

DOSTOJANSTVO KOT TEMELJ PRAVILNEGA RAZUMEVANJA USTAVNOPRAVNEGA KONCEPTA PREPOVEDI DISKRIMINACIJE GLEDE NA STAROST*

Nejc Brezovar,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, svetovalec predsednika Vlade Republike Slovenije in asistent na Univerzi v Ljubljani – Fakulteti za upravo

1. UVOD

Predsodki in stereotipi, povezani z različnimi starostmi, povzročajo diskriminacijo posameznikov ali skupin na podlagi njihove dejanske ali domnevne starosti in celo starostnih razlik. Starost se je razmeroma pozno – v drugi polovici 20. stoletja – pridružila skupini »prepovedanih podlag« oziroma »osebni okolščini«, na katerih je izrecno prepovedana diskriminacija.¹ Starost običajno ne najde svojega mesta v ustavah razen nekaj izjem,² vendar njena odsotnost v normativni obliki ne pomeni njenega neobstoja. Celotno danes, ko je prepovedana v različnih pravnih sistemih, vključno s pravnim redom EU,³ je njen

* Prispevek je pripravljen na podlagi doktorske disertacije z naslovom *Ustavnopравни koncept prepovedi diskriminacije glede na starost* (angl. *The Constitutional Concept of Prohibiting Age Discrimination*), ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Cirila Ribičiča uspešno zagovarjal 23. januarja 2015 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Glej na primer M. Victor, J. Browne nav. delo.

² Ustave Finske, Kanade, Srbije, Brazilije, Švice, Tajske, Mehike, Južnoafriške republike itd., ki so bile večinoma sprejete oziroma spremenjene na prehodu v oziroma na začetku 21. stoletja. V EU so preostali konkretniji izvori prepovedi diskriminacije zaradi starosti predvsem novejšega datuma. Komisija EU je še leta 1999 v Poročilu *Legal Provisions to Combat Discrimination* (Pravne določbe za boj proti diskriminaciji) (podrobneje v M. Sargeant (ur.), nav. delo (2008)) javno zatrdila, da je »zelo malo zakonodaje s področja diskriminacije zaradi starosti v državah članicah«.

³ O razvoju koncepta prepovedi diskriminacije na ravni EU podrobneje v: H. Meenan in drugi, nav. delo.

koncept nejasen in skrivnosten. Kot »mlada« podlaga je še vedno v postopku odrasčanja. V dvajsetem stoletju je bil narejen velik korak za razvoj prepovedi diskriminacije⁴ in protidiskriminacijskega prava, ki se zdaj obravnava kot jedro oziroma temelj ustavnega sistema modernih, demokratičnih in pravnih držav. Preteklo stoletje je bilo v znamenju predvsem razlikovanja na podlagi spola in rase, v zadnjem času pa prihajajo v ospredje druge, »nove« podlage, kot sta spolna usmerjenost in starost.⁵

Pri normiranju in (ustavno)sodni presoji obstajajo različni pristopi in hkrati nekateri skupni imenovalci v povezavi s starostjo ne glede na to, ali je pristop bolj funkcionalen (ekonomski) ali nefunkcionalen (poudarek na načelu enakosti, človekovih pravicah in dostojanstvu). Uveljavitev starosti kot prepovedane podlage ne temelji le na razlogih, povezanih s težnjo družbe po zaščiti človekovih pravic in dostojanstva, temveč tudi na ekonomskih razlogih, saj demografske spremembe zahtevajo, da ostajajo posamezniki dlje časa delovno aktivni.⁶ Nekateri znanosti (na primer ekonomska) deloma celo spodbujajo neenakost, saj ta povzroča tekmovalnost.⁷

Razlikovanja glede na starost so bila dolgo upravičena in razumljena kot normalen del urejanja družbenih razmerij. Obstajajo različni primeri, ko je določena starost pogoj za pridobitev neke pravice. Tako v obsežni praksi Vrhovnega sodišča Kanade prevladuje stališče, da so razlikovanja glede na starost namenjena določanju različnih starostnih mej, pri katerih lahko posameznik na primer sklene zakonsko zvezo, voli, kupi in pije alkohol, kupi in kadi cigarete, pridobi vozniško dovoljenje, proda svojo lastnino oziroma postane poslovno sposoben, se zaposli.⁸ Nekatera »razlikovanja na podlagi starosti so tako pogost in nujen način urejanja naše družbe [...], vsa razlikovanja na podlagi starosti v zakonodaji pa imajo elemente dejanske arbitrarnosti, vendar to dejstvo ni dovolj za njihovo razveljavitev [...], vse dokler je izbrana starost razumno povezana z legitimnim ciljem.«⁹ Vsako razlikovanje torej ne pomeni

⁴ Beseda diskriminacija ima podlago v latinski besedi *discriminatio, discriminis, discriminare*, kar pomeni razlikovati oziroma mejo. Prvotni pomen je bil tako nevtralen in je negativni prizvok dobil šele pozneje, proti koncu 19. stoletja, predvsem v razmerju do rase.

⁵ O delovnopravnem pristopu in prepovedi diskriminacije glede na spol, ki sta pomembno pripomogla k razumevanju prepovedi diskriminacije glede na starost, glej M. Bell, nav. delo, str. 42–53.

⁶ M. Sargeant, nav. delo (2008), str. 5.

⁷ R. B. Freedman in drugi, nav. delo, str. 63.

⁸ Odločba Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181 z dne 26. junija 2009.

⁹ Sodnik C. J. McLachlin v odločbi Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, točki 31 in 57.

prepovedane diskriminacije. Nekateri avtorji prepričljivo zagovarjajo stališče, da vsaka diskriminacija ni protipravna, čeprav morda celo nasprotuje morali.¹⁰ To še toliko bolj velja za razlikovanje na podlagi starosti, saj je starost najpreprostejše merilo za razlikovanje med posamezniki in družbenimi skupinami. Razlikovanje je ponekod še vedno široko družbeno sprejemljivo, kar so zakonodajalci skozi zgodovino večkrat izrabili. Tako razumevanje počasi izgublja veljavo. Starostne meje dobivajo prizvok arhaičnosti in se jih povezuje z različnimi predsodki in stereotipi. Bistvena je sposobnost posameznikov in ne njihova kronološka starost. Posamezniki enakih starosti imajo različne lastnosti in sposobnosti ter zato določena starost ne more biti merilo, ki bi zagotavljalo sposobnost ali katero drugo lastnost posameznika. Ugotavljanje sposobnosti zahteva individualiziran pristop, ki se osredinja na posameznika in ne na starostne skupine. Starostne omejitve, ki posameznika na podlagi domneve nesposobnosti postavijo v slabši položaj zgolj na podlagi njegove starosti, kršijo posameznikovo dostojanstvo, saj temeljijo na neresnični domnevi. Tako se vsakokrat vrnemo k težnji po individualni obravnavi posameznikov, če želimo preprečiti diskriminacijo glede na starost.

Kadar je varstvo pred diskriminacijo zagotovljeno le na ustavni ravni, je dolžnost zakonodajalca, da splošno ustavno načelo prepovedi diskriminacije konkretizira s sekundarno zakonodajo ter načelu tako vdihne konkretnjšo in bolj določljivo vsebino. Odsotnost zakonodajalčevih normativnih aktivnosti odpre priložnost najvišjih nacionalnih, zlasti ustavnih sodišč, da sama razlagajo ustavno besedilo in mu dodelijo konkretnjšo vsebino s pomočjo odločb, ki imajo učinek *erga omnes*. Zakonodajalec bi lahko pustil ustavne določbe o prepovedi diskriminacije glede na starost samostojne, brez primerne izpeljave, vendar bi tvegala čezmerno aktivnost ustavnega (ali vrhovnega) sodišča pri razlagi in razvoju ustavne prepovedi diskriminacije. Običajno zato zakonodajalec sprejme sekundarno zakonodajo, s katero konkretizira splošno ustavno načelo, kar ustavnega sodišča nujno ne ustavi, da z lastnim razumevanjem ustavnega besedila poseže v zakonsko besedilo v postopkih presoje ustavnosti zakonskih in podzakonskih predpisov. Ustavna sodišča imajo pomembno vlogo pri razlagi ustavnih določb, iz katerih lahko z različnimi dinamičnimi in razvojno usmerjenimi razlagami pripomorejo k razvoju vsebine prepovedi diskriminacije glede na starost.

