



REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI



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

Ministrstvo za javno upravo
Mag. Franc Props, minister

Tržaška cesta 21
1000 Ljubljana

E: gp.mju@gov.si

Številka: 109-2/2023/9
Datum: 29. 4. 2024

Zadeva: Ponovna priporočila Zagovornika načela enakosti glede osnutka predloga Zakona o javnih uslužbencih

Zveza: ZJU-1 / Ponovno medresorsko usklajevanje 007-22/2023-3130-142

Spoštovani,

Zagovornik načela enakosti (Zagovornik) je pregledal novi osnutek predloga Zakona o javnih uslužbencih (EVA: 2023-3130-0018), ki je bil ponovno poslan v medresorsko usklajevanje 16. 2. 2024 (dopis št. 007-22/2023-3130-142; v nadaljevanju: ZJU-1). Ker so bila naša dosedanja priporočila upoštevana le v neznatni meri, ponovno izdajamo natančnejša priporočila na podlagi druge alineje 21. člena Zakona o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD).

Zagovornik ponovno priporoča Ministrstvu za javno upravo (MJU), da v ZJU-1:

1. črta določbe 172. člena, ki določa prenehanja veljavnosti pogodbe o zaposlitvi javnemu uslužbencu, ki izpolnjujejo pogoje za pridobitev pravice do starostne pokojnine. To krši obveznost utemeljiti odpoved pogodbe o zaposlitvi in bi lahko pomenilo diskriminacijo zaradi starosti.
2. načelo enakopravne dostopnosti iz 7. in 28. člena ter načelo prepovedi nadlegovanja iz 14. člena vsebinsko razširi z načelom enakosti oz. enakih možnosti, s čimer bo zagotovljena enaka obravnava vseh javnih uslužbencev in kandidatov za zaposlitev ne glede na njihove osebne okoliščine, pa tudi enake možnosti tistih, ki so v neenakem, slabšem položaju.
3. na ustrežnejši način uredi pravne poti in podaljša roke za varstvo iskalcev zaposlitve, kandidatov in javnih uslužbencev v primerih domnevne diskriminacije, vključno z daljšimi roki za uveljavljanje pravic.
4. omogoči možnost dopolnitve vlog kandidatov in določi dolžnost prilagoditve načinov vročanja sklepov, vlaganja vlog in druge komunikacije tako, da bodo dejansko zagotovljene enake možnosti tudi tistim, ki težko ali ne morejo uporabljati informacijsko-komunikacijskih tehnologij zaradi svojih osebnih okoliščin, zlasti invalidnosti in zdravstvenega stanja.

5. zagotovi pravno podlago za zbiranje razčlenjenih podatkov glede osebnih okoliščin kandidatov za zaposlitev in javnih uslužbencev.

Opredeli naj se namen analiziranja postopkov zaposlovanja, kadrovske sestave in zagotavljanja enakosti (npr. plačil). Določi naj se podlaga za povezovanje evidenc, analizo, objavo in ponovno rabo (anonimiziranih) podatkov ter dostop do (osebnih in statističnih) podatkov za namene spremljanja in nadzora vseh pristojnih organov.

6. črta splošni pogoj državljanstva Republike Slovenije za zasedbo kateregakoli uradniškega delovnega mesta iz prve alineje tretjega odstavka 64. člena. Treba je jasno določiti, katera delovna mesta so lahko pogojena z državljanstvom in to utemeljiti, da ne bo prišlo do diskriminacije zaradi državljanstva.
7. vključi splošno pravico do razumnih prilagoditev za ljudi z invalidnostmi, ki mora biti zagotovljena kandidatom za zaposlitev in tudi javnim uslužbencem. Predvidi naj tudi možnosti prilagoditev izbirnih in drugih postopkov za ljudi z drugimi osebnimi okoliščinami (npr. zdravstveno stanje, starševstvo, vera ali prepričanje).
8. dopolni razloge za pravico do pritožbe neizbranih kandidatov za zaposlitev tako, da bodo jasno vključevali vse ključne kršitve pravic kandidatov, da se zagotovi pravica do enake obravnave. V teh primerih naj se podaljša rok za pritožbe, zagotovi učinkovitejše sodno varstvo in polna odškodnina.
9. v 108. členu določi, da javni uslužbenec mora odkloniti izvršitev odredbe oziroma navodila, če bi pomenila protipravno ravnanje, npr. diskriminacijo (in ne zgolj, da tako ravnanje »lahko« odkloni). V tem primeru mora biti javni uslužbenec zaščiten tudi pred viktimizacijo, za kar je odgovoren delodajalec.
10. dopolni tretji odstavek 132. člena, ki ureja pavšalno odškodnino, tako, da ima v primeru diskriminacije javni uslužbenec ne glede na ureditev v kolektivnih pogodbah pravico do polne odškodnine in pravico do nadomestila po zakonu, ki ureja varstvo pred diskriminacijo, če je to zanj ugodneje.
11. utemelji izjeme glede zahtevane izobrazbe glede na delovno dobo iz 170. člena, ki določa nadaljevanje dela javnih uslužbencev kljub neizpolnjevanju novih pogojev glede zahtevane izobrazbe.

Prosimo, da nas ob zaključku medresorskega usklajevanja oziroma javne obravnave seznanite, kako so bila Zagovornikova priporočila upoštevana v končnem besedilu predloga zakona.

S spoštovanjem,

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Poslano:

- naslovníku (po e-pošti),
- zbirka dok. gradiva.

V vednost:

- Urad predsednice Republike Slovenije (gp.uprs@predsednica-slo.si)
- Državni svet (gp@ds-rs.si)
- Državni zbor (gp@dz-rs.si)
- Varuh človekovih pravic (info@varuh-rs.si)
- Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo (gp.gs@gov.si)

Priloga:

- Utemeljitev strokovne službe Zagovornika k priporočilu št. 109-2/2023/9

UTEMELJITEV STROKOVNE SLUŽBE ZAGOVORNIKA K PRIPOROČILOM ŠT. 109-2/2023/9

MJU dosedanjih priporočil Zagovornika¹ praktično ni upoštevalo. Zato priporočila Zagovornik ponavlja, deloma natančneje opredeljuje, dosedanjim utemeljitvam pa dodaja nove, saj je opravil dodatno presojo vplivov na enakopravnost, enake možnosti in enako obravnavanje, pa tudi presojo z vidika učinkovitosti pravnih sredstev.² Daje tudi dodatne predloge nekaterih konkretnjših nomotehničnih rešitev.

Zagovornikova priporočila za izboljšanje ZJU-1 ne predlagajo posegov, ki bi spreminjali ali širili veljavne obveznosti javnega sektorja, tj. države in državnih organov, organov lokalne samouprave, javnih agencij, javnih skladov, javnih zavodov in javnih gospodarskih zavodov ter drugih oseb javnega prava, če so neposredni ali posredni uporabniki državnega proračuna ali proračuna lokalne skupnosti do iskalcev zaposlitve, kandidatov in javnih uslužbencev. Te že obstajajo, bodisi v drugi zakonodaji ali v prevzetih mednarodnih obveznostih, a jih veljavni ZJU in ZJU-1 premalo upoštevata.

Ključni namen priporočil je odpraviti tveganja za nastanek kršitev prepovedi diskriminacije, tudi sistemskih, saj so nekatere rešitve v ZJU-1 lahko ustavno sporne. Namen je tudi zagotoviti večjo jasnost vseh obveznosti, ki so razdrobljeno urejene v več zakonih. Namen je torej izboljšanje ZJU-1 z vidika ustavne skladnosti s pravico do enakega obravnavanja ter zagotavljanje jasnosti in določnosti pri urejanju s predpisi in s tem zagotavljanje pravne varnosti (2. člen Ustave RS). Zakonska ureditev mora biti zaradi narave in pomena urejanja tega področja družbenega življenja, ki se nanaša na širok krog, jasna, nedvoumna in določna, da je povprečen naslovnik teh določb, tudi prava nevešča oseba ali oseba z omejeno funkcionalno zmožnostjo,³ sposobna sama in brez zahtevne pravne razlage ali poznavanja določb drugih zakonov razumeti svoj pravni položaj – obseg pravic in svojih obveznosti. Več kot četrtnina vseh zaposlenih dela v javnem sektorju, potencialno pa so kandidati za zaposlitev in iskalci zaposlitve še številni drugi delovno aktivni ljudje. Vse obveznosti morajo biti jasne in nedvoumne, pojav diskriminacije iskalcev zaposlitve, kandidatov ali javnih uslužbencev pa obravnavan kot resno sistemsko vprašanje.

Tretji ključni namen je zagotoviti učinkovito zaščito in varstvo. V primerih kršitev morajo nastopiti pravne posledice, ki kršitelje odvrtačajo od ponovitve takih ravnanj (specialna prevencija), prav tako je to pomembno za splošno odvrtačanje potencialnih storilcev od kršitev vnaprej (generalna prevencija). Žrtve teh prepovedanih dejanj morajo imeti zaupanje, da jih bodo organi oblasti zaščitili pred takim ravnanjem v javnem sektorju. Še bolj, ne pa manj kot to velja v zasebnem sektorju. Poleg tega so države dolžne s skrbnim odzivanjem na sume takšnih pojavov, pa tudi s splošnimi preventivnimi ukrepi ustvariti varno okolje oziroma vzdušje zaupanja. Treba je ustvariti sistem, v katerem se bodo vsa najbolj nedopustna ravnanja lahko prijavljala z učinkovitimi pritožbami oziroma pravnimi sredstvi, brez strahu pred povračilnimi ukrepi. Tudi varstvo mora biti strožje, ne pa milejše kot v zasebnem sektorju. Jasno morajo biti zagotovljeni polna in učinkovita civilnopravna odgovornost državnih organov za povrnitev vse škode, ukrepi za preprečevanje povračilnih ukrepov ter ukrepi za ustrezno izboljšanje ravnanja v prihodnje.

Četrty ključni namen je jasneje urediti pozitivne obveznosti države (in subjektov v javnem sektorju) prizadevati si za enakopravnost, enake možnosti in enako obravnavanje. Te obveznosti imajo delodajalci v javnem sektorju v večji meri kot drugi delodajalci v zasebnem sektorju, saj zanje tudi neposredno učinkujejo prevzete obveznosti iz mednarodnega prava ter prava EU. Ravnanje države, uprav lokalne samouprave in drugih organov v javnem sektorju mora biti na tem področju nedvoumno zgledno.

