

Odsevi politične filozofije v pravu socialne varnosti

Luka Mišič*

UDK: 349.3:1:340.1

Povzetek: V prispevku preučujem odseve treh politično-filozofskih teorij v pravu socialne varnosti, tj. v domači ureditvi sistema socialnih zavarovanj in socialnega varstva, deloma pa tudi v ureditvi na ravni Evropske unije. Teorije, ki jih izbiram v tej razpravi, so liberalizem, libertarizem in komunitarizem. Vsako izmed njih namreč prevevajo vrednote, ki lahko pomembno sooblikujejo pravno ureditev na področju socialne varnosti in določajo razmerje med pravicami in obveznostmi zavarovancev oziroma zavarovanih oseb v sistemu socialnih zavarovanj ter upravičencev v sistemu socialnega varstva. Te vrednote so svoboda in enakost, lastnina in skupnostna pripadnost, ki določa meje solidarnosti.

Ključne besede: socialno zavarovanje – socialno varstvo – socialne pravice – liberalizem – libertarizem – komunitarizem

Reflections of Political Philosophy in Social Security Law

Abstract: In the contribution, I explore the reflections of three theories of political philosophy in social security law, i.e. in the domestic social insurance and social assistance scheme and also, to a lesser extent, at the level of the European Union. The theories I have selected for this undertaking are liberalism, libertarianism and communitarianism. Each one of them is namely permeated by values that can make an important contribution to the regulation of social security and determine the relationship between rights and obligations of the insured individuals and beneficiaries in the social assistance scheme. Those are values of liberty and equality, property, and community membership that can determine the boundaries of solidarity.

* Luka Mišič, magister prava, mladi raziskovalec in asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Luka Mišič, Master of Law, Young Researcher and Assistant at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.
luka.misic@pf.uni-lj.si

Key words: *social insurance – social assistance – social rights – liberalism – libertarianism – communitarianism*

1. NAMESTO UVODA TRIJE ODSEVI POLITIČNE FILOZOFIJE

Pravnik, ki naslavlja filozofska vprašanja, se s tem postavi v neprijeten položaj. Na eni strani ga stanovski kolegi gledajo po strani, češ da mu drža filozofa ne pritiče, razprava pa je vnaprej zaznamovana kot idealistična puhlica. Pravnik bi naj govoril določen jezik členov in paragrafov ter se naj ne bi skrival za onkraj bivanjskimi pojmi, ki jih ne razume niti sam. Že sklicevanje na pravna načela lahko naježi kožo nepopustljivih "pozitivistov". Po drugi strani pa pravnik, ki v filozofiji ni izučen, nase ne sme prevzeti več kot pa le *držo* filozofa. Kot svari Kaufmann: »Razširjeno napačno vedenje nefilozofov do filozofije je prizadevanje, da bi filozofske misli, nauke in teorije prenesli na lastno področje, to je *uporabljali* filozofijo, kot uporabljamo recept.«¹ Med Scilo kolegov pravnikov in Karibdo filozofov v razpravi izbiram umerjen, a tako ne prav drzen pristop iskanja *odsevov* politične filozofije v pravni ureditvi socialnih zavarovanj in sistema socialnega varstva, tj. iskanje odseva izbranih teorij v ureditvi izbranih pravnih institutov, brez trditve, da ureditev dejansko temelji na določeni teoriji. Takšna teza bi bila nedokazljiva, najverjetneje pa tudi napačna. Bila bi prav recept, pred katerim svari Kaufmann. Zato si teorijo *liberalizma*, *libertarizma* in *komunitarizma*, prvi kot ožji izpeljanki liberalne misli, izposojam kot svetilo, v odsevu katerega bom skušal prepoznati vrednote, ki prevevajo tako izbrano teorijo, kot tudi pravne institute. To bodo praviloma vrednote *enakosti*, *svobode*, *lastnine*, *skupnostne pripadnosti* in *solidarnosti*.

V prispevku ne želim kakor kovač iskati žeblja,² temveč z osvetlitvijo vrednot, ki prevevajo tako politično filozofijo kot tudi pravo socialne varnosti, vnovič prikazati, da pravo ni le normativni sistem pravnih pravil, ter da je pri njegovem spreminjanju treba upoštevati tudi in predvsem moralne in vrednostne temelje, pri čemer je od njihove izbire lahko odvisno tudi razmerje med pravicami in obveznostmi zavarovancev ali zavarovanih oseb oziroma upravičencev v sistemu socialnega

¹ Kaufmann, str. 27.

² Zato se izogibam teoriji *utilitarizma*, saj bi v luči vsebinskih in prostorskih omejitev sicer živopisno teorijo gotovo zlorabil tako, da bi jo vehementno omejil na vprašanja ekonomske (ne)učinkovitosti.

varstva. Slednjemu se bom posvetil predvsem v okviru tretjega odseva, med tem ko bom v okviru prvih dveh v pretežni meri obravnaval domačo ureditev socialnih zavarovanj.

2. ODSEV LIBERALIZMA

Liberalizem lahko brez delitve na njegove izpeljanke opredelimo kot politično-filozofsko teorijo, ki zagovarja posameznikovo svobodo in enakost ali enakopravnost v razmerju do drugih.³ Kot jedro vsake ureditve določa posameznika, pri čemer je liberalni individualizem praviloma *etični*.⁴ V skladu z njim imajo vsi člani skupnosti enako moralno vrednost, temeljnim pravicam in svoboščinam pa sledijo obveznosti.⁵ Svoboda in enakost ali enakopravnost posameznikov se odraža predvsem v prosti izbiri načina življenja ali življenjskega sloga oziroma v svobodnem življenjskem razvoju,⁶ ki hkrati spoštuje enako svobodo drugega. Kot ugotavlja Deigh: »Pravica biti svoboden je vsakomur položena v zibelko in naloga politične filozofije je, da znotraj politične skupnosti najde ureditev institucij in praks, ki bo varovala to pravico vsakega člana skupnosti. Skupnost, ki ji ne uspe doseči tega ideala, je nepravilna. V okovih pušča tiste, ki jim ne zagotovi pravice do svobode. Liberalizem je tradicija, ki je najbližja iskanju tega ideala.«⁷ Srž liberalizma se torej skriva v vprašanju, kako urediti institucije, da bo vsakomur omogočen svoboden življenjski razvoj.⁸ Kot ugotavlja Freeman, skuša Rawls, zastavonoša t.i. političnega liberalizma, s katerim se bomo srečali v nadaljevanju, v svojem istoimenskem delu *Politični liberalizem* odgovoriti prav na vprašanje, kakšna je najpravičnejša in najsmotnejša ureditev družbenih institucij, ki uresničuje temeljne demokratične vrednote svobode in enakopravnosti vseh državljanov.⁹

³ Podrobneje o njegovih izpeljankah v: Mišič, str. 144-149.

⁴ V ekonomskem liberalizmu so posamezniki moralno izenačeni kot agenti na prostem trgu dobrin in storitev.

⁵ Kelly, str. 13.

⁶ Kot glede pravice do socialne varnosti ugotavlja Kresal: »Posamezniku, ki se je iz različnih okoliščin znašel v neugodnem socialnem položaju, naj se torej z aktivnim delovanjem države, kjer je to potrebno, zagotovijo možnosti za dostojno življenje in *svoboden razvoj osebnosti* [poudaril L.M.]«, Kresal, v: Šturm, str. 519.

⁷ Deigh, v: Sterba, str. 81.

⁸ Kritičen bralec bi lahko dejal, da je to že opredelitev *političnega liberalizma*. Menim, da je opredelitev na tem mestu še dovolj splošna, da je vanjo moč umestiti tudi njegove druge različice.

⁹ Freeman, str. 2.

Menim, da takšno institucijo predstavljajo prav socialna zavarovanja kot zakonska, javna in običajno obvezna zavarovanja za socialna tveganja oziroma socialne primere, ki povzročijo izpad dohodka.¹⁰ Socialna zavarovanja, v katerih bi naj predvsem načelo solidarnosti upravičevalo vzpostavitev sistema prisilne redistribucije dohodka,¹¹ namreč zavarovancem, v nekaterih zavarovanjih ali v primeru posameznih institutov pa tudi zavarovanim osebam kot od zavarovancev odvisnim osebam, z zagotovitvijo dohodkovne varnosti ali storitev zdravljenja omogočajo svobodno ali vsaj svobodnejšo izbiro načina življenja ali svobodnejši življenjski razvoj, kot v primeru, ko bi upravičenost do socialnih pravic temeljila na zgolj načelu ekvivalence.¹² Peti odstavek 2. člena predloga Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-1) npr. določa, da *enakost* pomeni dostop do splošne zdravstvene oskrbe v skladu s potrebami zdravstvenega stanja, neodvisno od etične pripadnosti, spola, starosti, socialnega statusa, sposobnosti plačila ali druge osebne okoliščine. Četrti odstavek določa, da *solidarnost* pomeni, da vsak prispeva v skladu s svojimi ekonomskimi zmožnostmi in prejema splošno zdravstveno oskrbo v skladu s potrebami zdravstvenega stanja.¹³ Predlog tako moralno izenačuje člane zavarovalne skupnosti – izenačitev preveva že veljavno ureditev, le da ta ni izrecno zapisana – in te praviloma ob upoštevanju načela enakosti oziroma enake obravnave v obliki

¹⁰ Bubnov Škoberne, v: Bubnov Škoberne in Strban, str. 43.

¹¹ Glej 5. točko pritrdilnega ločenega mnenja sodnice Jadek Pensa v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-281/09 z dne 22. 11. 2011: »Pravica do pokojnine se posameznikom zagotavlja v prepletenem in kompliciranem sistemu, ki naj zagotavlja socialno blaginjo in s tem določene standarde življenja v državi po načelu socialne solidarnosti in zaradi socialne solidarnosti. Iz tega, kot razumem, logično sledi (1) da pravni red omejuje svobodo posameznika (delavca) na premoženjskem področju zaradi socialne solidarnosti, (2) da pravni red posamezniku (poenostavljeno) v tem okviru zagotavlja pravico do pokojnine, in (3) da se »naložba« posameznika (delavca) v denarju izmika njenemu običajnemu golemu premoženjskopravnemu bistvu prav zaradi njene funkcije zagotavljanja socialne solidarnosti. [opombe umaknil L.M.]«

¹² Če bi pokojninsko zavarovanje bilo utemeljeno le v načelu ekvivalence, tj. strogem ujemanju med prispevki in višino (starostne) pokojnine, bi seveda več svobode omogočalo tistim, z visokimi dohodki, a ne bi izpolnjevalo pogoja največje koristi za najmanj privilegirane člane skupnosti. Ekonomska svoboda je seveda ena izmed ključnih predpostavk svobode ravnanja oziroma svobodne izbire načina življenja ali življenjskega sloga, vendar v normativni socialni državi potrebuje solidarnostni in egalitarni korektiv, ki izenačuje ali približuje možnosti svobodnega razvoja tudi ekonomsko in socialno šibkejših posameznikov. Ob popolnem neupoštevanju načela solidarnosti pa prav tako več ne bi mogli govoriti o *socialnem zavarovanju* temveč o *individualni varnosti dohodka*.