V prispevku bom preučil tezo, da v teoriji in praksi prevladuje usmeritev ustavnopravnega koncepta oziroma ustavnopravnega razumevanja prepovedi diskriminacije glede na starost, ki temelji na spoštovanju človekovega dostoj-

¹⁰ Tako lahko na primer pri izbiri partnerja posamezniki izločijo predstavnike posamezne rase, ali, če vzamemo starost, posameznike določene starosti, ker so po njihovem prepričanju premladi ali prestari, več v L. Alexander, nav. delo, str. 149–219 in 201.

janstva, pri razvoju katerega ima ključno vlogo pozitivni aktivizem nekaterih (ustavnih sodišč). Za ta namen bom predstavil prakso tistih sodišč, ki se že dlje časa srečujejo z vprašanji, povezanimi z diskriminacijo glede na starost (na primer Vrhovno sodišče Kanade), in prakso sodišč, ki svoje temelje razumevanja diskriminacije šele vzpostavljajo (na primer Sodišče EU in Ustavno sodišče RS). Odločitve teh sodišč temeljijo na splošnih in abstraktnih normah ustavnega ali zakonskega ranga, ki pogosto pustijo veliko maneverskega prostora zakonodajalcu, da področje podrobneje uredi. Po drugi strani pa dopuščajo razmeroma široke možnosti najvišjim sodiščem, da s svojimi razlagami bistveno pripomorejo k razumevanju prepovedi diskriminacije glede na starost. Slednja se v svojih argumentacijah največkrat sklicujejo na splošna pravna načela, človekove pravice in varstvo dostojanstva, saj je njihov pristop nefunkcionalen. Človekovo dostojanstvo je izvor človekovih pravic in se pogosto pojavi v preambulah mednarodnopravnih listin. Večkrat pa ga je v povezavi z različnimi človekovimi pravicami obravnavalo tudi Ustavno sodišče RS.¹¹ Prispevek argumentirano in empirično (s pomočjo sodb najvišjih sodišč) je prikaže, zakaj je sklicevanje na človekovo dostojanstvo ustrezen način za argumentacijo, ki nasprotuje neutemeljenemu in posplošenemu razlikovanju glede na starost.

2. IZVOR IN NAČELNA IZHODIŠČA

Prepoved diskriminacije glede na starost temelji na medsebojni povezanosti in soodvisnosti posameznih pravnih načel ter njihovem kaskadnem odnosu. Iz načela enakosti izvira načelo enakega obravnavanja, iz tega načelo enakega obravnavanja glede na starost in iz tega prepoved diskriminacije. O vrstnem redu od »izvornega načela« do zadnjega (pod)načela bi lahko razpravljali, vendar to tukaj ni bistveno. V vsakem primeru bi lahko vsebino vseh (pod)načel združili v enem samem splošnem načelu in to ne bi zmanjšalo pomena, kolikor bi to načelo pokrivalo vsebino več (pod)načel. (Pod)načela pokrivajo specifične vidike splošnega načela, vendar ni njihova veljava nič manjša, saj zaživijo z vzpostavitevijo (prek zakonodaje ali (ustavno)sodnih razlag) samostojno življenje in postanejo neločljiv del pravnega sistema. Sodišče EU (v nadaljevanju: SEU) je v zadevi *Mangold*¹² razvilo splošno načelo prepovedi diskriminacije glede na starost v pravu EU. Sčasoma je SEU razvilo obsežno sodno prakso in postalo vodilna sila evropske integracije na področju preprečevanja diskriminacije glede na starost. Na trenutke je pogumno, kot v odločitvi v zadevi *Mangold*, ki je marsikoga začudila.¹³

¹¹ L. Šturm nav. delo str. 362–367.

¹² Odločba SEU v zadevi C-144/04, *Werner Mangold proti Rüdigerju Helmu* z dne 22. novembra 2005.

¹³ A. Eriksson, nav. delo, str. 732.

S sprejetjem in prenosom Okvirne direktive¹⁴ so bili pred SEU postopoma sproženi prvi postopki, v katerih je slednje presojalo morebitne kršitve direktive in razlagalo njeno vsebino. Starost je bila, zanimivo, prva od »novih«¹⁵ podlag, ki jo je presojalo SEU, hkrati pa je bila tudi najpogostejše obravnavana.¹⁶ Krivec za to so predvsem nacionalna sodišča, ki so ob stiku z diskriminacijo zaradi starosti v spornih primerih velikokrat pošiljala predloge za sprejetje predhodne odločitve o nekem vprašanju na SEU. To je pripomoglo k podrobnejšemu vsebinskemu razčlenjevanju in razlagi določb evropske zakonodaje, ki ureja področje diskriminacije zaradi starosti. Prav ta »nejasnost«¹⁷ podlage je najverjetneje razlog za obsežno število primerov pred SEU v tako kratkem času po sprejetju in začetku veljavnosti Okvirne direktive.¹⁷ Sodbe SEU glede vprašanj za predhodno odločanje, v katerih razlaga evropsko zakonodajo, imajo učinek *erga omnes* in so še posebej pomembne zaradi svojega vpliva.¹⁸ Nekateri avtorji kot razlog številčnosti zadev navajajo širok obseg možnih naslovnikov, saj se starost, ki ni omejena na neko konkretno starost, veže ter velja za vse posameznike in člane družbe ter ne zgolj neko ožjo skupino.¹⁹ S to trditvijo se je mogoče strinjati zgolj z vidika števila vloženih (pri)tožb s strani posameznikov, nikakor pa ne z vidika razmeroma visokega števila ugotovljenih kršitev s strani SEU in upoštevajoč dejstvo, da na SEU veliko primerov napotijo nacionalna sodišča (in ne posamezniki), ki imajo težave pri razumevanju diskriminacije

¹⁴ Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, UL L 303, 2. december 2000.

¹⁵ Nove podlage so razumljene kot podlage, na katerih je prepovedana diskriminacija urejena z direktivami, sprejetimi po letu 2000, kot so rasa, narodnost, vera ali prepričanje, spolna usmerjenost, hendikepiranost in starost.

¹⁶ Nekateri avtorji omenjajo, da so od sprejema in implementacije Okvirne direktive, ki se nanaša tudi na vprašanje diskriminacije zaradi starosti pri zaposlovanju in delu, primeri pred SEU »rasli kot gobe po dežju«: do novembra 2011 je bilo v bazi SEU zabeleženih že 12 primerov v povezavi z diskriminacijo zaradi starosti (osem jih je bilo obravnavanih pred velikim senatom), dodatnih šest pa jih je čakalo na odločitev, kar je razmeroma visoko število, sploh upoštevajoč preostale podlage za diskriminacijo. Povzeto iz Dagmar Schiek, nav. delo, str. 777. Zdaj je njihovo število še naraslo, kar je razvidno iz nadaljevanja, kjer so predstavljene nekatere sodbe SEU.

¹⁷ Prav tam. Avtor omenja, da lahko za primerjavo vzamemo določbo o načelu enakega plačila ne glede na spol, ki je bilo vključeno v Rimsko pogodbo (1957), vendar se je prvi primer pred sodiščem pojavil šele 23 let po sprejetju.

¹⁸ V. Trstenjak, nav. delo, str. 167.

¹⁹ D. Schiek, nav. delo, str. 777 in 778, kjer se sklicuje na delo avtorjev Peter A. Riach in Judy Rich »An Experimental Investigation of Age Discrimination in the English Labor Market«, IZA Discussion Paper št. 3029 (2007), ki v zaključku navedeta, da: »another significant distinction in respect of age-based affirmative action is that, whereas whites never become black, and only rarely do males become female, the young do become old. In other words we should expect lesser hostility from the 'majority' group, as in this case they stand to benefit in their turn.«

zaradi starosti. Diskriminacija glede na starost je prevzela vodilno vlogo med novimi podlagami, prvič zaradi števila obravnavanih zadev (nekajkrat presega vse druge podlage), drugič zaradi vodenja primerov, saj jih je veliko odločeno v velikem senatu, in tretjič zaradi ustavnih inovacij v zadevah diskriminacije glede na starost (ki je v evropski zakonodaji pomanjkljivo opredeljena) in izgradnje vsebinske diskriminacijske arhitekture. Sleherni obravnavani primer je del še nedokončane sestavljanke, ki je prepoved diskriminacije glede na starost.²⁰

Starost je specifična podlaga. Neenakost situacij v povezavi s starostjo zahteva celo »nespoštovanje« načela enakega obravnavanja oziroma najmanj njegovo prožno uporabo. Ne moremo na primer terjati, da se upokojenca in otroka v vseh situacijah obravnava enako, saj nista primerljiva v bistvenih elementih in lastnostih. Kjer je starost bistvenega pomena za razlikovanje in je to upravičeno – ker starost povzroči bistveno razliko in vzpostavi neprimerljive situacije –, tam načelo enake obravnave zahteva, da neenakega ne obravnavamo enako.

Posameznikom različne starosti pripada enako dostojanstvo, vendar za kršitev dostojanstva enemu ali drugemu zadoščajo različni dogodki oziroma pogoji oziroma ukrepi oziroma omejitve. Posledično mora biti presoja individualizirana in se za vse ne more uporabljati enakega testa kršitve dostojanstva.²¹

Namen načel, povezanih s konceptom prepovedi diskriminacije glede na starost, je predvsem izničenje stereotipov in predsodkov, povezanih s starostjo, ter sočasno povečanje participacije delavcev na trgu dela.

