REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Železna cesta 16, 1000 Ljubljana
01 4735 531
gp@zagovornik-rs.si

Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti

Štukljeva cesta 44
1102 Ljubljana
E: gp.mddsz@gov.si

Številka: 0709-34/2021/1
Datum: 30.12. 2021

Zadeva: Priporočilo Zagovornika načela enakosti za spremembo Družinskega zakonika glede odločanja o deljenih skrbništvih otrok

Spoštovani,

Komisija Državnega sveta za socialno varstvo, delo, zdravstvo in invalide (v nadaljevanju: Komisija) je Zagovornika načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) skupaj še z nekaterimi drugimi državnimi organi seznanila s svojim mnenjem št. 542-08-1/2021/8[1]. Mnenje Komisije povzema razpravo in stališča o »problematiki ločitvenih postopkov«, v kateri so sodelovali predstavniki Ministrstva za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (v nadaljevanju: MDDSZ), Ministrstva za pravosodje, Skupnosti centrov za socialno delo, Odvetniške zbornice Slovenije in nekaterih nevladnih organizacij, ki združujejo starše.

Zagovornik je preučil mnenje Komisije in druge javno dostopne informacije ter na podlagi 21. člena Zakona o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD) podaja priporočilo predvsem z vidika **položaja otrok z izkušnjo ločitve staršev** ter njihove ranljivosti za kršitve njihove pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja (po 8. členu Evropske konvencije človekovih pravic) in preprečevanja morebitne diskriminacije.

Zagovornik MDDSZ priporoča, naj pripravi ustrezno spremembo prehodnih določb Družinskega zakonika (DZ) tako, da bi sodišča lahko t. i. deljena skrbništva odredila tudi v vseh primerih postopkov ločitev, začetih pred 15. 4. 2019, kadar je to v največjo otrokovo korist.

Zagovornik prosi MDDSZ za pisni odziv v roku 20 dni od prejema priporočila.

S spoštovanjem,

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

[1] Dostopno na http://www.ds-rs.si/sites/default/files/dokumenti/658-91mmnenje_problematika_locitvenih_postopkov.pdf.

Poslano:

- naslovniku (po e-pošti),
- zbirka dok. gradiva.

V vednost:

- Državni svet Republike Slovenije (gp@ds-rs.si)
- Državni zbor (gp@dz-rs.si
- Ministrstvo za pravosodje (gp.mp @gov.si)
- Varuh človekovih pravic (info@varuh-rs.si)
- DOOR - Društvo za otroke, očetovstvo in resnico (info@door.si)
- DOS - Društvo očetov Slovenije (info@ocetje.si)
- Skupnost centrov za socialno delo (info@scsd.si)
- Odvetniška zbornica Slovenije (info@odv-zb.si)
- Odvetniška akademija Obrtne zbornice Slovenije (info@odvetniska-akademija.si)
- Sodni svet RS (sodni.svet@sodisce.si)

Priloga:

- Utemeljitev strokovne službe Zagovornika št. 0709-34/2021/1

UTEMELJITEV STROKOVNE SLUŽBE ZAGOVORNIKA K PRIPOROČILU ŠT. 0709-34/2021/1

Zagovornik MDDSZ priporoča, naj čim prej pripravi ustrezno spremembo prehodnih določb Družinskega zakonika (DZ), tako, da bi sodišča lahko t.i. deljena skrbništva odredila tudi v vseh primerih postopkov ločitev, začetih pred 15. 4. 2019, kadar je to v največjo otrokovo korist.

Uvodoma se je mogoče strinjati z oceno Komisije in drugih deležnikov, ki problematiko ločitvenih postopkov ocenjuje kot izrazito zahtevno in kompleksno tematiko, ki terja veliko specifičnega strokovnega znanja ter, dodajamo, posebne občutljivosti za človeške stiske. Zagovornik lahko po drugi alineji 21. člena ZVarD daje priporočila državnim organom v zvezi z ugotovljenim položajem oseb z določeno osebno okoliščino, in sicer glede preprečevanja in odpravljanja diskriminacije ter sprejemanja posebnih in drugih ukrepov za odpravo diskriminacije. Na tej podlagi je **preučil položaj otrok z izkušnjo ločitve staršev in njihovo ranljivost za kršitve njihove pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja. ter daje priporočilo za preprečevanje diskriminacije.**

Poskrbeti je treba zlasti za odpravo ozkih grl glede **dolgotrajnosti postopkov**, pomanjkanja kliničnih psihologov in drugih sistemskih težav, ki izhajajo iz mnenja Komisije in drugih virov. Za to je potrebna temeljita, interdiscipinarna raziskava o razlogih za dolgotrajnost postopkov, saj kljub pozitivnim trendom dolgotrajnost odločanja o skrbništvih otrok in njihovih stikih z bližnjimi ni sprejemljiva. Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) vztrajno ponavlja, da so pri urejanju odnosov oseb z njihovimi otroki država zaradi vsebine Evropske konvencije o človekovih pravicah (v nadaljevanju: EKČP) dolžna izvrševati t.i. **izjemno skrbnost** (ang. exceptional diligence). To je pomembno zaradi nevarnosti, da bi dolgotrajnost postopkov lahko povzročila, da bi tesna družinska osebna vez popustila, da bi se osebe medsebojno oddaljile ali odtujile. Država ima torej ne le posebne vsebinske (glej v nadaljevanju), pač pa tudi procesne pozitivne obveznosti, ki izhajajo iz vsebine zahteve zagotoviti spoštovanje 8. člena EKČP.[2]

