



REPUBLIKA SLOVENIJA  
**MINISTRSTVO ZA DELO, DRUŽINO,  
SOCIALNE ZADEVE IN ENAKE MOŽNOSTI**

SLUŽBA ZA ENAKE MOŽNOSTI  
IN EVROPSKO KOORDINACIJO

ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Kotnikova ulica 28, 1000 Ljubljana

T: 01 369 75 03

F: 01 369 76 67

E: gp.mddsz@gov.si

[www.zagovornik.net](http://www.zagovornik.net), [www.mddsz.gov.si](http://www.mddsz.gov.si)

Številka: 0700-15/2013/18

Datum: 19.8.2013

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) izdajam na podlagi 17. člena Zakona o uresničevanju načela enakega obravnavanja (Uradni list RS št. 93/2007, uradno prečiščeno besedilo, v nadaljevanju: ZUNEO-UPB1) na pobudo [REDACTED] (v nadaljevanju: pobudnica) zaradi domnevnega neenakega obravnavanja pri pogojih dela in v zvezi z delom, naslednje

### MNENJE

- 1. Ravnanje ministrstva, pristojnega za kulturo, ki je preprečevalo upravičencem,<sup>1</sup> da bi jih ob namestitvi v t.i. umetniške rezidence v tujini (kjer promovirajo slovensko kulturo in pridobivajo možnost za razvoj poklicne kariere) spremljali njihovi mladoletni otroci, predstavlja primer posredne diskriminacije zaradi družinskega položaja (enostarševske družine) in starosti otroka, pa tudi spola ter samozaposlitve.**
- 2. Zagovornik predlaga, naj Ministrstvo za kulturo (v nadaljevanju: MK) poleg ukrepov, ki jih je sprejelo z namenom odpraviti nepravilnost v bodoče, pobudnici zagotovi odpravo posledic škode, nastale zaradi nezakonitega ravnanja, tako, da ji:**
  - izreče pisno opravičilo,
  - povrne nastale materialne stroške (povratna vozovnica LJ-LOND-LJ),
  - njeno ravnanje (odpoved namestitvi v rezidenco v letu 2013, ker jo tja ni mogla vsaj za del termina spremljati mladoletna hči) ne šteje za razlog, ki bi pomenil njeno izločitev ob morebitni prijavi na prihodnje razpise MK.
- 3. Zagovornik poziva MK, da mu posreduje dokazila o upoštevanju priporočil v 20 dneh od prejema tega mnenja.**

### OBRAZLOŽITEV

#### Dejansko stanje in navedbe strank

- 1. Pobudnica je samozaposlena v kulturi. S svojimi izvrstnimi prevajalskimi referencami je bila v decembru 2012 na Javnem projektne razpisu za izbor predlogov za bivanje in ustvarjanje v umetniških rezidencah v Berlinu, Londonu, New Yorku in na Dunaju, ki jih bo v letu**

<sup>1</sup> Moške oz. ženske jezikovne oblike za posamezne izraze imajo enakovreden pomen v obeh spolih.

2013 sofinancirala Republika Slovenija iz proračuna, namenjenega za kulturo<sup>2</sup> (v nadaljevanju: razpis) Ministrstva za izobraževanje, znanost, kulturo in šport (v nadaljevanju: MIZKŠ) izbrana za enomesečno bivanje v umetniški rezidenci v Londonu aprila 2013 (odločba z dne 6.12.2012). Tam naj bi promovirala slovensko kulturo, ustvarjala in eventuelno umetniška dela ponudila v začasno uporabo veleposlaništvu RS v Londonu, hrati pa bi imela možnost za razvoj poklicne kariere s projektom Prevajanje Romanov sodobnih britanskih prozaistov Janice Galloway, Geoffa Dyerja in irskega pisatelja Neila Jordana. Pred podpisom pogodbe št. 3330-13-814022 (711410), po kateri bi ji MIZKŠ krilo stroške bivanja v stanovanju v Londonu in delno povrnilo potne stroške, pa je v mesecu marcu 2013 prišlo do zapleta. Ob sklicevanju na vsebino razpisa, 3. točko izreka odločbe oz. 4. in 10. člen pogodbe se pobudnici ni omogočilo, da bi z njo v navedenem stanovanju vsaj v določenem obdobju bivala tudi njena 6 letna hči, ki z njo živi v enostarševski družini (pobudnica je mati »samohranilka«). Pobudnica je MIZKŠ opozorila, da je v času od izbora (odločbe) do podpisa pogodbe prišlo do spremenjenih družinskih okoliščin, saj je ustrezno varstvo hčere v Sloveniji lahko uredila le za 2 tedna, zato je ustno (telefonsko) zaprosila, ali bi lahko hči zadnje dva tedna v aprilu 2013 z njo vendarle bivala v londonskem stanovanju. MIZKŠ je prošnjo ustno vnaprej zavrnilo, prav tako prošnjo za morebitne modalitete (izvedba bivanja v drugem časovnem obdobju) in čeprav je bila pobudnica pripravljena kriti morebitne dodatne stroške za namestitev hčere. Pobudnico je MIZKŠ s tem odvrnilo od poskusa, da bi pisno zaprosila za izjemno namestitev druge osebe, kar razpis sicer omogoča, če je taka oseba aktivno vključena v prijaviteljev/čin projekt. Pobudnica je zato odstopila od svoje namere (projekta), odpovedala vse dogovorjene sestanke v Veliki Britaniji z avtorji, literarnimi agenti in literarnimi posredniki, opustila udeležbo na londonskem knjižnem sejmu, prav tako povabilo direktorice Valižanskega literarnega centra, naj v Aberystwythu vodi prevajalsko delavnico in na univerzi predava o svojem prevajalskem opusu. Zoper ravnanje MIZKŠ je pobudnica nato vložila pritožbo, ki jo je posredovala tudi medijem. Pobudnica zatrjuje, da gre za primer posredne diskriminacije zaradi starševstva oz. statusa enostarševske družine. Meni, da je v smislu povračila škode zaradi navedene kršitve upravičena tudi do povračila dela stroškov, ki jih je imela zaradi nameravane udeležbe v projektu (povratne letalske karte).

2. MIZKŠ v odgovoru na pobudnično pritožbo navaja, da je namen omejitve oz. pogojev bivanja (izključno za izvajalce projekta) v preprečevanju zlorab. Podlaga naj bi bil Zakon o uresničevanju javnega interesa za kulturo, zavezanost k gospodarni rabi javnih sredstev ter poudarek, da je čas bivanja namenjen intenzivnemu umetniškemu ustvarjanju. MIZKŠ meni, da pogoj glede omejitve namestitve v stanovanju ne učinkuje diskriminatorno v smislu družinskega statusa oz. starševstva, česar podrobneje ne utemeljuje. Pojasnili so še, da so ugodneje (z dodatnimi točkami) obravnavali mlajše ter samozaposlene. Pritožba torej ni bila obravnavana individualno (trditve o kršitvah pravic pobudnice), ampak kot nekakšna peticija, tj. glede razpisa.

3. Zagovornik je MK (pravnega naslednika MIZKŠ) pozval naj se odzove na trditve o posredno diskriminatornih učinkih spornega ravnanja. Ocenil je, da je sum diskriminacije izkazan ter opozoril na določila o deljenem dokaznem bremenu. Prosil je za pojasnilo o morebitnih drugih tovrstnih pritožbah, zakaj se ob pobudnični pritožbi niso opredelili do očitkov pobudnice za njen konkretni primer ter za obrazložitev ter zakaj so kategorično zavrnilo možnost prilagoditev, ki jih je v začetku marca predlagala pobudnica (časovni zamik, začasna namestitev hčerke ob doplačilu stroškov). Prosil je tudi za podatke o morebitni sprejeti politiki usklajevanja

---

<sup>2</sup> Objavljen na

[http://www.mizs.gov.si/si/okroznice\\_razpisi\\_in\\_javna\\_narocila/javni\\_razpisi/?tx\\_t3javnrzpis\\_pi1\[show\\_single\]=1187](http://www.mizs.gov.si/si/okroznice_razpisi_in_javna_narocila/javni_razpisi/?tx_t3javnrzpis_pi1[show_single]=1187).

poklicnih in družinskih obveznosti z zaposlenimi na MK, npr. primerljivi naboru ukrepov po certifikatu »družini prijazno podjetje«<sup>3</sup>.

4. MK je posredovalo pojasnilo, da so razpis s podobnim pogojem prvič objavili že v letu 2010, na podlagi informacij o domnevnih zlorabah rezidenc (za neupravičeno namestitve tretjih oseb). MK potrjuje, da je uradnica pobudnici na njeno telefonsko prošnjo 4.3.2013 glede možne namestitve hčere v rezidenco odgovorila, da bi bil odgovor negativen. MK pa zanika, da naj bi pobudnica tedaj sploh predlagala modalitete (mdr. zamenjave termina, te možnosti pa sicer ne izključujejo, če bi bil npr. drug termin pač pripravljen medsebojno zamenjati kak drug ustvarjalec). Pobudnica naj bi te modalitete predlagala šele v medijih (njena javno objavljena pritožba z dne 10.3.2013), po tem ko je bivanje že odpovedala. Glede diskriminatornih učinkov pogoja, da ne more v rezidenci bivati nihče drug kot izvajalec umetniškega projekta, na MK priznavajo, da negativni učinki za matere samohranilke obstajajo, vendar naj bi bili razlogi za take ukrepe upravičeni. Zato ker so umetniške rezidence namenjene intenzivni ustvarjalnosti oz. delu, ker so na MK dolžni javna sredstva trošiti racionalno ter ker so dolžni spoštovati določila najemnih pogodb z lastniki stanovanj. Glede zahteve po intenzivni ustvarjalnosti MK meni, da je položaj primerljiv službeni poti, sicer pa v podkrepitev dajejo mednarodno primerjalno analizo možnosti namestitve otrok v rezidencah, ki kaže da je to možno le v 109 od 420 primerov (26%) v Evropi, v ZDA pa le v 20 od 388 (5%) primerov. Več pa jih dovoli bivanje s partnerji in polnoletnimi otroki. Tudi racionalna in transparentna poraba sredstev naj bi terjala tak pogoj, pri tem pa MK opozarja na nadzor upravne, proračunske inšpekcije ter računskega sodišča. Glede spoštovanja najemne pogodbe naj bi bila v njej klavzula, da lahko v rezidenci bivajo samo ustvarjalci<sup>4</sup>. Menijo še, da drugačna kot striktna interpretacija prepovedi nameščanja otrok ni mogoča, to pa naj bi izhajalo iz spoštovanja načela zakonitosti, saj da pri upravnem odločanju ni možna presoja ustavnosti in zakonitosti podzakonskih predpisov, npr. razpisnih pogojev. Razen pobudnice problema ni izpostavil nihče. MK nima posebnih oblik usklajevanja poklicnih in družinskih obveznosti, primerljivih naboru ukrepov po certifikatu prijaznem podjetju, bodo pa o tem v bodoče razmislili. Menijo, da so pobudnico obravnavali korektno, saj da bi, če bi njeno pritožbo obravnavali individualno, le to morali zavreči (kot prepozno). Odgovor zaključujejo z navedbo, da so za v bodoče ponovno preučili cilje razpisa (da bi bili bolj usmerjeni v spodbujanje ustvarjalnosti in manj v intenzivno ustvarjalnost) ter omogočili tudi bivanje tretjim osebam, npr. otrokom, pri tem pa iskali rešitev, ki ne bo vodila v nenamensko uporabo javnih sredstev. Veleposlaništvo RS v Londonu pa naj bi preverilo možnosti za spremembe določil najemnih pogodb, ki naj bi doslej prepovedovale bivanje osebam, ki v projektu ne sodelujejo.

5. Zagovornik je dal pobudnici možnost, da se na trditve MK odzove. Pobudnica obžaluje, da je v odzivu MK potvarjalo vsebino razgovorov z odgovornimi z neresničnimi navedbami in ključnimi izpusti. Navaja, da je v pogovoru 4.3.2013 izrecno spraševala o možnosti, da vseeno zaprosi za dovoljenje za namestitev hčere (le od 12.4 dalje) ter dobila odgovor, da bo pravna služba tako ali tako rekla »ne«, v podtonu pa je bilo omenjeno, da tega pogoja MK sicer ne nadzoruje. Ker, da je to nemogoče, je bilo tudi njeno vprašanje o morebitnem kritju dodatnih stroškov označeno za brezpredmetno. Pobudnica poudarja, da je sama prav izrecno omenila tudi možnost zamenjave z drugo umetnico z decembrskim terminom (saj jo je ta kontaktirala že nekaj mesecev prej s prav takim predlogom). V pojasnilo je dobila, da to ne gre, saj, da MK ne more delovati kot nekakšna turistična agencija in da se v primeru neizkoriščenega termina šteje,

<sup>3</sup> Certifikat podeljuje Zavod Ekvilib, za več o tem glej na <http://www.certifikatdpp.si/o-certifikatu/>.

<sup>4</sup> Citirana klavzula se v originalu glasi: »to use a property as a single private dwelling and not to use it for any other purpose nor to allow anyone else to do so. It has been agreed that the property may be used as working and living environment for the individual artist residing in the property at any given time«.

da je odstopila od rezidence. Pobudnica je od rezidence nato takoj naslednji dan nemudoma odstopila v najboljši veri, da bi bila njena prisotnost v rezidenci le do 12.4. potrata javnih sredstev in da na ta način sama itak ne bi mogla izpolniti določenih zastavljenih ciljev. V zavestno kršitev pogodbe ni želela zaiti v nobenem primeru. Pa čeprav so bili v zvezi s tem dani določeni namigi naj to stori, in čeprav naj bi bila taka praksa sicer precej razširjena. Zdelo se ji je prav dati možnost pač nekemu drugemu s seznama potencialnih upravičencev. Poudarja, da tedaj še ni vedela, da ima ravnanje MK znake nezakonite posredne diskriminacije. Posebej pa še dodaja, da jo čudi, da je MK v odzivu na poizvedbo zamolčalo vsebino njenega pogovora z ministrom za kulturo z dne 30.3.2013, ko jo je ta na njeno osuplost (velikonočna sobota zvečer ob 19 30) sam poklical in skušal tik pred zdajci iskati rešitev. Ob komentarju, da je štel dotedanjo komunikacijo MK s pobudnico za neustrezno, ji je predlagal naj v torek 2.4.2013 vseeno odpotuje v London (tako kot je bilo načrtovano) in to z otrokom. Zagotovil ji je, da bo to možnost osebno uredil. Navedel je še, da ima informacijo, da naj bi bil ključni razlog v zavrnitvi njenega predloga za namestitev hčere v nevarnosti stopnišča, ki vodi do stanovanja. Pobudnico je še prosil, naj mu posreduje vse dopisovanje z MK, da si bo sam laže ustvaril lastno sliko. Pobudnica se je ministru sicer zahvalila za ponujeno možnost, vendar tako nepričakovane ponudbe glede na okoliščine (vse je nato že prilagodila novemu položaju) ni mogla sprejeti. Minister je dejal, da bo torej treba počakati na naslednje leto.

