

Temeljni instrumentarij določanja in odločanja o (človekovih) pravicah v zvezi z novimi tehnologijami

POVZETEK: Avtor članka izhaja iz teze, da je spoštovanje človekovih pravic v evropskih družbah temelj legitimnosti oblasti in družbene regulacije, tudi tiste regulacije, ki bodisi dopušča ali prepoveduje uporabo novih tehnologij. Namen članka je približati sociologiji temeljni instrumentarij, ki ga uporabljajo slovenska sodišča in Sodišče za človekove pravice v Strasbourgu pri odločanju o človekovih pravicah v zvezi z novimi tehnologijami, in razkriti, v katerih elementih tega instrumentarija je prostor za sociološke argumente. Obravnava glavni interpretativni metodi za uporabo splošnih določil o človekovih pravicah, razmejevanje med iztožljivimi pravicami in programskimi normami, delitev na absolutne pravice in na tiste pravice, v katere je dopustno posegati, pravne standarde v procesih zmanjševanja dosežene ravni na primeru socialnih pravic, načelo sorazmernosti na primeru poseganja v pravico do informacijske zasebnosti, test arbitrarnosti na primeru diskriminacije na področju genetskega inženiringa. V zadnjem poglavju članek presega okvire informativnosti, saj na primeru prepovedi kloniranja v povezavi s posegom v pravico do svobodne znanstvene dejavnosti (60. člen Ustave RS) ali pravice do samo-uresničevanja (35. člen Ustave RS) izpostavlja problematičnost utemeljevanja prepovedi uporabe novih tehnologij v človekovem dostojanstvu tistih, ki jih ni (na svetu). Avtor se z opiranjem na koncept »evidence based medicine« v povezavi z načelom sorazmernosti odvrta od omenjenega problematičnega utemeljevanja zaradi možnih manipulacij, varovanja subjektivne koncepcije človekovega dostojanstva in pravice do samo-uresničevanja ter zaradi tega, ker v antropocentričnem konceptu človekovih pravic ne vidi prihodnosti za razvoj prava o temeljnih pravicah, ki bo moral biti prek indikatorjev kakovosti bivanja odprt pravicam živali, prihodnjih generacij in robotom.

KLJUČNE BESEDE: kloniranje, genetski inženiring, informacijsko nadziranje, sorazmernost, arbitrarnost, diskriminacija, subjektivna in kolektivna koncepcija človekovega dostojanstva, pravica do samo-uresničevanja, pravica do svobodne znanstvene dejavnosti, pravice živali, pravice robotov, pravice prihodnjih generacij, kakovost bivanja

1. Uvod

V izhodišče prispevka postavljam tezo, da je spoštovanje človekovih pravic v evropskih družbah temelj legitimnosti oblasti in družbene regulacije - torej tudi tiste regulacije, ki bodisi dopušča ali prepoveduje uporabo novih tehnologij.

Najbrž za sociologa oziroma sociologinjo ta zveza med legitimnostjo in spoštovanjem človekovih pravic ni problematična. Pravnik oziroma pravnica pa bi lahko imel(a) že drugačen odnos do te izhodiščne teze. Pravniku bi morda ta teza povzročila nelagodje zaradi nedoločnosti pojma »legitimnost«, ki ga lahko razumemo drugače kot pojem »legalnost« (zakonitost). Pravnik bi morda rekel tudi, da omenjena teza ne drži. In lahko bi imel prav.

Vendar bi tudi sociologu lahko povzročil težave s tem istim vprašanjem, če bi ga vprašal na primer: Ali spoštovanje človekovih pravic iz navedene teze pomeni, da ni dopustno sprejeti zakona, ki dovoljuje uporabo nove tehnologije, če bi ta nova tehnologija prinesla znižanje dosežene ravni uresničevanja oziroma varstva določene pravice?

Pravnik oziroma sodnik v Republiki Sloveniji bi morala vedeti, da zniževanje dosežene ravni določene pravice načeloma ni nedopustno. Poznamo namreč primere univerzalnega zniževanja ravni socialnih pravic. V Sloveniji je v zadnjem obdobju aktualno zlasti zniževanje ravni socialnih pravic s področja zdravstvenega varstva. Vendar, ali je dopustno tudi zniževanje ravni političnih in državljskih pravic? Zaradi okoliščin po 11. septembru se zdi, da tudi varstvo dosežene ravni državljskih pravic, na primer pravice do zasebnosti, ni več tako zavarovana vrednota, kot je bila pred tragičnimi dogodki.

Nadalje je aktualno vprašanje, ali je dopustno z zakonom znižati ali zvišati raven uresničevanja pravic samo za določen krog oseb? Kaj, če se nova tehnologija uveljavlja brez posredovanja države, brez zakona, kar se seveda v resnici tudi dogaja? Ali ima država v takem primeru dolžnost reagirati z vidika varstvu človekovih pravic? Kaj pa, če nova tehnologija dviguje raven varstva človekovih pravic, če povečuje možnost izbire na področju pravic zdravstvenega varstva, a nekaterim to vzbuja nepremostljive etične pomisleke? Ali lahko zaradi etičnih pomislekov omejujemo določeno pravico oziroma da je sploh ne dopustimo. Če ima država dolžnost reagirati v takih primerih, v kakšnih okvirih mora to dolžnost uresničevati?

Namen tega prispevka je prikazati vsaj najbolj temeljni instrumentarij, ki je tudi obvezujoči pravni instrumentarij za reševanje tovrstnih vprašanj. Na ta način bi želel približati »obrt« uporabljanja prava o človekovih pravicah, kot temelja legitimnosti sodobnih družb, sociologiji, ki naj bi se problemov uvajanja novih tehnologij lotevala po znanstveni metodi. Menim namreč, da bi v ključnih odločitvah o človekovih pravicah, ki seveda zadevajo vse nas, morale v bistveno večji meri najti mesto tudi argumentacije z znanstvenimi, sociološkimi (pa tudi ekonomskimi in drugimi nepravniškimi) ekspertizami. Kje je torej v tem instrumentariju prostor za sociologe?

2. Kdo določa in odloča o človekovih pravicah?

Določanje povsem novih pravic je v rokah poslancev. Poslanci sprejemajo nove pravice bodisi z ustavo, bodisi z ratifikacijo neke mednarodne konvencije, ki vključuje iztožljive pravice, bodisi da se določene pravice na podlagi ustave opredeljujejo z zakonom. Na primer pravica do zdravstvenega varstva se na podlagi ustave opredeljuje v Zakonu o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (1992) in v Zakonu o

zdravstveni dejavnosti (1992) ter na tej zakonski podlagi tudi v Pravilih obveznega zdravstvenega zavarovanja (1994). To pomeni, da bi lahko v prihodnosti Zakon o zdravstvenem varstvu in zdravstveni dejavnosti vseboval tudi natančno ureditev pravice do genetskega inženiringa, ki bi bila v skladu z obveznostmi, ki jih je Slovenija sprejela z ratifikacijo Konvencije o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (v nadaljevanju: Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino, 1998). Zaradi potrebe po regulaciji genetskega inženiringa torej ne bi bilo treba spreminjati oziroma dopolnjevati Ustave. V vsakem primeru pa na ravni državnega prava Ustavo, mednarodno konvencijo ali zakon sprejemajo poslanci, torej politiki, ki so izvoljeni na demokratičnih volitvah. Ti določajo nove pravice.

V slovenskem parlamentu je približno 6 diplomiranih pravnikov od 90 poslancev. V parlamentarnem odboru, ki se ukvarja s to problematiko, pa so približno 3 diplomirani pravniki od 20 članov odbora. Med samimi poslanci torej ni mogoče pričakovati strokovno-pravne razprave na temo človekovih pravic in novih tehnologij.¹ Lahko pa državni zbor organizira strokovno javno razpravo na temo konkretne človekove pravice, preden poslanci to pravico institucionalizirajo. Pomembno korekcijo opisanemu stanju v državnem zboru predstavlja tudi sodna veja oblasti. Kajti, odločanje o človekovih pravicah v konkretnih primerih in dajanje konkretne vsebine človekovim pravicam je v rokah sodnikov/sodnic. Vendar pa so sodniki/sodnice izključno pravniki. V Sloveniji je približno 730 sodnikov. In v slovenski strokovni literaturi sem zasledil samo enega sodnika, ki piše strokovne članke tudi na področju sociologije.

3. Možni poti uveljavljanja socioloških argumentov v pravu o človekovih pravicah

Pri uveljavljanju novih pravic lahko sociološki argumenti dobijo realno veljavo, če sociologiji uspe vplivati na politiko – neposredno na poslance. Lahko pa sociologija vpliva na politiko prek javnega mnenja, na primer v zvezi z referendumom o sprejemu nove pravice v zvezi z novimi tehnologijami. V preteklih 10 letih smo največ novih pravic dobili z Ustavo RS in z ratificiranjem novih mednarodnih konvencij. Te so (bile) formalni pogoj vključevanj Slovenije v nove mednarodne integracije, ki temeljijo na varstvu človekovih pravic.

