



Železna cesta 16, 1000 Ljubljana
T: 080 81 80
E: gp@zagovornik-rs.si

Zadeva: 050-4/2023/14
Datum: 21. 12. 2023

OCENA DISKRIMINATORNOSTI ZAKONA ALI DRUGEGA PREDPISA PO 38. ČLENU ZVarD

Ocena diskriminatornosti tretje alineje drugega odstavka 6. člena Zakona o osebni asistenci

I. Uvedba postopka ocene diskriminatornosti predpisa

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je v letu 2020 prejel pisanje predlagateljice, ki je zatrjevala, da so zaradi določitve zgornje starostne meje (65 let) po Zakonu o osebni asistenci¹ (v nadaljevanju: ZOA) pri upravičenosti do osebne asistencije starejše osebe s posebnimi potrebami postavljene v povsem diskriminatoren položaj in pri tem prihaja do kršenja ustavnih pravic v smislu enakosti vseh državljanov Republike Slovenije. ZOA v 3. členu izrecno določa, da se kot osebna asistenca šteje pomoč pri temeljnih dnevni opravilih in pomoč pri komunikaciji in obvezna prisotnost pri uporabniku v primeru najtežjih invalidnosti, pomoč pri podpornih dnevni opravilih, spremstvo, pomoč na delovnem mestu in izobraževalnem procesu ter pomoč pri drugih dejavnostih in aktivnostih (v nadaljnjem besedilu: uporabnik), v katere je uporabnik vključen, pri čemer je v tretji alineji drugega odstavka 6. člena določen starostni pogoj za njeno pridobitev in sicer med 18 in 65 letom starosti.

Na podlagi navedenega je Zagovornik že v letu 2021 izvedel oceno diskriminatornosti 3. alineje drugega odstavka 6. člena in 35. člena ZOA², z vidika ocene diskriminatornosti postavljene starostne meje 65 let. Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (v nadaljevanju: MDDSZ) je znotraj navedenega postopka ocene diskriminatornosti 3. alineje drugega odstavka 6. člena in 35. člena ZOA v letu 2021 poudarjalo³, da je bila starostna meja od 18 do 65 let postavljena glede na najbolj aktivno dobo v posameznikovem življenju in da je vezana na obdobje zaposlitve (možnost sklenitve delovnega razmerja, upokojitve). Kot edino racionalno obrazložitev razlogov za veljavno ureditev je MDDSZ navajalo, da se delovno aktivnemu uporabniku s storitvami osebne asistencije zagotavlja podporno okolje, da ostane aktiven na vseh področjih življenja. Ker je Zagovornik v konkretni zadevi zaznal diskriminatornost predpisov, je na MDDSZ podal več priporočil glede obeh starostnih meja, med drugim je tudi v okviru javne razprave ob spremembi ZOA izdal priporočilo št. 0070-

¹ Uradni list RS, št. 10/17, 31/18 in 172/21,

² Dokument št. 050-16/2020/17 z dne 25. 1. 2021, javno dostopno na: https://zagovornik.si/wp-content/uploads/2022/05/OCENA-DISKRIMINATORNOSTI_Neenako-obravnavanje-oseb-z-invalidnostmi-na-podlagi-starosti-pri-dostopu-do-osebne-asistencije-po-oceni-Zagovornika-pomeni-diskriminacijo.pdf,

³ Dokument št. 070-71/2020/2 z dne 10. 8. 2020,

2/2021/1 z dne 25. 1. 2021⁴, ki vsebuje priporočilo glede odprave starostne meje 65 let ter opozarja na vrzeli pri urejanju položaja oseb mlajših od 18 let. Priporočilo ni bilo upoštevano.

Na pobudo predhodno omenjene predlagateljice je Zagovornik nato v okviru svojih pristojnosti na Ustavno sodišče RS dne 17. 5. 2023 naslovil Zahtevo za presojo ustavnosti navedene določbe zakona⁵. Ustavno sodišče RS zadevo vodi kot prednostno zadevo pod opr. št. I-U-90/23, o njej pa še ni odločilo.

V letu 2023 je Zagovornik na neurejen položaj otrok opozoril tudi prek sodelovanja v posvetovalnem telesu za dolgotrajno oskrbo in nato še v priporočilih glede Predloga zakona o dolgotrajni oskrbi (EPA 902 – IX).⁶

V letu 2023 je MDDSZ pripravilo osnutek novega Zakona o osebni asistenci (EVA 2023-2611-0059). Tudi v tem primeru MDDSZ vztraja na dosedanjih starostnih omejitvah. Zagovornik je zato v novih priporočilih ponovil priporočili glede obeh starostnih omejitev ter opozoril tudi na druge regresivne rešitve, ki kažejo na nerazumevanje vloge in pomena pravice do osebne asistencije in ki bi lahko povzročile dodatno nespoštovanje prevzetih mednarodnih obveznosti⁷. Odziva na priporočila doslej ni prejel.

Obrazložitev MDDSZ, da je osebna asistenca namenjena le delovno aktivnim nima podlage v pogojih iz ZOA, kjer za pridobitev osebne asistencije ni določeno, da je upravičenec zgolj delovno aktivna oseba, temveč gre ta pravica tudi delovno neaktivnim, ki dosegajo prag za upravičenost zaradi težjih posledic invalidnosti, ki so stari med 18 in 65 let. Delovna aktivnost pri njih lahko vpliva na obseg dodeljene osebne asistencije. Po drugi strani pa je očitno, da imajo pravico biti delovno aktivni tudi ljudje, mlajši od 18 let, a tem osebna asistenca ni dosegljiva.

Zagovornik je na vprašanja starostnih pogojev za uživanje pravice do osebne asistencije opozoril v letu 2020 tudi ob priporočilih Zagovornika glede osnutka Predloga Zakona o dolgotrajni oskrbi (EVA 2017-2711-0013) št. 0701-14/2020/2 z dne 5. 10. 2020. Pripravlavec, Ministrstvo za zdravje (v nadaljevanju: MZ) je namreč med drugim načrtoval obvezno prevedbo upravičencev do osebne asistencije v sistem dolgotrajne oskrbe, ko ti dopolnijo 65 let (torej je načrtoval dodaten poseg v veljavno ureditev) in ni urejal položaja oseb mlajših od 18 let, zlasti otrok, teh rešitev pa ni pojasnil.

Zagovornik se je v teh okoliščinah odločil opraviti še oceno diskriminatornosti, ali je **spodnja starostna meja 18 let** za pridobitev pravice do osebne asistencije diskriminatorna, **pri tem se je osredotočil le na skupino mladostnikov, ki imajo možnost postati delovno aktivni, t.i. mladoletnike, starejše od 15 let.**⁸

Gre namreč za sum neposredne diskriminacije pri urejanju pogojev uživanja ene od pravic, varovanih z Ustavo Republike Slovenije⁹ (v nadaljevanju: Ustava RS) in mednarodnimi pogodbami, ki je predpogoj za uživanje cele vrste drugih človekovih pravic in svoboščin. Hkrati gre za eno od pravic na področju zaposlovanja in dela ter socialne zaščite, vključno s socialno

⁴ Dostopno na <https://zagovornik.si/izdelki/priporocilo-glede-predloga-zakona-o-spremembah-in-dopolnitvah-zakona-o-osebni-asistenci/>.

⁵ Dokument št. 050-3/2023/9 z dne 17. 5. 2023, javno dostopno na: <https://zagovornik.si/wp-content/uploads/2023/06/zahteva-za-oceno-ustavnosti-ZOA.pdf>.

⁶ Dostopno na <https://zagovornik.si/wp-content/uploads/2023/06/Priporocila-Zagovornika-nacela-enakosti-glede-osnutka-Predloga-novega-Zakona-o-dolgotrajni-oskrbi.pdf>, glej tč. 6.

⁷ Dostopno na <https://zagovornik.si/izdelki/priporocila-zagovornika-nacela-enakosti-glede-osnutka-predloga-zakona-o-osebni-asistenci/>, glej zlasti tč. 3 in 4.

⁸ Zagovornik tako v tej zadevi ni ocenjeval, ali je ureditev diskriminatorna tudi za mlajše otroke in predvsem za njihove starše. Ocena ali diskriminacija pomeni tudi odsotnosti storitev, podobnih osebni asistenci za mlajše otroke in njihove starše (t.i. družinska asistenca), kar pa terja kvalitativno nekoliko drugačno obravnavo, zaradi česar Zagovornik v tej oceni tega ni ocenjeval.

⁹ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a,

varnostjo in zdravstvenim varstvom oziroma na področju dostopa do socialnih ugodnosti. Gre za sum diskriminacije zvezi z osebnimi okoliščinami zdravstvenega stanja oz. invalidnosti ter starosti, ki so varovane osebne okoliščine po Ustavi RS, Konvenciji o pravicah invalidov (v nadaljevanju: MKPI)¹⁰ ter Evropski socialni listini (v nadaljevanju: ESL)¹¹ ter po Zakonu o varstvu pred diskriminacijo¹² (v nadaljevanju: ZVarD).

Zagovornik je v postopku priprave ocene preveril, ali je starostna meja 18 let, postavljena v tretji alineji drugega odstavka 6. člena ZOA, diskriminatorna z vidika prepovedi diskriminacije po Ustavi RS ter po določbah mednarodnega prava. V postopku ocene je preveril, ali je izključitev oseb starih med 15 in od 18 let, da bi lahko pridobili pravico od osebne asistencе, skladna z načelom sorazmernosti, zlasti pa tudi ali imajo te osebe možnost koriščenja storitev, primerljivih osebni asistenci, tako z vidika obsega in narave storitev kot dostopnosti, ki bi lahko v zadostni meri kompenzirale negativne posledice nedostopnosti osebne asistencе.

Zagovornik oceno diskriminatornosti zakona izvede na podlagi 38. člena ZVarD, če oceni, da je kakšen zakon ali drug predpis diskriminatoren, lahko o tem obvesti predlagatelja postopka za oceno ustavnosti in zakonitosti ali sam z zahtevo začne postopek za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti predpisa ali splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil.

Zagovornik je starostni kriterij iz tretje alineje drugega odstavka 6. člena ZOA ocenil po vsebini, čeprav ni tisti državni organ, ki bi lahko sprejel končno pravno odločitev, da ni skladen z Ustavo RS, kar je v pristojnosti Ustavnega sodišča RS. Postopek je izvedel po uradni dolžnosti na lastno pobudo, ker gre za širše vprašanje, pomembno za pravno varnost pred diskriminacijo, ki lahko resno prizadene večje število ljudi z invalidnostmi ter otrok z invalidnostmi. To pa ustreza opredelitvi hujše diskriminacije po 12. členu ZVarD.

II. Pravica do osebne asistencе

ZOA v 2. členu opredeljuje, da je osebna asistencа 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, aktivno in je enakopravno vključen v družbo. Kot osebna asistencа se šteje pomoč pri temeljnih dnevni opravilih in pomoč pri komunikaciji ter obvezna prisotnost pri uporabniku v primeru najtežjih invalidnosti, pomoč pri podpornih dnevni opravilih, spremstvo, pomoč na delovnem mestu in izobraževalnem procesu ter pomoč pri drugih dejavnostih in aktivnostih, v katere je uporabnik vključen. V 1. členu ZOA določa, da se osebno asistencо in način njenega uveljavljanja ureja 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.

Osebna asistencа je ena od ključnih pravic, ki izhaja iz uresničevanja 19. člena MKPI, ki jamči pravico do neodvisnega življenja. Iz navedenega člena izhaja, da imajo pravico do osebne asistencе vse osebe z invalidnostmi¹³ (iz 5. člena MKPI pa, da jo imajo ne glede na katerokoli

¹⁰ Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 10/08,

¹¹ Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 7/99,

¹² Uradni list RS, št. 33/2016, 21/2018 – ZNOrg,

¹³ Zagovornik je izdelal izboljššan prevod Mednarodne konvencije o pravicah invalidov (MKPI) z opozorilom, da je zaradi vrste napak in nedoslednosti v uradno veljavnem slovenskem prevodu oteženo razumevanje in zagotavljanje vseh pravic vsem ljudem z invalidnostmi v Sloveniji, dostopno na:

<https://zagovornik.si/izdelki/priporocilo-zagovornika-nacela-enakosti-vladi-republike-slovenije-glede-revizije-in-ujeljavitve-ustreznejsega-prevoda-konvencije-o-pravicah-invalidov/>.

Iz izboljššanega prevoda izhaja, da bi se prevod 19. člena MKPI (Neodvisno življenje in vključenost v skupnost) ustrezneje glasil: »Države pogodbenice te Konvencije priznavajo enako pravico vsem osebam z invalidnostmi, da živijo v skupnosti z enakimi možnostmi izbire kot drugi, in morajo sprejeti učinkovite in ustrezne ukrepe, da osebam z invalidnostmi zagotovijo polno uživanje te pravice ter polno vključenost in sodelovanje v skupnosti, tudi tako da zagotavljajo, da:

osebno okoliščino, na primer starost), smiselno seveda glede na težo invalidnosti. Slednja pa ni le vprašanje medicinskega razumevanja invalidnosti, ampak predvsem tistega vidika invalidnosti, ki ga povzročajo odnosi v družbi, ki lahko vplivajo na to, da imajo ljudje z invalidnostmi ovire pri polnem in enakem uživanju vseh človekovih pravic in svoboščin. Ne gre za osebno »pomoč«, ampak za podporo (na tem mestu je najustreznejši direkten prevod MKPI v »osebna asistenca«). Osebna asistenca je potrebna za življenje in vključevanje kot trajen proces, njen cilj je vključenost, pri tem ne gre za enkratni dogodek, kot je »vključitev« v skupnost, niti za preprečevanje »osamljenosti«, ampak je orodje za preprečevanje izolacije ali segregacije, torej najhujših oblik diskriminacije.