Kolikor bolj odnos zakonodajalca temelji na ekonomskem in delovnopravnem vidiku diskriminacije glede na starost, toliko bolj je presoja sodišč zadržana in razlage restriktivne. Tipičen primer je presoja Vrhovnega sodišča ZDA. Podobno tudi novejša presoja SEU, ki je vsebino prepovedi diskriminacije najprej razlagalo zelo razvojno naravnano, vendar je pozneje ta pristop opustilo. To je delno posledica restriktivne sekundarne zakonodaje, ki ureja prepoved diskriminacije glede na starost, iz katere jasno izhaja namen zakonodajalca po njenem prožnem urejanju.²²

²⁰ C. Kilpatrick, nav. delo, str. 282.

²¹ Individualno testiranje (po smiselnih sklopih) ni problematično, če je narava testa taka, da ne krši dostojanstva posameznika. Podobno stališče je zavzelo tudi Vrhovno sodišče Kanade v zadevi *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 točka 217, ko je obravnavalo obvezno upokojevanje pilotov. Sodišče je menilo, da bi bilo tu primernejše individualno testiranje sposobnosti posameznih pilotov, ko dosežejo določeno starost, kot splošna blanketna norma, po kateri piloti po določeni starosti ne morejo opravljati več svojega poklica, saj se tako diskriminira pilote, ki so sicer svoj poklic sposobni še povsem kakovostno in varno opravljati.

²² V Okvirni direktivi 2000/78/SE z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu obstajajo izjeme oziroma upravičena razliko-

Zakonodaja je praviloma oziroma (bolje) večinoma omejena na osamljena družbena področja (zaposlovanje in delo); včasih se zaščita nudi le posameznim starostnim skupinam (na primer zaposlenim med 40. in 65. letom starosti). Izjem je veliko, prav tako možnosti za upravičeno različno obravnavanje glede na starost. Na drugi strani sodišča tam, kjer je pristop bolj ustavnopraven oziroma tesno povezan z vprašanji varstva človekovih pravic, načelom enakopravnosti in človekovega dostojanstva, presojuje področje prepovedi diskriminacije glede na starost bolj aktivistično in razvojno naravnano. Tako je na primer v Kanadi.

Ne glede na zakonodajalčev pristop je odnos sodišč – v primerjavi z nekaterimi drugimi podlagami – bolj zadržan, presoja upravičenih izjem pa ne pretirano stroga.²³ Za razvoj področja diskriminacijskega prava v povezavi s starostjo prek sodnih presoj je primernejši ustavnopravni pristop, pri katerem sodišča lažje utemeljijo vsebino prepovedi na podlagi abstraktnih, manj omejujočih ustavnih norm. Zakonodaja EU in sodna praksa SEU se ne sklicujeta toliko na prepoved diskriminacije kot na načelo enakega obravnavanja (angl. *equal treatment principle*), ki prepoveduje tako rekoč vse oblike diskriminacije, ki so prepovedane tudi drugod – neposredna in posredna diskriminacija ter še posebej nadlegovanje in navodilo, naj se neke osebe ne diskriminira.²⁴ Eden od najnovejših primerov je razvoj splošnega načela prepovedi diskriminacije starosti s strani SEU ali že ustaljena praksa Vrhovnega sodišča Kanade. Razumevanje obeh načel tako odpre široko polje proste presoje najvišjim sodiščem, ki skozi sodno presojo izražajo svoje politične poglede, ki jih mora zakonodajalec

vanja, ki se razlikujejo po različnih prepovedanih podlagah – starosti je namenjeno kar nekaj (največ) členov, ki upravičujejo razlikovanje na njeni podlagi. Če pustimo ob strani dejstvu, da je v hierarhiji starost »nižje«²⁵ že na podlagi dejstva, da je prepoved diskriminacije v skladu z Okvirno direktivo omejena le na področje zaposlovanja in dela ter da je starost ena od dveh podlag, na katerih so si države članice lahko izpogajale daljše (šestnamesto triletno implementacijsko obdobje), je v direktivi podvržena posebnemu režimu z mnogimi izjemami, na podlagi katerih je razlikovanje oziroma diskriminacija – celo neposredna – upravičena in dopustna.

²³ Tako je na primer presoja Vrhovnega sodišča ZDA v povezavi z diskriminacijo glede na starost zelo ohlapna v smislu, da dopušča veliko izjem, kdaj je razlikovanje oziroma diskriminacija na podlagi oziroma glede na starost dopustna, saj je za upravičenost razlikovanja glede na starost treba izkazati zgolj razumno povezavo do legitimnega javnega (državnega) interesa. Po mnenju sodišča spada starost v tretji razred podlag (*residual, normal class*), pri čemer je Vrhovno sodišče pri starosti v svojih odločitvah poudarilo (glej *Massachusetts Board of Retirement v Murgia*, 427 US 307, 1976, točka 313. Podrobneje tudi v H. Eglit, nav. delo, str. 884), da ta skupina ni bila izpostavljena »namernemu slabšemu obravnavanju skozi zgodovino ali bila podvržena predsodkom o nezmožnosti, ki so temeljili na nekih stereotipih, ki niso nujno izraz njihove sposobnosti«.

²⁴ Čeprav je lahko prav pri starosti upravičljiva tudi neposredna diskriminacija, kar nakazuje njen poseben status.

upoštevati v prihodnosti.²⁵ Odločitve najvišjih sodišč (na primer SEU) potrjujejo, da se je prepoved diskriminacije že uveljavila kot splošno pravno načelo.

3. ŠIROKE IZJEME IN UPRAVIČENO RAZLIKOVANJE KOT REZULTAT HIERARHIJE

Oblast si mora prizadevati vključevati posameznike brez nepotrebnih in arbitrarnih starostnih omejitev, ki bi jih izključile iz družbenega okolja ali jim kršile dostojanstvo.²⁶

Poenostavljeno je prepovedana diskriminacija nerazumna, nepravilna in ne-účinkovita.²⁷ Vendar je starost do neke mere bolj dovzetna za različno obravnavanje, kot enako. To nakazujejo tudi široke izjeme, kjer je diskriminacija (u) pravič(e)na, razumna in pripomore k učinkovitosti.

Trenutno prevladujoče razumevanje diskriminacije glede na starost (predvsem v Evropi, Kanadi, Avstraliji) je »slepo« za (konkretno) starost in se ne omejuje na določene starostne skupine oziroma meje. Prepoved diskriminacije glede na starost velja za vse starosti. Kljub temu dopušča veliko izjem, ko je razlikovanje upravičeno. S tem se manjša zavezanost načelu enakega obravnavanja v smislu enakega obravnavanja vseh, ne glede na starost. Ponekod dopušča celo slabše obravnavanje določene starostne skupine, saj je to velikokrat v korist druge starostne skupine, npr. obvezno upokojevanje v določenih primerih.²⁸ Po drugi strani v ZDA ADEA (*Age Discrimination in Employment Act*) omeju-

²⁵ J. Swift, nav. delo, str. 242.

²⁶ Zatrjevanje diskriminacije glede na starost se v praksi najpogosteje pojavi v povezavi z obveznim upokojevanjem (sodnikov, visokošolskih učiteljev, tožilcev, pilotov itd.), so primeri starostnih omejitev pogosti tudi na drugih področjih in niso omejeni zgolj na zgornjo starost. Starost kot predpogoj za pridobitev posamezne pravice ali opravljanje nekega poklica ali funkcije je poznana v povezavi z volilno pravico (običajno pogoj 18 let ali na primer 16 v Avstriji za splošne volitve), minimalno starostjo za nastop funkcije sodnika (sodniki rednih sodišč v Republiki Sloveniji 30 let in kandidati za sodnike mednarodnih sodišč ali Ustavnega sodišča RS 40 let (ZustS, Ur. l. RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12, 9. člen), sposobnostjo samostojnega odločanja o načinu zdravljenja (v Kanadi je meja 16 let, v zadevi *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181 z dne 26. junija 2009 pa je 14-letna deklica želela samostojno odločati). Podobni primeri se nanašajo na vprašanja delne in polne poslovne sposobnosti (praviloma so meje med 15 in 21 let), možnosti zaposlitve, nakupa nekaterih vrst izdelkov (alkohol in tobak) itd. Zakonodaja pogosto določa tudi, kdo je »mlad«. Zakon o javnem interesu v mladinskem sektorju (ZJIMS, Ur. l. RS, št. 42/10) na primer v 3. členu določa, da so »mladi« mladostniki in mlade odrasle osebe obeh spolov, stari od 15. do dopolnjenega 29. leta.

²⁷ J. Swift, nav. delo, str. 235.