Zagovornik je preučil **vprašanje ranljivosti otrok za kršitve njihovih lastnih pravic,** tudi za kršitve prepovedi diskriminacije. Diskriminaciji so lahko otroci neposredno izpostavljeni zaradi lastnih osebnih okoliščin, npr. zaradi starosti. Zaradi mladosti bi se otroke v praksi utegnilo preveč pokroviteljsko obravnavati le kot objekt ločitvenih postopkov, ne pa kot subjekt z lastnimi pravicami in lastno voljo, ki jih lahko skladno s starostjo in zrelostjo tudi uveljavljajo oziroma uresničujejo. To lahko storijo sami, ali pa jih je treba opolnomočiti z ustrezno podporo. Otroci so lahko diskriminirani tudi zaradi povezave z lastnostmi (enega od) staršev ali skrbnikov; denimo zaradi njihovega spola, če bi odločitve o skrbništvih krojilo stereotipno razumevanje delitve vlog med spoloma za vzgojo otrok. Otroci so subjekt varstva pred diskriminacijo, ki terja posebno pozornost in skrb. Za diskriminacijo so posebej ranljivi zaradi omejene sposobnosti, da se učinkovito branijo pred njo, zlasti pa v smislu potencialno dolgosežnih posledic, ki jih ima zanje diskriminacija. Diskriminacija otrok velja skladno s četrto alinejo 14. člena ZVarD za hujšo obliko diskriminacije.

Pri spoštovanju, varstvu in omogočanju polnega uživanja vseh pravic otrok je potrebna doslednost. Otroci morajo imeti možnost **vse svoje pravice**, tudi v kontekstu družinskih sporov, učinkovito **uživati skladno s svojo starostjo in zrelostjo,** te pa morajo biti tudi **iztožljive**. Pri tem je treba zaradi zapovedanega posebnega varstva in skrbi vse postopke uveljavljanja in varstva pravic otrok narediti kar najbolj otrokom prijazne in po potrebi prilagojene njihovi starosti. Otroke je treba opolnomočiti ne le prek pravice izvedeti in biti slišan oziroma podpore zagovornika otrokovih pravic, ampak tudi z drugimi prilagoditvami in podporo.[3]

[2] Glej npr. odločitve Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevah Kaplan proti Avstriji št. 45983/99, 2007; Hoppe proti Nemčiji št. 28422/95, 2002 in v drugih.
[3] Glej npr. novejše rešitve v kazenski zakonodaji, ki ureja položaj otrok kot žrtev ali kot storilcev kaznivih dejanj.

54. člen Ustave RS določa, da **imajo starši pravico in dolžnost vzdrževati, izobraževati in vzgajati svoje otroke**. Ta pravica in dolžnost se staršem lahko odvzame ali omeji samo iz razlogov, ki jih zaradi varovanja otrokovih koristi določa zakon. To je vidik pravic in odgovornosti staršev.

Konvencija o otrokovih pravicah (v nadaljevanju: KOP) se osredotoča na pravice otrok. V 3. členu kot temeljno načelo določa, da so **koristi otrok najvišje vodilo pri sprejemanju vseh odločitev glede otrok**. Pristna **vez otroka s staršema**, ki se oblikuje ob njuni skupni vzgoji, ni le v otrokovo korist, ampak je neposreden izraz izvrševanja osebnostnih pravic, varovanih s 34. in 35. členom Ustave RS in zlasti in predvsem - s **pravico do uživanja družinskega življenja** , ki je varovana tudi po 8. členu EKČP. Slednje je najbolj temeljna zajamčena pravica otroka v kontekstu družinskih odnosov. Po drugem odstavku 18. člena KOP staršem ali zakonitim skrbnikom države nudijo **ustrezno pomoč pri izvrševanju njihovih odgovornosti pri otrokovi vzgoji** in zagotavljajo razvoj ustanov, zavodov in služb za varstvo otrok. Vsebina pravice do stikov po 9. členu KOP pomeni pravico otroka, da redno vzdržuje osebne stike in neposredno zvezo (odnose, vezi) z obema staršema. Ta definicija KOP zajema le vidik otrokovih pravic. Ne upošteva, da imata pravico do stika z otrokom hkrati tudi oba starša.

Konvencija Sveta Evrope o stikih, ki zadevajo otroke (št. 192[4], Slovenija je ni ratificirala) med temeljnimi načeli v 4. členu določa tudi, da so stiki **medsebojna pravica otroka in hkrati staršev,** in da je to pravico dopustno omejiti ali izključiti le, če je to nujno za zagotovitev največje otrokove koristi. Ta pravica gre družinskim članom tudi onkraj odnosov med otrokom in starši, varovana je tudi v razmerjih med samimi otroci (brati, sestrami, polbrati, polsestrami),[5] kot tudi v razmerjih otrok do starih staršev in drugih bližnjih oseb.