Druga vrsta možnosti vplivanja ni usmerjena v politiko, ampak v sodstvo. In tej možnosti vplivanja bom namenil nadaljnjo vsebino prispevka. Gre za možnost, ki se lahko vrši vsakodnevno in sicer tako, da odvetnik stranke uspe sociološke argumente umestiti v temeljni instrumentarij, ki ga sodišča uporabljajo v sodnih postopkih. Sodišče namreč lahko v okviru že obstoječega določila o neki pravici, ustavno, zakonsko ali konvencijsko določilo interpretira tako, da ji prizna neko novo vsebino, da v njen okvir dopusti nove vidike (elemente) pravice, ki so na primer povezani z novimi tehnologijami.

Ob tem moram povedati, da se instrumentarij za odločanje o človekovih pravicah v zvezi z novimi tehnologijami ne razlikuje od instrumentarija za odločanje o pravicah v drugih primerih.

4. Temeljni interpretativni metodi za uporabo določene pravice

Vzemimo primer mednarodnega Sodišča za človekove pravice v Strasbourg. To sodišče varuje izključno pravice iz Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki je bila sprejeta v Rimu leta 1950. Recimo, da bi se Sodišče za človekove pravice znašlo v situaciji, ko bi moralo odločati o nekem novem vidiku določene pravice iz Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, na primer v zvezi z uporabo novih tehnologij. Ena možnost je, da bi Sodišče za človekove pravice konvencijsko pravico razlagalo skladno z aktualnimi družbenimi spremembami in potrebami. To bi bila dinamična razlaga Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Druga možnost pa je, da bi Sodišče za človekove pravice konvencijsko pravico razlagalo samo v skladu z namenom držav podpisnic iz časa, ko so sprejemale Konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. To bi bila zgodovinska razlaga oziroma razlaga po prvotnem namenu konvencijske določbe.

Vzemimo hipotetičen primer, da gre za nov vidik varstva pravice do zasebnosti v povezavi z razvojem informacijske tehnologije. Državna varnostno-obveščevalna služba je nadzirala mojo elektronsko pošto. Predvidevam, da bi Evropsko sodišče v tem primeru uporabilo dinamično razlago in bi reklo, da je Konvencija »*living charter*« in da Konvencija varuje tudi pred posegi v zasebnost z nadziranjem elektronske pošte, čeprav seveda elektronske pošte v času sprejemanja Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin še ni bilo. Zadevo bi sprejelo v obravnavo.²

Drugačno interpretacijo pa bi Sodišče po mojem predvidevanju uporabilo, če bi šlo za vprašanje neke povsem nove tehnike ustvarjanja človeških bitij. Pri tem ne mislim na kloniranje³, ker je kloniranje prepovedano po Konvenciji o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino. Vzemimo, da je ta nova tehnika ustvarjanja življenja (vsaj) etično sporna in da (niti) ni znanstveno sporna. Po 12. členu Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (1994) imata moški in ženska pravico, da ustanovita družino. Če bi par v okviru te pravice uveljavljal tudi izvedbo te nove tehnike reproduciranja življenja, Sodišče za človekove pravice ne bi uporabilo dinamične, ampak zgodovinsko razlago in bi najbrž postavilo naslednje: če bi države podpisnice Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin hotele zavarovati pravico do uporabe te nove tehnike, potem bi sprejele določen protokol o dopolnitvi Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, pa tega protokola niso sprejele. Sodišče za človekove pravice torej v tem primeru ne bi zadeve sprejelo v obravnavanje, ker pravica, ki jo tožnik uveljavlja, ni zajeta s Konvencijo.

Zelo podobna bi bila situacija tudi v primeru, če bi šlo za spor pred nacionalnim sodiščem. S tem, da mora biti nacionalno sodišče konservativno tudi zaradi tega, ker jo veže načelo delitve oblasti med zakonodajno, izvršilno in sodno vejo, česar v mednarodnem pravu ni. Sodna veja v nacionalnem pravnem sistemu naj ne bi določala povsem novih pravic, zlasti ne, če so etično sporne, ker je to v pristojnosti parlamenta.

Vzemimo primer pravice iz 55. člena Ustave RS (1991). To določilo pravi, da je odločanje o rojstvih otrok svobodno. Zgolj jezikovna razlaga tega določila bi dopustila svobodo v izbiri oblik katerih koli oblik razmnoževanja, ki so nam jih prinesle nove tehnologije. Takšna razlaga bi torej lahko pripeljala do sklepa, da je dopustno tudi kloniranje in da mora država to obliko zagotavljati na primer v skladu z zakonom o zdravstvenem varstvu. Vendar sodišče danes prav gotovo ne bi šlo tako daleč v interpretiranju te določbe. Kajti v tem primeru bi ustvarilo novo pravico (vrednoto), za katero se ne ve, ali obstaja parlamentarni politični konsenz, ki je potreben za njeno legitimnost. Sodišče bi v takem primeru uporabilo zgodovinsko oziroma teleološko razlago in bi se oziralo po namenu, ki ga je imela določba v času sprejema Ustave.

S sociološkimi argumenti torej ne bo mogoče vplivati na sodišča, da bi ta določala povsem nove pravice v povezavi z novimi tehnologijami, ki so etično ali celo znanstveno sporne. Ostaja pa možnost vplivanja na sodišča v konkretnih sporih, če ne gre za povsem nove pravice in sporne tehnologije. V takih primerih je mogoče širiti krog varstva obstoječim pravicam, jim dajati razširjeno vsebino tudi na podlagi socioloških dognanj.

V zvezi z možnostjo širjenja obsega v ustavi določenih pravic bi opozoril, da v slovenski ustavi obstaja določba, ki v sebi skriva širok prostor za nedefinirane svoboščine. Pravica iz 35. člena Ustave zagotavlja nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic. V letu 1994 je Ustavno sodišče RS odločalo, ali je prav, da se morajo socialni delavci obvezno združevati v Socialno zbornico. Postavilo je, da bi bilo obvezno združevanje v zbornico nesorazmeren poseg v njihovo »pravico do splošne svobode ravnanja«. Pravice do splošne svobode ravnanja pa ni v Ustavi. Ustavno sodišče jo je moralo nekam umestiti. Umestilo jo je v okvir omenjene pravice iz 35. člena Ustave (OdlUs 62/III). Morda je zato v določilu 35. člena Ustave prostor tako za tiste, ki se branijo pred novimi tehnologijami, kot tudi za tiste, ki zagovarjajo možnost in svobodo izbire, ki jo ponujajo nove tehnologije.

5. Delitev na iztožljive in neiztožljive programske norme

Ko uporabljam pojmovno zvezo »človekove pravice«, mislim samo na sodno iztožljive pravice. Teh ne gre pomešati s t.i. programskimi normami. Pravice v Ustavi so večinoma iztožljive. Ni pa iztožljiva na primer določba 78. člena v Ustavi RS, ki govori o primernem stanovanju. To določilo pravi, da država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo primerno stanovanje. Tega določila večinoma ni mogoče sodno iztožiti, ker na sodišču stranka težko dokaže, da država ni ustvarjala možnosti, da si državljani pridobijo primerno stanovanje. To pomeni, če bi na primer v zakonu o zdravstvenem zavarovanju sprejeli določbo, da država zagotavlja možnosti za izvajanje različnih znanstveno-podprtih tehnik razmnoževanja in ustvarja pogoje, da posamezniki te možnosti tudi izkoriščajo – (skoraj gotovo) to ne bi bila sodno iztožljiva človekova pravica.

6. Delitev iztožljivih pravic na absolutne in neabsolutne pravice

Iztožljive pravice delimo na absolutne in neabsolutne pravice. Katere so absolutne pravice v Ustavi RS, določa 2. odst. 16. člena Ustave RS. Absolutne pravice po Ustavi RS so naslednje:

- nedotakljivost človekovega življenja, vključno s prepovedjo smrtne kazni (17. člen Ustave),
- nihče ne sme biti podvržen mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu kaznovanju ali ravnanju, na človeku je prepovedano delati medicinske ali druge znanstvene poskuse brez njegove svobodne privolitve (18. člen Ustave),
- spoštovanje človekove osebnosti in njegovega dostojanstva v kazenskih in v vseh drugih pravnih postopkih, in prav tako med odvzemanjem prostosti in izvrševanjem kazni; prepovedano je vsakršno nasilje nad osebami, ki jim je prostost kakorkoli omejena, ter vsakršno izsiljevanje priznanj in izjav (21. člen Ustave),
- domneva nedolžnosti v kazenskem postopku (27. člen Ustave)⁴,
- načelo zakonitosti v kazenskem pravu (28. člen Ustave),
- pravna jamstva v kazenskem postopku (29. člen Ustave),
- izpovedovanje vere in drugih opredelitev v zasebnem in javnem življenju je svobodno (41. člen Ustave).