6. Zagovornik je v postopku upošteval še nekaj drugih informacij:
- Na 22. seji Nacionalnega sveta za kulturo 26.3. 2013 je bila pod točko 5 razprava ob primeru pobudnice<sup>5</sup>. Svet je sprejel naslednje sklepe: 5.1: Člani Nacionalnega sveta za kulturo ostro protestiramo proti diskriminatorni obravnavi ████████ v zvezi z bivanjem v umetniški rezidenci v Londonu. Primer nesmiselnega birokratiziranja, ki ima za posledico nehumane, nelogične in celo diskriminatorne odločitve, ki jih še dodatno podpirajo naknadna »pojasnila« odločevalcev, nazorno kaže na enega od temeljnih problemov naše kulturne politike: nezmožnost prostega preudarka, sprejemanja racionalnih odločitev in – v temelju: izogibanje osebni odgovornosti. 5.2: Nacionalni svet za kulturo poziva MK, da oblikuje besedila razpisov tako, da se bodo javni uslužbenci v okviru presoje ob prostem preudarku lahko izognili očitno nehumanim, nelogičnim in diskriminatornim odločitvam. Sklep 5.3: Sklepa se pošljeta Vladi RS, MK, članom parlamentarnega Odbora za kulturo DZ RS in vodjem poslanskih skupin DZ RS ter se objavita na spletni strani [www.nsk-slo.si](http://www.nsk-slo.si).
  - Na spletni strani MK je bila nato 8.4.2013 objavljena novica oz. izjava za javnost<sup>6</sup>: »Primer pobudnice, ki je bila izbrana na Javnem razpisu za izbor predlogov za bivanje in ustvarjanje v umetniških rezidencah, a kasneje dodeljenega projekta ni mogla realizirati, je pokazal na potencialno diskriminatornost tega razpisa, zato je MK natančno preučilo vse okoliščine. Na ministrstvu smo se odločili, da bomo v bodočih razpisih za bivanje in ustvarjanje v umetniških rezidencah črtali sporno določilo o uporabi umetniške rezidence in vztrajali le na omejitvah, ki jih določajo velikost stanovanja in določila najemnih pogodb. Skladno s tem bomo spremenili tudi cilje razpisa, ki bodo odslej dejansko usmerjeni v podporo in zagotavljanju pogojev za vrhunsko delo ustvarjalcev (izbranih na podlagi izpolnjevanja kriterijev na javnem razpisu). Namen ministrstva je, da skuša s svojim delovanjem umetnicam in umetnikom in ostalim ustvarjalkam in ustvarjalcem na področju kulture omogočiti najboljše možne pogoje za njihovo delo in kreativni razvoj, zato se zahvaljujemo za utemeljene pripombe

<sup>5</sup> Dostopno na [http://nsk-slo.si/index.php/seje/zapisnik/zapisnik\\_22\\_redne\\_seje\\_nsk\\_26.3.2013](http://nsk-slo.si/index.php/seje/zapisnik/zapisnik_22_redne_seje_nsk_26.3.2013).

<sup>6</sup> Dostopno na [http://www.mk.gov.si/si/medijsko\\_sredisce/novica/browse/5/article/12447/5679/a998](http://www.mk.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/browse/5/article/12447/5679/a998)

iz javne razprave, na podlagi katerih je ministrstvo sprejelo določene ukrepe in bo spremenilo določila prihodnjega razpisa.«

- Zagovornik je 18.4.2013 prisostvoval javni razpravi Diskriminacija žensk v kulturi,<sup>7</sup> kjer je predstavnik ministrstva smiselno povedal isto kot v zgoraj navedeni novici. Izrazil je obžalovanje zaradi obravnavanega problema ter načina obravnave pobudnice.
- MK je v juniju objavilo nov razpis za leto 2014, ki ne vsebuje spornega pogoja. Po tč. 7 razpisa smejo druge osebe bivati z izbranim/-o prijaviteljem/-co, če jih le-ta MK predhodno najavi (do 30 dni pred odhodom v umetniško rezidenco oz. pred terminom umetniške rezidence, ki je določen v odločbi) in poravna za njih pavšalne stroške.<sup>8</sup>

### **Opredelitev diskriminacije**

7. Medčloveške razlike oz. osebne okoliščine t.j., pridobljene ali prirojene lastnosti med katere sodi tudi starševstvo, družinski položaj ipd., ne smejo biti razlog za kratenje posameznih človekovih (in drugih) pravic, ali za to, da bi se le-te osebam s takšnimi lastnostmi priznavale oz. varovale le v manjši meri. Ta zahteva je izraz priznanja enake vrednosti vsakega človeškega bitja - ne glede na to kaj ta oseba je. V tem smislu je prepoved diskriminacije v temelju povezana z zahtevo po spoštovanju človeka, kot bitja z osebnim dostojanstvom. Ta ni le njegova pritiklina, nekaj, kar mu pripada, temveč je njegova lastnost. Kršitev prepovedi diskriminacije pri uživanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin je zato globoko nepravilno dejanje, ki hkrati pomeni tudi kršitev pravice do spoštovanja človekovega osebnega dostojanstva (34. člen Ustave) ter zanikanje njegove enake vrednosti, kot v točki h) opozarja tudi preambula k Mednarodni konvenciji o pravicah invalidov (MKPI)<sup>9</sup>. Zato je diskriminacija nezdržljiva s temeljnimi vrednotami demokratične družbe, ki počiva na vladavini prava in spoštovanju človekovih pravic.

8. Varstvo pred diskriminacijo je stvar kogentnega prava človekovih pravic. Država je dolžna zagotoviti troje. Najprej spoštovanje te pravice (t.i. duty to respect), kar pomeni, da ji je naložena negativna obveznost vzdržati se diskriminacije z lastnim ravnanjem (vsem javnim subjektom in nosilcem javnih pooblastil prepoveduje poseganje vanjo). Poleg tega pravica državo obvezuje tudi k njenemu aktivnemu in učinkovitemu varovanju (t.i. duty to protect): s preprečevanjem kršitev, varstveni mehanizmi v primerih kršitev, sistem učinkovitih, sorazmernih in odvrčalnih sankcij), mdr. tudi v razmerjih med tretjimi (torej, če so kršitve nastale v zasebnem sektorju oz. s strani zasebnikov). Država pa je dolžna zagotoviti tudi učinkovito dejansko uživanje navedene pravice (duty to fulfil), pri tem pa ima posebne pozitivne obveznosti (glej tudi spodaj, tč. 22). Vse to terja uresničevanje vrste ratificiranih mednarodnih konvencij v okviru Organizacije združenih narodov in Sveta Evrope. Diskriminacijo prepovedujejo npr. Mednarodni pakt o političnih in državljanskih pravicah (MPPDP) ter Mednarodni pakt o ekonomskih, socialnih in kulturnih pravicah (MPESKP).<sup>10</sup> Po 2. členu MPPDP prepoved diskriminacije učinkuje tudi v zvezi z uživanjem (javnopравnih) pravic in obveznosti, ki jih MPPDP sam ne ureja. Praksa nadzora nad paktom opozarja, da diskriminacijo lahko

---

<sup>7</sup> Podatki o dogodku na [http://www.siol.net/kultura/novice/2013/04/zenske\\_v\\_kulturi\\_so\\_tako\\_redka\\_vrsta\\_da\\_bi\\_jih\\_bilo\\_treba\\_zascititi.aspx](http://www.siol.net/kultura/novice/2013/04/zenske_v_kulturi_so_tako_redka_vrsta_da_bi_jih_bilo_treba_zascititi.aspx)

<sup>8</sup> Dostopno na [http://www.mk.gov.si/si/o\\_ministrstvu/javne\\_objave/javni\\_razpisi/?tx\\_t3javnirazpis\\_pi1%5Bshow\\_single%5D=1618](http://www.mk.gov.si/si/o_ministrstvu/javne_objave/javni_razpisi/?tx_t3javnirazpis_pi1%5Bshow_single%5D=1618)

<sup>9</sup> Zakon o ratifikaciji Konvencije o pravicah invalidov in Izbirnega protokola h Konvenciji o pravicah invalidov (MKPI), Uradni list RS, št. 47/2008.

<sup>10</sup> Uradni list RS, št. 35/92 - MP, št. 9/92.

povzročajo tudi nenamerna ravnanja tako organov oblasti, kot zasebnikov. MPPDP vzpostavlja pozitivno obveznost aktivno zagotoviti varstvo pred diskriminacijo.<sup>11</sup> Prepoved diskriminacije urejajo še Mednarodna konvencija o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije (ICERD)<sup>12</sup>, Mednarodna konvencija o odpravi vseh oblik diskriminacije žensk (CEDAW)<sup>13</sup>, MKPI, številne konvencije Mednarodne organizacije dela, Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP)<sup>14</sup> ter Evropska socialna listina (ESL)<sup>15</sup> itd.. 12. Protokol k EKČP<sup>16</sup> široko prepoveduje diskriminacijo pri opredeljevanju in uživanju vseh pravic, urejenih z notranjim pravom države pogodbenice in glede katerekoli osebne okoliščine. Navedene določbe priznavajo **pravico do enakega obravnavanja**. V slovenskem pravnem redu je v odnosu do mednarodnega prava uveljavljeno t.i. načelo monizma, zato velja, da se določbe ratificiranih in objavljenih mednarodnih pogodb uporablja neposredno (8. člen Ustave). To omogoča neposredno uporabo vseh tistih določb, ki imajo po svoji vsebini in obliki takšno naravo, da neposredno uporabo tudi dejansko omogočajo (t.i. *self executing* pravne norme). Mednje je treba vsaj v načelu šteti tudi vse določbe, ki jamčijo spoštovanje človekovih pravic (tako tudi 1. odstavek 15. člena Ustave). Norme, ki prepovedujejo diskriminacijo so gotovo neposredno uporabne, ko se zastavlja vprašanje, ali jih je spoštovala država, organ lokalne samouprave ali nosilec javnega pooblastila. Sicer pa so uporabne najmanj pri »ustavi prijazni« razlagi drugih pravnih določb.

9. Pravico do enakega obravnavanja varuje in deloma ureja že Ustava, ki jamči enakost pri uživanju vseh človekovih pravic in svoboščin, enakost pred zakonom (14. člen) ter enako varstvo pravic v postopkih pred organi oblasti (22. člen), na posameznih mestih pa ureja tudi posebne vidike tega varstva, npr. tudi dostopnost vsakega delovnega mesta pod enakimi pogoji (49. člen), enakost volilne pravice, enakost med zakonci.... Ustava varuje vse človekove pravice, tudi tiste, ki jih sama ne ureja podrobneje.<sup>17</sup> V zadnjih desetletjih **se pravica do enakega obravnavanja hitro razvija**<sup>18</sup>. V veliki meri jo v notranjem pravu, tudi slovenskem, podrobno ne urejajo ustavni<sup>19</sup>, ampak mednarodni akti ter notranja zakonodaja. Slovenski pravni red varstvo pred diskriminacijo z ZUNEO-UPB1 mdr. prepoveduje tudi pri zaposlovanju in delu ter vsemi zadevami povezanimi z delom, pri dostopu in oskrbi z najrazličnejšimi javnimi (in zasebnimi) dobrinami in storitvami, in to v zvezi s katerokoli osebno okoliščino. Človekove pravice se razvijajo v tem smislu, da postajajo vedno bolj pravno opredeljene in pred pravno

<sup>11</sup> Ta obveznost je bila v MPPDP vključena prav na podlagi predloga Jugoslavije iz leta 1952. Več o tem glej v M. Novak: UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Comentary, N.P. Engel, str. 463.

<sup>12</sup> Ur. l. SFRJ; Mednarodne pogodbe št. 6/67, datum uveljavitve v RS: 1. 7. 1992.

<sup>13</sup> Ur. l. SFRJ; Mednarodne pogodbe št. 11/81, datum uveljavitve v RS: 1. 7. 1992.

<sup>14</sup> Celotno besedilo EKČP s protokoli, vključno z 12. In 14 Protokolom je dostopno na [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/200393FD-EAD3-434F-BD46-41BE147A18E9/0/SVN\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/200393FD-EAD3-434F-BD46-41BE147A18E9/0/SVN_CONV.pdf).

<sup>15</sup> Zakon o ratifikaciji evropske socialne listine (spremenjene) (MESL), Uradni list RS št. 24/99.

<sup>16</sup> Zakon o ratifikaciji Protokola št. 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (MPKVCPB) Uradni list RS št. 46/10, prevzem obveznosti učinkuje od 1.11.2010.

<sup>17</sup> Tako 5. odstavek 15. člena Ustave: Nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta Ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri.