²⁸ Prav tam, str. 242.

je zaščito na starejše od štirideset let. Večino zahtev na podlagi ADEA vložijo starejši beli moški, ki so zasedali dobre položaje, imeli visoke plače ter imajo politično in ekonomsko moč. ADEA je prvi trajnejši odmik od ustavnega modela diskriminacijskega prava na področju zaposlovanja in dela. To je razvidno iz širokih izjem (največ od vseh podlag), ki so dopustne pri starosti (pri rasi in spolu ne najdemo), in iz pomanjkanja stroge presoje s strani Vrhovnega sodišča ZDA. Prepoved diskriminacije glede na starost bo v prihodnosti ostala ožja od prepovedi diskriminacije glede na spol in raso, vse dokler bo starost družbeno bolj sprejemljiva v političnem in ekonomskem življenju. V ustavnem pravu ni potrebe po zaščiti starejših pred preostalo populacijo, saj bo slednja (večinoma) sama dočkala to starost.²⁹

EU je v preteklosti posvečala veliko pozornosti in aktivnosti predvsem podlagam, kot so rasa, invalidnost, državljanstvo, spol, kar je privedlo do pravne »hierarhije« med podlagami, kjer so bile naštet (še posebej zadnji dve) očitno privilegirane kategorije oziroma prepovedane podlage.³⁰ Omejitev prepovedi diskriminacije glede na starost na določena ožja področja, majhen obseg zakonodaje, ki jo opredeljuje skupaj z upoštevanjem veliko dopustnih izjem, ki dopuščajo zakonodajalcu, da razlikuje glede na starost (pri čemer uživa široko polje proste presoje), so jasen signal slehernega zakonodajalca o njegovem razumevanju starosti kot manj pomembne podlage, na kateri je prepovedana diskriminacija.³¹ Nacionalni zakonodajalci so zaradi širokega polja proste presoje, ki jim pripada lahko pri urejanju zadržani in konservativni. Vendar hierarhija enakosti, ki jo je vzpostavila EU, ni rezultat posebnega načrta, kako naj bo videti evropsko diskriminacijsko pravo, toliko kot je izraz politične pragmatičnosti (strah pred rasizmom, razpihovanjem nacionalnega sovraštva itd.).³²

Pristop, utemeljen na hierarhiji podlag (namesto horizontalnega pristopa), promovira tudi EU, kar izhaja iz Okvirne direktive, v kateri se prepoved diskriminacije glede na starost pogosto obravnava ločeno od preostalih podlag, zanj se predvideva daljše implementacijsko obdobje, široke izjeme, ima omejeno področje uporabe ipd. Pragmatičen pristop nudi različno stopnjo zaščite in način presoje podlag. Horizontalen pristop je mogoč le v odnosu do vprašanja kršitve dostojanstva posameznika. Tu ni bistvena podlaga za razlikovanje, ampak učinek tega (ne)upravičenega razlikovanja. Pri tem je treba vnovič omeniti, da ne gre za strogo hierarhičnost, temveč hierarhijo, utemeljeno na različnosti podlag in različni obravnavi pri presoji razlikovanj na različnih podlagah.

²⁹ George Rutherglen, *From Race to Age: The Expanding Scope of Employment Discrimination Law v Age and Equality Law*, M. Selmi (ur.), nav. delo, str. 121.

³⁰ M. Bell, nav. delo, str. 32.

³¹ Podobno opozarja S. Fredman, nav. delo (2001), str. 151.

³² L. Waddington in M. Bell, nav. delo, str. 610.

Izjeme prepovedi diskriminacije so praviloma določene bolj konkretno (na primer poklicne zahteve iz Okvirne direktive) in jih zakonodaja že sama izloči iz potrebe po sodni presoji, saj so jasnejše in določne ter ne povzročajo toliko dvomov kot abstraktno predvidene situacije upravičeno različnega obravnavanja, ki je podvrženo presoji, katere rezultat je odvisen od konkretnega primera. Za različno obravnavanje glede na starost velja, da se presoja zelo prožno – običajno je razmeroma preprosto prestati test, ki upravičuje diskriminacijo glede na starost.³³ Presoja upravičenega razlikovanja, ki sledi nekemu legitimnemu cilju, je posebej šibka – manj stroga. Izjeme služijo legitimiranju razlikovanja, namesto da bi ga naslavljal. Namen zakonodaje, ki ima veliko izjem, je očitno legitimirati večji obseg razlikovanja.³⁴ Ker ima zakonodaja, ki ureja prepoved diskriminacije glede na starost, veliko izjem, je vprašljiv namen zakonodajalca in njegova iskrenost pri poskusih preprečevanja diskriminacije glede na starost in težnja po zaščiti dostojanstvo posameznikov. To je lahko še posebej problematično, ker sta pri presoji zakonodaje s področja diskriminacije pogosto bistvena prav namen ali cilj zakonodajalca. Tudi izjeme in položaje, ki upravičujejo različno obravnavanje, je treba presojati od primera do primera, saj si med seboj niso enaki.³⁵ Legitimni cilji so deležni šibkejših, manj stroge presoje, vendar je legitimnost ciljev le prvi korak pri presoji, ali je različno obravnavanje glede na starost upravičeno, saj se podrejeno presojajo konkretni ukrepi – ali so nujni in primerni.³⁶ Ta presoja je strožja oziroma se

³³ V ZDA spada starost v (naj)manj zaščiteno skupino – nesumljiva podlaga –, saj nima negativnih zgodovinskih ozadij. Starost je kontinuum in lastnost, ki si jo vsi delimo in tako ne gre za vprašanje družbeno ogrožene, ranljive manjšine oziroma skupine. Posledično je sodna presoja soočena z odsotnostjo stroge presoje (ta je ohlapna, zadržana in elastična).

³⁴ V ZDA in EU obstajajo pri starosti široke izjeme. Te je treba razlagati ozko, restriktivno. Široke izjeme nakazujejo, da je starost najmanj problematična oziroma družbeno bolj sprejemljiva podlaga za razlikovanje.

³⁵ Tudi testi, ki presojajo upravičeno različnega obravnavanja glede na starost, morajo biti prilagojeni posamični situaciji, ki jo obravnavajo, saj so te lahko zelo različne. Vrhovno sodišče Kanade je večkrat opozorilo na potrebo po prilagajanju testov za ugotavljanje obstoja diskriminacije glede na starost konkretnim situacijam, ki se lahko med seboj bistveno razlikujejo. Tako stališče je Vrhovno sodišče zavzelo v več zadevah, na primer *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, [2008] 2 S.C.R. 604, 2008 SCC 45 z dne 18. julija 2008, *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297 z dne 21. decembra 1989 itd.

³⁶ SEU je v zadevi C-144/04, *Werner Mangold proti Rüdigerju Helmu*, z dne 22. novembra 2005 zavzelo stališče, da čeprav države članice uživajo široko diskrecijsko pravico pri določanju legitimnih ciljev, na primer socialne ali zaposlovalne politike, Okvirna direktiva nalaga obveznost, da države članice z veliko gotovostjo dokažejo legitimnost cilja, ki ga želijo doseči, in niso povsem svobodne niti pri določanju ciljev niti pri izbiri ukrepov, saj so vsi lahko podvrženi strogi presoji sodišč. Diskrecijska pravica namreč ne sme biti uprabljena na način, ki bi izničil bistvo izvajanja prepovedi diskriminacije glede na starost.

pri njej uporabi strogi test sorazmernosti, povezan z vprašanji, ali je razlikovanje potrebno oziroma nujno za zasledovanje oziroma doseg zasledovanega legitimnega cilja ter ali ukrep v najmanjši možni meri posega oziroma krši prepoved diskriminacije glede na starost. Tak test se uporablja v pravu EU, v katerem pa se praviloma ne presojajo kršitve dostojanstva.

