993, str. 114.

²⁶⁸ Sodba II Ips 384/2009.

medicinsko doktrino oziroma lege artis, če je zdravnik opustil svojo pojasnilno dolžnost in se je uresničilo katero od tistih tveganj, na katere bi moral biti pacient opozorjen (odgovornost na temelju opustitve pojasnilne dolžnosti).²⁶⁹

Tako v teoriji, kot tudi v sodni praksi se je pojavljalo vprašanje na katero ni bilo jasnega odgovora o tem ali je izpolnitev pojasnilne dolžnosti pogoj, da je pogodba o opravljanju zdravstvenih storitev veljavno sklenjena. Ker v primeru, da je to pogoj za veljavno sklenjeno pogodbo, bi pomenilo, da v primerih, kadar je bila kršena pojasnilna dolžnost, pogodba ni bila veljavno sklenjena in je odgovornost za škodo deliktna, če ne pa je tudi v takem primeru odgovornost pogodbeno. To dilemo je rešilo Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 94/2015. Kjer je zavzelo stališče, da pri pravilni izpolnitvi pojasnilne dolžnosti ne gre za vprašanje izoblikovanja svobodne in resne volje kot pogoja za veljavno sklenitev pogodbe o opravljanju zdravstvenih storitev, pač pa za zaščito pravice do ozaveščene privolitve v posamezen medicinski poseg v okviru izpolnjevanja pogodbenih obveznosti iz že sklenjene pogodbe. Izpolnitev pojasnilne dolžnosti spada v krog pogodbenih obveznosti zdravnika in se zato presoja na temelju poslovne odškodninske odgovornosti. Zdravnik oziroma zdravstvena ustanova in pacient sta že pred nastankom pravno priznane škode v medsebojnem pogodbenem razmerju na podlagi pogodbe o zdravstvenih storitvah, zato se odškodninska odgovornost za medicinske napake presoja na temelju poslovne odškodninske odgovornosti. Zdravnikove obveznosti iz pogodbenega razmerja s pacientom pa ne zajemajo le medicinskih posegov, ki zaradi svoje invazivnosti predstavljajo poseg v pacientovo telesno integriteto (zdravstvena dejavnost v ožjem smislu), pač pa tudi vse ostale ukrepe in obveznosti, predpisane z zakonom (zdravstvena dejavnost v širšem smislu), kamor sodi tudi pojasnilna dolžnost. Zdravstvena dejavnost je urejena z vrsto zakonskih in podzakonskih aktov. Vsebinsko pogodbe o opravljanju zdravstvenih storitev zato delno dopolnjujejo tudi te norme, vendar zaradi tega odnos med zdravnikom in pacientom ne izgubi pogodbene narave. Določba 47. člena ZZDej, ki pacientu v primeru neustreznega zdravljenja daje pravico do odškodnine, je edukativna, pri čemer se bo odgovornost zdravnika oziroma zdravstvene ustanove za pravno priznano škodo vedno presojala po splošnih pravilih odškodninske odgovornosti, bodisi poslovne, če gre za poslovno odškodninsko odgovornost, bodisi neposlovne, če gre za deliktno odgovornost (npr. zdravnikovo ravnanje v nuji). Odgovornost zdravnika oziroma zdravstvene ustanove se tako v primeru zdravniške napake, kot tudi v primeru opustitve pojasnilne dolžnosti presoja na temelju poslovne odškodninske odgovornosti.²⁷⁰ To je tudi potrdila najnovejša sodna praksa s tega področja, ki je potrdila, da je materialnopravna podlaga spora v primeru, ko zdravnik ne ravna v skladu s profesionalno skrbnostjo, kar se odrazi v strokovni napaki ali ko krši pojasnilno dolžnost in bolniku nastane škoda, kršitev pogodbenega razmerja. Zato se pri ugotavljanju odškodninske odgovornosti za škodo, ki jo kršitev povzroči pacientu, uporabljajo pravila o poslovni odškodninski odgovornosti. Podlaga zanjo predstavlja 243. člen OZ v zvezi s 246. členom istega zakona. Sodišče prve stopnje je pri odločitvi pravilno uporabilo tudi določbe Zakona o zdravstveni dejavnosti (45. člen) in pri presoji pojasnilne dolžnosti ZPacP (20. člen).²⁷¹

²⁶⁹ VSRS Sodba II Ips 290/2017.

²⁷⁰ VSRS Sodba II Ips 290/2017.

²⁷¹ VSL Sodba I Cp 108/2019.

V Belgiji more bolnik dokazati, da zdravnik ni izpolnil svoje pojasnilne dolžnosti oziroma, da je ni pravilno izpolnil. Vendar je ključno za uspeh to, da more pacient dokazati, da se ne bi odločil za zdravljenje, če bi bila pojasnilna dolžnost v redu izpeljana. So pa nekatera sodišča v Belgiji že upoštevala nedavno sodno prakso iz Francije, ki je po novem zavzela stališče, da mora zdravnik dokazati, da je izpolnil svojo pojasnilno dolžnost. Kar tudi posledično pomeni, da se v primeru dvoma odloča v breme zdravnika. Vendar pa se še vseeno pojavlja dvom o takšni odločitvi, saj mora pacient dokazati kar navaja in trdi v tožbi.²⁷² V Angliji pa je sodna praksa zavzela stališče, da v primerih kadar je soglasje pridobljeno z napačno predstavitvijo o posegu, ni bila podana prava privolitve.²⁷³