¹³ Glej predlog Zakona o Zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-1), dostopen na: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=6332> (12. 12. 2017).

razpršitve tveganja in finančnih bremen na zavarovalno skupnost razbremenjuje obveznosti individualnega oziroma zasebnega zavarovanja ali varčevanja.

Vendar pa izenačitev, ki posamezniku praviloma omogoča več svobode tudi v vsakdanjem življenju¹⁴ – državljan Evropske unije (v nadaljevanju: EU) lahko npr. potrebne storitve zdravljenja z uporabo Evropske kartice zdravstvenega zavarovanja uveljavlja v drugi državi članici (v nadaljevanju: DČ) in se zato lahko prosto giblje – in ki jo lahko *mutatis mutandis* preslikamo tudi na druge veje socialnih zavarovanj, ne pove, zakaj je takšna ureditev temeljnih institucij ob praviloma obvezni naravi zavarovanja legitimna ali zakaj bi nanjo pristali predvsem posamezniki, ki se na oseh horizontalne in vertikalne solidarnosti nahajajo na “pozitivnih” straneh. Slednjim bi se ob neobvezni naravi zdravstvenega zavarovanja glede na življenjsko obdobje namreč izplačalo prehajanje med zasebnim in socialnim zavarovanjem. Če bi komunitarizem takšno ureditev utemeljeval z varstvom in prispevanjem k *skupnemu dobremu*, libertarizem pa slednji odločno nasprotoval, odgovor znotraj liberalizma ponudi Rawlsova teorija *pravičnost kot poštenost*.¹⁵

V njej avtor člane bodoče skupnosti postavlja v t.i. izhodiščno pozicijo,¹⁶ v kateri ti izza t.i. tančice nevednosti odločajo o politični koncepciji pravičnosti oziroma o načelih pravičnosti, ki bodo vladala temeljnim družbenim institucijam. Z drugimi besedami, določajo temeljna pravila družbene ureditve, pri čemer vse do popolnega dviga tančice ne vedo, kakšen bo njihov dejanski položaj v nastali skupnosti, npr. kakšna količina primarnih dobrin jim bo pripadala, kakšen bo njihov socialni položaj ali spol, kakšna bo njihova starost. Kot racionalni posamezniki bodo zato sprejeli pravila,¹⁷ s katerimi bodo pripravljeni živeti ne glede na rezultat postopka,¹⁸ pri čemer bodo tega spoštovali, čeprav bi si po razkritju želeli drugačnega izida.¹⁹ Načela pravičnosti, za katera Rawls

¹⁴ Izbira načina življenja se praviloma navezuje na daljše časovno obdobje življenja. Glej: Rawls, 1971, str. 409-410.

¹⁵ Rawlsova teorija socialne pravičnosti je sicer razvojno razpeta med več temeljnih del: *A Theory of Justice* (1971), *Political Liberalism* (1993), *The Law of Peoples* (1999) in *Justice as Fairness: A Restatement* (2001). Odtenke, ki jih k teoriji prinese posamezno delo puščam ob robu in *načela pravičnosti iz pravičnosti kot poštenosti* navajam v njihovi najmlajši različici.

¹⁶ Glej npr.: Maffettone, str. 104-112.

¹⁷ Razlikovanje med racionalnim (angl. *rational*) in razumnim (angl. *reasonable*) kot nemoralno in moralno kategorijo puščam ob robu. Glej: Rawls, 1993, str. 300-301 in Rawls, 2001, str. 6-7 in 81-82.

¹⁸ Rawls, 1971, str. 137.

¹⁹ Bloom, 651.

trdi, da bodo izbrana izza tančice nevednosti, so: (i) Vsaka oseba ima enako neodtujljivo upravičenje do povsem ustrezne sheme enakih temeljnih svoboščin, ki je združljiva z enako shemo svoboščin za vse.²⁰ (ii) Socialne in ekonomske neenakosti morajo zadostiti dvema pogojema: prvič, zvezane morajo biti z mesti in položaji, ki so pod pogoji poštene enakosti v priložnosti prosto dostopni vsem; drugič, biti morajo v največjo korist najmanj privilegiranih članov družbe (načelo razlikovanja).²¹ Racionalni posamezniki bi naj torej izbrali načela pravičnosti, ki odpravljajo tiste neenakosti med člani skupnosti, npr. pripadnost družbenemu razredu, vpliv bolezni in nesreče, obdobje neprostovoljne brezposelnosti,²² od katerih je odvisen dostop do primarnih dobrin, npr. osebnega dohodka.

Kratek pregled teorije liberalizma razkrije njegov dvojni odsev v ureditvi socialnih zavarovanj. Prvi odsev je moč izpeljati iz splošnega moralnega izenačevanja posameznikov. Ob tem drugi odsev predstavlja možnost, da s sklicevanjem na ožjo izpeljanko liberalizma, tj. Rawlsovo teorijo poštenosti kot jedro egalitarnega političnega liberalizma, upravičimo institut socialnega zavarovanja. Vendar praviloma le, če ta izpolnjuje tri načela pravičnosti, pri čemer moramo pojem *svoboščin* smiselno nadomestiti s pojmom *pravic*.²³ Ob njihovi izpolnitvi bi sistem socialnih zavarovanj²⁴ – vsaj pred zasebnim zavarovanjem – izza tančice nevednosti praviloma izbrali vsi racionalni posamezniki, ki ne bi sprejeli tveganja, da se kot najmanj privilegirani člani skupnosti znajdejo v ureditvi, ki socialno in ekonomsko najšibkejšim ne omogoča enakopravnega in učinkovitega uživanja socialnih pravic.²⁵ Ne nazadnje bi lahko dejali, da je vsakdo postavljen za lastno tančico nevednosti, katere tveganja nevtralizira prav institut socialnega zavarovanja. Kot ugotavlja Bubnov Škoberne: »Socialno tveganje je za posameznika praviloma prihodnji in negotov dogodek. Negotovo je na primer, ali bo posameznik zbolel, se poškodoval, postal brezposeln, koliko let bo preživel po določeni starosti, po kateri se lahko upokoji, kakšne stroške bo imel z zdravljenjem.«²⁶ Ob tem

²⁰ Rawls, 2001, str. 42.

²¹ Prav tam, str. 42-43. Primerjaj s prevodom K. Zakrajšek v: Rawls, 2011, str. 67.

²² Prav tam, str. 55.

²³ Paden posebej izpostavlja le izpolnitev pogoja načela razlikovanja. Glej: Paden, str. 183. Največja korist najmanj privilegiranih članov se seveda nahaja v jedru sistema socialnega varstva in sistema socialnih zavarovanj: Višji kot so dohodki davčnih zavezancev in prispevno obremenjenih, več sredstev bo (praviloma) na voljo za financiranje sistema, ki je v večjo korist ekonomsko ali socialno šibkejših.

²⁴ *Mutatis mutandis* sistem nacionalne univerzalne socialne varnosti.

²⁵ Toliko bolj to velja za sistem socialnega varstva.

²⁶ Bubnov Škoberne, v: Bubnov Škoberne in Strban, str. 91.

pa drži, da bi informiran posameznik, ki se zaveda večje verjetnosti realizacije socialnega tveganja, lahko sklenil zasebno zavarovanje, ki bi odražalo njegove potrebe in želje, a bi pri tem nekateri, npr. posamezniki, ki trpijo za dednimi boleznimi, bili *a priori* postavljeni v položaj neenakih izhodiščnih možnosti, saj bi večji del razpoložljivega dohodka brez lastne krivde morali nameniti za zdravstvene izdatke, sklenitev zavarovalne pogodbe z večjim obsegom pravic ali za nadpovprečno varčevanje za primer starosti. Drugo plat medalje predstavljajo tisti, ki se jim glede na pričakovano življenjsko dobo predvsem varčevanje v obliki obveznega pokojninskega zavarovanja objektivno ne izplača.

Socialna zavarovanja so, kot že zapisano, praviloma utemeljena v načelu enakosti ali enake obravnave²⁷ oziroma je vključitev in uveljavljanje pravic iz zavarovanja neodvisno od osebnih okoliščin zavarovanca.²⁸ V Sloveniji to praviloma velja, kot že omenjeno, npr. za ureditev obveznega zdravstvenega zavarovanja (v nadaljevanju: OZZ). Glede dopolnilnega zavarovanja, šele katerega sklenitev zavarovancu omogoča učinkovito uživanje pravic iz OZZ in tako *de facto* predstavlja njegov sestavni del,²⁹ ZZVZZ določa, da zaradi varovanja interesov zavarovancev država zagotavlja njihovo enako obravnavo ne glede na starost, spol in zdravstveno stanje.³⁰ Zavarovalnica, ki izvaja zavarovanje, mora v skladu z 62. b členom vanj sprejeti vse obvezno zavarovane osebe, ki se želijo vključiti, ter jih pri tem obravnavati enako. Delovanje socialnih zavarovanj je, kot že zapisano, tudi v največjo korist najmanj privilegiranega člana skupnosti. V OZZ se to odraža v prevladujoči neodvisnosti obsega storitev zdravljenja od predhodne dobe zavarovanja oziroma višine vplačanih prispevkov.³¹

²⁷ Enakopravnost in enako obravnavo v prispevku praviloma uporabljam kot vsebinski izpeljanki načela enakosti. Tako glede razmerja med enakostjo in enako obravnavo tudi Strban, v: Pavčnik in Novak, str. 367.

²⁸ Od načela enakosti oziroma enake obravnave npr. za enkrat še neupravičeno odstopajo pogoji za pridobitev pravice ali odstotek za odmero starostne pokojnine, glej: 27. in 37. člen Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-2), Ur. l. RS, št. 96/12 do 65/17. Pred uveljavitvijo oziroma pričetkom uporabe Zakona o partnerski zvezi (ZPZ), Ur. l. RS, št. 33/16, je socialna zakonodaja na več mestih bila v neskladju z načelom enakosti. Morda najočitnejši primer je predstavljala nezmožnost zavarovanja (registriranega) istospolnega partnerja kot družinskega člana, glej: 20. člen Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ), Ur. l. RS, št. 72/06 do 61/17.

²⁹ Zaradi njegove *de facto* obvezne narave od dohodkovnega položaja zavarovanca neodvisna premija predstavlja neprimerno ureditev financiranja, saj na dohodkovni strani ne sledi načelu solidarnosti, temveč mehanicističnemu načelu enakosti pri razdelitvi bremen. Nepravičnost bi naj odpravil ZZVZZ-1. Ratio drugega odstavka 62. člena ZZVZZ sicer predstavlja prepoved razlikovanja med t.i. dobrimi in slabimi riziki (angl. *good in bad risks*).

³⁰ Prva točka 62. člena ZZVZZ.