¹ Priporočila Zagovornika načela enakosti glede osnutka predloga Zakona o javnih uslužbencih, dostopno na <https://zagovornik.si/zagovornik-nacela-enakosti-z-vec-priporocili-na-osnutek-predloga-zakona-o-javnih-usluzbencih/>

² Zagovornik je z MJU sicer sodeloval pri nastajanju orodij za to presojo v postopkih priprave predpisov, to pa je izvira naloga pripravljavcev predpisa, kot to izhaja iz obrazložitve vsebine 14. člena v predlogu ZVarD.

³ Npr. osebe ki ne znajo dovolj dobro slovenskega jezika, osebe z invalidnostmi, denimo s težavami v duševnem zdravju.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 črta določbe 172. člena, ki določa prenehanja veljavnosti pogodbe o zaposlitvi javnemu uslužbencu, ki izpolnjujejo pogoje za pridobitev pravice do starostne pokojnine. To krši obveznost utemeljiti odpoved pogodbe o zaposlitvi in bi lahko pomenilo diskriminacijo zaradi starosti.

Zagovornik vztraja pri svojem priporočilu, saj rešitve niso obrazložene. Pripravljavec je v zadnjem osnutku celo črtal prvotno obrazložitev, ki je vsebovala le skromno utemeljitev možnih legitimnih ciljev tega ukrepa, ki predstavlja sum diskriminatorne ureditve. Predstavi le nekatera načela prava EU iz ene sodbe SEU ter že starejšo iz odločbe Ustavnega sodišča v zadevi U-I-146/12. Ta je ugotavljala ustavnost ureditve na podlagi tedanjih očitkov Varuha človekovih pravic in v kontekstu resne finančne krize, sama zase pa ne pomeni ugotovitve, da je ureditev ustavna iz razlogov, ki jih sodba sploh ni preučila, niti z vidika prava EU.

Ponovno je treba opozoriti, da je Ustavno sodišče v zadevi št. U-I-16/21, U-I-27/21 (odločba z dne 18. 11. 2021, Uradni list RS, št. 202/21) najprej začasno zadržalo in zatem razveljavilo podobne, skoraj identične rešitve v Zakonu o delovnih razmerjih in Zakonu o javnih uslužbencih, ki jih je uvedel Zakon o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19 (ZIUPOPDVE, t.i. PKP7). Ureditev, ki omogoča enostransko prenehanje pogodbe o zaposlitve brez utemeljitve (poslovnih oziroma drugih razlogov), je v neskladju s 4. členom Konvencije Mednarodne organizacije dela št. 158 o prenehanju delovnega razmerja na pobudo delodajalca in 24. členom Evropske socialne listine (spremenjene). O tem se pripravljavec ni izrekel.

Ustavno sodišče ni presojalo o Zagovornikovi zahtevi za presojo ustavnosti te ureditve, v kateri je izčrpno utemeljil očitke z vidika prepovedi diskriminacije zaradi starosti, ki je varovana s primarnim pravom EU. Zagovornik je že v priporočilih k navedenemu zakonu⁴ in v oceni diskriminatornosti ureditve⁵ predstavil razloge za te očitke. Predstavil je merila in okoliščine, v katerih so takšne rešitve morda lahko izjemoma sprejemljive, npr. da ciljev ni mogoče doseči na drug, bolj primeren način. Drugi poskusi ciljnih ukrepov za doseganja teh ciljev od leta 2021 dalje sploh niso znani. Pripravljavec torej izrazito spornih rešitev ni utemeljil, tako da bi bilo mogoče natančno opraviti presojo sprejemljivosti (sorazmernosti) predlagane rešitve.⁶

⁴ Priporočilo Zagovornika načela enakosti v zvezi s predlogom Zakona o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19 (PKP7), dostopno na <https://zagovornik.si/izdelki/priporocilo-zagovornika-nacela-enakosti-v-zvezi-s-predlogom-zakona-o-interventnih-ukrepih-za-pomoc-pri-omilitvi-posledic-drugega-vala-epidemije-covid-19-pkp7-24-12-2020/>

⁵ Ocena diskriminatornosti 21. in 22. člena Zakona o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19, dostopno na <https://zagovornik.si/izdelki/odpuscanje-delavcev-ki-izpolnijo-pogoje-za-starostno-upokojitev-brez-navajanja-razlogov-je-po-oceni-zagovornika-diskriminacija/>.

⁶ Tako je že v letu 2020 Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora, glede PKP7 ugotovila, da zaradi nejasnih ciljev ter pomanjkljive obrazložitve (npr. manka podatkov o stanju) vseh vidikov ni mogoče preučiti, tudi z vidika možnih izjem od diskriminacije zaradi starosti po pravu EU ne. Mnenje Zakonodajno-pravne službe o Predlogu zakona o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19 (PKP7) (ZIUPOPDVE), nujni postopek, EPA 1557-VIII, št. 411-01/20-118/33 z dne 23. 12. 2020.

2.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 načelo enakopravne dostopnosti iz 7. in 28. člena ter načelo prepovedi nadlegovanja iz 14. člena vsebinsko razširi z načelom enakosti oz. enakih možnosti, s čimer bo zagotovljena enaka obravnava vseh javnih uslužbencev in kandidatov za zaposlitev ne glede na njihove osebne okoliščine, pa tudi enake možnosti tistih, ki so v neenakem, slabšem položaju.

Enakopravna dostopnost delovnih mest pod enakimi pogoji, ki se vsebinsko navezuje na določbo tretjega odstavka 49. člena Ustave RS (»Vsakomur je pod enakimi pogoji dostopno vsako delovno mesto«), je preveč ohlapno načelo. Najprej zato, ker nezadostno materialnopravno varuje pred diskriminacijo. Premalo upošteva, da ne gre le za spoštovanje načela enakosti po 2. odstavku 14. člena Ustave RS, ampak da bi moralo biti posebej nesprejemljivo neupravičeno razlikovanje pri izbiri glede na katerokoli osebno okoliščino, kar lahko pomeni kršitev prvega odstavka 14. člena Ustave RS. Tudi v povezavi s pravico do sodelovanja pri upravljanju z javnimi zadevami iz 44. člena Ustave RS in številnih prevzetih mednarodnih obveznosti, mdr. tudi primarnega prava EU.

Določba je že v tem delu premalo jasna z vidika varstva pred neposredno diskriminacijo. Ključno pa je, da ne upošteva možnosti nastanka kršitev prepovedi posredne diskriminacije, ko merilo, ki velja za vse enako in je navidezno nevtralnno, po učinku (ali namenu) nesorazmerno zapostavi skupino ljudi z neko osebno okoliščino. Prav tako ne upošteva, da lahko diskriminacijo predstavlja opustitev zagotavljanja razumne prilagoditve, ki bi bila potrebna, da se osebi z invalidnostjo omogoči prilagojeno obravnavo zato, da se ji zagotovi polno in enako sodelovanje v izbirnem postopku oziroma pri zaposlovanju. Dejansko enake (primerljive) situacije je treba obravnavati enako, različne (nepriemerljive) pa različno. Dosledno enaka (identična) obravnava vseh po enakih pravilih torej vselej ni dopustna, ampak je lahko prav zaradi varstva pravice do enakega obravnavanja zapovedana ustrezno prilagojena obravnava ljudi z invalidnostmi.

Država pa nima le dolžnosti spoštovati in varovati, ampak ima tudi dolžnost zagotavljati učinkovito uživanje (dolžnost uresničiti) vseh človekovih pravic in svoboščin, tudi pravice do enakega obravnavanja. Spoštovanje te pravice pomeni, da ji je naložena obveznost vzdržati se diskriminacije z lastnim ravnanjem (vsem javnim subjektom in nosilcem javnih pooblastil prepoveduje poseganje vanjo). Ta pravica državo obvezuje tudi k njenemu aktivnemu in učinkovitemu varovanju, s preprečevanjem kršitev, učinkovitimi varstvenimi mehanizmi v primerih kršitev (sistem učinkovitih, sorazmernih in odvračalnih sankcij), tudi kadar pride do kršitev v razmerjih med tretjimi – torej, če so kršitve nastale s strani zasebnikov, npr. drugih javnih uslužbencev. Država je dolžna zagotoviti tudi učinkovito dejansko uživanje navedene pravice, pri tem pa ima posebne pozitivne obveznosti, npr. dolžnost zbirati podatke, spremljati stanje, strateško preventivno in kurativno ukrepati, ozaveščati, ravnati zgledno, uresničevanju pravic nameniti vsa razpoložljiva in potrebna sredstva. Ima tudi posebne pozitivne obveznosti izenačevati položaj skupin in oseb, ki so v manj ugodnem družbenem položaju zaradi določene osebne okoliščine. To načelo enakih možnosti je v jedru primarnega prava EU (zlasti glede enakosti spolov), v pravu OZN ga ureja mdr. Konvencija o izenačevanju možnosti invalidov, Konvencija o odpravi vseh oblik diskriminacije žensk, v pravu Sveta Evrope ga vsebuje npr. Evropska socialna listina, to načelo pa z razlago poznajo še druge določbe posameznih konvencij, med drugim Mednarodne organizacije dela. Vsi ti pravni akti državne organe, organe lokalne samouprave in druge javne ustanove kot delodajalce zavezujejo neposredno, zato je nerazumljivo, da teh načel ZJU-1 ne bi natančneje izpeljal.

ZJU-1 bi moral torej smiselno zagotoviti celostno urejanje vseh obveznosti zagotavljati enako obravnavanje ne le pri zaposlovanju (dostopnost delovnih mest), ampak tudi sicer v delovnih razmerjih javnih uslužbencev in razmerjih v zvezi z delom.

Teh vprašanj se ne sme urejati fragmentarno ali dvoumno in to v ključnih sistemskih zakonih, na primer tako, da se nekatere obveznosti vključi, drugih pa (arbitrarno) ne, ali celo tako, da je varstvo v javnem sektorju šibkejše kot v zasebnem (glej priporočilo 3). Celovito materialnopravno urejanje ni odveč, ampak je v sistemskih zakonih običajno, saj je treba poudariti ključne obveznosti. ZJU-1 denimo mnogo natančneje kot ključne materialnopravne norme pri izbiri, prepodrobno ureja vprašanje poteka postopkov izbire zaposlitve. A nato glede učinkovitosti postopkov varstva še vedno vsebuje neustrezne rešitve, npr. apriorna nedostopnost informacij o prijavah kandidatov, ki lahko oteži dokazovanje diskriminacije, ali pa daljši rok za odziv predstojnika na zahtevo za odpravo kršitve pravic, kot jih pozna ZDR-1 (glej priporočilo 3).

