REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

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

USTAVNO SODIŠČE REPUBLIKE SLOVENIJE
Beethovnova 10
1000 Ljubljana

Zadeva: 050-3/2023/9
Datum: 17. 5. 2023

Republika Slovenija, Zagovornik načela enakosti, Železna cesta 16, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Zagovornik), ki ga zastopa zagovornik Miha Lobnik, na podlagi 38. člena Zakona o varstvu pred diskriminacijo (v nadaljevanju: ZVarD)[1] vlaga na Ustavno sodišče RS (v nadaljevanju: Ustavno sodišče RS)

ZAHTEVO ZA OCENO USTAVNOSTI

pravne ureditve iz tretje alineje drugega odstavka 6. člena Zakona o osebni asistenci (v nadaljevanju: ZOA),[2] ki onemogoča pridobitev pravice do osebne asistence za uporabnike, ki so stari 65 let in več ter izpolnjujejo vse ostale pogoje za pridobitev osebne asistence po ZOA,

zaradi neskladja **s 1., 2., 5., 14., 15., 22., 34., 35., 50., 51. in 52. členom Ustave Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustava) ter neskladja s 14. členom Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP)[3] ter 19. členom Konvencije o pravicah invalidov (v nadaljevanju: MKPI)**.[4]

[1] Zakon o varstvu pred diskriminacijo (Uradni list RS, št. 33/16, 21/18 – ZNOrg);
[2] Zakon o osebni asistenci (Uradni list RS, št. 10/17, 31/18, 172/21);
[3] Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS-MP, št. 7-41/1994) ki jo je ratificirala tudi Republika Slovenija z Zakonom 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;
[4] Konvencija pravicah invalidov (Uradni list RS-MP, št. 10/2008);

Vsebina

1. OBSTOJ PROCESNIH PREDPOSTAVK ZA VLOŽITEV ZAHTEVE ZA OCENO USTAVNOSTI 3

1.1. Izvedena predhodna Ocena diskriminatornosti Zagovornika po 38. členu ZVarD 3

1.2. Pravni okvir, znotraj katerega je Zagovornik izvedel oceno diskriminatornosti po 38. členu ZVarD t…. 4

2. RAZLOGI NESKLADNOSTI PRAVNE UREDITVE, KI ONEMOGOČA PRIDOBITEV PRAVICE DO OSEBNE ASISTENCE ZARADI STAROSTI 8

2.1. Poseg v zavarovane dobrine.....13

2.2 Ali obstaja različno obravnavanje pobudnikov in tistih, s katerimi se pobudnik primerja 18

2.3 Ali je dejanski položaj pobudnika v bistvenem enak in ali razlikovanje temelji na osebni okoliščini 19

2.4 Če gre za razlikovanje na podlagi osebne okoliščine in torej za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ali je ta poseg dopusten 20

2.5. Primerjalnopravni vidik in odločitve drugih najvišjih sodišč 22

3. SKLEPNO 25

4. ZAHTEVEK 26

1. OBSTOJ PROCESNIH PREDPOSTAVK ZA VLOŽITEV ZAHTEVE ZA OCENO USTAVNOSTI

1.1. Izvedena predhodna Ocena diskriminatornosti Zagovornika po 38. členu ZVarD

ZvarD v 38. členu (ocena ustavnosti in zakonitosti) določa: »Če zagovornik oceni, da je kakšen zakon ali drug predpis diskriminatoren, o tem lahko obvesti predlagatelja postopka za oceno ustavnosti in zakonitosti ali z zahtevo začne postopek za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti predpisa ali splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil.« Kot izhaja tudi iz Odločbe Ustavnega sodišča RS, opr. št. U-I-16/21-17, U-I-27/21-12 z dne 18. 11. 2021, procesna legitimacija Zagovornika pred Ustavnim sodiščem zajema uveljavljanje neskladja s prvim odstavkom 14. člena Ustave (prepoved diskriminacije), in sicer v zvezi s katerokoli človekovo pravico in temeljno svoboščino, ter neskladja z drugim odstavkom 14. člena Ustave, ki se nanaša na splošno načelo enakosti pred zakonom, če bi razlikovanje temeljilo na osebnih okoliščinah.

Zagovornik je dne 30. 6. 2020 prejel predlog za obravnavo diskriminacije, v katerem je predlagatelj zatrjeval diskriminatornost 6. člena ZOA, kar je utemeljeval s tem, da sam 15 let neguje svojo ženo, ki je invalidsko upokojena in potrebuje neprekinjeno nego oziroma pomoč. Ker je žena presegla starost 65 let, ji je bila z odločbo zavrnjena pravica do pridobitve osebne asistence. Navajal je, da je navedena starostna omejitev neprimerna tudi glede na to, da ZOA v četrtem odstavku 6. člena oziroma v prehodnih določbah (35. člen) v zvezi s tem sicer dopušča možnost, da tudi oseba, starejša od 65 let, obdrži pravico do osebnega asistenta, če je navedeno pravico uveljavljala pred dopolnjenim 65 letom starosti. Po predlagateljevem prepričanju bi navedena izjema morala biti do sprejetja oziroma uveljavitve sistemskega zakona o dolgotrajni oskrbi zastavljena širše.

Zagovornik je glede na prej navedeno predlog prvega predlagatelja z dne 30. 6. 2020 sprejel v obravnavo in v postopku ocene diskriminatornosti predpisa skladno z 38. členom ZVarD ocenjeval tretjo alinejo drugega odstavka 6. člena ZOA ter prehodno določbo 35. člena ZOA, ki je relevantna za pridobitev pravice do osebne asistence za uporabnike, ki so dopolnili 65 let ali več. **Zagovornik je v svoji Oceni diskriminatornosti zakona ali drugega predpisa po 38. členu ZVarD št. 050-16/2020-17 z dne 25. 1. 2021** (v nadaljevanju: Ocena diskriminatornosti z dne 25. 1. 2021)[5] **ocenil, da je v ZOA izkazano neenako obravnavanje oseb z invalidnostmi na podlagi osebne okoliščine starosti.**

Ker je Zagovornik v konkretni zadevi zaznal diskriminatornost predpisov, je na pristojne organe v okviru javne razprave ob noveli ZOA (ZOA-B) naslovil **Priporočilo št. 0070-2/2021/1 z dne 25. 1. 2021 (v nadaljevanju: Priporočilo z dne 25. 1. 2021**)[6] glede osnutka zakona o spremembah in dopolnitvah ZOA, s katero bi lahko bila zaznana diskriminatornost odpravljena. Novela ZOA-B je bila v Uradnem listu RS objavljena dne 20. 10. 2021, veljati pa je začela 15. dan po objavi v Uradnem listu, vendar pa diskriminatornosti, na katero je opozoril Zagovornik, ni odpravila.[7]

Nadalje je Zagovornik dne 25. 2. 2023 s strani predlagateljice, ki oskrbuje obolelega za amiotrofično lateralno sklerozo (ALS), v zvezi z ZOA ter določitvijo zgornje starostne meje, do katere so osebe z invalidnostmi upravičene do osebne asistence, ponovno prejel predlog, da na Ustavno sodišče Republike Slovenije naslovi zahtevo za presojo ustavnosti ZOA. Tudi ta predlagateljica je navajala, da ji je znana argumentacija, da naj bi starostna meja 65 let

[5] Ocena diskriminatornosti, št. 050-16/2020-17 z dne 25. 1. 2021 (Priloga 1);
[6] Priporočilo Zagovornika načela enakosti glede osnutka Predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o osebni asistenci (EVA 2020-2611-0059), št. 0070-2/2021/1 z dne 25. 1. 2021 (Priloga 2);
[7] Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o osebni asistenci (Uradni list RS, št. 172/2021, ZOA-B);

predstavljala mejo aktivne dobe oseb ter da imajo posledično po dosegu te starosti osebe možnost koriščenja institucionalne oskrbe po zakonu o dolgotrajni oskrbi, pri čemer pa je opozorila, da je veljavnost tega zakona odložena v prihodnost[8] ter je zaradi napovedanih sistemskih sprememb negotova, kar pomeni za osebe z invalidnostmi, ki ne izpolnjujejo starostnega pogoja, nevzdržno stanje. Konkretno je predstavila primer dveh oseb, obeh obolelih za neozdravljivo nevrološko boleznijo ALS, ki vsakodnevno za preživetje uporabljata aparat za dihanje, izkašljevanje, aspiracijo, hranita se po gastrostomi, sporazumevata se preko komunikatorja, premikata pa se s pomočjo vozička. Edina razlika med njima je starost in posledično pomoč, ki pripada mlajšemu od 65 let in starejšemu od 65 let, saj je prvi upravičen do 24-urne osebne asistence, drugi pa zgolj do dodatka za pomoč in postrežbo, pri čemer pa pravice do osebne asistence zaradi dosežene starosti 65 let ne more uveljavljati.

Upoštevaje predhodne opisane aktivnosti Zagovornika, usmerjene v ugotavljanje in odpravo diskriminatornosti ZOA, zlasti izdelavo Ocene diskriminatornosti z dne 25. 1. 2021, izdajo Priporočila z dne 25. 1. 2021 ter dejstvo, da njegovi predlogi v noveli ZOA-B niso bili upoštevani, kakor tudi zaradi negotovosti v zvezi z ureditvijo in uveljavitvijo zakona o dolgotrajni oskrbi, ki je ponovno odložen v prihodnost, in ker je prejel ponovno prošnjo predlagateljice, da v okviru svojih pristojnosti na Ustavno sodišče RS naslovi predlog za presojo ustavnosti sedanje ureditve osebne asistence, ki po ZOA določa starostno omejitev 65 let za uveljavljanje pravic, se je Zagovornik odločil, da s predmetno zahtevo pred Ustavnim sodiščem RS začne postopek za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti tretje alineje drugega odstavka 6. člena ZOA, saj meni, da je izpodbijana določba v neskladju s 1., 2., 5., 14., 15., 22., 34., 35., 50., 51. in 52. členom Ustave ter s 14. EKČP in 19. členom MKPI.

S tem je podana procesna predpostavka za vložitev predmetne zahteve za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti predpisa na Ustavno sodišče RS.

1.2. Pravni okvir, znotraj katerega je Zagovornik izvedel oceno diskriminatornosti po 38. členu ZVarD

Diskriminacijo opredeljuje 4. člen ZVarD, po katerem pomeni diskriminacija vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih okoliščin, ki ima za cilj ali posledico oviranje, zmanjšanje ali izničevanje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, drugih pravic, pravnih interesov in ugodnosti. Diskriminacija zaradi katere koli osebne okoliščine je prepovedana. Pri diskriminaciji mora biti specifična osebna okoliščina pomemben razlog za slabšo obravnavo. Osebne okoliščine so prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statusi, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka. Mednje, skladno s 1. členom ZVarD, štejejo spol, narodnost, rasa ali etnično poreklo, jezik, vera ali prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost, spolna identiteta in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba ali katera koli druga osebna okoliščina. Starost in invalidnost sta osebni okoliščini, ki jima ZVarD v prvem odstavku 1. člena izrecno priznava pravno varstvo.

Neposredna diskriminacija obstaja, če je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb (prvi odstavek 6. člena ZVarD). Posredna diskriminacija obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila

[8] Zakon o dolgotrajni oskrbi je bil sprejet dne 9. 12. 2021 (Uradni list, št. 196/2021, v nadaljevanju: ZDOsk) in spremenjen z novelo ZDOsk-A dne 21. 7. 2022 (Uradni list RS, št. 163/2022), s katero se je uporaba zakona odložila do 1. 1.2024, kar je bila potrjeno na referendumu dne 27. 11. 2022;

ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna (drugi odstavek 6. člena ZVarD). Varstvo pred diskriminacijo je skladno z 2. členom ZVarD zagotovljeno na vseh področjih oblastnega odločanja, delovanja v pravnem prometu in pri drugem delovanju oziroma ravnanju v razmerju do tretjih oseb.

ZOA opredeljuje, da je osebna asistenca pomoč uporabniku pri vseh tistih opravilih in dejavnostih, ki jih uporabnik ne more izvajati sam zaradi vrste in stopnje invalidnosti, a jih vsakodnevno potrebuje doma in izven doma, da lahko živi neodvisno in enakopravno življenje v družbi, pomembno prispeva k deinstitucionalizaciji in kot taka predstavlja tudi uresničevanje MKPI. Zakon naj bi sistemsko urejal pravico do osebne asistence in način njenega uveljavljanja z namenom omogočiti posamezniku z dolgotrajnimi telesnimi, duševnimi, intelektualnimi ali senzoričnimi okvarami, ki ga omejujejo, da bi enako kot drugi polno in učinkovito sodeloval na vseh področjih družbenega življenja, imel enake možnosti, večjo neodvisnost, aktivnost in enakopravno vključenost v družbo skladno z določbami MKPI.

Pogoji, ki jih mora uporabnik izpolnjevati, da lahko uveljavlja osebno asistenco, so opredeljeni v 6. členu ZOA, in sicer mora upravičenec med drugim izpolnjevati starost od 18 do 65 let. ZOA glede starostnega pogoja opredeljuje še dve izjemi, kar bo natančneje opredeljeno še v nadaljevanju.