3.1. Pravna narava pogodbe

Pogodba med zdravnikom in pacientom za odškodninska odgovornost na podlagi pogodbe je v nekaterih pravnih redih definirana kot mandatna pogodba, v nekaterih pa kot sui generis pogodba, pri nas pa je teorija in tudi Vrhovno sodišče zavzelo stališče, da gre za podjemno pogodbo. Vendar pa se hkrati poudarja, da ne gre za odgovornost za uspeh, vendar za odgovornost prizadevanja. Zato menim, da bi bilo pravilneje govoriti o mandatni pogodbi, kjer gre resnično za pogodbo prizadevanja. Zdravnik in pacient se dogovorita na primer o nekem posegu, kjer mu zdravnik ne more zagotoviti ozdravitve, saj je poseg odvisen od večih dejavnikov (pacienti različno okrevajo, itd), zato si lahko zdravnik zgolj prizadeva, da bo s skrbnostjo dobrega strokovnjaka dosegel željen rezultat. Tudi pacientova pogodbena obveznost - plačati storitev (bodisi preko zdravstvenega zavarovanja ali da to opravi, kot samoplačnik) obstaja v vsakem primeru, ne glede na to ali je zdravnik dosegel željen rezultat ali ne, saj si je s skrbnostjo dobrega strokovnjaka prizadeval doseči ta rezultat. Zaradi tega, bi bila pravilnejša opredelitev, da gre med pacientom in zdravnikom za sklenitev mandatne pogodbe.

Izjemoma bi lahko šlo tudi kdaj za podjemno pogodbo - na primer v primerih plastičnih operacij in laboratorijskih preiskav, kjer se pričakuje točen rezultat, ne zgolj prizadevanje, v takih primerih je zdravnik s pogodbo zavezan h konkretnemu cilju, ki ga more doseči.

Tudi v Belgiji in Franciji velja, da mora zdravnik uporabljati razumno skrb in trud, vendar se od njega prav tako ne pričakuje, da ozdravi bolnika ali doseže določene rezultate (obligacija rezultata), saj je rezultat zdravljenja negotov in ni odvisen samo od usposobljenega zdravnika, ampak tudi od fizičnega stanja in reakcij pacienta. Zato mora pacient dokazati, da je utrpel škodo zaradi krivde zdravnika, ki je lahko sestavljena iz malomarnosti, pomanjkanje znanja, nepravilnih informacij itd. Dokazno breme leži torej na poškodovanem pacientu, ki mora dokazati dejstva primera, ki pomenijo krivdo zdravnika. Kadar se izkaže, da je nemogoče dokazati krivdo, mora pacient tvegati poškodbe in škodo. Poleg tega

²⁷² European committee on legal co-operation, 2005.

²⁷³ Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital.

mora bolnik dokazati tudi škodo in vzročnost. Iz tega sledi, da je dokazno breme na pacientu, veliko. Zato so sodišča v nekaterih primerih sprejela doktrino res ipsa loquitur.²⁷⁴

Vendar sodišča naredijo izjeme v primerih, ko zdravnik uporablja znano metodo zdravljenja, pri kateri je izid gotov in je pod popolnim nadzorom zdravnika. V takšnih situacijah zdravnik odgovarja, da ni dosegel določenega rezultata, razen če zdravnik lahko dokaže, da neuspeha ni mogoče pripisati njemu.²⁷⁵

3.2. Posledice pravne podlage

Po kateri pravni podlagi lahko oškodovanec zahteva odškodnino za strokovno napako zdravnika je predvsem pomembno zaradi obsega odškodnine, ki se oškodovancu prizna. V primerih, kot je bilo včasih uveljavljeno v naši sodni praksi, torej da je bila pravna podlaga deliktna odškodninska odgovornost, je oškodovancu pripadala tudi odškodnina za nepremoženjsko škodo.

Na podlagi poslovne odškodninske odgovornosti, na podlagi 243. Člena OZ oškodovancu pripada samo pravica do povračila navadne škode in izgubljenega dobička, ne pa tudi do nepremoženjske škode. Je pa vseeno sodna praksa Vrhovnega sodišča v zadnjem času presegla takšno razlago in sedaj oškodovancu priznava tudi odškodnino za nepremoženjsko škodo, ko ta izvira iz kršitve pogodbe. V sodbi VSRS Sodba II Ips 290/2017 je v svoji obrazložitvi sodišče zapisalo, da bi bilo drugačno stališče povsem neživiljenjsko in tudi v nasprotju s pravico do povračila škode, ki jo daje 47. člen ZZDej.

Glede zastaranja za uveljavljanje odškodnine na podlagi pogodbene odgovornosti je Višje sodišče v Kopru odločilo,²⁷⁶ da se uporablja 5letni zastaralni rok, ki začne teči od trenutka, ko oškodovanec zve ali bi moral vedeti, kakšen bo obseg nastale škode. Kot je sodišče v obrazložitvi napisalo, odškodninska terjatev za škodo, ki je nastala s prekršitvijo pogodbene obveznosti, zastara v času, določenem za zastaranje te obveznosti. Za terjatev iz gospodarske pogodbe je v 349. členu OZ določen triletni zastaralni rok, za druge pogodbe pa velja splošni petletni zastaralni rok, razen če ni za posamezne pogodbene terjatve določeno drugače. Torej v poštev pride petletni zastaralni rok. Zastaranje odškodninske terjatve za škodo, nastalo zaradi kršitve pogodbene obveznosti, začne teči prvi dan po dnevu, ko je oškodovanec imel pravico zahtevati njeno izpolnitev, to je torej po prekršitvi pogodbene obveznosti in ko je zvedel za škodo.