Pravica do stikov (in skupnega življenja) je torej poseben izraz splošnejše pravice uživati družinsko življenje, ki jo izrecno varuje npr. 8. člen EKČP. Kaj ta pomeni, je razvidno iz razmeroma obsežne judikature ESČP. EKČP državi nalaga strog test za vsako poseganje v to pravico. Hkrati nalaga državi tudi pozitivne obveznosti učinkovito zaščititi otrokove koristi in pravice. Procesne obveznosti (posebna skrbnost, ažurnost postopkov) so bile že izpostavljene zgoraj. Vsebinske obveznosti pa so med drugim v tem, da ravna tako, da se družinski odnosi oziroma družinske vezi lahko »normalno razvijajo«[6]). »Uživanje medsebojnega druženja« sodišče šteje za najbolj osrednji element družinskega življenja,[7] država pa je kratenje teh pravic dolžna preprečevati in onemogočati tudi kadar vanje posegajo tretje osebe, celo kateri od staršev. Iz navedenega sledi, da gre za vzajemna upravičenja (in kar zadeva starše tudi dolžnosti), individualno pa pravice do stika ni mogoče uživati. Ker so te pravice med družinskimi člani torej soodvisne, ni nemogoče, da si ne bi prišle tudi v navzkrižje, zato je zakonodaja dolžna jasno urediti meje njihovega varstva.

Nedopustno je, kadar pri razmejitvi pravic v družini vodilo niso največje koristi otroka. Kaj so največje koristi otroka je treba presojati od primera do primera[8]). Kadar prevladajo pravice (in interesi) staršev, potencialno celo zgolj pravica enega od staršev to pomeni tveganje za kršitve EKČP.

V zadevi pred ESČP Zaunegger proti Nemčiji[9] je bil ključen pravni problem sicer razlikovanje (diskriminacija) med poročenimi in neporočenimi pari pri prevzemanju obveznosti do otrok, pri čemer naj bi ureditev posebej neugodno prizadela očete otrok iz izvenzakonske zveze. ESČP je kot nesprejemljivo označilo, da je bilo v tedanjem nemškem pravu za poročene pare (ki se ločijo) deljeno skrbništvo nad otroki mogoče določiti tudi s sodbo zaradi varstva koristi otrok vselej, za neporočene pa naj bi bilo to možno le ob soglasju staršev. Eden od staršev naj bi tako imel *de facto* pravico »veta«, razlogi kot so, da mora imeti otrok jasno določenega skrbnika (naslov), pa sodišča niso prepričali.

[4] Dostopno na https://rm.coe.int/convention-on-contact-concerning-children/1680a40f71.
[5] Primerjaj s sodbo pred ESČP v zadevi Mustafa in Armagan Akin proti Turčiji št. 4694/03, 2010.
[6] Glej npr. sodbo ESČP v zadevi Scozzari in Giunta proti Italiji št. 39221/98 in 41963/98 (VS), 2000, 221. odstavek.
[7] Glej zadevo K in T proti Finski, št. 25702/94 (VS) 2001, 151. odstavek.
[8] Glej npr. sodbo pred ESČP v zadevi Schneider proti Nemčiji št. 17080/07, 2011.
[9] Zadeva št. 22028/04, 2010.

Sodišče je kot problematično ocenilo domnevo, da sta zakonodaja in praksa, nenazadnje Ustavnega sodišča Zvezne republike Nemčije, skupno skrbništvo neporočenih, ki mu mati nasprotuje, avtomatično štela za neskladno s koristmi otroka. ESČP je prepoznalo, da je takšno skrbništvo možno izključiti, če sta starša vendarle preveč v medsebojnih sporih oziroma če med njima ni zadostne in potrebne komunikacije, kar bi ogrozilo korist otroka[10]. Ključni kriterij za odločitev ob ločitvah (o skrbništvu, o stikih) torej ne le po KOP, ampak tudi po pravu EKČP, mora vselej predstavljati korist otroka in ne volja staršev. To spoznanje utrjuje tudi odločitev ESČP v zadevi A.V. proti Sloveniji,[11] v katerem je bilo ugotovljeno, da je država ob nesoglasjih staršev in nezmožnosti doseči dogovorne rešitve (o stikih) premalo odločno posredovala za zavarovanje otrokovih koristi ter pravic drugega od staršev, kljub številnim orodjem za podporo, ki jih je imela v ta namen na voljo, a jih ni uporabila. Nesprejemljivo je, če ima ena od vpletenih strani, tudi otrok, brezpogojno pravico veta brez upoštevanja drugih dejavnikov in preizkusa, s katerim se določi otrokova največja korist;[12] takšna korist običajno narekuje, da je treba ohraniti otrokove vezi z njegovo družino, razen v primerih, če bi to škodovalo njegovemu zdravju in razvoju.[13]

Prevzete mednarodnopravne obveznosti Republike Slovenije torej pomenijo, da se deljenega skrbništva obeh staršev vnaprej ne sme izključevati, tudi če starši o tem ne najdejo soglasja.