Glede varstva zaposlenih sedanje besedilo možnost nastanka diskriminacije omenja le v prvem odstavku 15. člena ZJU-1. Ta varstvena določba v členu, ki sicer ureja pravno pomoč javnim uslužbencem, a ne za te primere, kvečjemu sodi v 14. ali v 7. člen. Prav tako ZJU-1 v 14. členu ob načelu prepovedi nadlegovanja brez očitnih razlogov ne omenja tudi spolnega nadlegovanja (navedena določba 15. člena ZJU-1 pa ga omenja), ki je kvalitativno posebna oblika diskriminacije. Smiselno bi bilo povzeti vse prepovedane oblike diskriminacije. Celo v zvezi z občutljivimi položaji odklonitve protipravnih in nezakonitih navodil nadrejenih ZJU-1 sploh ne omenja nedopustnih (diskriminatornih) navodil, niti problema povračilnih ukrepov.

Zagovornik zato dopolnjuje že predlagano normativno rešitev:

7. člen
(načelo enakosti)

- (1) Iskalcem zaposlitve, kandidatom za zaposlitev in javnim uslužbencem v času trajanja delovnega razmerja ter v zvezi s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi je zagotovljeno enako obravnavanje ne glede spol, narodnost, raso ali etnično poreklo, jezik, vero ali prepričanje, invalidnost, starost, spolno usmerjenost, spolno identiteto in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazbo, zdravstveno stanje, družinsko stanje, članstvo v sindikatu ali katero koli drugo osebno okoliščino v skladu s tem zakonom, predpisi na področju dela in predpisi na področju varstva pred diskriminacijo ter izenačevanja možnosti oseb z invalidnostmi.*
- (2) Osebe iz prvega odstavka so varovane pred vsemi oblikami diskriminacije: neposredno in posredno diskriminacijo, navodili za diskriminacijo, kršitvijo razumne prilagoditve, nadlegovanjem in spolnim nadlegovanjem, pozivanjem k diskriminaciji in povračilnimi ukrepi (viktimizacijo), urejenimi s predpisi, ki urejajo varstvo pred diskriminacijo, varstvo delovnih razmerij ter izenačevanje možnosti oseb z invalidnostmi. Navedeni predpisi določajo tudi pogoje za dopustne izjeme, ki ne predstavljajo diskriminacije. Ne gre za neposredno diskriminacijo, kadar gre za ugodnejšo obravnavo javnih uslužbencev v smislu posebnega varstva ljudi z določenimi osebnimi okoliščinami, denimo*
 - žensk zaradi nosečnosti in materinstva,*
 - oseb z invalidnostmi,*
 - oseb v skrbstvenimi obveznostmi, starejših ali pripadnikov drugih skupin oseb v ranljivem položaju ter*
 - pri obravnavanju v zvezi s posebnimi pravicami pripadnikov manjšin.*
- (3) Kadar splošni akti delodajalca ali sporna navodila in usmeritve učinkujejo odvratalno, za obstoj diskriminacije, ni potrebno natančno identificirati konkretnih javnih uslužbencev ali skupine javnih uslužbencev, ki so ali bi lahko postale žrtve takšne diskriminatorne prakse.*

(4) Diskriminatorne določbe splošnih aktov delodajalca, usmeritev ter drugih pogodb in aktov, ki niso predpisi, so nične, ali tam, kjer je to ugodneje za žrtev diskriminacije, izpodbojne.

(5) Osebam iz prvega odstavka tega člena se v postopkih zaposlovanja in v času opravljanja dela zagotavljajo ukrepi za uresničevanje pravice do enakega obravnavanja, enake možnosti ali dejansko enakost oseb, ki so v manj ugodnem položaju zaradi določene osebne okoliščine.»

Nasprotovanje diskriminaciji in drugim oblikam kršitev človekovih pravic javnih uslužbencev in odpravljanje ter preprečevanje teh pojavov je temeljno integritetno vprašanje varstva javnega interesa v javni upravi. Diskriminacija ima zelo škodljive posledice za družbo in njen vsestranski, zlasti tudi ekonomski razvoj, in je v direktnem nasprotju z javnim interesom v EU. Direktiva 43/2000/ES, ki podrobneje ureja prepoved rasne diskriminacije iz primarnega prava EU v delovnih razmerjih tako v preambuli ugotavlja, da diskriminacija lahko ogrozi uresničevanje ciljev prava Evropskih skupnosti, zlasti cilje visoke ravni zaposlenosti in socialnega varstva, višanja življenjske ravni in kakovosti življenja ter ekonomske in socialne kohezije. Prav tako, da lahko diskriminacija ogrozi cilje Unije pri zagotavljanju območja miru, varnosti in pravice. Podobne so določbe v drugih direktivah na tem področju, ki varujejo pred diskriminacijo zaradi spola, starosti, verskega ali drugega prepričanja, invalidnosti in spolne usmerjenosti.

Sektor za načrtovanje politik in raziskave na Ministrstvu za zunanje zadeve ter Inštitut za slovensko izseljenstvo in migracije Znanstvenoraziskovalnega centra Slovenske akademije znanosti in umetnosti sta že v letu 2010 izdala publikacijo *Enake možnosti v slovenski diplomaciji*.⁷ Njen namen je bil teoretično in empirično preučiti razmere na področju enakih možnosti glede na spol in druge dejavnike v slovenski diplomaciji ter na podlagi temeljite analize predlagati ukrepe za izboljšave.

Enake možnosti naj bi bile po rezultatih raziskave v slovenski diplomaciji urejene srednje dobro do slabo, pri čemer pa ni mogoče spregledati, da se je 57,8 % anketirancev (moški: 50,5 %, ženske: 61,9 %) med svojo kariero na ministrstvu že počutilo diskriminirane. Enake možnosti so po mnenju sodelujočih največkrat ovirane pri imenovanju na delovna mesta v zunanji službi, imenovanju na vodilna delovna mesta v notranji službi, pri napredovanju in ocenjevanju delovne uspešnosti. V maju 2010 je na podlagi navedene analize delovna skupina za enake možnosti pripravila predloge ukrepov, npr. da je treba zaustaviti prakse, kot so dvojna merila, klientelizem, nepotizem, politično kadrovanje in privilegirana obravnava določenih segmentov zaposlenih. Predlagala je pripravo analize kadrovskih izborov v zadnjih nekaj letih, iz katere bo razvidno, kolikšno je število uslužbencev, ki so se morda v tem obdobju trikrat ali še večkrat prijavi na razpis za delovno mesto v notranji in/ali zunanji službi, a kljub izpolnjevanju pogojev niso bili izbrani. V analizi naj bi bila navedena tudi struktura teh uslužbencev – spol in tudi njihova organizacijska enota. Delovna skupina je predlagala tudi, naj se na podlagi rezultatov analize identificira morebitno diskriminacijo posameznikov in/ali sektorjev/služb.

Prijav diskriminacije je glede na splošno percepcijo diskriminacije malo, veliko primerov se ne prijavi, zlasti zaradi strahu pred povračilnimi ukrepi. Takšno vzdušje lahko preprečuje le čim večja transparentnost, ta pa je zaželeno tako za preprečevanje kršitev, kot tudi za uspešno obrambo države (in delodajalcev v javnem sektorju) pred morebitnimi neutemeljenimi ali šikanoznimi zahtevki za varstvo.⁸

Vse kršitve bi morali učinkovito preprečevati, pa tudi odpravljati in po potrebi sankcionirati. Tudi poskusi oviranja uresničevanja teh pravic bi morali imeti resne posledice. Kršitev pravil o zaposlovanju na podlagi javnega natečaja pomeni grobo kršitev ne le ZJU-1, ampak 122. člena Ustave RS in kršitev pravic drugih ljudi, predstojnik pa bi za to lahko tudi po kazenskih določbah iz 163. člena ZJU-1 odgovarjal z največ 2.000 evri globe, kar pomeni bistveno manj kot znaša povprečna mesečna plača takega predstojnika.

Z jasno ureditvijo teh vprašanj v ZJU-1 je torej treba odpraviti kakršnokoli nerazumevanje ali nezaupanje o tem, da je razkrivanje diskriminacije v sistemu javnih uslužbencev zaželeno.

⁷ Dostopno na <https://omp.zrc-sazu.si/zalozba/catalog/view/609/2568/206-2>.

⁸ Sodišče EU npr. ugotavlja, da zahteva po transparentnem postopku zaposlovanja (dolžnost delodajalca v sporu predložiti dokazila o izbirnem postopku) sicer ne izhaja iz pravil prava EU, a je netransparentnost in vztrajanje pri njej lahko element (indic, dejstvo) dejanskega stanja pri vzpostavljanju konteksta suma nepravilnosti. Glej sodbo v zadevi Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH (C-415/10), Dostopno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:165:0004:01:EN:HTML>. Odsotnost specifične ureditve v pravu EU (ali v domači zakonodaji), prav nikakor ne pomeni, da države ali posamezni delodajalci ne bi smeli uvesti za varstvo pravic (in javni interes po transparentnosti in integriteti) ugodnejših standardov, kot jih pozna *acquis*, zlasti če so ti namenjeni odpravljanju zaznanih tveganj (korupcije, klientelizma, diskriminacije).

3.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 na ustrežnejši način uredi pravne poti in podaljša roke za varstvo iskalcev zaposlitve, kandidatov in javnih uslužbencev v primerih domnevne diskriminacije, vključno z daljšimi roki za uveljavljanje pravic.

Zagovornik priporočilo za podaljšanje rokov za varstvo dopolnjuje in dodatno utemeljuje ter sistemsko povezuje, zlasti s priporočilom št. 8.

ZJU-1 ne ureja dovolj jasno in pregledno, v katerih primerih je zoper posamezne diskriminatorne akte in ravnanja (dejanja ali opustitve) delodajalca ali njegovih odgovornih oseb na voljo katero pravno sredstvo in v kakšnem roku. To pogosto terja zahtevno pravno razlago razmerja med ureditvijo javnih uslužbencev, varstva v delovnem pravu, ter varstva pred diskriminacijo, kar je nesprejemljivo, saj gre za varstvo pravic, varovanih z Ustavo RS, v razmerju do javnih oblasti.

Vprašljivo je tudi, ali je ureditev kot celota sploh zadovoljiva z vidika zagotavljanja učinkovitega varstva pred diskriminacijo. Predlog ureditve ne izboljšuje,⁹ ampak še poslabšuje položaj potencialne žrtve diskriminacije, kot ga je ta imela doslej. Te regresije obrazložitev ZJU-1 sploh ne pojasni, saj povzema le vsebino predlagane ureditve, ne pa tudi, kako ta spreminja veljavno ureditev in zakaj. Tako se resno poslabšuje pravice neizbranih kandidatov.