Tudi Vrhovno sodišče RS je potrdilo takšno razlago glede zastaranja in je v svoji obrazložitvi zapisalo, da se odgovornost zdravnika oziroma zdravstvene ustanove za zdravniške napake in za opustitev pojasnilne dolžnosti presoja na temelju poslovne odškodninske odgovornosti, kjer velja splošni petletni zastaralni rok. In da je neutemeljeno tudi revizijsko stališče, da določba tretjega odstavka 352. člena

²⁷⁴ European committee on legal co-operation, 2005.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ VSK sodba I Cp 480/2016.

OZ velja le za povrnitev premoženjske škode, za nepremoženjsko škodo pa velja subjektivni triletni in objektivni petletni rok iz prvega in drugega odstavka 352. člena OZ.

4. Odgovornost zdravnika

Vprašanje glede odgovornosti zdravnika za njegove strokovne napake je ali je subjektivna ali objektivna. Načeloma je poslovna odškodninska odgovornost subjektivno - objektivna, vendar pa nekateri teoretiki zagovarjajo, da je bolj subjektivna (naprimer Cigoj), nekateri pa, da je bolj objektivna.

Da lahko govorimo o strokovni napaki, morata biti podana dva elementa, in sicer objektivni - da je prišlo do neskladja s pravili stroke in subjektivni - zdravnikova krivdna odgovornost, da je po njegovi krivdi prišlo do škode in napake. Krivda pa se kaže v obliki naklepa in malomarnosti.²⁷⁷

Strokovna napaka zdravnika je podana takrat, kadar ravnanje zdravnika ni v skladu z zahtevami sprejete zdravstvene doktrine, pri čemer pa mora zdravnik upoštevati vsakokratno stanje medicinske znanosti v trenutku posega. Pri njegovem ravnanju pa mora biti podana krivdna oblika zdravnika.²⁷⁸ To pa pomeni, da je do strokovno napake prišlo po krivdi zdravnika, ki se kaže pri povzročitvi škode v obliki naklepa ali malomarnosti. Vendar se strokovne napake pripetijo praviloma zaradi zdravnikove malomarnosti. V praksi se kaže malomarnost v nevestnosti, neskrbnosti, neznanju ali lahkomiselnosti zdravnika, ki ni v skladu s standardnimi pravili zdravniške doktrine oziroma profesionalnim ravnanjem. Tudi drugod medicinsko-pravne tožbe temeljijo na zahtevku malomarnosti.²⁷⁹

Zdravnik lahko zagreši malomarnost tudi zaradi zmote, ta pa je lahko opravičljiva ali neopravičljiva. O opravičljivi zmoti govorimo, kadar je zdravnik ravnal strokovno, vendar neustrezno oziroma napačno in je zaradi tega prišlo do škode, vendar pa mu ne moremo očitati krivdnega ravnanja in ni podana odškodninska odgovornost zaradi strokovne napake zdravnika. To pa ne velja za neopravičljivo zmoto, ki je podana, če zdravnik ne izvaja zdravstvene dejavnosti strokovno. Zdravnik ne odgovarja za zaplete in nesreče.²⁸⁰

Odgovornost za škodo, nastalo zaradi zapleta pa ni izključena v primeru kršitve pojasnilne dolžnosti. Ta zdravnika zavezuje, da pacientu (v primeru bolezni) odkrito in na njemu razumljiv način pojasni diagnozo bolezni, njegovo zdravstveno stanje, različne možnosti zdravljenja, najbolj tipične, pogoste in predvidljive nevarnosti ter predvidljivost uspeha. Konkretizira jo določba 20. člena ZPacP. Pred lepotnimi posegi je treba pacientu možnosti uspeha posega in s posegom povezana tveganja pojasniti

²⁷⁷ Planinšec Viktor, 2004, str. 266–269.

²⁷⁸ Sodba II Ips 384/2009.

²⁷⁹ Po podatkih CMPA (Canadian Medical Protective Association).

²⁸⁰ Planinšec Viktor, 2004, str. 266–269.

še posebej skrbno in obsežno. Pri lepotnih operacijah, ki niso namenjene odpravljanju telesnih pomanjkljivosti, temveč služijo izključno estetskim in psihičnim potrebam, mora pojasnilo zadostiti še posebej strogim merilom.²⁸¹

V primeru, da zdravnik oziroma zdravstveno osebje stori strokovno napako ali opusti pojasnilno dolžnost je podana krivdna odškodninska odgovornost zdravstvenih organizacij v skladu s 239. členom OZ. Splošne predpostavke odškodninske odgovornosti so: protipravnost, škoda in vzročna zveza med protipravnostjo in škodo.²⁸²

Za škodo, ki nastane zaradi strokovne napake, odgovarja zasebni zdravnik osebno, zdravnik, zaposlen v zdravstveni ustanovi, pa ne odgovarja osebno; zanj odgovarja njegova zdravstvena ustanova, razen če je ravnal naklepno. To temelji na podlagi odgovornosti delavca za delodajalca (glej 147. člen OZ).²⁸³