*

Veljavni DZ to pretežno upošteva. Iz navedenega pa sledi, da je bila **nekdanja ureditev v 105. členu Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR), ki je onemogočala skupna skrbništva brez soglasja volje obeh staršev, očitno neustrezna**. Tudi nato vprašanje je v postopku javne obravnave osnutka predloga DZ leta 2016 že opozoril predhodnik Zagovornika (v dopisu št. 0701-14/2016/1). Tedanje opozorilo na vprašljivo veljavno ureditev in načrtovano ureditev (v osnutku DZ je to urejal 139. člen) možnosti deljenega skrbništva in sostarševstva je nato dobilo ustreznejši odziv v predlogu DZ in sprejeti vsebini veljavnega 138. člena DZ. Ustreznejšo ureditev možnosti deljenega skrbništva kot pomemben sistemski napredek v DZ v primerjavi z ZZZDR izpostavlja tudi MDDSZ, kot to povzema mnenje Komisije (str. 6). MDDSZ navaja, da se s tem dosledno sledi načelu prvenstva in enake odgovornosti staršev do otrok iz 135. člena DZ. Ministrstvo za pravosodje pa, kot povzema mnenje Komisije (str. 9 in 10), meni, da normativne ovire za to, da bi sodišče odločilo, da se varstvo in vzgojo zaupa obema staršema, v aktualni zakonodaji ni več.

Kot bo to izčrpno pojasnjeno v nadaljevanju, pa **DZ vendarle ni ustrezno upošteval pravic vseh otrok**, ki se lahko znajdejo v takih ranljivih položajih, **in sicer zaradi ureditve v prehodnih določbah**. Nekatere otroke DZ še vedno **obravnava slabše**, ker omogoča, da pri odločitvi o skrbništvih še vedno prevladajo pravice (oziroma interesi) enega od staršev. Slabše so ti otroci obravnavani v primerjavi z drugo skupino otrok (ki so zagotovo mlajši kot 3 leta in 8 mesecev, otrok, ki pred dokončanjem sodnega postopka dosežejo polnoletnost, ter nekaterih drugih skupin otrok, ne glede na starost), zlasti pa v primerjavi z enim od staršev (ki je praviloma polnoleten).

Določbe ZZZDR, tudi tiste, ki se nanašajo na vprašanje (pre)ozkih pogojev za deljeno skrbništvo v 105. členu, sicer **ne veljajo več,** vendar pa se skladno z 290. členom DZ **še vedno uporabljajo za odprte postopke,** začete pred 15.4.2019, ko se je pričel uporabljati DZ.

To pomeni, da **se je stara ureditev iz ZZZDR, ki je omogočala enostransko preprečitev možnosti deljenega skrbništva oziroma sostarševstva s strani enega od staršev, doslej uporabljala in se lahko še vedno uporablja v praksi pred sodišči**. To velja, če je bila tožba za razvezo oziroma zahtevek za skrbništvo vložen pred 15. 4. 2019 in o njem še ni pravnomočno odločeno.

[10] Glej 56. odstavek obrazložitve sodbe.
[11] Sodba v zadevi št. 878/13 je dostopna tudi v slovenščini na http://www2.gov.si/dp-rs/escp.nsf/0ffe1f8c2a758302c1256bdd00496042/5dc9ca1db9ed4193c1258447003162d1?OpenDocument.
[12] Glej C. proti Finski, št. 8249/02.
[13] Glej npr. Neulinger in Shuruk proti Švici [VS], št. 41615/07.

Izjema, določena v drugem odstavku 290. člena DZ, ki omogoča uporabo DZ, velja le za primere, ko je bila v takem postopku že sprejeta prvostopenjska sodna odločba, pa je bila ta nato v kakšni fazi tega postopka razveljavljena (in torej zadeva praviloma vrnjena v ponovno odločanje prvostopnemu sodišču)[14]. Le v tem posebnem primeru lahko sodišče v takih nedokončanih postopkih uporabi DZ in tudi mimo soglasja obeh staršev nato določi skupno skrbništvo nad otrokom. Stara ureditev lahko torej v ločitvenih postopkih za znatno določeno otrok tudi po sprejemu, začetku veljavnosti in tudi po začetku uporabe DZ, še vedno omogoča odločitve sodišč, v katerih prevlada volja enega od staršev nad pravicami otroka in hkrati pravicami drugega starša, tudi kadar to ni v otrokovo največjo korist. Tako za del otrok odločitev, ki bi bila skladna z njihovo največjo koristjo, še vedno ni dosegljiva, razlog za to pa je v zakonodaji.

Ureditev prehodnih določb DZ torej ne upošteva, da je (bila) stara ureditev ZZZDR v neskladju z zgoraj opisanimi mednarodnimi obveznostmi. Ker pa se določbe 105. člena ZZZDR lahko še vedno uporablja, še naprej lahko pravno učinkuje tako, da ogroža ali celo krši otrokove pravice po KOP in EKČP.