Za izbirni postopek se sicer uporablja Zakon o upravnem postopku (ZUP). Vendar se po rešitvah v ZJU-1 še dodatno odstopa od splošne ureditve po ZUP na več mestih, npr. ni dopustno vlaganje nepopolnih vlog (glej priporočilo št. 4), pritožbeni razlogi po vsebini ostajajo enaki ali še bolj omejeni in za varstvo pred diskriminacijo niso vselej relevantni (prva in druga točka drugega in tretjega odstavka 73. in sedmi odstavek člena ZJU-1), nekatera dosedanja jamstva za učinkovito pravno zaščito neizbranih kandidatov pa bi se opustilo.

ZJU-1 v petem odstavku 71. člena dokazovanje diskriminacije kandidatov dodatno otežuje ali celo onemogoča glede na veljavno ureditev v 63. členu ZJU, saj izrecno onemogoča vpogled v vloge drugih neizbranih kandidatov, češ da drugi neizbrani kandidati za to nimajo pravnega interesa. Le na podlagi pridobitve takšnih podatkov se da dokazovati sistematične vzorce vedenja in diskriminacijo, npr. izločevanje določenih skupin kandidatov (npr. po starosti, zdravstvenem stanju, etničnem poreklu). Razlogov za varstvo teh podatkov ni v varstvu pravic teh kandidatov (npr. osebnih podatkov), saj se domneva, da bi tudi ti sami imeli interes za odpravo morebitne tako ugotovljene nepravilnosti. Posebej velja upoštevati, da so ti podatki lahko celo informacije javnega značaja, a je postopek za njihovo pridobitev pogosto preveč dolgotrajen, da bi se jih pridobilo pred odločitvijo o vložitvi pravnega sredstva, hkrati pa se zaradi prikrivanja osebnih podatkov težko razbere npr. morebitne povezave z etničnim poreklom, starostjo. Za kršitev pravice do vpogleda v dokumentacijo mora biti zagotovljeno ustrezno posebno pravno sredstvo ali sankcije.

⁹ Ni sicer nepomembno, da bi se zagotovilo poenotenje prakse prek delovanja centra za kadre, kar je lahko jamstvo večjo strokovnost, objektivnost in nepristranskost, kot ad hoc izbirne komisije, sestavljene iz oseb, ki niso strokovnjaki za ta vprašanja. O podaljšanem roku za odškodninske zahtevke za 30 dni glej v nadaljevanju.

Pri posebnih javnih natečajih za položaje generalnih direktorjev, generalnih sekretarjev, predstojnikov organov v sestavi ministrstev, predstojnikov vladnih služb in načelnikov upravnih enot so po sedmem odstavku 73. člena ZJU-1 pritožbeni razlogi ožji kot za druge uradnike. Ni dopustno uveljavljanje pravic neizbranemu kandidatu, čeprav je bil izbran kandidat, ki po merilih izbirnega postopka očitno ni dosegel najboljšega rezultata. To rešitev pozna sicer že veljavna ureditev v 65. členu ZJU, a je sporna. Zakaj bi bili v primeru najzahtevnejših vodstvenih nalog možni večji odstopi od načela največje strokovne usposobljenosti ni pojasnjeno? Rešitev je očitno arbitrarna in sistemsko neupravičena. Pri teh položajih bi morala biti strokovna usposobljenost kvečjemu še večje in ne manjše jamstvo za uspešno opravljanje dela in nalog na navedenih položajih, izbira pa podvržena večji, ne pa manjši skrbnosti.

Da ti postopki ne bi obremenjevali pritožbenih poti (in to nesuspendivnega upravnega spora, saj pritožba ni dopustna), samo zase ni legitimen cilj, ki bi lahko pomenil tako globoke posege v pravice neizbranih kandidatov do učinkovitega pravnega sredstva in sodnega varstva pred diskriminacijo. Problem še zastruje predlagano črtanje dosedanje možnosti iz šestega odstavka 65. člena, da tak neizbran kandidat uveljavlja varstvo, "če je natečajna komisija ugotovila, da po strokovni usposobljenosti ni primeren za položaj, sam pa meni, da je". To preprečuje, da bi bila ravnanja posebnih natečajnih komisij arbitrarna in bi z izločevanjem posameznih kandidatov omejevala izbor in tako dajala prednost določenim kandidatom.

Brez pojasnila se opušča tudi veljavno možnost sodnega varstva z odškodninskim zahtevkom v upravnem sporu po petem odstavku 65. člena veljavnega ZJU. Ta določa:

"Zoper sklep komisije za pritožbe je dovoljen upravni spor. V primeru, da upravno sodišče ugotovi, da je tožba utemeljena iz razloga iz 1. točke prvega odstavka tega člena, lahko prisodi prizadetemu odškodnino v višini najmanj ene in največ treh najnižjih mesečnih bruto plač za delovno mesto, za katero se je potegoval. V primeru iz 1. točke prvega odstavka tega člena lahko upravno sodišče sklep o izbiri razveljavi ter pristojni komisiji za pritožbe naloži razveljavitev akta o imenovanju in pogodbe o zaposlitvi, organu pa po razveljavitvi obeh aktov naloži ponovitev izbirnega postopka. Odškodnino sodišče odmeri glede na težo kršitve in glede na posledice, ki jih je utrpel tožnik."

Tak zahtevek lahko neizbrani kandidat sedaj uveljavlja v upravnem sporu, če je bil izbran kandidat, ki sploh ne izpolnjuje meril za zaposlitev. Zato to velja kot možna pot za zaščito le v nekaterih primerih kršitev prepovedi diskriminacije (ko kršitev pač sovпада), zlasti seveda takrat, ko škoda ne presega treh bruto plač. V teh primerih doslej ni bilo potrebno uporabljati drugih sodnih poti.

Zakaj bi bilo sicer sploh treba zaradi grobih kršitev natečajnih postopkov za celostno zaščito uporabljati več pravnih poti hkrati – celo troje sodnih zahtevkov pred različnimi sodišči, je težko pojasniti. Take rešitve so za žrtve kršitev odvrčalne in ustrezajo zlasti kršiteljem. Kako veliko neravnotežje je podano, dokazuje okoliščina, da delodajalec ni vezan na enake kratke roke za uveljavljanje odškodninske odgovornosti uslužbenca ali bivšega uslužbenca, ampak zanj očitno veljajo splošni zastaralni roki po civilnem pravu.

ZJU-1 bi moral torej v vseh primerih ne le dopuščati, ampak izrecno urejati možnost dokazovanja diskriminacije z ustreznimi in učinkovitimi pravnimi potmi, ki pritožnikom ne bi smele nalagati nerazumnih bremen, npr. kopičenja sodnih zahtevkov v upravnem sporu, v delovnem sporu in nato morda še v dodatnem civilnem sporu za nadomestilo po ZVarD.

Za primere, ko dejansko stanje izbirnega postopka ni podlaga za uveljavljanje varstva po 73. členu ZJU-1, bi moralo biti jasno navedeno vsaj, da je zanje možno tudi uveljavljanje zahtevkov za varstvo pred diskriminacijo. Določbe bi morale jamčiti tudi, da je dopustno izpodbijati akte o izbiri, ko so bili rezultati izbirnega postopka primerljivi za oba kandidata, a je končna izbira pomenila diskriminacijo (dajanje prednosti izbranemu kandidatu). Učinkovita sankcija bi morala v tem primeru učinkovati suspendivno, zaposlitev bi morala biti iztožljiva. Globa za prekršek za tako kršitev bi morala biti resna in ne bagatelna, kot jo zdaj določa 14. točka prvega odstavka 163. člena ZJU-1.

Dopustno bi moralo biti dokazovati tudi druge nebistvene kršitve postopka, ki pomenijo diskriminacijo v procesnem smislu, npr. krajši čas za pripravo na preizkus, za odgovore, nedopustna vprašanja, ki niso v zvezi z delom. V takih primerih bi nastopile tudi druge pravne posledice (zlasti odškodninske).

Zahtevki za varstvo pred diskriminacijo so sicer zajamčeni v ZDR-1 kot odškodninski zahtevki po 8. členu ZDR-1¹⁰. V ZJU-1 je treba zaradi pravne varnosti neizbranih kandidatov ter javnega interesa, tudi zahtev prava EU, vsaj navesti to ureditev. Sodna praksa temelji na težko razumljivi razlagi, kaj pomeni odškodninska odgovornost delodajalca po splošnih pravilih civilnega prava iz 8. člena ZDR-1 v povezavi s potekom rokov za uveljavljanje te škode. Po razlagi Višjega delovnega in socialnega sodišča gre pri kateremkoli zahtevku za katerokoli odškodnino zaradi diskriminacije po 8. členu ZDR-1 namreč za škodo "sui generis". To naj bi utemeljevalo odstop od splošnih pravil odškodninskega prava, ki po Obligacijskem zakoniku (OZ) jamčijo možnost uveljavljanja škode v roku pet let. Gre za zelo resno sistemsko oviro, saj za tako tožbo v delovnem sporu po 200. členu ZDR-1 velja izredno kratek rok 30 dni.¹¹ na običajnih javnih natečajih za javne uslužbenke ga za dodatnih 30 dni podaljšuje veljavni drugi odstavek 25. člena ZJU.¹² Ta ovira je preprečila uveljavljanje velikega dela zahtevkov, vloženih v primerih varstva diskriminacije.¹³

Ureditev in praksa torej daljnosežno odstopata od splošnega petletnega zastaralnega roka za civilno odškodninsko odgovornost v OZ. To ni utemeljeno z naravo stvari, saj zahtevki niso suspenzivni, kot je to veljalo za ureditev pred letom 2002 (ko je bil sprejet ZDR, ki je povzel roke iz prejšnje ureditve).

Tako ozko okno za vlaganje teh zahtevkov je imelo že zdaj (kljub možnosti delnega poplčila škode v upravnem sporu iz petega odstavka 65. člena veljavnega ZJU) resne negativne, odvrtačne posledice za prizadete, sodna praksa o varstvu pred diskriminacijo pa se le počasi razvija. V praksi namreč pogosto ob preteku zastaralnega roka za odškodninski zahtevek še ni znana niti odločitev v pritožbenem postopku pred komisijo za pritožbe iz delovnih razmerij (zato za tožbo v delovnem sporu še ni niti pravovarstvene potrebe).