³¹ Pravila obveznega zdravstvenega zavarovanja, Ur. l. RS, št. 79/94 do 10/17, predhodno dobo

V pokojninskem zavarovanju se to odraža npr. v ureditvi instituta najmanjše in najvišje pokojninske osnove iz 36. člena ZPIZ-2, ki je v korist tistim z nižjimi dohodki. Enako velja za nadomestilo iz Zakona o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (ZSDP-1).³² Po drugi strani pa so nekateri zavarovanci še zmeraj neupravičeno postavljeni v manj ugoden položaj: pri tem gre npr. za neenako obravnavo delavcev, samozaposlenih in kmetov v pokojninskem zavarovanju³³ ali. t.i. fleksibilnih delavcev v več vejah socialnih zavarovanj.³⁴ Prav tako pa v tradicionalnem modelu (praviloma moškega) hranitelja družine utemeljena ureditev OZZ paradoksalno več varnosti nudi partnerjem oziroma družinskim članom, kakor samskim osebam oziroma *individuumu*, neodvisno od njegovih socialnih vezi. *Ratio* ureditve seveda leži v razbremenitvi zavarovanca, ki je dolžan skrbeti za ekonomsko neaktivne družinske člane.³⁵ Takšni tradicionalni vzorci ureditve seveda ne odsevajo idej liberalizma, temveč konservativnega komunitarizma, ki v jedro skupnosti postavlja družino ali – po drugi strani – tradicionalni koncept delovnega razmerja, tj. razmerja za nedoločen in polni delovni čas, kjer se delo v jasnem razmerju subordinacije opravlja pri enem delodajalcu, in s tem na različne, a v bistvenem primerljive položaje (tj. pridobivanje dohodka) vežejo neenake pravice in obveznosti. Liberalizem bi položaje praviloma izenačeval. V tem pogledu je njegov odsev gotovo močnejši v sistemih nacionalne univerzalne socialne varnosti, ki pa jih duh komunitarizma preveva na drug način.³⁶

zavarovanja urejajo v devetem poglavju in s tem omejujejo zakonsko določeno pravico. Pravila na več mestih določajo tudi starostne meje upravičenosti do določenih metod zdravljenja, pri čemer ob popolnem nepoznavanju medicinske stroke verjamem, da so omejitve strokovno upravičene in ne predstavljajo diskriminacije na podlagi osebne okoliščine starosti, ki po načelu ekonomske učinkovitosti nasprotuje načelu enake obravnave in zagotavljanju storitev zdravljenja glede na potrebe (zdravstvenega stanja).

³² Glej 46. člen Zakona o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (ZSDP-1), Ur. l. RS, št. 26/14 do 90/15. Ugodnost (zgornje) neomejenosti uživa le materinsko, ne pa tudi očetovsko in starševsko nadomestilo.

³³ Glej: Strban, 2013, 279-281.

³⁴ Ob upoštevanju zakonodajnih sprememb glej npr.: Strban, 2006, 334 in nasl.

³⁵ 20. člen ZZZVZ s tem, ko za zakonca, ki se lahko zavaruje kot družinski član, ne določa dodatnih pogojev (npr. dohodkovnega cenzusa) pod katerimi je ta lahko zavarovan brezplačno, predvsem glede na dohodek hranitelja družine posameznike oziroma družine neupravičeno postavlja v neenak položaj. Pri tem bi dodaten pogoj lahko predstavljala tudi skrb za (npr. predšolske) otroke ali izkazan status aktivnega iskalca zaposlitve. Prvi sicer praviloma ohranja tradicionalistično in konservativno koncepcijo družine kot reprodukcijske celice, kateri jasno sledijo tudi predpostavljene in zakrnele družbene vloge spolov. Drugi predstavlja ukrep t.i. (re)aktivacijske socialne države, ki lahko prekomerno posega v posameznikovo svobodo izbire poklica in njegov o zasebnost.

³⁶ Glej tudi: Stendahl, str. 234.

3. ODSEV LIBERTARIZMA

Libertarizem, v osebno svobodo radikalno usmerjena različica liberalne misli, sloni na treh načelih. V skladu z načelom samolastništva, ki izvira iz Lockove naravne pravice do lastnine,³⁷ je posameznik lastnik plodov svojega dela, s katerimi svobodno razpolaga.³⁸ (ii) V skladu z načelom neagresivnosti, je vsakomur prepovedan nedogovorjen poseg v lastnino drugega. Ta je opredeljena širše od običajnega razumevanja, tako, da ščiti tudi telesno in duševno celovitost osebe. »Posamezniki imajo pravice, in so stvari, ki jim jih (brez kršitve njihove pravice) ne more storiti nobena oseba ali skupina oseb«³⁹ so besede, s katerimi Nozick pričinja temeljno področno delo *Anarchy, State and Utopia*. Tretje načelo predstavlja odsotnost pozitivnih pravic in iz njih izhajajočih obveznosti.⁴⁰ Libertarizem je utemeljen v konceptu *negativnih pravic*. Vse pozitivne pravice in obveznosti morajo biti svobodno dogovorjene, človekove pravice in temeljne

³⁷ Locke, IX, 123. Glej tudi 2. točko pritrdilnega ločenega mnenja sodnika Zobca v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-313/13 z dne 21. 3. 2014: »Lastnina pomeni eno od osrednjih ustavnih vrednot in enega od stebrov zahodne civilizacije. [...] Teorija o lastniških pravicah ima tudi osrednje mesto v politični filozofiji Johna Locka, ki je navdihovala ameriško revolucijo in odsevala v Deklaracijo o neodvisnosti. Po mnenju tega misleca razsvetljenstva, katerega filozofija je globoko vplivala na moderni liberalizem, zasebna lastnina obstaja že po naravnem pravu in pred nastankom politične oblasti. Pravi in resnični smisel vladanja je varstvo teh naravnih lastniških pravic, ki jih je Locke spojil s svobodo. Zato je zatrjeval, da so ljudje ustvarili in postavili vlado, da bi prek nje zavarovali svoja življenja, svoboščine in posest. Trdno je stal na stališču, da zakonodajalec ni upravičen samovoljno posegati v lastnino ter da je odmerjanje davkov brez ljudskega soglasja arbitrarno, krati temeljni zakon lastnine ter spodkopava cilj in smisel vladanja.«

³⁸ Glej 3. točko pritrdilnega ločenega mnenja sodnice Jadek Pensa v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-281/09 z dne 22. 11. 2011: »Jamstvo zasebne lastnine kot človekove pravice iz 33. člena Ustave zagotavlja posamezniku svobodo na premoženjskem področju, to je, da uživa in razpolaga s svojimi dobrinami, prihodki in plodovi svojega dela. V konkretnem upravnem postopku dosežen odpis, delni odpis, odlog plačila prispevkov ali obročno plačevanje prispevkov svobode posameznika na premoženjskem področju, kot razumem, ne omejuje nič bolj, kot je njegova svoboda že omejena z zakonsko zapovedjo plačevanja prispevkov za obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje.«

³⁹ Nozick, str. ix.

⁴⁰ O libertarnem razumevanju socialnih pravic kot "neresničnih" pravic glej: Boaz, str. 60. Vključitvi pozitivnih pravic v vzhodnoevropske ustave v začetku devetdesetih let je v eseju *Zoper pozitivne pravice* (angl. *Against Positive Rights*) ostro nasprotoval tudi Sunstein. Ustavne pravice bi naj varovale le čvrste liberalne pravice in svoboščine, tj. svobodo govora, volilno pravico, pravice obdolženih v kazenskih postopkih, versko svobodo, prepoved diskriminacije, lastninsko pravico in pogodbeno svobodo ter pogoje za vzpostavitev tržne ekonomije. Glej: Sunstien, str. 35-36. Avtor je nekaj let pozneje pričiranje spremenil, glej: Langford, str. 29.

svoboščine pa so podrejene izvorni pravici do lastnine. Neproduktivno bi bilo, če bi skušal prikazati neskladje med temelji libertarizma in ureditvijo socialnih zavarovanj ter sistema socialnega varstva. Zalomilo bi se že pri načinu financiranja, pa naj gre za prispevno ali drugo bremenitev dohodka oziroma davčno (so) financiranje sistema s strani države, ter pri načelu vertikalne in horizontalne solidarnosti. Zahtevnejša, a toliko zanimivejša je pot iskanja libertarnih odsevov v veljavni pravni ureditvi socialnih zavarovanj.

3.1. Odgovornost zavarovanca za lastno ravnanje

Prvi odsev, o katerem sem kratko razpravljal na drugem mestu in ga v tej razpravi tako obravnavam lapidarno, predstavlja *odgovornost zavarovanca za lastno ravnanje*.⁴¹ Libertarizem, ki zanika obstoj skupne ideje dobrega,⁴² namreč predpostavlja visoko raven posameznikove svobode ravnanja in ekonomske svobode, a tej pridružuje prav tako visoko raven individualne odgovornosti. V jeziku socialnih zavarovanj to pomeni, da je njihova vzpostavitev ob predpostavki obvezne vključitve in dolžnosti državnega sofinanciranja nelegitimna, enako pa velja za sistem socialnega varstva. Socialna pomoč je prepuščena dobrodelnim organizacijam, ki temeljijo na prostovoljni redistribuciji dohodka. Kot sicer na primeru ekonomskega liberalizma ugotavlja Quiggin: »Kar se ekonomske politike tiče, je ekonomski liberalizem omejen s potrebo po tekmovanju z rezultati socialne demokracije. Zato je nezdržljiv z dogmatičnim libertarizmom, ki bi lačne pustil izstradati ali bi jih prepustil zasebni dobrodelni organizaciji, izobraževanje otrok pa njihovim staršem. Ekonomski liberalizem skuša kolikor je mogoče omejiti ekonomsko vlogo države, pri tem pa ohraniti dostop do temeljnih zdravstvenih storitev in izobraževanja ter zagotoviti varstvo dohodka.«⁴³

Vprašanje legitimnosti seveda ni sporno glede zasebnih zavarovanj kot manifestacije individualne odgovornosti za tveganje, ki vodi v izpad dohodka ali povzroči stroške zdravljenja ali oskrbe. Stroškov nadpovprečno tveganega ali nezdravega načina življenja namreč ni dovoljeno razpršiti na zavarovalno

⁴¹ Glej: Mišič, 2017, 11-13.

⁴² Liberalizem dopušča vzpostavitev razumsko utemeljenega soglasja (Rawlsovo *prekrivajoče se soglasje* ali Rousseaujeva *obča volja*) o temeljnih družbenih vprašanjih – v racionalno argumentirani razpravi lahko skupnost soglašča npr. o ureditvi sistema socialnega varstva. V tem smislu se pojem liberalizma približuje pojmu liberalne demokracije.