Razlikovanje med absolutnimi in neabsolutnimi pravicami je pomembno, ker v absolutne pravice nihče ne sme posegati, med tem ko je v neabsolutne pravice v določenih primerih dopustno poseči, dopustno jih je omejiti. V absolutne pravice ni dovoljeno posegati pod nobenim pogojem. S tega vidika sta povsem neproblematični pravici iz 17. in 18. člena Ustave. Pravica do življenja je absolutna pravica. Seveda gre po sedanji sodni praksi za pravico do življenja osebe, ki že živi. Slovenska sodna praksa zarodka ne šteje za nosilca te pravice. Povsem neproblematično se mi zdi, da je absolutna pravica tudi prepoved mučenja, nečloveškega ali ponižujočega kaznovanja ali ravnanja. Seveda pa so stopnje in oblike mučenja v konkretnih primerih (lahko) različne. Kakšne intenzitete in modalitete mučenja so absolutno prepovedane, zato določa sodna praksa. Tu se temeljni instrumentarij za absolutne pravice konča.

Moram pa na tem mestu opozoriti na problematičnost, da se po slovenski Ustavi tudi pravici iz 21. in 41. člena štejeta za absolutni pravici. Problem v zvezi s pravico iz določila 21. člena Ustave RS vidim v tem, da je pravica do človekovega dostojanstva v pomembni meri osebna dobrina in je zato do določene mere vezana na interpretacijo (vsebinsko opredelitev) s strani prizadete osebe; zato je človekovo dostojanstvo lahko v kazenskih postopkih večkrat prizadeto (z vidika strankine opredelitve dostojanstva), kot tovrstno kršitev prizna sodišče v postopku varstva človekove pravice. Zaradi tega bi težko rekel, da je absolutnost te pravice uresničljiva tako, kot je uresničljiva v primeru pravic iz 17. in 18. člena Ustave RS.

Pri pravici do svobodne vesti in izpovedovanja vere v zasebnem in javnem življenju pa je problem v tem, da gre v tem primeru deloma tudi za klasično obliko svobodnega izražanja, ki bi morala biti v določenih izjemnih okoliščinah tudi omejena. Pa niti ni

nujno, da bi šlo za izredne okoliščine na primer v zvezi s terorističnimi napadi, izrednim vojnim stanjem, kajti po ustavni določbi iz 61. člena je namreč protiustavno vsakršno spodbujanje k narodni, rasni, verski ali drugi neenakopravnosti ter razpihovanje narodnega, rasnega, verskega ali drugega sovraštva in nestrpnosti. Izpovedovanje vere in drugih opredelitev v zasebnem in javnem življenju torej ne more biti absolutno svobodno že zaradi 61. člena Ustave, ki velja v miru in izrednih razmerah. Morebiten tovrsten konflikt med ustavnimi določbami v konkretnem življenjskem primeru bi morala rešiti sodna praksa, čeprav sodna praksa načeloma ne sme iti mimo jasne jezikovne opredelitve (statusa) določene pravice v Ustavi.

Na ravni iztožljivih pravic v okviru Sveta Evrope določilo 2. odst. 15. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin določa, katere pravice so absolutne in med njimi ni pravic, ki bi odgovarjale pravicama iz 21. in 41. člena Ustave RS.

Ker so za ta prispevek bolj relevantne neabsolutne pravice, bom nadaljeval s prikazom temeljnega instrumentarija za odločanje o neabsolutnih človekovih pravicah. Neabsolutnost pravice je lahko razvidna že iz besedila konkretnega ustavnega člena. Določilo 1. odst. 37. člena Ustave na primer pravi, da je zagotovljena tajnost pisem in drugih občil. Naslednji odstavek pa pravi, da samo zakon lahko predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča za določen čas ne upošteva varstvo tajnosti pisem in drugih občil in nedotakljivost človekove zasebnosti, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države.

Že zaradi tega, ker je poseg v omenjeno pravico dopusten po ustavnem členu, v katerem je ta pravica opredeljena, gre za neabsolutno pravico.

To pomeni, da s sodobnimi tehnologijami pod ustavno in zakonsko določenimi pogoji določen državni organ lahko poseže v pravico do zasebnosti, pa sodišče ne bo ugotovilo kršitve te pravice. Tudi na primer (splošna) pravica do osebnega dostojanstva iz določila 34. člena Ustave⁵ ni absolutna pravica, čeprav jo številne mednarodne konvencije o varstvu človekovih pravic štejejo za (vrednostno-filozofski) temelj drugim človekovim pravicam.

Načeloma se mi ne zdi sporno, da je mogoče človekovo dostojanstvo povezati s pravico do izobraževanja, zdravstvenega varstva, socialnega varstva, svobodnega izražanja, veroizpovedi, politične pravice itd. Kritično pa bom to zvezo komentiral v sklepnem poglavju.

7. Pravni standardi za zmanjševanje dosežene ravni varstva človekovih pravic

V zvezi z možnostjo univerzalnega zmanjševanja dosežene ravni varstva človekovih pravic imamo v pravnem redu standard, ki ga je postavilo Ustavno sodišče zakonodajalcu in tudi vsem, ki uporabljajo Ustavo, zakone in podzakonske predpise, v zadevi s področja socialnih pravic. Utemeljeno pa lahko pričakujemo, da ta standard najbrž ne bi bil brez pomena tudi v primeru, ko bi šlo za zmanjševanje dosežene ravni varstva človekovih pravic v zvezi z uporabo ali prepovedjo novih tehnologij. Ustavno sodišče je v odločbi z dne 10. 5. 2001 postavilo, da »se lahko obseg pravic, ki je določen z zakonom, tudi

zmanjša na podlagi zakona. Ustava izrecno varuje pridobljene pravice le zoper zakonske posege z retroaktivnim učinkom (155. člen Ustave RS). To pa ne pomeni, da varstvo pridobljenih pravic zoper zakonske posege z učinkom za naprej v našem ustavnem sistemu sploh ni možno oziroma ni zagotovljeno. Zagotovljeno je v okviru tistih splošnih načel pravne države, ki v ustavi sicer niso izrecno določena, ki pa jih je treba šteti za zagotovljena že na podlagi ustavne določbe, da je Slovenija pravna država (2. člen). Med taka načela pravne države je po presoji ustavnega sodišča treba šteti v okviru širšega pojma pravne varnosti vsekakor tudi načelo varstva zaupanja v pravo, ki posamezniku zagotavlja, da mu država njegovega pravnega položaja ne bo arbitrarno, torej brez razloga, utemeljenega v prevladujočem javnem interesu, poslabšala« (Odločba Ustavnega sodišča RS z dne 10. 5. 2001, Uradni list RS, št. 43/2001, str. 4865.)

Konkretno je v tej zadevi šlo za pravice iz pokojninskega zavarovanja in Ustavno sodišče je reklo, da zlasti pokojninski sistem z vidika zmanjševanja pridobljenih pravic ne prenese hitrih radikalnih sprememb. Na vprašanje, kaj je prevladujoči javni interes, ki je ključen kriterij presoje v takih primerih (poleg obstoja stvarnega razloga), pa lahko odgovarja tudi empirična sociologija.

Že pred to odločbo je Ustavno sodišče sprejelo enako načelno stališče glede zmanjševanja pravic v zadevi, ko je šlo za zmanjševanje obsega pravic vojnih invalidov (Odločba Ustavnega sodišča RS z dne 12. 12. 1996, Uradni list RS, št. 2/97) po zakonu o vojnih invalidih. Ta obrazložitev še bolj razkriva, pod kakšnimi pogoji je dopustno zmanjševati doseženo raven socialnih pravic.

Ustavno sodišče je v začetku obrazložitve te odločbe izhajalo iz 18. člena Ustavnega zakona za izvedbo temeljne ustavne listine (v nadaljevanju: UZITUL). Ustavno sodišče je reklo: »18. člena UZITUL ni mogoče razumeti, da je Slovenija s tem določilom določeni kategoriji upravičencev zagotovila, da se višina njihovih socialnih prejemkov nikoli ne bo zmanjšala - ne glede na gospodarsko in finančno sposobnost države za izplačevanje takih prejemkov in ne glede na primerljivost takih prejemkov z drugimi (po načelu enakosti pred zakonom – seveda ob upoštevanju ustavne določbe, da gre tej kategoriji upravičencev posebno varstvo, torej praviloma večji obseg pravic). Po osamosvojitvi Slovenije so bila zagotovila iz 18. člena UZITUL uresničena, po uveljavitvi Ustave 23. 12. 1991 pa je tudi ta vprašanja treba presojati po določbah in merilih ustave. Zmanjševanje pravic za naprej (neprava retroaktivnost) ni *a priori* ustavno dopustno oziroma neproblematično. Načelo varstva zaupanja v pravo kot eno od načel pravne države namreč posamezniku zagotavlja, da mu država njegovega položaja ne bo poslabšala arbitrarno, torej brez stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu« (tč. 4. in tč. 6 obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča).