Pri zdravljenju ni mogoče govoriti o nevarni dejavnosti, zaradi katere bi bilo upravičeno uporabiti pravilo o objektivni odgovornosti zaradi ogrožanja, ampak zdravstvena ustanova vselej odgovarja krivdno. Kadar zdravstvena ustanova opravi poseg v soglasju z bolnikom, je razmerje med zdravstveno ustanovo in bolnikom pogodbene narave, zdravstvena ustanova pa je objektivno odgovorna za ravnanje svojih delavcev. To ne pomeni, da je zdravstvena ustanova objektivno odgovorna za škodno dejanje, pač pa je objektivno odgovorna za to, da je za določeno delo postavila strokovnega delavca kot svojo podaljšano roko. Organizacija odgovarja, kakor bi dejanje storila sama.²⁸⁴

Zdravnik (delavec) je neposredno odškodninsko odgovoren po načelih Obligacijskega zakonika lahko samo, če je škodo povzročil namenoma. V drugih primerih, kadar je ravnal z milejšo stopnjo krivde pa ne more odgovarjati neposredno, delodajalec ima proti njemu regresni zahtevek.

Kadar zdravnik stori strokovno napako gre torej za subjektivno odgovornost zdravnika. Ta pa ne odgovarja za škodo, kadar je ta posledica komplikacije (zapleta) ali nesreče. Pri objektivni odgovornosti bi zdravnik odgovarjal ne glede na krivdo; argumenti za takšno odgovornost so uporaba zdravil, aparatov, tehnologije, in pa eden od pomembnejših argumentov – utilitetno načelo: kdor ima korist (ustvarjanje dohodka – pacienti oziroma zdravstvene zavarovalnice so plačniki storitev) od stvari, naj trpi tudi breme. Pomemben argument je prav tako neenakopraven položaj; pacient kot laik ima malo možnosti, da dokaže strokovno napako zdravniku kot profesionalcu.²⁸⁵

²⁸¹ VSL Sodba I Cp 108/2019.

²⁸² Sodba II Ips 80/2011.

²⁸³ Planinšec Viktor, 2004, str. 266–269.

²⁸⁴ VSL Sklep II Cp 2084/2010.

²⁸⁵ Povzeto po Planinšec Viktor, 2006, str. 251–254.

Prav s tem zadnjim argumentom, da gre za neenakopraven položaj, da je pacient laik in težko dokaže nestrokovno ravnanje zdravnika tudi v praksi predstavlja največji problem oškodovancem v naši ureditvi, kjer se je uveljavilo načelo subjektivne odgovornosti. Pacient zelo težko dokaže, da je zdravnik zagrešil strokovno napako.

Argument, ki govori v prid subjektivni odgovornosti je ta, da pacient sam pristane na zdravljenje, da že njegova bolezen sama predstavlja nevarnost in da naj zato sam nosi riziko škode, seveda če zdravnik zanj ni kriv. Eden od argumentov je tudi ta, da se ne sme zdravnika preveč obremenjevati z »grožnjo« stroge objektivne odgovornosti. Vendar pa se zdravnik oziroma zdravstveni zavod ne more ekskulpirati z dejstvom, da bolnik sam pristane na zdravljenje, saj je biti zdrav človekova pravica. Zaradi pacientove stiske tudi ne pride v poštev načelo volenti non fit iniuria.²⁸⁶

V našem pravnem redu se je torej uveljavila subjektivna odgovornost za strokovno napako zdravnika, za katero pa po načelih OZja velja načelo obrnjenega dokaznega bremena.

Za objektivno odgovornost zdravnika zaradi strokovne napake, bi lahko šlo samo v primeru, kadar ta uporablja nevarne stvari ali metode (npr. sevanje), tedaj bi bilo bolj smiselno govoriti o objektivni odškodninski nevarnosti.

V kanadski sodni praksi je bilo nekaj sprememb in ugotavljanja kdo naj nosi breme dokazovanja vzročne zveze, na začetku so nekatera nižja sodišča, ki so prejela odločbo House of Lords iz leta 1973 v zadevi McGhee proti National Coal Board, presodila, da bi morale dokazno breme preusmeriti na stranko, ki je ustvarila tveganje za škodo, vendar pa je kasneje ta dvom razrešilo Vrhovno sodišče Kanade v zadevi Snell proti Farrellu, odločba iz leta 1990, da breme dokazovanja vzročne zveze v zadevah odškodnine še vedno nosi tožnik. In čeprav pa je tožnica v tej zadevi lahko dokazala malomarnost zdravnika in škodo, ki jo je utrpela v okviru tveganja, ki ga je povzročila operacija, Snell ni mogla dokazati, da je zaradi malomarnosti zagotovo povzročil njeno izgubo.²⁸⁷ Tako more tožnik dokazati 3 osnovne elemente civilne odgovornosti, da je zahtevek uspešen: Napako - zdravnik je dolžna spoštovati določena pravila in standarde ravnanja, če se tega ne drži, je ravnal krivdno. Tožnik mora dokazati, da je zdravnik storil napako, torej da ni ravnal kot bi ravnal drug preudaren zdravnik, ki je isto strokovno podkovan s podobnimi izkušnjami, v istih danih okoliščinah. Škodo - tožnik mora utrpeti škodo (telesno, moralno ali materialno), ki je posledica krivdnega ravnanja. Vzročnost - tožnik mora dokazati, da mu je zdravnikovo krivdno ravnanje povzročilo škodo.²⁸⁸

Pri nas je dokazovanje malo manj strogo, v odškodninskih sporih zaradi domnevnih strokovnih napak v postopkih zdravljenja je trditveno in dokazno breme glede dejstev, ki utemeljujejo sklepanje o protipravnem ravnanju in o vzročni zvezi med protipravnim ravnanjem in nastalo škodo, na pacientu. Pri presoji pravil o trditvenem in tudi dokaznem bremenu pacienta je potrebno izhajati iz razumnih in

²⁸⁶ Ibid., str. 251–253.