<sup>18</sup> Tudi FRA v svojem poročilu navedenem v opombi 3 izrecno navaja, da se »mednarodno in evropsko pravo na področju volilnih pravic oseb s težavami v duševnem zdravju in oseb z motnjami v duševnem razvoju hitro spreminja in nagiba proti polni in enakopravni udeležbi.«

<sup>19</sup> Evropska komisija za boj proti rasizmu in nestrpnosti (ECRI) v zadnjem poročilu o Sloveniji navaja, da bi veljalo razmisliti o krepitvi varstva pred diskriminacijo, mdr. z določitvijo jasne obveznosti države v Ustavi, da spodbuja enakost in da prizna pravico do enakega obravnavanja brez diskriminacije na podlagi osebnih okoliščin pri uživanju vseh pravic. Glej v Tretje poročilo ECRI o Sloveniji, februar 2007, str. 8, dostopno na [http://www.svetevrope.si/sl/novice/tretje\\_porocilo\\_evropske\\_komisije\\_za\\_boj\\_proti\\_rasizmu\\_in\\_nestrpnosti/\\_ecri/ o sloveniji/index.html](http://www.svetevrope.si/sl/novice/tretje_porocilo_evropske_komisije_za_boj_proti_rasizmu_in_nestrpnosti/_ecri/ o sloveniji/index.html)

opredelitvijo vsebinsko konkretizirane. To daje vtis, da se vsebinsko širijo.<sup>20</sup> K razvoju navedene pravice in poenotenju pojmovnega instrumentarija je pripomoglo tudi pravo EU. Gre za uresničevanje enega od najbolj temeljnih načel prava EU (2. člen Pogodbe o Evropski uniji, v nadaljevanju: PEU), ki je hkrati izraz spoštovanja skupnih ustavnih tradicij držav članic EU. Država je v skladu z načelom zvestobe oz. lojalnosti dolžna zagotoviti njegovo učinkovito spoštovanje z vsemi razpoložljivimi ukrepi. Varstvo pred diskriminacijo, npr. glede enakosti v plačilu med spoloma, pri volitvah v organe EU ter organe lokalne samouprave ipd., seveda pa tudi v povezavi s temeljnimi svoboščinami (npr. pravico do prostega pretoka dela) je nedvomno zajamčeno s primarnim pravom. Listina EU o temeljnih pravicah vsebuje splošno prepoved diskriminacije (21. člen) in enakost pred zakonom (20. člen), terja varstvo pred diskriminacijo pri zaposlovanju in v zvezi z delom (15. in 21. člen)... Nekatere direktive Evropskega sveta državam članicam nalagajo uveljavitev prepovedi diskriminacije zaradi rase ter etničnega prepričanja<sup>21</sup> ter spola<sup>22</sup> tudi pri dostopu do vseh dobrin in storitev, ki so namenjeni javnosti, ter oskrbe z njimi, vključno s stanovanji.

10. ZUNEO-UPB1 v 4. členu vsebuje temeljne definicije posameznih oblik diskriminacije.

11. *Neposredna diskriminacija* obstaja, če je oseba zaradi določene osebne okoliščine (npr. starosti) *bila, je ali bi lahko bila* v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno kot druga oseba.

12. Kot diskriminatorna so prepovedana tako dejanja, kot tudi opustitve, ki se nanašajo na pravni položaj neke osebe (pravice, obveznosti, pravni interesi). Kot diskriminacija lahko tehnično povsem enako kot strožji pogoji, ne-dodelitev ali odvzem pravic osebam z določeno lastnostjo (npr. spolom), učinkuje tudi njihovo zapostavljanje pri dodeljevanju določenih ugodnosti (npr. ugodnosti grede le ženskam, moškim pa ne). Diskriminatorna pravila in prakse niso prepovedane le kadar že imajo kakšne neposredne diskriminatorne učinke (t.j. ko imamo pred seboj že konkretne žrtve takšne prakse), ampak tudi, če bi jih šele lahko imele (npr. že gola objava splošnih pogojev razpisa, sporno navodilo za interpretacijo prava) oziroma tudi tedaj, ko sploh še ni neposredno prizadetega (npr. prizadetega upravičenca na razpisu) ali neposredne žrtve ni mogoče identificirati<sup>23</sup>. Učinkujejo namreč *odvrčalno* oz. že sama po sebi pomenijo obliko zapostavljanja.

13. Pri diskriminaciji mora biti osebna okoliščina vselej nek pomemben (čeprav ne nujno vselej edini) razlog za slabšo obravnavo. Gre za prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statuse, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka. Mednje lahko štejejo tudi družinski položaj oz. status (npr. enostarševska družina), oblika zaposlitve (samozaposlenost, zaposlenost za določen čas) ipd. Slabša obravnavo zaradi neke osebne okoliščine je prepovedana tudi, če je nekomu takšna lastnost *le pripisana* (in je sam dejansko npr. nima). Prav tako je zagotovljeno *varstvo zaradi diskriminacije preko*

<sup>20</sup> Simič v Temeljne pravice kot pravnocivilizacijska dediščina, v Marijan Pavčnik *et al*: Temeljne pravice, zbirka Pravna obzorja, Ljubljana 1997, str. 50.

<sup>21</sup> Direktiva št. 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost (t.i. rasna direktiva).

<sup>22</sup> Direktiva št. 2004/113/ES z dne 13. decembra 2004 o izvajanju načela enakega obravnavanja moških in žensk pri dostopu do blaga in storitev ter oskrbi z njimi.

<sup>23</sup> Tako tudi ob razlagi direktiv Evropskega sveta Evropsko sodišče Pravice v zadevi C-54/07 Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v. Firma Feryn NV. Že gole javne izjave vodstva podjetja, da ne bodo zaposlovali tujcev, ki so bile dane za medije, predstavljajo neposredno diskriminacijo.

*povezave*<sup>24</sup>: če je nekdo neupravičeno obravnavan slabše zaradi starosti, ker je z nekom s to lastnostjo povezan z določeno vezjo (npr. starševstvo) je to prav tako mogoče šteti za diskriminacijo. Diskriminacija zaradi starosti lahko prizadene zaposlenega starša majhnega otroka, čeprav je sam seveda odrasel. Prav tako lahko diskriminacija prizadene otroka, če neupravičeno razlikovanje temelji na lastnostih njegovih staršev.

14. **Posredna diskriminacija** obstaja, kadar je oseba z določeno osebno okoliščino (npr. zaradi spola) *bila, je ali bi lahko bila* zaradi navidezno nevtralnega predpisa, merila ali prakse v enakih ali podobnih situacijah in pogojih v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če te določbe, merila ali ravnanja objektivno upravičuje zakoniti cilj in če so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in (nujno) potrebna. Pri tej obliki diskriminacije so torej splošno dopustne izjeme pri zaposlovanju in delu ter pravicah v zvezi z delom, tudi zaradi spola, narodnosti, rase, verskega prepričanja, spolne usmerjenosti, starosti, invalidnosti. Posredno diskriminacijo je mogoče razbrati šele ob opazovanju (ali seveda ob ustrezno skrbnem predvidevanju) *učinkov* sporne prakse. Pri posredni diskriminaciji je treba ugotoviti, ali učinek prakse prizadene pomemben delež oseb z neko osebno okoliščino (npr. žensk, staršev z mlajšimi otroci, enostarševskih družin...). Ta del je lahko številčno celo relativno zelo majhen (npr. število slepih oseb, ki znajo brati brajico v primerjavi z vsemi invalidi – glej primer sodbe Ustavnega sodišča v zadevi U-I-146/07). Kriterij oz. praksa je sama po sebi na videz enaka za vse (z vidika osebnih okoliščin kot je spol, starost otroka ali družinski položaj je navidezno nevtralna, nima nobene zveze s to okoliščino, za vse se uporablja enako), vendar je problematičen njen dejanski učinek (npr. da prizadene predvsem ženske, osebe z mlajšimi otroci, enostarševske družine). Pri preprečevanju posredne diskriminacije se torej varstvo prizadetih interesov oziroma pričakovanih koristi nanaša *na rezultat oziroma na posledice* prakse (saj ta lahko povzroča razlikovanje). Morebitne diskriminacijske učinke (npr. ovire, prepreke, slabši pogoji...) je treba odstraniti.<sup>25</sup> Kriterije za dopustnost praks, ki učinkujejo kot slabše obravnavanje je potrebno *razlagati zožujoče, torej kot izjeme* (strogi test sorazmernosti).

15. Opredelitev posredne diskriminacije v ZUNEO-UPB1 (in v direktivah Evropskega sveta) je le ena od možnih definicij posredne diskriminacije.<sup>26</sup> Obstajata namreč še najmanj dve.

16. Možna je še opredelitev, da gre za kršitev, če se pri pravnem urejanju oziroma praksi iz utemeljenih razlogov ne omogoči odstopa od splošnega pogoja, norme oz. kriterija – torej, da se omogoči *izjemo* od splošnega pravila, ki posameznikom z neko osebno okoliščino (npr. starost otroka, enostarševska družina) predstavlja nesorazmerno oviro. Posameznikom z neko osebno okoliščino *je torej treba omogočiti drugačno obravnavanje, kadar ti niso v primerljivem položaju z vsemi ostalimi*. Tudi v tem primeru je ključen le učinek, ne pa tudi namen ureditve.<sup>27</sup>

17. Tretja od možnih definicij posredne diskriminacije pa ustreza *kršitvi zahteve po t.i. razumni prilagoditvi*. Zavrnitev upravičene zahteve po prilagojenem obravnavanju v konkretnem

---

<sup>24</sup> Diskriminacija preko povezave je stvar pozitivnega prava. Tako v EU, npr. Sodišče EU v zadevi Coleman v Attridge Law & Steve Law, C 303/06 (2008), po Konvenciji o otrokovih pravicah (2. člen), nekaterih aktih SE o varstvu manjšin (povezava z etnično manjšino), glej tudi 3. odstavek 5. člena Deklaracije o načelih enakosti, dostopno na

[http://www.zagovornik.net/uploads/media/Declaration\\_of\\_Principles\\_on\\_Equality.pdf](http://www.zagovornik.net/uploads/media/Declaration_of_Principles_on_Equality.pdf) .

<sup>25</sup> Glej 17. odstavek iz obrazložitve sodbe Ustavnega sodišča v zadevi U-I-146/07.

<sup>26</sup> Glej v O. De Schutter v The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance of EU Racial and Employment Equality Directives, European Commission, 2005, str. 16. Enako v dopoljnem izdaji, 2011, str. 23.

<sup>27</sup> Zdi se, da tako posredno diskriminacijo razlaga zlasti Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP).



*primeru predstavlja kršitev*. Splošne norme oz. sporni kriteriji, ki učinkujejo kot slabše obravnavanje neke skupine lahko scela celo prestopajo test sorazmernosti in so torej sami po sebi sprejemljivi, vendar do kršitve vseeno pride, če se pri odločanju v konkretnem primeru premalo upošteva vse okoliščine in se osebi z neko osebno okoliščino neupravičeno zavrne njen zahtevek za razumno, torej ustrezno prilagojeno (diferencirano) obravnavo. Ta koncept je v mednarodnem pravu splošno uveljavljen pri preprečevanju diskriminacije zaradi invalidnosti. MKPI v 2. členu določa, da kot diskriminacija zaradi invalidnosti šteje tudi odklonitev razumne prilagoditve (v slovenskem prevodu, ki je nenatančen in ne sledi izvirnikom konvencije, se uporablja termin »primerne« prilagoditve). "Primerna prilagoditev" pomeni potrebne in primerne spremembe ter prilagoditve, ki ne nalagajo nesorazmernega ali nepotrebne bremena, kadar so v posameznem primeru potrebne, da se invalidom na enaki podlagi kot drugim zagotovi uživanje ali uresničevanje vseh človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Te prilagoditve se lahko nanašajo tako na način dostopanja do neke pravice, dobrine ali storitve, njeno obliko (prilagojeno vsebino), ali na pogoje zagotavljanja. *Način prilagoditve glede na svoje potrebe izbere oseba* z invalidnostjo. Pri ozkem pristopu je zahteva po razumni prilagoditvi individualen koncept, kjer se šele po tem, ko prizadeti uveljavlja tako zahtevo, od primera do primera tehta, kaj bi predstavljalo razumno prilagoditev oz. odstranitev diskriminatorne ovire. Razumljivo je, da zato *sploh ni potrebno iskati primerljivega položaja* (npr. osebe, ki nima invalidnosti, ni noseča). Gre prav za vprašanje na kakšen poseben, tj. individualno prilagojen način obravnavati konkretno osebo s to osebno okoliščino (npr. invalidnostjo, nosečnostjo), da lahko učinkovito uživa pravice. Po ustaljeni razlagi slovenskega pravnega reda pa zahteva po razumni prilagoditvi ne učinkuje le reaktivno in individualno, ampak tudi vnaprej (preventivno) in na sistemski ravni. Nezagotovitev prilagojene obravnave celotne skupine (ko ni individualne dileme, kaj naj bi ta prilagoditev obsegala) predstavlja *drugo plat (posredne) diskriminacije*. Za zahtevo po odpravi diskriminatornih preprek zato ni treba čakati na posameznika, da res terja individualno obravnavo<sup>28</sup>. To potrjuje tudi 3. odstavek 3. člena Zakon o izenačevanju možnosti invalidov (Uradni list št. 94/2010, v nadaljevanju: ZIMI), ki navaja, da razumne prilagoditve predstavljajo »zakonodajne, upravne in druge ukrepe«, torej ne le posamične rešitve. Te ukrepe je zato treba vnaprej načrtovati. Koncept razumne prilagoditve potrebam specifične skupine (npr. pripadnikom določene verske skupnosti) se razvija tudi prek preprečevanja diskriminacije zaradi invalidnosti. Zaradi verskega prepričanja je npr. upravičeno mogoče zahtevati prilagoditve pri zagotavljanju prehrane na delovnem mestu (npr. prehrana brez svinjine za muslimane, Jude, adventiste; brez mesa v času krščanskega posta). To izhaja iz prakse zagovornice načela enakosti<sup>29</sup> in odločitev v judikaturi ESČP<sup>30</sup>. Kot splošen koncept varstva pred diskriminacijo zahtevo po razumni prilagoditvi pozna Deklaracija o načelih enakosti<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Zagovornik npr. svojem v letnem poročilu za leto 2010, str. 108, opozarja na diskriminatorne učinke nedostopnosti stavbe UEM za gibalno ovirane osebe. Varuh človekovih pravic je to obširno utemeljil v letnem poročilu za leto 2008, zanikanje teže problema pa označil za »grotesken primer sprenevedanja nekega vladnega organa pri odpravljanju ovir za gibalno ovirane« (glej primer št. 13, str. 55 ter 61 in 62).