Predlog ZJU-1 vprašanja rokov ne rešuje dosti ustrežneje. Po drugem odstavku 40. člena ZJU-1 bi se rok za odločanje Komisije za pritožbe podaljšalo, tako, da ta odloči o pritožbi v 60 dneh od vložitve pritožbe, kar bi pomenilo še dodatno podaljšanje roka za tožbo za 30 dni. Doslej je peti odstavek 65. člena ZJU jamčil vsaj delno, po višini omejeno možnost uveljavljanja odškodninskega zahtevka v upravnem sporu tudi kasneje, torej po preteku roka za tožbo v delovnem sporu ozirom šele, ko komisija svojo odločitev sprejme. Sedaj niti to ne bi bilo več mogoče. Odškodninske zahtevke bi bilo torej treba še naprej tako kot doslej vlagati "na zalogo". Potencialno 30-dnevno podaljšanje roka za tožbo neznatno vpliva na (ne)sorazmernost učinkov ureditve. Ureditev je nerazumna. Višina nastale škode v času izteka zastaralnega roka za sodno varstvo v delovnem sporu ni znana, pogosto pa v teh postopkih v času izteka teh rokov žrtvi še ni dana niti možnost seznaniti se z vsemi dokazi (ki jih kršitelj kakopak skriva), učinkovito nasprotovati navedbam kršitelja, poiskati protidokaze, pomoč ipd.

Glede na navedeno je vprašanje priznavanja škode nejasno urejeno, breme razčiščevanja teh nejasnosti pa je na sistemskem skrbniku za to zakonodajo. Omejevanje in oviranje iztoženja polne

¹⁰ Ta določa: V primeru kršitve prepovedi diskriminacije ali trpinčenja na delovnem mestu je delodajalec kandidatu oziroma delavcu odškodninsko odgovoren po splošnih pravilih civilnega prava. Kot nepremoženjska škoda, ki je nastala kandidatu ali delavcu, se štejejo tudi pretrpljene duševne bolečine zaradi neenake obravnave delavca oziroma diskriminatornega ravnanja delodajalca oziroma zaradi nezagotavljanja varstva pred spolnim ali drugim nadlegovanjem ali trpinčenjem na delovnem mestu v skladu s 47. členom tega zakona, ki ga je utrpel kandidat ali delavec. Pri odmeri višine denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo se mora upoštevati, da je ta učinkovita in sorazmerna s škodo, ki jo je utrpel kandidat oziroma delavec in da odvrtača delodajalca od ponovnih kršitev.

¹¹ 30 dnevni rok za kršitve v zasebnem sektorju, kar velja tudi v primeru posebnih javnih natečajev.

¹² 30 dni od izdaje odločitve oz. od poteka roka za odločitev komisije za pritožbe, ki po drugem odstavku 39. člena ZJU znaša 30 dni, to pa velja le za vse običajne javne natečaje.

¹³ V praksi je bilo sicer vloženo zelo veliko število tožb po preteku tega roka, prvostopna sodišča so jim občasno celo ugodila, vendar je Višje delovno in socialno sodišče dosledno takšne tožbe štelo za nedopustne in sodbe razveljavilo.

odškodnine npr. v primeru, ko neizbrani kandidat lahko dokaže, da bi moral biti sam izbran kot strokovno najbolj usposobljen, je neskladno z ureditvijo prava EU. SEU je jasno ugotovilo, da mora biti za zagotovitev dejanske učinkovitosti načela enakega obravnavanja za vsako kršitev dodeljena ustrezna odškodnina glede na utrpjeno škodo. Posamezne direktive so zato zaradi nelojalne prakse držav članic izrecno uredile izključitev vnaprejšnje določitve vsake zgornje meje take odškodnine, razen če delodajalec lahko dokaže, da je edina škoda, ki jo je tožeča stranka utrpela zaradi diskriminacije, zavrnitev upoštevanja njene/njegove prijave za delovno mesto (tako 18. člen Direktive 2006/54/ES). Smiselno gre za primere onemogočenja sodelovanja v postopku, ki jo ureja 1. točka drugega odstavka 73. člena ZJU-1.

ZJU-1 dilem o pravnih sredstvih ne rešuje, ampak jih dodatno zapleta. V novem četrtem odstavku 132. člena ZJU-1 določa, da se v primerih kršitve prepovedi diskriminacije ali trpinčenja na delovnem mestu uporabljajo določbe zakona, ki ureja delovna razmerja. Ta člen sicer ureja odškodninsko odgovornost javnega uslužbenca do delodajalca, zato je določba nerazumljiva, saj delavec praviloma ne more diskriminirati ali trpinčiti delodajalca, kadar ta ni fizična oseba. Ni jasno, kaj se s tem zares ureja. Na ta način se, če pravilno razumemo določbo, celo izključuje možnost sporazumnega reševanja vprašanja priznanja škode javnega uslužbenca delodajalcu, tj. ustrezen pisni dogovor, vključno z možnostjo da se ta škoda ovrednoti pavšalno (seveda sporazumno). Odškodninsko odgovornost delodajalca pa na enak način kot v prvem osnutku ZJU-1 ureja 134. člen ZJU-1. Pripravlavec je v obrazložitvi sicer navedel nekatere poudarke iz zgoraj navedene direktive o prepovedi omejevanja odškodnin in pogojih za priznanje polne škode, vendar bi to sodilo kvečjemu v normativni del 134. člena zakona, ne pa v obrazložitvev 132. člena. Možnost sporazumnega urejanja sama zase sicer ni sporna, prav tako ne možnosti, da se o tem odloča v arbitražnih ali drugih mediacijskih mehanizmih, vključno z možnostjo pavšalnih ovrednotenj škod, če se s tem ne onemogoča uveljavljanje polne škode. Posebej velja poudariti, da tek arbitražnih in mediacijskih postopkov (ki so po kolektivnih pogodbah lahko celo obvezni) ne bi smel vplivati na potek rokov za uveljavljanje pravnih sredstev oz. bi morali roki v tem času mirovati, zlasti če so tako kratki, kot so.

Vse to, torej veljavna, pa tudi predlagana ureditev kot celota (in medsebojni kontekst vseh zakonov), pomeni resen poseg v pravico od učinkovitega pravnega sredstva, sodnega varstva in pravico do povračila škode za protipravno ravnanje države po 26. členu Ustave RS, prav tako ni v skladu z zahtevo prava EU, ki jamči povračilo polne (vse) škode v primerih diskriminacije. Takšno nesistematično, slabo utemeljeno urejanje pravnih sredstev in sodega varstva ter pravice do pravične in sorazmerne odškodnine v primerih diskriminacije je nesprejemljivo.

Določba tretjega odstavka 82. člena ZJU-1 lahko celo spodbuja kršitve prepovedi diskriminacije, saj omogoča spregled nezakonito sklenjenih pogodb o zaposlitvi, npr. z osebami, ki ne izpolnjujejo pogojev za zaposlitev, ali ko ni bil opravljen javni natečaj.¹⁴ Tako določbo bi se lahko zlorabljalo za obid prepovedi diskriminacije ali zapovedi izpolnjevanja pogojev za zaposlitev.

Enako velja za možnost zlorabe določb 15. člena, kjer bi se domnevnim (neposrednim) kršiteljem prepovedi diskriminacije (npr. nadlegovalcu, članom izbirne komisije) utegnilo nuditi pravno pomoč in zalagati za stroške v predkazenskih, kazenskih, odškodninskih ali prekrškovnih postopkih, v katerih bi se skušalo z javnimi sredstvi kršitelje braniti pred očitki o diskriminaciji. Posebej velja upoštevati, da so to položaji, ko bi delodajalec lahko pomagal domnevnemu kršitelju dokazovati, da teh kršitev, npr. glede disciplinske odgovornosti (tretji odstavek 131. člena ZJU-1) ali kaznivih dejanj, ni storil namenoma. To še povečuje neravnotežje moči delodajalca in kršiteljev v razmerju do potencialne žrtve.

Ureditev se z ZJU-1 poslabšuje tudi za kršitve, ki nastanejo znotraj delovnega razmerja in v zvezi z delom. Tako kot veljavna tudi predlagana ureditev po ZJU-1 odstopa od splošne ureditve v ZDR-1, ki v 200. členu v prvem odstavku kot rok za odziv delodajalca na zatrjevano kršitev pravic iz delovnega

¹⁴ (3) Ne glede na določbo prvega odstavka se pogodba o zaposlitvi ne razveljavi, če gre za manjše kršitve postopka ali zaradi poteka časa ali drugih pomembnejših okoliščin ne bi bilo smiselno prenehanje pogodbe o zaposlitvi z javnim uslužbencem.

razmerja določa osemdnevni rok. V drugem odstavku 23. člena ZJU-1 je rok izpolnitev obveznosti delodajalca oziroma odpravo kršitve 15 dni. Sistem državne uprave bi moral biti bolj in ne manj kot katerikoli delodajalec v zasebnem sektorju sposoben zagotavljati takojšnjo odpravo kršitev prepovedi diskriminacije. Teh kršitev se praviloma v pritožbah tudi ne ugotavlja več v postopku po ZUP, ampak se v teh postopkih ZUP po prvem odstavku 40. člena ZJU-1 le še smiselno uporablja (doslej pa je komisija za pritožbe morala po 39. členu ZJU uporabljati ZUP). To bi utegnilo poslabšati pravno varnost pritožnikov.

Roki za varstvo pravic in predvidena pravna sredstva, tudi sodno varstvo tako ostajajo očitno neprilagojeni naravi pravice do varstva pred diskriminacijo. Zlasti posebnim oblikam, kot so npr. nadlegovanje in spolno nadlegovanje, ki terjajo dolgotrajno opolnomočenje žrtve, da se kršitvi sploh upre, ali dokazovanje neenakega plačila, ki terja kompleksen vpogled v podatke in analizo ravnanja posameznega delodajalca.

Posebno vprašanje je, kakšno varstvo bi moralo biti zagotovljeno za tista vprašanja, v katerih so sodišča v delovnih sporih doslej posameznikom odrekala sodno varstvo, na primer za odstranitev diskriminacije iz splošnih aktov delodajalcev.

Zagovornik priporoča tudi jasno urejanje razmejitve ukrepanja in po drugi strani sodelovanja različnih inšpekcij, npr. pri presoji posameznih ravnanj, praks in po drugi strani navodil in aktov delodajalcev, kot je sistemizacija, glede na določila ZJU, ZDR-1 in ZVarD.

Smiselno bi bilo ponovno pretehtati tudi opredelitev prekrškov. Opraviti bi veljalo navzkrižno presojo, katere kršitve lahko sovpadajo po ZJU-1 (npr. po 1., 2, 10., 11. in 14. točki prvega odstavka 163. člena ZJU) in kazenskih določbah ZDR-1, ali obstajajo kakšne vrzeli, npr. ali je diskriminacijo v sistemizaciji delovnih mest sploh mogoče šteti za prekršek po ZDR-1), pa tudi ponovno pretehtati višino zagroženih glob za prekrške po 163. členu ZJU-1, ki so nenavadno nizke, sploh glede na težo prepovedanih spornih ravnanj ter njihovih posledic. Navedeno bi veljalo preučiti z analizo pravne prakse.