Utemeljenih razlogov za to ni videti, posebej ne takih, ki bi vsebinsko pretehtali nad negativnimi posledicami.

Prehodna ureditev v DZ sloni na splošnem načelu, "da se postopki v pristojnosti sodišč, ki so bili uvedeni pred začetkom uporabe tega zakonika, dokončajo po stari zakonodaji, razen v primerih, ko je v času po začetku uporabe tega zakonika bila odločba prve stopnje razveljavljena. Takrat pa je predpisana uporaba tega zakonika"[15]. Ta rešitev le pravnotehnično daje **pravno varnost** (zanesljivost, določnost), zato, da je jasno, katera pravila se uporabljajo v odprtem sodnem postopku. Drugih vsebinskih pojasnil o ciljih in namenih zakonodajalca za preučevani položaj (skrbništva) v obrazložitvi DZ ni, lahko pa bi se jih razbralo.

Ureditev je morda namenjena tudi **učinkovitosti sodnih postopkov** - da, denimo, uporaba DZ ne bi omogočila »novega« pritožbenega razloga, da ne bi bilo treba dopolnjevati dokaznega postopka.

Ti cilji so kot kaže prevladali. Ni pa videti, da bi taka ureditev tudi v primeru skrbništev vzpostavila pravično ravnotežje med pravicami vpletenih do spoštovanja, varovanja in spodbujanja uživanja družinskega življenja na eni strani in zgoraj navedenimi domnevnimi cilji, ki jih veljavna ureditev zasleduje na drugi strani.

Vsebinsko ureditev v 290. členu v primerih odločanja o skrbništvih konkretno učinkuje tako, da bolj **varuje pravne interese enega samega starša**. Pri tem varuje zatečen pravni položaj in zamika uveljavitev spremenjenih pravil odločanja o skrbništvih. Pri tem gre lahko le za varstvo pravnega interesa ene stranke in **ne gre za varstvo pravic, niti ne pričakovanih pravic ali pridobljenih pravic**. Pravice vseh vpletenih namreč v primerih spremembe skrbništva, ki je bilo pred tem skupno, s svojo odločitvijo (pre)oblikuje oziroma za tistega, ki skrbništvo izgubi, konstituira v vsakem primeru (tako po ZZZDR, kot po DZ) šele sama odločba sodišča. Poleg tega pravice urejajo Ustava RS, KOP in EKČP, zakon pa v tem delu določa način njihovega uresničevanja in potencialno njihove omejitve.

V primeru deljenega skrbništva, ki ga sodišče odredi, kadar je to v otrokovo največjo korist, pa pravice sodišče dejansko le razbere in učinkovito zavaruje. Določi pa jih le v tem, da doseže t.i. praktično konkordanco med pravicami (razbere meje med njimi). Pravni položaj vseh vpletenih natančneje določi v smislu reorganizacije načina uživanja pravic (npr. časovna razmejitev). To ne pomeni nujno tudi njihove vsebinske omejitve, tudi ne izgube skrbništva nad otrokom. To tudi pojasnjuje, da v bistvu sporna ureditev ne varuje načela zaupanja v pravo.

[14] Ta določa: »Če se po začetku uporabe tega zakonika v postopkih iz prejšnjega odstavka odločba prve stopnje razveljavi, se postopek nadaljuje po določbah tega zakonika.«
[15] Tako obrazložitev k 292. členu predloga zakona v prvi obravnavi, dostopno na https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/63a46860fbf7173032be6b1684a9ebc5cd21110e1eed4c737ad1c674c8a1ce5f.

Predvidevamo, da so sodišča na podlagi ZZZDR v praksi pri odločanju o skrbništvih upoštevala zlasti **t.i. pristop »primarnega skrbnika«**, kjer se skrbništvo otroka dodeli staršu, ki je tudi pred ločitvijo večinoma skrbel za otroka, pri katerem je otrok v času spora; denimo, mu pripravljal obroke, ga oblačil, vozil v šolo in pomagal pri učenju, ga spremljal k zdravniku itd.. Ta koncept ni pravno varovan kot načelo samo zase. Pomeni lahko le **domnevo, da je tako skrbništvo** enega od staršev **v največjo otrokovo korist;** med drugim, ker ni večje negotovosti o zmožnostih drugega, doslej morda manj aktivnega skrbnika, ker se zmanjša možnost pretresov zaradi nove življenjske situacije, ko eden od staršev prevzame več skrbniških dolžnosti kot doslej, ker se s tem domneva, da skrb za otroka ne bo povod za spore med staršema in bo tako lažje sprejeti posamezne odločitve, ki zadevajo pravice otrok. Takšna domneva je lahko povsem razumna.