<sup>29</sup> Glej mnenje zagovornice v zadevi 0921-10/2008 z dne 28.8.2008. Primerjaj tudi s sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Jakóbski proti Poljski (št. 18429/06). ESČP se je sicer zadovoljilo že z ugotovitvijo, da je nezagotavljanje brezmesne prehrane budistu v času trajanja zaporne kazni predstavljalo kršitev njegove svobode vesti oz. verskega prepričanja.

<sup>30</sup> V zadevi Thlimmenos proti Grčiji (št. 34369/97) je sodišče ugotovilo kršitev EKČP, saj je toga zahteva po nekaznovanosti kandidatov za zaposlitev v javni službi, ki ni poznala nobenih izjem, nesorazmerno prizadela Jehovove priče. V primeru uveljavljanja ugovora vesti vojaški dolžnosti, ki po grškem pravu ni dopusten, so bili vsi kršitelji kazensko sankcionirani. To je nujno povzročilo, da se nihče s takšnim verskim prepričanjem, ki je odklonil vojaško službo, ni mogel zaposliti v javni službi.

<sup>31</sup> Dostopno na: <http://www.zagovornik.net/si/zakonodaja/mednarodna-priporocila/index.html>.

18. Razumne prilagoditve (npr. prilagoditve delovnega okolja ali dela posameznih delovnih procesov) je mogoče terjati tudi v postopku zaposlovanja in v razmerjih povezanih z delom. Delodajalci ne smejo brez ustreznega razmisleka npr. odklanjati možnosti za zaposlitev osebe z invalidnostjo, tudi če in kolikor ta npr. nima odločbe ZPIZ o invalidnosti ali statusa priznanega po Zakonu o zaposlitveni rehabilitaciji in zaposlovanju invalidov (npr. disleksija, slabovidnost...). Tudi kasneje so v delovnem razmerju oz. na delovnem mestu dolžni zagotoviti razumne prilagoditve. Zagovornik opozarja, da je ta koncept mogoče uporabiti tudi za primere starševstva, spola (npr. nosečnosti), zdravstvenih stanj... *Nekatere določbe o posebnem varstvu nosečnic, mater, ki dojijo ipd., tako niso le plod t.i. pozitivnih ukrepov politik enakih možnosti (ali prizadevanj za dejansko enakost v pravicah, glej spodaj tč. 27), ampak jih je možno interpretirati kot zahtevo po preprečevanju diskriminacije z zagotovitvijo razumne prilagoditve oz. diferencirane, drugačnemu dejanskemu položaju teh oseb (zaradi starševstva, nosečnosti) prilagojene obravnave.* Za ilustracijo možne kršitve: tudi nezagotavljanje usklajevanja poklicnega in družinskega življenja (ne le po 4. odstavku 6. člena Zakona o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 42/2002, 103/2007, v nadaljevanju: ZDR, ki se prenehal uporabljati z 12.4.2013 oz. Zakona o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 21/2013, v nadaljevanju: ZDR-1 ki se nanaša na starševski dopust in nosečnost) lahko pomeni diskriminacijo. Še posebej v primerih enostarševske družine (ali ko se razmere v jedrni družini močno poslabšajo, npr. zaradi dolgotrajne hude bolezni enega od partnerjev, mučne razveze...), kjer je bistveno manj možnosti za fleksibilnost delavca. Takšno drugačno, edinemu aktivnemu staršu otroka prilagojeno (na videz »ugodnejše«) obravnavanje lahko terja sama prepoved diskriminacije zaradi starševstva, zlasti *če drugače ne morejo v zadostni meri izvrševati svojih starševskih dolžnosti oz. pravice do mirnega uživanja družinskega življenja.* Merilo za presojo je poleg potreb (pravic) takega starša seveda razumnost take zahteve z vidika sposobnosti, virov in upravičenih interesov delodajalca.

19. Skladno s 4. odstavkom 4. člena ZUNEO-UPB1 so prepovedana tudi *diskriminatorna navodila*. Ta so nedopustna sama po sebi, torej niti ni treba, da bi jih kdo že dejansko izvršil. Tako naravo imajo npr. lahko (podzakonski) predpisi, interni akti, politike ter ustaljene prakse ter usmeritve, pisne ali ustne, tudi kadar so dane zgolj *ad hoc*.

20. Že iz definicije posredne diskriminacije izhaja, da je razlikovanje zaradi osebnih okoliščin v določenih primerih lahko dopustno. V posebej omejenih primerih je dopustno tudi pri neposredni diskriminaciji. Pri testu presoje glede dopustnosti razlikovanja je ključno vprašanje, kako strogo naj se presoja ukrepe, ki povzročajo razlikovanje. Pri t.i. testu razumnosti za dopustnost zadošča že ugotovitev, da razlikovanje, ki temelji na neki osebni okoliščini izhaja iz narave stvari, da je torej še razumno in v okviru domnevno širokega polja proste presoje odločevalca. Pri strožji presoji pa morajo razlogi, ki narekujejo razlikovanje, pretehtati nad prizadetostjo zaradi razlikovanja oz. nad potrebo po varstvu pred diskriminacijo. Po najstrožjem testu sorazmernosti mora biti ukrep, ki odstopa od prepovedi neenakega obravnavanja zaradi neke osebne okoliščine, nujen, primeren in neobhodno potreben za doseganje posebej tehtnega in upravičenega, z Ustavo oz. zakonom varovanega cilja oziroma interesa. To praviloma pomeni, da ni najti drugega, milejšega sredstva, s katerim bi bilo tak cilj mogoče doseči, teža posledic sporne prakse pa mora biti sorazmerna tudi v ožjem smislu (tj., da koristi pretehtajo nad škodo oz. prizadetostjo pravice). Kadar je pri preučevanju v ospredju kaka človekova pravica, ali če zahteva po enakosti predstavlja celo bistveni vidik same pravice (npr. enakost pri zaposlovanju), je morebitno **slabše obravnavanje oseb zaradi osebnih okoliščin lahko dopustno zgolj izjemoma ter pod pogoji najstrožjega testa sorazmernosti**. Sicer pa se pri izbiri strogosti testa presoje pogosto upošteva tudi druge pomožne kriterije (npr. za

kakšno pravico oz. ugodnost gre, na katerem področju družbenega življenja, kakšen je pomen zadeve za prizadetega, na podlagi katere osebne okoliščine prihaja do razlikovanja, ipd.). Po 1. odstavku 2.a člena ZUNEO-UPB1 splošno velja, da ni nedopustno različno obravnavanje na podlagi določene osebne okoliščine, *če takšno različno obravnavanje upravičuje zakonit cilj in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in potrebna. Izjeme od prepovedi diskriminacij, zlasti pri zaposlovanju in delu ter v razmerjih v zvezi z delom, so po presoji zagovornika vselej omejene in jih je treba razlagati strogo oz. zožujoče.*

21. V vseh sodnih in upravnih (npr. inšpekcijskih) postopkih varstva pred diskriminacijo se v skladu z 2. odstavkom 22. člena ZUNEO-UPB-1 uporablja **pravilo deljenega dokaznega bremena**. Kadar diskriminirana oseba navaja dejstva, ki opravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije, mora domnevni kršitelj oziroma kršiteljica dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil načela enakega obravnavanja oziroma prepovedi diskriminacije. To pomeni, da se breme dokazovanja prevale na kršitelja, ko je na podlagi vseh okoliščin (dokazil) mogoče utemeljiti dvoje: da gre za sum neenakega (slabšega) obravnavanja in da je razlog za to neka osebna okoliščina. Navedeno pravilo v svoji praksi seveda uporablja tudi zagovornik načela enakosti. V primerih izkazanega suma diskriminacije je torej na domnevnem kršitelju, da dokazuje morebitno upravičenost svojih praks.

22. Iz 4. in 5. člena ZUNEO-UPB-1 izhaja zlasti negativna obveznost vzdržati se lastnega ravnanja, ki bi (lahko) povzročalo diskriminacijo. Pravica do enakega obravnavanja pa terja tudi **aktivno in zavestno preprečevanje in odpravljanje diskriminacije**, pri tem pa imajo ključno vlogo javne oblasti. ZUNEO-UPB-1 v 7. členu določa, da so Državni zbor Republike Slovenije, Vlada Republike Slovenije, ministrstva in drugi državni organi ter organi samoupravnih lokalnih skupnosti dolžni *ustvarjati pogoje za enako obravnavanje oseb z osveščanjem in spremljanjem položaja na tem področju ter z ukrepi normativne in politične narave*. Te pozitivne obveznosti ne veljajo le glede dolžnosti spoštovanja prepovedi ter za varstvene dolžnosti. Ne učinkujejo le v okviru neposredne uporabe javnih pooblastil ter pri notranjem delovanju organov oblasti (npr. razmerja na delovnem mestu...), ampak tudi navzven, vključno z akti poslovanja. Državni organi so v smislu delovanja navzven dolžni odstranjevati tudi vse strukturne prepreke (tudi tiste v širši družbi), ki povzročajo diskriminacijo (npr. poskušati vplivati na to, da se odpravlja tudi diskriminacija s strani zasebnikov, podjetij in drugih ustanov, da se ne utrjujejo predsodki). Pri tem sta izjemno pomembna lasten zgled in sporočilo, ki ju organi oblasti s svojim ravnanjem dajejo širši javnosti. Zgled (vodenje, določanje politik, strategija, notranje in zunanje poslovanje) države in v tem okviru še posebej izvršilne veje oblasti je ključen in nenadomestljiv. Seveda pa velja tudi nasprotno. Če država ravna nezgledno oz. če celo sama flagrantno krši prepoved diskriminacije (ali pa jo »zgolj« dopušča, npr. tudi v razmerjih med zasebniki) to učinkuje rušilno: le kdo bo potemtakem bolj spoštoval pravni red in se aktivneje zavzemal za odpravo diskriminacije? Mednarodne obveznosti jasno terjajo aktivno odstranitev vseh sistemskih diskriminatorskih ovir, tudi tistih ki bi bile v zakonodaji in predpisih (glej npr. b) alinejo 1. odstavka 4. člena MKPI). Te ovire so nedopustne same po sebi, torej niti ni treba, da bi jih kdo že dejansko izvršil.

### **Varstvo človekovih pravic v kontekstu starševstva**

23. Človekove pravice gredo vsakomur, so neodtujljive, nedeljive in medsebojno neločljivo povezane. Nikakor ni dovolj, da so le formalno ali načelno priznane s pravom. Iz Ustave izhaja tudi zahteva po zagotovitvi učinkovitega in dejanskega uresničevanja vseh človekovih pravic. Če država ne zagotovi možnosti uresničitve pravic, so pravice dejansko kršene. Ker so

človekove pravice že po ustavi omejene s pravicami drugih (3. odstavek 15. člen), je primerno in potrebno, da že zakonodajalec ureja meje med pravicami in na ta način vnaprej preprečuje možen konflikt med pravicami (npr. med versko svobodo in drugimi pravicami). Vendar to vselej ni mogoče, zato je za razbiranje meja med pravicami (t.i. praktična konkordanca pravic) pogosto potrebna zahtevna pravna razlaga. Presoja, ali izvrševanje ene pravice že prekomerno omejuje izvrševanje druge, terja vrednostno tehtanje pomena pravic in teže poseganja vanje, oboje v luči vseh okoliščin konkretnega primera. V danem primeru na strani upravičenih interesov MK ne gre za človekove pravice, morebitne omejitve pravice do enakega obravnavanja lahko temeljijo le na javnem interesu. Kljub temu pa je varstveni režim po zagovornikovem mnenju primerljiv oz. podoben tistemu, ki velja v delovnih razmerjih med zaposlenim ter delodajalcem.

24. *Svoboda urejanja obligacijskih razmerij* je eno od temeljnih načel obligacijskega prava. Avtonomija pogodbenih strank pri sklepanju pogodb obligacijskega prava je utemeljena tudi v splošni svobodi ravnanja (35. člen Ustave) in v **svobodni gospodarski pobudi** (74. člen Ustave). Gospodarska dejavnost se ne sme izvajati v nasprotju z javno koristjo (2. odstavek 74. člena Ustave). Zagovornik sicer priznava, da je meja med določitvijo načina izvrševanja pravic na eni ter omejevanjem pravic na drugi strani pogosto težko določljiva. Vendar pa meni, da je teza o tem, da naj bi prepoved diskriminacije delavcev oz. kandidatov pri zaposlovanju in delu vsebinsko omejevala svobodno gospodarsko pobudo v temelju napačna. Svobodna gospodarska pobuda ni primerljiva s splošno svobodo ravnanja. Zakonodajca, ki ureja prepoved diskriminacije, zato predpisuje zlasti način uresničevanja pravice do svobodne gospodarske pobude delodajalcev in hkrati ureja njeno vsebinsko razmejitve v razmerju do pravice do enakega obravnavanja (določa pogoje za ugotavljanje meja varstva obeh pravic). Kjer gre za prepovedano diskriminacijo, tam ni posega v svobodno gospodarsko pobudo delodajalcev, saj se varstvo slednje že prej konča. Enako obravnavanje mora biti zagotovljeno na podlagi katerekoli osebne okoliščine, mdr. spola in družinskega stanja. Po 4. odstavku 6. člena ZDR (enako ZDR-1) se manj ugodno obravnavanje delavcev, ki je povezano z nosečnostjo ali starševskim dopustom, šteje za diskriminacijo.