Pravica do osebne asistencije je posebna presečna pravica, ki ni sama sebi namen in ni le izraz pravice do neodvisnega življenja po MKPI in je več kot le vprašanje dostopnosti. Je pravica, ki opolnomoči oziroma ki omogoča uresničevanje drugih pravic. Je eden od bistvenih elementov (orodij) za zagotavljanje pravice do neodvisnega življenja, pa tudi predpogoj za uživanje številnih drugih človekovih pravic in svoboščin, tako državljskih in političnih kot ekonomskih, socialnih in kulturnih pravic. Je primer pravice, ki kaže na neločljivo medsebojno povezanost, soodvisnosti in nedeljivost vseh človekovih pravic. Pomembna je tudi za uresničevanje vseh drugih zakonskih pravic, pravnih interesov in dostopa do ugodnosti, hkrati pa tudi uresničevanja odgovornosti oziroma dolžnosti ljudi (na primer starševskih, dolžnosti zaposlenega delavca...). Iz tega sledi, da zakonodajalec z ZOA ni ustvaril pravice, pri čemer bi imel široko polje proste presoje določanja pogojev zanjo, ampak jo je le priznal in jo je bil dolžan le podrobneje razčleniti ter določiti način njenega izvrševanja ter jo s tem učinkovito zavarovati.

19. člen MKPI je eden najobsežnejših in najbolj presečnih členov MKPI in ga je treba obravnavati kot nujni sestavni del popolnega in celovitega razumevanja in izvajanja MKPI. O tem je Odbor MKPI izdal Splošni komentar št. 5 o 19. členu – pravica do neodvisnega življenja in vključenosti v skupnosti.¹⁴ V tč. 4 Odbor MKPI poudarja, da je osebna asistenca eno od ključnih orodij in zgodovinskih počel razumevanja neodvisnega življenja, skupaj s prizadevanji za univerzalno oblikovanje.¹⁵ V tč. 8 Odbor MKPI poudarja, da 19. člen odraža raznolikost kulturnih pristopov k človekovemu življenju in zagotavlja, da njegova vsebina ni pristranska do določenih kulturnih norm in vrednot. Pravica do samostojnega življenja in vključenosti v skupnost se nanaša na vse ljudi z invalidnostmi, tudi ne glede na starost. Ta poudarek izhaja tudi iz tč. 23. Iz tč. 22 izhaja, da imajo vse osebe z invalidnostmi svobodo odločiti, da bodo aktivne in pripadati kulturam po lastni izbiri, in morajo imeti enako stopnjo izbire in nadzora nad svojim življenjem kot drugi člani skupnosti. Neodvisno življenje ni združljivo s spodbujanjem »vnaprej določenega« individualnega življenjskega sloga. V tč. 60 se poudarja, da model invalidnosti, utemeljen na človekovih pravicah, ne dovoljuje izključitve invalidov iz katerega koli razloga, vključno z vrsto in obsegom potrebnih podpornih storitev.

-
- a) imajo osebe z invalidnostmi možnost izbrati svoje prebivališče in se odločati, kje in s kom bodo živeli, na izenačeni osnovi kot drugi, ter jim ni treba živeti v vnaprej določeni življenjski ureditvi;
 - b) imajo osebe z invalidnostmi dostop do razpona različnih storitev na domu ter bivalnih in drugih podpornih storitev v skupnosti, vključno z osebno asistenco, potrebno za življenje in vključevanje v skupnost ter za preprečevanje izolacije ali segregacije iz skupnosti;
 - c) so osebam z invalidnostmi storitve v skupnosti ter objekti in naprave, ki so namenjeni vsem prebivalcem, na voljo na izenačeni osnovi kot drugim in so odzivni na njihove potrebe.«,

¹⁴ Dostopno na <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no5-article-19-right-live>.

¹⁵ Eden od bistvenih elementov 19. člena MKPI (točka c) je tudi splošna dostopnost vseh javnih dobrin in storitev ter odzivnost na posebne potrebe oseb z invalidnostmi (kar nakazuje na potrebe po razumnih prilagoditvah). Vprašanje potrebe po osebni asistenci je zato neposredno povezano s stopnjo nedostopnosti okolja. Čim bolj je okolje nedostopno ali nezadostno dostopno (arhitekturno, komunikacijsko ali drugače) in s tem izključujoče za ljudi z invalidnostmi, toliko več je potreba po osebni asistenci (na primer za premostitev arhitekturnih ovir, kot je pločnik brez klančine, odpiranje vrat, za orientacijo v okolju, kjer ni taktilnih oznak, ipd.),

O pomenu pravice za vključevanje v skupnost, zlasti tudi pri zaposlovanju, delu, pri izobraževanju, v političnem udejstvovanju ipd., je znanih tudi več pomembnih študij¹⁶.

Osebo asistenco je mogoče šteti tudi kot primer t.i. razumnih prilagoditev (npr. v nekaterih situacijah je nujna za učinkovito izvrševanje javnih funkcij, delo na delovnem mestu, za izobraževanje), eventualno pa tudi kot t.i. pozitiven ukrep, ki pa je v trenutnih okoliščinah (raven univerzalne dostopnosti različnih dobrin in storitev, družbeni vzorci vedenja, raven razpoložljivih medicinskih in tehničnih podpornih ukrepov) nujen, zato da se lahko sploh doseže zapovedane cilje MKPI: uživati pravico do neodvisnega življenja, brez razlikovanja zaradi invalidnosti. Varuh človekovih pravic je že v letnem poročilu za leto 2007 predstavil svoje poglede na vprašanje zagotavljanja razumnih prilagoditev na sistemski ravni, na vprašanja dostopnosti in na izvajanje MKPI. Izpostavil je, da je kot eno od oblik razumnih in potrebnih prilagoditev mogoče razumeti tudi storitev osebne asistencije za neodvisno življenje.¹⁷ Tudi v letnem poročilu za leto 2008 je ta trditev ponovljena¹⁸, varuh pa je pozval k sprejetju predpisov in ukrepov, ki bodo prispevali k izvajanju MKPI. V letnem poročilu za leto 2009 je navedba, da je Varuh MDDSZ posredoval podrobnejše mnenje glede osebne asistencije. Poudaril je, da je treba vsebinsko opredelitev osebne asistencije v duhu konvencije razlagati široko in da za samostojno življenje ni dovolj le asistencija oziroma pomoč pri osnovnih življenjskih opravilih, ampak tudi pri vseh drugih raznovrstnih opravilih, ki so del posameznikovega vsakdanjika. Pri zakonski opredelitvi pojma asistencije oziroma pomoči je ključno, da zakonodajalec predvidi avtonomno upravljanje asistencije oziroma pomoči osebe z invalidnostjo, kajti le tako bo sledil splošnemu načelu iz 3. člena MKPI, da osebna samostojnost teh oseb vključuje tudi svobodo izbire in njihovo neodvisnost.¹⁹

Glede na navedeno je pravica do osebne asistencije zavarovana kot človekova pravica na podlagi 19. člena MKPI ter 15. člena Ustave RS, ki varuje vse človekove pravice, tudi tiste, ki niso urejene že z Ustavo RS. Prek razlage jo velja šteti tudi za izraz 52. člena Ustave RS.

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 asistencije invalidom (ukrep 2.3.).²⁰ 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 asistencije 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). Osebna asistencija se v Sloveniji izvaja in financira projektno oziroma programsko, sistemsko oziroma zakonska ureditev tega področja pa je načrtovana že več let. Ključni financer je ministrstvo, pristojno za invalidsko varstvo, ki bo programsko financiralo osebno asistenco na osnovi javnega razpisa do konca leta 2018.²¹

Pri zagotavljanju osebne asistencije gre torej za sistemski podporni ukrep, ki je nujno potreben zaradi preprečevanja in odpravljanja diskriminacije zaradi invalidnosti, hkrati pa je nepogrešljiv

¹⁶ Glej v Choice and control: the right to independent living, FRA – Evropska agencija za temeljne pravice, (2012), str. 32, dostopno na:

https://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/2012/pub_choice-and-control_en.htm.

¹⁷ Dostopno na <http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila/>, str. 43.,

¹⁸ Dostopno na <http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila/>, str. 54.,

¹⁹ Dostopno na <http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila/>, str. 61,

²⁰ Akcijski program za invalide 2014-2021, dostopno na: https://www.gov.si/assets/ministrstva/MDDSZ/Invalidi/API-2014-2021/API_2014_2021.pdf,

²¹ Akcijski program za invalide 2022-2030, dostopno na:

<https://www.gov.si/zbirke/projekti-in-programi/akcijski-program-za-invalide/>,

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, ne le o namestitvi, ampak o širši življenjski ureditvi in o vsakdanjih zadevah. Osebna podpora prek osebne asistencije osebi z invalidnostjo omogoča izbiro ter nadzor oz. odločanje nad tem, kako bo živela. 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.

Osebna asistenca je v prvi vrsti namenjena prav tistim uporabnikom, ki potrebujejo najvišjo stopnjo podpore in so od nje življenjsko odvisni. Če do nje niso upravičeni, si primerljive storitve lahko privoščijo le ljudje v gmotno izredno dobrem položaju, da si jih lahko zagotovijo na trgu (najem, zaposlitev osebe, kombinacija različnih storitev oskrbe...) ali imajo svojce, ki so pripravljeni prevzeti vlogo pri zagotavljanju tovrstnih storitev (brez plačila ali z relativno šibkimi nadomestili). Za tiste, ki tega nimajo, obstaja veliko tveganje, da imajo kot edino možnost »izbire« svojega življenjske ureditve zgolj institucionalno namestitve v domovih za starejše ali v drugem socialnovarstvenem zavodu. Dostopnost osebne asistencije je nujni predpogoj za dezinstitutionalizacijo.

III. Poizvedbe

Zagovornik je z namenom razjasnitve dejanskega stanja v obravnavanem primeru poizvedbe naslovil na:

- Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (dokument št. 050-4/2023/2 z dne 27. 3. 2023),
- Sožitje – zvezo društev za pomoč osebam z motnjami v duševnem razvoju Slovenije (dokument št. 050-4/2023/3 z dne 27. 3. 2023, dokument št. 050-4/2023/6 z dne 24. 4. 2023, dokument 050-4/2023/7),
- YHD – Društvo za teorijo in kulturo hendikepa (dokument št. 050-4/2023/8 z dne 26. 5. 2023)
- Sonček – zveza društev za cerebralno paralizo Slovenije (v nadaljevanju: Zveza društev Sonček) (dokument št. 050-4/2023/9 z dne 20. 6. 2023 ter
- Društvo za pomoč osebam z motnjami v razvoju »Vesele nogice« (v nadaljevanju: Društvo Vesele nogice) (dokument št. 050-4/2023/10 z dne 20. 6. 2023).

Zagovornik je prejel naslednje odgovore:

- odgovor Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (dokument št. 050-4/2023 z dne 5. 4. 2023),
- odgovor Društva Vesele nogice (dokument z dne 5. 7. 2023),
- odgovor Zveze društev Sonček (dokument z dne 15. 8. 2023).

V nadaljevanju Zagovornik povzema odgovore institucij, ki so se na Zagovornikove poizvedbe odzvali.

Zagovornik je dne 27. 3. 2023 na **MDDSZ** naslovil poizvedbo glede starostne omejitve za upravičence do osebne asistencije po ZOA št. 050-4/2023/7.

V svojem odgovoru je MDDSZ poudarilo, da razpon starosti od 18 do 65 let nakazuje na človekovo aktivno življenje v družbi. Pri definiranju spodnje starostne meje upravičenosti do pravice do osebne asistencije je zakonodajalec zasledoval cilj aktivnega udejstvovanja posameznika v družbi, kar je po njihovem mnenju čas zaposlitve. 18 let naj bi bila starostna meja, ko oseba postane poslovno sposobna in s tem lahko prevzame vse pravice in obveznosti, oseba je sposobna vstopati in sklepati pravne posle v svojem imenu in na svoj račun. Poudarjajo, da je osebna asistenca pravica, ki temelji na aktivni udeležbi posameznika, in da je le uporabnik tisti, ki upravlja z osebno asistenco. Navajajo, da osebna asistenca za

osebe mlajše od 18 let ni primerna, saj je uporabnik odgovoren za izvajanje osebne asistencije pri sebi. Prav tako so za osebe, mlajše od 18 let, dolžni skrbeti starši.

Na MDDSZ navajajo tudi, da je cilj, ki ga zasledujejo s tem pogojem, samostojno osebno in družinsko življenje oseb, ki so v najbolj aktivnem življenjskem obdobju. Pogoj spodnje starostne omejitve je zato najbolj primeren za doseganje tega cilja, ki ga zasleduje pravica do osebne asistencije, to je neodvisno življenje posameznika. Pogoj spodnje starostne omejitve predstavlja nujno potrebno sredstvo za doseganje cilja, saj je osebna asistencija zaradi invalidnosti vezana na samostojno osebno in družinsko življenje, vključevanje v okolje, izobraževanje in zaposlitev. Poleg tega je tudi eden izmed pogojev, da mora posameznik živeti sam oz. bi želel živeti sam ali v skupnem gospodinjstvu zunaj institucionalnega varstva. Z osebno asistenco mora uporabnik upravljati sam, ker osebni asistenti delujejo po njegovih navodilih. Iz vsega navedenega poudarjajo, da mora biti oseba sposobna živeti sama in sprejemati pravno veljavne odločitve, česar pa ne more pred dopolnjenim 18. letom starosti. Prav tako navajajo, da se cilja ne more doseči z milejšimi sredstvi, ki ne bi postavljali spodnje starostne meje upravičencev do osebne asistencije.