V konkretni zadevi je Ustavno sodišče ugotovilo, da stvarni razlog za zmanjšanje pravic obstaja. Razlog je namreč povezan s stvarjo, ki se ureja. Vendar pa je ugotovilo, da ta razlog ni utemeljen v prevladujočem in legitimnem javnem interesu. V tej zvezi Ustavno sodišče pojasnjuje:

»Če bi država štela, da zvišanje prejemkov po osamosvojitvi ni utemeljeno oziroma da je preveliko, bi ga morala ustrezno zmanjšati takoj. Znižati take socialne prejemke iz tega razloga šele potem, ko so upravičencem že pet let povsem zakonito in brez kakršnih koli

pomislekov pripadali v povečanem obsegu, pa ni utemeljeno v javnem interesu – še zlasti, če se upošteva visoka starost pretežnega dela teh upravičencev in kratek čas, ko bodo te pravice sploh še mogli uživati« (tč. 8 obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča).

Ustavno sodišče RS je šlo v postavljanju teh standardov še globlje v zakonodajno sfero. Povedalo je, kdaj bi bil javni interes za znižanje socialnih prejemkov podan:

Javni interes za znižanje tovrstnih socialnih prejemkov bi bil po presoji ustavnega sodišča »lahko le v ekonomski nezmožnosti države za izplačevanje teh in drugih socialnih prejemkov ali v posebej in izrecno ugotovljenih morebitnih očitnih nesorazmerjih med pravicami posameznih kategorij upravičencev (upoštevajoč pri vojnih veteranih in žrtvah vojnega nasilja njihovo ustavno pravico do posebnega varstva« (tč. 9 obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča).

Omejitve, ki jih je Ustavno sodišče postavilo v tej odločbi zakonodajalcu v primerih zmanjševanja dosežene ravni človekovih pravic, pa so še hujše od navedenih, čeprav se nadaljnja omejitev ne nanaša na socialne pravice, ampak na tiste pravice, ki so opredeljene že v Ustavi. V citirani odločbi o Zakonu o vojnih invalidih je namreč Ustavno sodišče presojalo sporne zakonske določbe samo z vidika načela pravne države. Presoja ustavnosti je Ustavno sodišče že na tej točki končalo, ker je ugotovilo, da določbe Zakona o invalidih niso v skladu z ustavnim načelom pravne države in zato ustavnemu sodišču ni bilo treba nadaljevati s presojjo, ali je poseg v pravice dopusten z vidika 3. odst. 15. člena Ustave (načelo sorazmernosti)⁶.

Ustavno sodišče v obrazložitvi odločbe pravi, sodišču »ni bilo potrebno podrobneje analizirati, ali bi bilo take zakonske spremembe, s katerimi se zakonsko določeni obseg neke ustavne pravice zmanjšuje, treba šteti hkrati tudi že za poseg v neko določeno ustavno pravico, torej v ustavno pravico iz 3. odst. 50. člena Ustave.⁷ Ta bi bil namreč ustavno dopusten samo pod še strožjimi pogoji - v skladu s tremi zahtevami načela sorazmernosti, ki veljajo za take posege: primernost posega, nujnost posega in sorazmerje v ožjem pomenu besede« (10. tč. obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča).

Iz te obrazložitve bi lahko sklepal, da bi moral upravni organ v vsakem konkretnem primeru izdaje upravne odločbe za zmanjšanje pravice vojnega invalida vključiti utemeljitev, da je zmanjšanje v konkretnem primeru v skladu z načelom sorazmernosti. In sodišče bi načelo sorazmernosti moralo presojati v upravnem sporu. Ustavno sodišče se je v nadaljevanju obrazložitve omililo postavljeno omejitev zakonodajalcu. Reklo je, da se mora poleg načela zaupanja v pravo upoštevati tudi načelo sorazmernosti, ko gre za zmanjševanje samo tistih pravic, katerih vsebina in obseg sta (vsaj okvirno) določena že v ustavi.

Za socialne pravice pa vsebina in obseg nista določena v ustavi, ampak je to pridržano zakonu. Zato se pri zmanjševanju socialnih pravic upošteva samo načelo zaupanja v pravo in načelo sorazmernosti samo v tem smislu, da mora zakonodajalec »bremena porazdeliti sorazmerno na različne kategorije prebivalcev in na različne kategorije upravičencev do socialnih dajatev« (10. tč. obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča).

Zakonodajalec mora torej, če želi ustavno korektno izpeljati znižanje dosežene ravni varstva človekovih pravic, v zakonodajnem gradivu v obrazložitvi predloga zakona jasno in natančno opredeliti stvarni razlog in legitimen javni interes za zmanjšanje pravic.

8. Pod kakšnimi pogoji je dopustno poseči v neabsolutne pravice: načelo sorazmernosti

Na vprašanje, kdaj je nek poseg v pravico dopusten in kdaj ne, odgovarja Ustava v 3. odst. 15. člena. To določilo pravi, da je pravice dopustno omejevati samo pod pogoji, ki jih določa sama Ustava, ali pa zaradi varstva pravic drugih. V tej presoji si sodišče pomaga z načelom sorazmernosti, ki je skrito v določilu 3. odst. 15. člena Ustave RS. To načelo je uveljavljeno tudi v pravu Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin in v pravu Evropske skupnosti.

Mojo tožbo zoper nadziranje moje elektronske pošte (na fakulteti ali doma) s strani slovenske varnostno-obveščevalne službe bi pristojno redno sodišče presojalo po naslednji shemi:

Dve začetni vprašanji, na kateri bi moralo odgovoriti sodišče, sta naslednji:

- Ali sploh uveljavljam kakšno iztožljivo človekovo pravico, torej pravico, ki je že opredeljena v ustavi, mednarodni konvenciji ali se uresničuje na podlagi zakona? *Pri odgovoru na to vprašanje ni navadno nobenih težav. Če stranka ne uveljavlja iztožljive pravice, sodišče sploh ne sprejme zadeve v obravnavo po vsebini. V mojem primeru bi najbrž sodišče ugotovilo, da uveljavljam pravico do informacijske zasebnosti, ki je iztožljiva pravica iz 37. člena Ustave.*
- Ali sploh gre za poseg v pravico? *Gre za dejansko vprašanje, ki navadno tudi ne povzroča nobenih težav. Če je varnostno-obveščevalna služba pregledovala mojo elektronsko pošto na osebnem računalniku, je bil storjen poseg v mojo pravico do informacijske zasebnosti.⁸*

V primeru informacijske zasebnosti ustava določa konkretne pogoje, kdaj je omejevanje dopustno. Zato bi moralo sodišče v nadaljevanju presoje ugotoviti naslednje:

- Ali se nadzor nad pošto vrši na podlagi odločbe sodišča? *To je hitro ugotovljivo pravniško delo.*
- Ali je poseg v pravico nujen zaradi uvedbe ali poteka kazenskega postopka oziroma zaradi varnosti države? *Vzemimo, da je slovenska obveščevalno-varnostna agencija nadzirala pošto zaradi varnosti države po dogodkih 11. septembra.*

Kako bi sodišče od tu naprej razsojalo? Na tej točki se začne uporaba načela sorazmernosti.

- Ali je bil poseg primeren v tem smislu, da je bilo s posegom sploh mogoče doseči želeni cilj zavarovanja varnosti države? *Če je bil poseg primeren, sodišče nadaljuje s presojo načela sorazmernosti. Če pa poseg ni bil primeren, se presoja neha in sodišče ugotovi kršitev pravice.*
- Naslednje vprašanje je, ali je bil poseg nujen v tem smislu, da z nobenim blažjim posegom ne bi bilo mogoče doseči istega cilja? *Če sodišče ugotovi, da poseg ni bil nujen, ugotovi kršitev pravice, zapove prenehanje poseganja in mi tudi prisodi odškodnino, če mi uspe dokazati škodo. Če ugotovi, da je bil poseg nujen, nadaljuje s presojo.*
- Zadnje vprašanje pa je, ali je vrednost dobrine, ki jo je varnostno-obveščevalna agencija varovala, uravnotežena z vrednostjo moje individualne pravice, v katero je

bilo poseženo? *Obe dobrini mora sodišče opremiti z ustreznim vrednostnim kriterijem.*

Po enaki shemi bi na primer lahko tudi raziskovalec, ki bi želel »trgati z drevesa spoznanja« na področju genetike, uveljavljal, da mu prepoved kloniranja ali genetskega inženiringa v Sloveniji nesorazmerno posega v njegovo pravico do varstva znanstvene ali raziskovalne dejavnosti (ustvarjalnosti) iz 60. člena Ustave. Lahko pa bi po tej shemi prepoved kloniranja izpodbijala tudi oseba, ki bi se bila pripravljena reproducirati s kloniranjem in bi uveljavljala, da ji država s prepovedjo to onemogoča na način, ki nesorazmerno posega v njegovo pravico do samo-uresničevanja iz 35. člena Ustave.⁹ Ta člen je namreč v veliki meri primerljiv s pravico do zasebnosti iz določila 8. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki med drugim zagotavlja varstvo fizične in psihične integritete posameznika v smislu svobodne volje in samo-uresničevanja (Case of Botta v. Italy, Judgement of the European Court of Human Right 1998)¹⁰.