⁴³ Quiggin, str. 11. Zapisano toliko bolj velja za politični liberalizem.

skupnost, ki ne bi bila prostovoljna ali ne bi terjala dodatne davčne redistribucije dohodka. Strožjo odgovornost za lastno ravnanje bi bilo v veljavni ureditvi sicer mogoče vzpostaviti predvsem pri ureditvi OZZ. Kot ugotavlja Strban, sta iz obsega zdravstvenih primerov praviloma izvzeta le naklep in udeležba pri storitvi kaznivega dejanja ter pri tem izpostavlja vprašanje, v kakšni višini je treba zavarovanca udeležiti pri stroških, ki jih je ta povzročil z nadpovprečno tveganim življenjskim slogom, npr. udeležbo pri ekstremnih športih.⁴⁴ Vprašanje, ali je dvojna omejitev posameznikove svobode, tj. svobode na ekonomskem področju in v izbiri življenjskega sloga ali načina življenja, v luči varovanja javnega interesa, tj. finančne vzdržnosti zdravstvene blagajne, legitimna. Pravičneje se zdi, da odgovornost za stroškovne presežke, ki so lahko tudi posledica tveganega ali nezdravega načina življenja populacije, nase prevzame država, ki zavarovanje določa kot obvezno, ta pa je prav tako zavezana s 4. členom ZZVZZ (družbena skrb za zdravje) in ne nazadnje razpolaga z ukrepi davčne zakonodaje, ki bi ob odstopu od načela integralnega proračuna lahko z naslova že siceršnje dodatne bremenitve nekaterih nezdravih življenjskih navad poskrbela za dodatno financiranje zdravstva. Libertarizem, ki sicer nasprotuje neprostovoljnemu razpolaganju z lastnino, nas pri tem vedno znova sili k skrbni presoji vsakega posega v posameznikovo svobodo. Stroškovna soudeležba pri realizaciji socialnih tveganj, ki so v neposredni in jasni vzročni zvezi z nadpovprečno tveganim življenjskim slogom, bi v sistemu pravzaprav predstavljala tretjo omejitev posameznikove svobode, ki bi sledila prvi omejitvi na področju ekonomske svobode in bi bila posledica neupoštevanja druge omejitve, tj. proste izbire načina življenja oziroma ravnanja.

3.2. Lastninsko varstvo socialnih pravic

Drugi odsev, ki ga bom obravnaval podrobneje od prvega, predstavlja *lastninsko varstvo socialnih pravic*. Kot izhaja iz člena 1 Protokola k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: Konvencija),⁴⁵ ima vsaka oseba pravico do mirnega uživanja svojega premoženja. Premoženje je lahko odvzeto le ob upoštevanju javnega interesa in zakonskih pogojev ter

⁴⁴ Glej: Strban, v: Bubnov Škoberne in Strban, str. 283-284.

⁴⁵ Pregledno o vključitvi lastnine v druge mednarodnopravne akte glej npr.: Strban, 2015, str. 1252-1254.

splošnih načel mednarodnega prava, pri čemer določba držav med drugim ne omejuje pri določanju davkov in prispevkov.⁴⁶ Drugi del določbe, ki v posebnih primerih dovoljuje oblasten poseg v premoženje, odseva libertarizma seveda ne premore.⁴⁷ Nasprotno, vsak poseg v premoženje mora v luči teorije temeljiti na soglasju strank. Libertarni odsev je tako prisoten le v prvem delu določbe, tj. splošnem varstvu lastnine, ki pa je za to razpravo toliko pomembnejše. Posameznikov dohodek, kot že zapisano, predstavlja plod njegovega dela, s katerim bi ta naj povsem svobodno razpolagal. Ker država v luči javnega interesa, skupnega dobrega ali v luči socialne pravičnosti, razpoložljivi dohodek krči in s tem posega v posameznikovo svobodo ravnanja, v ožjem smislu pa v ekonomsko svobodo, lastninsko pravico ali premoženje, se lastninsko varstvo reaktivira v razmerju do socialnih pravic. Te več ne predstavljajo zgolj klasičnih pozitivnih obveznosti države, temveč imajo naravo pridobljenih pravic, s čimer postanejo odpornejše vsaj na njihovo nesorazmerno omejevanje, neučinkovito zagotavljanje ali ukinitvev. Kot ugotavlja Šinkovec: »[s]misel lastnine je praviloma v *pridobivanju dohodka*, je lahko eksistencialna podlaga fizične ali pravne osebe. Zato sodobne pravne teorije in zakonodaje štejejo za lastnino vse, kar je sposobno zagotavljati eksistenco, od zemljišč do patentov in nekaterih pravic iz socialnega zavarovanja.«⁴⁸ To še posebej velja za socialne pravice, katerih obseg je odvisen od višine plačanih prispevkov, zaradi česar so te razpete tako med načelo ekvivalence, ki sicer ni vodilno načelo socialnih zavarovanj,⁴⁹ in načelo solidarnosti.⁵⁰ Zato ne preseneča, da je slovensko ustavno sodišče,

⁴⁶ Glej 1. člen Prvega protokola h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in svoboščin.

⁴⁷ Če si pri tem kot jedro libertarne misli izberem Nozickovo *teorijo upravičenosti* (angl. *entitlement theory*), ki je kot historična teorija utemeljena v prvi pravični pridobitvi in nadaljnjih svobodnih prenosih lastninske pravice. Glej: Nozick, str. 151-152 in str. 174-176. Glej tudi: Lacey, str. 37.

⁴⁸ Šinkovec, str. 8. O pomenu lastnine v t.i. liberalni socialni državi glej tudi: Zacher, str. 537-538 in primerjaj z: Eichenhofer, str. 68-95.

⁴⁹ Strban, 2015, str. 1265.

⁵⁰ Načelo solidarnosti predstavlja delitev bremen in ugodnosti glede na *potrebe* (npr. zdravstveno zavarovanje), korigira popolno sorazmerje med vplačanimi prispevki in obsegom pravice (npr. omejitev na najvišjo in najnižjo osnovo v zavarovanju za starševsko varstvo), ter v izpeljanki medgeneracijske solidarnosti (pokojninsko zavarovanje) upravičuje vplačevanje prispevkov delovno aktivnih posameznikov za izplačila (starostno) pokojnin delovno neaktivnim posameznikom brez jamstva, da bodo prvi (še) prejeli ustrezno visoka izplačila pokojnin, ko bodo sami izpolnili pogoje za njihovo pridobitev. Lastninsko varstvo korigira prav slednji vidik načela solidarnosti. Načelo ekvivalence v svoji čisti obliki po drugi strani temelji na načelu razdelitve bremen in ugodnosti glede na *zaslužnje* oz. glede na *zaslužek*. Pri tem deloma sledim tradicionalni razdelitvi meril razdeljevalne pravičnosti na *pravice*, *zasluge* in *potrebe*. Slednjim je kot merilom pravičnosti moč dodati tudi *želje* ali *enakost*. Glej npr.: Miller, 1999, str. 52 in nasl.

sicer slabih trideset let po nemškem,⁵¹ z odločbo iz leta 2009 socialnim pravicam, ki temeljijo na plačanih prispevkih, priznalo tudi premoženjsko naravo in to zavarovalo s pravico do zasebne lastnine: »Pravica do pokojnine ima dvojno ustavno varstvo. Varovana je kot človekova pravica tako po prvem odstavku 50. člena kot tudi po 33. členu ustave.«⁵² Kot je ustavno sodišče ugotovilo že leta 1998, je lastnina »elementarna človekova pravica, ki je tesno povezana z varstvom osebne svobode. Njena funkcija je, da zavaruje svobodno ravnanje posameznika na ekonomskem področju in tako omogoča vsakomur, da lahko svobodno in odgovorno oblikuje svoje življenje.«⁵³ Lastninskega varstva pa v tem smislu ne bi smeli nujno omejevati le na pravice, katerih obseg je odvisen od višine plačanih prispevkov, temveč bi z njim npr. lahko upravičili tudi prepoved zniževanja ravni zdravstvenega varstva. Zavarovanec ali zavarovana oseba v OZZ običajno nima možnosti izbire med storitvami ali njihovimi ponudniki oziroma v primeru znižanja ravni zdravstvene oskrbe bodisi z manjšanjem obsega košarice dobrin bodisi z znižanjem kakovosti (npr. krajšanje časa obravnave pri osebнем zdravniku ali specialistu, obrabljenost medicinskih pripomočkov, predpisovanje manj učinkovitih zdravil, čakalne vrste) ne more izstopiti iz zavarovanja, tako kot bi lahko odstopila od pogodbe, ki bi jo v civilnopravnem razmerju sklenil s prirejeno stranko.⁵⁴

Njegova svoboda izbire je v OZZ močno omejena.⁵⁵ Odloča se lahko zgolj med uveljavljanjem pravic v okviru javne zdravstvene mreže ali, takrat ji ekonomsko-socialni položaj to dopušča, izven mreže pri zasebniku doma ali v tujini.⁵⁶ Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije, predvsem pa država z doplačili, bi morala po plačilu prispevka, ki ga ta vzpostavlja kot obveznega in z njim omejuje

⁵¹ Glej: Strban, 2015, str. 1257.

⁵² 4. točka obrazložitve v Odločbi Ustavnega sodišča št. Up-770/06 z dne 27. 5. 2009. Dvojna narava pokojnine, tj. pokojnina kot ekonomska kategorija, ki vsebuje elemente solidarnosti, izhaja iz Odločbe Ustavnega sodišča št. Up-360/05 z dne 2. 10. 2008 (glej 6. točko obrazložitve).

⁵³ 8. točka obrazložitve v Odločbi Ustavnega sodišča št. Up-156/98 z dne 11. 2. 1999.

⁵⁴ Osebnega zdravnika seveda lahko zamenja ali sicer sproži ustrezen zakonsko ali institucionalno predpisan postopek, pri čemer pa oseba še zmeraj ostaja obvezno zavarovana.

⁵⁵ Enako glede sistema nacionalnega zdravstvenega varstva ugotavlja Shapiro. Glej: Shapiro, str. 37.

⁵⁶ Srednjo pot bi lahko predstavljalo delno povračilo opravljenih storitev pri (povsem) zasebnih izvajalcih doma, katerih izbira bi bila prepuščena svobodni izbiri posameznika, pri čemer bi takšna ureditev krhala egalitarne in v načelu solidarnosti postavljene temelje OZZ, a vendarle sanirala položaj, v katerem lahko praviloma premožnejši posamezniki storitve uveljavljajo pri zasebnikih v tujini in nato zahtevajo povračilo od domačega nosilca.

ekonomsko svobodo, jamčiti za ustrezno visoko raven vsake opravljene storitve, tako da bi posamezniki na trgu zasebnih zdravstvenih zavarovanj in storitev prejeli le storitve, ki bi bile nadstandardne tudi v razmerju do sicer že dovolj kakovostnih in v doglednem roku zagotovljenih storitev v okviru OZZ.