Pravilnik o osebni asistenci podrobneje ureja način uveljavljanja pravice do osebne asistence in komunikacijskega dodatka, koordinatorja, izvajanje osebne asistence, izvajalce osebne asistence, usposabljanje, interne akte izvajalcev osebne asistence, poročanje in metodologijo za izračun cene ure storitve osebne asistence.[9]

Vlada RS se je v Akcijskem programu za invalide 2014–2021 (40. redna seja, 9. januar 2014) v 2. cilju (bivanje in vključevanje) zavezala, da bo zagotovila sistemsko in zakonsko ureditev področja zagotavljanja osebne asistence invalidom (ukrep 2.3.).[10] V Akcijskem programu za invalide 2022–2030 pa je k temu dodala še nove ukrepe, in sicer med drugim tudi za zagotavljanje podpore in storitev socialnega vključevanja invalidom po Zakonu o socialnem vključevanju invalidov ter zagotavljanje ustrezne sistemsko urejene podpore in pomoči za samostojno življenje za druge osebe z motnjo v duševnem razvoju (ukrep 2.2), za zagotavljanje osebne asistence invalidom na podlagi Zakona o osebni asistenci in dolgotrajne oskrbe ter Pravilnika o osebni asistenci (ukrep 2.4) in zagotavljanje drugih programov in storitev, ki omogočajo deinstitucionalizacijo, samostojno in neodvisno življenje invalidom ne glede na bivalne okoliščine (oskrba na domu, prevoz, medicinska oskrba in drugo) (ukrep 2.6).[11]

Pri zagotavljanju osebne asistence gre torej za sistemski podporni ukrep, ki je nujno potreben zaradi preprečevanja in odpravljanja diskriminacije zaradi invalidnosti, hkrati pa je nepogrešljiv vzvod za pravico do samouresničevanja in vključenosti v skupnost. Namen zakona je omogočati osebam z invalidnostmi, da živijo v skupnosti in enako kot drugi odločajo o svojem življenju. Zato naj bi se zagotavljala osebna asistenca na domu, na delovnem mestu, pri izobraževanju in pri vključevanju v socialno okolje. Cilj zakona je zagotoviti podporo osebi z invalidnostmi pri izvajanju tistih aktivnosti, vezanih na vključevanje v družbo, ki jih zaradi vrste in stopnje invalidnosti ne more izvajati sama.

[9] Pravilnik o osebni asistenci (Uradni list RS, št. 26/22 in 27/23);
[10] Akcijski program za invalide 2014-2021, dostopen na: https://www.gov.si/assets/ministrstva/MDDSZ/Invalidi/API-2014-2021/API_2014_2021.pdf. (Priloga 3);
[11] Akcijski program za invalide 2022-2030, dostopen na: https://www.gov.si/zbirke/projekti-in-programi/akcijski-program-za-invalide/ (Priloga 4);

Osebna asistenca je v prvi vrsti namenjena prav tistim uporabnikom, ki potrebujejo najvišjo stopnjo pomoči in so od nje življenjsko odvisni. S tem se jim zagotovi možnost izbire načina življenja, saj so prav zaradi velike potrebe po pomoči sedaj prisiljeni živeti v raznih institucijah, kjer so oropani dostojanstva in možnosti izbire načina življenja. Drugi uporabniki, ki potrebujejo manjše število ur tedenske pomoči, bodo to še vedno lahko uveljavljali preko programov »pomoči na domu« in posebnih socialnih programov, ki jih že sedaj izvajajo različne invalidske organizacije in različni zavodi.

V letu 2019 je Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti Inštitutu Republike Slovenije za socialno varstvo naročilo Evalvacijo uvajanja ZOA. Iz Evalvacije uvajanja ZOA, končno poročilo marec 2020,[12] ki ga je pripravil Inštitut RS za socialno varstvo, izhajajo ugotovitve glede različnih vidikov uvajanja osebne asistence, med drugim tudi to, da nekateri izvedenci problematizirajo opredelitev starosti od 18 do 65 let kot vstopni pogoj, češ da je zastavljena preširoko, ter dopolnilo, da so osebe lahko uporabniki osebne asistence tudi po dopolnjenem 65 letu, če so bile v osebno asistenco vključene že pred tem. Ker je bilo pred uveljavitvijo ZOA veliko organizacij sofinanciranih za izvajanje osebne asistence, čeprav so nekatere med njimi izvajale le spremstva, prevoze in občasne oblike neposredne pomoči svojim članom, so sedaj na podlagi tega do osebne asistence po ZOA upravičene tudi osebe, starejše od 65 let, ki v vsakdanjem življenju potrebujejo pomoč drugega predvsem zaradi ovir, ki so posledica starosti.

V Sloveniji je bil dne 17. 12. 2021 sprejet Zakon o dolgotrajni oskrbi (v nadaljevanju: ZDOsk),[13] ki sicer vzpostavlja sistem dolgotrajne oskrbe kot nov steber socialne varnosti, določa pravice in obveznosti izvajalcev ter upravičencev do dolgotrajne oskrbe, naloge države in samoupravnih lokalnih skupnosti v zvezi z dolgotrajno oskrbo ter vire in način njenega financiranja, za katerega pa se je izkazalo, da v praksi v predvidenih časovnih okvirih ni bil izvedljiv. Julija 2022 je bil zato sprejet Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o dolgotrajni oskrbi (ZDOsk-A), ki je datum začetka izvajanja zakona zamaknil na 1. 1. 2024 ter naj bi tako prinesel dodatni čas za pripravo sprememb zakona, potrebnih za uveljavitev zakona samega in uskladitve spremljajočih aktivnosti ter aktov v vmesnem obdobju.[14] Navedena odložitev uveljavitve zakona na leto 2024 je bila potrjena tudi z referendumsko presojo dne 27. 11. 2022.

Kot izhaja s spletne strani GOV.SI,[15] ZDOsk pomanjkljivo ureja nekatera področja in ne predvideva dolgoročnega javnega financiranja dolgotrajne oskrbe, kar naj bi bilo urejeno s posebnim zakonom o obveznem zavarovanju za dolgotrajno oskrbo, prav tako pa bistveno posega v organizacijo dela v institucijah (ki prav tako ni ustrezno razdelana), zaradi pomanjkljive opredelitve vključitve v obvezno zavarovanje za dolgotrajno oskrbo pa je vprašljiv tudi status zavarovane osebe in posledično pridobitev pravic iz naslova tega zakona. Glede na navedeno obstaja velika verjetnost, da se področje dolgotrajne oskrbe v doglednem času ne bo sistemsko uredilo in da ne bodo vzpostavljeni pogoji za uresničevanje pravic, ki izhajajo iz navedenega zakona, tudi z ZDOsk-A odloženim datumom uveljavitve zakona.

V javnosti so v času pisanja te zahteve izražene tudi namere zakonodajalca, da se bo dolgotrajna oskrba ponovno celovito prenavljala, kar pa bo uveljavitev pravic na tej podlagi nedvomno dodatno odložilo v prihodnost.

---

[12] Inštitut Republike Slovenije za socialno varstvo, Evalvacija uvajanja Zakona o osebni asistenci, končno poročilo, marec 2020, dostopno na: Inštitut Republike Slovenije za socialno varstvo, Evalvacija uvajanja Zakona o osebni asistenci;
[13] Zakon o dolgotrajni oskrbi (Uradni list RS, št. 196/2021);
[14] Zakon o spremembah Zakona o dolgotrajni oskrbi (Uradni list RS, št. 163/2022);
[15] Več o tem glej:
https://www.gov.si/zbirke/projekti-in-programi/informacije-o-spremembah-zakona-o-dolgotrajni-oskrbi-kaj-zakon-prinasa/. (Priloga 6);

V Republiki Sloveniji pred sprejemom ZDOsk sicer ni bilo definicije dolgotrajne oskrbe niti v obstoječi zakonodaji niti v strateških in izvedbenih dokumentih. V skladu z mednarodno definicijo (WHO, OECD, EUROSTAT, Evropska komisija) gre pri dolgotrajni oskrbi za niz storitev, ki jih potrebujejo osebe, ki so zaradi posledic bolezni, starostne oslabelosti, poškodb, invalidnosti, pomanjkanja ali izgube intelektualnih sposobnosti v daljšem časovnem obdobju odvisne od pomoči drugih oseb pri opravljanju osnovnih in podpornih dnevnih opravil.[16]

Dolgotrajna oskrba mora biti splošna pravica ne glede na osebne in socialne okoliščine in dostopna vsem, ki jo potrebujejo. Potreba po dolgotrajni oskrbi ni omejena s konkretnim starostnim obdobjem, je pa tveganje odvisnosti od pomoči druge osebe pri zadovoljevanju osnovnih in podpornih dnevnih opravil manjše pri mlajši populaciji, zato je v fokusu ureditve področja prvenstveno ureditev področja dolgotrajne oskrbe za starejšo populacijo. Potreba po dolgotrajni oskrbi ni neposredna posledica staranja, je preplet krhkosti in različnih oviranosti, ki se odražajo v odvisnosti od pomoči drugega.[17] Raziskave opozarjajo na to, da neformalna oskrba ne more biti ustrezna rešitev za zadovoljitev potreb oseb, ki potrebujejo večji obseg storitev dolgotrajne oskrbe ali kompleksnejšo obravnavo (Yang & Ying Tan, 2019). Raziskave (Lehnert, et al., 2019) kažejo tudi, da bi večina oseb, ki potrebujejo dolgotrajno oskrbo, to želela koristiti v domačem, fizično in socialno znanem okolju, vsaj do obdobja visoke stopnje odvisnosti od pomoči drugih.[18]

Računsko sodišče je spremljalo izvajanje veljavnih predpisov in izdalo Revizijsko poročilo št. 320-16/2017/33 z dne 16. 9. 2019 (Republika Slovenija Računsko sodišče, 2019).[19] Med drugim je ugotovilo odklone na področju kriterijev za sprejem v institucionalno varstvo, standardov in normativov za izvajanje posameznih oblik storitev, kriterijev za določitev kategorije oskrbe, metodologije za določitev cen storitev, razmejitve stroškov po stroškovnih nosilcih, itd. Ugotovilo je, da obstoječe pravne podlage ne omogočajo postopkov, v okviru katerih bi bila mogoča enaka ali primerljiva obravnava upravičencev, ter da nosilci ukrepov v dokumentih načrtovanja večinoma niso natančno določeni oziroma niso jasno razmejene njihove pristojnosti ali pa sploh niso določeni. Računsko sodišče je podalo mnenje, da skrb države za zagotavljanje pomoči vsem, ki jo potrebujejo, v obdobju 2007 do 2018 ni bila zadovoljiva.

Glede na navedeno je jasno, da so pravila, ki urejajo področja in pravice, ki bi jih po mednarodni definiciji dolgotrajne oskrbe lahko šteli v to področje, kamor nedvomno sodi tudi ureditev osebne asistence, v slovenskem pravnem redu trenutno dejansko niso ustrezno sistemsko urejena. Zaradi različnih pravnih podlag, ki določajo različne vstopne pogoje, med drugim tudi starostne, upravičenci s primerljivimi potrebami ne dostopajo nujno do primerljivih pravic.

Določenim skupinam oseb je tako prav zaradi osebne okoliščine starosti dostop do določenih pravic povsem onemogočen ali pa močno omejen, s čimer jim je kršena pravica do enakega obravnavanja, s tem pa podana kršitev prepovedi diskriminacije, kot je podrobneje opredeljeno v nadaljevanju.

---

[16] Povzeto po Predlogu Zakona o dolgotrajni oskrbi dostopen na: https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=7885 (Priloga 7;

[17] Prav tam, str. 1;

[18] Prav tam, str. 7;

[19] Revizijsko poročilo št. 320-16/2017/33 z dne 16. 9. 2019, dostopno na: https://www.rs-rs.si/fileadmin/user_upload/Datoteke/Revizije/2019/KAM/KAM-RSP_RevizijskoP.pdf. (Priloga 8);

2. RAZLOGI NESKLADNOSTI PRAVNE UREDITVE, KI ONEMOGOČA PRIDOBITEV PRAVICE DO OSEBNE ASISTENCE ZARADI STAROSTI

V 14. členu Ustave je zagotovljeno načelo enakosti pred zakonom, ki določa, da so v Sloveniji 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 ali katerokoli drugo osebno okoliščino. Določba 15. člena Ustave določa, da se človekove pravice uresničujejo neposredno in na podlagi ustave ter da je mogoče predpisati način uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin z zakonom, kadar tako določa ustava ali če je to nujno zaradi same narave posamezne pravice ali svoboščine.

Pomembno ustavnopravno načelo je tudi načelo spoštovanja človekovega dostojanstva, ki je neposredno utemeljeno že v 1. členu Ustave, ki Slovenijo opredeljuje kot demokratično republiko. Načelo demokratičnosti po svoji vsebini in pomenu presega opredelitev državne ureditve kot zgolj formalne demokracije. Načelo demokratičnosti vsebinsko opredeljuje Republiko Slovenijo kot ustavno demokracijo, torej kot državo, v kateri je ravnanje oblastnih organov pravno omejeno z ustavnimi načeli ter človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami, in to prav zato, ker sta človek in njegovo dostojanstvo v središču njenega obstoja in delovanja. V ustavni demokraciji je človek subjekt in ne objekt oblastnega delovanja, njegova samouresničitev kot človeka pa je temeljni namen demokratične ureditve. Resnično demokratična je samo takšna državna ureditev, v kateri je spoštovanje človekovega dostojanstva temeljno vodilo delovanja države. Kot določa 2. člen Ustave, je Slovenija pravna in socialna država.

Ustava tudi v drugih svojih določbah vsakomur zagotavlja pravico do enakega obravnavanja in v 5. členu izrecno določa obveznost države, da na svojem ozemlju varuje človekove pravice in temeljne svoboščine, vključno s pravico do enakega obravnavanja iz 14. člena, pravico iz 15. člena (uresničevanje in omejevanje pravic), enakim varstvom pravic iz 22. člena, pravico do osebnega dostojanstva in varnosti iz 34. člena, pravico do zasebnosti iz 35. člena ter pravico do socialne varnosti iz 50. člena in pravico do zdravstvenega varstva iz 51. člena Ustave.