Test obstoja diskriminacije glede na starost (upoštevajoč prakse različnih sodišč) ima dva izraza – prvi temelji na presoji kršitve človekovega dostojanstva in drugi na kršitvi bolj določnih zakonskih določb.³⁷ Ustavnopravno razumevanje bi moralo temeljiti na vprašanju kršitve dostojanstva posameznikov, kot izhaja iz presoje predvsem kanadskega Vrhovnega sodišča. Upoštevajoč, da je dostojanstvo zelo abstrakten pojem, načelo in človekova pravica, je ugotavljanje njegove kršitve (če sploh lahko govorimo o kršitvi, nekateri omenjajo le nespoštovanje) s pomočjo različnih testov težavno. Nekateri testi, ki so bili razviti v povezavi s kršitvijo dostojanstva in preostalimi prepovedanimi podlagami, niso primerni, saj ima starost nekatere posebnosti, na primer nima zgodovinskega ozadja. Starostne omejitve – da bi ustrezale zahtevi po spoštovanju človekovega dostojanstva – bi morale biti postavljene:

1. nearbitrarno – obstajati bi morali upravičeni, razumni, primerni in nujni razlogi, zakaj neke postaviti mejo, in
2. tako kot so možne široke izjeme od prepovedi diskriminacije glede na starost, bi morale obstajati izjeme, ki dopuščajo »spregled« neke starostne omejitve na individualni ravni. To se lahko doseže z individualnim testiranjem, ki ni problematično, dokler poteka na način, ki ne krši človekovega dostojanstva.³⁸ Individualno testiranje omejujejo predvsem pomisleki o

³⁷ Pri presoji diskriminacije glede na starost oziroma pri presoji upravičenega razlikovanja je bistveno predvsem, ali je starost bistveni in prevladujoči razlog za razlikovanje. Njene značilnosti so, da je zunaj kontrole posameznika (odsotnost izbire), nima zgodovinskega ozadja, je povezana s sposobnostjo posameznika (vendar se učinek na posameznike razlikuje) in je močno povezana s predsodki. Skupne značilnosti uporabljenih testov v odnosu do diskriminacije glede na starost so, da sodišča presojajo 1. ali obstaja razlikovanje glede na starost; 2. ali je starost bistveni, ključni razlikovalni element; 3. ali ukrepi, ki so podlaga za razlikovanje, sledijo legitimnemu cilju in so nujni, potrebni in sorazmerni za doseg cilja; in 4. ali ukrep krši dostojanstvo skupine ali posameznika. Če je starost podlaga za razlikovanje, je treba ugotoviti, ali razlikovanje sledi legitimnemu cilju, je potrebno, nujno in sorazmerno za doseg cilja, ter ugotoviti, ali krši dostojanstvo skupin in posameznikov, na katere se ukrep, ki uvaža oziroma podpira razlikovanje, nanaša.

³⁸ Absolutnega pravila v povezavi z individualnim testiranjem ni. Potrebna je presoja od primera do primera, od poklica do poklica, od situacije do situacije. »Testiranje« bi lahko v nekaterih situacijah posameznike podvrglo različnim ponižujočim oblikam testiranja, ki bi v primeru uspešno prestopa, še toliko bolj pa neuspešno opravljenega testa okrnili oziroma kršili dostojanstvo posameznika, kar pa je prav ena od bistvenih stvari, ki jih prepoved diskriminacije želi preprečiti – kršitev dostojanstva posameznika. Po mnenju Vrhovnega

problemu praktične izvedbe, ki je težavna in stroškovno neugodna, in ne toliko razmišljanja o kršitvi dostojanstva. Brez individualnega pristopa (v nekaterih primerih testiranja) lahko pridemo v situacijo, v kateri bo veliki večini, ki se ji sposobnost z leti ni toliko zmanjšala, kršeno dostojanstvo zaradi manjšine, ki ji je sposobnost (zaradi starosti) res toliko upadla, da morada na primer ni več sposobna (varno in kakovostno) opravljati poklica.³⁹

Na mestu je pomislek, ali bi bila sodišča zaradi manj stroge presoje preveč pripravljena sprejeti različna obravnavanja glede na starost kot upravičljiva, brez zadovoljivih dokazov na podlagi nekega »razumnega upravičenja razlikovanja«. SEU je zavzelo stališče, da čeprav države članice uživajo široko polje proste presoje, to ne pomeni, da niso podvržene visokim standardom dokazovanja legitimnosti zasledovanega cilja.⁴⁰ Kot že omenjeno, legitimni cilji niso dovolj – tudi ukrepi za njihovo uresničevanje morajo biti nujni in primerni.

Težnja po enakem obravnavanju glede na starost ni bistvena, saj obstajajo (široke) možnosti upravičenega razlikovanja med posamezniki in skupinami različnih starosti. Zakonodaja je tudi bolj »tolerantna« pri dopustnosti pozitivnih ukrepov kot tradicionalna zakonodaja s področja prepovedi diskriminacije. Pozitivni ukrepi na področju prepovedi diskriminacije glede na starost še dodatno razširijo krog možnih (upravičenih) izjem in so tako ena od podskupin upravičenega razlikovanja, ki so na področju prepovedi diskriminacije glede na starost bolj sprejemljivi kot druge.⁴¹ Tako je pri različnih starostnih skupinah upravičeno in dopustno (ne)enako obravnavanje na podlagi starosti, če neenako obravnavanje predstavljajo različni pozitivni ukrepi, ki so namenjeni uresničevanju načela (dejanske oziroma vsebinske) enakosti.⁴²

sodišča Kanade mora na primer delodajalec zadovoljivo izkazati, zakaj ni bila možna individualna obravnavna posameznikom med drugim na primer z individualnim testiranjem. Če obstajajo praktične rešitve ali alternative diskriminatorni praksi, ki bi jih delodajalec lahko uporabil, slednji ni ravnal razumno in upravičeno pri določanju poklicnih pogojev oziroma zahtev. Taka stališča (odvisno od obravnavane) je Vrhovno sodišče zavzelo v več obravnavanih zadevah, na primer *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209, *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 ipd.

³⁹ To povzroči situacijo, ko se omejuje sposobne posameznike zaradi domnev in fiktivnih posplošitev o nesposobnosti skupine. Sposobni postanejo žrtve – manjšina oziroma večina postane žrtev (domnevno) nesposobne večine, s čimer je pripadnikom manjšine oziroma večine kršeno dostojanstvo, saj so prikazani kot nesposobni, čeprav je to lahko daleč od resnice.

⁴⁰ B. Hepple, nav. delo, str. 64.

⁴¹ L. Barmes, nav. delo, str. 623, 633 in 634.

⁴² G. Strban, nav. delo, str. 372.

Diskriminacija glede na starost ni vedno prepovedana, vendar obstaja široko polje izjem, ki jo upravičujejo (upravičeno razlikovanje, pozitivna diskriminacija, poklicne zahteve, omejitve pri konkretnih pravicah, na primer pri volilni pravici itd.). Izjem je veliko več kot pri preostalih prepovedanih podlagah, vendar težko trdimo, da prevladujejo. Na normativnem področju so izjeme določene zelo abstraktno in široko. Njihova konkretizacija bo odvisna od zakonodajalčevih nadaljnjih aktivnosti in predvsem od presoje sodišč v konkretnih primerih. Sodna praksa se še razvija in nima celovito izdelanega odnosa do prepovedi diskriminacije glede na starost. Koncept je izmuzljiv, manjka pa mu natančnejša opredelitev. Sodišča ne smejo biti preveč zagnana pri poskusih opredeljevanja njegove vsebine, kar potrjuje spremenljiv odnos SEU in preostalih sodišč do starosti. Ker je razlikovanje večinoma širše družbeno sprejemljivo, ne pride vsako problematično razlikovanje v presojo sodišč. Vendar vsako razlikovanje glede na (konkretno) starost vzbudi dvom, medtem ko je razlikovanje glede na sposobnost ali zasluge posameznika redko opredeljeno kot diskriminatorno. Sodni presoji so podvržena le najbolj problematična različna obravnavanja in izjeme od prepovedi diskriminacije glede na starost. Razlikovanja, ki pridejo pred sodišče, so presojana manj strogo, ugotovljenih kršitev pa je malo.⁴³ Prevladujoči rezultati ohlapne sodne presoje širokih izjem prepovedi diskriminacije so dejansko postavili obrnjeno pravilo – razlikovanje glede na starost je dopustno, razen v situacijah, ki so arbitrarne, nerazumne in neupravičene. Teh je zaradi narave starosti kot prepovedane podlage malo, prepoved diskriminacija pa se nanaša na omejene situacije. Vendar to ne zadostuje za spregled splošnega in abstraktnega pravnega načela »prepovedi diskriminacije glede na/zaradi starosti«.

4. RAZUMEVANJE KONCEPTA STAROSTI

Starost je osebna okoliščina *sui generis*, ki je zunaj kontrole posameznika, kar bi praviloma zahtevalo strožjo presojo, vendar je okoliščina, ki zgodovinsko ni potisnila nobene družbene skupine v slabši položaj, kot velja na primer za pod-

⁴³ To še zlasti velja za presojo pred Vrhovnim sodiščem ZDA, saj je za upravičenost razlikovanja glede na starost treba izkazati zgolj razumno povezavo do legitimnega javnega (državnega) interesa. To je tudi posledica dejstva, da sodi starost v tretji razred prepovedanih podlag za diskriminacijo, kjer je presoja upravičenega razlikovanja manj stroga, normalna. Te podlage nimajo zgodovinskega ozadja, prav tako pa obstaja povezava med podlago in sposobnostjo posameznika. Vrhovno sodišče ZDA je v še vedno aktualni zadevi *Massachusetts Board of Retirement proti Murgia*, 427 U.S. 307, 1976 (v M. Sargeant, nav. delo (2006), str. 4.) celo sprejelo stališče, da »**starost** [kronološko višja starost] ne opredeljuje ločene, samostojne ali omejene skupine [...], ki potrebuje posebno zaščito pred večinskim političnim procesom. Je namreč stopnja, ki jo bo dosegel vsak od nas, če živimo normalno življenjsko dobo.«

lage, kot sta spol in rasa. Vrhovno sodišče Kanade je pri starosti kot prepovedani podlagi celo poudarilo, da ta skupina ni bila izpostavljena »namerni slabši obravnavi skozi zgodovino ali bila podvržena predsodkom o nezmožnosti, ki so temeljili na nekih stereotipih, ki niso nujno izraz njihove sposobnosti«. ^{44, 45}

Starost je tudi abstraktna in kompleksna lastnost slehernega posameznika, saj nihče ne more uiti poteku kronološke ure. Kot podlaga je spremenljiva, dinamična in statična – staranje kot proces je gotovo, neizbežno dejstvo. Vsi smo deležni tako pozitivnih kot tudi negativnih posledic (vendar različno, saj je staranje, čeprav poteka z isto hitrostjo, nepredvidljivo v učinkih na posameznike) različnih življenjskih obdobj, zato ne sproža toliko negativnih čustev kot nekatere druge podlage, ki so kulturno in zgodovinsko pogojene, na primer versko prepričanje ali spol.