Primer nadzora nad elektronsko pošto, ki sem ga razčlenil, sem izbral zaradi tega, ker je bil v času socioloških dni (jesen 2001) aktualen v Sloveniji. Ni pa primer dober za to, da bi dovolj nazorno pokazal, kje je prostor za sociološke argumente. To pač primer nadzora nad elektronsko pošto ne omogoča. Vendar pa moram poudariti, da je prostor za nepravniške argumente pri uveljavljanju pravic ravno v okviru načela sorazmernosti, pri vprašanjih: ali je ukrep primeren, ali je nujen in ali obstaja ravnotežje med zavarovano in prizadeto dobrino?

9. Upravičena diskriminacija: test arbitrarnosti

Poleg načela sorazmernosti je najpomembnejši element znotraj instrumentarija za odločanje o človekovih pravicah test arbitrarnosti. Primer v zvezi z uporabo testa arbitrarnosti bo tudi bolj jasno pokazal, kot primer v prejšnjem poglavju, širino manevrskega prostora za sociološke argumente, ko gre za vprašanje enakosti pred zakonom oziroma odstopanja od enakosti pred zakonom. Uporaba testa arbitrarnosti pride namreč v poštev, kadar je v sporu vpletena pravica iz 14. člena Ustave RS.¹¹ Ker je ključni družbeni problem za sociologe socialna (re)integracija izključenih, za kar je nujno potrebno diferencirano obravnavanje določenih posameznikov, je določilo 14. člena Ustave za sociologe še posebej relevantno.

Kadar gre za poseganje v to pravico, se v presoji ne uporablja načelo sorazmernosti, ampak test arbitrarnosti. Poseg v pravico do enakosti pred zakonom je dopusten, če ima poseg objektivno in razumno podlago. In to je ves instrumentarij. To pomeni, da je dopustno odstopiti od enakega obravnavanja subjektov, tudi pri določeni zakonski regulaciji, če za to obstaja objektivna in razumna podlaga. Objektivna in razumna podlaga pa je lahko na primer enakost v razvojnih možnostih, saj je Slovenija socialna država. Na ta način med ustavna načela pripeljemo pozitivno diskriminacijo socialno šibkejših.

Vzemimo primer genetskega inženiringa in pravice do enakosti pred zakonom. Za sociološke argumente bom izbral Rawlsov (1971) koncept pravičnosti. Med drugim temelji na pozitivni diskriminaciji šibkejših. Rawlsov koncept pravičnosti bi lahko bil

oziroma je za številne komentatorje primeren princip za reguliranje genetskega kapitala v prihodnosti (DeNicola 1976; Agich 1986; Fleck 1994; Bernat 1995; Grabnar 1997). Poseganje v pravico do enakosti pred zakonom z dopuščanjem možnosti genetskega inženiringa samo v primeru določenih posameznikov bi moralo biti dopustno, kolikor bi šlo v procesih genetskega inženiringa za odstranjevanje škodljivih genov in njihovo nadomeščanje z zdravimi geni. Torej samo posameznik z določeno genetsko napako, ki ni drugače popravljiva, a pomeni resno nevarnost za prezgodnjo smrt ali določeno nesposobnost, bi imel pravico do genetske intervencije. Tu bi torej bilo upravičeno odstopanje od načela enakosti pred zakonom. Države, kot so: Danska Nizozemska, Nemčija to že urejajo v praksi (Lenoir 1995). V Sloveniji je v veljavi Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino. Določilo 11. člena Konvencije o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino prepoveduje vsako obliko diskriminacije posameznika na podlagi njegove genetske dediščine. Zdi se, da se ta prepoved nanaša samo na negativno diskriminacijo, ne pa na pozitivno diskriminacijo. Kajti, določilo 13. člena Konvencije o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino dovoljuje posege za spremembo človeškega genoma, vendar le v preventivne, diagnostične ali terapevtske namene. Parlament bi torej moral na tej podlagi sprejeti seznam rizikov, na podlagi katerih imajo posamezniki pravico do genetske intervencije. Odsotnost pravične regulacije na tem področju pa lahko pripelje do položaja, ko so genetsko manj perspektivni posamezniki negativno diskriminirani s strani zavarovalnic in delodajalcev. To naj bi se dogajalo v ZDA (Billing 1992).

V zvezi z uporabo testa arbitrarnosti je treba opozoriti na relevantno nesistematičnost pri uporabi tega testa s strani sodne prakse, ne samo v Sloveniji. Sodišča namreč različno strogo uporabljajo test arbitrarnosti. V določenih primerih se zaradi večje strogosti v presoji približujejo tisti presoji, ki je značilna za načelo sorazmernosti. Prof. Boštjan M. Zupančič na primer pravi, da v ustavo-sodni doktrini obstajajo trije preizkusi razumnosti (arbitrarnosti). Najstrožji od teh je predviden za presojo diskriminacije pri temeljnih ustavnih človekovih pravicah; gre za razlikovanje po rasnih merilih ali po merilih narodne pripadnosti. Manj strogi srednji preskus je predviden za razlikovanje po spolu, po nezakonskem rojstvu itd. Najblažji preskus pa je namenjen socialnim in ekonomskim kategorijam, kot so upokojenci, če bi na primer trdili, da jih zakonodajalec diskriminatorno obravnava glede kakšnega ekonomskega ali socialnega (pokojninskega) vprašanja (Zupančič 2001).

Ne vem, zakaj bi bilo razlikovanje po spolu manj nedopustno, kot je razlikovanje po rasi ali narodnostni pripadnosti. Razlike so morda odvisne od konkretnih socialnih problemov v posameznih državah.

Bolj sistematičen in nedvoumen kriterij razmejevanje med bolj in manj strogimi uporabami testa arbitrarnosti izhaja iz primerjalne analize uporabe testa arbitrarnosti, ki jo je napravil prof. Lovro Šturm (1998). Izhajajoč iz njegove primerjalne analize bi lahko stopenjsko izpeljal tri modalitete načela arbitrarnosti:

- zadržana presoja,
- vmesna presoja in
- stroga presoja.

Uporaba modalitete arbitrarnosti je odvisna od vrednosti zavarovane dobrine oziroma njenega mesta v sistemu pravnega varstva. Razlike v pomenu oziroma vrednosti dobrin bodo najbrž prišle v poštev zlasti znotraj varstva pravnih interesov. Na primer, obstaja razlika med vrednostjo dobrine, če gre na primer za odločanje o dovoljenju za strelno orožje, ali pa za odločanje o dovoljenju za graditev objekta. Temeljna razlika pa je vsekakor, ali gre v sporu samo za varstvo pravnih interesov ali gre za varstvo človekovih pravic.

V primerih, ko gre v sodnem sporu za diskriminacijo iz določila prvega odstavka 14. člena Ustave RS, ali ko so vpletene posebne (oblike) pravice do enakopravnosti iz ustave (enaka volilna pravica – 43. člen; nepravilna diskriminacija pri delovnih priložnostih – 3. odst. 49. Člena; enakopravnost otrok, rojenih v zakonski zvezi in izven nje – 2. odst. 54. člena itd.), je treba uporabiti strožjo presojo.

Od pomena varovane dobrine je torej odvisno, katero od modalitet testa arbitrarnosti bo sodišče uporabilo. Zadržana presoja zahteva utemeljitev, da ima diskriminacija objektivno in upravičeno utemeljitev. Stroga presoja pa vključuje že nekatere elemente načela sorazmernosti, na primer, da je treba uporabiti najmanj restriktivno sredstvo za doseg želenega cilja. Za t. i. vmesno presojo je značilna zahteva po bistveni zvezi med zakonodajnimi cilji in uporabljenimi sredstvi. Kot druga značilnost vmesne presoje se pojavlja praksa, da sodišče šteje za zakonodajalčev namen samo tisto, kar je zakonodajalec sam artikuliral in se s tem izogne hipotetičnemu in lastnemu ugotavljanju namenov zakonodajalca.¹²

V okviru načel sorazmernosti (3. odst. 15. člena) in arbitrarnosti (14. člen) je torej veliko prostora za sociološke argumente. Pravniki in sodniki rabijo tovrstne argumente in znanstvene ekspertize, empirične podatke. Kajti, sicer o zelo pomembnih razvojnih pravicah odločajo na podlagi poenostavljenih ocen in pavšalnih stališč. Sociologi imajo priložnost, da sodelujejo pri kreiranju vsebine tudi drugih ustavnih določb, zlasti v zvezi z: načelom socialne države (2. člen), javno koristjo (74. člen), socialno funkcija lastnine, ekološko funkcijo lastnine (67. člen).