4.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 omogoči možnost dopolnitve vlog kandidatov in določi dolžnost prilagoditve načinov vročanja sklepov, vlaganja vlog in druge komunikacije tako, da bodo dejansko zagotovljene enake možnosti tudi tistim, ki težko ali ne morejo uporabljati informacijsko-komunikacijskih tehnologij zaradi svojih osebnih okoliščin, zlasti invalidnosti in zdravstvenega stanja.

Zagovornik ponavlja dosedanje priporočilo.

ZJU-1 določa, da kandidati oddajo elektronsko prijavo za prosto uradniško delovno mesto v organih državne uprave in v drugih državnih organih ter upravah lokalnih skupnosti, ki so pristopili v interni trg dela, preko portala eUprava. Za uradniško delovno mesto v drugih državnih organih in lokalnih skupnostih, ki niso pristopili v interni trg dela, kandidati oddajo elektronsko prijavo organu, ki je objavil javni natečaj. Veljavnost prijave ni pogojena z varnim elektronskim podpisom. Skladno s 65. (prej 63.) členom ZJU-1 se v izbirni postopek uvrstijo le kandidati, ki pošljejo pravočasno in popolno prijavo ter izpolnjujejo natečajne pogoje. Predpisuje se torej izključno elektronski način vlaganja prijav za javne natečaje. Pojasnjuje se, da gre za procesno poenostavitev, zato ne bo več pozivanja k dopolnitvi vloge, javni natečaj pa bo v primerjavi z zdajšnjim postopkom krajši.

S to rešitvijo se lahko postavi v neenak položaj ljudi, ki so imeli večje težave z izpolnitvijo pogojev popolne prijave, kar je lahko povezano tudi z njihovimi osebnimi okoliščinami, npr. izobrazbo, poznavanjem jezika, invalidnostjo (ki je lahko tudi le dolgotrajnejše stanje), zdravstvenimi stanji, čeprav narava opravljanja dela na delovnem mestu, na katerega se prijavljajo, ne terja večščin uporabe elektronskih naprav.

Ukinitvev pozivanja k dopolnitvi vloge ter elektronske vloge lahko res pospešijo procese. Vendar tak cilj v takih situacijah sam zase ne pomeni niti legitimnega cilja niti ne more odtehtati teže posledic diskriminacije. Sodna praksa Sodišča EU poudarja, da javnofinančni ter ekonomski razlogi sami po sebi ne morejo pomeniti samostojnega, po pravu EU dopustnega cilja, ki bi lahko opravičeval slabše obravnavanje oz. diskriminacijo na področju zaposlovanja in dela.¹⁵ Sami zase ne morejo biti legitimen cilj niti ekonomski niti administrativni razlogi.¹⁶

V 26. členu ZJU-1 ureja vročanje sklepov, s katerimi se odloči o varstvu pravic, zgolj po elektronski poti. Predvideva, da se lahko sklep o pravici oziroma obveznosti javnega uslužbenca (iz prvega odstavka 24. Člena), razen sklepa o premestitvi in sklepa o odpovedi pogodbe o zaposlitvi, pošlje tudi po elektronski poti v elektronski predal, katerega zagotavlja in uporabo nalaga delodajalec. Roke, ko se šteje vročitev opravljena, je pripravljavec celo skrajšal iz prvotno predlaganih 15 dni od dneva odpreme na 8 dni (od dneva vrnitve na delo). To iz enakih razlogov, ki so navedeni predhodno, ni sprejemljivo in je po potrebi treba omogočiti tudi drugačne načine vročanja (glej tudi 7. člen ZIMI).

Zagovornik priporoča, da se za posebne primere izrecno zagotovi možnost vlaganja in vročanja vlog na drugačne, prilagojene načine, po drugih poteh/kanalih. V vsakem primeru bo ureditev lahko ustavno skladna le, če bo tudi v teh situacijah zagotovljena možnost zahtevati razumne prilagoditve tega dela postopka (glej priporočilo št. 7).

¹⁵ Npr. v delovnem pravu - primerjaj s sodbo Sodišča EU (SEU) v zadevi *Gerhard Fuchs in Peter Köhler proti Land Hessen*, C-159/10, C-160/10, z dne 21. 7. 2011, v 74. točki; podobno v statusnem pravu tujcev – v 2. odstavku 17. člena Direktive Sveta 2003/109/ES z dne 25. novembra 2003 o statusu državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas glede omejitve dostopa do statusa rezidenta to niso legitimni razlogi javnega reda.

¹⁶ Glej npr. zadevo *ÖBB Personenverkehr AG v Gotthard Starjakob*, C-417/13, (2015) 34. Odstavek.

5.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 zagotovi pravno podlago za zbiranje razčlenjenih podatkov glede osebnih okoliščin kandidatov za zaposlitev in javnih uslužbencev. Opredeli naj se namen analiziranja postopkov zaposlovanja, kadrovske sestave in zagotavljanja enakosti (npr. plačil). Določi naj se podlaga za povezovanje evidenc, analizo, objavo in ponovno rabo (anonimiziranih) podatkov ter dostop do (osebnih in statističnih) podatkov za namene spremljanja in nadzora vseh pristojnih organov.

Zagovornik ponovno, sedaj že tretjič¹⁷ priporoča, naj država bolj sistematično zbira in analizira razčlenjene podatke o sestavi in strukturi plač javnih uslužbencev po kategorijah, vsaj glede na njihove osebne okoliščine, o katerih že zbira podatke v (drugih) javnih evidencah, npr. po spolu, starosti, starševstvu, zdravstvenem stanju (bolniške odsotnosti), invalidnosti, državljanstvu, izobrazbi. Glede nekaterih osebnih podatkov o osebnih okoliščinah je možna njihova pridobitev le na podlagi privolitve ali samoopredelitve (npr. narodnost, vera ali prepričanje, spolna usmerjenost). Podatke bi bilo treba zagotavljati tudi glede na to, kje so javni uslužbenci zaposleni (konkretna institucija znotraj javnega sektorja), glede ocenjevanj, napredovanj in prejemanja dodatkov (oziroma drugih prejemkov), npr. ali prihaja do razlike pri izplačilu dodatkov glede na spol in kaj so razlogi za te razlike.

Zakon bi moral izrecno omogočiti tudi povezovanje podatkov (z drugimi javnimi evidencami), analizo in objavo podatkov (v agregirani obliki za javnost, stroko in socialne partnerje) ter dostop do podatkov, tudi za namene nadzora in ukrepanja drugih pristojnih državnih organov (npr. inšpektorati, sodišča, Zagovornik, Varuh človekovih pravic).

Tako bi bilo mogoče bolj celovito oceniti ne le položaj posameznih, potencialno tudi posebej ranljivih skupin zaposlenih, ampak tudi zaznati morebitne primere, ko določenih skupin ljudi ni ne med zaposlenimi ne med kandidati ali iskalci zaposlitve. To bi omogočilo zaznavanje in upravljanje s tveganji izključevanja (npr. nepotrebni ovirami, premajhno informiranostjo). Ti podatki bi okrepili preglednost sistema in zaupanje vanj, da v njem ni spregledanih procesov izključevanja. Ti statistični podatki bi bili lahko uporabljeni tudi za dokazovanje diskriminacije (ali da te ni) v postopkih varstva. Takšne podatke bi veljalo spremljati tudi glede obravnave pritožb iz delovnega razmerja (na ravni organov in komisije za pritožbe iz delovnega razmerja), tako glede samih primerov očitkov o diskriminaciji kot sicer. Navedeno je smiselno zaradi zaznavanja in obvladovanja tveganj varstva pred diskriminacijo.

Navedeni podatki so potrebni tudi za načrtovanje morebitnih ciljnih ukrepov za izenačevanje možnosti, vključno s posebnimi ukrepi. Če te na obvezen način država uvaja v zasebni sektor (kvotni sistemi za ljudi z invalidnostmi, za enakost spolov na položajih organov upravljanja), bi morala vsaj omogočiti, da se takšne ukrepe sprejema tudi v javnem sektorju oziroma za javne uslužbence.

¹⁷ Kot že ob prenovi plačnega sistema. Glej Priporočila Zagovornika načela enakosti glede osnutka besedila Zakona o skupnih temeljih sistema plač v javnem sektorju, dostopno na: <https://zagovornik.si/izdelki/priporocila-zagovornika-nacela-enakosti-glede-osnutka-besedila-zakona-o-skupnih-temeljih-sistema-plac-v-javnem-sektorju/>

6.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 odpravi splošni pogoj državljanstva Republike Slovenije za zasedbo kateregakoli uradniškega delovnega mesta iz prve alineje tretjega odstavka 64. člena. Treba je jasno določiti, katera delovna mesta so lahko pogojena z državljanstvom in to utemeljiti, da ne bo prišlo do diskriminacije zaradi državljanstva.

Zagovornik vztraja pri priporočilu.

Pripravljaec ZJU-1 je sicer dopolnil obrazložitev, a povzema le najsplošnejša izhodišča o možnih izjemah od prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva po pravu EU (iz četrtega odstavka 45. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije - PDEU), ki velja za državno upravo. Tudi sodne prakse Sodišča EU (SEU) ne predstavi podrobneje, razen z navedbo, da gre za državno upravo v smislu četrtega odstavka 45. člena PDEU takrat, ko gre za neposredno ali posredno sodelovanje pri izvajanju javnih pooblastil in nalog varovanja splošnih interesov države ali drugih javnopravnih korporacij. Navede še, da se pri teh zaposlitvah zahteva posebna vez med državo in posameznikom oziroma njegovo službo, in še, da gre za izvrševanje javne službe, da je podan element oblastnosti oziroma da gre za delovna mesta, ki so za državo vitalnega pomena.

To v ničemer ne pojasni, zakaj pogoj državljanstva velja za katerekoli javne natečaje za katerokoli uradniško delovno mesto (vsi uradniki).

Iz sodne prakse SEU izhaja, da je treba zgoraj navedeno določbo PDEU razlagati ozko, kot izjemo od prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva, katere obseg je »omejen na to, kar je nujno potrebno za ohranitev interesov, ki jih ta določba državam članicam omogoča varovati«. ¹⁸ Ne gre torej za splošno klavzulo, ki omogoča kakršnekoli ekskluzivne zaposlitve državljanov na katerihkoli delovnih mestih v državni upravi. Tudi abstraktna razmejitev z administrativnimi deli in tehnično podporo (strokovno-tehnični uslužbenci) v veljavnem ZJU in ZJU-1 je sama zase nezadostna oziroma preveč splošna. Pomembno je preučiti posamezna pooblastila na konkretnih uradniških delovnih mestih. Koncept presoje je podoben, kot velja za izjeme od diskriminacije pri zaposlovanju nasploh, torej za institut bistvene in odločilne poklicne zahteve (glej drugi odstavek 13. člena ZVarD in peti odstavek 6. člena ZDR-1 ter 4. člen Direktive Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu). Ni dovolj, da se opredeli legitimen cilj, potrebno je preučiti ali taka izjema ni morda pretirana, torej ali je za doseganje tega cilja res ustrezna in (nujno) potrebna.