Lastninsko varstvo socialnih pravic jasno izhaja tudi iz odločb Evropskega sodišča za človekove pravice. Razvoj sodne prakse pregledno prikazuje zadeva *Azinas proti Cipru*,⁵⁷ v kateri je sodišče ugotovilo, da pravica do pokojnine kot takšna sicer ni varovana s Konvencijo, vendar pa je lahko takrat, ko ta temelji na delovnem razmerju, povezana z lastninsko pravico (angl. *property right*), tj. lahko uživa lastninsko varstvo. Pri tem se je sodišče sklicevalo na razlogovanje iz zadeve *Gaygusuz proti Avstriji*,⁵⁸ v kateri je ugotovilo, da v primeru, ko je socialna dajatev povezana s plačilom prispevkov in so ti bili plačani, izplačila dajatve ni moč zavrniti. Razlogovanju iz primera *Azinas* je sodišče sledilo tudi v zadevah *Buche* in *Koua Poirrez*.⁵⁹ Povezava prispevkov s členom 1 Protokola sicer izhaja tudi iz zadeve *Van Raalte proti Nizozemski*, iz leta 1997, katere jedro predstavlja neenaka obravnava moških in žensk glede plačila prispevkov za starševsko varstvo.⁶⁰ V zadevi je sodišče ugotovilo kršitev člena 14 Konvencije v povezavi s členom 1 Protokola, saj drugače kot moškim, ženskam starejšim od 45 leta v primeru samskega življenja brez otrok ni bilo treba plačevati prispevkov za starševsko varstvo. Bremenitev naj bi zanje sicer predstavljala nepošteno čustveno breme.⁶¹ Primer, v katerem je bila opravljena sinteza člena 14 Konvencije in člena 1 Protokola, predstavlja zadeva *Michael Matthews proti Združenemu Kraljestvu*,⁶² v kateri je pritožnik prav tako zatrjeval diskriminacijo na podlagi spola. Brezplačne vozovnice za javni avtobusni prevoz so moškim bile na voljo po 65, ženskam pa po 60 letu starosti, pri čemer je pritožnik dopolnil 64 leto starosti. Kršitev člena 14 v povezavi s členom 1, je pritožnik zatrjeval tudi v zadevi *Willis proti Združenemu Kraljestvu*,⁶³ saj kot vdovec ni bil upravičen do dajatev, do katerih bi ob enakem dejanskem stanju bila upravičena vdova.

⁵⁷ *Azinas proti Cipru*, Št. 56679/00 z dne 20. 06. 2002, glej 32. točko.

⁵⁸ *Gaygusuz proti Avstriji*, Št. 17371/90 z dne 16. 09. 1996, glej 39. točko.

⁵⁹ Gómez Heredero, str. 26.

⁶⁰ Glej: Koch, str. 205-206.

⁶¹ Prav tam.

⁶² Gómez Heredero, str. 32.

⁶³ Prav tam, str. 33.

Primere preveva tako odsev liberalizma – izenačevanje zavarovancev ne glede na osebne okoliščine – kot tudi odsev libertarizma, ki v jedro varstva postavlja pojem lastnine in skozi posameznike moralno izenačuje. Pri tem se iskanje odsevov libertarizma v katerikoli pravni ureditvi pogosto zdi neprepričljivo, saj se teorija pogosto zdi dogmatična in povsem neživljenjska. Vendarle pa kaže v razpravi slediti razlogovanju med liberalizmom, kot teorijo, ki umerjeno izhaja iz varstva osebne in ekonomske svobode ter tako tudi varstva lastnine, a dopušča posege, ki so glede na soglasno prepoznani javni interes ali npr. v luči varstva načela enakosti in temeljnih socialnih pravic posameznika, ocenjeni kot legitimni. Libertarizem je v posameznikovo svobodo usmerjen radikalno, slednjo pa utemeljuje zgolj skozi lastninskopravno varstvo. Pri tem stežka ocenim, ali iskanje libertarnega odseva ni iluzorno. Gotovo pa drži, da bi obe teoriji lahko združil v poglavju, v katerem bi iskal odseve *liberalne misli*. S tem bi izbral umerjeno pot, a pri tem spregledal razlike med dvema živopisnima teorijama, ki obe atomistično izhajata iz individuuma, a njegov položaj v skupnosti vendarle obravnavata drugače, kar se odraža tudi na razmerju med in v sami naravi pravic in obveznosti.

4. ODSEV KOMUNITARIZMA

Če sta liberalizem in libertarizem utemeljena v ideji svobodnega ali avtonomnega posameznika ter v njegovih temeljnih pravicah in svoboščinah, komunitarizem tega neločljivo povezuje s skupnostjo, v kateri so obveznosti lahko pomembnejše od pravic. Komunitarna država je perfekcionistična, saj načine življenja jasno vrednoti⁶⁴ glede na *skupno dobro* oziroma glede na njene vrednote. Odnos med liberalizmom in komunitarizmom uteleša boj med “neobremenjenim” ali “neodvisnim” posameznikom (angl. *unencumbered self*), ki je kot *jaz* postavljen pred lastne ambicije, želje in pripadnost skupnosti, ki bi temeljila na vnaprej danih vezeh, ki bi prehitale njegovo možnost svobodne izbire,⁶⁵ ter pripadnostjo prav takšni skupnosti. Drugače, človek je apriorno odvisen od vrednot in običajev skupnosti, v kateri živi, in glede katere ga veže moralna dolžnost prispevanja. Pri tem lahko teorijo, tako kot liberalizem, delimo na podvrste, pri čemer bom sam v

⁶⁴ Kymlicka, str. 220.

⁶⁵ Sandel, str. 87.

nadaljevanju iskal odseve t.i. akademskega,⁶⁶ ter neoliberalnega komunitarizma in socialnim zavarovanjem v razpravi pridružil sistem socialnega varstva ter se osredotočil predvsem na področno ureditev v pravu EU. Odseva komunitarizma, to sta *skupnostna pripadnost* in *solidarnost*, bom ob vsebinski prepletenosti obravnaval skupaj.

Kot ugotavlja Walzer, ideja razdeljevalne pravičnosti predpostavlja povezan svet, tj. skupino ljudi, ki so zavezani k – v prvi vrsti medsebojni – razdelitvi, izmenjavi in skupnemu uživanju socialnih dobrin. Avtor ima v mislih mesta in države, ki imajo zmožnost, da oblikujejo pravične ali nepravične vzorce delitve in izmenjave, pri čemer je ključen način vzpostavitve skupnosti ter pomen članstva pri dostopu do socialnih dobrin.⁶⁷ Podobno stori Miller, ki se sprašuje, kako lahko pojem skupnosti obstaja znotraj okvirov moderne ekonomsko razvite družbe,⁶⁸ ter ugotavlja, da enakost posameznikov izhaja iz njihovega statusa državljanov, ki moralno utemeljuje razdelitev socialnih dobrin na podlagi potreb in predstavlja praktično orodje za razdelitev na ravni celotne družbe.⁶⁹ Bistvo državljanstva Miller vidi v medsebojnem podpiranju pravic – negativne in socialne pravice državljanu ponujajo varno zaledje, s katerega lahko vstopa v politično življenje. občutek skupnostne pripadnosti, ki izhaja iz izvajanja političnih pravic in nacionalne pripadnosti, utemeljuje obveznost državljanov prispevati k blagostanju so-državljanov.⁷⁰ Združitev ideje nacionalne pripadnosti in države skupnostim omogoča razviti lastno idejo narodnosti in doumeti idejo razdeljevalne pravičnosti. Slednja se, jasno, nahaja v jedru sistema socialnih zavarovanj in socialnega varstva. Po Millerjevem prepričanju lahko le politično organizirana

⁶⁶ Njegovi predstavniki se sicer znajdejo v štirih izhodiščnih pozicijah. Prvi menijo, da skupnost nadomesti potrebo po obstoju načel pravičnosti. Drugi menijo, da skupnost od posameznikov terja, da ti spremenijo pogled na pojem pravičnosti. Izmed druge skupine nekateri trdijo, da skupnost predstavlja vir načel pravičnosti, nekateri pa, da bi skupnost morala imeti večjo vlogo pri ustvarjanju njihove vsebine. To pomeni, da bi – po prepričanju prvih – pravičnost morala biti utemeljena v razumevanju pravičnosti s strani skupnosti in ne v univerzalnih dejstvih liberalizma. Po prepričanju drugih naj bi skupno dobro v večji meri oblikovalo pojem pravičnosti, pri čemer bi individualne pravice izgubile na pomenu. Glej: Kymlicka, str. 210. Distinkcija med položaji je za to razpravo prepodrobna. V svojem jedru akademski komunitarizem kot njegova moderna različica predstavlja nasprotje prekomernega individualizma, ki poudarja individualne pravice in posameznika oddaljuje od skupnosti. Predstavlja odgovor na atomizem moderne zahodne družbe.

⁶⁷ Walzer, str. 31.

⁶⁸ Miller, 1989, str. 228.

⁶⁹ Prav tam, str. 251.

⁷⁰ Prav tam, str. 246.

skupnost kroji svojo lastno prihodnost in sredstva med člane skupnosti razdeljuje glede na potrebe.⁷¹ Ob tem pa se v jedru komunitarne misli ne nahaja le pojem državljanstva ali pripadnosti politični skupnosti,⁷² temveč tudi članstvo v drugih, npr. lokalnih ali že omenjenih družinskih skupnostih,⁷³ delovnemu kolektivu itd. Opredelilni element komunitarizma torej predstavlja razumevanje posameznika in njegovega pravnega položaja skozi skupnost, kateri pripada.

Njegov pravni položaj, tj. predvsem status zavarovanca ali zavarovane osebe ter upravičenca v sistemu socialnega varstva, je praviloma odvisen od posameznikovega državljanstva, prebivališča, ekonomske aktivnosti ali posebnega statusa (npr. begunca, družinskega člana). V nadaljevanju se bom osredotočil na pravni status državljana,⁷⁴ ki ključno sooblikuje razumevanje *solidarnosti*, s pomočjo katere pogosto odgovarjamo na vprašanje, zakaj smo pripravljeni lastne interese postaviti za interese drugih ter za interese skupnosti.⁷⁵ Natančneje: (i) zakaj pristanemo na solidarni način financiranja in uveljavljanja pravic v socialnem zavarovanju, če je to glede na naš trenutni, lahko pa tudi

⁷¹ Prav tam, str. 240.

⁷² Marshall državljanstvo opredeljuje kot status, ki pripada tistim, ki so polnopravni člani skupnosti. Vsi, ki imajo status državljana, so si enaki v pravicah in obveznostih. Glej: Marshall, str. 28-29.

⁷³ Puntscher Reikman na primeru avstrijskega zavarovanja za dolgotrajno oskrbo ugotavlja, da to ni bilo vzpostavljeno kot obveznost države, temveč z namenom ohraniti družino kot skupnost, ki skrbi za obnemogle člane družbe. Glej: Ter Meulen v: Ter Meulen, Arts in Muffels, str. 286. Ureditev, ki se obrača nazaj k družini kot skupnosti, ki naj poskrbi za socialno varnost svojih članov, kot že zapisano v neenak položaj postavlja samske osebe, lahko pa tudi družine same. Pri tem lahko ukrep decentralizacije socialne varnosti, tj. njen odmik od države, s sklicevanjem na njeno individualizacijo oziroma učinkovitejše in uporabniku približano zagotavljanje storitev razbremenjuje državo oziroma nosilca ter obremenjuje družinske člane. Glej tudi: Bawin-Legros in Stassen, str. 243 in nasl.