V nadaljevanju so se na MDDSZ opredelili do načinov, kako je v slovenskem socialnem sistemu poskrbljeno za osebe z invalidnostmi, ki so mlajše od 18 let. Najprej so poudarili, da se zavedajo, da se starši z otrokom z invalidnostmi pogosto znajdejo v stiski, zato lahko v sistemu starševskega varstva koristijo nekatere pravice, s katerimi želi država njihovo stisko olajšati. Najprej opišejo situacijo, ko eden od staršev varuje in neguje težje gibalno oviranega otroka z zmerno ali težjo motnjo v duševnem razvoju. V tem primeru lahko **dela za krajši delovni čas** do otrokovega 18. leta starosti.

Poleg tega dobiva še **dodatek za nego otroka**, ki je pravica, ki jo lahko uveljavlja eden od staršev, če ima otrok stalno ali začasno prebivališče v RS in dejansko živi v RS. Po 18. letu pa samo v primeru, če ima status dijaka, vajenca ali študenta, vendar najdlje do njegovega 26. leta starosti. Predstavijo, da je dodatek za nego otroka mesečni prejemek v višini 118,48 EUR, za otroke s težjo motnjo v duševnem zdravju ali težko gibalno oviranem otroku ali otroku z nekatere redko boleznijo pa 236,97 EUR.

Opisujejo tudi **plačilo za izgubljeni dohodek**, ki je osebni prejemek (DPID), ki ga lahko prejme eden od staršev ali druga oseba, kadar zapusti trg dela ali začne delati za krajši delovni čas zaradi nege in varstva otroka s težjo motnjo v duševnem razvoju ali težko gibalno oviranega otroka ali otroka z določeno boleznijo iz seznama hudih bolezni. To pomeni, da eden od staršev bodisi zapusti dosedanjo službo, začne delati samo 4 ure na dan, ali pa se odjavi iz evidence brezposelnih oseb zato, da ostane doma z otrokom, ki potrebuje posebno nego in varstvo. V tem primeru lahko prejema nadomestilo plače v višini 1,2 kratnika minimalne plače mesečno, če pa dela za krajši delovni čas pa sorazmerni del plačila za izgubljeni dohodek. S 1. 4. 2023 DPID v večjem obsegu (20 ali 30 ur tedensko) prejemajo tudi starši otrok, ki so nameščeni v institucionalnem varstvu, vendar nekaj časa preživijo tudi doma. V tem primeru bo lahko starš upravičen do delnega plačila za izgubljeni dohodek tudi za 20 ali 30 ur tedensko za obdobje enega leta, če je otrok vsaj 180 oz. 270 dni bival doma in so starši v obeh primerih dejansko skrbeli zanj v zadnjem letu pred vložitvijo vloge.

Nadalje navajajo, da je ena od možnosti nudenja pomoči otrokom, mlajših od 18 let, tudi v okviru **socialno varstvene storitve pomoči družini na domu**. Pravilnik o standardih in normativnih socialno varstvenih storitvah v poglavju socialna oskrba na domu v 6. členu določa, kdo so vse upravičenci do storitve pomoči na domu in navaja, da mednje med drugimi štejemo tudi hudo bolne otroke ali otroke s težjo motnjo v telesnem ali težko in najtežjo motnjo v duševnem razvoju, ki niso vključeni v organizirane oblike varstva. Prav tako pa je omenjena tudi mobilna pomoč, kjer gre za strokovno pomoč, s katero se osebam z motnjami v duševnem in telesnem razvoju zagotavlja strokovna obravnava na domu. Usmerjena je tudi na svoje takega otroka. Obsega opravila in postopke za korekcijo motenj ter za svetovalno in terapevtsko delo. Namenjena je predvsem specialno pedagoški obravnavi, socialni in psihološki obravnavi ter zaposlitvi. Upravičenci do mobilne pomoči so otroci, mladostniki in

odrasle osebe z zmerno, težjo ali težko motnjo v duševnem in telesnem razvoju, katerim ta oblika storitve nadomešča vodenje, varstvo in zaposlitev pod posebnimi pogoji ali institucionalno varstvo in pri katerih je s to pomočjo možno pričakovati ublažitev stanja oziroma ohranitev pridobljenih znanj in sposobnosti.

Upravičenci, ki so upravičeni do **dodatka za pomoč in postrežbo** oz. drugih denarnih prejemkov zaradi potrebe po tuji negi in pomoči, sofinancirajo osebno asistenco pri izbranem izvajalcu osebne asistence v višini polovice navadnega prejemka, ne glede na to, koliko ur osebne asistence jim je priznано.

Glede razlikovanja oseb, ki so dopolnile 15 let in bi potrebovale osebno asistenco za opravljanje dela, in oseb, ki so že dopolnile 18 let in imajo pravico do osebne asistence, na MDDSZ pojasnjujejo, da je oseba med 15. in 18. letom omejeno poslovna sposobna. Oseba lahko sama sklepa le enostavne pravne posle, za vse ostalo pa potrebuje dovoljenje svojega zakonitega zastopnika. Med drugimi se oseba lahko tudi zaposli in s tem ji pripadajo vse pravice, ki ji pripadajo iz naslova sklenitve delovnega razmerja. Skladno z Zakonom o osebni zaposlitveni rehabilitaciji in zaposlovanju invalidov²² (v nadaljnjem besedilu: ZZRZI) se, če izpolnjuje pogoje, lahko zaposli v podporni zaposlitvi in je upravičena do podpornih storitev. 48. člen ZZRZI določa, da je podporna zaposlitev, zaposlitev invalida na delovnem mestu v običajnem delovnem okolju s strokovno in tehnično podporo invalidu, delodajalcu in delovnemu okolju. Invalidu se lahko zagotavlja pri uvajanju v delo, na delovnem mestu in pri vključevanju v delovno okolje strokovna podpora z informiranjem, svetovanjem in usposabljanjem, osebno asistenco, spremljanjem pri delu, razvojem osebnih metod dela in ocenjevanjem njegove delovne uspešnosti ter tehnična podpora s prilagoditvijo delovnega mesta in sredstev za delo v obsegu 30 ur mesečno. Menijo, da je to predvsem izjema, pogoj dopolnjene starosti 18 let za pridobitev upravičenosti do osebne asistence, pa je sistemski. Prav tako to argumentirajo pri vprašanju glede razlikovanja oseb, ki so pred 18. letom sklenile zakonsko zvezo in tako postanejo polno poslovno sposobne.

Prav tako je Zagovornik naslovil **poizvedbo na več drugih ustanov: Sožitje – zveza društev za pomoč osebam z motnjami v duševnem razvoju Slovenije, Zveze društev Sonček, YHD – Društvo za teorijo in kulturo hendikepa ter Društvo Vesele nogice**. Postavil jim je šest vprašanj. Sožitje – zveza društev za pomoč osebam z motnjami v duševnem razvoju Slovenije in YHD – Društvo za teorijo in kulturo hendikepa na postavljena vprašanja in poizvedbo nista odgovorila.

Zveza društev Sonček ter **Društvo Vesele nogice** sta na poziv Zagovornika odgovorila, njihova pojasnila povzemamo v nadaljevanju.

Na vprašanje, ali so zaradi pogoja za pridobitev pravice do osebne asistence, določenega v tretji alineji drugega odstavka 6. člena ZOA, v katerem je določena spodnja starost uporabnika »od 18 let«, iz storitev osebne asistence upravičeno izključeni upravičenci, ki bi tako storitev sicer potrebovali in bi bilo zanje smiselno, da bi jo lahko pridobili, so v Društvu Vesele nogice najprej poudarili, da nasprotujejo kakršnemukoli ločevanju invalidov, ki vpliva na njihove pravice do pomoči. Menijo, da bi moralo biti merilo zgolj stanje uporabnika in njegove potrebe, ki pa temeljijo na strokovni oceni komisije, ki ima za ocenjevanje in poznavanje potreb posameznika ustrezna znanja. Opozarjajo, da se že več let borijo, saj imajo uporabniki, ki so mlajši od 18 let, težave na več področjih in nimajo možnosti do pomoči, ki so zagotovljene odraslim osebam s posebnimi potrebami z osebno asistenco. Menijo, da je odprava spodnje starostne meje zato nujno potrebna. Pojasnjujejo, da mladostniki nimajo druge oblike dodatne pomoči, razen s strani svojih najožjih družinskih članov in so tako popolnoma odvisni le od svoje primarne celice. Starši pa zaradi dolgoletnih obremenitev pogosto zbolevajo za kroničnimi in neozdravljivimi boleznimi. Sami velikokrat zaradi tega živijo na pragu ali pod pragom revščine, zato si ne morejo zagotoviti pomoči tretje osebe. Menijo, da taka ureditev

²² Uradni list RS, št. 16/07 – uradno prečiščeno besedilo, 87/11, 96/12 – ZPIZ-2, 98/14 in 18/21)

nasprotuje tudi mednarodnim dokumentom (Konvencija o pravicah invalidov, Splošna deklaracija človekovih pravic, Konvencija o otrokovih pravicah).

Po drugi strani pa je Zveza društev Sonček opozorila, da Družinski zakonik določa starševsko skrb, ki preneha z 18. letom starosti otroka, ko otrok pridobi poslovno sposobnost. Po njihovem mnenju osebe, mlajše od 18 let, ne potrebujejo osebne asistenc, saj je naloga staršev, da skrbijo zanje. Menijo, da je osebna asistenca namenjena odraslim, ki za neodvisno življenje potrebujejo storitve osebne asistenc. Otroci živijo v družini do polnoletnosti in družina je tista, ki zaradi otroka s posebnimi potrebami potrebuje pomoč, ki je vezana na posebne otroke (dnevno/popoldansko varstvo, večdnevno varstvo, počitniško varstvo, idr.).

Na Zagovornikovo vprašanje, ali imajo osebe z invalidnostmi, mlajše od 18 let (ki bi bile, če ne bi bilo starostne omejitve, upravičene do osebne asistenc), na voljo primerljiv nabor storitev, kot jih omogoča osebna asistenca po ZOA, je Društvo Vesele nogice naštelo nekaj možnosti, ki jih imajo mlajši od 18 let, ki pa po njihovem mnenju niso primerljive osebni asistenci, in sicer imajo možnost vključevanja teh otrok zunaj celodnevne institucionalne oskrbe v:

- redne ali razvojne oddelke vrtcev za predšolske otroke,
- izobraževalne programe devetletne osnovne šole s prilagojenim izvajanjem in dodatno strokovno pomočjo,
- prilagojene izobraževalne programe vzgoje in izobraževanja z enakovrednim izobrazbenim standardom (EIS),
- prilagojene izobraževalne programe vzgoje in izobraževanja z nižjim izobrazbenim standardom (NIS) in
- posebne programe vzgoje in izobraževanja (PPVI).

Pojasnili so tudi, da CSD sicer ponujajo zakonsko urejeno **pomoč družini in pomoč na domu**, vendar ti dve storitvi nista ustrezno urejeni, da bi lahko posamezniku oz. družini omogočali kakovostno vključevanje v družbo in kakovost življenja glede na njegove potrebe. Problem teh dveh storitev je, da tudi če sta omogočeni posamezniku v neki zmanjšani obliki, nista dostopni enakovredno (po regijah) po vsej državi. Prav tako ti dve storitvi nista usmerjeni v individualno življenje posameznika, število ur, ki jih posameznik koristi, je omejeno, omejena pa je tudi vsebina pomoči, ki jo lahko izvajalec nudi. Posamezniki, ki so koristili pomoč na domu, sami povedo, da storitev ni ustrezna in dovolj kakovostna glede na njihove potrebe. Znanja zaposlenih pa žal niso usmerjena v potrebe oseb, mlajših od 18 let. Prav tako so jim znani primeri posameznikov, ki so zaprosili za pomoč na domu, a so jih pristojni centri že na začetku zavrnil in vloge sploh niso obravnavali po uradni poti.

Storitve socialnega vključevanja, ki so s 1. 1. 2022 prišle v veljavo v okviru Zakona o socialnem vključevanju, po mnenju Društva Vesele nogice prav tako niso ustrezno prilagojene glede na potrebe posameznika, izvajalci pa so zgolj institucije, ki izvajajo storitev vodenja, varstva in zaposlitve pod posebnimi pogoji, oz. varstveno delovni centri in zavodi za usposabljanje ter organizacije, ki izvajajo storitve za osebe s pridobljeno možgansko poškodbo ali okvaro in imajo sklenjeno pogodbo z ministrstvom. Seznanjeni so, da je zakon v fazi sprememb. Celotna oskrba otrok s posebnimi potrebami, ki niso vključeni v celodnevno institucionalno varstvo, večinoma temelji na njihovih starših, ki zaradi preobremenjenosti izgorevajo in zbolevajo. Raziskave tujih strokovnjakov so pokazale, da pri starših otrok s posebnimi potrebami obstaja 50 odstotkov večje tveganje za pojav rakastih obolenj, psihosomatskih obolenj in drugih bolezni, ki so posledica dolgoletnih obremenitev in stresa.