»Pojem „državna uprava“ v smislu člena 45(4) PDEU se nanaša na tista delovna mesta, ki vključujejo dolžnosti, katerih namen je varovati splošni interes države ali drugih javnih organov, tako da obstaja odnos posebne solidarnosti zaposlenih do države«. ¹⁹ Uporaba te izjeme ne more biti upravičena samo zato, ker so po nacionalnem pravu nekemu uradniku dodeljena javna pooblastila. Zahteva se tudi, da navedeni uradnik ta pooblastila dejansko običajno izvaja in da niso le majhen del njegovih dejavnosti. Kot je bilo opozorjeno v točki 43 te sodbe, je treba to izjemo namreč razlagati tako, da je njen obseg omejen na to, kar je nujno potrebno za varovanje splošnih interesov zadevne države članice, ki ne more biti ogroženo, če javna pooblastila zgolj občasno ali izjemoma izvajajo državljanji drugih držav članic. ^{20,21}

Upoštevati je treba, da je pravo EU koncept nacionalnega državljanstva že omehčalo pri organih lokalne samouprave.

¹⁸ Glej sodbo Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01, točka 41.

¹⁹ Glej zlasti sodbi Komisija/Grčija, C-290/94, točka 2, in Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, točka 39

²⁰ Glej sodbe Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, točka 44; Anker in drugi, C-47/02, točka 63, in Komisija/Francija, C-89/07, točka 14.

²¹ Glej sodbo Iraklis Haralambidis proti Calogeru Casilliju, C-270/13, točke 43, 46, 57 in 58.

Za izvoljene položaje najvišjih predstavniških (političnih) organov občin (člani občinskega sveta, vodja lokalne uprave, tj. župan) lahko kandidirajo tudi državljani druge države članice EU, ki imajo potrdilo o prijavi stalnega prebivanja in prijavljeno stalno prebivališče v Republiki Sloveniji oziroma potrdilo o prijavi prebivanja in prijavljeno začasno prebivališče v Republiki Sloveniji. Če lahko državljani članic EU sodelujejo kot ključni in najvišji odločevalci na ravni lokalne samouprave, očitno ni nobenega razloga, da ne bi smeli biti zaposleni kot občinski uradniki.

Jasno in ustrežneje je treba določiti, katera delovna mesta so lahko pridržana le za državljane Republike Slovenije. Tista, ki so, je treba vsebinsko natančno opredeliti in utemeljiti razloge za odstop od prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva. Dolžnosti, ki so pridržane državljanom se morajo na teh delovnih mestih izvajati v znatni ali pretežni meri. Presoditi velja, ali morda takšne dolžnosti ne opravljajo predvsem tisti, ki jih navaja tretji odstavek 21. člena ZJU-1.²² Sam zakon sicer v nobenem primeru ne more utemeljiti teh izjem (saj se uporablja ZVarD, če je to za žrtev ugodnejše), ampak se te lahko utemelji le vsebinsko.

²² Ta se glasi: (3) Posamezna vprašanja so lahko za sodno osebje in osebje državnih tožilstev, državnega odvetništva, za diplomate, poklicne pripadnike Slovenske vojske, javne uslužbenke na področju obrambe ter zaščite in reševanja, policiste, inšpektorje, javne uslužbenke finančne uprave, pravosodne policiste, pooblaščenice uradne osebe v obveščevalnih in varnostnih službah in druge uradne osebe s posebnimi pooblastili z zakonom drugače urejena, kot so urejena v tem zakonu, če je to potrebno zaradi specifične narave njihovih nalog oziroma za izvrševanje posebnih dolžnosti in pooblastil.

7.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 vključi splošno pravico do razumnih prilagoditev za ljudi z invalidnostmi, ki mora biti zagotovljena kandidatom za zaposlitev in tudi javnim uslužbencem. Predvidi naj tudi možnosti prilagoditev izbirnih in drugih postopkov za ljudi z drugimi osebnimi okoliščinami (npr. zdravstveno stanje, starševstvo, vera ali prepričanje).

V 68. (prej 66.) členu ZJU-1 je določena možnost upravičenega izostanka kandidata, ki se ne more odzvati vabilu na preizkus usposobljenosti. Ta mora to takoj po prejemu vabila sporočiti centru za kadre oziroma organu, ki mu je vabilo poslal, če nastane vzrok pozneje, pa takoj, ko zanj izve, in temu predložiti dokazilo. Pripravljavec navaja, da gre pri tem za uveljavljanje pravice do razumne prilagoditve za kandidate postopka z namenom zagotavljanja enakih možnosti. Vendar to ostaja edino mesto v ZJU-1, ki bi smiselno lahko pomenilo razumno prilagoditev, pripravljavec torej ni upošteval priporočila št. 7, zato ga Zagovornik ponavlja.

Kaj zahteva po razumni prilagoditvi za ljudi z invalidnostmi pomeni, kratko urejata 5. člen MKPI in 3. člen Zakona o izenačevanju možnosti invalidov (ZIMI). Zagovornik že dlje časa priporoča, da se navedeno vprašanje uredi splošno, v ZJU pa bi se lahko uredilo v posebni določbi, npr. že v uvodnem poglavju, denimo na način:

Xa. člen. (razumne prilagoditve)

(1) *Zaradi zagotavljanja učinkovitega enakega obravnavanja oseb z invalidnostmi morajo državni organi, organi samoupravnih lokalnih skupnosti, nosilci javnih pooblastil (v nadaljevanju: zavezanci) sprejeti razumne prilagoditve. Te pomenijo potrebne zakonodajne, upravne in druge sistemske in posamične ukrepe, ki ne nalagajo nesorazmernega bremena, kadar so v posameznem primeru potrebni, da se iskalcem zaposlitve, kandidatom za zaposlitev in javnim uslužbencem z invalidnostmi zagotovi pogoje za enako učinkovito uživanje ali uresničevanje vseh pravic in svoboščin, pravnih interesov, ugodnosti, obveznosti in odgovornosti.*

(2) *Z razumnimi prilagoditvami se zagotovi ustrezno in primerno prilagojeno ali spremenjeno obravnavo, zlasti ukrepe za prilagoditve postopkov in praks, spremembo posameznih pogojev obravnavanja, dodatne storitve, zagotovitev pripomočkov in druge podporne ukrepe, kadar je to potrebno, da se navedenim osebam omogoči zlasti:*

- enake informacije in pogoje za dostopnost ali/in,*
- ustrezne razmere pri določanju in uživanju pravic, pravnih interesov ter pri izpolnjevanju obveznosti ter*
- možnosti za sodelovanje pri zaposlovanju in delu, zlasti tudi pri napredovanju ali usposabljanju na delovnem mestu in v zvezi z delom.*

Pri tem se izhaja iz predvidevanj oziroma iz znanih fizičnih, komunikacijskih, duševnih in drugih sposobnosti (varianta: zmožnosti) teh oseb in meja teh sposobnosti, pa tudi potreb in predlogov ukrepov, ki jih izrazi oseba ali skupina oseb z invalidnostmi (varianta: invalidnostmi, verskimi ali drugimi prepričanji, zdravstvenimi stanji ali starševskimi dolžnostmi).

(3) Pri presoji, ali zaradi zagotavljanja razumne prilagoditve s primernimi in potrebnimi ukrepi obremenitev za zavezanca ni prekomerna se upošteva zlasti:

- naravo in ocenjene stroške zahtevanih ukrepov,
- velikost, finančne in druge zmožnosti zavezanca in učinek potrebnih stroškov, organizacijskih in drugih virov ali učinek takšnih ukrepov na dejavnost ali poslovanje zavezanca,
- naravo uveljavljane pravice, koristi ali interesa ali življenjski cikel blaga in storitev,
- možne koristi boljšega dostopa za osebe.
- druge možnosti, npr. ali breme ukrepov lahko v zadostni meri kompenzirajo dotacije in drugi ukrepi sprejeti v okviru javnih politik,
- druga sredstva, ki so v ta namen na voljo zavezancu.

V postopku ugotavljanja, ali je zahteva nerazumna, se smiselno uporablja določbe tega zakona o deljenem dokaznem bremenu.

(4) Neupravičena neizpolnitev zahteve za razumno prilagoditev šteje za diskriminacijo.

(5) Zahteva po zagotovitvi razumne prilagoditve velja ne glede na druge predpise o invalidskem varstvu, zaposlitveni rehabilitaciji in zaposlovanju invalidov (varianta: določbe zakonov v zvezi z ugovorom vesti ali v zvezi s starševskim varstvom, če je to za upravičenca ugodneje).

8.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 dopolni razloge za pravico do pritožbe neizbranih kandidatov za zaposlitev tako, da bodo jasno vključevali vse ključne kršitve pravic kandidatov, da se zagotovi pravico do enake obravnave. V teh primerih naj se podaljša rok za pritožbe, zagotovi učinkovitejše sodno varstvo in polna odškodnina.

Zagovornik pri priporočilu vztraja, deloma pa se prekriva tudi s preoblikovanim priporočilom št. 3, v katerem je tudi izčrpna dodatna utemeljitev.

9.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 v 108. členu določi, da javni uslužbenec mora odkloniti izvršitev odredbe oziroma navodila, če bi pomenila protipravno ravnanje, npr. diskriminacijo (in ne zgolj, da tako ravnanje »lahko« odkloni). V tem primeru mora biti javni uslužbenec zaščiten tudi pred viktimizacijo, za kar je odgovoren delodajalec.

Zagovornik ponavlja priporočilo. Dodatni razlogi za tako rešitev so navedeni uvodoma ter pri priporočilih št. 2 in 3.

V vseh teh primerih gre za navodilo za diskriminacijo, kot je to opredeljeno po ZVarD. Še posebno sporna so lahko navodila, ki pomenijo hujše oblike diskriminacije (npr. množične pri zaposlovanju), zlasti pa odredba ali navodila za povračilne ukrepe ter za kakršnokoli nadlegovanje.