10. Pogled v prihodnost skozi sedanost in preteklost: kloniranje, pravice živali, prihodnjih generacij, robotov v povezavi s človekovim dostojanstvom ali brez njega?

V javnih diskusijah o pravicah v zvezi z biomedicino se dogaja, pa tudi v nekaterih sodbah po svetu in nenazadnje v Konvenciji o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino, da prepoved uporabe novih tehnologij utemeljujemo z varstvom človekovega dostojanstva neživečih – torej ljudi, ki jih ni. Po eni strani je to dobro, ker želimo zavarovati tiste, ki tu in zdaj ne morajo zastopati svojih interesov. Po drugi strani pa lahko v tem početju omejujemo svoboščine živečih. To tudi sploh ni nujno slabo. V čem vidim problem?

Protokol h Konvenciji o varstvu človekovih pravic v zvezi z biomedicino prepoveduje kloniranje. Podlaga za to prepoved je varstvo dostojanstva klona, ker bi ta lahko imel resne medicinske, psihološke in socialne težave ali celo težave z identiteto.

Ni sicer nujno, vendar pa lahko takšno kolektivistično in vnaprejšnje opredeljevanje človekove identitete pripelje do manipulacije s človekovim dostojanstvom v prid te ali one politične opcije oziroma ideologije.

Če že, potem bi bilo bolje, če bi (lahko) prepoved kloniranja v tej fazi razvoja tehnologije utemeljili s t.i. konceptom »evidence based medicine« - seveda znotraj presoje sorazmernosti posega v pravico do varstva znanstvene dejavnosti raziskovalca ali pravice do samo-uresničevanja iz 35. člena Ustave interesenta za kloniranje. Sodišče bi torej moralo na podlagi izvedenskih dokazov ugotoviti, da gre na primer za preveč tvegane tehnike, da negativne posledice niso predvidljive, in bi na tej podlagi sodišče ugotovilo, da pravica do človekove (zdravstvene) varnosti (tistega »človeka«, ki ga sicer še ni) odtehta morebitno povečanje svobodne znanstvene dejavnosti ali do samo-uresničevanja interesenta za kloniranja. S tem se sicer ne bi izognili zapletu, da bi varovali pravico do (zdravstvene) varnosti nekemu, ki ga še ni, tako da bi mu onemogočili (za)živeti. A bi bil problem v tem primeru kljub vsemu manjši, kot če v to situacijo vpletamo še človekovo dostojanstvo. Človekova (zdravstvena) varnost je namreč bližje kolektivnim dobrinam, zato jo je lažje umestiti v koncept splošne blaginje, kot pa človekovo dostojanstvo.

S tem ko bo rizik kloniranja v prihodnosti odpadel, pa bo odpadla tudi potreba po prepovedi kloniranja – še zlasti, če jo bomo utemeljevali s človekovim dostojanstvom. Pravico do dostojanstva že imamo v Ustavi. Gre vsakomur. Vendar pa vsak od nas daje dostojanstvu drugačno opredelitev. V pravu o človekovih pravicah mora priti do izraza subjektivno doživljanje dostojanstva. Prav to je specifična človekovega dostojanstva iz določila 34. člena Ustave RS, glede na ostale pravice. Gre za izrazito zasebno, subjektivno dobro. Dostojanstvo bi lahko primerjal z bolečino. Vsak jo doživlja drugače, zato jo tudi vsak drugače opredeljuje. Brez varstva subjektivne koncepcije dostojanstva iz 34. člena Ustave je okrnjena tudi pravica do samo-uresničevanja po 35. členu Ustave.

V določenih primerih je kolektivno opredeljevanje dostojanstva lahko utemeljeno, na primer v zvezi s pravico do primernega stanovanja, temeljnega zdravstvenega varstva, izobraževanja, vendar gre v teh primerih za tipične dobrine iz splošne blaginje. Tudi specifična pravica do človekovega dostojanstva iz 21. člena Ustave RS nosi v sebi močnejšo kolektivistično komponento, ker/vendar se ta vrsta pravice do dostojanstva nanaša predvsem na postopke znotraj kazenskega prava. V vseh teh primerih so zato bistveno manjše nevarnosti za etične ali ideološke manipulacije.¹³ Treba je poudariti, da zaradi etike po slovenski ustavi ni dovoljeno omejevati ali celo prepovedovati določene pravice, na primer do varstva znanstvene dejavnosti ali do samo-uresničevanja iz 35. člena Ustave. Določilo 3. odst. 15. člena Ustave dovoljuje omejevanje pravic samo zaradi pravic drugih, ne pa zaradi etičnih ali ideoloških pomislekov.

Prof. Steven Wheatley (2001) na primer v članku v reviji *European Human Rights Law Review* postavlja hipotetični primer, da bi neka oseba bodisi zaradi državne prepovedi prodaje s človeškimi organi, prepovedi možnosti izbire spola za potomce ali zaradi prepovedi kloniranja uveljavljala kršitev pravice do zasebnosti iz določila 8. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. S. Wheatley pride do sklepa, da bi bila njegova tožba najverjetneje zavrnjena na podlagi sklicevanja, da ima prepoved namen zaščititi javno moralo (etiko). To lahko drži, kajti načelo

sorazmernosti po pravu Konvencije o varstvu človekovih pravi in temeljnih svoboščin se uporablja drugače kot v ustavnem redu Republike Slovenije. Po pravu Konvencije o varstvu človekovih pravi in temeljnih svoboščin je poseg v določeno pravico iz Konvencije o varstvu človekovih pravi in temeljnih svoboščin dopusten, če je poseg v skladu z zakonom, če za njim stoji legitimen cilj in če je ukrep nujen za dosego zelenega cilja; pri tem se upošteva sorazmernost med varstvom pravice vlagatelja tožbe in varstvom splošnega interesa oziroma »interesov drugih«. Pod možne »vrste interesov« drugih pa Wheatley na podlagi prakse Sodišča za človekove pravice našteva: nacionalno varnost, javno varnost, ekonomsko blagostanje, varstvo pred neredom in kriminalom, zaščito zdravja in morale ter »varstvo pravic drugih«. ¹⁴ V slovenskem pravnem redu pa je od vseh naštetih interesov samo zaradi »varstva pravic drugih« dopustno omejiti določeno pravico (3. odst. 15. člena Ustave RS). Zaradi morale (etike) niso dopustni posegi v ustavne pravice, so pa lahko dopustni posegi v pravice iz Konvencije o varstvu človekovih pravi in temeljnih svoboščin.

Težave v zvezi s sklicevanjem na človekovo dostojanstvo v zvezi s prepovedmi uporabe novih tehnologij v medicini pa imajo še globlje posledice.

Če bomo nepremišljeno utrjevali prakso povezovanja človekovih pravi s človekovim dostojanstvom, bomo še naprej vzdrževali antropocentričen koncept človekovih pravi, ki pa je civilizacijo pripeljal do porušenja naravnega ekvidistančnega ravnovesja. Ob tem ne gre spregledati, da je vse več dokazov, da takšna ureditev človekovih pravi, ki izhaja iz Descartovega dualizma med dušo in telesom, sploh nima znanstvene podlage. Komentatorji opozarjajo, da se še vedno otepamo z neznanstvenim Descartom, češ da ima samo človek dušo in da ima lahko samo človek pravice, ker ima dušo in na tej podlagi dostojanstvo. To se nam dogaja kljub dejstvu, da je že C. Darwin leta 1871 (»The Descent of Man«) dokazal, da imajo živali sposobnost inteligentnega mišljenja, da so čutne, da so sposobne učenja in medsebojnega komuniciranja. Številne znanstvene raziskave v 80. letih prejšnjega stoletja Darwinove ugotovitve potrjujejo (Sciences Humaines 1998; Sciences Humaines 2000). Če imajo opice povsem primerljive sposobnosti z 2 letnim otrokom, zakaj jim ne bi šle določene pravice, se sprašujeta Paola Cavalieri in Peter Singer v »The Great Apes Project«. Da ne omenim dela F. De Waala, ki nosi naslov: »Ko gredo opice na čaj: o kulturi živali« (»Quand les singes prennent le thé: de la culture animale«, Fayard 2001).