Vendar **bi morala biti ta domneva izpodbojna**. Zlasti tedaj, ko, kljub nesoglasju o skupnem skrbništvu spori med bivšima partnerjema, niso tako nepopravljivo zaostreni, da bi to lahko negativno vplivalo na koristi otroka. Poleg tega je treba upoštevati, da tudi ta tveganja ob sporih staršev država lahko in jih mora[16] blažiti z drugimi sredstvi (mediacija, krepitev starševskih kompetenc in komunikacije, podporne storitve CSD. O tem Komisija povzema navedbe MDDSZ. To mora veljati pred postopkom ločitve, med tem postopkom, kot tudi po njem. Zato je splošno onemogočanje odrejanja deljenih skrbništev v primerih nesoglasij staršev pretiran in nepotreben ukrep. V danem primeru ureditev v 105. členu ZZZDR ne dopušča nikomur, niti otroku samemu, da to domnevo v odprtem postopku in pred sodiščem izpodbija, češ da ni na mestu v konkretnem primeru urejanja odnosov v družini. Če ni soglasja med staršema, ni nikomur dopuščeno dokazovati, da je morda skupno skrbništvo konkretno v največjo korist otroka. Prav tako ni dopuščeno, da bi kriterij največje otrokove koristi vselej pretehtal. To, da je zaradi dodelitve skrbništva zgolj enemu od staršev morda kršena otrokova največja korist, ni (dopusten) pritožbeni razlog, s katerim bi lahko posamezno odločitev o skrbništvu, sprejeto na podlagi določb ZZZDR, pritožbena sodišča razveljavila (če se hkrati ne bi pred tem v vzporednem postopku pred Ustavim sodiščem doseglo razveljavitev možnosti uporabe 105. člena ZZZDR, več o tem spodaj). Nove določbe DZ se namreč po 290. členu DZ izrecno lahko uporabijo šele **v primeru razveljavitve prvostopenjske sodne odločbe** (torej razveljavljene iz drugih razlogov) in šele **po njeni razveljavitvi** (dokončne pravnomočne ali pa tudi nepravnomočne sodne odločbe).

Ureditev je zapostavila zavezo k spoštovanju, varstvu in omogočanju učinkovitega uživanja pravice do spoštovanja družinskega življenja otrok in obeh staršev. Ne upošteva **niti postopkovne dolžnosti izvrševati izjemno skrbnost** (ang. exceptional diligence) po EKČP, niti **vsebinskega merila, da morajo biti koristi otrok najvišje vodilo pri sprejemanju vseh odločitev glede otroka po KOP in EKČP.** S tem že na abstraktni ravni materialnopravna ureditev ni upoštevala možnosti pravilne razmejitve pravic v nekaterih položajih ter jo je onemogočala upoštevati sodiščem v takem konkretnem primeru. Posledično je praviloma na ta način ob uporabi določb 105. člena ZZZDR vselej neizbežno, da je varstvo in vzgoja (skrbništvo) omejeno ne le enega od staršev, hkrati pa praviloma določeno tudi manj možnosti za dejansko skupno življenje (stiki), kot bi jih otrok in drugi starš imela sicer. Zato ureditev posega v pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja. V prvi vrsti jo premalo varuje, pa tudi ne spoštuje, s tem ko jo vsaj določenim članom družine omejuje. Gotovo to ne ustreza vsem pozitivnim obveznostim zagotoviti učinkovito uživanje pravice. **Zaradi uzakonjene rešitve, ki v primeru odsotnosti soglasja staršev onemogoča določitev skupnega skrbništva, so torej sistemsko možne kršitve pravic otrok kot tudi tistega od staršev, ki ostane brez skrbništva, kljub temu, da bi bilo to lahko v otrokovo največjo korist.**

V nadaljevanju so analizirani tudi drugi problematični učinki ureditve.

Otroka in drugega od staršev za morebitno dosego deljenega skrbništva ne bi smeli praksi siliti v to, da v odprtem postopku odločitve o skrbništvu najprej dopustita, tako da svoje pravice (zaradi uporabe pravil ZZZDR) izgubita (ali jih zavarujeta le v manjši meri).

[16] Glej 18. člen KOP, glej tudi sodbo ESČP v zadevi A.V. proti Sloveniji št. 878/13.

In da bi jih potem lahko takoj za tem morda bolje zavarovala ali pridobila nazaj v povsem novem sodnem postopku (npr. zahteva za predodelitev skrbništva, v kateri bi se potem lahko uporabila določila DZ). To je lahko vodilo ali še vodi tudi k **podaljševanju, uvajanju novih, nepotrebnih postopkov** in s tem k podaljševanju negotovosti o tem, ali bo prva odločitev vzdržala. Zato je možno da se zasledovanega cilja dejansko ne doseže, zlasti zato, ker se ga ne bi preseglo, ampak bi se ga »le« preusmerilo (sprevrglo) v spor o določitvi obsega in vsebine stikov. Težko je trditi, da ureditev ZZZDR ne prispeva k napetostim med staršema. To lahko vodi tudi k **travmatizaciji otroka** (kateri od staršev je »boljši« ali kateri »slabši«) in k **izčrpavanju strank** (odvračalni učinek, pritisk, da se z rešitvami sodišč otrok in starš, ki ostane brez skrbništva skušata, sprijaznita), torej ne le k nalaganju finančnega bremena (stroški za dva postopka). Ureditev torej lahko zaide v nasprotje s svojimi domnevnimi legitimnimi cilji doseči pravno varnost in učinkovitost. Poleg tega so tudi za ta cilj na voljo druga sredstva, saj bi ga lahko začasno dosegla tudi morebitna začasna odredba sodišča, izdana bodisi po ZZZDR bodisi po DZ.