V Društvu Vesele nogice tudi navajajo, da so izvedli anketo med starši in skrbniki otrok s posebnimi potrebami. Od 249 sodelujočih staršev jih ima 62% tudi samih zdravstvene težave (in sicer 58% težave s hrbtenico, 67,7% jih je kronično utrujenih in trpijo za pomanjkanjem spanca, 20% jih ima anksiozne motnje, 4% rakava obolenja, 14,8% kronične bolezni). Kar 37,1 % anketirancev ne skrbi za svoje zdravje, na vprašanje zakaj, pa so odgovarjali, da zato, ker ne morejo in so preveč izčrpani, nimajo varstva ali pomoči oziroma jim celo ni mar za svoje zdravje (12%). Pri 75,7% anketirancih življenje z osebo s posebnimi potrebami vpliva na

njihovo partnersko življenje (npr. nimajo časa za partnerja, so preobremenjeni s skrbjo za osebo s posebnimi potrebami, so se s partnerjem oddaljili, v družinah je veliko preprirov, nesoglasij, prihaja do razhajanj in ločitev, idr.). Rezultati in ugotovitve mnogih neodvisnih strokovnjakov potrjujejo, da družine oseb s posebnimi potrebami, ki so mlajše od 18 let, brez dvoma potrebujejo pomoč. Opozarjajo tudi na tuje študije, ki to potrjujejo.²³

Zveza društev Sonček dodatno zatrjuje, da je za starše otrok s posebnimi potrebami potrebno dolgotrajnejše zagotavljanje temeljnih življenjskih potreb, kjer potrebujejo pomoč. Obstoječ sistem jim tega ne nudi v zadostni meri. V vzgojno izobraževalnem sistemu so upravičeni do spremljevalca v vrtcu in šoli. Po Zakonu o starševskem varstvu in družinskih prejemkih določeno nadomestilo za izgubljen dohodek družini oz. staršem pripada samo pod pogojem, da se odpovedo pravici do dela. Starši, ki se ne odpovedo delu in pridobivanju prihodkov in plačevanju prispevkov, iz tega naslova nimajo nobenih pravic ali nadomestil zaradi povečanih potreb družine. Takšen sistem je po oceni zveze diskriminatoren do družin in staršev, ki se ne odpovejo delu in prihodkom. Po Zakonu o socialnem varstvu je po 4. točki 11. člena določena pomoč družini, ki je sestavljena iz pomoči za dom in pomoči na domu, ki pa se v praksi slabo izvaja.

Na Zagovornikovo vprašanje, ali so storitve, ki so na voljo, medsebojno primerljive s storitvami osebne asistencije, tako po sami naravi storitev kot po obsegu storitev, so v **Društvu Vesele** nogice navedli, da se navedenih storitev ne more primerjati s storitvami osebne asistencije, saj so v večini primerov namenjene vzgoji in izobraževanju, otroci pa potrebujejo pomoč tudi zunaj navedenih oblik oskrbe, v domačem okolju in pri vključevanju v družbo zunaj domačega okolja. Pravijo, da pomoč potrebuje celotna družina, ne pa samo otrok. Oblike pomoči bi morale biti po njihovem mnenju bolj raznolike, za delo z njimi pa bi bila potrebna ustrezna usposobljenost kadrov, kar je sedaj neustrezno urejeno. Otroci s posebnimi potrebami poleg pomoči pri opravljanju osnovnih potreb potrebujejo pomoč tudi pri osamosvajanju in vključevanju v družbo, saj so od rojstva naprej zaradi svojega zdravstvenega stanja, zunaj institucije, kamor so največkrat vključeni, omejeni zgolj na ozek krog ljudi, ki so večinoma člani njihove družine. Prikrajšani so za mnogokatero izkušnjo, ki jo sicer doživijo njihovi vrstniki. Pojasnili so, da bi osebna asistenca tem otrokom brez dvoma dvignila kakovost njihovega življenja, saj nimajo druge oblike dodatne pomoči, razen s strani svojih najožjih družinskih članov in so tako popolnoma odvisni le od svoje primarne celice, ki pa je sama močno obremenjena, pogosto zboleva za kroničnimi in neozdravljivimi boleznimi, vsled tega pa tudi živi na pragu ali pod pragom revščine, zato si ne more zagotoviti pomoči tretje osebe.

Z zgoraj navedenim se strinja tudi **Zveza društev Sonček**, ki je navedla, da so storitve neprimerljive z osebno asistenco, saj je po njihovem mnenju namen drugačen. Zveza je primeroma opisala en primer, s katerim opiše razliko: Storitve pomoči družini so namenjene družini in njenim posameznikom, medtem ko je osebna asistenca namenjena posamezniku z invalidnostjo, da bi enako kot drugi polno in učinkovito sodeloval v družbi na vseh področjih življenja. Npr. če potrebujeta starša varstvo za otroka, da bosta lahko obiskala gledališko predstavo, ker njihov 16-letni otrok ne more biti sam, potem ta družina potrebuje pomoč in podporo v obliki varstva. Če pa 16-letnik potrebuje spremstvo za ogled kino predstave, ki si jih sicer 16-letniki ogledajo sami, potem potrebuje asistenco mladostnik, da lahko enako kot ostali 16-letniki obiše kino. Storitve pomoči družini niso primerljive po obsegu in bi bile približno enakopravno dostopne, če bi družine bile upravičene do finančnih in vavčerskih sredstev, ki bi jih lahko same uporabljale glede na njihove potrebe in odločitve.

Na nadaljnje Zagovornikovo vprašanje, v čem, razen v starosti, je položaj oseb, ki so dopolnile starost 15 let, ki lahko skladno z delovnopravno zakonodajo sklenejo pogodbo o zaposlitvi in ki bi potrebovale osebno asistenco tudi za opravljanje dela, drugačen kot položaj oseb, ki potrebujejo in tudi dobijo pravico do osebne asistencije in so že dopolnile 18 let, so v **Društvu**

²³ Dostopno na: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25535971/>, in <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29485798/>,

Vesele nogice odgovorili, da razlike ni, saj tudi osebe, ki so dopolnile 15 let, potrebujejo pomoč. Te osebe imajo večinoma enake potrebe kot osebe, ki so že dopolnile 18 let. Opozarjajo, da starostnih omejitev po Konvenciji o pravicah invalidov ne poznajo.

Z zgoraj navedenim se strinja tudi **Zveza društev Sonček**. Menijo, da bi položaj otrok med 15. in 18. letom moral biti enak ne glede na invalidnost. Za njihovo vključevanje v vsakodnevne aktivnosti bi lahko bili upravičeni do osebne asistencе.

Zagovornik je v vprašanih tudi pojasnil, da lahko skladno z zakonodajo s področja družinskega prava pod določenimi pogoji tudi otrok, ki je dopolnil 15 let, sklene zakonsko zvezo (postopek spregleda mladoletnosti), prizna očetovstvo, sam sklepa pravne posle, razpolaga s svojo plačo, pridobi procesno sposobnost idr., ter vprašal, v čem, razen v starosti, je položaj teh posameznikov, ki bi potrebovali osebno asistenco, drugačen kot položaj oseb, ki potrebujejo in tudi dobijo pravico do osebne asistencе in so že dopolnile 18 let. **Obe društvi** sta odgovorili podobno kot pri prejšnjem vprašanju, da bi morala biti osebna asistencа pravica najmanj od 15. leta dalje. Če se otrok s posebnimi potrebami odloči za samostojno življenje, bi moral biti upravičen do osebne asistencе.

Zagovornik je tudi poizvedoval, ali bi bilo smiselno, da se za osebe do 18. leta starosti za pridobitev osebne asistencе namesto starostne omejitve 18 let upošteva kakšna druga starostna omejitev, oziroma ali bi bilo smiselno pridobitev te pravice vezati na kakšne druge okoliščine in pogoje in če ja, na katere. **Društvo Vesele nogice** je mnenja, da bi morala biti pravica do osebne asistencа vezana na stanje, okoliščine in potrebe posameznika in ne na njegovo starost. Na prvo mesto bi morali postaviti potrebe uporabnika, njegovo stanje, njegove življenjske in bivalne okoliščine. Vse ključne storitve pa morajo stremeti k temu, da posamezniku, ki te storitve potrebuje in koristi, dvignejo kakovost življenja na višjo raven ter mu omogočajo življenje v skupnosti brez ovir in omejitev. Društvo opozarja, da bi bilo potrebno storitve, ki jih potrebujejo osebe z invalidnostmi, poimenovati skupnostne storitve in jih urejati na enem mestu, sicer je tako stanje problematično.

Zveza društev Sonček pa je navedla, da bi morala biti edina omejitev, ki lahko sledi MKPI in ZOA, neodvisno življenje posameznika z invalidnostjo. Osebno asistenco potrebuje odrasla oseba, ki želi živeti neodvisno življenje. Pravijo, da je omejitev 18 let smiselna, saj velika večina odraslih pri 18. letih še ne živi samostojnega življenja tako med populacijo "običajnih" ljudi kot tudi oseb z invalidnostjo. Menijo pa, da bi bilo v zakonu ob starostni omejitvi 18 let lahko določeno, da pravico do osebne asistencе pridobi tudi mlajša oseba, ki je pridobila popolno poslovno sposobnost.

IV. Ocena diskriminatornosti tretje alineje drugega odstavka 6. člena ZOA

6. člen ZOA (upravičenci) določa:

»(1) Vsakemu, ki izpolnjuje s tem zakonom določene pogoje, ne glede na njegov dohodek ali premoženje, je zagotovljena osebna asistencа pod enakimi pogoji.

(2) Do osebne asistencе je 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;
- da potrebuje pomoč najmanj 30 ur tedensko.

(3) Uporabnik je glede na ugotovljene potrebe po prvi in peti alineji prejšnjega odstavka upravičen do enega ali več osebnih asistentov.

(4) Če je upravičena oseba uveljavila pravico do osebne asistencije pred dopolnjenim 65. letom starosti, je lahko ne glede na tretjo alinejo prvega odstavka tega člena upravičena do osebne asistencije tudi po tem, ko dopolni to starost. V tem primeru se ponovno oceni potreba po osebni asistenci in odloči o tej pravici.«

Zagovornik je v postopku ocene diskriminatornosti ocenjeval, ali je diskriminatorna določba tretje alineje drugega odstavka 6. člena ZOA, ki določa, da je eden od pogojev za upravičenost do osebne asistencije, da je uporabnik star najmanj 18 let.

*

Po 4. člen ZVarD 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. Ta določba smiselno povzema bistvo opredelitev diskriminacije v različnih instrumentih po pravu OZN. Pri diskriminaciji mora biti specifična osebna okoliščina pomemben razlog za slabšo obravnavo. Gre za prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statuse, 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. ZVarD smiselno razčlenjuje tudi oblike diskriminacije, pri tem pa povzema zlasti opredelitve v pravu EU, pravu OZN in tiste, ki jih pozna pravna teorija. 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).

V obravnavanem primeru je Zagovornik kot osebne okoliščine, ki opredeljujejo položaj prizadetih oseb, prepoznal starost. V slovenskem pravnem sistemu je zagotovljeno pravno varstvo pred diskriminacijo zaradi osebnih okoliščin tako po 14. členu Ustave RS in 5. členu MKPI. V zadevi torej je potencialno diskriminirana skupina posameznikov, starih od 15 do 18 let, ki bi zaradi invalidnosti ali zdravstvenega stanja potrebovala storitve osebne asistencije, za to da bi enako kot drugi neodvisno odločala o svojem življenju in uresničevala različne pravice in svoboščine.

ZVarD primeroma našteva različna področja družbenega življenja, kjer je zagotovljeno varstvo pred diskriminacijo, zlasti vprašanja povezana s pogoji za dostop do zaposlitve, samozaposlitve in poklica, vključno z izbirnimi merili in pogoji zaposlovanja, ne glede na vrsto dejavnosti in na vseh ravneh poklicne hierarhije, vključno z napredovanjem; z dostopom do vseh oblik in do vseh ravni karijerne orientacije in svetovanja, poklicnega in strokovnega izobraževanja in usposabljanja, nadaljnega poklicnega usposabljanja in preusposabljanja, vključno z delovno prakso; z zaposlitvenimi pogoji in pogoji dela, vključno s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi in plačami; s članstvom in vključevanjem v organizacijo delavcev ali delodajalcev ali v vsako organizacijo, katere člani opravljajo določen poklic, vključno z ugodnostmi, ki jih zagotavljajo take organizacije; s socialno zaščito, vključno s socialno varnostjo in zdravstvenim varstvom; s socialnimi ugodnostmi; z vzgojo in izobraževanjem ter z dostopom do dobrin in storitev, ki so na voljo javnosti, vključno s stanovanji, in preskrbo z njimi. Pravica do osebne asistencije omogoča, da se premesti diskriminatorne prepreke na kateremkoli od navedenih področij družbenega življenja.