⁷⁴ Mantovalou ugotavlja, da državljanstvo predstavlja most med liberalizmom, ki se osredotoča na vrednost posameznika, in komunitarizmom, ki se osredotoča na pomen skupnosti, ter predstavlja vez med individualnimi pravicami in skupnostno pripadnostjo. Glej: Mantovalou, v: Gearty, Mantovalou, str. 105. Avtorica nadaljuje: »Državljanstvo vsebuje socialni element, ki nima zveze z dobrotelostjo in stigmatom, ki ustvarja razlikovanje med državljani in revnimi tujci [izvr. *outsiders*]. Osnovna raven materialnih pogojev je stvar pravic, in država mora takšno raven na enak način zagotoviti vsem. Državljanstvo je – prav tako kot so to državljanske in politične pravice – ključnega pomena za članstvo v skupnosti, brez katerega je posameznik izključen in izoliran. Prvič, ideja državljanstva nakazuje, da je za potrebe stabilnosti potrebno vse člane skupnosti obravnavati enako in, drugič, da so socialne pravice ključen element članstva. Državljanstvo našo razpravo [op. a. razpravo o socialnih pravicah] bogati s svojo osredotočenostjo na članstvo v skupnosti ob sočasnem upoštevanju pomena posameznikove individualnosti skozi priznanje njegovih [op. a. individualnih] pravic.« Prav tam, str. 106.

⁷⁵ Ter Meulen, Arts in Muffels, v: Ter Meulen, Arts in Muffels, str. xv.

v prihodnje objektivno pričakovan položaj na daljici vertikalne in horizontalne solidarnosti, iracionalno; (ii) zakaj pri svojem ravnanju upoštevamo druge ter ravnanje prilagodimo, da se izognemo negativnim posledicam, ki bi jih to lahko imelo za druge, npr. člane zavarovalne skupnosti (izbira zdravega, povprečno tveganega načina življenja itd.); (iii) zakaj pomagamo drugim.⁷⁶

Kot ugotavlja Ter Meulen, solidarnost predstavlja raven družbene kohezije znotraj skupine ali skupnosti posameznikov, ki so iz različnih vzgibov pripravljeni služiti in spodbujati skupne interese skupine ali skupnosti.⁷⁷ Solidarnost terjaja identifikacijo med posamezniki, ki so solidarni drug z drugim. Tako solidarnost zmeraj spremlja temna plat, ki lahko posameznike celo vodi do nastrojenosti zoper tiste, ki niso člani določene skupnosti, ki npr. temelji na rasni, jezikovni ali verski pripadnosti.⁷⁸ Komunitarno razumevanje solidarnosti, ki naslavlja tudi vprašanje (ne)univerzalnosti človekovih pravic in temeljnih svoboščin, od uživanja socialnih pravic praviloma izloča ali v manj ugoden položaj postavlja posameznike, ki skupnosti ne pripadajo, ali v skladu s t.i. *neoliberalnim komunitarizmom*, ki od posameznika terjaja zasluženje državljanstva,⁷⁹ in predstavlja zmes tržnega delovanja, individualne odgovornosti ter aktivne skupnostne pripadnosti,⁸⁰ niso – predvsem – ekonomsko aktivni in k skupnemu dobremu ne prispevajo. Prav takšen je odsev komunitarizma v pravni ureditvi socialnih zavarovanj in socialnega varstva na ravni prava EU ter sodne prakse Sodišča EU, ki v strahu pred t.i. socialnim turizmom, povečanimi izdatki za socialne transferje ter ob strogem upoštevanju kulturnih in vrednostnih razlik med državami članicami (v nadaljevanju: DČ) onemogoča vzpostavitev evropskega socialnega modela ali nadvladane socialne države. Slednja bi v svoji čisti formi seveda bila mogoča le ob vzpostavitvi davčne unije oziroma unifikaciji in ne zgolj koordinaciji sistemov socialne varnosti, tj. ob popolni spremembi ureditve, ki je verjetno ne bomo dočakali.

⁷⁶ Na nekatera vprašanja sem že odgovoril s sklicevanjem na avtonomnega in racionalnega posameznika, ki nastopa izza tančice nevednosti. Na tem mestu k vprašanju pristopam z drugega zornega kota.

⁷⁷ Ter Meulen, str. 518.

⁷⁸ Nagel, str. 119.

⁷⁹ Van Houdt, Suvarierol in Schinkel, str. 410 in str. 423-425.

⁸⁰ Van Houdt in Schinkel, str. 294-295.

4.1. Socialne pravice in državljanstvo EU

Iz člena 18 Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nadaljevanju: PDEU)⁸¹ izhaja prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva DČ. Člen 20 PDEU državljanstvu DČ dodaja institut državljanstva Unije (v nadaljevanju: državljanstvo EU), z Maastrichtsko pogodbo uvedenega leta 1992, ki med drugim omogoča pravico do prostega gibanja in prebivanja državljanov DČ na ozemlju drugih DČ, pri čemer se pravica do prebivanja z drugimi pravicami uresničuje v skladu z v Pogodbah določenimi omejitvami. Neposredno pravno podlago, ki državljanom EU omogoča prosto gibanje in prebivanje, predstavlja člen 21 PDEU.⁸² Iz zadeve *Grzelczyk* izhaja, da je namen državljanstva EU, da to postane temeljni status državljanov DČ, ki jim ob izrecno navedenih izjemah omogoča, da so v enakih položajih – glede na državljanke DČ gostiteljice – obravnavani enako, ne glede na državljanstvo DČ.⁸³ Kljub temu pa pravo EU ureja tri položaje vezane na pravico do prebivanja. Prvi je položaj osebe, ki v drugi DČ prebiva v obdobju do treh mesecev. Drugi je položaj osebe, ki v drugi DČ prebiva v obdobju daljšem od treh mesecev. Tretji je položaj osebe, ki v drugi DČ ob izpolnjevanju pogojev (ki veljajo za prebivanje daljše od treh mesecev) biva več kot pet let. V tem primeru pridobi oseba pravico do stalnega prebivanja in je, tudi kar se vprašanj socialne varnosti, izenačena z državljanom DČ. Iz člena 6 Direktive 2004/38/ES izhaja, da imajo državljani EU pravico prebivati na ozemlju druge DČ v obdobju do treh mesecev brez izpolnjevanja posebnih pogojev, razen zahteve, da imajo veljavno osebno izkaznico ali potni list. Odsotnost posebnih pogojev za prebivanje na strani državljanke EU pa državi gostiteljici dopušča odstop od načela enakega obravnavanja⁸⁴ oziroma te ne zavezuje k izplačevanju dajatev iz sistema socialnega varstva oziroma posebnih neprispesnih denarnih dajatev, ki imajo naravo socialne pomoči, ekonomsko neaktivnim državljanom v obdobju treh mesecev.⁸⁵ Ekonomsko aktivni državljani EU so ob izpolnjevanju pogojev, ki veljajo za državljanke države gostiteljice, upravičeni do izplačila, oziroma so

⁸¹ Pogodba o delovanju Evropske unije, Ur. l. EU, št. C 326/49 z dne 26. 10. 2012.

⁸² Svoboda gibanja za ekonomsko aktivne osebe izhaja iz posebnih določb 45. in 49. člena PDEU. Podlago za koordinacijo sistemov socialne varnosti predstavlja 48. člen PDEU. Za odnos med 21. in 48., tudi 20. členom PDEU glej: Schoukens in Pieters, str. 138-140.

⁸³ Sodba v zadevi *Grzelczyk*, Zadeva C-184/99 z dne 20. 9. 2001, glej točko 31. odločbe.

⁸⁴ Drugi odstavek člena 24 Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. 4. 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic.

⁸⁵ Sodba v zadevi *García-Nieto*, Zadeva C-299/14 z dne 25. 2. 2016. Glej: Lanceiro, str. 72-73.

s slednjimi postavljeni v enak položaj. Iz prvega odstavka člena 7 Direktive izhaja, da imajo vsi državljani EU pravico prebivati na ozemlju druge DČ v obdobju, daljšem od treh mesecev, če so delavci ali samozaposlene osebe (tj. ekonomsko aktivne osebe, katerim se pridružuje tudi aktivni iskalec zaposlitve) v DČ gostiteljici ali imajo dovolj sredstev zase in za svoje družinske člane, da med njihovim prebivanjem ne bodo postali breme sistema socialnega varstva⁸⁶ v državi gostiteljici in če imajo celovito zavarovalno kritje, tj. ustrezno zdravstveno zavarovanje, za primer bolezni v državi gostiteljici. Posebna določba člena 7, ki prav tako vključuje pogoj ustreznega zdravstvenega zavarovanja in sredstev potrebnih za to, da posameznik in njegovi družinski člani med prebivanjem ne postanejo breme sistema socialnega varstva v DČ, velja za študente in posameznike, ki se poklicno usposabljaajo. Pravico do prebivanja imajo tudi spremljajoči oziroma pridruženi družinski člani posameznika, ki izpolnjuje zgoraj navedene pogoje.⁸⁷ Pogoj ustrezne višine sredstev in zdravstvenega zavarovanja tako ne velja za delavce in samozaposlene, pa tudi delovno neaktivne posameznike, ki izpolnjujejo pogoje iz tretjega odstavka člena 7: (i) začasna nezmožnost za delo zaradi bolezni ali poškodbe, (ii) status t.i. neprostovoljno brezposelne osebe, potem ko je posameznik bil zaposlen več kot eno leto in je prijavljen kot iskalec zaposlitve, (iii) status neprostovoljno brezposelne osebe, potem ko se je posamezniku iztekla pogodba o zaposlitvi za določen čas, krajši od enega leta, ali potem, ko je postal neprostovoljno brezposeln v prvih dvanajstih mesecih kot iskalec zaposlitve. Tak posameznik status delavca ohrani za dobo najmanj šestih mesecev, (iv) vključitev v poklicno usposabljanje, razen, ko ohranitev statusa delavca v zvezi z prejšnjo zaposlitvijo zahteva poklicno usposabljanje. Posebna ureditev velja za iskalce zaposlitve, ki v državo gostiteljico vstopijo z namenom iskanja zaposlitve. Dokler ti aktivno iščejo zaposlitev in ob realnem pričakovanju, da bodo pri tem uspešni, zanje ne velja pogoj ustrezne višine sredstev in ustreznega zavarovanja.⁸⁸

Pravica državljana EU in njegovih družinskih članov do prebivanja v drugi DČ je torej odvisna od njihovega socialnega položaja oziroma ekonomske aktivnosti: če posameznik ni delavec ali samozaposlena oseba – pravila, ki veljajo za iskalca zaposlitve, puščam ob robu – mora ta izkazati, da razpolaga

⁸⁶ Slovenski prevod direktive uporablja izraz *sistem socialnih pomoči*, pri čemer angl. izvirnik uporablja izraz *social assistance*.

⁸⁷ Člen 7 Direktive 2004/38(ES).