Ureditev iz 105. člena ZZZDR je ali še vedno stranke nepotrebno sili v to, da v sodnem postopku dokazujejo, **kdo je bolj usposobljen ali izkazano bolj primeren** za skrbnika. Zato se je konfliktnost v takem občutljivem sporu le poglabljala in jo je ureditev spodbujala, namesto da bi težila k njenemu preseganju. Na nek način je v primerih t.i. primarnih skrbnikov pravzaprav celo nagrajevala njihovo nesodelovalnost in s tem omogočala, da so pri ravnanju staršev lahko prevladali motivi, povezani z odnosom med nekdanjima partnerjema. V ospredju bi moral biti razmislek o največji koristi vzdrževanja in razvijanja družinskih odnosov otroka s staršema.

Poleg tega sporna ureditev ne upošteva možnih ukrepov za premoščanje konflikta med staršema. Država ima namreč tudi posebne pozitivne dolžnosti nuditi podporo staršem pri izvrševanju njihove odgovornosti ter spodbujati učinkovito uživanje pravic otroka in se ji ne more izogniti.[17] Zato nezmožnost doseči soglasje ali preseči konflikt med staršema sam po sebi sploh ne bi smel biti dokaz za predpostavko, da v prognozi ni možnosti njunega (so)delovanja kot skrbnikov v korist otroka.

Kot navedeno, imajo sodišča tudi za ureditev začasnih stanj na voljo začasne odredbe. Po četrtem odstavku 138. člena DZ lahko sodišče kadarkoli izda novo odločbo o varstvu in vzgoji otroka, če to zahtevajo spremenjene razmere in koristi otroka, ne glede na uporabo pravnih sredstev.

Zato ni razumljivo, zakaj zakonodajalec sodiščem ob uveljavitvi DZ ni dopustil tudi v odprtih sodnih postopkih takoj uporabiti novih pravil DZ in odločitev o deljenih skrbništvih tudi brez soglasja volje staršev, ki so izraz pravic otrok in staršev. Posebno prehodno obdobje za začetek uporabe zakona dveh let, ob tem pa tudi potrebno dokončanje postopkov po prejšnjem zakonu vsaj na prvi stopnji za prehod v “novo pravno ureditev” v takem primeru ni na mestu. Za to namreč ni vsebinskih razlogov, saj je šlo le za odpravo že prej neustrezne rešitve. Takojšen učinek nove ureditve DZ, pravilneje, pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, v kateremkoli odprtem sodnem sporu, torej takojšnja uporaba pravil za naprej, bi bil povsem primerljiv učinku odločbe ustavnega sodišča, če bi to takšno sporno rešitev razveljavilo.

Ustava RS sicer v 156. členu tudi sodiščem omogoča oziroma narekuje dostop do ustavno-sodne presoje. Če sodišče pri odločanju meni, da je zakon, ki bi ga moralo uporabiti, protiustaven, mora postopek prekiniti in začeti postopek pred ustavnim sodiščem. Postopek pred sodiščem se nadaljuje po odločitvi ustavnega sodišča. Zgoraj navedene očitke o ustavno sporni sistemski ureditvi oziroma učinkih starega ZZZDR ter prehodni določbi DZ bi lahko v vsakem sodnem sporu pred sodiščem uveljavljala tudi vsaka stranka v teh sodnih postopkih, tudi morebitni skrbnik otroka za poseben primer. Do njih bi se moralo sodišče nato opredeliti. A teh očitkov, kot kaže, ni nihče ni artikuliral in uporabil, saj je ta pot, ki je formalno sicer na voljo, a je praktično strankam težko dosegljiva. Predvidljivo je, da bi bilo takšno breme za stranko zelo veliko iz številnih razlogov, npr. potrebna strokovna utemeljitev prava nevešči stranki ni dosegljiva, finančno je to lahko zelo obremenjujoče, ta pot pa bi lahko sodne postopke tudi zelo podaljšala.

[17] To je tudi eden od poudarkov sodbe ESČP v zadevi A.V. proti Sloveniji (št. 878/13).