Zaradi lastnosti, ki bodo predstavljene v nadaljevanju, se diskriminacija glede na starost presoja manj strogo. Starost velikokrat deluje negativno v povezavi s preostalimi prepovedanimi podlagami in kot pospeševalec (in povzročitelj) večkratne diskriminacije (na primer starejše ženske ali starejši istospolno usmerjeni). Na to je treba biti pozoren, saj je treba to upoštevati pri presoji, da ne bo starost izgovor za manj strogo presojo tam, kjer ta ni na mestu. Ker nam zakonodaja ne ponudi opredelitve starosti, jo je treba razumeti v najširšem možnem smislu. Tako je prepovedana diskriminacija na konkretni, dejanski, absolutni, relativni, kronološki, biološki, domnevni in še kateri vrsti starosti. Starosti tako ne gre razumeti kot absolutne (ali konkretne) starosti, temveč je slednja lahko tudi relativna, na primer starostna razlika ali razkorak med posamezniki. ⁴⁶ Obstajajo izjeme, pri katerih je zaščita omejena na določeno starostno strukturo ali skupino (na primer že omenjena ADEA v ZDA ⁴⁷). Presoja je posledično prožna, starost pa ni zaščiten.

Najširša možna zaščita se zrcali v dejstvu, da je starost edina prepovedana podlaga za diskriminacijo, po kateri je zaščiten sleherni posameznik, saj spada sleherni posameznik v krog zaščitenе skupine – tako bi moralo veljati vsaj za zakonodajo, ki temelji na ustavnopravnem razumevanju prepovedi diskriminacije brez nepotrebnih omejitev. Vendar je namen zaščititi šibkejše pripadnike družbe pred neupravičenim razlikovanjem in ne vseh. Vsaka starostna (pod)skupina se sooča s svojimi težavami – posameznik v nekem časovnem

⁴⁴ *Massachusetts Board of Retirement v Murgia*, 427 US 307, 1976, točka 313. Podrobneje v H. Eglit, nav. delo, str. 884.

⁴⁵ M. Connolly, nav. delo, str. 22–24.

⁴⁶ Podobno trditev je zagovarjala pravobranilka Sharpston v mnenju k zadevi C-427/06, *Bartsch*, z dne 23. septembra 2008, točke 96–98.

⁴⁷ Age Discrimination in Employment Act of 1967 (Pub. L. 90-202).

obdobju lahko pripada zgolj eni. Starostne skupine med seboj so zelo različne – po sposobnostih (na primer nimajo vse poslovne sposobnosti), izkušnjah, pridobljenih pravicah itd. Edino logično je, da je razlikovanje med njimi dopustno; navsezadnje je treba različno obravnavati različno. Seveda se posamezniki po izkušnjah, sposobnostih itd. razlikujejo tudi znotraj starostnih skupin. Iz te preproste logike izhaja dejstvo, da so razlikovanja med starostnimi skupinami dopustna, kolikor niso arbitrarna oziroma kolikor meja, ki je določena za razlikovanje, ni arbitrarno določena, temveč je razumna, sledi nekemu legitimnemu cilju in razlikovanje ni nesorazmerno v smislu, da je tako, ki je nujno potrebno in primerno.

Vrhovno sodišče Kanade razume starost kot enako pomembno prepovedano podlago vendar narava starosti zahteva drugačno, različno obravnavo. Ne gre za razmerje bolj/manj pomembne, hierarhično višje/nizje, več/manj vredne podlage, temveč za različnost med podlagami. Načelo enakosti med različnimi podlagami se zrcali v tem, da se lahko različne podlage obravnava različno. Vrhovno sodišče Kanade starost obravnava kot enakovredno preostalim podlagam, presoja upravičenosti različnega obravnavanja na njeni podlagi pa je presojana manj strogo in bolj prožno, upoštevajoč njeno specifično naravo.

5. SPREMEMBA V PRISTOPU IN STAROSTNE OMEJITVE

Primarno so bile različne oblike pozitivne diskriminacije in varstvo pred diskriminacijo vezani na ogrožene in šibkejše družbene skupine, kot so otroci (oziroma ponekod tudi mladoletne – v odnosu do polne poslovne sposobnosti) in starejši (na primer starejši delavci). Demografske spremembe zahtevajo premislek o tem, katere starostne skupine v družbi, v kateri prevladujejo starejši posamezniki, so tiste, ki potrebujejo (dodatno) zaščito, saj so starejši posamezniki tisti, ki bodo imeli (oziroma že imajo) tako politično kot tudi materialno moč v družbi in nikakor niso več »ogrožena« manjšina, temveč družbena večina. Zavržiti je treba stereotype o nesposobnosti ali nezmožnosti starejših, saj to ne more biti več merilo za dodatno zaščito.

Starost ima časovni in univerzalni element ter ne spada v kategorijo zaščite šibkejših manjšin.⁴⁸ S potekom časa gre namreč vsak posameznik (praviloma) skozi celotno življenjsko obdobje normalnih starosti.

Odstranitev »konkretne« starosti (na primer nad 40 let) pomeni odstop od klasičnega delovnopravnega odnosa do diskriminacije glede na starost, katerega poglobljena namena sta spodbujanje ohranitve in participacije na aktivnem

⁴⁸ C. Jolls, nav. delo, str. 64.

trgu dela starejših ali vzpostavitev starostno mešane delovne sile (na primer z obveznim upokojevanjem in ohranitvijo zaposlitve starejših). Odstranitev starostnih omejitev je korak v smeri ustavnopravnega koncepta prepovedi diskriminacije, ki razume prepoved diskriminacije glede na starost neodvisno od starosti, saj priznava, da je lahko sleherni posameznik žrtev svoje dejanske ali domnevne starosti ali mladosti na različnih družbenih področjih na način, ki krši njegovo dostojanstvo – cilj je zaščita dostojanstva posameznika pred različnimi stereotipi in predsodki.

Problem ni v starostnih mejah tam, kjer so te upravičene, problem so starostne meje, ki niso upravičene in za katere ni nobene prepričljive potreba po njihovem obstoju. Drugi problem je v situacijah, v katerih je starostna meja upravičena v določitvi konkretne starosti. Tu je potrebna določena mera diskrecije, pri čemer je treba paziti, da se ne ruši družbeno medgeneracijsko ravnotežje – da se čezmerno ne obremeni zgolj ene generacije. Danes so te generacijske delitve presežene. Pristop, ki nekaterim starostnim skupinam zagotavlja privilegije, drugim pa obveznosti, je zastarel.

Kako je mogoče, da smo v različnih obdobjih svojega življenja podvrženi različni zaščiti pred zakonom? Včasih se je ščitilo le določeno starostno skupino, na primer otroke, starejše delavce kot ranljivo oziroma šibkejšo družbeno skupino – zdaj so po ustavah zaščiteni vsi. Kronološka starost posameznika ni nikoli abstraktna ali relativna, temveč je konkretna, njeni učinki na posameznike pa so lahko relativni, saj starost na različne posameznike različno učinkuje, različno pa se lahko oziroma celo mora obravnavati različno. Starost kot merilo oziroma podlaga za razlikovanje temelji predvsem na domnevah in posploševanju ter ocenjevanju učinkov na vse brez upoštevanja konkretnih in posamičnih situacij. Tako povzroči prav to, čemur se prepoved diskriminacije poskuša izogniti, in sicer razlikuje na podlagi nekih stereotipov in predsodkov, ki so pri posameznikih lahko daleč od resničnega stanja, in povzroči na ravni posameznika neupravičeno razlikovanje, saj slednji trpi negativne posledice na podlagi neresničnih domnev. Posledično sposobnejši posamezniki postanejo žrtve »manj oziroma nesposobne« večine. Primerno bi bilo, da prvi dokažejo svojo sposobnost, da se jim prizna določene pravice brez posega v njihovo dostojanstvo zaradi neupravičenega pripisovanja nesposobnosti. To je svojevrsten pristop, ko štiti večino na račun manjšine.