²⁸⁷ Glej McGhee v. National Coal Board in Snell v. Farrell.

²⁸⁸ CMPA.

ne prestrogih zahtev. Dejstva o poteku konkretnega posega izhajajo iz zaznavnega področja zdravstvene ustanove. Pacient je nemalokrat v položaju, ko ne more zbrati (zavarovati, shraniti v dokazne namene) vseh potrebnih dokumentov o svojem zdravstvenem stanju in izvedenih posegih. Zadošča, če poda v tožbi trditve, na podlagi katerih lahko sodišče domneva o obstoju nedopustnega ravnanja. Zdravstvena ustanova, ki razpolaga z vso dokumentacijo, nato poda substancirane trditve glede dejstev, ki obstoju strokovne napake nasprotujejo.²⁸⁹ Nekateri teoretiki so celo mnenja, da v kolikor zdravstvena ustanova po sodnikovem pozivu svojih ugovorov zadosti ne substancira, lahko sodišče pacientove trditve upošteva kot priznane.²⁹⁰ Zaradi obrnjenega dokaznega bremena po prvem odstavku 131. člena OZ je na zdravstveni ustanovi dokazno breme vsebine pravnega standarda vestnega in medicinsko korektnega zdravljenja - če tega ne dokaže, ne bo zmogla ekskulpacijskega dokaznega bremena.²⁹¹

4.1. Ekskulpacijski razlogi

Odgovornosti za nepogodbeno škodo po pravilih krivdne odgovornosti se zdravnik oziroma zdravstvena ustanova razbremeni, če dokaže, da ni kriv za škodo, da je ta nastala brez njegove krivde (prvi odstavek 131. člena OZ), odgovornosti za pogodbeno škodo pa, če dokaže, da pogodbe ni mogel izpolniti ali da je zamudil z izpolnitvijo zaradi okoliščin, ki so nastale po sklenitvi pogodbe in jih ni mogel preprečiti, odpraviti ali se jim izogniti (240. člen OZ). Podlaga odgovornosti za presojo ekskulpacije zdravnika oziroma zdravstvene ustanove z vidika dokaznega bremena praviloma ne bo odločilna; tako v primeru deliktne kot v primeru pogodbene odgovornosti bodo za razbremenitev odgovornosti ključne trditve in dokazi o tem, da zdravstveno osebje ni zagrešilo strokovne napake ali da je ustrezno opravilo svojo pojasnilno dolžnost in da ne obstaja vzročna zveza med nedopustnim ravnanjem in škodo.²⁹² Pri obeh vrstah odškodninske odgovornosti v osredju vprašanje ravnanja *contra legem artis*. Vendar bo moral povzročitelj v primeru razbremenitve poslovne odškodninske odgovornosti dokazati svojo skrbnost kakor tudi obstoj okoliščin, zaradi katerih pogodbe ni mogel pravilno izpolniti in ki so bile zanj nepremagljive oziroma neodvrtljive.²⁹³

Višje sodišče v Mariboru je odločilo da se v primerih, v katerih bo postavitve diagnoze imela za posledico odstranitev pomembnega organa človeškega telesa, pričakuje od dobrega strokovnjaka, torej zdravnika, da je postavljena diagnoza pravilna, saj ima to za pacienta daljnosežne in nepopravljive

²⁸⁹ Sklep II Ips 32/2012.

²⁹⁰ Mertens, 2009, parag. 823, Rz 406, str. 1606.

²⁹¹ Sklep II Ips 32/2012.

²⁹² Ovčak Kos, Božič Penko, 2017, str. 14.

²⁹³ Rijavec, 2017.

posledice. Tako narekuje, da je potrebno in se pričakuje od dobrega strokovnjaka, da v takšnih primerih naredijo dodatne preiskave, da ne more priti do napake.²⁹⁴

4.2. No fault sistem

Poznamo dva glavna sistema, kako zahtevati odškodnino za strokovne napake. Prvi sistem je sistem pravljanja ("civilnega sodišča"), tak kot ga poznamo tudi pri nas, ki določa odškodnino na podlagi tega, ker je zdravnik ravnal malomarno. Odškodnina se izplača, če se dokaže, da je zdravnik ravnal malomarno in je škoda, ki je nastala posledica njegovega malomarnega ravnanja.²⁹⁵

No fault sistem, ki so ga sprejele številne države OECD²⁹⁶, zlasti Švedska, Finska, Nova Zelandija, Quebec Kanada in Avstralija²⁹⁷, v Franciji je uveden za javne bolnišnice, za zasebne pa še ne²⁹⁸, kjer izplačilo odškodnine temelji na dokazih o vzročni zvezi med zdravljenjem in poškodbo. Sistem omogoča izplačilo pacientov brez dokaza o krivdi ali malomarnosti. Tako tak sistem spodbuja zdravnike k sodelovanju pri odkrivanju, kaj je povzročilo poškodbe. Čeprav se uporaba no fault sistema v posameznih državah nekoliko razlikuje, je osnovna ideja odpraviti napako ali krivdo in povečati poštenost s poenostavitvijo zahtevka. Slabost tega sistema pa je, da omejuje pravico do pritožbe.²⁹⁹

5. Povrnitev škode in njena višina

Kadar pride do strokovne napake zdravnika, ima pravico zahtevati povrnitev škode pacient, ki mu je bila škoda storjena. V primeru pa, da pride do smrti pacienta zaradi strokovne napake zdravnika, imajo po 180. členu Obligacijskega zakonika pravico do povrnitve škode pacientovi ožji družinski člani (starši, zakonec, otroci). Škoda, ki se povrne je premoženjska in nepremoženjska.