Sporni učinki ureditve so lahko tudi (posredno) diskriminatorni. Načelo t.i, primarnega skrbnika ni nujno spolno nevtralno in lahko pri odločanju o tem, kdo od obeh staršev je boljši (ekskluzivni) skrbnik, pride tudi do spolno stereotipnega razumevanja tradicionalne delitve vlog obeh staršev pri vzgoji, glede zmožnosti in pripravljenosti usklajevati poklicno in družinsko življenje, glede finančne zmožnosti preživljanja itd. Domneva je, da lahko ureditev nesorazmerno bolj prizadene zlasti očete (in otroke v stikih z očeti), posebej tedaj, ko so otroci mlajši. Problem je lahko tudi (ne)razumevanje konteksta preteklega nasilja ali očitkov o njem, nad katerim od partnerjev (običajno žensko) in s tem možna projekcija odnosa med partnerjema v napačno prognozo odnosa med staršem (ki naj bi bil nasilen) in otrokom. Drug vidik problema je, da zakonska ureditev lahko ponuja preveč prostora za morebitno diskriminatorno odločitev v konkretnih primerih (da se lahko preveč izhaja iz običajnih družbenih vzorcev vedenja ljudi v družbi, ali če bi se odločevalci lahko pustili voditi celo predsodkom, npr. glede »biološke primernosti« za varstvo in vzgojo glede na spol, komu otrok »bolj naravno« pripada ipd.). Ti pomisleki, sumi ter trditve so v mnenju Komisije izraženi zlasti v stališčih društva DOOR in DOS. Iz mnenja Komisije izhaja, da je tudi predstavnica Odvetniške zbornice Slovenije »pritrdila, da so bili pred uvedbo Družinskega zakonika očetje v postopkih ločitev v izhodišču morda resda v slabšem položaju v primeru njihove želje po pridobitvi skrbništva«[18]. Da je vprašljivo, kako in kateri različni strukturni razlogi (tudi ravnodušnost in nerazumevanje) lahko dejansko krojijo način uporabe zakonodaje, je ob predstavitvi raziskave Varuha človekovih pravic[19] v javnosti za časnik Delo opozoril tudi njegov avtor.[20]

Zagovornik poudarja, da glede teh vprašanj doslej ni ocenjeval, kaj je možno šteti za dokazano. Do tega priporočila je Zagovornik prišel že ob svoji analizi pravnega položaja ranljivosti otrok. Gotovo za rešitev pravnega dela problema zadošča kot problem utemeljiti splošen in pomensko (vrednostno) globlji očitek, da ureditev omogoča kršitev zapovedi varstva največje koristi otroka (in tem 3. člena KOP) ter procesnih in vsebinskih poudarkov pravice do uživanja družinskega življenja otrok (8. člena EKČP) ter obeh staršev, ki bi morala biti v enaki meri zagotovljena vsem, brez vsakih razlik. Za priporočilo zadošča verjetnost, da bi do diskriminacije (zaradi spola ali starosti) zaradi spornih določb DZ lahko prišlo. Ugotavljanje diskriminacije v pravnem smislu je zares možno le tedaj, ko je mogoče nekomu za posamezno točno določeno ravnanje (storitev ali opustitev) pripisati pravno odgovornost. To ugotavljanje je posebno zapleteno tedaj, ko je posamezno preučevano ravnanje le del kolesja, ki učinkuje diskriminatorno šele kot celota. Tako ravnanje je lahko del sistemske diskriminacije, ki jo povzroča presek številnih dejavnikov (ki je še vedno pravna kategorija). Še bolj zapleteno pa je, ko je posamezni preučevani vidik del strukturne diskriminacije (diskriminacije v družbenem pogledu v smislu diskriminatornih vzorcev vedenja), kjer pa pravne odgovornosti zanjo zaradi verige dogodkov oziroma ravnanj ali nejasnih prispevkov posameznih akterjev h končnemu učinku ni mogoče vzročno-posledično pripisati kateremu od subjektov. Ni mogoče izključiti, da problem domnevnega zapostavljanja očetov nasploh lahko predstavlja položaj sistemske ali strukturne diskriminacije. Tudi, če je tako, bi prenehanje uporabe sporne ureditve iz 105. člena ZZZDR prek spremembe prehodnih določb DZ gotovo lahko naslovila enega od ključnih vidikov v smislu zakonodajnih pomanjkljivosti. To bi tveganje in možnost take diskriminacije v konkretnih postopkih pomembno zmanjšalo.

Zagovornik ne razpolaga s podatki, ali, in če, koliko primerov sodnih postopkov odločanja o skrbništvih, začetih pred začetkom uporabe DZ, je še odprtih in bi stranke v njih sporna ureditev še vedno lahko prizadela. Tudi če bi lahko prizadela le manjšo skupino oseb in tudi, če bi bila ta možnost morda le še hipotetična, pa takšna kršitev njihovih pravic ni sprejemljiva.

[18] Glej mnenje Komisije str. 11.
[19] Dostopno na https://www.varuh-rs.si/fileadmin/user_upload/pdf/2015_-_Otrok_v_druzinskem_sporu/Vosnjak.pdf
[20] Avtor Vošnjak je v intervjuju za časnik Delo poudaril: »Nobene diskriminacije po spolu nismo zaznali pri delu sodišč, a to ne pomeni, da je ni ali da je ne more biti. Stvari so kompleksne, moški imajo bistveno manjši interes, da bi izvajali varstvo in vzgojo otrok. Ni znano, ali si tega res ne želijo *ali jim odvetniki razložijo, da bo otroka tako in tako dobila mama in da se morajo s tem sprijazniti*.«

Zagovornik zato zaradi teže in občutljivosti učinkov podaljšane uporabe določb 105. člena **Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih** priporoča, da se to uredi s spremembo Družinskega zakonika. S tem bi omogočili deljena skrbništva obeh staršev nad otroki vselej, ko je to v njihovo največjo korist, tudi če starši o tem ne dosežejo soglasja.