Domnevna diskriminacija zaradi starosti se torej pojavlja neposredno glede dolžnosti spoštovanja, varstva in uživanja človekovih pravic in svoboščin (glej tč. II.) kot tudi glede varstva pred diskriminacijo glede zakonskih pravic in obveznosti. Torej je podan sum

neposrednega nespoštovanja prepovedi diskriminacije (*duty to respect*). Hkrati pa lahko to povzroča, da ljudje niso enako varni pred diskriminacijo tudi v različnih razmerjih odnosov z drugimi organi oblasti, pred nosilci javnih pooblastil ter v razmerjih z drugimi subjekti na najrazličnejših področjih družbenega življenja. Torej to lahko povzroča kršitev dolžnosti varovati pred diskriminacijo (*duty to protect*) in pa tudi dolžnosti zagotavljati učinkovito uživanje pravice do enakega obravnavanja (*duty to fullfiul*). Zagovornik je torej pristojen, da oceni nastali položaj: če bi ocenil, da gre pri nedostopnosti za diskriminacijo, lahko da podporo žrtvam takšne diskriminacije, spodbudi enako obravnavanje, po potrebi pa ima na voljo tudi zahtevo za presojo ustavnosti te ureditve.

*

Po prvem odstavku 14. člena Ustave RS 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. Med te pravice sodijo tudi tiste, ki jih Ustava RS sama ne ureja (podrobneje), kot to velja za ta primer (glej tč. II). V drugem odstavku 14. člen Ustave RS določa, da so vsi pred zakonom enaki. Ta določba veže in omejuje zakonodajalca tudi pri urejanju vseh pravic, ki bi bile povsem v polju njegove proste presoje. Ta vidik je relevanten v delu, kjer je osebna asistenca predpogoj za enako učinkovito izvrševanje najrazličnejših zakonskih pravic in obveznosti.

Določba 15. člena Ustave RS določa, da se človekove pravice uresničujejo neposredno in na podlagi ustave. Med takšne določbe šteje prepoved diskriminacije, ki je samostojna pravica. Po 15. člena Ustave RS 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. Med takšne pravice gotovo sodi tudi pravica do osebne asistencе. Država jo je torej dolžna podrobneje urediti, a ne na način, ki bi povzročal diskriminacijo. Zakonsko urejanje je potrebno tudi tedaj, ko je potrebna razmejitev meja varstva posameznih pravic (na primer med različnimi upravičenci).

Ustava RS 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.

Ustava RS varuje vse človekove pravice, tudi tiste, ki jih sama ne ureja podrobneje.²⁴

Ustava RS v 52. členu (pravice invalidov) določa: »Invalidom je v skladu z zakonom zagotovljeno varstvo ter usposabljanje za delo. Otroci z motnjami v telesnem ali duševnem razvoju ter druge huje prizadete osebe imajo pravico do izobraževanja in usposabljanja za dejavno življenje v družbi. Izobraževanje in usposabljanje iz prejšnjega odstavka se financira iz javnih sredstev.«

Kot izhaja iz Komentarja Ustave RS (stran št. 558), je bistveni poudarek 52. člena Ustave RS v določitvi subjekta – to so invalidi oziroma osebe z invalidnostmi. Skladno z navedenim členom je invalidom v skladu z zakonom zagotovljeno varstvo ter usposabljanje za delo. Otroci z motnjami v telesnem ali duševnem razvoju ter druge huje prizadete osebe imajo, imajo upoštevaje drugi odstavke tega člena, pravico do izobraževanja in usposabljanja za dejavno življenje v družbi, pri čemer se izobraževanje in usposabljanje iz prejšnjega odstavka financira iz javnih sredstev. Osebam z invalidnostmi so – enako kot vsem ostalim posameznikom – priznane vse človekove pravice, zato je v tej zvezi še posebej treba opozoriti na prepoved diskriminacije in načelo enakosti iz 14. člena Ustave RS. Glede vseh človekovih pravic (civilnih, političnih, socialnih, ekonomskih in kulturnih) je treba zagotoviti, da jih bodo lahko učinkovito uresničevale tudi osebe z invalidnostmi. Pomen posebne ustavne določbe o pravicah oseb z

²⁴ Tako peti odstavek 15. člena Ustave RS: Nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta Ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri,

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 s telesnimi ali duševnimi ovirami zato uživajo posebno varstvo.

Skladno s 56. členom Ustave RS (pravice otrok) otroci uživajo posebno varstvo in skrb. Človekove pravice in temeljne svoboščine uživajo otroci v skladu s svojo starostjo in zrelostjo.

Skladno z Konvencijo o otrokovih pravicah (v nadaljevanju: KOP)²⁵ morajo biti otrokove koristi glavno vodilo.

Varstvo invalidov (kot zbir različnih pravic oseb z invalidnostmi) je Ustava RS 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). Navedene obveznosti je močno konkretizirala ratifikacija MKPI, na nekaterih področjih pa tudi pravo EU.

MKPI v 5. členu prepoveduje diskriminacijo, kot diskriminacijo pa šteje tudi neupravičeno odklonitev razumne prilagoditve. MKPI 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.

MKPI v 7. členu določa, da države pogodbenice sprejmejo vse potrebne ukrepe, s katerimi invalidnim otrokom zagotovijo, da enako kot drugi otroci uživajo vse človekove pravice in temeljne svoboščine. Pri vseh dejavnostih v zvezi z invalidnimi otroki mora biti poglobljena skrb otrokova korist. Države pogodbenice zagotovijo, da imajo invalidni otroci enako kot drugi pravico svobodno izraziti svoje mnenje o vsem, kar jih zadeva, pri čemer se njihova mnenja upoštevajo glede na njihovo starost in zrelost, prav tako jim glede na njihovo invalidnost in starost priskrbijo primerno pomoč za uresničevanje teh pravic.²⁶

Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jo je ratificirala tudi Republika Slovenija²⁷ (v nadaljevanju: 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.

²⁵ Sprejeta na Generalni skupščini Združenih narodov 20. novembra 1989 z resolucijo št. 44/25, objavljena v Uradnem listu SFRJ–Mednarodnepogodbešt.15/90, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v mednarodni agenciji za atomsko energijo objavljen v Uradnem listu RS–Mednarodnepogodbešt.9/92,

²⁶ Skladno z izboljšanim prevod Mednarodne konvencije o pravicah invalidov (MKPI) (gl. opombo 12) bi se pravilnejši prevod besedila 7. člena MKPI (**Otroci z invalidnostmi**) pravilneje glasilo: "1. Države pogodbenice bodo sprejele vse potrebne ukrepe, s katerimi bodo otrokom z invalidnostmi zagotovile, da bodo polno uživali vse človekove pravice in temeljne svoboščine, na izenačeni osnovi kot drugi otroci. 2. Pri vseh dejavnostih v zvezi z otroki z invalidnostmi mora biti glavno vodilo otrokova največja korist. 3. Države pogodbenice bodo zagotavljale, da bodo imeli otroci z invalidnostmi pravico svobodno izraziti svoja stališča o vsem, kar jih zadeva, njihova stališča pa bodo na izenačeni osnovi kot drugim ustrezno upoštevana glede na njihovo starost in zrelost, prav tako jim bodo priskrbele njihovi invalidnosti in starosti primerno asistenco pri uresničevanju te pravice."

²⁷ Uradni list RS-MP, št. 7-41/1994,

Skladno s 1. členom Protokola št. 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (MPKVCPB²⁸) 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.

Po sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice »druge okoliščine« zajemajo tudi invalidnost, prav tako starost²⁹.

Pravico do neodvisnega življenja (15. člen), ki se posebej nanaša tudi na pravice starejših (23. člen) ureja tudi ESL, ta pa v E oddelku prepoveduje tudi vsakršno diskriminacijo pri uživanju pravic urejenih z ESL.

*

Zagovornik je ureditev ocenjeval z vidika vsebinskih meril, ki jih določa 1. odstavek 14. člena Ustava RS ter po metodi, ki jo je razvilo Ustavno sodišče, ko je presojalo morebitno diskriminacijsko obravnavo. Ustavno sodišče je v Odločbi št. U-I-425/06 z dne 2. 7. 2009 (7. točka obrazložitve) zavzelo stališče, da je za presojo utemeljenosti očitka o neenakem, diskriminacijskem obravnavanju ob sumu neposredne diskriminacije pri uživanju človekovih pravic treba odgovoriti na naslednja vprašanja:

- 1) ali se zatrjevano različno obravnavanje nanaša na zagotavljanje oziroma uresničevanje človekove pravice oziroma temeljne svoboščine, druge pravice, pravnega interesa in ugodnosti,
- 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 istem 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). ZVarD namreč ne vzpostavlja pravice do enakega obravnavanja, ampak jo le podrobneje vsebinsko razčlenjuje oziroma omogoča njeno lažje razumevanje (npr. v smislu oblik diskriminacije). Pravica sama pa ima sicer značaj ustavne norme.

Ad. 1) Ali se zatrjevano različno obravnavanje nanaša na zagotavljanje oziroma uresničevanje človekove pravice oziroma temeljne svoboščine, druge pravice, pravnega interesa in ugodnosti?

²⁸ Uradni list RS-MP, št. 8-57/2010,

²⁹ Glej npr. Ase of Cîntă proti Romuniji, pritožba št. 3891/19, sodba z dne 18. februarja 2020 ter Carvalho Pinto de Sousa Morais proti Portugalski, pritožba št. [17484/15](#), sodba z dne 25. julija 2017.

Pravica do enakega obravnavanja je sicer samostojna pravica, vendar je pravni položaj v tem primeru kompleksen. Ne gre le za problem varstva pred diskriminacijo zaradi starosti. Osebna asistenca pomeni vzvod za varstvo pred diskriminacijo zaradi invalidnosti, hkrati pa tudi vzvod za to varstvo pred diskriminacijo zaradi invalidnosti pri uresničevanju številnih drugih človekovih pravic in svoboščin ter obveznosti ter položajev (glej tč.II).

Skladno s 1. členom ZOA se s tem zakonom ureja pravica do osebne asistencе 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 z namenom, da doseže na vseh področjih življenja enake možnosti, večjo neodvisnost, aktivnost in enakopravno vključenost v družbo, skladno z MKPI. ZOA v drugem odstavku 6. člena med drugimi določenimi pogoji, ki jih mora izpolnjevati uporabnik, določa tudi minimalno starost 18 let. Glede na citirano opredelitev osebne asistencе je bistvo osebne asistencе v zagotovljeni osebni podpori, ki pripada osebam z invalidnostmi pri samostojnem in aktivnem vključevanju in sodelovanju v družbi, da premostijo posledice težjih oblik invalidnosti, predvsem v smislu odstranjevanja družbenih ovir, da bi ljudje z invalidnostmi polno in učinkovito uživali vse človekove pravice in svoboščine. Zakonodajalec je uporabnike pri uživanju te pravice in posledično tudi pri uživanju ostalih (človekovih) pravic omejil na način, da je za pridobitev pravice do osebne asistencе določil minimalno starost 18 let.

Postavitev spodnje starostne meje kot pogoja za pridobitev pravice do osebne asistencе ne bi bila sama po sebi diskriminatorna, če bi za tako omejevanje obstajali objektivni razlogi in bi bile posledice tega sorazmerne z zasledovanimi cilji, oziroma če bi imela tako izločena starostna skupina na voljo druge, osebni asistenci po vsebini in obsegu, primerljive storitve. Že po sami naravi stvari je torej pri postavljeni minimalni starosti 18 let, pri kateri lahko oseba uživa storitve osebne asistencе, treba upoštevati, kdaj je oseba sposobna izvajati pravice osebne asistencе oziroma z njimi upravljati oziroma kdaj že uživa druge pravice, ki jih lahko enako uživa le, če ima osebno asistenco.

Kot je navajalo MDDSZ, naj bi starostna meja 18 let nakazovala na človekovo aktivno življenje v družbi. S to starostno mejo oseba postane polno poslovno sposobna in s tem lahko prevzame vse pravice in obveznosti kot odrasla oseba. Tudi po navedbah Zveze društev Sonček naj bi bili uporabniki osebne asistencе odrasle osebe z namenom omogočanja neodvisnega življenja, ki se praviloma prične s polnoletnostjo. Odgovori obeh poudarjajo, da je osebna asistenca pravica, ki temelji na aktivni udeležbi posameznika, in da je le njen uporabnik lahko tisti, ki upravlja z osebno asistenco, kar nakazuje na utemeljenost določene minimalne starostne omejitve. Iz odgovorov obeh pa ne izhaja, da je postavljena starostna meja 18 let določena utemeljena absolutno prepričljivo in brez vsakega dvoma (MDDSZ navaja, da ta meja »nakazuje«, ne npr. »določa« aktivno življenje v družbi, Zveza društev Sonček prav tako navaja, da se takšna sposobnost »praviloma« začne s polnoletnostjo). Vsi, ki so se odzvali na poizvedbe, vključno z MDDSZ, so se načeloma strinjali, da so sicer za otroke dolžni skrbeti starši.

Z naravo stvari pa ni mogoče utemeljiti, da takšno pravno urejanje terja pravilno tolmačenje sposobnosti otrok uživati pravico od osebne asistencе, sposobnost uživati posamezne pravice in svoboščine s pomočjo osebne asistencе, niti pravilno razmejitev pravic in obveznosti med starši in otroci. Zagovornik je analiziral, kako so v slovenskem pravnem sistemu opredeljene pravice in obveznosti glede na doseženo starost posameznika, in je pri svojih poizvedbah je posebej **izpostavil predvsem položaj oseb, starih med 15 in 18 let**. Pri tem je upošteval 56. člen Ustave RS, v katerem je določeno, da otroci uživajo posebno varstvo in skrb, pri čemer svoje človekove pravice in temeljne svoboščine uživajo v skladu s svojo starostjo in zrelostjo. Kot problematično so isto starostno skupino izpostavili tudi v Društvu Vesele nogice, češ, da ni razlik med osebami, ki so dopolnile 15 let, in osebami, ki so že dopolnile 18 let, in da imajo te osebe večinoma tudi enake potrebe. Tudi v Zvezi društev Sonček so mnenja, da bi položaj otrok med 15. in 18. letom moral biti enak ne glede na invalidnost in da bi lahko bili za njihovo vključevanje v vsakodnevne aktivnosti upravičeni do osebne asistencе.