²⁹⁴ VSM sklep in sodba I Cp 1046/2009.

²⁹⁵ Health, Nutrition and Population, Medical Malpractice Systems around the Globe: Examples from the US- tort liability system and the Sweden- no fault system, Document of the World Bank.

²⁹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development.

²⁹⁷ Health, Nutrition and Population, Medical Malpractice Systems around the Globe: Examples from the US- tort liability system and the Sweden- no fault system, Document of the World Bank.

²⁹⁸ European committee on legal co-operation, 2005.

²⁹⁹ Health, Nutrition and Population, Medical Malpractice Systems around the Globe: Examples from the US- tort liability system and the Sweden- no fault system, Document of the World Bank.

Premoženjsko škodo povrne odgovorna oseba po načelih OZ tako, da vzpostavi stanje, ki je bilo preden je škoda nastala, ker pa to v primerih strokovne napake zdravnika ni mogoče, more odgovorna oseba izplačati oškodovancu ustrezno denarno odškodnino.

Nepremoženjsko škodo je mogoče zahtevati samo za pravno priznano nepremoženjsko škodo, to je za pretrpljene telesne bolečine, za pretrpljene duševne bolečine zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, skaženosti, razžalitve dobrega imena in časti ali okrnitve svobode ali osebnostne pravice ali smrti bližnjega. Za strah pripada oškodovancu odškodnina, okoliščine primera, zlasti pa stopnja bolečine in strahu ter njihovo trajanje to opravičujejo. Pravična denarna odškodnina so določa neodvisno od povračila premoženjske škode in tudi če premoženjske škode ni.

Višje sodišče je pojasnilo, da upošteva okoliščine konkretnega primera, med drugim tudi starost tožnika (načelo individualizacije odškodnine) predstavlja pravično denarno satisfakcijo za to obliko tožnikove nepremoženjske škode, ki upošteva kriterije za odmero denarne odškodnine iz 179. člena OZ ter je primerljiva s sodno prakso v podobnih primerih.³⁰⁰ Tako more prisojena odškodnina ostati v mejah sodne prakse v podobnih primerih, ne more biti razlog za veliko odstopanje od običajnih odškodnin mladost oškodovanca, kot je to storilo sodišče na prvi stopnji in je nato drugostopenjsko sodišče obrazložilo, da takšni razlagi materialnega prava (179. člen OZ) ne pritrjuje. V slovenskem odškodninskem pravu se je v zvezi z ugotavljanjem obsega nepremoženjske škode in določanja denarne odškodnine izoblikoval postopek, v skladu s kriteriji iz 179. in 182. člena OZ. V določilu prvega odstavka 179. člena so najprej našteje pravno priznane oblike nepremoženjskih škod, določeno pa je, da se pravična denarna odškodnina prisodi, če okoliščine primera, zlasti pa stopnja bolečin in strahu ter njihovo trajanje to opravičujejo (subjektivni kriteriji, navedeni primeroma). Drugi odstavek 179. člena določa še dodatne kriterije in sicer mora sodišče upoštevati pomen prizadete dobrine (pozitivni kriterij) in namen odškodnine ter tudi to, da takšna odškodnina ne sme podpirati teženj, ki niso združljive z njeno naravo in namenom (negativni kriterij – oba skupaj objektivna kriterija). V skladu s temi kriteriji se nato opravi individualizacija v širšem pomenu (objektivna pogojenost odškodnine), glede na razmerja med podobnimi škodami in še ožja individualizacija, glede na konkretnega oškodovanca oz. primer (individualizacija v ožjem pomenu).³⁰¹

V zvezi z individualizacijo denarne odškodnine se kot kriterij medsebojne primerjave prisojenih denarnih odškodnin uporablja povprečna mesečno neto plača na zaposleno osebo v RS, pri čemer se praviloma upošteva mesec, ko je sodišče prve stopnje odločilo. V skladu s 182. členom OZ sodišče prisodi denarno odškodnino tudi za bodočo nepremoženjsko škodo, če je po običajnem teku stvari gotovo, da bo le-ta trajala tudi v bodočnosti.³⁰²

³⁰⁰ VSM sklep in sodba I Cp 1046/2009.

³⁰¹ VSM sodba I Cp 1032/2011.

³⁰² Ibid.

Z uporabo teh kriterijev in metod lahko nato pridemo do pravnega standarda pravične denarne odškodnine.