25. **Delodajalec mora delavcem omogočiti lažje usklajevanje družinskih in poklicnih obveznosti.** To je splošna obveznost iz 3. odstavka 187. člena ZDR oz. 3. odstavka 182. člena ZDR-1. Norma skuša jasno poudariti potrebo po **uravnoveženju potreb delodajalca z mejami pravic delavcev**. Določen prostor delavčeve **zasebnosti in osebnostnih pravic** (35. člen Ustave) mora biti varovan tako na samem delovnem mestu v delovnem času, kot tudi zunaj delovnega mesta in zunaj delovnega časa, saj lahko pogoji dela (delovni čas, razmere na delovnem mestu, oddaljenost od delovnega mesta...) učinkujejo zelo široko tudi v tej sferi. Ustava varuje **pravico do spoštovanja človekovega osebnega dostojanstva** (34. člen Ustave) ter **pravico do spoštovanja družinskega življenja** (ki jo posebej varuje 8. člen EKČP). Iz narave navedenih pravic izhaja, da so jih dolžni spoštovati tudi zasebni delodajalci (glej že 46. člen ZDR-1), ne le država, organi lokalne samouprave ter nosilci javnih pooblastil. Soodgovornost za varstvo zgoraj navedenih delavčevih pravic ima torej tudi vsak delodajalec, določbe ZDR-1 (oz. prej ZDR) pa to le natančneje poudarjajo, t.j. priznavajo (ne pa samostojno in izvorno urejajo). Določeno varstvo teh pravic je zagotovljeno tudi izven delovnih razmerij, tudi pri »zaposlovanju« samozaposlenih (samostojni podjetniki, samozaposleni v kulturi, novinarstvu...), in to ne le ne t.i. ekonomsko odvisnih oseb, ki jih deloma varuje novi ZDR-1. Prepoved diskriminacije in zahteva po spoštovanju navedenih pravic **velja tudi pri dodeljevanju ugodnosti v zvezi z delom** (npr. štipendiranje, službena stanovanja...) ipd.. Toliko bolj pa, ko jih dajejo organi oblasti, bodisi kot delodajalci ali kot organi oblasti (spodbude, subvencije, ugodnosti) kot to velja za ta primer.

26. Pri interesih na strani delodajalcev v javni sferi seveda ne gre za varstvo svobodne gospodarske pobude. Je pa varstvo njihovega pravnega položaja primerljivo in temelji **na javnem interesu** mdr. po zagotavljanju nemotenega delovanja javnih služb, uprave in različnih drugih institucij, bolj ali manj (ne)posredno pa tudi na varstvu številnih pravic drugih oseb. Vendar je treba izpostaviti, da **imajo delodajalci v javni sferi, pa tudi organi oblasti nasploh, poleg pozitivnih obveznosti za preprečevanje diskriminacije** (glej tč. 22) **in zgoraj navedenih pravic** (tč. 25) **še dodatne odgovornosti**, ki izhajajo iz drugih pravic. Že Ustava nalaga zakonodajalcu, naj s posameznimi ugodnostmi pa tudi s posebnimi pravicami nekaterim skupinam zagotovi *posebno varstvo in skrb* (npr. *osebam z invalidnostmi* po 52. členu Ustave, *otrokom in staršem* po 53. členu Ustave...). Namen teh obveznosti je predvsem v tem, da se ustvarja dejanske možnosti za enako, polno uresničevanje pravic teh oseb oziroma, da izboljšuje njihov stvarni (dejanski) položaj. Ti ukrepi so po svoji naravi že onkraj temeljne pravne prepovedi diskriminacije (zagotavljanja enakopravnosti), saj težijo k izenačevanju (izhodiščnih) možnosti ali celo k izenačevanju rezultatov, tj. vzpostavljanju dejanske enakosti. Zato so taki ukrepi vselej osredotočeni le na določeno skupino. Navzven imajo ti ukrepi lahko na videz nekatere (ali celo vse) elemente diskriminacije (razen protipravnosti), saj privilegirajo določeno skupino z neko osebno okoliščino (npr. starše) z dodelitvijo posebnih ugodnosti in/ali pravic. Drugi takih ugodnosti nimajo. Zato se zanje tako v pravni teoriji kot v ustavnosodni praksi uporablja tudi izraz t.i. pozitivna diskriminacija. Ta termin je po zagovornikovi oceni neustrezen, saj v pravno razpravo vnaša pojmovno zmedo<sup>32</sup>, zato uporablja izraz **posebne pravice in/ali pozitivni ukrepi**<sup>33</sup>. Njihov namen je aktivno (še dodatno) varovati pred posamičnimi kršitvami prepovedi diskriminacije, odpraviti primanjkljaj, prikrajšanost ali posledice neugodnosti, zlasti dolgotrajne zgodovinske ali strukturno zakoreninjene diskriminacije, ohraniti identiteto, spodbujati polno udeležbo neke skupine na določenih področjih življenja... Pozitivni ukrepi večinoma niso podrobneje določeni. Običajno so pridržani diskreciji zakonodajalca ali celo drugih akterjev (njihovo sprejemanje tudi zasebnim subjektom dopušča tudi 6. člen ZUNEO-UPB1!). Ti imajo široko polje proste presoje, katere ukrepe bodo v ta namen sprejeli. Gre torej za zapovedane *politike* aktivnega odpravljanja ovir, za **vzpostavitev enakih možnosti** tudi v dejanskem smislu. Brez prizadevanj, usmerjenih v rezultat zgolj formalna prepoved diskriminacije najbolj ogroženim skupinam oseb ne more bistveno spremeniti njihovih realnih možnosti za uresničevanje pravic. Včasih so posebni podporni ukrepi enostavno nujni. S slikovitimi besedami nekdanjega predsednika ZDA L. Johnsona: »Ni dovolj le, da se vsem odpre vrata za življenjske priložnosti – vsi člani družbe morajo imeti sposobnost, da stopijo skozi njene.« Pozitivni ukrepi se v kontekstu usklajevanja poklicnega in družinskega življenja uporabljajo za izboljševanje položaja staršev. Lahko pa zasledujejo bolj specifične cilje in so npr. sredstvo za premoščanje razlik med ženskami in moškimi<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Menim, da se je terminu »pozitivna diskriminacija« treba izogibati: 1.) iz političnih razlogov, saj izraz pozitivna diskriminacija nosi v sebi napačno sporočilo; če nek pozitivni ukrep označujemo kot diskriminacijo, v širši javnosti že avtomatično vzbudimo nek dvom in nezaupanje; 2.) iz pravnih razlogov, saj je termin »pozitivna diskriminacija« nesmislen (*contradictio in adiecto*): diskriminacija je vedno *neupravičeno* neenako obravnavanje. Torej, če je neenako obravnavanje *upravičeno* (kar pozitivni ukrepi so), potem pravno gledano ne moremo govoriti o diskriminaciji.

<sup>33</sup> V praksi se zanje uporablja mnogo izrazov, npr. »posebni ukrepi«, »preferenčno obravnavanje«, »spodbujevalne prakse«.

<sup>34</sup> Ženske v povprečju nosijo nekoliko večjo težo družinskih obveznosti kot moški. Država pa ima pravico poskušati odpraviti take strukturno diskriminatorne družbene vzorce tudi v tej sferi, npr. tako, da pogoji dela teh vzorcev ne perpetuirajo oz. zaostrejujejo (še posebno kadar te pojave spremlja tudi razlika v plačilu), lahko določajo tudi posebne ugodnosti in spodbude za moške (primer neplačanega očetovskega dopusta) ipd.

27. **Usmerjenost v enakost rezultatov, t.j. v dejansko enakost** pri uživanju pravic pa ni le v domeni širokega polja presoje zakonodajalca in oblikovalcev politik, ampak je ena od najpomembnejših značilnosti obveznosti po CEDAW, MKPI, pa tudi KOP. Država ima zato poleg preprečevanja diskriminacije še številne **dodatne pozitivne obveznosti**. Pri tem nikakor ne gre le za to, ali je ženskam, osebam z invalidnostmi, otrokom zagotovljena zadostna (dodatna) pomoč, kaj šele posebni privilegiji. Nekateri ukrepi, ki bi jih morda lahko označili za posebne pravice ali pozitivne ukrepe **so pravno zapovedani**. S temi ukrepi se npr. ženskam omogoča enake možnosti za samostojnost in neodvisnost ter osebni razvoj. Brez njih (npr. pravice do porodniškega dopusta, plačanega dopusta za nego otroka, dostopnega javnega vrtca...) bi bili tudi številni starši (zaradi zakoreninjenih tradicionalnih družbenih vzorcev in idej o vlogah posameznega spola pa še posebej ženske) izjemno ovirani in zato *de facto* prepuščeni strukturni diskriminaciji na trgu dela (nedostopnost nekaterih del in poklicev...), pri soodločanju, pri ekonomski samostojnosti (ženske), ipd. Kot je bilo izpostavljeno že zgoraj (vprašanje položaja enostarševskih družin, tč.18), nedodelitev ugodnosti za usklajevanje poklicnega in družinskega življenja s strani delodajalca lahko samo po sebi povzroča diskriminacijo, saj za take zaposlene nekateri pogoji dela (ki so navidez nevtralni in enako veljajo za vse) dejansko pomenijo diskriminatorno oviro, ki jim krati možnost ali močno ovira izvrševanje starševskih pravic in obveznosti v enaki meri kot drugim staršem v dvostarševski družini. V tem smislu je včasih zelo težko ločiti (če sploh) med konceptom razumne prilagoditve (tč. 17, 18) in konceptom zapovedanih pozitivnih ukrepov (ali ne gre le za dve plati istega kovanca – zahteve po odpravi posredne diskriminacije?).<sup>35</sup> Prilagajanje potrebam staršev seveda ni le odgovor na vprašanje kako odpraviti posledice socialnega vidika neugodnosti, ki izhajajo iz starševstva (kar lahko sodi v domet prepovedi diskriminacije). Lahko pomeni tudi premoščanje samih dejanskih razlik oz. je instrument aktivne družinske politike, npr. za spodbujanje rojstev. Vprašanje sprejemanja pozitivnih ukrepov torej ni identično preprečevanju diskriminacije oz. varstvu pravice do enakega obravnavanja, saj je bistveno širše. Če se lahko naredi vzporednica s preprečevanjem diskriminacije zaradi invalidnosti: zdi se, da je po razlika zlasti v tem, da *zagotavljanje razumnih prilagoditev* (in preprečevanja posredne diskriminacije) *terja odstranitev vseh ovir za »uživanje ali uresničevanje« vseh pravic* (3. odstavek 3. člena ZIMI), *povečevanje dostopnosti (pozitivni ukrepi, posebne ugodnosti in spodbude) pa se nanaša zlasti na dostopnost pravnih interesov* (npr. dostopnost različnih ugodnosti, dobrin in storitev...)<sup>36</sup>

28. Iz **starševstva** izhajajo številne posebne in izdatne družinske **obveznosti staršev**, kot to določa že 54. člen Ustave. Kot je to razvidno že iz dosedanje obrazložitve ter razlage v nadaljevanju to lahko zaradi prepovedi diskriminacije narekuje, da so delodajalci dolžni starše v nekaterih situacijah obravnavati drugače, kot druge zaposlene brez teh obveznosti. Npr. pri usklajevanju družinskih in poklicnih obveznosti oz. pri nedodeljevanju pretiranih bremen (nekatero rešitve pozna že ZDR oz. ZDR-1, npr. glede omejitve napotitev delavcev z mlajšimi otroki v tujino po 211. členu ZDR oz. 208. členu ZDR-1). Straši (sploh tisti z manjšimi otroci) imajo lahko do takih ugodnosti (npr. delo na domu) upravičeno večji interes, njihove pravice pa so posebej strogo (t.j. bolj daljnosežno) varovane. Razlog ni v samih pravicah staršev, temveč **predvsem v pravicah, ki jih imajo otroci**, saj ti konstituira družino. Tretji odstavek 53. člena Ustave določa, da *država varuje družino, materinstvo, očetovstvo, otroke in mladino ter ustvarja za to varstvo potrebne razmere*. Iz teh določb po eni strani izhaja, da se v pravico do družinskega življenja država praviloma ne sme vmešavati, po drugi strani pa ima država

<sup>35</sup> Zagovorniku se na tem mestu ni potrebno podrobneje ali bolj teoretično poglobljati v to razmerje.

<sup>36</sup> V 4. odstavku 3. člena ZIMI tako določa: Zagotavljanje enakih možnosti so načrtovane dejavnosti, s katerimi se omogoči, da so različni deli družbe in okolja, kot so javne službe, grajeno okolje, blago in storitve, namenjene javnosti, informacije, komunikacije ipd., dostopni vsem, predvsem invalidom.

pozitivne dolžnosti zagotoviti učinkovito uživanje pravice. Država mora sprejeti ukrepe, ki bodo zagotovili dejanski obstoj družine in njeno varstvo. *Otroci uživajo posebno varstvo in skrb države* (56. člen Ustave) *hkrati pa so razlog za posebno varstvo družine, materinstva in očetovstva* (3. odstavek 53. člena Ustave). Konvencija OZN o otrokovih pravicah v 2. členu od države pogodbenic terja, da vsakemu otroku zagotovijo s konvencijo priznane pravice *brez kakršnegakoli razlikovanja, ne glede na položaj otroka, njegovih staršev ali zakonitega skrbnika*. S sprejetjem ustreznih ukrepov morajo zagotoviti varstvo otrok pred vsemi oblikami razlikovanja zaradi položaja, delovanja, izraženih mnenj ali prepričanj njegovih staršev, zakonitih skrbnikov ali družinskih članov (prepovedna je torej t.i. diskriminacija preko povezave otrok). *Otrokove koristi so glavno vodilo pri vseh dejavnostih v zvezi z otroki* (3. člen). Praksa Sodišča EU kaže, da so osebne okoliščine otrok lahko v kontekstu nediskriminacije pomembne za presojo pravnega položaja delavca (npr. potrebe otrok z invalidnostjo terjajo razumno prilagoditev delovnega procesa osebi, ki je že v delovnem razmerju, glej primer v opombi 24 zgoraj).