Osebam z invalidnostmi so pravice v Ustavi izrecno zagotovljene v 52. členu, ki posebej določa pravice invalidov. Kot izhaja iz Komentarja Ustave RS (stran št. 559),[20] je bistveni poudarek 52. člena v določitvi subjekta, in to so invalidi oziroma osebe z invalidnostmi. Osebam z invalidnostmi so – enako kot vsem ostalim posameznikom – priznane vse človekove pravice, zato je še posebej treba opozoriti na prepoved diskriminacije in načelo enakosti iz 14. člena Ustave RS ter to, da je treba glede vseh človekovih pravic (civilnih, političnih, socialnih, ekonomskih in kulturnih) zagotoviti, da jih bodo lahko učinkovito uresničevale tudi osebe z invalidnostmi. Pomen posebne ustavne določbe o pravicah oseb z invalidnostmi pa je v spoznanju, da so določene dobrine, ugodnosti in tudi pravice, ki so sicer formalnopravno enako priznane vsem, osebam z invalidnostmi dejansko težje dostopne, zato so za zagotovitev enakih dejanskih možnosti in enakega obravnavanja oseb z invalidnostmi potrebni tudi aktivni ukrepi, ki naj odpravijo, premostijo ali vsaj zmanjšajo ovire za neodvisno življenje invalidov in njihovo enakopravno vključitev v družbo in delo. Osebe z invalidnostmi zaradi svoje telesne ali duševne oviranosti zato uživajo posebno varstvo. Varstvo invalidov (kot zbir različnih pravic oseb z invalidnostmi) je Ustava opredelila kot posebno človekovo pravico, ki pripada invalidom. Gre za pravico pozitivnega statusa, kar pomeni, da je za njeno uresničevanje potrebno aktivno delovanje države. Z navedeno ustavno določbo se je država zavezala voditi aktivno invalidsko politiko, ki zahteva sprejemanje ustreznih ukrepov za izboljšanje dejanskega in pravnega položaja invalidov (Komentar Ustave RS, stran št. 560).

[20] Barbara Kresal. 52. člen. V: Lovro Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, str. 558-560 (Priloga 9);

EKČP v 14. členu prepoveduje diskriminacijo. Določa, da je uživanje pravic in svoboščin, določenih s konvencijo, zagotovljeno vsem ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnost ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali kakšne druge okoliščine. Skladno s 1. členom Protokola št. 12. h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki ga je ratificirala RS, je uživanje vseh pravic, določenih z zakonom, zagotovljeno vsem ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnostni ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, premoženje, rojstvo ali kakšne druge okoliščine. Noben organ oblasti ne bo razlikoval na podlagi okoliščin, navedenih v prvem odstavku.

MKPI v 19. členu določa, da države pogodbenice te konvencije priznavajo enako pravico vsem invalidom, da živijo v skupnosti in enako kot drugi odločajo ter sprejemajo učinkovite in ustrezne ukrepe, ki jim omogočajo polno uživanje te pravice ter polno vključenost v skupnost in sodelovanje v njej, ter zagotavljajo, da: a) imajo invalidi enako kot drugi možnost izbrati stalno prebivališče in se odločiti, kje in s kom bodo živeli in jim ni treba bivati v posebnem okolju; b) imajo invalidi dostop do različnih storitev na domu ter bivalnih in drugih podpornih storitev v skupnosti, vključno z osebno pomočjo, potrebno za življenje in vključitev v skupnost ter za preprečevanje osamljenosti ali izločevanja iz skupnosti.

Prepoved diskriminacije po starosti je zajeta tudi v 21. členu Listine EU o temeljnih pravicah[21], kjer je v prvem odstavku opredeljena kot okoliščina, na podlagi katere je prepovedana vsakršna diskriminacija. V 25. členu (pravice starejših) se priznava in spoštuje pravico starejših do dostojnega in samostojnega življenja ter sodelovanja v družbenem in kulturnem življenju, v 26. členu (vključenost invalidov) pa se priznava in spoštuje pravico invalidov do ukrepov za zagotavljanje njihove samostojnosti, socialne in poklicne vključenosti ter sodelovanja v življenju skupnosti, v 34. členu (socialna varnost in socialna pomoč) pa je opredeljeno, da se priznava in spoštuje pravico dostopa do dajatev socialne varnosti in socialnih služb, ki nudijo varstvo v primerih, med drugim tudi v primeru osebne okoliščine starosti.

Slovenija je področje zagotavljanja zaščite pred diskriminacijo urejala postopoma. Sprva je v področne zakone vključila določbe, ki prepovedujejo diskriminacijo na podlagi osebnih okoliščin, ali pa je to področje urejala za posamezne skupine oseb z določenimi osebnimi okoliščinami, s čimer pa ni odpravila diskriminacije ali zagotovila dejanske enakosti vseh oseb ne glede na katerokoli osebno okoliščino.

V slovenskem prostoru se je področje protidiskriminacijskega prava sistemsko na zakonski ravni pričelo urejati s sprejetjem krovnega Zakona o uresničevanju načela enakega obravnavanja[22], ki ga je bila država zavezana sprejeti zaradi implementacije Direktive Sveta 2000/43/ES o uresničevanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na rasno ali etnično poreklo in Direktive Sveta 2000/78/ES o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu. Niti ustavne niti zakonske določbe pa same po sebi še ne zagotavljajo dejanske, pogosto pa tudi ne pravne enakosti vseh oseb, ne glede na katero koli osebno okoliščino. Podatki kažejo, da so nekatere družbene skupine na določenih področjih še vedno v deprivilegiranem položaju v primerjavi z večino. Med te skupine kljub pomembnim korakom, ki so posledica odločitev sodišč ter zakonodajnih sprememb na tem področju, še vedno sodijo tudi osebe določenih starosti in osebe z invalidnostmi.

Kot je bilo opredeljeno predhodno, je področje oskrbe oseb z invalidnostmi urejeno z različnimi zakoni, med katerimi sta bila v zadnjem času sprejeta ZOA in ZDOsk, ki se medsebojno na

[21] Prečiščena različica Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, Uradni list C 326, 26. 10. 2012, str. 391-407;
[22] Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja (Uradni list RS, št. 93/07 – uradno prečiščeno besedilo in 33/16 – ZVarD);

določenih mestih povezujeta glede oskrbe oseb z dolgotrajnimi telesnimi, duševnimi, intelektualnimi in senzoričnimi okvarami oziroma oseb, ki zaradi posledic bolezni, starostne oslabelosti, poškodb v daljšem časovnem obdobju potrebujejo različno oskrbo. Področje osebne asistence je od sprejetja ZOA sicer urejeno, vendar se pri njegovi uporabi kažejo določene pomanjkljivosti, med drugim tudi v tem, da določene starostne skupine na tej podlagi pravic sploh ne morejo uveljavljati, kot to velja za starejše od 65 let. S sprejetjem ZDOsk tudi ni bilo jasno razmejeno, kje se pravici do dolgotrajne oskrbe in zagotavljanja osebne asistence dotikata (dolgotrajna oskrba se jamči tudi za kratkotrajnejša stanja, pogosto v manjšem obsegu podpore, kot to velja za osebno asistenco), kje se prekrivata (možnost izbire med obema pravicama), kje pa se razlikujeta oziroma izključujeta.

Ob izdelavi Ocene diskriminatornosti ZOA z dne 25. 1. 2021 je Zagovornik opravil določene poizvedbe ter prejel odgovore, kot bo opisano v nadaljevanju.

Od Ministrstva za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (MDDSZ), pristojnega za invalidsko varstvo, je prejel dokument št. 070-71/2020/2 z dne 10. 8. 2020[23], v katerem je med drugim navedeno, da razpon starosti od 18 do 65 let nakazuje na človekovo aktivno življenje v družbi in da je glavni namen pravice do osebne asistence samostojno in aktivno življenje uporabnika, ki je najbolj izrazito do 65 leta starosti, pri čemer naj bi bilo v socialnem sistemu ustrezno poskrbljeno tudi za osebe z invalidnostmi, ki potrebujejo pomoč pri opravljanju aktivnosti, vezanih na samostojno osebno in družinsko življenje, vključevanje v okolje, izobraževanje in zaposlitev ter živijo ali bi želele živeti v samostojnem ali skupnem gospodinjstvu zunaj celodnevne institucionalne oskrbe in so stare 65 let ali več. Pri tem je MDDSZ kot primerljivo storitev za osebe, starejše od 65 let, navedlo institut »družinskega pomočnika«.

Na poziv Zagovornika se je odzvala tudi Univerza v Ljubljani, Fakulteta za socialno delo, Katedra za dolgotrajno oskrbo ter podala svoj odgovor dne 27. 10. 2020[24]. Kot nesprejemljivo ocenjuje, da zaradi neurejenega sistema dolgotrajne oskrbe izpadejo iz sistema pomoči ljudje, starejši od 65 let, ter opozarja, da je treba urediti tudi finančni vidik dostopnosti do pomoči, da ljudje ne bodo v neenakopravnem položaju, ker je financiranje za osebno asistenco zagotovljeno iz državnega proračuna, medtem ko financiranje pomoči na domu temelji na proračunih občin in so cene te storitve zato med občinami zelo različne, s čimer so uporabniki pomoči na domu postavljeni v neenakopraven položaj.

V letih 2018 in 2019 je fakulteta izvajala nacionalno raziskavo, v kateri so ugotavljali razmere na področju oskrbe ljudi, ki potrebujejo dolgotrajno oskrbo. Izvajalce oskrbe, predstavnike občin in nevladnih organizacij, ki delujejo na področju dolgotrajne oskrbe, so med drugim spraševali po tem, kako ocenjujejo razmere na področju pomoči na domu. Skoraj četrtina vprašanih je menila, da ponudba zadošča glede na povpraševanje in potrebe ljudi v majhni in zelo majhni meri. Slabše ocene so navedli tisti, ki menijo, da pomoči na domu primanjkuje, saj se v nekaterih občinah že nekaj let pojavljajo čakalne liste in uporabniki ne dobijo pomoči takrat, ko se pojavi potreba po pomoči. Glede čakalnih list so izvedeli, da ne gre za fenomen, podoben temu v domovih za starejše občane, ki se pojavlja že več desetletij. Ne le, da se na pomoč na domu ne čaka v vseh občinah (medtem ko se na sprejem v domove čaka v vseh občinah) in da gre za novejši pojav, ampak je razlika tudi v tem, da je pomoč na domu sestavljena iz različnih storitev, medtem ko je institucionalna pomoč le ena storitev. Nanjo resda čakajo vsi, ki so oddali vlogo za sprejem v dom. Pri pomoči na domu pa ljudje čakajo le na določeno storitev, npr. na gospodinjsko pomoč ali pomoč pri ohranjanju stikov. Ne gre torej za čakanje na komplet storitev pomoči na domu, le na določeno vrsto storitev, ki jih vključuje

[23] Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti, dokument št. 070-71/2020/2 z dne 10. 8. 2020 (Priloga 10);
[24] Univerza v Ljubljani, Fakulteta za socialno delo, Katedra za dolgotrajno oskrbo, dokument z dne 27. 10. 2020 (Priloga 11);

sklop pomoči na domu. Tako se zgodi, da po daljšem obdobju čakanja ljudje poiščejo že druge vire pomoči in njihove vloge za pomoč na domu niso več aktualne. Anketiranci so pogosto navajali, da je razlog za čakalne vrste veliko povpraševanja po pomoči na domu in premalo zaposlenih, da bi vse ljudi lahko oskrbeli. Rešitev ni niti v tem, da ima občina več izvajalcev pomoči na domu, saj primanjkuje ljudi, ki bi takšno delo opravljali. Zasledili so tudi izvajalce, ki opravljajo oskrbo v več različnih občinah in s svojo dejavnostjo ne utegnejo pokriti vseh potreb na terenu. Tudi pri njih se pojavljajo čakalne vrste. Čakalna doba je običajno od enega do dveh mesecev.

Sistem deluje tako, da je človek najprej hospitaliziran, ko pa preneha z zdravljenjem v bolnišnici, je odpuščen v domačo oskrbo. Takrat ljudje zaprosijo za pomoč na domu. Pomoč na domu je torej vmesna faza med hospitalizacijo in odhodom v dom za starejše občane. Če pomoči na domu ne dobijo, se poslužujejo raznih virov neformalne pomoči, oddajo pa tudi vlogo za sprejem v institucionalno varstvo. Sogovorniki menijo, da trenutni sistem ni dobro zasnovan, saj ljudje, ki v zelo kratkem času postanejo odvisni od pomoči drugih in potrebujejo storitve pomoči na domu, teh ne dobijo pravočasno.

Kritike vprašanih so bile tudi v smeri, da pomoč na domu ne zadovoljuje potreb ljudi, saj bi ljudje potrebovali bolj intenzivno in večkratno pomoč na domu (denimo večkrat na teden), dobijo pa jo glede na kadrovske in finančne zmožnosti izvajalca. Ne le, da sistem ne omogoča večjega zaposlovanja kadrov, pač pa na trgu dela tudi ni ljudi, ki bi izvajali oskrbo. Delo socialnih oskrbovalk ni cenjeno, je slabo plačano in se zato zaposlujejo na bolje plačanih delovnih mestih. Tako imamo velike potrebe po pomoči na domu na terenu in malo socialnih oskrbovalk, ki bi to delo lahko kakovostno opravljale.

Glede finančne dostopnosti pomoči na domu so pridobili različna stališča. Prevladuje mnenje, da je pomoč finančno dostopna ljudem večinoma zato, ker je sofinancirana s strani občin. Nekateri pa imajo tako nizke prihodke, da se odločijo za minimalno število ur oskrbe, čeprav bi glede na socialno in zdravstveno situacijo potrebovali več pomoči. Glede na to, da višino subvencije določajo občine same, so finančno manj zmogljive občine in njihovi občani v slabšem položaju. Zaposleni v domovih opažajo, da prihajajo v dnevno varstvo ljudje, ki bi doma potrebovali pomoč na domu, a si je ne morejo privoščiti. Zanje je edino dostopno dnevno varstvo, ki ga ne potrebujejo zaradi druženja in preživljanja časa s sovrstniki, ampak zaradi oskrbe, ki poleg gospodinjske vključuje tudi zdravstveno.