Zanimiv je primer iz sodne prakse glede odškodnin, kadar je bil splav neuspešno opravljen, otrok pa se je vseeno rodil zdrav. Dogodek rojstva zdravega otroka ne more predstavljati škode, vendar pa zaradi nenačrtovanega rojstva otrok kot posledice zdravniške napake lahko nastane določena škoda, ki lahko predstavlja podlago za odškodninsko odgovornost. Vendar poudarja, da temeljno vprašanje v zvezi s tožbenim zahtevkom iz naslova odškodnine ni ali rojstvo nenačrtovanih otrok predstavlja škodo, temveč ali je zaradi nenačrtovanega rojstva otrok nastala določena škoda, ki lahko predstavlja podlago za odškodninsko odgovornost. V zvezi s tem pa je sodišče mnenja, da zaradi nenačrtovanega rojstva otrok kot posledice zdravniške napake škoda vsekakor lahko nastane. Nezaželena rojstva zdravih otrok zaradi zdravniške napake so v Sloveniji in v svetu relativno redki pojav. Primerjava posameznih primerov iz sodne prakse v nemškem, angleškem in francoskem sistemu pokaže, da enostavnega in uniformnega odgovora ni, čeprav so sodišča sprva v primerih nezaželenega rojstva zdravega otroka sicer v večini menila, da bi bila dodelitev odškodnine za stroške preživljanja za zdravega otroka v nasprotju z javnim redom ter da omogočanje tovrstnih odškodnin pomeni zanikanje vrednosti otroka, ki nenazadnje lahko povzroči tudi čustveno nevarnost za otroka, ko bi izvedel za tožbo. Čeprav glede na različno naravo pojma odškodnin v svetu ne gre posploševati, pa sodobnejše sodne odločbe kažejo, da se je stališče sodišč spremenilo. Gre za odškodnino zaradi posega v pravico ženske, da odloča o svojem telesu in o tem, ali bo rodila otroka ali ne. Zato je treba ločiti rojstvo otroka (in njegovo pravico, da je spoštovan kot človek), od preživnine (ki sama po sebi ni v nasprotju s pravnim redom in omogoča sredstva za boljše življenje otroka in družine). V Evropi se odškodnina za premoženjsko škodo v smislu rente za stroške preživljanja otroka do njegove polnoletnosti sicer še vedno redko prisojajo (razen v primeru, ko je odločitvi staršev, da ne bodo imeli otroka, botroval finančni razlog), je pa odškodnina pogosto dodeljena za bolečine in strah v času nosečnosti, poroda, izgube dohodka v času nosečnosti in razumnem roku po rojstvu, na kar kaže nenazadnje tudi slovenska praksa.³⁰³ Razlog za to gre iskati predvsem v poskusu ureditve primerov iz medicinske stroke. Če zdravniki ne bi bili odgovorni za morebitno nastalo škodo kot posledico malomarnega opravljanja postopkov kot je npr. umetna prekinitev nosečnosti, bi to pomenilo, da se tolerira opravljanje zdravstvene dejavnosti na tovrsten način (npr. malomarno ravnanje).³⁰⁴

V zadnjem obdobju je v sodni praksi prisoten trend zniževanja zneskov prisojenih odškodnin. Pri odmerjanju odškodnine za primere, ki spadajo v VI. skupino Fischerjevega sistema razvrstitve poškodb (izjemno hudi primeri), se odškodnine gibljejo med 89 in 454 povprečnimi neto plačami. V zadnjem času so priznane odškodnine pod 400 povprečnimi neto plačami, izjemoma še priznajo odškodnino v višini 400 povprečnih neto plač, kadar gre za mlade, aktivne oškodovance, ki jim je škodni dogodek povsem obrne življenje na glavo.³⁰⁵

³⁰³ Glej tudi II Ips 736/2005.

³⁰⁴ Sodba II Ips 384/2009.

³⁰⁵ VSRS Sodba II Ips 290/2017.

Tudi Vrhovno sodišče Kanade je prvič poskusilo omejiti "dvojno izterjavo" že leta 1990. Sodišče je v sodbi Ratych proti Bloomeru presodilo, da tožnik, ki dalje prejema plačo od podjetja ne more zahtevati povrnitve izgubljenega dobička. Če pa se izgubljeni dobiček zagotovi z darilom ali na podlagi zavarovalne pogodbe, ki jo je plačal tožnik (a quid pro quo), ali če ima delodajalec pravico do subrogacije, se škoda za izgubljene dobiček povrnili.³⁰⁶

Po sodni praksi so tudi Kanadska sodišča omejila zgornjo mejo, ki jo lahko prisodijo za nepremoženjsko škodo, ta meja je 100.000 kanadskih dolarjev. Kanadska sodišča zelo redko dodelijo kaznovalne ali zgladne odškodnine, kot je to značilno za odškodnine v ZDA. V Kanadi se prisodi odškodnina in se ta odškodnina poveča za morebitne oteževalne okoliščine primera, ne prisodi pa se kaznovalna odškodnina.³⁰⁷ V Angliji pa je možno prisoditi plačilo odškodnine bolnišnici in tudi zdravniku, ki je zagrešil napako.³⁰⁸ V belgijskem in francoskem pravnem sistemu pa je mogoče zahtevati tudi odškodnino zaradi izgube možnosti za boljši zdravstveni rezultat. To je priznalo Court of Cassation, ki je potrdilo odločitev pritožbenega sodišča. Za odškodninski zahtevek zaradi izgube možnosti za uspeh je treba ugotoviti, da je bila možnost določljiva in ne de minimis.³⁰⁹

6. Sklep

Zdravnik odškodninsko odgovarja pacientu za strokovno napako, ki jo stori. Ker opravlja to v okviru svoje dejavnosti se zanj pričakuje višji pravi standard skrbnosti, torej skrbnost dobrega strokovnjaka. Ta pravni standard se presoja od primera do primera, predvsem pa se more vedno presojati ex ante, torej za nazaj, postaviti se je potrebno v čas, ko je bila storjena strokovna napaka, kakšne možnosti je takrat zdravnik imel, s kakšnimi podatki je razpolagal in kakšno je bilo takrat stanje medicinske stroke.