⁸⁸ Mantu in Minderhoud, str. 11.

s sredstvi, ki zadostujejo za to, da posameznik in njegova družina ne postanejo breme sistema socialnega varstva DČ, pa četudi se ti lahko nahajajo v enakem položaju kot njeni državljani. V nasprotnem primeru lahko pristojni organi ugotovijo, da oseba (več) ne izpolnjuje pogojev za zakonito prebivanje na območju DČ.⁸⁹ Določbe prava EU oziroma razlaga Sodišča EU, ki predstavlja odstop od načela enakega obravnavanja oziroma prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, bi naj preprečevala že omenjeni socialni turizem.⁹⁰ Položaj ekonomsko aktivnega posameznika je jasno drugačen zato, ker ta v državi gostiteljici plačuje prispevke in davke, v katerih je utemeljena njegova pravica in pravica družinskih članov do uveljavljanja storitev in dajatev iz socialnih zavarovanj ter sistema socialnega varstva.⁹¹ Z zornega kota svobode gibanja je sistem tako grajen v podobi solidarnosti med posamezniki, ki pripadajo ožji državni skupnosti, tj. solidarnosti med državljani DČ, oziroma solidarnosti med delovno aktivnimi državljani, pri čemer so njihove *potrebe* upravičene z njihovimi *zaslugami* oziroma prispevnim razmerjem, ki v modelu hranitelja družine učinkuje tudi v razmerju do družinskih članov.⁹² Neaktivni državljani drugih DČ, njihovi družinski člani in tujci so iz sistema, če iz njihovega posebnega statusa (npr. begunca) ne izhaja posebno varstvo socialnih pravic, izključeni.

⁸⁹ Glej razvoj sodne prakse od potrebe po individualni presoji položaja vsakega posameznika in ugotovitvi, ali je verjetno, da bo posameznik postal breme sistema socialnega varstva (Sodba v zadevi *Brey*, Zadeva C-140/12 z dne 19. 9. 2013) do strožjega upoštevanja neobstoja zadostnih sredstev oz. vzpostavitve predpostavke, da uveljavljanje socialne pomoči avtomatično pomeni tudi neobstoje zadostnih sredstev (Sodba v zadevi *Dano*, Zadeva C-333/13, z dne 11. 11. 2014). Razlogovanje iz zadeve *Dano* je sodišče potrdilo v zadevi *Alimanovic*, Zadeva C-67/14 z dne 15. 9. 2015. Za kritično analizo učinkov odločbe v zadevi *Brey* glej: Verschueren, 2014, str. 147 in nasl. Za razpravo o učinkih odločbe v zadevi *Dano* glej: Verschueren, 2015, str. 363 in nasl.

⁹⁰ Preprečila naj bi ga odločitev v zadevi *Dano*, Prav tam, str. 370-377.

⁹¹ Pri tem nisem upošteval razlike med sistemom socialnih zavarovanj in sistemom nacionalne univerzalne socialne varnosti ter med prispevnim, davčnim in mešanim sistemom financiranja sistema socialne varnosti kot tudi sistema socialnega varstva.

⁹² Mantu in Minderhoud zastavljata naslednje vprašanje: »Kakšna je vrsta solidarnosti, ki se jo vzpodbuja v EU, če je ta na voljo le tistim, ki je ne potrebujejo in le tedaj, ko je ne potrebujejo?«, v: Mantu in Minderhoud, str. 19. Podobno tudi Esping-Andersen o v Evropi prevladujočem modelu socialnih zavarovanj: »Model socialnega zavarovanja ni ustrezen za soočenje z novo strukturo rizikov, saj skoraj kot po pravilu ščiti le tiste, ki že uživajo socialno zaščito, tj. redno zaposlenega, in izključujejo tiste, ki so se znašli na robu. Pogloblja razkorak med člani in nečlani [izvorno *insiders and outsiders*].«, v: Esping-Andersen, str. 32.

EU – jasno, iz vzdržnosti javnih financ posameznih držav članic⁹³ – ob odsotnosti koordinacije socialnih pomoči oziroma posebnih denarnih dajatev, ki imajo naravo socialnih pomoči,⁹⁴ učinkovito uživanje oziroma uveljavljanje pravice do svobode gibanja v obdobju od treh mesecev naprej omogoča le ekonomsko aktivnim, upokojemcem, ki so pridobili pravico do starostne pokojnine, in aktivnim iskalcem zaposlitve. Pri tem je trenje med institutom nacionalnega državljanstva in državljanstva EU največje praviloma tedaj, ko iz njega izhajajo dodatne finančne obveznosti držav članic.⁹⁵ Kot ugotavlja Verschueren, se zdi, da so pogoji, ki so za pridobitev pravice do prebivanja v državi gostiteljici oziroma pravice do prejemanja socialnih dajatev, vzpostavljeni tako na strani ekonomsko aktivnih, tj. posameznikov, ki so prispevno obremenjeni, kot tudi ekonomsko neaktivnih državljanov EU, ne temeljijo na iskreni solidarnosti.⁹⁶ Ugotovitev je očitna, saj je solidarnost pridržana članom določene ožje skupnosti, tj. državljanom DČ ter integriranim posameznikom, ki so praviloma (bili) ekonomsko aktivni. Manj očiten pa je odgovor na vprašanje, ali je sploh ureditev koordinacije sistemov socialne varnosti, ki omogoča svobodo gibanja ekonomsko aktivnih oseb in njihovih družinskih članov, utemeljena v solidarnosti med delovno aktivnimi, neodvisno od državljanstva DČ, ali solidarnosti med DČ. Zdi se, da odgovor predstavlja v razmerju recipročnosti med DČ utemeljena ureditev ekonomsko aktivnim osebam dopušča vključitev v zavarovalno skupnost in prebivanje na ozemlju gostiteljice. Ker pa pravo EU razmerja recipročnosti med DČ ne vzpostavlja glede ureditve sistema socialnega varstva ter položaja ekonomsko neaktivnih oseb, ki niso npr. izpolnile pogojev za pridobitev pravice do starostne pokojnine, so te osebe prikrajšane za pravico do prebivanja (daljšega od treh mesecev) in učinkovito uživanje socialnih pravic.

Dvojna merila EU tako pritrjujejo komunitarnem pogojevanju meja solidarnosti z mejami skupnosti, znotraj katere med posamezniki (še) vlada zavest o skupnosti pripadnosti oziroma vzpostavitvi meja – v sozvočju s t.i. neoliberalnim komunitarizmom – glede na ekonomsko oziroma prispevno ali davčno povezavo

⁹³ Glej 10., 16., in 21. točko Preambule Direktive 2004/38ES in 4. odstavek člena 153 PDEU, ki EU onemogoča v pristojnosti določati temeljna načela sistemov socialne varnosti DČ ali v ukrepih, ki bi bistveno poslabšali finančno uravnoteženost teh sistemov. Glej tudi: Hyltén-Cavallius, str. 86-87.

⁹⁴ Glej člen 3 Uredbe (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti.

⁹⁵ Rogers, Scannell in Walsh, str. 62.

⁹⁶ Verschueren, 2015, str. 33.

med posameznikom in skupnostjo.⁹⁷ V tem smislu je solidarnost lahko pogojena lokalno (razmerje med občinami),⁹⁸ regionalno (razmerje med pokrajinami ali regijami, npr. razmerje med Flandrijo in Valonijo), (kon)federalno (razmerje med zveznimi državami ali članicami konfederacije, npr. razmerje med Škotsko in Veliko Britanijo), ter nacionalno (razmerje med posameznimi državami, npr. pravkar opisano razmerje med DČ ali razmerje med DČ in tujimi državami). Takšna razmerja pa jasno vplivajo na temeljna vprašanja pravne ureditve socialne varnosti, tj. opredelitve kroga zavarovancev, zavarovanih oseb in upravičencev oziroma pogojev, pod katerimi so ti lahko nosilci pravic in obveznosti v sistemu socialnih zavarovanj in socialnega varstva. Vprašanje, ki je seveda neločljivo povezano z vprašanjem kulturnih in zgodovinskih dejstev ter predvsem z ekonomsko vzdržnostjo sistema. Pravzaprav do te mere, da ta določa meje solidarnosti.⁹⁹

⁹⁷ Glej npr. 24. točko Preambule Direktive 2004/38: »Zatorej, čim večja je stopnja vključenosti državljanov Unije in njihovih družinskih članov v državo članico gostiteljico, tem večja bi morala biti stopnja varstva pred izgonom.« Glej tudi 57. točko odločbe v primeru *Bidar*, zadeva C-209/03 z dne 15. 3. 2015: »V primeru pomoči za kritje stroškov študentov za vzdrževanje je tako upravičeno, da država članica tako pomoč dodeli le tistim študentom, ki so izkazali določeno stopnjo vključitve v družbo te države.« Glej tudi 139. točko Sklepnih predlogov Generalnega pravobranilca Melchiorja Watheleta z dne 20. 5. 2014 v primeru *Dano*, zadeva C-333/13 z dne 11. 11. 2014, ki zahteva obstoj *dejanske povezave* (angl. *genuine link*) med državljani drugih držav članic in državo gostiteljico za upravičenost do prejemanja posebne denarne dajatve, za katero se ne plačujejo prispevki.

⁹⁸ Vprašanje neenakega položaja oseb (dostop do občinskih socialnih pomoči in ugodnosti, npr. stanovanjskih subvencij za mlade) glede na prebivališče puščam ob robu.

⁹⁹ Kot ugotavlja Lenaerts: »V finančnem smislu morajo javne oblasti zadeti z razmerjem med tistimi, ki prispevajo k delovanju socialne države in tistimi, ki koristijo njene dajatve. Če slednji številčno močno prevladajo nad prvimi, se nacionalni sistem poruši. Kot kriterij, ki omejuje osebni domet socialne solidarnosti, kriterij članstva zagotavlja finančno vzdržnost nacionalnega sistema.« Lenaerts, str. 398. Zgodovinski primer popolne soodvisnosti meja solidarnosti od finančne vzdržnosti sistema srečamo v belgijski ureditvi zdravstvenega zavarovanja iz konca 19. stol., kjer so prostovoljna zavarovalna združenja (angl. *mutualities*) izključevala posameznike in poklicne skupine (npr. pristaniške delavce), ki so predstavljali visoka zavarovalna tveganja (tudi ženske in otroke), ali pa so ti morali plačevati višje premije (npr. starejši). Finančne meje tedanjega približka modernega zdravstvenega zavarovanja so tako določale mejo solidarnosti z najšibkejšimi člani zavarovalne skupnosti. Glej: Companje, str. 90-91.