29. Opozarjam, da navedeno seveda ne pomeni, da osebe *brez otrok* do ugodnosti pri usklajevanju poklicnega in družinskega življenja sploh niso upravičene: v nekaterih primerih lahko celo v enaki meri, pri tem pa je ključna časovna perspektiva. Tako je npr. par, ki zaradi težav z neplodnostjo skuša zanositi, lahko upravičen do posebej znatnih ugodnosti v zvezi s pogoji dela, saj brez intenzivnega družinskega življenja oz. zasebnosti (tudi miru, sproščenosti) ni mogoče pričakovati, da bo v tem svojem prizadevanju sploh kdaj uspel in da se bo otrok sploh rodil (relevanten je lahko celo 55. člen Ustave, ki daje pravico do svobodnega odločanja o rojstvu svojih otrok). Tudi samske osebe so lahko vsaj deloma varovane (npr. da niso samoumevno vselej razporejene v najbolj neugoden delovni čas, nenehna dežurstva, nadure, omejevanje dopustov) in upravičene do z določene mere zasebnega življenja, zato da si bodo družinsko življenje sploh lahko ustvarile. Enako velja za zakonce oz. partnerje brez otrok. Opozarjam še, da najnovejša praksa ESČP priznava, da v *de facto* dlje časa trajajočih istospolnih partnerstvih (ki niso niti registrirana in partnerji nimajo otrok!) obstaja tudi družinsko življenje v smislu 8. člena EKČP in da tako v teh razmerjih ne gre le za vprašanja gole zasebnosti (tako ESČP v zadevi *P.B. in J.S. v. Avstrija*, št. 18984/02 (2010), glej 30. odstavek).

30. Upoštevanja starševstva v kontekstu pogojev dela zasleduje paradigma o »družini prijaznem podjetju«. Ta certifikat nakazuje predvsem izpričano pripravljenost delodajalca, da te svoje obveznosti jemlje resno in jih zares strateško načrtuje in izvaja. Čeprav je pridobitev takega certifikata gotovo zelo pomembna varovalka, pa ta samo po sebi seveda ne jamči, da so te dejavnosti za vse situacije tudi v praksi (ustrezno) izvajane, kaj šele da bi bil sam po sebi zadostno jamstvo za preprečitev morebitnih kršitev v posamičnih primerih. Delodajalec je z delavcem dolžan poskušati uskladiti vse relevantne pravice in pravne interese. Ob tem pa je ključno upoštevati da delovno razmerje (oz. odnos z delodajalcem) v tem smislu predstavlja proces in da *ta odnos ni statičen*, posebej ne zaradi vsebine družinskega življenja delavcev. **Usklajevanje poklicnega in družinskega življenja je torej proces.** *Pri dodeljevanju posameznih pravic in ugodnosti v zvezi z usklajevanjem poklicnega in družinskega življenja (npr. dela na domu, premakljivega delovnega časa, zamika delovnega časa, nerazporeditve na delo na določene dni, ipd.) torej nikakor ne gre le za gole želje in osebne potrebe delavcev. Tudi pri odločanju o njih ne gre le za to, da je delodajalec dolžan pokazati dobro voljo. Gre predvsem za varstvo pravic.* Delovnoppravna zakonodaja in kolektivne pogodbe smiselno jamčijo le minimalni standard (posebnih) pravic, sicer pa nudijo le instrumentarij za uveljavljanje pravic, ne pa vseh parametrov za ugotavljanje meja pravic in samih pravic. Nekateri instrumenti so predpisani z ZDR oz. ZDR-1 (delo na domu npr. 68 -72. člen ZDR-1, dopust, delovni čas, posebni varstveni režimi, napotitev na delo v tujini...) ali drugimi zakoni (starševski dopusti...),

drugi z kolektivnimi pogodbami (dodatni dnevi dopusta za starše), nekateri so in morajo biti urejeni s pogodbami o zaposlitvi spet četrti se zagotavljajo z notranjimi politikami delodajalcev ali celo povsem *ad hoc*. **V posameznih primerih je treba rešitve poiskati s skrbno pravno razlago in ob iskanju sporazumne rešitve.** Zato seveda ni izključeno, da so lahko do ugodnosti v delovnem razmerju zaradi zahtev pravnega reda upravičeni starši tudi po tem, ko so že izkoristili prav vse kar zagotavlja zakonodaja, npr. zagotovljeni dopust za varstvo in nego otroka, skrajšani delovni čas do dopolnjenega 3 leta hčere, očetovski dopust ipd.. Če nek delodajalec brez utemeljenih razlogov poleg splošnega režima (in minimalnega standarda kot ga določa zakonodaja) ne želi usklajevati družinskih obveznosti delavcev ne gre le za golo kršitev 3. odstavka 182. člena ZDR-1, ampak *potencialno tudi za poseg v pravice delavcev*. Glede na načelo *in favorem libertatis* (v dvomu ustavi prijazna razlaga v prid pravicam) dodelitev takih ugodnosti delodajalec ne more enostavno zavrniti (npr. z argumenti, pri nas je pač na splošno takšen red). Delodajalec zato po moji oceni na nima proste presoje ali bo navedene ugodnosti (dodatno) sploh dopustil, ali ne in če, v kakšni meri. Merilo za presojo mora biti predvsem uravnoteženje vseh pravno relevantnih interesov: najprej presoja, ali gre za uveljavljanje katere od doslej navedenih človekovih pravic (ali pa gre le za ugodnosti, npr. prilagajanje posameznem življenjskem stilu, kjer je stopnja proste presoje delodajalca seveda mnogo večja), nato pa njihovo tehtanje, kar narekuje uporabo testa sorazmernosti.

31. Na ravni upravičenih interesov na strani delodajalca ključno vlogo po moji oceni ne igra svobodna gospodarska pobuda (ta ni primerljiva s splošno svobodo ravnanja) oz. v primeru javne sfere »javni interes«, ampak jo igrajo delodajalčeve **zmožnosti** (materialne, tehnične, organizacijske), zlasti pa **narava in potrebe delovnih procesov** (tekoči trak, neposredno delo s strankami, varnost pri delu...) ter seveda **učinek** ukrepov za produktivnost. Zaradi razpoložljivih tehničnih rešitev (informacijska družba – internet, mobilni telefoni, on-line konference), narave dela (zlasti pri intelektualnih delih prevladuje pisarniško delo) ter potrebe po produktivnosti in hkrati fleksibilnosti (kar hkrati lahko rešuje potrebe tako na strani delodajalca, kot delavca), obvladovanju rizikov (manj stresa, absentizma, fluktuacij), stroškov ter motiviranju delavcev (ter pridobivanju kadrov) so nekatere rešitve (delo na domu) ekonomsko gledano, pa tudi sicer, pogosto zelo upravičene. To dokazuje npr. dejstvo, da jih posebej pogosto uporabljajo najboljši in hkrati najbolj zahtevni delodajalci. Delodajalec torej teh obveznosti ne sme razumeti kot dodatnih bremen, ampak nasprotno kot priložnost za učinkovitejše delo, saj so zadovoljni in motivirani delavci, sploh v družbi, ki temelji na znanju, lahko ključna primerjalna prednost. Gre za učinkovit in prožen (t.j. individualiziran) proces upravljanja s človeškimi viri, tematika pa se navezuje tako na preprečevanje diskriminacije, kot na nadgradnje teh konceptov: na zagotavljanje enakih možnosti staršem (glej spodaj) kot tudi na aktivno upravljanje z raznolikostjo (t.i. diversity management). Seveda pa vse navedeno terjaja - tako kot to velja za preprečevanje diskriminacije na sploh - premik zavesti v smeri krepitev kulture pravic in posledično tudi kulture upravljanja (s kadrovskimi viri).

32. Obveznost po 3. odstavku 182. člena ZDR-1 (prej 187. člena ZDR) je treba torej upoštevati v kontekstu. Ta člen določa še, da imajo delavci zaradi *nosečnosti in starševstva* pravico do posebnega varstva v delovnem razmerju. V primeru spora v zvezi z uveljavljanjem posebnega varstva (pravic, ki jih zagotavljajo drugi členi ZDR, ZDR-1 ter drugi predpisi) zaradi nosečnosti in starševstva po tem zakonu, je dokazno breme na strani delodajalca. Navedene določbe poudarjajo, kdaj je razmislek o režimu usklajevanja družinskih in poklicnih obveznosti še posebej na mestu. Breme dokazovanja upravičenosti dodelitve pravic po posebnih varstvenih režimih predpisanih z zakonom je po argumentu *a maiori ad minus* deljeno še pred



sporom<sup>37</sup>: delavec mora artikulirati zahtevek in zanj ponuditi dokazila (o rojenih otrocih, o posameznih družinskih obveznostih...) oz. uveljavljati pravico (dokazovati njen obstoj in vsebino). Če se izkaže, da gre za pravico do posebnega varstva (obvezen pravni režim oz. da bi nedodelitev ugodnosti pomenila poseg vanjo, jo omejila oz. morda celo izničila) pa je nato na delodajalcu, da dokazuje, ali je tak zahtevek morda prekomeren oz. neutemeljen z vidika službenih obveznosti (breme dokazovanja se prevali). Na to smiselno tudi po vsebini, ne le postopkovno napeljuje 3. odstavek 148. člena ZDR-1, ki se sicer nanaša le na delovni čas: »*Če delavec v času trajanja delovnega razmerja zaradi potreb usklajevanja družinskega in poklicnega življenja predlaga drugačno razporeditev delovnega časa, mu mora delodajalec, upošteva je potrebe delovnega procesa, pisno utemeljiti svojo odločitev. Pisna utemeljitev se lahko pošlje tudi po elektronski poti na elektronski naslov delavca, ki ga zagotavlja in uporabo nalaga delodajalec.*« Delodajalcu taka ureditev narekuje posebno previdnost kadar spreminja režim oz. pogoje dela (npr. sprememba delovnega časa...), saj mora preveriti, ali s tem morda prekomerno ne posega v pravice katerega od delavcev<sup>38</sup>. Smiselno enaka interpretacija delitve bremena dokazovanja (oz. uveljavljanja pravic) je na mestu tudi vselej, ko bi neodobritev zahtevka (nepriklagojena obravnava) pomenila sum kršitve prepovedi diskriminacije (glej zgoraj omenjanje enostarševske družine opomba 18), torej ne le v primerih kršitve posebnih varstvenih dolžnosti (npr. za nosečnice, doječe matere). Ponovno poudarjam, da ni na mestu le razmislek ob vsakem posamičnem primeru zahtevka posebej (torej *ad hoc*), npr. po delu na domu. Zaradi širine prepovedi posredne diskriminacije (za kršitev zadošča že, da bi do diskriminacije *zgolj lahko prišlo*) treba vnaprej razmisliti in anticipirati možne položaje, kjer bi lahko prišlo do kršitve. Torej le tedaj, ko ne gre niti za uveljavljanje pravic po posebnem zakonskem varstvenem režimu, niti za sum diskriminacije breme dokazovanja upravičenosti do ugodnosti ni deljeno (in je na delavcu). Tudi kadar je breme dokazovanja na delavcu, pa ni izključeno, da bi bila lahko dodelitev ugodnosti iztožljiva (podlaga pa je poleg ZDR-1 zlasti varstvo pravice do mirnega uživanja družinskega življenja in izvrševanja starševskih dolžnosti). Vse navedeno narekuje posebno veliko previdnost delodajalcev.

33. ZDR oz. ZDR-1 s posebnim varstvom nudi tudi zaščito nekaterim drugim kategorijam delavcev, ki bi utegnili biti na primerljiv način kot starši prav tako posebej upravičeni do dela na domu in do drugih prilagoditev delovnih procesov in pogojev dela (npr. za osebe z invalidnostmi...). Zagovornik ponovno opozarjam, da deljeno dokazno breme velja v vseh primerih suma diskriminacije, npr. zaradi starševstva, družinskega statusa, invalidnosti, zdravstvenega stanja, verskega prepričanja ipd.. Odstop od splošnega režima, npr. delovnega časa lahko v določenih okoliščinah npr. terja tudi spoštovanje verskih prepričanj (npr. nerazporeditev na delo v času verskega praznika, ki ni dela prost dan, vsaj odobritev dopustov na tak dan; možnost odmora za molitev ipd.), sicer gre lahko za posredno diskriminacijo.

34. Zgoraj predstavljena zakonodaja velja za delodajalce, tudi za zasebnike. Potrebna je deloma zaradi jasnosti (lahko bi bila še bolj določna!), deloma pa zato, da imajo lahko človekove pravice učinek tudi v razmerju med tretjimi (zasebniki). Resno načrtovanje preprečevanja diskriminacije ter politik enakih možnosti torej terja sistematičen premislek o celotnem načinu poslovanja delodajalca, toliko bolj pa organov oblasti (tako v razmerjih navzven kot navznoter). Zato se dejavnosti strateško načrtujejo in urejajo s celostnimi politikami in izvedbenimi načrti, ki morajo biti trajen proces. Pri tem posebej poudarjam, da brez spoštovanja pravice do enakega obravnavanja in njenega varstva (torej preprečevanje

<sup>37</sup> Tako bi moral v dobri veri razmišljati vsak delodajalec, sicer tvega, da bo moral vse svoje odločitve racionalizirati naknadno, zato se bo zlahka znašel v kršitvi.

<sup>38</sup> Glej *mutatis mutandis* v opombi 18 navedeni primer.

diskriminacije) ne more biti zares učinkovito prav nobeno spodbujanje in promocija enakosti. Brez temelja v zaščiti so tudi vse nadgradnje s politikami enakih možnosti in sprejemanjem najrazličnejših spodbud (zlasti daljnosežnih, npr. kvote), kot hiša, zgrajena na pesku: obsojene na neuspeh. Toliko bolj, če in kolikor se politike zares ne lotevajo vzrokov, ampak le posledic ali celo zgolj videza problema.