Družinski zakonik³⁰ (v nadaljevanju: DZ) v 6. členu določa, da je otrok po tem zakonu oseba, ki še ni dopolnila 18 let, razen če je že prej pridobila popolno poslovno sposobnost. DZ v 24. členu (polnoletnost in spregled mladoletnosti) določa, da otrok ne more skleniti zakonske zveze. Sodišče lahko zaradi utemeljenih razlogov dovoli sklenitev zakonske zveze otroku, ki je že dopolnil 15 let, če je dosegel tako telesno in duševno zrelost, da lahko razume pomen in posledice pravic in obveznosti, ki nastanejo s sklenitvijo zakonske zveze. Skladno s prvim odstavkom 117. člena DZ (soglasje k priznanju očetovstva) lahko poda priznanje očetovstva oseba, katere očetovstvo se priznava, če je dopolnila 15 let in je sposobna razumeti pomen in posledice soglasja k priznanju. DZ v 146. členu (sklepanje pravnih poslov) določa, da lahko otrok, ki dopolni 15 let, sam sklepa pravne posle, če zakon ne določa drugače. Za sklepanje poslov, ki bistveno vplivajo na otrokovo življenje pred polnoletnostjo ali po njej, je potrebno dovoljenje staršev. Veljavnost pravnega posla, ki ga je otrok sklenil brez dovoljenja staršev, se presoja po pravilih obligacijskega prava. 150. člen (razpolaganje s plačo) določa, da lahko otrok, ki je dopolnil 15 let in je zaposlen, razpolaga s svojo plačo. Pri tem mora prispevati za svoje preživljanje in izobraževanje. Starševska skrb preneha skladno s 152. členom DZ s polnoletnostjo otroka, to je, ko otrok dopolni 18 let, ali če otrok pridobi popolno poslovno sposobnost pred polnoletnostjo. Otrok pridobi popolno poslovno sposobnost s sklenitvijo zakonske zveze. Sodišče pa lahko prizna popolno poslovno sposobnost otroku, ki je postal roditelj in je dosegel tako telesno in duševno zrelost, da je sposoben za samostojno življenje. 273. člen DZ (procesna sposobnost) določa, da mora center za socialno delo otroku, ki je dopolnil 15 let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, omogočiti, da sodeluje v postopkih. 15 letni otrok lahko soglaša s svojo posvojitvijo (222. člen DZ), CSD ga mora obvestiti o postopku ter mu vročiti odločbo (274. člen DZ).

Obligacijski zakonik³¹ (v nadaljevanju: OZ) v 41. členu določa, da mora imeti pogodbenik za sklenitev veljavne pogodbe poslovno sposobnost, ki se zahteva za sklenitev te pogodbe. Poslovno omejeno sposobna oseba sme brez dovoljenja svojega zakonitega zastopnika sklepati samo tiste pogodbe, ki ji jih dovoljuje sklepati zakon. Druge pogodbe takih oseb so izpodbojne, če so sklenjene brez dovoljenja zakonitega zastopnika, vendar pa lahko ostanejo v veljavi, če jih ta pozneje odobri. Mladoletna oseba, ki je dopolnila 15 let, lahko samostojno nastopa v pravnem prometu in sklepa pravne posle (če ji seveda tega poseben zakon ne omejuje) in lahko v mejah priznane poslovne sposobnosti samostojno nastopa tudi v upravnih postopkih. Iz 5. člena ZOA (uporaba zakona, ki ureja splošni upravni postopek) izhaja, da se v postopku uveljavljanja pravice do osebne asistencije uporabljajo določbe zakona, ki ureja splošni upravni postopek, če posamezna vprašanja v tem zakonu niso urejena drugače.

Tudi Zakon o pacientovih pravicah³² (v nadaljevanju: ZPacP) v 35. členu določa, da se sme, kadar otrok ni sposoben privolitve v medicinski poseg oziroma zdravstveno oskrbo, ta opraviti le, če to dovolijo njegovi starši ali skrbnik oziroma skrbnica, pri čemer pa se šteje, da otrok do 15. leta starosti ni sposoben privolitve, razen če zdravnik glede na otrokovo zrelost oceni, da je za to sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom. Šteje pa, da je otrok, ki je dopolnil 15 let starosti, sposoben privolitve, razen če zdravnik glede na otrokovo zrelost oceni, da za to ni sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom. Zakon torej vzpostavlja domnevno, da so 15 letniki sposobni odločati o sebi. Navedeno pa ne pomeni, da otrok take sposobnosti glede na svojo zrelost morda nima že pred dopolnjenim 15. letom starosti, a je to treba ugotoviti (preveriti).

Spoštovanje pravice odločati o sebi kot pogoj za namestitve v institucionalno varstvo (povezano z duševnim zdravjem) izhaja tudi iz odločitve Ustavnega sodišča v zadevi U-I-

³⁰ Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US in 5/23,

³¹ Uradni list RS, št. 97/07 - uradno prečiščeno besedilo, 64/16 - odl. US, 20/18,

³² Uradni list RS, št. 15/08, 55/17, 152/20 - ZZUOOP, 175/20 - ZIUOPDVE, 177/20, 15/21 - ZDUOP, 206/21 - ZDUPŠOP, 100/22 – ZNUZSZS,

294/12. Z njo je razveljavilo nekatere določbe 74. člena Zakona o duševnem zdravju³³ (v nadaljevanju: ZDZdr), saj so napačno temeljile na predpostavki, da poslovna sposobnost onemogoča sposobnost odločanja o sebi. Po analogiji tako ni izključeno, da poslovno nesposobni otroci ne bi mogli, če so dosegli določeno zrelost, nasprotovati denimo, svoji namestitvi v institucionalno varstvo, čeprav bi se njihovi starši s tem strinjali.

Glede razmejitve pravic s straši velja upoštevati tudi, da ima otrok, ki je dopolnil 15 let, skladno z 10. členom Zakona o verski svobodi (v nadaljevanju: ZVS)³⁴ pravico, da sam sprejema odločitve, povezane z versko svobodo.

Sklepanje, na katerem temelji starostna omejitev po ZOA, da se aktivna življenjska doba začne šele z 18. leti, ne velja absolutno. To potrjujejo številne prej navedene izjeme, ko je že v samem zakonu določeno, da so osebe, ki so dopolnile 15 let in še niso polnoletne, na številnih področjih izenačene s slednjimi. Glede na vse navedeno Zagovornik ocenjuje, da ni nobenega objektivnega, iz narave stvari izhajajočega razloga, ki bi narekoval, da so posamezniki, ki so starejši od 15 let in mlajši od 18 let, nesposobni izvrševati pravico do osebne asistencije.

Sporna ureditev otrokom z invalidnosti v tej starostni skupini ne omogoča, da svoje človekove pravice in temeljne svoboščine uživajo v skladu s svojo starostjo in zrelostjo. Taka ureditev zato predstavlja nedopusten poseg v njihove pravice, čeprav iz prej citiranih splošnih pravil iz DZ, OZ in specialnih pravil na področju zdravstva izhaja, da smejo posamezniki tudi v tem starostnem obdobju samostojno nastopati v pravnem prometu, sprejemati veljavne odločitve, ipd., kar nedvomno kaže na to, da bi lahko bile te osebe tudi sposobne v skladu s svojo starostjo in zrelostjo upravljati z lastno asistenco. Starostna meja 18 let zgolj nakazuje domnevo za človekovo sposobnost za aktivno življenje v družbi, je pa ne določa absolutno. Na kar kaže tudi dejstvo, da niso vsi posamezniki, ko dopolnijo 18 let, avtomatično samostojno delovno aktivni in neodvisni, to pa je lahko odvisno od njihove življenjske izbire, na primer šolanja (starši so dolžni otroke pod določenimi pogoji preživljati celo do dopolnjenega 26. leta³⁵), ali pa v primeru objektivnih okoliščin, ki to onemogočajo (npr. najtežje oblike invalidnosti), pa jim kljub temu veljavna ureditev daje na voljo osebno asistenco. Tudi po navedbah Zveze društev Sonček naj bi bili uporabniki osebne asistencije odrasle osebe z namenom omogočanja neodvisnega življenja, ki se zgolj »praviloma« prične s polnoletnostjo.

Zagovornik je v zvezi s posledicami oziroma ugotavljanjem neenakega obravnavanja tudi preverjal ureditev, ali imajo posamezniki, ki postavljene starostne meje še ne dosegajo, dostop do primerljivih socialnih storitev. Takih, s pomočjo katerih bi lahko enakovredno zadovoljili 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, če teh opravil zaradi vrste in stopnje svoje invalidnosti ne morejo izvajati sami. Kot so pojasnili v Zvezi društev Sonček in Društvu Vesele nogice povsem primerljivih pravic tako stari otroci nimajo na voljo. Zveza društev Sonček je izrecno opozorila, da tudi mlajši od 18 let lahko sami potrebujejo storitve iz nabora osebne asistencije, da bi si lahko zagotovili primerljivo aktivno življenje kot zdravi in enako stari mladostniki, kar bi jim omogočalo enakopravno vključevanje v vsakodnevne aktivnosti, ki jih sicer otroci brez posebnih potreb opravljajo samostojno.

MDDSZ v svojem odgovoru sicer navaja, da primerljiv položaj zagotavljajo pravice, ki so dostopne staršem otrok s posebnimi potrebami (npr. delo s krajšim delovnim časom, dodatek za nego otroka, delno plačilo za izgubljeni dohodek), kar pa seveda ne predstavlja vsebinsko enakih pravic pravicam osebne asistencije. To so pravice, ki grede staršem in s katerimi se jim poskuša olajšati oziroma omogočiti izvrševanje bistveno povečanega obsega skrbi za otroke s posebnimi potrebami. Za otroke je tako (če se s tem strinjajo starši in če prevzamejo vse te obveznosti) poskrbljeno, a to ni neposredno vsebina njihovih pravic. Če se starši s tem ne bi strinjali oziroma če tega ne bi zmogli, bi lahko otroke namestili tudi v institucije, možne rešitve

³³ Uradni list RS, št. 77/08, 46/15 – odl. US, 44/19 – odl. US in 109/23),

³⁴ Zakon o verski svobodi (Uradni list RS, št. 14/07, 46/10 – odl. US, 40/12 – ZUJF in 100/13),

³⁵ Gl. 183. člen DZ,

so rejništvo, itd., in torej ne gre pa za pravice, ki bi pripadale samim otrokom. Otroci so v tem odnosu staršem podrejeni (in ne »upravljajo« s takšno storitvijo), zato njihov položaj ni primerljiv položaju, v katerem so uporabniki osebne asistencije. Torej jim storitve staršev ne omogočajo polnega in učinkovitega sodelovanja v družbi (na primer osamosvajanje v družinskih odnosih), ampak jih še dodatno postavljajo v položaj odvisnosti od staršev, v primerjavi z vrstniki, ki nimajo invalidnosti oziroma ki lahko svoje potrebe zadovoljijo sami.

MDDSZ tudi navaja, da se ena od možnosti, ki se ponuja staršem, zagotavlja v okviru socialnovarstvene storitve pomoči družini na domu. Pomoč na domu in njen obseg se prilagodi potrebam posameznega upravičenca. Zagovornik ugotavlja, da 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 asistencija se dodeli tistemu upravičencu, ki potrebuje pomoč najmanj 30 ur na teden, torej 120 ur na mesec. V okviru pomoči družini na domu pa vsak upravičenec potencialno ne more pokriti svojih dejanskih potreb, saj je omejen z največ 20 urami pomoči tedensko oziroma se lahko v primeru, ko zaradi potreb upravičenca storitev izvajata dva izvajalca neposredne socialne oskrbe, število ur mesečno poveča za največ eno tretjino³⁶. Te storitve niso primerljive tudi zato, ker se večinoma ne izvajajo izven delovnikov, poleg tega v ničemer ne zajemajo raznolikih dejavnosti izven doma (šolanje, morebitna zaposlitev, prostočasne dejavnosti...).

Zagovornik ugotavlja, da novejša zakonodaja to skupino ljudi izrecno vključuje med možne prejemnike storitev dolgotrajne oskrbe. Zakon o dolgotrajni oskrbi (v tretjem odstavku 53. člena) ter novi Zakon o dolgotrajni oskrbi (ZDok-1 v četrtem odstavku 54. člena) upoštevata položaj oseb, mlajših od 18 let, ki so bile dovolj časa zavarovane za dolgotrajno oskrbo zaradi zaposlitve, dela oziroma opravljanja poklica, upoštevata pa tudi posebnosti ugotavljanja trajanja zavarovanja v času, ko je bil upravičenec že otrok (6. odstavek 11. člena). Vendar se navedena zakona glede storitev še ne uporabljata, prav tako so načrtovane storitve le deloma primerljive in manj daljnosežne. Vseeno pa to kaže, da je zakonodajalec izrecno upošteval poseben položaj teh oseb in njihove potrebe. Da sistem dolgotrajne oskrbe temelji na sistemu zavarovanja je le izvedeno vprašanje načina uresničevanja te pravice (načina financiranja), ne pa bistvo, ki bi opredeljevalo vsebino in naravo te pravice.