5. SKLEP

Odsevi treh politično-filozofskih teorij v pravo socialne varnosti seveda niso presenetljivi, saj pravo mimo teorij, ki priznavajo in preučujejo zgolj njegovo normativno strukturo, ne nazadnje varuje vrednote posamezne zdaj ožje zdaj širše opredeljene skupnosti. Tako bi v ureditvi sistema socialne varnosti in varstva tako v domači ureditvi kot tudi na ravni EU lahko prepoznali tudi odseve drugih teorij, v jedro katerih so postavljeni različni temeljni pojmi, odseve izbranih teorij pa bi prepoznali tudi v drugih pravnih panogah. Ob preučevanju odsevov *svobode*, *enakosti*, *lastninske pravice*, *skupnostne pripadnosti* ter z njo pogojenih meja *solidarnosti*, sem skušal ohraniti deskriptivni pristop, pa četudi mi to na več mestih, predvsem pa glede domače ureditve socialnih zavarovanj, ni uspelo. Klic po enakopravni obravnavi vseh medsebojno primerljivih oseb in položajev je bil prevelik. Menim, da bi nadaljnji razvoj ureditve moral upoštevati položaj posameznika neodvisno od njegovih osebnih okoliščin, načina pridobivanja dohodka in (ne)obstoječih družinskih vezi. Seveda ne na rovaš zniževanja pravic oziroma ravni socialne varnosti, temveč ob upoštevanju drugih ali drugačnem upoštevanju obstoječih naveznih okoliščin, kar bi lahko ne nazadnje razširilo krog solidarnosti. Pri tem naj se zakonodajalec vzdrži nesorazmernih posegov v svobodo zavarovanca oziroma zavarovane osebe, a pri tem vselej spoštuje tudi zavezo normativne socialne države, ki izhaja iz 3. člena ustave, ter njen 50. člen, ki državo zavezuje k vzpostavitvi in izvajanju socialnih zavarovanj. Ta naj še naprej predstavljajo jedro socialne države, ki – kar se prava EU tiče – za zdaj nedvomno ostaja nacionalna socialna država.¹⁰⁰

LITERATURA

- Bawin-Legros, Bernadette in Stassen, Jean-Francois, Intergenerational Solidarity: Between the Family and the State, v: *Current Sociology* 50 (2002) 2, str. 243-262.
- Boaz, David, *LIBERTARIANISM: A PRIMER*, The Free Press, New York 1997.
- Bloom, Alan, Justice: John Rawls vs. The Tradition of Political Philosophy, v: *The American Political Science Review*, 69 (1975) 2, str. 648-662.
- Bubnov Škoberne Anjuta in Strban, Grega, *PRAVO SOCIALNE VARNOSTI*, GV Založba, Ljubljana 2010.
- Comanje, K. P. (et al.), *TWO CENTURIES OF SOLIDARITY: GERMAN, BELGIAN AND DUTCH SOCIAL HEALTH CARE INSURANCE 1NSURANCE 1770-2008*, Aksant, Amsterdam 2009.

¹⁰⁰ O vprašanju evropske socialne države glej npr. Zacher, str. 549 in nasl.

- Deigh, John, Liberalism and Freedom, v: Sterba, James P. (ur.) SOCIAL AND POLITICAL PHILOSOPHY: CONTEMPORARY PERSPECTIVES, Routledge, London 2001.
- Eichenhofer, Eberhard, THE LAW OF THE ACTIVATING WELFARE STATE, Nomos 2015.
- Esping-Andersen, Gøsta, Towards a Good Society, Once Again?, v: Esping-Andersen, Gøsta (ur.), WHY WE NEED A NEW WELFARE STATE, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Freeman, Samuel, Introduction: John Rawls – An Overview, v: Freeman, Samuel (ur.), THE CAMBRIDGE COMPANION TO RAWLS, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Gearty, Conor in Mantovalou, Virginia, DEBATING SOCIAL RIGHTS, Hart Publishing, Oxford 2011.
- Gómez Heredero, Ana, SOCIAL SECURITY AS A HUMAN RIGHT: THE PROTECTION AFFORDED BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2007.
- Houtepen, Rob in Ter Meulen, Ruud, Reconsidering solidarity by conceptual analysis, v: Ter Meulen, Ruud, Arts Will in Muffels, Ruud, SOLIDARITY IN HEALTH AND SOCIAL CARE IN EUROPE, Springer, Dodrecht 2001.
- Hyltén-Cavallius, Katarina, EU CITIZENSHIP AT THE EDGES OF FREEDOM OF MOVEMENT, Grafisk – Københavns Universtitet, København 2017.
- Kaufman, Arthur, UVOD V FILOZOFIJO PRAVA, GV Založba, Ljubljana 2013.
- Kelly, Paul J., LIBERALISM, Polity, Cambridge 2005.
- Kymlicka, Will, CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY: AN INTRODUCTION, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Koch, Ida E., HUMAN RIGHTS AS INDIVISIBLE RIGHTS: THE PROTECTION OF SOCIO-ECONOMIC DEMANDS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, Brill, Leiden 2009.
- Kresal, Barbara, v: Šturm, Lovro (ur.), KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Lacey, A. R., ROBERT NOZICK, Acumen, Chesham 2001.
- Lancelero, Rui, *Dano* and *Alimanovic*: the recent evolution of CJEU case-law on EU citizenship and cross-border access to social benefits, v: UNIO – *EU Law Journal* 3 (2017) 1, str. 63-77.
- Langford, Malcolm, The justiciability of social rights: from practice to theory, v: Langford, Malcolm (ur.), SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Leanerts, Koen, European Union Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity, v: Jurisprudence 18 (2011) 2, str. 397-422.
- Locke, John, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, Cambridge University Press, Cambridge 1992.
- Maffettone, Sebastiano, RAWLS: AN INTRODUCTION, Polity, Cambridge 2010.
- Mantu, Sandra in Minderhoud, Paul, Exploring the limits of social solidarity: welfare tourism and EU citizenship, v: UNIO – *EU Law Journal* 2 (2016) 2, str. 4-19.
- Marshall, T. H., CITIZENSHIP AND SOCIAL CLASS, Cambridge University Press, Cambridge 1950.
- Miller, David, MARKET, STATE AND COMMUNITY: THEORETICAL FOUNDATIONS OF MARKET

- SOCIALISM, Clarendon Press, Oxford 1989.
- Miller, David, SOCIAL JUSTICE, Clarendon Press, Oxford 1999.
 - Mišič, Luka, O libertarizmu in lastninskem pojmovanju človekovih pravic, v: Zbornik Znanstvenih Razprav (2016), str. 141-166.
 - Mišič, Luka, Meje zdravstvenega zavarovanja so meje mojega sveta: o svobodi ravnanja in izbire življenjskega sloga, v: Pravna praksa 36 (2017) 30-31, str. 11-13.
 - Nagel, Thomas, EQUALITY AND PARTIALITY, Oxford University Press, Oxford 1991.
 - Nozick, Robert, ANARCHY STATE AND UTOPIA, Blackwell, Oxford 1999.
 - Paden, Roger, Social Security, Insurance, and Justice, v: Public Affairs Quarterly 12 (1998) 2, str. 179-201.
 - Quiggin, John, Economic liberalism: fall, revival and resistance, v: Australian Public Policy Program Working Papers, Risk and Sustainable Management Group, University of Queensland, No WP3P05.
 - Rawls, John, A THEORY OF JUSTICE, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971.
 - Rawls, John, POLITICAL LIBERALISM, Columbia University Press, New York 1993.
 - Rawls, John, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT, Belknap, Cambridge, Mass., London, 2001.
 - Rawls, John, PRAVIČNOST KOT POŠTENOST. REFORMULACIJA, Ulčakar & JK, Ljubljana, 2011.
 - Rodgers, Nicola, Scannell, Rick in Walsh, John, FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE ENLARGED EUROPEAN UNION, Sweet & Maxwell, London 2012
 - Sandel, Michael, The Procedural Republic and the Uncumbered Self, v: Political Theory 12 (1984) 1, str. 81-96.
 - Schoukens, Paul in Pieters, Danny, v: Van Oorschot, Wim (et al.) (ur.), INVISIBLE SOCIAL SECURITY REVISITED, Lannoo Publishers, Tiel 2014.
 - Shapiro, Daniel, IS THE WELFARE STATE JUSTIFIED?, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
 - Stendahl, Sara, To reside: To Live, Be Present, Belong, v: European Journal of Social Security 18 (2016) 2, str. 232-245.
 - Strban, Grega, Fleksibilnost v sistemih socialne varnosti, v: Delavci in delodajalci 6 (2006) 2-3, str. 331-354.
 - Strban, Grega, Spregledani vidiki pokojninske reforme, v: Delavci in delodajalci 13 (2013) 2-3, str. 277-299.
 - Strban, Grega, Pravica do socialne varnosti v (ustavno)sodnem odločanju, v: Pavčnik, Marijan in Novak, Aleš (ur.), (USTAVNO)SODNO ODLOČANJE, GV Založba, Ljubljana 2013.
 - Strban, Grega, Lastninsko varstvo socialnih pravic, v: Podjetje in delo 41 (2015) 6-7, str. 1251-1266.
 - Sunstein, Cass R., Against Positive Rights, v: East European Constitutional Review 2 (1993), str. 35-38.
 - Šinkovec, Janez, Pridobljene pravice, v: Pravnik 49 (1994) 1-3, str. 3-15.

- Ter Meulen, Ruud, Solidarity, justice and recognition of the other, v: *Theoretical Medicine and Bioethics* 37 (2016), str. 517-529.
- Van Houdt, Friso, Suvarierol, Semin in Schinkel, Willem, Neoliberal communitarian citizenship: Current trends towards 'earned citizenship' in the United Kingdom, France and the Netherlands, v: *International Sociology* 26 (2011) 3, str. 408-432.
- Van Houdt, Friso in Schinkel, Willem, A genealogy of neoliberal communitarianism, *Theoretical Criminology* 17 (2013) 4, str. 493-516.
- Verschueren, Herwig, Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of Brey, v: *European Journal of Migration and Law*, 16 (2014) 2, str. 147-179.
- Verschueren, Herwig, Preventing »benefit tourism« in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano, v: *Common Market Law Review* 52 (2015) 2, str. 363-390.
- Verschueren, Herwig, Free Movement of EU Citizens: Including for the Poor?, v: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22 (2015) 1, str. 10-34.
- Walzer, Michael, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY, Basic Books, New York 1983.
- Zacher, Hans F., ABHANDLUNGEN ZUM SOZIALRECHT II, C.F. Müller, Heidelberg 2008

Reflections of Political Philosophy in Social Security Law

Luka Mišič*

Summary

In the contribution, I explore the reflections of three theories of political philosophy in social security law I have selected specially for this undertaking, i.e. the theories of liberalism, libertarianism and communitarianism. Out of fear of reducing the theory to issues of mere economic efficiency, I have omitted the theory of utilitarianism. The first theory is mostly presented in the form of John Rawls's political liberalism and his contractual establishment of a newly formed society from behind the veil of ignorance in the original position. The second stems from John Locke's natural right to property and is thereby also associated with Robert Nozick's entitlement theory. The third theory comes in the form of the so called academic and neoliberal communitarianism and not some of the theories' more conservative manifestations, although I do portray the theory as being mostly conservative in contrast to the two theories belonging to the wider notion of the liberal thought. In the text, I merely look for the already mentioned reflections and do not claim that current domestic and European Union's regulation of social insurance and social assistance systems is actually grounded in a certain idea belonging to a certain theory. However, each one of the theories is permeated by values that can make an important contribution to the regulation and further development of both national and supranational social security, mainly by determining the relationship between rights and obligations of the insured individuals and beneficiaries in the social assistance system. Those are the values of liberty and equality, property, and community membership, that tends to determine the boundaries of solidarity.

* Luka Mišič, Master of Law, Young Researcher and Assistant at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.
luka.misic@pf.uni-lj.si