### **Presoja zagovornika**

35. Vse zgoraj navedene pravice in njihova razmejitev so smiselno neposredno relevantne za pričujoči primer. MK v danem primeru morda res ni delodajalec, vendar ga neposredno zavezuje dolžnost spoštovati in varovati navedene pravice. Z dodelitvijo ugodnosti (namestitvev v rezidence, povračilo dela potnih stroškov) MK ureja razmerja v zvezi z delom. V tej zadevi ne gre za vprašanje socialne države, niti ne gre za vprašanje sprejemanja pozitivnih ukrepov za enostarševske družine, ki bi bili predmet diskrecije. Zato ne gre za nikakršne pravne finese. Gre za premislek o temeljnem standardu spoštovanja prepovedi posredne diskriminacije. Zadeva nedvomno sodi v delokrog zagovornika. Slovenska ureditev prepovedi diskriminacije pri zaposlovanju in v zvezi z delom je izjemno široka in se nanaša na najširše možnosti pridobivanja dela in delovnih izkušenj ter urejanje pravnih razmerij v zvezi z delom. ZUNEO-UPB1 v 2. členu le primeroma našteva, da je varstvo pred diskriminacijo zagotovljeno glede možnosti za poklicno napredovanje in glede karijerne orientacije, pri možnostih poklicnega in strokovnega izobraževanja in usposabljanja ter nadaljnega poklicnega usposabljanja in preusposabljanja (pridobivanja dodatnih znanj), vključno z delovno prakso in drugimi pogoji dela. Nanaša se tako na samozaposlene kot celo na prostovoljce (10. člen Zakona o prostovoljstvu). Varstvo pred diskriminacijo je posebej široko tudi glede *vseh ravnanj v domeni organov oblasti*. Na opisani način je MK v obliki spodbud in ugodnosti, prek nekakšnega javnega »štipendiranja« (v obliki povračila potnih stroškov ter namestitve v stanovanje v tujini) nastopalo kot podporna struktura za uspešnejše samostojno delo pobudnice. Pobudnici je bila ugodnost dodeljena. Hkrati pa je MK naročilo potencialne storitve (možnost uporabe morebitnih umetniških dosežkov, ustvarjenih v rezidencah). Po zagovornikovi presoji organ oblasti niti kot podporna struktura v razmerjih zvezi z delom, niti kot organ oblasti, ki spodbuja za večjo kulturno ustvarjalnost, niti kot morebitni »kupec« (»akt poslovanja«) promocijskih kulturnih uslug pobudnice ne sme ravnati diskriminatorno. Sporne omejitve nameščanja tretjih oseb v rezidence ne terja nobena izrecna zakonska določba, niti ta ne izključuje uporabe ZUNEO-UPB1. Zato morajo biti tudi pogoji razpisa skladni z določbami ZUNEO-UPB1 oz. ne smejo učinkovati diskriminatorno, to pa toliko bolj velja za vsebino pogodbe. Smiselno je kot domnevnega kršitelja treba šteti MK. Po Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o Vladi Republike Slovenije (Uradni list RS št. 21/2013) je MK ta smiselno pravni naslednik MIZKŠ v delu, ki se nanaša na naloge ustvarjanja, umetnosti, kulture, kulturne dediščine, medijev, slovenskega jezika in verskih skupnosti.

36. Kot izhaja iz izčrpne obrazložitve vprašanje posredne diskriminacije (tč. 14-18) in spoštovanja pravic do družinskega življenja v kontekstu dela (tč. 23-32) pravno gledano niso enostavna. Terjajo precej zahtevno pravno interpretacijo, ki pa mora biti »pravicam prijazna«. Diskriminacije ne povzročajo le aktivna ravnanja, ampak tudi opustitve. Prav tako sporna niso le namerna ravnanja, ampak tudi tista, ki so »le« posledica malomarnosti in nepazljivosti (npr. zaradi ravnanja na podlagi stereotipov in predsodkov). Sporni so lahko tudi goli pogoji razpisa (tudi, če jih ne bi niti uporabili, niti bi ne bilo neposrednega prizadetega, ki bi se izpostavil), saj bi utegnili učinkovati odvrčalno. Diskriminacije ne povzročajo le ravnanje, ki eksplicitno izključuje neko skupino oseb z osebno okoliščino, tako da je ta osebna okoliščina neposredno razlikovalni

kriterij za (ne)dodelitev pravice ali pravnega interesa (neposredna diskriminacija). Podrobneje je treba preučiti dejanske oz. praktične učinke spornih kriterijev, ki so lahko za določene skupine oseb z neko osebno okoliščino nesorazmerno neugodni.

37. Primer pobudnice plastično prikazuje, da je sporni pogoj iz razpisa oz. pogodbe, pa tudi praksa njegove striktno razlage (absolutna prepoved bivanja tretjih oseb v stanovanju) s strani MIZKŠ oz. MK sumljiv z vidika preprečevanja posredne diskriminacije. Pogoj ne predstavlja diskriminacije sam po sebi, ampak je sumljiv zato, ker je absoluten in ker pri njegovi razlagi (uporabi prava) ne dopušča nikakršnih modalitet, s tem pa lahko zaradi svojih učinkov prekomerno prizadene osebe v enostarševskih družinah z manjšimi otroci. *Diskriminacije ne povzroča le neenaka (slabša) obravnava primerljivih položajev, ampak tudi pretirano posploševanje oz. striktno enaka obravnava vseh, tudi tistih oseb, ki pa so v stvarno drugačnem dejanskem položaju in bi jih bilo – prav zaradi zapovedi po enakem obravnavanju - potrebno obravnavati drugače, t.j. prilagojeno.* Sporni pogoj je navidezno nevtralen (sam po sebi ni osebna okoliščina, uporablja se za vse enako), vendar učinkuje tako, da resno prizadene in ovira upravičence starše, ki sami živijo z mlajšim otrokom in skrbijo za njegovo vzgojo in varstvo (enostarševske družine z majhnimi otroci). Med njimi pa hkrati nesorazmerno bolj tiste, ki so samozaposleni ter ženske.

38. Napotitev na delo v tujini že sama po sebi lahko pomeni poseg v pravico do spoštovanja mirnega družinskega življenja (učinkuje bodisi kot prostorska ločitev, bodisi nalaga druge dodatne težave, npr. selitev, stroški za socialno varnost družinskih članov, za stanovanje, za šolanje otrok; problem zaposlitve drugega partnerja oz. znižanja prihodkov...). Zato tako 211. člen ZDR kot 208. člen ZDR-1 omejujeta delodajalcem možnost, da brez soglasja delavca napotijo delavce v tujino. Opravičen razlog, da delavec to odkloni je lahko nosečnost; *varstvo otroka, ki še ni dopolnil sedem let starosti; vzgoja in varstvo otroka, ki še ni dopolnil 15 let starosti, če delavec živi sam z otrokom in skrbi za njegovo vzgojo in varstvo; invalidnost; zdravstveni razlogi.* Navedeni razlogi so zelo pomenljivi v smislu stvarnih položajev in sumljivih okoliščin, ki so lahko razlog za diskriminacijo. Osebe s temi okoliščinami niso dolžne oditi delat v tujino po napotilih delodajalca (ker bi to lahko pomenilo tudi njihovo diskriminacijo pri uživanju pravice do spoštovanja mirnega družinskega življenja). Vendar to seveda ne pomeni, da ne smejo same presoditi in se odločiti, ali bodo odšle na delo v tujino, ali ne. Nasprotno. Zaradi navedenih osebnih okoliščin ne smejo biti prikrajšane za to možnost oz. jim ta ne sme biti dana le v manjši meri, sicer bi šlo za diskriminacijo. In še več. Ker so delodajalci - pa tudi organi oblasti, ki z ugodnostmi vplivajo na pogoje dela - dolžni usklajevati z delavci njihove poklicne in družinske obveznosti so, posebej ob napotitvah v tujino, na mestu razmisleki o posebnih, dodatnih prilagoditvah s pravom varovanih interesov staršev (npr. režim plačila dela stroškov za namestitev zakonca in otrok, šolnine za otroke, višje plačilo zaradi vzdrževanih družinskih članov...). Usklajevanje poklicnega in družinskega življenja v takšnih položajih ni le izraz t.i. pozitivnih ukrepov (posebnih ugodnosti politik enakih možnosti, posebne »dobre volje« delodajalca), ampak izraz obveznosti preprečevati diskriminacijo (glej zgoraj tč. 18 ter 25 in naslednje) ter spoštovati pravico do mirnega družinskega življenja staršev in njihovih otrok.

39. Povedano je treba smiselno upoštevati tudi pri ponujanju ugodnosti države, da omogoči zaposlenim in samozaposlenim v kulturi razvoj svoje poklicne kariere z delom v tujini (mednarodna uveljavitev, prepoznavnost, stiki s ključnimi potencialnimi »poslovnimi« partnerji oz. »delodajalci«). Tudi ta priložnost, čeprav gre za posebno ugodnost, mora biti dana brez vsake diskriminacije zaradi starševstva in družinskega statusa ali starosti otrok. Namestitev v umetniško rezidenco v tujini vsekakor predstavlja pomembno karierno priložnost. V danem

primeru pa je še toliko bolj pomembno, da gre za položaj osebe v samostojnem poklicu, zaposlene v kulturi (ki je ni mogoče preprosto enačiti s kakršnokoli dejavnostjo, namenjeno ustvarjanju dobička). Pomen te spodbude je prav posebej izrazit, ker gre za položaj prevajalke (kjer so stiki s tujimi avtorji, agenti, založniki in prevajalci po naravi stvari ključni vidik iskanja »poslovnih« priložnosti). Pobudnica v času bivanja v rezidenci ne bi mogla pripraviti »končnih« izdelkov v smislu prevodov. Iskala bi »le« priložnosti za navezovanje stikov, potrebnih za bodočo ustvarjalnost (kontakti z avtorji in založniki, samopromocija) in to na londonskem knjižnem sejmu. Zato se zanjo možnost za dostop do teh ugodnosti ne nanaša le na uveljavljanje pravice do enakega obravnavanja same po sebi in v razmerju do pravice do mirnega uživanja družinskega življenja, ampak tudi v razmerju do svobode dela (49. člen Ustave) in potencialno celo svobode umetniškega ustvarjanja (59. člen Ustave – prevajanje umetniških del, npr. leposlovja, drame, poezije namreč nedvomno ima tudi to konotacijo). Ponovno poudarjam, da so razlog za posebno previdnost MK ob položaju pobudnice pravice in koristi otroka. MK mora vsebino pravic poznati in spoštovati, zato tudi ni ključno, da se pobudnica pred svojim odstopom od ugodnosti izrecno ni sklicevala na prepoved diskriminacije.

40. Tudi starši, ki sami živijo z mlajšim otrokom in skrbijo za njegovo varstvo in vzgojo, ne smejo biti obravnavani slabše oz. se jim ne sme postavljati dodatnih preprek za uživanje ugodnosti v zvezi z delom. V teh položajih je, smiselno zelo podobno kot pri nosečnosti, skrajno težko ali celo nemogoče najti primerljiv položaj. Stvarni položaj otrok in staršev v dvostarševski jedrni družini (ali v družini, kjer sta starša sicer ločena vendar si delita odgovornosti za skrb in vzgojo, t.i. reorganizirane družine; v primeru t.i. razširjene družine ipd.) je namreč v temelju drugačen, saj si ti straši lahko (in si morajo) vzajemno pomagati in prevzemati starševska bremena, zato zaradi deljene skrbi neprimerno laže usklajujejo družinsko in poklicno življenje. Popolna prepoved namestitve mlajšega otroka v umetniško gotovo lahko prekomerno prizadene nekatere enostarševske družine. Teh je v Sloveniji več kot 100.000, predstavljajo kako četrtno vseh družinskih skupnosti<sup>39</sup>. Izmed njih so posebej prizadete tiste z manjšimi otroci, družine s starostjo otrok do 14 let pa predstavljajo največji delež takih družin. Kriterij posebej močno prizadene specifično skupino enostarševskih družin: tiste z majhnimi otroci, ki niso stari niti 7 let. Sumljive podlage oz. razlogi za neenako obravnavanje z vidika posredne diskriminacije so tako **hkrati družinski položaj** (enostarševska družina) **in starost otroka** (pod 14 let). V tem smislu gre **za sum posredne t.i. intersekcijske diskriminacije, ko je razlog za neugodnejšo obravnavo hkrati medsebojen vpliv obeh osebnih okoliščin**. Pri tem položaju je težko ali celo nemogoče izluščiti, zaradi katere od okoliščin je ta skupina prevladujoče prizadeta glede na končni skupni učinek kriterija. Posamične osebne okoliščine tako same po sebi niso razlog za diskriminacijo, ampak je diskriminatoren dejanski učinek kriterija, ki zapostavlja osebe s kombinacijo teh osebnih okoliščin. To pomeni, da pobudnica ni bila neugodnejše obravnavana le zato, ker živi v enostarševski družini oz. ker je edini aktivni starš, niti le zato, ker ima dolžnost varstva majhne deklice, ampak zaradi medsebojnega učinka oz. kombinacije obeh teh lastnosti oz. osebnih okoliščin. Kriterij je morda neškodljiv za tiste enostarševske družine s starejšimi, npr. 16 letnimi otroci, ki so do določene mere že samostojni. Prav tako niso enako prizadete vse družine z majhnimi otroci (v klasični jedrni dvostarševski ali v razširjeni večgeneracijski družini so dodatne možnosti za usklajevanje družinskega in poklicnega življenja). Sporni pogoj v razpisu že v izhodišču učinkuje odvrčalno, tudi če bi ga v praksi morda razlagali bistveno drugače (in bi bila morda staršem v takih položajih ta možnost celo na voljo). Marsikdo se na razpis ni niti prijavil. Da je v danem primeru kriterij grobo prizadel pobudnico pa ni sporno.

---

<sup>39</sup> Uradni podatki po stanju na dan 1.1.2011 so javno dostopni v Statističnem letopisu za leto 2011, glej [http://www.stat.si/letopis/2011/04\\_11/04-37-11.htm](http://www.stat.si/letopis/2011/04_11/04-37-11.htm).