Pri oblikovanju pravice do osebne asistencije je treba glede razlogov na strani upravičenca, pa tudi sicer, upoštevati kontekst izravnalnih učinkov osebne asistencije na enake možnosti pri uresničevanju pravic. Teh situacij ni dopustno urejati pavšalno in ozko. Pri tem velja upoštevati, da je mogoče osebno asistenco v marsikateri življenjski situaciji razumeti kot nujen sistemski, splošni ukrep razumne prilagoditve (prek osebne podpore) pri zaposlovanju in delu. Da je ta pravica za marsikoga bistvena, da se sploh lahko vključi v trg dela, poudarja tudi Odbor MKPI.³⁷ Iz tega sledi, da se lahko na navedeni način otrokom preprečuje tudi dostop do zaposlitve in s tem do svobode dela iz 49. člena Ustave RS, s tem pa do možnosti doseči večjo stopnjo neodvisnosti od staršev, vključno z dostopom do sredstev za lastno preživljanje in ustvarjanje premoženja.

Zagovornik na podlagi vsega navedenega ugotavlja, da za ljudi z težjimi invalidnostmi, stare med 15 in 18 let v Republiki Sloveniji, ni primerljivih storitev niti po obsegu niti po naravi storitev. Zato so starejši od 15 let in mlajši od 18 let neupravičeno v slabšem položaju in prikrajšani pri uveljavljanju pravice do osebne asistencije, prek tega pa pri uresničevanju cele vrste človekovih pravic in svoboščin, zakonskih pravic in obveznosti, uresničevanju pravnih interesov, ugodnosti in življenjskih priložnosti. Gre za skupino oseb, ki na različnih zakonskih podlagah lahko pridobi, nekateri pa so tudi dejansko že pridobili skoraj vse pravice (z izjemo nekaterih

³⁶ Kot to določa 6. člen Pravilnika o standardih in normativih socialnovarstvenih storitev,

³⁷ Glej Splošni komentar o pravici do zaposlitve in dela št. 8, 74. Odstavek, dostopno na <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/518/57/PDF/G2251857.pdf?OpenElement>.

državljskih političnih pravic, npr. pravice voliti) in že štejejo za odrasle oz. polnoletne zaradi starševstva, sklenitve zakonske zveze ali redne zaposlitve, idr.. V tej skupini oseb so torej tudi taki, ki so na skoraj vseh področjih družbenega življenja pravno izenačeni s polnoletniki, a ureditev v ZOA tega ne upošteva in od take ureditve odstopa, saj jim krati osebno asistenco, ki bi omogočala, da te pravice enako učinkovito uživajo, ne glede na njihovo invalidnost. Gre za starostno skupino oseb, ki lahko po ZPacP same odločajo o sebi, med drugim veljavno podajajo privolitev k zdravniškim posegom ali namestitvam v socialnovarstvene zavode, ipd., kar jasno kaže na to, da bi bile povsem sposobne upravljati tudi s pravicami, ki izhajajo iz ZOA. To bi bilo nedvomno tudi skladno s 56. členom Ustave RS, po katerem so otroci upravičeni svoje pravice in svoboščine uživati v skladu s svojo starostjo in zrelostjo.

Trenutno postavljeni starostni pogoj doseženih 18 let starosti za pridobitev pravice do osebne asistencije to skupino avtomatično in brez izjeme izloči od osebne asistencije in s tem tudi tistega dela pravic, ki ima poudarjen namen vključevanja v skupnost, do česar pa so tudi te osebe nedvomno upravičene. Navedeno pomeni, da ZOA ne upošteva, da imajo otroci v nekaterih situacijah, ne le glede na svojo starost, ampak predvsem glede na svojo zrelost, že sami sposobnost uživati in izvrševati številne pravice ter svoboščine in prevzemati določene dolžnosti in odgovornosti. Starši so sicer dolžni skrbeti za svoje otroke do 18. leta starosti, vendar pa starševska skrb že pred tem celo po samem zakonu preneha, če npr. otrok pridobi popolno poslovno sposobnost pred polnoletnostjo (s sklenitvijo zakonske zveze ali z odločitvijo sodišča v primeru, da postane roditelj in je dosegel tako telesno in duševno zrelost, da je sposoben za samostojno življenje). Kot pojasnjeno lahko osebe, ki so starejše od 15 let in mlajše od 18 let, tudi veljavno sklenejo delovno razmerje, kar za njih prav tako prinaša ločitev pravno formalne zveze z njihovi starši. Vse te osebe, ki so mlajše od 18 let, kakor tudi druge osebe v tej starostni skupini so zagotovo na področju sporne ureditve osebne asistencije neupravičeno diskriminirane zgolj na podlagi svoje starosti, za kar ni nobenega utemeljenega razloga.

Ne glede na prej navedeno je treba pri presoji spornega vprašanja upoštevati, da tudi v zadnjih letih odraščanja in osamosvajanja otrok od staršev ter učenja odgovornosti za samostojno življenje pred njihovo polnoletnostjo staršem ostajajo predvsem premoženjske obveznosti. V ostalem pa morajo starši spoštovati pravice otrok ter upoštevati tudi njihovo voljo. Voljo otrok lahko starši nadomeščajo le glede najpomembnejših vprašanj, ki jih lahko daljnosežno zaznamujejo. Otroci imajo pravico draščati, kar pomeni pridobivanje ne le zmožnosti, ampak tudi spretnosti in veščin za samostojno uživanje pravic, skladno s starostjo in zrelostjo, kar je proces osamosvajanja od staršev. Otroci z invalidnostmi nimajo manj pravic povezanih z odraščanjem, kot jih imajo drugi otroci. Iz narave pravic staršev ne izhaja, da bi širitev pravic, da bi se mladoletniki sami izrekli glede pravic do osebne asistencije, lahko posegala v pravice staršev. Prej nasprotno, praviloma bi starše osebna asistencija razbremenila daljnosežnih skrbstvenih obveznosti za svoje otroke z invalidnostmi ter predstavljala okoliščine, ki bi že pred polnoletnostjo otrok zagotavljala staršem, da bo za njihove otroke ustrezno poskrbljeno tudi po prenehanju njihove starševske skrbi. Sama okoliščina staršev, da so starši otroku s posebnimi potrebami za katerega morajo skrbeti, najpogosteje (ne glede na nadomestila za izgubljeni dohodek) zelo močno vpliva na njihovo premoženjsko stanje, zdravstveno stanje, idr., med drugim tudi na njihove enake možnosti na trgu dela, kar vse dejansko predstavlja veliko tveganje za diskriminacijo zaradi invalidnosti staršev preko povezave z otrokom, ki ima posebne potrebe (glej prvo alinejo drugega odstavka 5. člena ZVarD). Osebna asistencija je pravica, ki temelji na aktivni udeležbi oziroma upravljanju uporabnika z osebno asistenco, ki pa ne bi smela biti pridobljena po avtomatizmu oziroma ob izpolnitvi določenega starostnega pogoja, ampak bi moralo biti merilo zgolj stanje uporabnika in njegove potrebe. Iz tega sledi, da sporna starostna omejitev osebne asistencije ne izhaja iz narave stvari, niti v primeru, ko bi bila osebna asistencija le zakonska pravica, ki bi bila v okviru proste presoje zakonodajalca.

MDDZS je celo samo navedlo, da je po Zakonu o zaposlitveni rehabilitaciji in zaposlovanju invalidov³⁸ (v nadaljevanju: ZZRZI) predvidena podporna zaposlitev invalida na delovnem

³⁸ Uradni list RS, št. 16/07 - uradno prečiščeno besedilo, 87/11, 96/12 - ZPIZ-2, 98/14, 18/21,

mestu v običajnem delovnem okolju s strokovno in tehnično podporo invalidu, delodajalcu in delovnemu okolju, v okviru katere se invalidu lahko med drugim zagotavlja pri uvajanju v delo, na delovnem mestu in pri vključevanju v delovno okolje tudi osebno asistenco. Navedeno pa je v primeru zaposlitve osebe z invalidnostjo, ki še ni dosegla 18 let, prav zaradi spornega zakonskega pogoja iz 6. člena ZOA dejansko onemogočeno.

Na področju zdravstva se po citirani določbi 35. člena ZPacP celo vzpostavlja domneva, da je otrok, ki je dopolnil 15 let, sposoben privolitve v medicinski poseg oziroma zdravstveno oskrbo, razen če zdravnik glede na otrokovo zrelost oceni, da za to ni sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom, kar je v direktnem nasprotju s stališči zakonodajalca, ki naj bi ga vodila pri postavitvi minimalnega starostnega pogoja za uveljavljanje osebne asistencije.

Tudi v Društvo Vesele nogice in Zvezi Sonček, ki so se na poziv Zagovornika odzvali v predmetnem postopku ocene diskriminatornosti, so mnenja, da bi tudi osebe, stare več kot 15 in mlajše od 18 let, potrebovale storitve osebne asistencije za zadovoljevanje tistih potreb, ki jih ne morejo zadovoljevati zaradi svoje invalidnosti same, pa bi jih glede na svojo starost sicer lahko že zagotavljale same. Skupina uporabnikov, starih več kot 15 in manj kot 18 let, tako zgolj zaradi svoje starosti ni upravičena do osebne asistencije, zaradi česar so ti uporabniki izključeni od enakopravnega priznavanja, uživanja in uresničevanja zakonske pravice do osebne asistencije.

Že v tč. II. zgoraj je izčrpno pojasnjeno, zakaj je osebna asistencija varovana kot temeljna človekova pravica sama zase, kot ključni izraz pravice do neodvisnega življenja po 19. členu MKPI in kot pravica, ki opolnomoči za uživanje cele vrste človekovih pravic in svoboščin (ter s tem v terminologiji ESČP pade v njihov domet), predvsem pa tudi, zakaj je sama zase namenjena preprečevanju diskriminacije, ki ji je oseba izpostavljena, če je nima.

Glede na vse navedeno je Zagovornik mnenja, da izključitev določenega kroga oseb z invalidnostmi iz pravice do osebne asistencije zaradi nedoseganja spodnje starostne meje, v starostni skupini po dopolnjenem 15. in pred dopolnjenim 18. letom, predstavlja poseg v pravice posameznika in je glede na navedeno odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, zaradi česar je treba presojo opraviti glede na 1. odstavek 14. člena Ustave RS (v terminologiji ustavno sodne presoje gre za spoštovanje pravice do nediskriminacijskega obravnavanja).

Ad 2.) Ali obstaja različno obravnavanje pobudnika in tistega, s katerim se pobudnik primerja?

Kot je razvidno iz predstavljene ureditve v tč. 1.), v tretji alineji 6. člena ZOA določena omejitev predstavlja spodnjo starostno mejo za uveljavljanje osebne asistencije, pri čemer ni nobenega razlikovanja znotraj skupine oseb pod 18 let. Ureditev ne upošteva, da je v slovenskem pravnem redu položaj posameznikov med 15. in 18. letom (t.i. starejši mladoletniki) posebej urejen in se razlikuje od ureditve, ki velja za otroke, mlajše od 15 let (t.i. mlajši mladoletniki in drugi otroci) tako, da je njihov položaj primerljiv ali skoraj v celoti enak položaju oseb, ki so dopolnile 18 let starosti (glej tudi tč. 3). Posledica takega zakonskega pogoja je, da se posamezniki, ki izpolnjujejo vse druge zakonske pogoje po ZOA in so stari med 15 in 18 let, zgolj zaradi nedoseganja starostnega pogoja ne morejo posluževati pravic iz osebne asistencije, čeprav bi jih potrebovali v enaki ali primerljivi meri in čeprav nimajo zagotovljenih drugih primerljivih pravic. Te osebe ne morejo uveljavljati pravic, ki jih v zvezi z osebno asistenco izrecno predvidevajo drugi zakoni, npr. prej citiran ZZRZI, ki v primeru, da se oseba z invalidnostjo zaposli pred doseženim 18. letom, predvideva podpirne storitve tudi v obliki osebne asistencije, ki pa jih uporabnik zaradi neusklajenosti z ZOA sploh ne more niti uveljavljati. Že v tč. II in 1) je tudi navedeno glede katerih človekovih pravic in svoboščin in na katerih področjih družbenega življenja je lahko osebna asistencija vzvod za preprečitev diskriminacije, kar pojasnjuje tudi, v čem imajo zato te osebe torej zagotovljeno nižje varstvo

pred diskriminacijo zaradi invalidnosti in lahko manj učinkovito uresničujejo vse navedene pravice, svoboščine, pravne interese in imajo manj raznolike izbire načina svojega življenja.

Na podlagi navedenega nedvomno obstaja različno in to slabše obravnavanje posameznikov, ki je povezano zgolj s starostnim pogojem iz 6. člena ZOA. Posamezniki, ki sicer po določitih DZ, OZ ali npr. ZPacP lahko že samostojno nastopajo v pravnem prometu, prevzemajo pravice in obveznosti in veljavno izjavljajo svojo voljo, ne morejo uveljavljati pravic iz osebne asistencije, ker jim ZOA to izrecno onemogoča s postavitvijo starostnega pogoja.