Luc Ferry odgovarja, da imajo lahko samo ljudje pravice zato, ker imajo lahko pravice samo svobodni in odgovorni subjekti (Sciences Humaines 2001). Vendar novorojeni otrok ni svoboden in odgovoren subjekt, hud bolnik ali hudo hendikepirana oseba ni svoboden in odgovoren subjekt, pa ima pravice.

Pravice živali ni tema, ki nima mesta v pravu in na sodiščih. V Franciji naj bi bil prvi zakon o zaščiti (domačih) živali pred mučenjem sprejet že leta 1850. Obstaja tudi Univerzalna deklaracija o pravicah živali (UNESCO, 1978). Francija je na primer prvič z zakonom z dne 10. 6. 1976 priznala, da so živali čuteča bitja in je uredila stroge kazni za dejanja mučenja živali (Sciences Humaines 2001).

Zanimiva je na primer nedavna sodba Upravnega sodišča Republike Slovenije z dne 6. 3. 2002. Sodišče je izdalo sodbo, s katero je ugodilo tožbi lastnika 10 konj, ki je

izpodbijal ukrep kmetijskega inšpektorja, po katerem bi moral lastnik kastrirati 10 konj na podlagi veljavnega zakona o ukrepih v živinoreji iz leta 1978. Sodišče je med drugim sodbo oprlo na Ustavo, ki pravi, da zakon ureja varstvo živali pred mučenjem, upravni organ pa ob izdaji spornega ukrepa le-tega ni preveril tudi z vidika Zakona o zaščiti živali (iz leta 1998).¹⁵ Upravni organ bo moral to storiti v ponovljenem postopku.¹⁶ Težko bi rekel, da sodišče ni s tem priznalo konjem pravice do prepovedi mučenja, kar povsem ustreza besedilu pravice do prepovedi mučenja iz 18. člena Ustave ali iz 3. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Razlika je le v tem, da je pravice za konje uveljavljal njihov lastnik, tako kot na primer pravice otrok uveljavljajo starši.

Dogaja se tudi na primer, da v denacionalizacijskih postopkih v Sloveniji strokovna društva uveljavljajo status stranke v postopku. Poskušajo se uveljaviti kot nekakšni ombudsmeni poključskih ptic, ker jim je zakonodajalec dal javna pooblastila za dejavnost varovanja ptic.

Tako kot človek imajo tudi rastline že zakon o zdravstvenem varstvu. A zaradi njihovega dostojanstva? Najbrž ne, vsekakor se v to razpravo ne bi spustil. Ali so živali zaščitene pred mučenjem zaradi varstva njihovega dostojanstva, ali zaradi varstva našega dostojanstva? Tovrstna razprava po mojem mnenju ne bi bila plodna.

Teorija in praksa o človekovih pravicah bi se morala zato vse manj ukvarjati z vprašanjem, ali obstaja neka univerzalna ali celo edinstvena človekova narava (bistvo človeka - morda v smislu dostojanstva), in če obstaja, kako velja to bistvo opredeliti, da bi ga zavarovali s človekovimi pravicami.¹⁷ Namesto tega bi morale v razvitejših državah priti v ospredje preprostejše vprašanje: kakšno regulacijo pravic potrebujemo, da bi dvignili kakovost življenja – ne samo človeka v 21. stoletju (Zalar 1999). Če sem torej v uvodu tega prispevka legitimnost poenostavljeno povezal s pravom o človekovih pravicah, zdaj pravim, da bi bilo treba človekove pravice obravnavati tudi prek (socioloških) indikatorjev kakovosti bivanja človeka, vendar ne (iz)ločenega iz/od ostale žive in nežive narave, in na ta način meriti stopnjo razvitosti družbe in legitimnosti družbene regulacije.

Zato predvidevam, da bodo v prihodnosti vse bolj v veljavi funkcionalistični kriteriji pri dovoljevanju ali prepovedovanju novih tehnologij v povezavi s pravicami. Načelo sorazmernosti in arbitrarnosti postavljata okvire funkcionalizmu in s tem tudi mehanizmom za socialno integracijo ter inter-generacijsko in intra-generacijsko pravičnost. Vsaj na področju trajnostnega razvoja se moramo hitro soočiti s pravicami prihodnjih generacij. Prihodnje generacije bi morale imeti določene pravice oziroma bi morale biti na nek način zaščitene v postopkih sprejemanja in implementacije velikih razvojnih projektov (Garret 1990). Morda bomo rabili ombudsmana ali pa sodišče za prihodnje generacije (Tonn 1991; Slaughter 1994). Zdi se, da pravo temu že sledi. Po slovenski ustavi mora biti lastninska pravica z zakonom urejena tako, da je zagotovljena tudi njena ekološka funkcija (67. člen Ustave). Listina o temeljnih pravicah v Evropski uniji, ki ima zaenkrat še moč samo politične deklaracije, čeprav se je Sodišče prve stopnje nanjo že sklicevalo v začetku leta 2002, in jo upravičeno lahko štejemo za zametek ustavne listine o človekovih pravicah na ravni Evropske unije, ima določbo,

po kateri morajo biti politike Evropske unije skladne z načelom trajnostnega razvoja. To načelo naj bi se črpalo iz določb 2., 6. in 174. člena pogodbe o Evropski skupnosti (Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000).

Lahko pa grem še korak dlje od živali in prihodnjih generacij in zopet mimo človekovega dostojanstva! Kako je s pravicami po današnjih kriterijih nežive narave? Po napovedih futurologov bodo tja do leta 2025 tudi roboti imeli pravice, zaradi tega, ker bodo naši svetovalci, psihiatri, gospodinjski pomočniki, varuške naših otrok, seksualni partnerji (McNally, Inayatullah 1988; Marien 1996). Ali jim bodo šle pravice zaradi varstva njihovega dostojanstva, ali pa morda zaradi praktičnih razlogov, zato da bi (si) izboljšali kakovost bivanja?¹⁸

Opombe

1. Vrednostno-etično razpravo ne štejem v okvir strokovno pravne razprave.
2. Kot realen primer dinamične razlage pa lahko navedem evolucijo v interpretaciji Konvencije o statusu beguncev (Convention Relating to the Status of Refugees 1988). Tudi Konvencija o statusu beguncev je stara približno 50 let. Vsebuje pravno definicijo begunca, ki jo še danes uporabljajo nacionalna sodišča držav podpisnic te konvencije, vključno s Slovenijo. Status begunca lahko dobi tisti, ki je v svoji državi preganjan med drugim zaradi tega, ker pripada določeni družbeni skupini. Pojemovna zveza »pripadnost določeni družbeni skupini« je bila leta 1950 vključena v Konvencijo o statusu beguncev na prigovarjanje Švedske. Švedska je takrat razumela pojem pripadnosti določeni družbeni skupini v smislu pripadnosti delavskim sindikatom ali prostozidarjem (Tiedemann 2000). Sodna praksa držav podpisnic Konvencije o statusu beguncev je tekom 50 let izgrajevala in postopoma širila interpretacijo omenjene pojmovne zveze. Danes seveda ne gre (samo) za zaščito prostozidarjev ali članov delavskih združenj. Zgodovinska razlaga tega določila torej ne pride v poštev. V okviru te določbe danes uživajo zaščito na primer: homoseksualci, ki so preganjeni v državah Srednjega Vzhoda, ženske v nekaterih državah, tudi pripadnost družini lahko spada v okvir te določbe. Gre torej za primer dinamične razlage mednarodne konvencije. Temeljna razlika glede na Konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin pa je v tem, da Konvencija o statusu beguncev nima mednarodnega sodišča, ki bi sodilo na podlagi Konvencije o statusu beguncev, ampak pravo Konvencije o statusu beguncev uporabljajo samo države podpisnice Konvencije o statusu beguncev.
3. Pojem kloniranja bom v tem prispevku uporabljal v smislu ustvarjanja človeškega bitja, ki je genetsko istovetno z drugim človeškim bitjem, ker se to ujema z opredelitvijo kloniranja v Dodatnem protokolu o prepovedi kloniranja človeških bitij h Konvenciji o varstvu človekovih pravic v zvezi z biomedicino.
4. Za to in naslednji dve pravici ne navajam celotnih besedil ustavnih pravic, ker niso toliko relevantne z vidika uporabe ali prepovedi novih tehnologijami.
5. Določilo 34. Člena Ustave pravi, da ima vsakdo pravico do osebne dostojanstva in varnosti.
6. Določilo 3. odst. 15. člena Ustave pravi, da so človekove pravice omejene samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa zakon.
7. Določilo 3. odst. 50. člena Ustave pravi, da je vojnim veteranom in žrtvam vojnega nasila zagotovljeno posebno varstvo v skladu z zakonom.