41. Pri presoji dejanskih učinkov spornega kriterija velja še dodatno upoštevati, da je v veliki večini enostarševskih (samohranilskih) družin z majhnimi otroci tak starš v Sloveniji dejansko otrokova mati (materinske enostarševske družine predstavljajo skupaj 21 % vseh družin v Sloveniji<sup>40</sup>, očetovske enostarševske družine pa le kake 3%<sup>41</sup>, razmerje je 7:1). Zato je praksa dodatno sumljiva tudi v perspektivi **posredne diskriminacije zaradi spola**, saj nesorazmerno bolj dejansko prizadene umetnice. Čeprav pogoj enako neupravičeno prizadene tudi očete samohranilce, ki sami živijo z otrokom v enostarševski družini, pa je lahko predvidljivo bistveno več prizadetih enostarševskih družin, v katerih so hranilec ženske. Torej gre v tem primeru glede vidika spola poleg zgoraj navedene oblike dodatno še za klasično **večkratno (multiplo) diskriminacijo**, ko je razlog za slabše obravnavanje posebej in obenem hkrati (dodatno) še spol. V zvezi s tem velja upoštevati tudi statistične podatke o problemu razkoraka v plačilu med ženskami in moškimi. Slovenija sicer sodi med države z nasploh najmanjšo plačno vrzeljo (4,4%, po drugih podatkih celo zgolj 0,9%). Vendar se te razlike ne zmanjšujejo, temveč se celo večajo prav v specifičnih položajih t.i. prožnih oblik dela (samozaposlitev, avtorske pogodbe, s.p.). Največja vrzel, kakih 18% pa se zaznava v primeru razmerja med ženskami in moškimi z visoko izobrazbo.<sup>42</sup> Zaradi spornega kriterija so dodatno zapostavljene tiste umetnice, ki so v svobodnem poklicu (zaradi splošne težavnosti položaja naj bi bile itak le »redka vrsta«). Bistveno bolj prizadene tudi **samozaposlene** (samohranilce z manjšimi otroci), saj jim takšne poklicne priložnosti pomenijo posebej pomembno priložnost za delo in zveze, ki bi lahko prinašale v bodoče kak dohodek (tisti v delovnem razmerju pa imajo vsaj določeno dohodkovno varnost itak zagotovljeno). Zato je, tako kot pri spolu, dodatno podan še sum posredne diskriminacije zaradi samozaposlitve. Zagovornik šteje, da dodatna ocenjevalna točka za samozaposlene prosilce (ki je nekakšen pozitiven ukrep) ne more kompenzirati negativnih učinkov za samozaposlene v situaciji, kakršna je pobudničina.

42. Kriterij lahko učinkuje zelo neugodno tudi na osebe, ki bi zaradi invalidnosti uživale osebno asistenco (podporo osebnega asistenta), podporo psa vodiča (slepi) ipd. Tudi v primeru take osebe, bi bil odstop od spornega kriterija razpisa (namestitvev tretjega v rezidenco) gotovo na mestu, saj ta sicer učinkuje posredno diskriminatorno tudi **zaradi invalidnosti**. V taki situaciji bi bil sicer brez dvoma upošteven tudi režim zagotavljanja t.i. razumnih prilagoditev po 3. členu ZIMI oz. po MKPI. Enako pa bi takšne posebne prilagoditve lahko terjala tudi invalidnost otroka osebe, ki živi v enostarševski družini (glej primer v opombi 24 zgoraj).

43. MK je priznalo, da razpis povzroča negativne učinke na matere samohranilke, vendar naj bi bili podani opravičljivi razlogi. V svojih pojasnilih se MK sklicuje le na domnevno legitimne cilje, **ni pa pojasnilo v čem naj bi bila izbrana sredstva** (vsebina pogoja in način obravnave pobudnice) **za doseganje tega cilja oz. ciljev primerna in nujno potrebna (sorazmerna)**. Glede na pravilo deljenega dokaznega bremena **že to zadošča za ugotovitev kršitve**. Zagovornik pa želi vseeno podrobneje zavrniti poskuse utemeljevanja ravnanja MK. Cilji, ki jih zasleduje absolutna prepoved bivanja tretjih oseb v rezidenci so le deloma legitimni (preprečevanje zlorab). Tudi kolikor so, pa je problematično izbrano sredstvo, ki učinkuje prekomerno in zato diskriminatorno.

44. Primer pobudnice dokazuje, da je domneva, da je bivanje tretje osebe, ki ni vključena v umetniški projekt, primer zlorabe, lahko neumestna. Domnevni, sicer legitimni cilj izbrano

<sup>40</sup> Statističnem letopisu za leto 2011 gre za 88585 takih družinskih skupnosti. Prav tam.

<sup>41</sup> Statističnem letopisu za leto 2011 gre za 17343 takih družinskih skupnosti. Prav tam.

<sup>42</sup> Glej podatke Statističnega urada RS [http://www.stat.si/novica\\_prikazi.aspx?id=5353](http://www.stat.si/novica_prikazi.aspx?id=5353) ter primerjalne evropske podatke [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-165\\_sl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-165_sl.htm).

sredstvo deloma zgreši (sploh če se v praksi res ne preverja spoštovanja kriterija), deloma pa je neprimeren (in že zato prekomeren).

45. Neumestna (pretirana, neživljenjska) je tudi predpostavka, da osebe v umetniških rezidencah poleg zadovoljevanja temeljnih fizioloških potreb ves čas le intenzivno ustvarjajo (glej tč. 39). Toliko bolj, ko gre pri namestitvi v rezidenco le za bivanje, večina vseh ključnih umetniških in s tem povezanih dejavnosti pa bi se odvijala drugod (knjižni sejem, stiki z avtorji, predavanja na univerzi...). V tem smislu ta cilj ni legitimen, ukrep pa tudi ni stvarno upravičen oz. ni v zadostni povezavi s svojim domnevnim ciljem. Navedene osebe imajo tudi pri tej posebni delovni izkušnji v tujini pravico do določenega kroga zasebnosti in osebnostnih pravic. Imajo pravico mirno uživati pravico do spoštovanja družinskega življenja, kot tudi pravico in dolžnost izvrševati svoje starševske dolžnosti, še posebej tedaj, ko so edini starš mlajšega otroka. Te pravice in dolžnosti zaradi specifične odhoda v tujino (in konteksta umetniške rezidence še posebej) morda res ne morejo biti tako obširno varovane kot v vseh drugih običajnejših delovnih situacijah, prav gotovo pa je določeno varstvo tudi v teh položajih zagotovljeno. Popolna odsotnost družinskega življenja ni bistven in odločilen pogoj za opravljanje dela v umetniških rezidencah (v smislu izjeme po 5. odstavku 6. člena ZDR, enako ZDR-1 oz. po 2. alineji 2. odstavka 2.a člena ZUNEO-UPB1), saj enomesečna samota v umetniški rezidenci ni nikakor nujni in potrebni pogoj za kvalitetno in zadosti intenzivno umetniško ustvarjanje, kaj šele iskanje poslovnih priložnosti. Tudi tu je na mestu usklajevanje družinskega življenja z delovnimi obveznostmi (možnost delovne obveznosti organizirati in razporejati po lastni presoji na najbolj učinkovit možen način, npr. tudi z najemom storitve otroškega varstva »baby sitting« v tujini). Mednarodna primerjalna analiza možnosti namestitve otrok v rezidencah je ne dokazuje ničesar, razen, da so izjeme možne. S sklicevanjem na podobne pogoje in s tem morebitne kršitve drugih držav ni mogoče opravičiti lastnega ravnanja. Varstvo pred diskriminacijo zaradi starševstva (kaj šele varstvo pred diskriminacijo po t.i. odprti formuli, glede na katerokoli osebno okoliščino) primerjalno ni posebej pogosto. Velika Britanija npr. ni ratificirala konvencije MOD št. 183 ali Protokola št. 12 k EKČP. Taka zaščita tudi glede dostopa do stanovanj ne obstaja. Zato ne gre za primerljive situacije. Zagovornik šteje, da je pobudnica storila vse, da bi svoje poklicne obveznosti uskladila z družinskimi. V celoti verjame izpovedbam pobudnice o približevalnih predlogih in okoliščinah poskusov dogovarjanja (vsebina telefonskega pogovora oz. prošnje 4.3.2013, vsebina pogovora z ministrom 30.3.2013). Pobudnica s svojim ravnanjem ves čas dokazuje, da ravna v dobri veri in da se je iskreno trudila najti kompromisno rešitev. Glede na vse okoliščine, zlasti kronološki razvoj dogodkov in vsebino odzivov, pa tega za domnevnega kršitelja ni mogoče trditi brez pridržka. MK je v določeni fazi (najverjetneje pod vplivom javnega mnenja zaradi medijskih objav in sklepov Nacionalnega sveta za kulturo) napako že priznalo vsaj na abstraktni ravni glede vsebine razpisa (glej izjavo za javnost tč. 6 alineja 2) ter ukrenilo vse potrebno, da jo odpravi. Zakaj je noče odpraviti a fortiori še v konkretnem primeru, ki je bil povod za razkritje nepravilnosti? Je problem res v prevzemanju polne odgovornosti z vsemi posledicami? MK je zlasti po poizvedbah Varuha človekovih pravic ter zagovornika in ob pričetku omenjanja zahtevka pobudnice za povračilo škode začelo zastopati drugačna stališča, češ, da napake v konkretnem primeru ni bilo oz. da je bilo ravnanje zakonito. Upravni organi so pri oblastnem odločanju (npr. izdaji odločbe) sicer dolžni spoštovati načelo zakonitosti tako, da so dolžni uporabiti tudi morebiten nezakonit podzakonski predpis. Vendar pa to v konkretnem primeru ni bi bilo potrebno (odločba je bila že izdana in je postala pravnomočna). Šlo je le za potrebo po ustavi prijazni razlagi določila v pogodbi oz. za izvedbo načina izrabe že dodeljene ugodnosti: v procesu, ki je terjal razmislek o uskladitvi razmerja z družinskimi obveznostmi pobudnice. Pobudnica je potrebovala le zagotovilo, da lahko vzame otroka s seboj ne da bi bila s tem v pravni kršitvi. Pobudničina

pritožba ni šla zoper vsebino odločbe, ampak zoper nerazumevanje obveznosti MK (oz. pravic pobudnice in hčere) v procesu usklajevanja pravic in obveznosti s pogoji v zvezi z delom.

46. Tudi argument o racionalni porabi sredstev je sam sebi namen. Nikjer ni bilo izkazano, da bi namestitev hčere pobudnice sploh terjala kakršenkoli dodaten strošek ali drugo breme za MK ali najemodajalca. Naključni dodatni učinki ugodnosti, ki gredo pobudnici (za hči) pa sami zase ne pomenijo neracionalne rabe javnih sredstev. Tudi če bi namestitev hčere pomenila dodatno breme, pa je ne, je pobudnica vseskozi izkazovala, da ga je pripravljena pokriti.

47. Glede spoštovanja najemne pogodbe velja dvoje: prvič iz vsebine pogodbe po zagovornikovi presoji ne izhaja, da namestitev tretje, upravičencu bližnje osebe oz. otroka v nobenem primeru ni možna (pač pa da gre za zahtevo po pretežni uporabi v stanovanjske namene in z možnostjo umetniškega ustvarjanja posameznega umetnika), prepovedan je zlasti podnajem oz. oddajanje dela stanovanja naprej. Tudi, če bi bil tak pogoj vstavljen v pogodbo (kar iz besedila pogodbe nedvoumno ne izhaja), pa nikakor ni jasno, ali ni bil v tem primeru tak pogodbeni pogoj morda postavljen prav s strani MK, prav tako zagovornik ni prejel prav nobenih informacij o izidu preverjanja, ali bi ga bilo mogoče v pogodbi spremeniti (nasploh ali v posamičnem primeru). MK ni v ničemer izkazalo, da so bili predlogi pobudnice (ki bi morebiti terjali tudi kak dodaten napor, npr. klic najemodajalca) nezakoniti, da bi predstavljali nesorazmerno breme oz. da bi bili nerazumni. Dogovor o drugačnih najemnih pogojih (če bi bil sploh potreben) je mogoč v vseh državah, kjer so rezidence. To jasno dokazuje napovedana in spremenjena vsebina razpisa za namestitev v rezidence v letu 2014.

48. Izbrana sredstva tako svoje domnevne cilje bodisi zgrešijo, bodisi ne zasledujejo v dovolj veliki meri, niti ni izkazano, da so za njihovo doseganje nujna oz. da milejših sredstev za njihovo doseganje ni bi bilo. Kaj šele, da bi pomen zasledovanja teh ciljev pretehtal nad težo negativnih posledic posega v pravico do enakega obravnavanja. Striktna interpretacija prepovedi nameščanja otrok tako po zagovornikovi presoji izhaja zgolj iz jezikovne, skrajno formalistične in iz konteksta iztrgane razlage razpisa. Ta je vprašljiva toliko bolj, kolikor manj MK v praksi dejansko sploh preverja oz. nadzoruje spoštovanje teh določb v pogodbah in kolikor manj je doslej posvečalo pozornosti potrebi po usklajevanju poklicnih in družinskih razmerij v svojem kolektivu ter pri poslovanju navzven. Kršitev prepovedi diskriminacije morda res ni bila naklepna, vendar to ne pomeni, da ni nezakonita. Zadržki MK glede predlogov za odpravo škode, ki jih je vsaj ustno pobudnica že dala, so tako vsebinsko prazni. Tudi zato je zagovornik to mnenje utemeljil posebno izčrpno.

49. MK je odgovorno za nezakonito diskriminacijo pobudnice. Zagovornik predlaga, naj MK odpravi nastalo škodo na sporazumen način, tako kot je predlagano v 2. točki tega mnenja.

50. Zagovornik še dodaja, da pogoj za namestitev tretjih oseb v rezidence iz razpisa za leto 2014 (tč 7), ki predvideva poravnavo pavšalnih stroškov za tretjo osebo, ne sme učinkovati odvračalno, sploh ne za upravičence, ki so starši v enostarševskih družinah. Morebitni dodatni stroški morajo biti realni (ne le hipotetični; npr. strošek namestitve dodatne postelje, pranje dodatne posteljnine...), čeprav se seveda lahko ovrednotijo tudi na pavšalen način. Ne smejo pa predstavljati nesorazmernega bremena (nove diskrimantorne ovire).

Boštjan Vernik Šetinc  
Zagovornik načela enakosti