Tudi Zveza društev upokojencev (ZDUS), ki je odgovorila na poizvedbo Zagovornika dne 30. 10. 2020, je navedla[25], da za osebe, stare 65 let in več, ki želijo živeti v samostojnem ali skupnem gospodinjstvu zunaj celodnevne institucionalne oskrbe, ni ustrezno poskrbljeno, predvsem pa ne enako. ZDUS je na vprašanje Zagovornika, ali ocenjuje, da sta institut družinskega pomočnika in pomoč družini na domu storitvi, ki za osebe nad 65 let, ki zaradi svoje starosti do osebne asistence niso upravičene, zagotavljata enako raven storitev kot osebna asistenca ter sta primerljivi tudi z vidika finančne obremenitve posameznega upravičenca, pojasnil, da med storitvami obstaja velika razlika in sta storitev pomoči družini na domu in storitev, ki jo izvaja družinski pomočnik, neprimerljivi s storitvijo osebne asistence tako glede obsega in kvalitete storitve za invalida, kakor tudi z vidika osebe, ki izvaja storitve družinskega pomočnika ali koristi in ne nazadnje stroškov, ki jih imajo s storitvijo svojci.

Zagovornik je predstavljeno ureditev ocenjeval po metodi, ki jo je razvilo Ustavno sodišče, ko je presojalo morebitno diskriminacijsko obravnavo.

[25] Zveza društev upokojencev (ZDUS), dokument z dne 30. 10. 2020 (Priloga 12);

Ustavno sodišče je v Odločbi št. U-I-425/06 z dne 2. 7. 2009 (7. točka obrazložitve) zavzelo stališče,[26] da je za presojo utemeljenosti očitka o neenakem, diskriminacijskem obravnavanju treba odgovoriti na naslednja vprašanja:
1) ali se zatrjevano različno obravnavanje nanaša na zagotavljanje oziroma uresničevanje človekove pravice oziroma temeljne svoboščine,
2) če se, ali obstaja različno obravnavanje pobudnika in tistega, s katerim se pobudnik primerja,
3) ali sta dejanska položaja, ki ju pobudnika primerjata, v bistvenem enaka in torej razlikovanje temelji na okoliščini iz prvega odstavka 14. člena Ustave ter
4) če gre za razlikovanje na podlagi okoliščine iz prvega odstavka 14. člena Ustave in torej za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ali je ta poseg ustavno dopusten.
Če je odgovor na prva tri vprašanja pritrdilen in poseg ne prestane t. i. strogega testa sorazmernosti, potem gre za neustavno diskriminacijo.

Tehtanje utemeljenosti očitka o diskriminaciji, kot je določena v 4. členu ZVarD, po oceni Zagovornika poteka po prej predstavljenem mehanizmu, pri čemer pa diskriminacija pomeni vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih okoliščin, ki ima za cilj ali posledico oviranje, zmanjšanje ali izničevanje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja ne samo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, temveč tudi drugih pravic, pravnih interesov in ugodnosti (poseg v zavarovano dobrino).

Zagovornik je v svoji Oceni diskriminatornosti z dne 25. 1. 2021 ugotovil, da so osebe z invalidnostmi, stare 65 let in več, ki izpolnjujejo vse ostale pogoje za pridobitev osebne asistence, neupravičeno prikrajšane pri uveljavljanju pravice do osebne asistence po ZOA zaradi svoje starosti. Argumentacija zakonodajalca, da bo položaj teh oseb urejen z drugim zakonom, ki bo urejal dolgotrajno oskrbo, ne spreminja dejstva, da so določene starostne skupine na področju osebne asistence diskriminirane zgolj in izključno na podlagi svoje starosti. Država oziroma zakonodajalec je področje osebne asistence s sprejetjem ZOA sicer uredila sistemsko, vendar je območje njegove uporabe omejila med drugim tudi s pogojem starosti, predvsem z obrazložitvijo, da so oziroma bodo pravice starostnih skupin, ki niso upravičenci do pravic po ZOA (saj naj bi šlo za osebe, ki niso v aktivni dobi svojega življenja), ustrezno opredeljene z drugimi zakoni, predvsem zakonom, ki bo opredelil področje dolgotrajne oskrbe.

Glede na to se v nadaljevanju primerjalno predstavlja možnosti ter starostne omejitve glede pridobitve pravic po ZDOsk.

ZDOsk pravic dolgotrajne oskrbe sicer izrecno ne veže na starost, jo pa predpiše posredno in omeji oziroma povsem izključi možnost pridobitve pravic dolgotrajne oskrbe osebam, mlajšim od 18 let, medtem ko zgornje starostne omejitve kot pogoja za upravičenost do dolgotrajne oskrbe ne določa. Pri dolgotrajni oskrbi naj bi šlo predvsem za oskrbo starejših, s čimer naj bi se pokrivalo tudi starostno skupino nad 65 let (ki je sicer z ozko izjemo izpuščena pri ureditvi osebne asistence). Z ZDOsk, katerega uporaba je sicer odložena v prihodnost ter negotova tudi v vsebini sami, kot je to natančno opisano predhodno, so sicer pokrite potrebe oseb, starejših od 65 let, ki ne morejo uveljavljati pravic po ZOA. Vendar pa pravice, ki izhajajo iz ZDOsk, niso povsem enakovredne pravicam, ki gredo uporabniku, ki ima pravico do osebne asistence. Zakona že sama po sebi nudita raznovrstne storitve, ki jih osebe z različnimi invalidnostmi potrebujejo v svojem življenju. ZOA s svojimi storitvami predvsem pripomore k temu, da osebe ostajajo čim dlje v domačem okolju in izven institucionalnega okvira, pri čemer pa upravičenci po ZDOsk npr. ob najtežji kategoriji dolgotrajne oskrbe ter ob tem, da ne bodo imele možnosti oskrbovalca družinskega člana, lahko svoje pravice uveljavljajo le v okviru institucionalnega varstva.

[26] Ustavno sodišče Republike Slovenije, Odločba št. U-I-425/06 z dne 2. 7. 2009 (Priloga 13);

Osebna asistenca nad starostno omejitvijo nad 65 let starosti tako nikakor ni nepotrebna tudi ob predpostavljenem izhodišču, da bi ZDOsk že veljal oziroma da bi bili v dogledni prihodnosti izpolnjeni vsi pogoji za izvrševanje pravic uporabnikov na njegovi podlagi, prav nobenega dvoma pa ne more biti, da so osebe, starejše od 65 let, dokler je veljavnost ZDOsk odložena in na njegovi podlagi učinkovito ne morejo uveljavljati svojih pravic, prav zaradi svoje starosti v bistveno slabšem položaju kot osebe z enakimi invalidnostmi med 18 in 65 letom starosti, ki lahko uveljavljajo pravice v okviru ZOA.

Zagovornik je v tudi v Priporočilu glede Predloga Zakona o dolgotrajni oskrbi (EPA 1972-VIII) št. 0701-14/2020-12 z dne 15. 11. 2021 pripravljavca zakona opozoril[27], da niso znane praktične posledice prevedbe iz sistema zagotavljanja osebne asistence v sistem dolgotrajne oskrbe z dopolnjenimi 65 leti upravičenca, kot je bilo to v času usklajevanja zakona načrtovano v 3. točki 159. člena[28] in kar je bilo v veljavnem zakonu opuščeno z obrazložitvijo, da zakon ne posega v urejanje osebne asistence. Ker se to ni upoštevalo, ZOA pa še vedno diskriminatorno določa starostno mejo za vstopne pogoje za uživanje osebne asistence, je Zagovornik zakonodajalcu ob noveli Zakona o osebni asistenci (EPA 2017 – VIII, ZOA-B) priporočil, naj odpravi diskriminatorni starostni prag za pridobitev pravice do osebne asistence starejšim od 65 let[29], kar pa se doslej ni uresničilo.

Zagovornik glede na vse navedeno ne identificira prav nobenega stvarnega razloga za to, da se določene pravice iz ZOA določeni starostni skupini odrečejo zgolj na podlagi starosti, še posebej, ker gre na predmetnem področju urejanja največkrat za posebej ranljive osebe, pri katerih se v nastali situaciji vzpostavi t.i. intersekcijska diskriminacija. Gre za osebe z invalidnostmi, ki so zaradi svojih oviranosti v slabšem položaju, tem pa je pridružena še osebna okoliščina starosti nad 65 let. S starostjo je, kot je splošno znano, povezan upad kognitivnih sposobnosti posameznikov (gre za t.i. kognitivno staranje)[30] pa tudi gibalnih in funkcionalnih sposobnosti. Ne glede na navedeno pa imajo posamezniki v našem pravnem redu po doseženi starosti 65 let še manj pravic kot osebe v primerljivem položaju, ki še niso dopolnile 65 let, iz česar izhaja, da je za različno obravnavo edini razločevalni kriterij njihova starost. Osebe, starejše od 65 let, z invalidnostmi, ki zaradi svoje starosti nimajo dostopa do storitve osebne asistence, so zaradi tega omejene pri polnem in učinkovitem sodelovanju v družbi, kar je sicer omogočeno mlajšim od 65 let.

2.1. Poseg v zavarovane dobrine

Ob presojanju, ali gre za poseg v zavarovane dobrine, je treba izhajati iz potreb uporabnikov po pomoči, ki jo vsakodnevno potrebujejo pri različnih opravilih in dejavnostih doma in izven doma, da bi lahko živeli neodvisno, aktivno in bi bili enakopravno vključeni v družbo, pa jih ne morejo izvajati sami zaradi vrste in stopnje invalidnosti.

---

[27] Priporočilo glede Predloga Zakona o dolgotrajni oskrbi (EPA 1972-VIII) št. 0701-14/2020-12 z dne 15. 11. 2021 (Priloga 14);

[28] Ta se je glasil: "V Zakonu o osebni asistenci (Uradni list RS, št. 10/17 in 31/18) se četrti odstavek 6. člena spremeni tako, da se glasi: »(4) Upravičenec do osebne asistence po dopolnjenem 65 letu starosti postane upravičenec do dolgotrajne oskrbe v skladu zakonom, ki ureja dolgotrajno oskrbo. Oceno o upravičenosti do dolgotrajne oskrbe izvede Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije (v nadaljnjem besedilu: Zavod) po uradni dolžnosti.«;

[29] Priporočilo Zagovornika načela enakosti glede Predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o osebni asistenci (EPA 2017 - VIII), št. 0070-2/2021/10 z dne 18. 8. 2021 (Priloga 15);

[30] Vladimir Lavrač, Andrej Srakar, Inštitut za ekonomska raziskovanja: Kognitivne sposobnosti starejših, dostopno na: http://www.share-slovenija.si/files/documents/prvi_rezultati_slovenija/Publikacija_IER_05.pdf. (Priloga 16);

Zagovornik je bil obveščen, da je žena prvega predlagatelja po uveljavitvi ZOA vložila vlogo za priznanje pravice do osebne asistence na pristojni CSD, ker pa je starost 65 let dopolnila dobre tri mesece pred uveljavitvijo ZOA, ji je bila vloga z odločbo zavrnjena, ker ni izpolnjevala starostnega pogoja, t.j. pogoja starosti do 65 let. Tudi druga predlagateljica, ki oskrbuje obolelega za amiotrofično lateralno sklerozo (ALS), je Zagovorniku v zvezi z ZOA ter določitvijo zgornje starostne meje konkretno predstavila primer dveh oseb, obeh obolelih za neozdravljivo nevrološko boleznijo ALS, ki vsakodnevno za preživetje uporabljata aparat za dihanje, izkašljevanje, aspiracijo, hranita se po gastrostomi, sporazumevata se preko komunikatorja, premikata pa se s pomočjo vozička. Edina razlika med njima je starost in posledično pomoč, ki pripada mlajšemu od 65 let in starejšemu od 65 let, saj je prvi upravičen do 24 urne osebne asistence, drugi pa zgolj do dodatka za pomoč in postrežbo, pri čemer pa pravice do osebne asistence zaradi dosežene starosti 65 let ne more uveljavljati.

Skladno s 1. členom **ZOA** se s tem zakonom ureja pravica do osebne asistence in način njenega uveljavljanja, z namenom omogočiti posamezniku oziroma posameznici z dolgotrajnimi telesnimi, duševnimi, intelektualnimi ali senzoričnimi okvarami, ki jo v povezavi z različnimi ovirami lahko omejujejo, da bi enako kot drugi polno in učinkovito sodelovala v družbi na vseh področjih življenja enake možnosti, večjo neodvisnost, aktivnost in enakopravno vključenost v družbo. Takšna ureditev naj bi bila skladna z določbami MKPI.

ZOA v drugem odstavku 6. členu ZOA določa pogoje, ki jih mora izpolnjevati upravičenec do osebne asistence, in sicer je do nje upravičen uporabnik, ki izpolnjuje naslednje pogoje:
- da zaradi invalidnosti potrebuje pomoč pri opravljanju aktivnosti, vezanih na samostojno osebno in družinsko življenje, vključevanje v okolje, izobraževanje in zaposlitev;
- da je državljan Republike Slovenije s stalnim bivališčem v Republiki Sloveniji ali tujec, ki ima stalno prebivališče v Republiki Sloveniji;
- da je star od 18 do 65 let;
- da živi ali bi želel živeti v samostojnem ali skupnem gospodinjstvu zunaj celodnevne institucionalne oskrbe in
- da potrebuje pomoč najmanj 30 ur tedensko.

ZOA v četrtem odstavku 6. člena določa, da če je upravičena oseba uveljavila pravico do osebne asistence pred dopolnjenim 65 letom starosti, je lahko ne glede na tretjo alinejo prvega odstavka tega člena upravičena do osebne asistence tudi po tem, ko dopolni to starost. V tem primeru se ponovno oceni potreba po osebni asistenci in odloči o tej pravici.