Zdravnik oziroma njegov delodajalec bo odgovarjal na podlagi pogodbene odškodninske odgovornosti, saj se smatra, da je pogodba konkludentno sklenjena med pacientom in zdravnikom v trenutku, ko se dogovorita o zdravljenju oziroma da bo zdravnik opravil kakšno storitve.

Pacientu kot laiku je zelo težko dokazati, da je zdravnik storil strokovno napako, saj je v tem pogodbenem razmerju v podrejenem položaju, ker ni iz sfere strokovnjakov. Zaradi tega se v takšnih postopkih poslužujemo mnenja izvedencev iz medicinske stroke. Zelo težko je dokazati, da bi zdravnik moral ravnati drugače, kot je in če bi ravnal drugače, da ne bi prišlo do napake - nedopustnega škodnega ravnanja. Težavo predstavlja dokazovanje, saj ni jasnih napotkov kako more zdravnik ravnati pri določeni bolezni, izjema je le rak, kjer se točno ve kaj vse je potrebno storiti za postavitev takšne

³⁰⁶ Glej Ratych v. Bloomeru.

³⁰⁷ Gilmour, 1994.

³⁰⁸ European committee on legal co-operation, 2005.

³⁰⁹ Ibid.

diagnoze. Pri nas se je razvilo načelo subjektivne odgovornosti z obrnjenim dokaznim bremenom za zdravniške napake in je tako še težje dokazati odgovornost zdravnika, kot če bi šlo za objektivno odgovornost, kjer se vzročna zveza domneva, še vedno pa bi bilo potrebno dokazati, da je bilo ravnanje zdravnika nedopustno.

Zato je še toliko bolj pomembna sodna praksa, ki narekuje, da se od dobrega strokovnjaka, torej zdravnika pričakuje, da bo postavil pravilno diagnozo, v primerih, ki imajo za posledico odstranitev pomembnega organa³¹⁰ in sodna praksa, ki določa, da lahko nastane določena škoda pri rojstvo nenačrtovanega otroka, kot posledica zdravniške napake, tudi če se otrok rodi zdrav. Če zdravniki ne bi bili odgovorni za morebitno nastalo škodo kot posledico malomarnega opravljanja postopkov (v tem primeru prekinitve nosečnosti), bi to pomenilo, da se tolerira opravljanje zdravstvene dejavnosti na malomaren način.³¹¹

7. Literatura in viri

Samostojne publikacije

European committee on legal co-operation (2005). Report on medical liability in council of european member states, Universities of Leuven and Maastricht.

Leape, LL. (1994). Error in medicine. JAMA.

Medical Malpractice Systems around the Globe: Examples from the US- tort liability system and the Sweden- no fault system.

Mertens et al. (2009). Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, München: C. H. Beck.

Strnad, I. (2002). Civilno pravni vidiki odgovornosti v zdravstvu in prikaz sodne prakse s študijo primerov. Odgovornost v zdravstvu. Portorož: SECLI.

Vincent, C., et al. (2000). How to investigate and analyse clinical incidents: Clinical Risk Unit and Association of Litigation and Risk Management protocol. BMJ.

Vincent, C., Young, M., Phillips, A. (1994). Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal action. Lancet.

Članki v revijah

Cigoj, S. (1988) Teoretične obravnave napak v zdravstvu. Pravniki, let. 43, št. 11/12, str. 653–660.

Rijavec, V. (2017). Medicinska napaka, Pravni letopis, str. 43–57.

European committee on legal co-operation (2005). Report on medical liability in council of European member states, Universities of Leuven and Maastricht.

Gilmour, Joan M. (1994). Overview of Medical Malpractice Law in Canada. Annals of Health Law, let. 3, št. 1, str. 179–204.

³¹⁰ VSM sklep in sodba I Cp 1046/2009.

³¹¹ Sodba II Ips 384/2009.

Ovčak Kos M., Božič Penko A., (2017). Dileme v primerih odškodninskega prava v zvezi z odgovornostjo za medicinsko napako (1.), *Odvetnik*, let. 19, št. 5, str. 11–14.

Poglavja v zbornikih

Kersnik, J. (2002). Človeški dejavnik pri napakah. V: *Zdravstvene napake / Kersnik J, ur. Ljubljana: Združenje zdravnikov družinske medicine – SZD.*

Planinšec, V. (2001). V: *Medicina in pravo: izbrana poglavja 1999–2000 / Flis, V., et al. Maribor: Splošna bolnišnica.*

Planinšec, V. (2006). V: *Medicina in pravo – sodobne dileme / Reberšek Gorišek, J., et al. Maribor: Pravna fakulteta, Splošna bolnišnica.*

Polajner–Pavčnik, A. (1993). Vzročnost kot pravnovrednostni pojem. *Zbornik znanstvenih razprav*, let. 53, str. 179–203.

West, E. (2000). Organisational sources of safety and danger: sociological contributions to the study of adverse events. *Quality in Health Care*, let. 9, št. 2, str. 120–126.