6. PRESOJA USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE

Ustavo sodišče se je večkrat srečalo z vprašanjem diskriminacije glede na starost. Običajno je starost pomenila omejitev za zasedbo nekega delovnega mesta

ali funkcije (visokošolskega učitelja, sodnika mednarodnih sodišč, tožilca).⁴⁹ Nedvomno najpomembnejša zadeva je U-I-146/12-35,⁵⁰ ki jo je sprožil Varuh človekovih pravic, ki je izpodbijal 188. člen Zakona za uravnoteženje javnih financ (ZUJF)⁵¹ zaradi kršitve prepovedi diskriminacije na podlagi spola in starosti iz 14. člena (načelo enakopravnosti) Ustave RS v povezavi z 49. (svo-boda dela) in 66. členom (avtonomija državnih univerz in visokih šol) Ustave RS. Ustavno sodišče je ugotovilo diskriminacijo glede na spol, ne pa glede na starost. Ustavno sodišče je poudarilo, da je »prepoved diskriminacije univer-zalno mednarodnopravno načelo«⁵² ter da:

»je obstoj načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti kot splošno načelo prava Unije, ki je bilo na področju zaposlovanja in dela konkretizirano z Direktivo 2000/78/SE in Direktivo 2006/54/ES, [...] priznalo tudi SEU«

in da Okvirna direktiva:

»državam članicam pušča široko polje presoje za upravičeno različno obravnavanje na podlagi starosti na področju zaposlovanja in trga dela, saj se v nacionalnem pravu lahko predvidijo primeri različnega obravnavanja zara-di starosti«,

če so ti objektivno in razumno utemeljeni z legitimnim ciljem, načini uresničevanja pa so nujni in primerni. Ključna za presojo sta bila 1. ustavno dopusten cilj in 2. skladnost z načelom sorazmernosti⁵³ kot enim od načel pravne države. Ustavno sodišče vidi temeljni namen ZUJF v »zagotovitvi vzdr-žnosti javnih financ in zmanjšanju izdatkov proračuna«. Cilj zakonodajalca naj bi bil deloma doseči zmanjšanje števila zaposlenih v javnem sektorju, deloma pa spremeniti starostno strukturo javnih uslužbencev.⁵⁴ Obstoj več ciljev ne

⁴⁹ Tako se je Ustavno sodišče Republike Slovenije srečalo z vprašanjem obveznega upokojevanja univerzitetnih profesorjev in tožilcev v zadevah U-I-22/94 z dne 25. maja 1995, Ur. l. RS, št. 13/94, 39/95, Odl. US IV, 52, U-I-292/05 z dne 14. decembra 2006 in U-I-146/12-35 z dne 14. novembra 2013. Zgornja dovoljena starost za opravljanje poklica pa ni edina sporna starostna omejitev. Včasih so sporne tudi spodnje oziroma minimalne omejitve za zasedbo nekega položaja ali delovnega mesta. Glede minimalnega starostne-ga pogoja v Republiki Sloveniji za sodnike mednarodnih sodišč glej zadevo U-I-120/04, z dne 1. julija 2004, Ur. l. RS, št. 82/04 in Odl. US XIII, 52.

⁵⁰ Odločba U-I-146/12-35 z dne 14. novembra 2013.

⁵¹ Ur. l. RS, št. 40/2012. Člen 188 ZUJF je določil novo obliko prenehanja pogodbe o zaposlitvi za javne uslužbenke.

⁵² Odločba U-I-146/12-35 z dne 14. novembra 2013, točka 28.

⁵³ Podrobneje o načelu sorazmernosti v ustavnosodni presoji glej Aleš Novak, Pred-postavke načela sorazmernosti v ustavnosodnem odločanju, v (Ustavno)sodno odloča-nje, Matej Acceto, Marijan Pavčnik in Aleš Novak (ur.), GV Založba, Ljubljana 2013, str. 103–182.

⁵⁴ Odločba U-I-146/12-35 z dne 14. novembra 2013.

sme odvrniti od dejstva, da je varčevanje prevladujoči cilj, rdeča nit ZUJF, kar izhaja že iz naslova zakona. Morda ZUJF zasleduje tudi druge cilje, ki jih je mogoče najti z inventivno razlago, vendar je dejstvo, da je varčevanje prevladujoči. Za druge bi morali obstajati prepričljivi argumenti, ki bi jih dejstva in izkazane posledice podpirale (česar pri uravnoteženju starostne strukture ni). Podatki iz Centralne kadrovske evidence organov državne uprave (so pomanjkljivi, saj zajemajo le približno četrtino vseh javnih uslužbencev) ne govorijo v prid medgeneracijski razporeditvi delovnih mest ter ugodni in spremenjeni starostni strukturi javnih uslužbencev. Kot legitimen cilj, ki upravičuje različno obravnavanje glede na starost, pa je vzdržnost javnih financ lahko le v komplementarnem odnosu z drugimi legitimnimi cilji, ki morajo biti prepričljivo izkazani in ne nepomembni. Ustavno sodišče je zavzelo stališče o obstoju več ciljev, saj po praksi SEU sklicevanje oziroma »soobstoj več ciljev ne ovira obstoja legitimnega cilja«, kar pomeni, da je Ustavno sodišče poleg cilja zagotovitev vzdržnih javnih financ upoštevalo tudi cilj vzpostavitve ugodne starostne strukture javnih uslužbencev in cilj preprečitve morebitnih sporov o sposobnosti zaposlenega za opravljanje dela po določeni starosti.⁵⁵ Poleg varčevanja in menjave generacij je po mnenju sodišča tretji cilj »preprečitev sporov o tem, ali je zaposleni sposoben opravljati delo po določeni starosti«, kar:

»lahko pomeni hud poseg v osebno integriteto zaposlenih, ki so bili v svoji aktivni dobi lahko zelo uspešni, pa jim pešanje moči v starosti onemogoča doseganje minimalnih delovnih rezultatov, s čimer se težko sprijaznijo«.⁵⁶

Ustavno sodišče je zgrešeno določilo za legitimni cilj nekaj, kar ščiti manjšino, ki morda ni več sposobna kakovostno opravljati svojega dela in je stereotipno sklepalo ter posplošilo domnevo, da sposobnost upade pri vseh starejših delavcih. Starost ne sme biti merilo za sposobnost; če nekdo ni sposoben opravljati dela, je po Zakonu o delovnih razmerjih razlog za redno odpoved pogodbe o zaposlitvi nesposobnost. Težko zagovarjam stališče, da je cilj legitimen, saj s tem izgubimo kakovostne javne uslužbenke zgolj zaradi dejstva, ker so dosegli neko starost. Tako je kršena osebna integriteta (in dostojanstvo) sposobnim javnim uslužbencem, ki so se prisiljeni upokojiti (ali zaposliti zunaj javnega sektorja) na podlagi golega dejstva, da so dosegli neko starost. Ustavno sodišče v odločbi meni, »da poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja sledi ustavno dopustnim ciljem in s tega vidika ni nedopusten«.⁵⁷ Ukrep obveznega upokojevanja bi bil primeren, če ne bi bilo hkratne omejitve zaposlovanja, kar ima negativne posledice predvsem za mlade, ki vstopajo na trg

⁵⁵ Prav tam, točka 48.

⁵⁶ Prav tam, točka 54.

⁵⁷ Prav tam, točka 55.

zaposlovanja in dela, ter za že zaposlene mlade, ki se jih dodatno obremenjuje. Poleg tega se dodatno obremenjuje pokojninsko blagajno, ki jo bodo morali vzdrževati mladi.

Zanimiva in vredna podrobnejše obravnave so tri odklonilna ločena mnenja, ki nakazujejo na neenotno razumevanje prepovedi diskriminacije in služijo s svojimi argumenti kot pomemben prispevek k morda različnemu razumevanju prepovedi diskriminacije od večinskega stališča Ustavnega sodišča. Sodnica dr. Etelka Korpič-Horvat meni, da prenehanje delovnega razmerja (obvezna upokojitve) ni nujna niti potrebna, temveč celo škodljiva in nesorazmerna. Nesorazmernost ukrepa se ne kaže zgolj v finančnih posledicah, temveč je treba upoštevati tudi »nepremoženjski vidik, ker gre za poseg v ustvarjalne sposobnosti človeka, v njegovo bistvo, v osebnost, v poseg v njegovo dostojanstvo.«⁵⁸ Po mnenju sodnice dr. Jadranke Sovdat v obravnavani zadevi gre za diskriminacijo glede na starost, »ki z večinsko odločitvijo ostaja v pravnem redu.«⁵⁹ Ustavno sodišče je zadržano oziroma restriktivno presojalo vsebino prepovedi diskriminacije glede na starost. Kljub obsežni razpravi in razlagam, ki so nam na voljo v obravnavani zadevi, iz odločbe ni mogoče razbrati bistvenih ustavnopravnih konceptov prepovedi diskriminacije glede na starost, saj je večina razprave usmerjena v (selektivno) uporabo prakse SEU. Na posameznih delih – predvsem tistih, ki se sklicujejo na človekovo dostojanstvo, razmerje in ravnotežje med generacijami in starostnimi skupinami ipd. – je mogoče zaznati indice, ki nakazujejo smer za prihodnje razprave. Prepričljivo argumentirana ločena mnenja najmanj vzbujajo dvom v sprejeto večinsko odločitev, ki bi bila verjetno v spremenjenih družbenih okoliščinah (neobstoj finančne in gospodarske krize) drugačna.