Ad 3.) Ali sta dejanska položaja, ki ju pobudnik primerja, v bistvenem enaka in torej razlikovanje temelji na varovani osebni okoliščini?

Položaj oseb z invalidnostmi, ki so dopolnile 15 letin še niso dopolnile 18 let, in so npr. v delovnem razmerju, ali so sklenile zakonsko zvezo, so postali starši, s čimer so pridobile polno poslovno sposobnosti ter lahko samostojno nastopajo v pravnem prometu, sodelujejo v sodnih in upravnih postopkih, privolijo v medicinski poseg, ipd., so v bistvenem enaki tistim ljudem z invalidnostmi, ki so dopolnili 18 let (glej tudi tč. 1 in 2). Tam, kjer še obstajajo razlike (npr. volilna pravica), so razlogi za to drugačni, kar za to presojo ni bistveno. Čeprav zakonodaja njihovo pravno in poslovno sposobnost splošno dosledno in relativno koherentno ureja, pa ZOA tega ne upošteva, zato te osebe zaradi postavljenega starostnega pogoja v ZOA ne morejo pridobiti pravic iz osebne asistencije. Iz tega izhaja, da razlikovanje temelji zgolj na osebni okoliščini dosežene starosti in gre torej za razlikovanje, ki temelji le na osebni okoliščini, ki jo kot varovano izrecno priznava ZVarD, pa tudi ustavno sodna praksa.

Ad 4.) Če je odgovor na prva tri vprašanja pritrdilen, ali je ta poseg ustavno dopusten?

Ključno merilo za dodelitev in obseg pravice do osebe asistencije je preprečevanje in odpravljanje negativnih učinkov invalidnosti za neodvisno življenje, polno in učinkovito uživanje vseh pravic in svoboščin ter aktivna vključenost v družbo. Pri zagotavljanju osebne asistencije torej nikakor ne gre (le) za vprašanje posebnega varstva pravic invalidov po 52. členu ustave, niti za vprašanje dometa načela socialne države ali kakšna druga vprašanja, kjer bi imela država posebno široko polje proste presoje. Osrednje vprašanje ni, ali je ljudem z invalidnostmi zagotovljena zadostna (dodatna) pomoč, kaj šele posebni privilegiji. Prav tako v primeru najbolj nujnih storitev osebne asistencije ne gre za sprejemanje takih pozitivnih ukrepov, ki bi bili v dometu diskrecijske pravice države oz. polja proste presoje. Tudi, če bi jih morda lahko opredelili kot pozitivne ukrepe, pa so ti nujno potrebni (in so po MKPI pravno obvezni). Brez njih namreč ni mogoče na primerljiv način preprečiti (posledic) diskriminacije (in strukturne izključenosti) zaradi invalidnosti pri uživanju pravice do neodvisnega življenja in s tem povezanih številnih drugih človekovih pravic in svoboščin oziroma vključevanje in sodelovanje v družbi. Polje izbire kriterijev in presoje zakonodajalca o pogojih za uživanje pravice ni široko.

Onemogočenje sposobnosti odločati o sebi, o življenjski ureditvi in vseh vidikih svojega življenja ter vzdrževanje ovir pri uresničevanju številnih človekovih pravic in svoboščin ter drugih pravic in obveznosti pomeni daljnosežen poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, v osebne pravice (vključno z varstvom dostojanstva) in pravico do neodvisnega življenja. Gre za resen poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, ta pa ima naravo neposredne diskriminacije.

Zagovornik je zato ocenjeval, ali takšna ureditev predstavlja dopustno izjemo od prepovedi diskriminacije. Skladno s prvim odstavkom 13. člena ZVarD neenako obravnavanje zaradi določene osebne okoliščine ne pomeni neposredne diskriminacije, če takšno različno obravnavanje temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna, potrebna in sorazmerna. Tudi sicer iz ustaljene ustavno sodne presoje izhaja, da je zato potrebno uporabiti najstrožji test sorazmernosti. Zakonodajalec ima v takem primeru breme z

zadostno zanesljivostjo dokazovati, da je to omejevanje iz nekih posebnih razlogov nujno, neobhodno potrebno za doseganje z ustavo (bolj) zavarovanih ciljev in vrednot. Negativne posledice zavarovane s pravico do osebne asistencije morajo odtehtati pomen teh posebnih vrednot in ciljev.

Zagovornik je v nadaljevanju za ugotavljanje upošteval pridobljene odzive MDDSZ in je ocenil, da MDDSZ ni pojasnil nobenega specifičnega legitimnega, ustavno dopustnega cilja, ki bi ga s takim razlikovanjem zasledoval. Starostni pogoj je pojasnjeval zgolj s tem, da ga je vezal na načelno aktivno udejstvovanje posameznika v družbi. Cilj, ki ga zasleduje s tem pogojem, pa naj bi bilo samostojno osebno in družinsko življenje oseb, ki so v najbolj aktivnem življenjskem obdobju, pred 18. letom pa naj bi za otroke bili dolžni skrbeti starši.

Zagovornik je ocenil, ali je starostni pogoj ustrezno, (nujno) potrebno in sorazmerno sredstvo za doseganje tega legitimnega cilja. Ukrep je namreč ustrezen/primeren, če je mogoče zasledovani cilj s tem ukrepom doseči oziroma če lahko ukrep sam ali v kombinaciji z drugimi ukrepi prispeva k doseganju tega cilja. Pri tem je Zagovornik ugotovil, da postavitve spodnje starostne meje 18 let kot dodaten pogoj za uveljavljanje pravic iz osebne asistencije ni v ničemer utemeljen, ampak je postavljen kot starostna meja, temelječa na domnevi, da se takrat praviloma začne aktivna življenjska doba, kar pa, kot je že zgoraj pojasnjeno, ne drži. Kot je bilo pojasnjeno že zgoraj ob analizi učinkov ureditve (tč. II. ter tč. 1.-3) navedene cilje ureditev celo zgreši, saj te domneve ni mogoče ovreči. Pri tem pa je že samega načina utemeljevanja možno sklepati, da je ločnica zgrajena na predsodku oziroma na podcenjevanju pravic ljudi z določeno kronološko starostjo, ki se jim pripisuje (posplošeno, brez možnosti dokazovati nasprotno, to je zakonska domneva ter v številnih življenjskih primerih celo očitna fikcija) manjšo stopnjo aktivnosti, manjšo potrebo po neodvisnosti in celo manjšo potrebo po obsegu preprečevanja diskriminacija glede uživanja pravic in polnega vključevanja v družbo. Normiranje pogojev za uživanje posameznih pravic se ne sme sprevreči v prekomerno omejevanje teh in zlasti ne tudi drugih pravic (ki v tem smislu medsebojno niso nujno soodvisne oziroma to ne izhaja iz njihove narave) ali celo v zakonodajno normiranje obsega in vsebine življenjskih aktivnosti ter življenjskih stilov glede na posameznikovo starost. Uporaba starostne meje za določanje obsega uživanja pravice do neodvisnega življenja pomeni ločnico, ki pomeni posploševanje, ki je pogosto lahko v očitnem neskladju z konkretnimi življenjskimi okoliščinami posameznega primera. Osebam starim med 15 in 18 let osebna asistencija ne gre, kar jim ovira aktivno udejstvovanje (vključevanje) v družbo, čeprav je dokazano, da jih pravni sistem v veliki meri, pri nekaterih skupinah pa že skoraj popolnoma, izenačuje z drugimi odraslimi osebami, celo pri urejanju deloma primerljivih pravic, kot je možnost dolgotrajne oskrbe. Kot je bilo izkazano že zgoraj, je osebna asistencija lahko v bistveni zvezi z vsemi temi položaji. Glede na navedeno ureditev se na očitno neprimeren način zasleduje domnevne cilje, učinki pa so prekomerni in v veliki meri onemogočajo ali celo izpraznijo vsebino posameznih pravic, pa tudi učinkovitost varstva pred diskriminacijo zaradi invalidnosti pri njihovem uživanju.

Po oceni zagovornika je eden od možnih hipotetičnih ciljev ureditve tudi ekonomski, to je zmanjševanje možnih finančnih bremen proračuna prek omejitve števila upravičencev. Vlada je tak argument nakazala v ustavno sodnem sporu o tej določbi glede zgornje starostne meje 65 let (zadeva št. I-U-90/23), z navedbami, da so finančna bremena zagotavljanja osebne asistencije nevzdržna, kar se pojavlja tudi ob robu v javnih razpravah o regresivnih rešitvah v novem ZOA. Vlada meni, da je sporna starostna meja zato »ustrezna in primerna glede na namen in cilje na podlagi ZOA«. Vlada še navaja, da bi v primeru ugotovitve neustavnosti pravica do osebne asistencije »predstavljala finančno bolj privlačno in uporabniku prijaznejšo ter dostopnejšo pravico, zato bi se število uporabnikov osebne asistencije zaradi odprave zgornje starostne meje... »lahko bistveno povečalo in posledično povzročilo sistemsko nevzdržne finančne posledice«.

Ekonomskih ciljev v številnih kontekstih, tudi v dosedanji ustavni presoji sumov diskriminacije zaradi invalidnosti, sploh ni mogoče šteti niti kot legitimen cilj³⁹. Tudi če bi jih kot take lahko priznali (pa ni možno), pa tak cilj ne more *in concreto* odtehtati negativnih posledic in vrednostnega pomena osebne asistencije. Trditev, da bi priznanje pravice vsem, ki jim gre, »posledično povzročilo sistemsko nevzdržne finančne posledice«, je pavšalna in s tem popolnoma neutemeljena.

Drugi odstavek 4. člena MKPI določa: »Glede ekonomskih, socialnih in kulturnih pravic se tudi po vsaka država pogodbenica zavezuje, da bo sprejemala ukrepe, tako da bo **v največji mogoči meri izkoristila vire, s katerimi razpolaga**, po potrebi v okviru mednarodnega sodelovanja, zato da se postopno doseže polno uresničenje teh pravic. Ta določba ne posega v tiste obveznosti iz te Konvencije, ki so po mednarodnem pravu takoj uporabne«. Ta določba povzema določila Mednarodnega pakta o socialnih, ekonomskih in kulturnih pravicah (MPESKP), ki velja tudi sicer sam zase. Tudi Odbor MKPI v Splošnem komentarju št. 5 v tč. 38 (h) izrecno poudarja, da med t.i. temeljne obveznosti (*core obligation*) sodi tudi »Uporaba vseh razpoložljivih sredstev, vključno z regionalnimi sredstvi in sredstvi za razvojno sodelovanje, za razvoj vključujočih in dostopnih storitev neodvisnega življenja.« Navedeno pomeni, da je država dolžna zagotavljati progresiven, čedalje višji nivo teh pravic.

Zagovornik je pri oceni za merilo upošteval določbe 1. odstavka 14. člena Ustave RS, pri razlagi pa je upošteval tudi določbe mednarodnega prava, zlasti MKPI in ESL. Posebej je upošteval pa je tudi temeljno načelo, po katerem mora biti pri vseh dejavnostih v zvezi z otroci, tudi tistimi z invalidnostmi, poglobljena skrb najboljša otrokova korist.

Glede na vse navedeno Zagovornik ocenjuje, da je tretja alineja 6. člena ZOA, ki kot minimalno starost za uveljavljanje pravic osebne asistencije določa starost 18 let, neposredno diskriminatorna zaradi starosti, hkrati pa posledice povzročajo neustrezno varstvo pred diskriminacijo zaradi invalidnosti oseb starih med 15 in 18 let.

Zagovornik bo v nadaljevanju ukrepal v skladu s svojimi pristojnostmi po ZVarD.

Pripravila:
Mateja Galič
Samostojna Svetovalka Zagovornika

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Priloga:

- odgovor Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (dokument št. 050-4/2023 z dne 5. 4. 2023),
- odgovor Društva Vesele nogice (dokument z dne 5. 7. 2023),
- odgovor Zveze društev Sonček (dokument z dne 15. 8. 2023).

Poslano:

- Zbirka dok. gradiva.

³⁹ O tem je na primer Ustavno sodišče RS presojalo v zadevi U-I-156/11. Vlada se je pri podajanju razlogov za vzdrževanje nedostopnosti sodišč mdr. sklicevala na prehodne določbe ZIMI. Ustavno sodišče je ob tem v tč. 25 obrazložitve odločbe iz leta 2014 navedlo, da je "navedbe Vlade o bistveno povečanih stroških volitev ne morejo utemeljiti diskriminacije invalidov pri izvajanju volilne pravice. Ne gre namreč za vse objekte v javni rabi, temveč le za tiste, ki so in kolikor so potrebni za volišča. Da bi se omogočil neoviran fizični dostop invalidom do volišč, tudi niso nujno potrebna prav velika finančna sredstva, saj je nekatere ovire mogoče premostiti tudi z začasnimi rešitvami, ki pa vendarle zagotovijo volivcu invalidu uresničenje temeljne politične pravice na način, ki mu ne le omogoča popolne tajnosti oddanega glasu, temveč spoštuje tudi njegovo osebno dostojanstvo (34. člen Ustave). Da je odprava teh ovir povezana s finančnimi sredstvi, lahko vpliva le na dolžino prehodnega časa, v katerem je treba poskrbeti za odpravo navedenih ovir. Ne more pa tako dolgo in brez (krajše) časovne omejitve tudi v prihodnje upravičevati diskriminacije.«