ZOA v XII. Poglavju: Prehodne in končne določbe v 35. členu določa: »Ne glede na določbo tretje alineje prvega odstavka 6. člena tega zakona se upravičencu lahko dodeli pravica do osebne asistence tudi po 65 letu starosti, če je bil pred uveljavitvijo tega zakona kot uporabnik vključen v programe osebne asistence, ki so se izvajali na podlagi razpisov ministrstva. V tem primeru se ponovno oceni potreba po osebni asistenci in odloči o tej pravici.«

Zagovornik sicer meni, da postavitev starostne meje kot pogoja za pridobitev pravice do osebne asistence sama po sebi še ne pomeni avtomatično diskriminacije, če imamo v državi sistem, po katerem imajo tudi upravičenci, ki postavljeno starostno mejo presegajo, dostop do primerljivih socialnih storitev, s pomočjo katerih lahko enakovredno zadovoljijo svoje potrebe po pomoči, ki jo vsakodnevno potrebujejo pri različnih opravilih in dejavnostih doma in izven doma, da bi lahko živeli neodvisno, aktivno in bi bili enakopravno vključeni v družbo, pa jih ne morejo izvajati sami zaradi vrste in stopnje svoje invalidnosti.

Sprejeto besedilo **ZDOsk** ne postavlja zgornje starostne meje za dodelitev pravice do dolgotrajne oskrbe, ampak kot splošne pogoje za pridobitev pravic iz dolgotrajne oskrbe v 11. členu določa, da je zavarovana oseba upravičena do pravic:
- če je zaradi posledic bolezni, starostne oslabelosti, poškodb, invalidnosti, pomanjkanja ali izgube intelektualnih sposobnosti v daljšem časovnem obdobju, ki je daljše od treh

mesecev, ali trajno, odvisna od pomoči druge osebe pri opravljanju osnovnih in podpornih dnevnih opravil;
- če ne prejema storitvam iz 14. člena tega zakona primerljivih storitev oziroma prejemkov na podlagi drugega predpisa;
- če ima lastnost zavarovane osebe v obveznem zavarovanju za dolgotrajne oskrbe vsaj 24 mesecev v zadnjih 36 mesecih pred uveljavljanjem pravic do dolgotrajne oskrbe in
- ima stalno prebivališče v Republiki Sloveniji.

Nadalje ZDOsk določa kategorije dolgotrajne oskrbe, ki se določi na podlagi izdelane ocene upravičenosti (12. člen ZDOsk določa: 1. kategorijo - lažja omejitev samostojnosti ali sposobnosti samooskrbe, 2. kategorijo - zmerna omejitev samostojnosti ali sposobnosti samooskrbe, 3. kategorijo - težja omejitev samostojnosti ali sposobnosti samooskrbe, 4. kategorijo - težka omejitev samostojnosti ali sposobnosti samooskrbe in 5. kategorijo - najtežja omejitev samostojnosti ali sposobnosti samooskrbe) ter na določeno kategorijo veže pravice iz zakona, npr. na 4. in 5. kategorijo veže pravico do oskrbovalca družinskega člana, kot je določen v 19. členu ZDOsk, ipd.

MDDSZ je sicer v svojem odgovoru kot primerljivo storitev za osebe, starejše od 65 let, navajalo institut **»družinskega pomočnika«**, ki ima po oceni MDDSZ pomembno vlogo pri ohranjanju kakovostnega življenja invalidnih oseb. S tem naj bi bila upravičencem ponujena alternativa od institucionalnega varstva, s poudarkom na zagotovitvi večje intimnosti, individualnosti, solidarnosti, osebne komunikacije, domačnosti in topline. Gre za pravico, pri kateri lahko upravičenec v primerih in pod zakonskimi pogoji namesto celodnevnega institucionalnega varstva izbere družinskega pomočnika, ki mu nudi pomoč v domačem okolju.

Po oceni Zagovornika pravica do izbire »družinskega pomočnika« ni primerljiva pravici do osebne asistence. Skladno z Zakonom o socialnem varstvu (ZSV)[31] je družinski pomočnik lahko (zgolj) oseba, ki ima isto stalno prebivališče kot oseba z invalidnostmi, oziroma je eden od družinskih članov invalidne osebe. Kot družinski član se štejejo osebe, ki se kot družinski člani upoštevajo pri uveljavljanju pravice do denarne socialne pomoči po tem zakonu, in brat in sestra, stara mati, stari oče, stric in teta. Družinski pomočnik je oseba, ki se je z namenom, da bi postala družinski pomočnik, odjavila iz evidence brezposelnih oseb ali je zapustila trg dela. Lahko je tudi oseba, ki je v delovnem razmerju s krajšim delovnim časom od polnega delovnega časa pri delodajalcu. Glede na vse navedeno je jasno, da pravici nista primerljivi, saj lahko invalidna oseba uveljavlja pravico do izbire družinskega pomočnika zgolj, če je kdo od njenih družinskih članov (če jih sploh ima) pripravljen prevzeti zanjo skrb pod pogoji, ki jih določa ZSV, oziroma je tega sploh sposoben. Medtem lahko uporabnik za osebno asistenco zaprosi ne glede na svoj družinski položaj, kar zagotovo predstavlja več možnosti ter omogoča pridobitev primerljivih pravic širšemu krogu uporabnikov.

Prav tako storitvi nista primerljivi s finančnega vidika. Skladno s tretjim odstavkom 18.a člena ZSV invalidna oseba v primeru izbire družinskega pomočnika obdrži pravico do dodatka za tujo nego in pomoč oziroma dodatka za pomoč in postrežbo (v nadaljnjem besedilu: dodatek za pomoč in postrežbo), ki ga prejema po drugih predpisih, pri čemer vlogi iz 18.č člena ZSV priloži pisno izjavo, s katero dovoli, da izplačevalec dodatek, do katerega je upravičena in največ v višini zneska, določenega na podlagi prvega odstavka 18.i člena tega zakona, v času, ko ji pomoč nudi družinski pomočnik, izplačuje občini, ki je pristojna za financiranje pravic družinskega pomočnika po tem zakonu. Medtem skladno z drugim odstavkom 26. člena ZOA, če je uporabnik upravičen do prejemanja dodatka za pomoč in postrežbo oziroma do drugih denarnih prejemkov zaradi potrebe po tuji negi in pomoči, uporabnik sofinancira osebno asistenco pri izbranem izvajalcu osebne asistence v višini polovice navedenega prejemka, kar je za uporabnika finančno ugodneje.

[31] Treba je opozoriti, da se bo skladno s tretjim odstavkom 158. člena ZDOsk poglavje "II.A IZBIRA DRUŽINSKEGA POMOČNIKA" iz ZSV z dnem 1 .1. 2024 prenehalo uporabljati;

Iz dokumenta Dopolnitev odgovora na pisno poslansko vprašanje poslanca Janija Ivanuše v zvezi z osebno asistenco št. 0010-152/2019/4 z dne 30. 9. 2019,[32] ki ga je predložil prvi predlagatelj, izhaja pojasnilo MDDSZ, da je osebam, starejšim od 65 let, ki živijo doma, a se zaradi bolezni ali drugih težav, povezanih s starostjo, ne morejo več v celoti oskrbovati ali negovati sami, niti tega v zadostnem obsegu ne zmorejo njihovi svojci ali sosedje, namenjena tudi socialnovarstvena storitev **»pomoč družini na domu«**. Pomoč na domu in njen obseg se prilagodi potrebam posameznega upravičenca. Skladno s 15. členom ZSV pomoč družini na domu obsega socialno oskrbo upravičenca v primeru invalidnosti, starosti ter v drugih primerih, ko socialna oskrba na domu lahko nadomesti institucionalno varstvo. Iz proračuna občine se financira pomoč družini na domu, najmanj v višini 50% subvencije k ceni storitve in v višini, za katero je upravičenec oziroma drug zavezanec delno ali v celoti oproščen plačila (99. člen ZSV).

Osebna asistenca se dodeli tistemu upravičencu, ki potrebuje pomoč najmanj 30 ur na teden, torej 120 ur na mesec. V okviru pomoči družini na domu pa upravičenec ne more pokriti svojih dejanskih potreb, saj je omejen z največ 20 urami pomoči tedensko oziroma v primeru, ko zaradi potreb upravičenca storitev izvajata dva izvajalca neposredne socialne oskrbe, se lahko število ur mesečno poveča za največ eno tretjino.

Nadalje je treba ugotoviti, da pri tem tudi finančna obremenitev uporabnikov, ki koristijo različne pravice, ni primerljiva. V občini, iz katere je žena prvega predlagatelja, upravičenec za uro pomoči plača od 6 do 8 EUR (različne cene za delovnik, nedeljo, praznik), pri čemer je v tej ceni že upoštevana subvencija občine. Medtem ko uporabnik osebne asistence, če prejema dodatek za pomoč in postrežbo, sofinancira osebno asistenco v višini polovice navedenega prejemka (kar znaša cca 215,00 EUR, če je prejemnik najvišjega dodatka za pomoč in postrežbo), kar je za uporabnika finančno ugodneje in s tem pokrije vse svoje potrebe po pomoči. Za isti denar pa zgolj za primerjavo lahko dobi zgolj 35 ur pomoči na domu, pod predpostavko, da jo koristi samo ob delavnikih.[33]

Zakonodajalec je v zakonu res predvidel **dve izjemi od pogoja starostne omejitve**, ki ju je uredil v četrtem odstavku 6. člena oziroma v prehodnih določbah 35. člena ZOA. Gre za upravičence, ki so osebno asistenco po ZOA dobili pred dopolnjenim 65 letom starosti in jo po izteku obdobja upravičenosti potrebujejo še naprej (v tem primeru se potreba ponovno oceni), ter za upravičence, starejše od 65 let, ki so bili pred uveljavitvijo tega zakona kot uporabniki vključeni v program osebne asistence, vendar sta ti dve izjemi po oceni Zagovornika preozki in ne zajemata vseh upravičencev, ki niso bili vključeni v programe osebne asistence po prej veljavnem sistemu, vendar pa izpolnjujejo vse ostale pogoje za dodelitev osebne asistence.

Ob tem je posebej relevantno, da pred uveljavitvijo ZOA osebne asistence niso uveljavljali vsi, ki bi jo lahko oziroma ni bila dostopna vsem, ki so jo potrebovali, in je torej neprimerno, da se uveljavljanje osebne asistence po novi ureditvi veže na uveljavljanje podobne pravice pred tem. Število uporabnikov osebne asistence je po uveljavitvi ZOA nekajkrat preseglo ocenjeno število upravičencev, kar kaže na to, da ne predlagatelj zakona ne zakonodajalec nista imela ustreznih podatkov o potrebah uporabnikov po osebni asistenci, kar še dodatno utemeljuje pomislek v to, da se uveljavljanje pravice po novi ureditvi veže na uveljavljene pravice času, ko niso bile ustrezno pokrite vse potrebe uporabnikov. Slednje potrjuje tudi Zagovornikovo trditev, da sta izjemi od starostne zahteve 65 let po ZOA preozki in ne zajemata vseh uporabnikov, ki bi osebno asistenco dejansko potrebovali in želeli.

[32] Dopolnitev odgovora na pisno poslansko vprašanje poslanca Janija Ivanuše v zvezi z osebno asistenco št. 0010-152/2019/4 z dne 30. 9. 2019 (Priloga 17);
[33] Gre za podatke, ki so veljali v času priprave Ocene diskriminatornosti, to je 25. 1. 2022;

Iz Evalvacije uvajanja Zakona o osebni asistenci v zvezi s stanjem v letu 2018 – zadnje leto pred začetkom izvajanja ZOA – tudi izhaja ugotovitev, »da je /treba/ poudariti, da vsi ti uporabniki niso prejemali storitve osebne asistence v potrebnem obsegu – številu ur, ki bi jih potrebovali, ampak znatno manj. Prav tako tudi vsi uporabniki, ki bi osebno asistenco dejansko potrebovali, niso bili do nje upravičeni. Izvajalci so namreč imeli velike težave s pridobitvijo dodatnih sredstev (FIHO, občine,...) za sofinanciranje stroškov dela, potrebnih z zaposlitvami osebnih asistentov«. Iz Evalvacije uvajanja Zakona o osebni asistenci prav tako izhaja, da je bila pred uveljavitvijo ZOA osebna asistenca v Sloveniji približno 20 let financirana, organizirana in izvajana projektno (glej npr. Poropat in Bohinc, 2004 ter Smolej Jež in Nagode, 2007). Izvajalci osebne asistence (tj. izvajalske organizacije) so se prijavljali na različne razpise, preko katerih so pridobili sredstva za zaposlitev osebnih asistentov in izvajanje programov osebne asistence. Nacionalno postavljenih smernic glede ocenjevanja potreb, vstopnih kriterijev, vsebin izvajanja osebne asistence in podobno ni bilo in so se izvajalci sami odločali, na kakšen način in komu bodo zagotavljali osebo asistenco ter kaj (katere storitve, vsebine oziroma aktivnosti) bodo izvajali pod pojmom »osebna asistenca« (Smolej Jež in Nagode, 2016).[34]

Da so bile potrebe po osebni asistenci podcenjene, izhaja tudi iz Predloga zakona o osebni asistenci (ZOA, redni postopek, EPA 1630-VII), kjer je pri oceni finančnih posledic predloga zakona navedeno, da se na podlagi analize izvajanja programov osebne asistence, ki jo je opravil Inštitut RS za socialno varstvo, ocenjuje, da bi bilo v prvem letu izvajanja zakona približno 250 uporabnikov osebne asistence, poleg njih pa še približno 800 uporabnikov, ki bi bili upravičeni samo do komunikacijskega dodatka.[35]

Tudi podatki iz prakse (kot izhaja iz Evalvacije uvajanja Zakona o osebni asistenci) kažejo, da je bilo januarja 2019 dobrih 300 uporabnikov osebne asistence, njihovo število pa se je do konca oktobra 2019 več kot potrojilo, ko je znašalo skoraj 1000 uporabnikov. Med njimi zelo nizko število predstavljajo uporabniki, ki so upravičeni do komunikacijskega dodatka in ga koristijo v obliki storitev osebne asistence (30 ur mesečno).[36]

Glede na vse navedeno Zagovornik zaključuje, da stališče, da naj bi bilo v socialnem sistemu ustrezno poskrbljeno tudi za osebe z invalidnostmi, ki potrebujejo pomoč pri opravljanju aktivnosti, vezanih na samostojno osebno in družinsko življenje, vključevanje v okolje, izobraževanje in zaposlitev ter živijo ali bi želele živeti v samostojnem ali skupnem gospodinjstvu zunaj celodnevne institucionalne oskrbe in so stare 65 let ali več, ni potrjeno. Za starostno skupino oseb nad 65 let, ki niso upravičeni do osebne asistence, v sistemu socialnih storitev v Republiki Sloveniji z vidika upravičenca niti po obsegu in naravi storitev niti po finančni obremenitvi ni primerljivih socialnih storitev.