V nekaterih primerih je kaznivo dejanje vsakdo, tudi javni uslužbenec, dolžan celo naznaniti, ne le odkloniti, npr. za posamezna kazniva dejanja, med katera sodi npr. tudi kvalificirana oblika kaznivega dejanja šikaniranje na delovnem mestu po drugem odstavku 197. člena Kazenskega zakonika (KZ-1), kjer je zagrožena kazen 3 ali več let.²³ Če tega ne stori sam, stori posebno kaznivo dejanje zoper pravosodje (opustitev ovadbe, da se pripravlja kaznivo dejanje po 280. členu KZ-1).²⁴ To velja, ko je možno sklepati, da bo pri žrtvah spornega ravnanja, ki bi lahko pomenilo nadlegovanje oziroma kaznivo dejanje trpinčenja, prišlo do ponižanja ali prestrašenosti, še bolj pa, če bi imelo ravnanje (lahko) za posledico psihično, psihosomatsko ali fizično obolenje ali zmanjšanje delovne storilnosti zaposlenega.

Spolno nadlegovanje lahko pomeni le še večje (ne pa manjše) tveganje nastanka zelo resnih posledic (ki jih navaja KZ-1 kot kvalificirano obliko 197. člena KZ-1). V najhujših primerih gre lahko za kršitev spolne nedotakljivost z zlorabo položaja po 174. členu KZ-1. V vseh teh primerih je očitno, da so takšni ukazi protipravni, utegnili pa bi predstavljati celo zlorabo uradnega položaja kot posebno kaznivo dejanje. Zato takšnega navodila oz. odredbe, ki bi pomenil poseg v fizično ali psihično integriteto sodelavcev, podrejeni nikdar ne sme upoštevati in ga je dolžan vselej odkloniti.

Glede kadrovskega upravljanja bi morali biti posebno pozorni na morebitna kazniva dejanja kršitve enakopravnosti po 131. členu KZ-1,²⁵ kršitev temeljnih pravic delavcev iz 196. člena KZ-1 ipd. KZ-1 vsebuje tudi določbe povezane z diskriminacijo, saj zahteva prepoznavanje in ukrepanje pri spornih nagibih za katerokoli kaznivo dejanje.²⁶

²³ Ta se glasi: (1) Kdor na delovnem mestu ali v zvezi z delom s spolnim nadlegovanjem, psihičnim nasiljem, trpinčenjem ali neenakopravnim obravnavanjem povzroči drugemu zaposlenemu ponižanje ali prestrašenost, se kaznuje z zaporom do dveh let.

(2) Če ima dejanje iz prejšnjega odstavka za posledico psihično, psihosomatsko ali fizično obolenje ali zmanjšanje delovne storilnosti zaposlenega, se storilec kaznuje z zaporom do treh let.

²⁴ (1) Kdor ve, da se pripravlja kaznivo dejanje, za katero je z zakonom predpisana kazen treh ali več let zopora, pa ga v času, ko se je dalo še preprečiti, ne naznani in je bilo dejanje poskušeno ali dokončano, se kaznuje z zaporom do enega leta.

²⁵ Ta se glasi: (1) Kdor zaradi razlike v narodnosti, rasi, barvi, veroizpovedi, etnični pripadnosti, spolu, jeziku, političnem ali drugačnem prepričanju, spolni usmerjenosti, premoženjskem stanju, rojstvu, genetski dediščini, izobrazbi, družbenem položaju ali kakšni drugi okoliščini prikrajša koga za katero izmed človekovih pravic ali temeljnih svoboščin, ki so priznane od mednarodne skupnosti ali določene z ustavo ali zakonom, ali mu takšno pravico ali svoboščino omeji ali kdor na podlagi takšnega razlikovanja komu da kakšno posebno pravico ali ugodnost, se kaznuje z denarno kaznijo ali z zaporom do enega leta.

(2) Enako se kaznuje, kdor preganja posameznika ali organizacijo zaradi zavzemanja za enakopravnost ljudi.

(3) Če stori dejanje iz prvega ali drugega odstavka tega člena uradna oseba z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic, se kaznuje z zaporom do treh let.

Predmet kaznivega dejanja je lahko spoštovanje človekovega osebnega dostojanstva in osebnostnih pravic, fizične integritete ipd.

²⁶ Glede na predmet urejanja je treba posebej opozoriti da diskriminacija ni vselej zakonski znak kaznivega dejanja, ampak od leta 2023 dalje KZ-1 prepozna problem možnosti storitve t.i. kaznivega dejanja iz sovraštva (npr. tudi kaznivih dejstev zoper čast in dobro ime): KZ-1 to ureja v tretjem odstavku 49 člena: Če je bil nagib za storitev kaznivega dejanja narodnostna, rasna, verska ali etnična pripadnost oškodovanca, njegov spol, barva kože, poreklo, premoženjsko stanje, izobrazba, družbeni položaj, politično ali drugo prepričanje,

V ZJU-1 bi bilo smiselno poudariti tudi skupno odgovornost vseh javnih uslužbencev za preprečevanje in odpravljanje diskriminacije. Zato bi veljalo urediti tudi dolžnosti naznanitve nezakonitih ravnanj, npr. vlaganja pritožb tudi, kadar prijavitelj ni žrtev. Ne gre namreč le za varstvo pred posledicami konkretnih ravnanj za posameznike, ampak tudi vseh drugih javnih uslužbencev ter za širše varstvo delovnih procesov in organizacijske kulture, v katerih ni tolerance do tovrstnih nedopustnih ravnanj (varuje se ne le potencialen lastni, ampak tudi javni interes). Na ta način bi bila jasneje izpeljana odgovornost oziroma dolžnost zaščite drugih oseb v takih primerih ter splošna dolžnost javnih uslužbencev, da si prizadevajo, da preprečijo in odpravijo vsakršno tovrstno nedopustno ravnanje.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 dopolni tretji odstavek 132. člena, ki ureja pavšalno odškodnino, tako, da ima v primeru diskriminacije javni uslužbenec ne glede na ureditev v kolektivnih pogodbah pravico do polne odškodnine in pravico do nadomestila po zakonu, ki ureja varstvo pred diskriminacijo, če je to zanj ugodneje.

Zagovornik pri priporočilu smiselno vztraja in ga zaradi večje jasnosti delno spreminja in dopolnjuje. Obrazložitev je dopolnjena zlasti v priporočilu št. 3.

Določbe o kolektivnih pogodbah ne smejo nasprotovati prisilnim določbam v pravnem redu. Zato ne morejo zniževati standardov varstva pred diskriminacijo, vključno z vprašanji odškodninske odgovornosti. Ta vprašanja lahko urejajo za žrtve diskriminacije kvečjemu ugodneje oziroma urejajo le posebne dodatne načine uveljavljanja teh pravic. Pavšalno ovrednotenje škode ne sme biti neodvisno od volje žrtve (se ji ga ne sme vsiliti), zlasti če bi lahko pomenilo nepriznanje polne odgovornosti delodajalca za škodo.

Zagovornik je sicer že večkrat opozoril tudi na vprašanja sporne vsebine kolektivnih pogodb, ki so lahko vsebinsko diskriminatorne, zlasti ob obravnavi vrste primerov povezanih z ocenjevanjem in nagrajevanjem zaposlenih zaradi poslovne uspešnosti družbe.²⁷ Nekateri delodajalci so Zagovornikove ugotovitve sprejeli in sporno prakso odpravili, drugi so zoper Zagovornikove odločbe neuspešno uveljavljali zahteve za sodno varstvo v upravnem sporu. Taka diskriminatorna rešitev je med socialnimi partnerji dogovorjena in vključena v več panožnih kolektivnih pogodb. Zagovornik je vse socialne partnerje opozoril tudi na ta del problema ob več priložnostih (usposabljanja za sindikate, delodajalce), prav tako je priporočilo, naj strateško pristopi k odpravi takšnih sistemskih diskriminacij, dal MDDSZ.

²⁷ Glej npr. primera, opisana na <https://www.zagovornik.si/diskriminatorna-merila-pri-dolocanju-nagrade-za-poslovno-uspesnost/> ter <https://www.zagovornik.si/zagovornik-odsotnost-zaradi-bolezni-in-starsevstva-ne-sme-biti-razlog-za-diskriminacijo-pri-izplacilu-bozicnice/>.

Zagovornik priporoča Ministrstvu za javno upravo, da v ZJU-1 utemelji izjeme glede zahtevane izobrazbe glede na delovno dobo iz 170. člena, ki določa nadaljevanje dela javnih uslužbencev kljub neizpolnjevanju novih pogojev glede zahtevane izobrazbe.

Pripravljenec je 165. člen (spregled izobrazbe) preoblikoval in v novo določbo 170. člena vključil tudi določbo prejšnjega 164. člena ZJU-1. Obrazložitev le opisuje, kaj se ureja, ne pa tudi zakaj. Problem zastruje rešitev, da zahtevanih 25 let delovnih izkušenj, ki naj bi (z neformalno, a izkazano pridobitvijo veščin) nadomestile pomanjkanje formalne izobrazbe, ni več povezanih s konkretnim delom na primerljivih nalogah, torej z delovnimi izkušnjami na delovnih mestih z zahtevano višjo izobrazbo v javnem sektorju.

Sklepati gre, da se en del urejanja nanaša na vprašanje morebitnega varstva zaupanja v pravo, torej da nova ureditev ne bi nepričakovano preveč drastično (t.j. nesorazmerno) poslabšala položaja javnim uslužbencem. Ureditev v ZJU-1 pa pomeni zelo pavšalno rešitev, ki ne upošteva možnosti, da bi javni uslužbenci potrebno izobrazbo lahko vendarle pridobili v določenem primernem prehodnem obdobju ali da bi se takšne izkušnje zares preverilo.

Ta vprašanja je treba presojati v širšem kontekstu. Po eni strani ni videti, da bi se možnost nadomeščanja formalne izobrazbe s praktičnimi izkušnjami omogočala tudi iskalcem zaposlitve (torej pri presoji v javnih natečajih, čeprav do takšnih življenjskih situacij zanesljivo prihaja).

Po drugi strani se predlaga prenehanje delovnih razmerij uslužbencem, ki vse pogoje za zasedbo delovnih mest izpolnjujejo v polni meri, a so izpolnili pogoje za upokojitev.

Zakaj so torej iskalci zaposlitve (ki ne izpolnjujejo formalnih pogojev za zaposlitev) in tisti, ki izpolnjujejo pogoje za upokojitev (in bodo izgubili delo, čeprav izpolnjujejo vse pogoje za zaposlitev), pri varstvu njihovih položajev v zvezi z zaposlovanjem in delom obravnavani slabše kot tisti, ki jim manjka formalna izobrazba (in so morda neupravičeno dobili delo), ni jasno. To očitno predstavlja sum diskriminacije zaradi izobrazbe in starosti. Izobrazba ter kot ključno merilo za dokazovanje sposobnosti za delo v javnem sektorju, bi morala biti dokazana, ne pa domnevana (le zato, ker nekdo dejansko dela).