8. Kako je z varstvom človekovih pravic v Sloveniji v primeru, če je poseg storjen s strani zasebnega subjekta glej: Testen, Franc, 2002, Nekaj misli ob prispevku »Kako nemška sodišča varujejo človekove pravice«, v: Zalar, Boštjan, (ur.), Pet izzivov za evropska sodišča: izkušnje nemškega in slovenskega sodstva, Slovensko sodniško društvo, Ljubljana (v tisku).
9. Določilo 35. člena Ustave pravi, da je zagotovljena nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic.
10. Določilo 1. odst. 8. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin pravi, da ima vsakdo pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, svojega doma in dopisovanja.
11. Določilo 14. člena Ustave RS pravi: »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 katero koli drugo osebno okoliščino. Vsi so pred zakonom enaki.«
12. Zanimivo in pomembno je stališče nemškega zveznega ustavnega sodišča, da tradicionalni pogledi ali prevladujoče razumevanje določene stvari same po sebi ne zadoščajo za utemeljitev diskriminacije (Šturm 1998).
13. Precej drugače od tega stališča gleda na to problematiko francoski Državni svet (»Conseil d'Etat«). V primeru, ko je šlo za tekmovanje v tem, kdo dalj vrže pritlikavega človeka, je Državni svet to tekmovanje prepovedal, ker naj bi šlo za nedopusten poseg v človekovo dostojanstvo, čeprav so udeleženci prostovoljno in svobodno pristali na sodelovanje v tem tekmovanju. Državni svet je odločil, da vladi oziroma sodišču ni treba slediti subjektivni presoji posameznika/ce, kaj je dobro zanj(o) z vidika dostojanstva. Nosilec javne oblasti torej lahko sam oceni, katera ravnanja ustrezajo dostojanstvu. To pomeni, da so v takih primerih paternalistične omejitve avtonomiji posameznika upravičene. Na enak način je koncipirana tudi Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino. Prepoved določenih biomedicinskih posegov ima namen zavarovati abstrakten koncept človekovega dostojanstva, to je vrednost, ki pripada vsem ljudem zato, ker smo pripadniki človeške vrste (Wheatley 2001).
14. Zanimivo je, da Wheatley (2001) možnost, da bi bila prepoved kloniranja utemeljena v varstvu pravice nerojenega otroka, zavrne kot perverzno. Ob tem, da se tudi njemu zdi problematično dodeljevanje in utemeljevanje pravic tistih, ki jih še ni na tem svetu, je zanj perverzno zaščititi pravice osebe, ki je še ni, na način, da se jo obvaruje pred rojstvom staršem, ki si otroka želijo.
15. V okvir zaščite živali po tem zakonu spada zaščita življenja, zdravja in dobrega počutja živali (1. odst. 1. člena). Zakon velja za vse živali, ki imajo razvita čutila za sprejem zunanjih dražljajev in razvit živčni sistem, da boleče zunanje vplive čutijo (2. odst. 1. člena). Zakon se dosledno izvaja pri vretenčarjih, pri drugih živalih pa glede na stopnjo njihove občutljivosti v skladu z ustaljenimi izkušnjami ter znanstvenimi spoznanji (3. odst. 1. člena).
16. V času pisanja prispevka sodba še ni pravno močna.
17. R. Rorty se na primer zavzema za takšen miselni preobrat. Postavlja se na stran tistih, ki naj bi od Hegla naprej zanikali obstoj univerzalne človekove narave ali bistva človekove eksistence. Na drugi strani pa njegovo stališče kritizira papež Janez Pavel II. v encikliki *Veritatis Splendor*, čeprav verjetno on s tem skuša preprečiti ujetost ljudi v kulturne vzorce (Perry 1997).
18. Ob tem velja predvidevati, da bo kakovost bivanja najbrž takrat drugače opredeljena, kot jo opredeljujemo danes.

Literatura

- Agich, George (1986): Genetic Justice, *University of Western Ontario Law Review*, 14, 39-50.
- Bernat, Erwin (1995): Legal Aspects of Developments in Human Genetics: An Austrian View Point, *Law and Human Genome Review*, 3, July-December, 35-43.
- Billing, S., P. (1992): Discrimination as a Consequence of Genetic Testing, *American Journal of Human Genetics*, 50, 472-482.
- Case of Botta v. Italy (1998): European Court of Human Rights, Reports 1998-I, Council of Europe, Strasbourg.
- Convention Relating to the Status of Refugees [1950] Protocol Relating to the Status of Refugees [1967] 1988, in: *A Compilation of International Instruments*, United Nations, New York, 294-314.
- DeNicola, R., Daniel (1976): Genetics, Justice and Respect of Human Life, *Zygon*, 11, 115-137.
- Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000, Brussels 11 October, *Charte 4473/00*, Convent 49.
- Fleck, M., Leonard (1994): *A Problem Agenda*, v: Murphy, F., Timothy, Lappé, A Marc, (ur.), *Justice and the Human Genome Project*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 14-29.
- Garret, J., Martha (1990): *National 21st Century Studies, Futures*, 22, 4, 339-354.
- Grabnar Miklavž (1997): Malo bolj klepetav ribič z nagnenjem do malanja (Hitler), *Delo, Sobotna priloga*, 15. 3. 1997, 34.
- Lenoire, Noëlle (1995): Legal and Ethical Aspects of Prenatal Diagnosis: The Law and Current Practices in France and Certain Other Countries (Part II.), *Law and Human Genome Review*, 3, July-December, 123-141.
- Marien, Michael (1996): The Fragmented Futures of Human Rights and Democracy, *Futures*, 28, 1, 51-73.
- McNally, P., Inayatullah, S. (1988): The Rights of Robots: Technology, Culture and Law in the 21st Century, *Futures*, 20, 2, 119-136.
- Odločba Ustavnega sodišča, *Uradni list RS*, št. 2/97.
- Odločba Ustavnega sodišča, *Uradni list RS*, št. 43/2001.
- Odločba Ustavnega sodišča, 1994, *Odločbe in sklepi Ustavnega sodišča*, *Nova revija*, Ljubljana, III/62, 302-309.
- Perry, J., Michael (1997): Are Human Rights Universal? The Relativist Challenge and Related Matters, *Human Rights Quarterly*, 19, 461-509.
- Rawls, John (1971): *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts.
- Sciences Humaines* (1998): Du calamar _ Einstein. l'evolution de l'intelligence, 87, octobre.
- Sciences Humaines* (2000): Homme/animal: Des frontières incertaines, 108, ao_t/septembre.
- Sciences Humaine* (2001): Les grandes questions de notre temps: Singe savant et vache folle, 34, septembre, octobre, novembre, 6-9.
- Slaughter, A., Richard (1994): Why We Should Care for Future Generations Now? *Futures*, 26, 10, 1077-1085.
- Šturm, Lovro (1998): Omejitev oblasti, *Nova revija*, Ljubljana.
- Tiedemann, Paul (2000): Protection against Persecution because of »Membership of a Particular

- Social Group« in German Law, v: The Changing Nature of Persecution, International Association of Refugee Law Judges, 4th Conference, Bern, Switzerland, 340-350.
- Tonn, B., E. (1991): The Court of Generations: A Proposed Amendment to the US Constitution, Futures, 23, 5, 482-498.
- Ustava RS, Uradni list RS, št. 33/91-I.
- Wheatley, Steven (2001): Human Rights and Human Dignity in the Resolution of Certain Ethical Questions in Biomedicine, European Human Rights Law Review, 3, 312-325.
- Zakon o ratifikaciji Konvencije o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino, Uradni list RS, MP, št. 17/98.
- Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin spremenjene s protokoli /.../, Uradni list RS, MP, št. 7 (Uradni list Rs, št. 33/1994).
- Zakon o zaščiti živali (1999): Uradni list RS, št. 98/99.
- Zalar, Boštjan (1999): Načelo socialne države v teoriji in pravu o človekovih pravicah, v: Šelih A., (ur.), Posvet ob 50-letnici Splošne deklaracije OZN o človekovih pravicah, SAZU, Ljubljana, 77-102.
- Zupančič, M., Boštjan (2001): Vive l'indifférence! Dignitas, 10, 3-14.

Avtorjev naslov:

Dr. Boštjan Zalar,
raziskovalec na Inštitutu za družbene vede,
Fakulteta za družbene vede,
Kardeljeva pl. 5, 1000 Ljubljana
in
višji strokovni sodelavec na Upravnem sodišču RS,
Tržaška c. 68/A, 1000 Ljubljana
e-mail: zalar.vrecar@siol.net

Rokopis prejet februarja 2002, revidirana verzija marca 2002, dokončno sprejet za objavo aprila 2002.
Po mnenju urednišva je članek uvrščen v kategorijo: vabljen predavanje na znanstvenem srečanju (Letno srečanje slovenskih sociologov, "Sociološki vidiki novih tehnologij", Portorož, 25. do 27. oktober, 2001)