Smiselno enako mnenje so podali tudi subjekti, ki so se na poziv Zagovornika odzvali na njegove poizvedbe, ki jih je pridobil v okviru izdelave Ocene diskriminatornosti z dne 25. 1. 2021, pri čemer so tudi oni mnenja, da za osebe, stare 65 let in več, ki želijo živeti v samostojnem ali skupnem gospodinjstvu zunaj celodnevne institucionalne oskrbe, ni ustrezno poskrbljeno, predvsem pa ne enako. Izbira takšnega načina življenja je v veliki meri odvisna od njihovega materialnega položaja oziroma od njihove finančne sposobnosti in ne nazadnje od finančne sposobnosti svojcev, od kraja bivanja in tamkajšnje ponudbe in posluha za starejše lokalne skupnosti ter koliko sredstev ta nameni za subvencioniranje storitev.

---

[34] Glej Inštitut Republike Slovenije za socialno varstvo, Evalvacija uvajanja Zakona o osebni asistenci, končno poročilo, marec 2020, str. 9 in 10 (Priloga 5).;
[35] Glej Predlog zakona o osebni asistenci, dostopen na: https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/e2a1e66ab9d8dc7309af12ab9de07f235579fbdc5683478070688f5004985709, str. 4.;
[36] Glej Inštitut Republike Slovenije za socialno varstvo, Evalvacija uvajanja Zakona o osebni asistenci, končno poročilo, marec 2020, str. 30. (Priloga 5);

Skupina uporabnikov, starejših od 65 let, ki izpolnjuje druge pogoje za pridobitev osebne asistence, kot na primer žena prvega predlagatelja, ki je invalidsko upokojena že več kot 15 let, ali mož druge predlagateljice, oboleli za ALS, tako zgolj zaradi svoje starosti nista upravičena do osebne asistence, zaradi česar so ti uporabniki izključeni od enakopravnega priznavanja, uživanja in uresničevanja zakonske pravice do osebne asistence.

Ker osebna asistenca predstavlja pomembno orodje pri zagotavljanju samostojnega in polnovrednega življenja najtežjih invalidov v skupnosti, prispeva k deinstitucionalizaciji njihove oskrbe in kot taka predstavlja tudi njihovo pravico glede na MKPI, tako izključitev določenega kroga oseb z invalidnostmi iz pravice do osebne asistence zaradi preseganja zgornje starostne meje predstavlja nedopusten poseg v pravice posameznika iz prvega odstavka 4. člena ZVarD.

2.2 Ali obstaja različno obravnavanje pobudnikov in tistih, s katerimi se pobudnik primerja

Obravnavane določbe ZOA jasno, določno in neposredno iz uveljavljanja pravice do osebne asistence izključujejo vse osebe z invalidnostmi, ki izpolnjujejo druge pogoje za pridobitev osebne asistence, pa so stare več kot 65 let in niso bile uporabnice osebne asistence po prejšnjem sistemu. V to skupino sodi tudi žena predlagatelja, ki je za dobre tri mesece presegla starostno mejo in ji je bila z odločbo zavrnjena pravica do osebne asistence, ter oboleli z ALS, ki ga oskrbuje druga predlagateljica, pri čemer razlog, zakaj nekdo ni bil uporabnik osebne asistence, niti ni relevanten.

Različna obravnava se kaže v tem, da osebe z invalidnostmi, ki starostnega pogoja ne izpolnjujejo in ne sodijo med predvidene izjeme, zaradi neupravičenosti do osebne asistence ne morejo v enaki meri izvajati vseh tistih opravil in dejavnosti, ki jih preprečuje stopnja njihove invalidnosti, a jih vsakodnevno potrebujejo doma in izven doma, s čimer jim je onemogočeno, da živijo neodvisno in enakopravno življenje v družbi. Različno, predvsem slabše obravnavanje se kaže na področju fizične dostopnosti pomoči (ki bi bila z osebno asistenco zagotovljena, ni pa zagotovljena z drugimi storitvami, ki so na voljo), pri obsegu pomoči (ki je v okviru osebne asistence večji, v okviru drugih pravic pa ožji) ter pri finančni dostopnosti. Družinski pomočnik je za nekatere osebe z invalidnostmi sploh neobstoječa možnost in sploh ne more nadomeščati možnosti osebnega asistenta.

Opozoriti je treba, da vsem z ZOA izključenim uporabnikom trenutno niso dostopne niti pravice dolgotrajne oskrbe, kar je sicer predvidel zakonodajalec ob sprejemu ZOA, saj je kljub temu, da je ZDOsk sicer sprejet, njegova uveljavitev z novelo ZDOsk-A odložena do naslednjega leta oziroma napovedane celovite ureditve pogojev za delovanje. Znano je tudi, da je trenutno namesto uveljavitve sprejetega zakona predvidena celo priprava povsem nove zakonske ureditve, kar dejansko pomeni, da obstoječi zakon ne nudi primerljivih pravic osebam izven starostnih meja, postavljenih z ZOA, niti tega ne bo nudil v bližnji prihodnosti. Ob upoštevanju prej citiranih določil je tudi jasno, da upravičenci po ZDOsk, tudi če bi dejansko začel veljati v sedaj sprejeti obliki, na tej podlagi v nobenem primeru ne bodo deležni primerljivih pravic, kot bi jim šle po ZOA.

Glede na vse navedeno in upoštevaje dejstvo, da je začetek uporabe zakona, ki bo urejal dolgotrajno oskrbo, odložen v nedoločljivo prihodnost, je tako nujno, da se v ZOA starostne meje spremenijo tako, da bodo imele možnost uveljavljanja pravic do osebne asistence tudi druge osebe, ki so starejše od 65 let, ki so sedaj zaradi te starostne omejitve iz tega neupravičeno izločene.

2.3 Ali je dejanski položaj pobudnika v bistvenem enak in ali razlikovanje temelji na osebni okoliščini

O diskriminacijski obravnavi govorimo takrat, kadar država na podlagi osebnih okoliščin različno obravnava posameznike v enakih oziroma primerljivih situacijah. Bistveno je torej, ali je z vidika, ki je pomemben za presojo izpodbijane ureditve (pravica do osebne asistence), položaj oseb z invalidnostmi, starejših od 65 let, v svojih bistvenih dejanskih in pravnih prvinah primerljiv s položajem oseb z invalidnostmi, ki te starostne pogoje izpolnjujejo, ob tem, da vsi izpolnjujejo vse ostale pogoje za pridobitev osebne asistence.

Med osebnimi okoliščinami, na podlagi katerih je diskriminacija prav tako prepovedana, je tudi invalidnost sama, pri čemer je tudi na ustavni ravni mogoče prevzeti opredelitev iz MKPI, po kateri so osebe z invalidnostmi osebe z dolgotrajnimi telesnimi, duševnimi, intelektualnimi ali senzoričnimi okvarami, ki jih v povezavi z različnimi ovirami lahko omejujejo, da bi enako kot drugi polno in učinkovito sodelovali v družbi (drugi odstavek 1. člena MKPI; enako tudi prvi odstavek 3. člena Zakona o izenačevanju možnosti invalidov (v nadaljevanju: ZIMI)[37].

Zagovornik z vidika svoje pristojnosti kot pomanjkljivo ocenjuje ureditev, skladno s katero upravičencem, ki so starejši od 65 let in izpolnjujejo vse druge pogoje za pridobitev osebne asistence, ta pravica ne gre zgolj zaradi preseganja starostne meje.

Prav tako je pomanjkljiva ureditev za tiste osebe, pri katerih bodo morebiti potrebe po osebni asistenci nastopile po tej starosti, tudi kasneje po sami uveljavitvi tega zakona. Ti upravičenci bi bili prvič upravičeni do osebne asistence in dejstvo, da je niso uveljavljali pred 65 letom starosti po ZOA oziroma po prej veljavnih programih pravic do osebne asistence, ne sme biti odločilno, še posebej, ker druge pravice, ki so jim na voljo, niso primerljive s pravicami, ki izhajajo iz osebne asistence.

Zagovornik ne zatrjuje, da je vsaka starosta meja diskriminatorna, ampak ocenjuje, da glede na to, da se je osebna asistenca prvič kot zakonska pravica uredila v ZOA, zakon ni ustrezno poskrbel za vse osebe z invalidnostmi, ki so stare več kot 65 let, pa bi osebno asistenco potrebovale, s čimer bi jih izenačil z osebami z invalidnostmi, katerim je osebna asistenca po ZOA priznana v starostnem obdobju med 18 in 65 letom starosti oziroma se jim, ker so bili uporabniki osebne asistence po stari ureditvi, omogoča tudi po tem, ko dopolnijo 65 let.

Če zakonodajalec prepozna utemeljene razloge, da je treba določena pravna razmerja za določene skupine ljudi urediti drugače, lahko to naredi. Ni pa skladno ne s 14. členom Ustave ne z določbami ZVarD, da to naredi zgolj zaradi osebne okoliščine skupine posameznikov in če za to ne obstojijo utemeljeni razlogi. Vsakršno izključevanje mora biti utemeljeno tudi z legitimnim ciljem in testom sorazmernosti.

Zagovornik ocenjuje, da je dejanski položaj oseb z invalidnostmi, ki so starejše od 65 let, v bistvenem enak in s tem popolnoma primerljiv s tistimi, ki so mlajši od 65 let, in je torej zgolj starost tista osebna okoliščina, na kateri temelji razlikovanje pri dostopu do pravice do osebne asistence. Osebe z invalidnostmi, starejše od 65 let, so namreč samo zaradi svoje starosti avtomatsko izključene od uveljavljanja pravic do osebne asistence in so s tem v primerjavi z osebami starostne skupine, ki te pravice po ZOA lahko uveljavlja, zgolj zaradi njihove starosti obravnavane drugače.

[37] Zakon o izenačevanju možnosti invalidov (Uradni list RS, št. 94/10, 50/14 in 32/17);

2.4 Če gre za razlikovanje na podlagi osebne okoliščine in torej za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ali je ta poseg dopusten

Zagovornik je mnenja, da razlikovanje v ureditvi pri dostopu do pravice do osebne asistence ne temelji na neki stvarni, neosebni razlikovalni okoliščini, temveč izključno na starosti. Starost pa je, čeprav v Ustavi to ni izrecno navedeno, nedvomno ena izmed osebnih okoliščin iz prvega odstavka 14. člena Ustave (t.i. druga osebna okoliščina), je pa tudi opredeljena kot osebna okoliščina v 1. členu ZVarD.

Zagovornik je v zvezi s tem tudi presojal, ali za različno obravnavanje oseb z invalidnostmi pri uveljavljanju pravic do osebne asistence glede na postavljeno starostno mejo 65 let **obstaja ustavno dopusten razlog**.

Iz obrazložitve Predloga zakona o osebni asistenci (ZOA), redni postopek, EPA 1630-VII, k takratnemu 7. členu (zdajšnjemu 6. členu) je v zvezi s postavitvijo starostne meje navedeno: »Drugi pogoj je starost od 18 do 65 let v času uveljavljanja pravice. Glede na to, da je osebna asistenca povezana tudi z odgovornostjo uporabnikov, sposobnostjo upravljanja z osebno asistenco (usposobitev asistentov za delo, spremljanje in nadzor dela, dogovarjanje o delu, in podobno) in neodvisnim življenjem, je predlagana starostna omejitev od 18 do 65 leta. Gre za aktivno dobo in omejitev starosti je povezana tudi z drugimi morebitnimi starostnimi bolezenskimi stanji.«[38]

MDDSZ je v dokumentu št. 070-71/2020/2 z dne 10. 8. 2020 navedlo, da sicer razpon starosti od 18 do 65 let nakazuje na človekovo aktivno življenje v družbi. Pri definiranju zgornje starostne meje upravičenosti do pravice do osebne asistence je zakonodajalec zasledoval cilj aktivnega udejstvovanja posameznika v družbi. Veljavna slovenska pokojninska zakonodaja prav tako kot zgornjo starostno mejo za pridobitev pravice do starostne pokojnine določa starost 65 let. Z upokojitvijo posameznik zaključuje svoje aktivno življenjsko obdobje v smislu družbenega udejstvovanja, zato je tudi pri pravici do osebne asistence zgornja meja aktivnega življenja definirana s starostjo 65 let. Glavni namen pravice do osebne asistence je samostojno in aktivno življenje uporabnika, ki je najbolj izrazito do 65 leta starosti. Določitev zgornje meje starosti predstavlja ločnico med pravicami, ki pripadajo posamezniku v času aktivnega življenja, in pravicami po njem. To dokazuje tudi na primer starostni pogoj za pridobitev pravice do pomoči na domu, ki je ravno tako opredeljena s starostjo 65 let.

Zagovornik argumentom zakonodajalca in MDDSZ ne sledi. Glede na to, da je osebna asistenca pomoč osebam z najtežjimi invalidnostmi, bi bilo namreč pravno nevzdržno in v nasprotju z njenim namenom, da je ne bi dobili tisti, ki je zaradi svoje invalidnosti oziroma zdravstvenega stanja niso zmožni upravljati. Tudi drugi odstavek 2. člena ZOA določa, da v primeru nezmožnosti upravljanja z lastno asistenco naloge uporabnika prevzame njegov zakoniti zastopnik.

Navedba, da je starost 65 let tisti ultimativni mejnik, po katerem človek ni več aktiven v družbi, je pavšalna in ne odraža dejanskega stanja v družbi. Da je posameznik pri 64 letih še aktiven in zato upravičen do osebne asistence, po 65 letu pa več ne, je posplošen argument, ki ne vzdrži pravne presoje. Tudi argument, da veljavna zakonodaja kot zgornjo starostno mejo za upokojitev določa 65 let, v kontekstu pravice do osebne asistence ni relevanten. Država namreč prebivalstvo iz javnofinančnih razlogov spodbuja k delovni aktivnosti tudi po izpolnitvi pogojev za upokojitev ter delovno aktivnim, ki ostanejo na delu po tej starosti, celo nudi določene bonuse. Poleg tega tudi po upokojitvi številni posamezniki ostanejo aktivni na različnih področjih družbenega življenja, življenje pa se zanje takrat nikakor ne ustavi. Enačenje starosti do 65 let z delovno in družbeno aktivnostjo je posledično po oceni

[38] Glej Predlog zakona o osebni asistenci, str. 23 (Priloga 18);

Zagovornika neskladno z dejanskim stanjem in zgolj na tej podlagi onemogočati možnost uveljavljanja določenih pravic ni opravičljivo.

Zagovornik pri tem še dodatno opozarja, da se priznanje pravice do osebne asistence tudi sicer vsebinsko ne pogojuje z delovno aktivnostjo posameznika, ampak se prizna z ocenjevanjem povsem drugih pogojev, ne glede na to, ali je posameznik delovno ali družbeno aktiven ali ne, zaradi česar ni jasno, zakaj bi delovna oziroma družbena aktivnost upravičenca postali relevantni po tem, ko ta ni del predvidene starostne skupine po 65 letu.

Osebna asistenca, kot izhaja iz 2. člena ZOA, poleg tega pomeni pomoč uporabniku pri vseh tistih opravilih in dejavnostih, ki jih vsakodnevno potrebuje doma in izven doma, da lahko uporabnik živi neodvisno, aktivno in je enakopravno vključen v družbo. Že iz same definicije osebne asistence izhaja, da pri njej ne gre zgolj za pomoč pri opravilih zunaj doma (kot na primer spremstvo v službo in pomoč pri delu), ampak tudi za pomoč doma, pomoč znotraj izobraževalnega procesa, pomoč pri komunikaciji, idr., kar nedvomno nakazuje na širšo vlogo osebne asistence v posameznikovem življenju, ki nikakor ni povezano zgolj z življenjem znotraj starostne skupine med 18 in 65 letom starosti. S tem, ko imajo osebe z invalidnostmi možnost uveljavljati pravice do osebne asistence, se jim zagotovi možnost svobodne izbire načina življenja, predvsem pa omogoči ohranjanje dostojanstva, neodvisnosti ter vključevanja v družbo. Če te možnosti nimajo, so take osebe prav zaradi velike potrebe po pomoči pogosto prisiljene živeti brez realnih možnosti učinkovitega vključevanja v razne oblike življenjskega udejstvovanja ali celo ob določenih težjih kategorijah invalidnosti obsojene na življenje v raznih institucijah. Tudi sicer je povsem nedopustno, da je uveljavljanje teh sicer z ustavo in mednarodnimi konvencijami zajamčenih pravic prepuščeno posameznikom in odvisno od njihovega premoženjskega stanja ali voljnosti oziroma sposobnosti njegovih družinskih članov.

Zagovornik ugotavlja, da iz zakonodajnega gradiva ter pojasnil MDDSZ ustavno dopusten razlog za ureditev iz tretje alineje drugega odstavka 6. člena ZOA, ki posega v pravice iz prvega odstavka 14. člena Ustave, ni razviden. Kot izhaja iz Predloga zakona o osebni asistenci (ZOA), redni postopek, EPA 1630-VII, je bil cilj zakona zagotoviti podporo osebi z invalidnostmi pri izvajanju tistih aktivnosti, vezanih na vključevanje v družbo, ki jih ne more izvajati sam zaradi vrste in stopnje invalidnosti.[39] Učinek ZOA v praksi pa je tak, da do osebne asistence niso upravičene vse osebe z invalidnostmi, ki bi jo nujno potrebovale za vključevanje v družbo, saj je ZOA brez legitimnega razloga izločil tiste, ki so starejše od 65 let.

Potreba po zagotavljanju enakega obravnavanja na vseh področjih izhaja iz 14. in 22. člena Ustave in Protokola št. 12 k EKČP. Tudi določba 14. člena ZvarD državnim organom nalaga, da na svojih področjih v okviru svojih pristojnosti ustvarjajo pogoje za enako obravnavanje vseh oseb, ne glede na katerokoli osebno okoliščino, z osveščanjem in spremljanjem položaja na tem področju ter z ukrepi normativne in politične narave. Že MKPI v 19. členu, določa, da morajo države pogodbenice te konvencije priznavati enake pravice vsem invalidom, da živijo v skupnosti in enako kot drugi, pri čemer morajo odločati ter sprejemati učinkovite in ustrezne ukrepe, ki jim bodo omogočale polno uživanje te pravice ter polno vključenost v skupnost in sodelovanje v njej. Invalidi morajo imeti enako kot drugi možnost izbrati stalno prebivališče in se odločiti, kje in s kom bodo živeli in jim ni treba bivati v posebnem okolju, morajo imeti dostop do različnih storitev na domu ter bivalnih in drugih podpornih storitev v skupnosti, vključno z osebno pomočjo, potrebno za življenje in vključitev v skupnost ter za preprečevanje osamljenosti ali izločevanja iz skupnosti, kakor tudi, da so storitve v skupnosti ter objekti in naprave, ki so namenjeni vsem prebivalcem, enako dostopni tudi njim in se prilagajajo njihovim potrebam.

[39] Glej Predlog zakona o osebni asistenci, str. 3 (Priloga 18);

Zagovornik ponovno navaja, da postavitev starostne meje kot pogoja za pridobitev pravice do osebne asistence sama po sebi še ne pomeni avtomatično diskriminacije, če bi v državi obstajal sistem, po katerem bi imeli tudi upravičenci, ki postavljene starostne meje ne izpolnjujejo, dostop do primerljivih socialnih storitev, s pomočjo katerih bi lahko enakovredno zadovoljili svoje potrebe po samostojnem življenju, kar pa sedaj ni izkazano. V smeri uresničevanja prej navedenega pravnega okvira, ki bo med drugim omogočal tudi uresničevanje zastavljenega cilja čim večje deinstitucionalizacije oseb z invalidnostmi, bi se moralo v čim večji meri omogočati vsem uporabnikom dostop do osebne asistence, saj jim zgolj ta zagotavlja možnost živeti neodvisno, aktivno, na način, da so enakopravno vključeni v družbo. Trenutna ureditev pa tega določeni skupini ljudem z invalidnostmi ne omogoča izključno zaradi njihove starosti.

Ker legitimni cilji različnega urejanja položaja oseb v različnih starostnih skupinah dejansko niso podani, je Zagovornik mnenja, da je utemeljena predmetna zahteva, da se ugotovi neustavnost tretje alineje drugega odstavka 6. člena ZOA, saj povzroča neposredno diskriminacijo zaradi osebne okoliščine starosti.

2.5. Primerjalnopravni vidik

Skladno s 1. členom Protokola št. 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (MPKVCPB), ki ga je ratificirala RS (Uradni list RS-MP, št. 8-57/2010), je uživanje vseh pravic, določenih z zakonom, zagotovljeno vsem ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnostni ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, premoženje, rojstvo ali kakšne druge okoliščine. Določa, da noben organ oblasti ne bo razlikoval na podlagi teh okoliščin. Evropsko sodišče za človekove pravice je osebno okoliščino starosti prepoznalo kot »drugo okoliščino« iz 14. člena EKČP.[40]

Večina sodne prakse v zvezi z diskriminacijo po starosti sicer temelji na Direktivi 2000/78/ES z dne 27. 11. 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, OJ L 303, 2.12. 2000, str. 16–22[41]. Direktiva 2000/78/ES namreč poudarja, da je prepoved diskriminacije zaradi starosti bistveni del izpolnjevanja ciljev, opredeljenih v smernicah o zaposlovanju in spodbujanja raznovrstnosti delovne sile (uvodna izjava 25). V nekaterih okoliščinah je različno obravnavanje v zvezi s starostjo lahko upravičeno. Skladno s prvim odstavkom 6. člena Direktiva 2000/78/ES različno obravnavanje zaradi starosti ne pomeni diskriminacije, če zanj v kontekstu nacionalnega prava obstaja objektivno in razumno utemeljen legitimni cilj, vključno z legitimnimi cilji zaposlovalne politike, delovnega trga in poklicnega usposabljanja, in če so načini uresničevanja tega cilja primerni in nujni. To različno obravnavanje lahko zajema tudi določitev pogojev tako glede dostopnosti zaposlitve kot glede odpustitve za starejše osebe. Države imajo torej določeno mero proste presoje pri uvedbi morebitnega odstopanja od načela enakega obravnavanja zaradi starosti. Tako odstopanje pa je izjema, ki jo je treba tolmačiti strogo restriktivno, diskrecija pa zato ni neomejena, niti se ne

[40] Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Schwizgebel proti Švici, št. 25762/07 z dne 10. junija 2010, 85 točka; Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Carvalho Pinto de Sousa Morais proti Portugalski, št. 17484/15, z dne 25. julij 2017, 45 točka (Priloga 22);

[41] SEU, Zadeva C-144/04 Werner Mangold proti Rüdigerju Helmu, sodba z dne 22. 11. 2005, točka 63, SEU, Zadeva C 341/08, Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk WestfalenLippe, sodba z dne 12. 1. 2010, točka 68, 73, 74, SEU, Zadeva C-45/2009, Gisela Rosenbladt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH, sodba z dne 12. 10. 2010, točka 41, 44, SEU, Zadeva C-499/08, Ingeniørforeningen I Danmark proti regiji Syddanmark, sodba z dne 12. oktobra 2010, točka 33, SEU, Zadeva C-388/07, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) proti Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, sodba z dne 5. 3. 2009, točka 51, SEU, Zadeva C-411, Félix Palacios de la Villa proti Cortefiel Servicios SA, sodba z dne 16. 10. 2007, točka 71. (Priloga 20);

sme povzročiti razvrednotenja oziroma izničenja uresničevanja načela nediskriminacije na podlagi starosti.

V primeru Evropska komisija proti Madžarski je sodišče obravnavalo tudi npr. poskus zlorabe pravil o diskriminaciji po starosti za politične namene, ko je madžarski temeljni zakon določil upokojitev sodnikov, državnih tožilcev in notarjev po dopolnitvi 62 let. Sodišče je presojalo, ali je takšen ukrep možno upravičiti na podlagi 6(1). člena Direktive 2000/78/ES, t.j. ali gre za zasledovanje legitimnega cilja in ali je sprejeti ukrep za uresničevanje tega cilja sorazmeren, torej nujen in primeren. Madžarska vlada je kot cilj ukrepa navajala standardizacijo starosti za upokojitve v javnem sektorju, kar je Sodišče sprejelo kot legitimen cilj, vendar pa je menilo, da ukrep upokojitev po 62. letu ni nujen niti primeren iz razloga, ker madžarska vlada ni predložila dokazov, da je bilo drastično znižanje upokojitvene starosti s 70 let na 62 let z zelo kratkim prehodnim obdobjem nujno.[42]

Evropska mreža za neodvisno življenje (ENIL)[43] je na podlagi obsežne ankete o neodvisnem življenju izdelala Zemljevid neodvisnega življenja, v katerem so navedene splošne informacije o dostopu do neodvisnega življenja invalidov v 43 državah po Evropi in podrobne informacije o shemah ali sistemih osebne asistence po posameznih državah (Independent Living Survey, Summary Report, December 2022, v nadaljevanju: Skupno poročilo ENIL).[44] Iz podatkov, ki so jih pridobili iz Slovenije, izhaja, da se Slovenija na načelni ravni zavzema za deinstitucionalizacijo in ima v zvezi s tem sicer sprejeto strategijo, vendar pa se kljub temu nadaljuje nameščanje oseb z invalidnostmi v psihiatrične bolnišnice in druge ustanove, ki za to prejemajo obsežna sredstva. Slovenija je navedena tudi med državami, v katerih niso določeni jasni in transparentni načini pridobitve pravic osebne asistence.

Kot izhaja iz Skupnega poročila ENIL, se osebno asistenco običajno zagotavlja osebam aktivne življenjske dobe (18–65 let), ki imajo dostop do plačil v 30 državah. Osebe, ki so starejše od 65 let, imajo dostop do teh storitev v 15 državah. Navedeno je tudi, da diskriminacija med različnimi okvarami in starostnimi skupinami ni v skladu z MKPI in Smernicami o deinstitucionalizaciji, ki jasno določajo, da imajo vsi invalidi, ne glede na okvaro, starost ali druge dejavnike, kot so rasa, spol ali spolna usmerjenost, pravico do osebne pomoči. Države pogodbenice morajo upoštevati te razlage in ustrezno prilagoditi svoje politike. V nekaterih državah je dostop do osebne pomoči osebam, ki so nad 65 let, v skladu z zakonom dovoljen, vendar ga organi v praksi redko odobrijo.

Skupnemu poročilu ENIL so priloženi tudi Listi posameznih držav, ki vključujejo povzetek odgovorov na Anketo o neodvisnem življenju. Vsi listi vsebujejo informacije o dostopu invalidov do samostojnega življenja, medtem ko je podroben opis sheme/politike osebne asistence na voljo za 46 držav. Iz navedenih listov je mogoče razbrati, da so med drugimi državami, ki omogočajo dostop do osebne asistence tudi osebam, starejšim od 65 let, tudi Bolgarija, Ciper, Češka, Estonija, Finska, Grčija, Italija, Latvija, Nemčija, Nizozemska, Irska, Poljska, Romunija, Slovaška, idr.

Na Finskem imajo tako npr. dostop do osebne asistence otroci in odrasli s psiho-socialnimi motnjami, fizičnimi, kognitivnimi ali čutnimi motnjami, skupaj s tistimi, ki so stari več kot 65 let. Dostop do sheme zahteva zdravniško spričevalo prosilca kot predpogoj za prijavo. Shema je

[42] Evropska komisija proti Madžarski, zadeva C 286/12 z dne 6. 11. 2012 (Priloga 21);
[43] ENIL je mednarodno priznana uporabniško vodena zveza invalidov s člani po vsej Evropi s poslanstvom zagovarjati vrednote, načela in prakse neodvisnega življenja, med drugim tudi zagotavljanje osebne asistence in druge podpore ter storitve skupnosti, vzpostavitev okolja brez ovir in dostopnost ustreznih tehničnih pripomočkov, kar skupaj omogoča polno življenje invalidom, dostopno na:
https://enil.eu/;
[44], dostopno na:
https://enil.eu/il-map/

zagotovljena ne glede na individualne ali družinske dohodke, družinske (vključno z zakonskimi) razmere, stopnjo socialne dejavnosti prosilca, vključno z udeležbo v plačanem delu in/ali izobraževanju in/ali prostovoljnem delu, njihovim zavarovanjem in statusom prebivališča. Shema je zagotovljena tudi ne glede na to, ali oseba živi v svojem domu ali v stanovanjski oskrbi.

V Italiji so do osebne asistence upravičene osebe s telesno ali senzorično okvaro, vključno s tistimi, ki so starejše od 65 let. Proračun se po 65 letih ne zmanjša. Dostop do sheme zahteva zdravniško spričevalo prosilca kot predpogoj za prijavo. Shema je zagotovljena ne glede na dohodek posameznika ali družine, družinske razmere, vključno z zakonskim ali zavarovalnim statusom. Raven socialne dejavnosti uporabnika, vključno z vključenostjo v plačano delo, prostovoljstvo in/ali izobraževanje, ne vpliva na njihovo upravičenost do sheme.

V Nemčiji imajo dostop do osebne asistence otroci in odrasli s psiho-socialnimi motnjami, fizičnimi, kognitivnimi ali čutnimi motnjami, vključno s tistimi, ki so stari več kot 65 let. Dostop do sheme osebne asistence zahteva zdravniško spričevalo prosilca kot predpogoj za prijavo. Shema je zagotovljena ne glede na dohodek posameznika ali družine, družinske razmere, vključno z zakonskim statusom. Raven družbene dejavnosti uporabnika, vključno z vključenostjo v plačano delo, prostovoljstvo in/ali izobraževanje, ne vpliva na upravičenost do osebne asistence. Uporabniki lahko zaprosijo za osebno asistenco ne glede na njihovo zavarovanje, državljanstvo ali status prebivališča. V Nemčiji pravico do neposrednega financiranja osebne asistence na federalni ravni zagotavlja socialna zakonodaja. Osebna asistenca je preko osebnih paketov (financiranje teh je postala ustavna pravica leta 2008) dostopna invalidom ne glede na vrsto invalidnosti in ne glede na starost, če obstaja potreba pol leta ali več. Osebna asistenca je zagotovljena osebam s težjimi oblikami invalidnosti.[45]

V Veliki Britaniji je bil zakon o osebni asistenci sprejet že leta 1997, od aprila 2015 pa je v veljavi poseben akt o negi (Care Act), ki lokalne oblasti obvezuje, da zagotavljajo ali organizirajo servisne storitve, ki so v pomoč osebam z invalidnostjo pri bolj neodvisnem življenju. Lokalne oblasti so v ta namen dolžne uporabnikom nuditi posebna sredstva za osebno asistenco (Personal Assistent Budget). Uporabniki si s temi sredstvi plačajo storitve pri ponudnikih posebne nege ali pa zaposlijo svojega osebnega asistenta. Tako imajo uporabniki več možnosti, večjo izbiro in predvsem nadzor nad uslugami, ki jih želijo prejemati.[46]

[45] Povzeto po Predlogu Zakona o dolgotrajni oskrbi, str. 5 (Priloga 7);
[46] Povzeto po Žan Pinterič, ANALIZA PRAVIC OSEBNE ASISTENCE IN POVEZANIH POSTOPKOV, Diplomsko delo, 2021, dostopno: https://repozitorij.uni-lj.si/Dokument.php?id=143539&lang=slv, str. 14. (Priloga 19).

3. SKLEPNO

Sedanja pravna ureditev pravic oseb z invalidnostmi v Republiki Sloveniji na področju osebne asistence je, z dvema ozkima izjemama, omejena na starostno skupino med 18 in 65 letom starosti. Zakonodajalec je pri tej ureditvi izhajal iz predpostavke, da bodo pravice oseb z invalidnostmi v različnih starostnih skupinah urejali še drugi področni zakoni na način, da bile zagotovljene primerljive pravice tudi osebam, ki presegajo starostno mejo 65 let za dodelitev osebne asistence.

Uveljavitev ZDOsk v predvidenih rokih zaradi objektivnih razlogov ni bila možna in je, kot kaže, odložena v nedoločljivo prihodnost. Namen zakonodajalca, da bo osebam, za katere je sicer nesporno, da bi storitve osebne asistence potrebovali in so starejše od 65 let, zagotovil primerljive storitve na drugi zakonski podlagi, se tako ni izpolnil. Zakonski izjemi od postavljene starostne omejitve, ki sta sicer predvideni v ZOA, ne zajemata vseh oseb, ki bi sicer osebno asistenco potrebovali in bili do nje upravičeni, če pogoj, da uporabnik ni dosegel starosti 65 let, ne bi veljal. Četudi bi ZDOsk stopil v veljavo, ne bi nudil vsem osebam z invalidnostmi, starejšim od 65 let, storitev, ki so primerljive s storitvami, ki jih lahko uporabniki koristijo v okviru osebne asistence.

Glede na navedeno gre sklepati, da trenutno veljavna ureditev iz tretje alineje drugega odstavka 6. člena ZOA ne zagotavlja vsem posameznikom in posameznicam ter skupinam posameznikov in posameznic enakih ustavno zagotovljenih pravic, kar po mnenju Zagovornika predstavlja neskladje s 1., 2., 5., 14., 15., 22., 34., 35., 50., 51. in 52. členom Ustave ter neskladje s 14. členom EKČP ter 19. členom MKPI in kršitev prepovedi diskriminacije iz 4. člena ZVarD.

4. ZAHTEVEK

Zagovornik sklepno ocenjuje, da neenako obravnavanje oseb z invalidnostmi na podlagi osebne okoliščine starosti pomeni diskriminacijo pri dostopu do pravice do osebne asistence.

Iz tega razloga Zagovornik Ustavnemu sodišču RS

p r e d l a g a ,

- da Ustavno sodišče RS oceni ustavnost tretje alinee drugega odstavka 6. člena ZOA zaradi neskladja s 1., 2., 5., 14., 15., 22., 34., 35., 50., 51. in 52. členom Ustave RS ter neskladja s 14. členom Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ter 19. členom Konvencije o pravicah invalidov in jih, če bo tudi samo ocenilo, da niso v skladu z Ustavo RS, razveljavi oziroma ugotovi njihovo neskladnost z Ustavo ter naloži Državnemu zboru RS odpravo tega neskladja v razumnem roku;

- da do odprave ugotovljenega neskladja z Ustavo RS ne veljajo starostne omejitve pri pridobitvi pravice do osebne asistence;

hkrati Zagovornik Ustavnemu sodišče RS

p r e d l a g a,

da **zadevo obravnava prednostno,** saj gre na področju urejanja pravic do osebne asistence za različno obravnavanje zaradi osebnih okoliščin starosti ter invalidnosti, kar predstavlja obliko množične in dolgotrajne diskriminacije, ter predstavlja tudi obliko diskriminacije, ki vsebuje težko popravljive posledice za diskriminirane osebe glede povzročitve škode njihovemu pravnemu položaju, pravicam ali obveznostim, zlasti, ker gre za slabotne osebe, kar v skladu z 12. členom ZVarD predstavlja situacijo, zaradi katerih se tako ravnanje oziroma taka ureditev šteje za t.i. **hujšo obliko diskriminacije**.

Pripravile:

Marjeta Janežić
Vodja Oddelka za ugotavljanje diskriminacije, svetovanje in zagovorništvo

MIHA LOBNIK
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Sergeja Oštir
Samostojna Svetovalka Zagovornika

Mateja Galič
Samostojna Svetovalka Zagovornika

Poslano:

- Ustavno sodišče Republike Slovenije, Beethovnova ulica 10, 1000 Ljubljana (vročitev ZUP).
- zbirka dok. gradiva.

Priloge:

PRILOGA 1: Ocena diskriminatornosti, št. 050-16/2020-17 z dne 25. 1. 2021.

PRILOGA 2: Priporočilo Zagovornika načela enakosti glede osnutka Predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o osebni asistenci (EVA 2020-2611-0059), št. 0070-2/2021/1 z dne 25. 1. 2021.

PRILOGA 3: Akcijski program za invalide 2014-2021, dostopen na: https://www.gov.si/assets/ministrstva/MDDSZ/Invalidi/API-2014-2021/API_2014_2021.pdf.

PRILOGA 4: Akcijski program za invalide 2022-2030, dostopen na https://www.gov.si/zbirke/projekti-in-programi/akcijski-program-za-invalide/.

PRILOGA 5: Inštitut Republike Slovenije za socialno varstvo, Evalvacija uvajanja Zakona o osebni asistenci, končno poročilo, marec 2020, dostopno na: Inštitut Republike Slovenije za socialno varstvo, Evalvacija uvajanja Zakona o osebni asistenci.

PRILOGA 6: https://www.gov.si/zbirke/projekti-in-programi/informacije-o-spremembah-zakona-o-dolgotrajni-oskrbi-kaj-zakon-prinasa/.

PRILOGA 7: Predlog Zakona o dolgotrajni oskrbi dostopen na: https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=7885, (str. 1-7).

PRILOGA 8: Revizijsko poročilo št. 320-16/2017/33 z dne 16. 9. 2019, dostopno na: https://www.rs-rs.si/fileadmin/user_upload/Datoteke/Revizije/2019/KAM/KAM-2_RSP_RevizijskoP.pdf.

PRILOGA 9: Barbara Kresal. 52. člen. V: Lovro Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, str. 558-560.

PRILOGA 10: Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti, dokument št. 070-71/2020/2 z dne 10. 8. 2020.

PRILOGA 11: Univerza v Ljubljani, Fakulteta za socialno delo, Katedra za dolgotrajno oskrbo, dokument z dne 27. 10. 2020.

PRILOGA 12: Zveza društev upokojencev (ZDUS), dokument z dne 30. 10. 2020.

PRILOGA 13: Ustavno sodišče Republike Slovenije, Odločba št. U-I-425/06 z dne 2. 7. 2009.

PRILOGA 14: Priporočilo glede Predloga Zakona o dolgotrajni oskrbi (EPA 1972-VIII) št. 0701-14/2020-12 z dne 15. 11. 2021.

PRILOGA 15: Priporočilo Zagovornika načela enakosti glede Predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o osebni asistenci (EPA 2017 - VIII), št. 0070-2/2021/10 z dne 18. 8. 2021.

PRILOGA 16: Vladimir Lavrač, Andrej Srakar, Inštitut za ekonomska raziskovanja: Kognitivne sposobnosti starejših, dostopno na: http://www.share-slovenija.si/files/documents/prvi_rezultati_slovenija/Publikacija_IER_05.pdf.

PRILOGA 17: Dopolnitev odgovora na pisno poslansko vprašanje poslanca Janija Ivanuše v zvezi z osebno asistenco št. 0010-152/2019/4 z dne 30. 9. 2019.

PRILOGA 18: Predlog zakona o osebni asistenci, dostopen na: https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/e2a1e66ab9d8dc7309af12ab9de07f235579fbdc5683478070688f5004985709.

PRILOGA 19: Žan Pinterič, ANALIZA PRAVIC OSEBNE ASISTENCE IN POVEZANIH POSTOPKOV, Diplomsko delo, 2021, dostopno: https://repozitorij.uni-lj.si/Dokument.php?id=143539&lang=slv, (str. 14-16).

PRILOGA 20: SEU, Zadeva C-144/04 Werner Mangold proti Rüdigerju Helmu, sodba z dne 22. 11. 2005, točka 63, SEU, Zadeva C 341/08, Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk WestfalenLippe, sodba z dne 12. 1. 2010, točka 68, 73, 74, SEU, Zadeva C-45/2009, Gisela Rosenbladt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH, sodba z dne 12. 10. 2010, točka 41, 44, SEU, Zadeva C-499/08, Ingeniørforeningen I Danmark proti regiji Syddanmark, sodba z dne 12. oktobra 2010, točka 33, SEU, Zadeva C-388/07, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) proti Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, sodba z dne 5. 3. 2009, točka 51, SEU, Zadeva C-411, Félix Palacios de la Villa proti Cortefiel Servicios SA, sodba z dne 16. 10. 2007, točka 71.

PRILOGA 21: Evropska komisija proti Madžarski, zadeva C 286/12 z dne 6. 11. 2012.

PRILOGA 22: Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Schwizgebel proti Švici, št. 25762/07 z dne 10. junija 2010, 85 točka; Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Carvalho Pinto de Sousa Morais proti Portugalski, št. 17484/15, z dne 25. julij 2017, 45 točka.