7. DOSTOJANSTVO, STAROST, INDIVIDUALIZIRANA OBRAVNAVA IN SKLEPNE UGOTOVITVE

Koncept dostojanstva je bil vedno (vsaj) v delu temelj modernih političnih in moralnih teorij vse od časa razsvetljenstva.⁶⁰ Človeška bitja so si enaka po dostojanstvu in enakovredna, kar je moderno razumevanje enakosti. Moralna enakost človeških bitij pa izhaja iz pridobitev razsvetljenstva.⁶¹ Vsem ljudem, ne glede na morebitne biološke ali drugačne razlike, pripada enako dostojan-

⁵⁸ Prav tam, točka 18.

⁵⁹ Odklonilno ločeno mnenje sodnice dr. Jadranke Sovdat k odločbi št. U-I-146/12 z dne 14. novembra 2013, točka 1.

⁶⁰ Herbert Spielberg, *Human Dignity: A Challenge to Contemporary Philosophy*, 9 *Philosophy Forum* 39, 1971, v: D. G. Réaume, nav. delo, str. 675.

⁶¹ R. Etinski, I. Krstić, nav. delo, str. 31.

stvo. Hkrati se poskuša »vsebinsko« vsebinske enakosti zapolniti s sklicevanjem na človekovo dostojanstvo, saj naj bi diskriminacija pomenila kršitev dostojanstva tistim posameznikom, ki so različno obravnavani na podlagi nekaterih osebnih okoliščin.⁶² Včasih lahko v poskusu podajanja opredelitve enakosti s pomočjo dostojanstva izgubimo kompas ter se znajdemo v blodnjaku še bolj abstraktnega pojma in njegovih pomenov. Abstraktnost človekovega dostojanstva ima tako različne pomene za različne sodnike.⁶³

Dostojanstvo, ki pripada slehernemu človeku, ima pomembno vlogo pri pojasnjevanju naše zavezanosti k načelu enakosti. Ker vsem pripada (enako) dostojanstvo, nam to daje povod, da vse posameznike obravnavamo enako. Človekove lastnosti (na primer razum) so tiste, zaradi katerih se človeku pripisuje dostojanstvo.⁶⁴ Bistvo ustavnopravne prepovedi diskriminacije glede na starost pa je prav v varovanju posameznikovega dostojanstva, ki ga slednji uživa in mu pripada ne glede na starost.⁶⁵ Je temelj pri analizi (predvsem vsebinske) enakosti.⁶⁶ Starost sama po sebi kot podlaga za razlikovanje ne povzroča (pre) močnih negativnih čustev.

Veliko starostnih mej je ključnih v posameznikovem življenju, saj vplivajo na njegove pravice in obveznosti. Meje so praviloma široko družbeno sprejemljive in imajo dolgo časovno oziroma zgodovinsko ozadje. Zrelost, ki je tesno povezana s polnoletnostjo, ima zgodovinske vzroke. V določeni starosti – polnoletnosti – se posameznik na podlagi domneve zrelosti šteje za zrelega in polnopravnega člana družbe v smislu, da mu pripadajo pravice in dolžnosti v najširšem obsegu – postane polno poslovno sposoben. Od takrat dalje v celoti sam odgovarja za svoje počette in dejanja. Obstajajo nekatere izjeme, na primer delna poslovna sposobnost. To se spremeni le, če se posamezniku dokaže nesposobnost, ki zanika domnevo sposobnosti. Posameznik lahko namreč kljub izpolnjevanju starostnih pogojev na podlagi odločitve sodišča (p)ostane poslovno nesposoben – tu se pojavi individualiziran pristop oziroma obravnava posameznika. Na abstraktni in splošni zakonski ravni je nemogoče individualizirati starostne meje, saj gre za splošne norme. Te iz takih ali drugačnih praktičnih razlogov temeljijo na posploševanju in domnevah obstoja zrelosti oziroma sposobnosti ob nastopu določene starosti. S tem se nekaterim posameznikom tudi krši dostojanstvo, saj se jih kljub njihovi morebitni dejanski

⁶² Glej S. Fredman, nav. delo (2002), str. 568; in D. G. Réaume, nav. delo, str. 645.

⁶³ E. Grabham, nav. delo, str. 653.

⁶⁴ N. M. Smith, nav. delo, str. 122.

⁶⁵ O transcendentalnem oziroma metafizičnem izvoru človekove enake vrednosti in dostojanstva glej tudi M. Cerar, nav. delo, str. 17–29.

⁶⁶ D. G. Réaume, nav. delo, str. 671.

zrelosti šteje za nezrele ali nesposobne. To velja tako za mlajše posameznike, ki se jim ne prizna volilna pravica, kot tudi za starejše, ki se jih »obvezno« upo-koji. Nekateri posamezniki v obeh starostnih skupinah so zato prikrajšani za nekatere pravice na podlagi domnev o njihovi (ne)sposobnosti, ki niso nujno resnične. Posledica posploševanja, ki temelji na predsodkih in stereotipih, je kršitev dostojanstva teh posameznikov, ki so v družbi označeni za nesposobne (na primer opravljati neko delo), čeprav je to morda daleč od resnice. Edina možna rešitev (v praksi sicer težje izvedljiva) je individualiziran pristop, v katerem bi se s testiranjem ali kako drugače pri slehernem posamezniku preverilo njegove sposobnosti za opravljanje nekaterih nalog. Tak pristop je bil vpeljan na primer v povezavi s pridobitvijo voznškega dovoljenja, ki ga posameznik ne dobi samodejno ob dopolnitvi določene starosti, temveč mora uspešno opraviti tudi »preizkus sposobnosti«. Ti pomisleki jasno pokažejo, zakaj je v razmerju do starosti toliko pomembnejše vprašanje dostojanstva posameznikov kot vprašanje načela enakosti. V odnosu do starosti namreč ni primerno, da posameznike iste starosti obravnavamo enako, saj se posamezniki iste starosti razlikujejo v svojih sposobnostih. Zakonsko predviden individualni pristop je tako edina rešitev, ki bi odpravila kršitve dostojanstva posameznikov, ki so prisotne v družbi zaradi pravno oziroma zakonsko predpisanih splošnih starostnih mej. Dostojanstvo je kršeno posameznikom, ki so različno obravnavani zaradi nekaterih osebnih lastnosti, toda ker pripada vsem posameznikom enako dostojanstvo, moramo praviloma obravnavati vse posameznike enako, ne glede na nekatere osebne lastnosti, ki jih imajo. Starost različno vpliva na sposobnosti posameznikov. Razlikovanje oziroma različno obravnavanje je tu lahko upravičeno. Posledično bi morali v odnosu do starosti dati večjo težo dostojanstvu kot načelu enakosti.

Problem sklicevanja na dostojanstvo je, da je samo dostojanstvo abstrakten pojem. Vprašanje se poraja predvsem v razmerju starost–sposobnost–dostojanstvo. Zanimiv je pristop Vrhovnega sodišča Kanade, ki se vedno, ko ugotovi obstoj diskriminacije glede na starost, sklicuje na dostojanstvo oziroma njegovo kršitev.⁶⁷ Po mnenju Vrhovnega sodišča Kanade:

»enakost pomeni, da naša družba ne more tolerirati zakonskih razlikovanj, ki obravnavajo nekatere ljudi kot drugorazredne državljane, jih ponižujejo, jih imajo za manj sposobne brez dobrega razloga, ali drugače žalijo osnovno človekovo dostojanstvo.«⁶⁸

⁶⁷ D. G. Réaume, nav. delo, str. 648 in 659; in M. Connolly, nav. delo, str. 9.

⁶⁸ Odločba Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *Law v Canada* [1999] 1 SCR 497 točka 51, v: Sandra Fredman, Evropska komisija, *Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India*, str. 51.

Isto sodišče je zavzelo stališče, da je:

»človekovo dostojanstvo ranjeno z nepravilno obravnavo, utemeljeno na osebnih okoliščinah ali lastnostih, ki niso povezane s posameznikovimi potrebami, sposobnostmi ali zaslugami«

in s svojo prakso prepričljivo opredelilo dostojanstvo kot temelj enakosti. Presoja kršitev dostojanstva je neločljiv del ustavne presoje kršitve prepovedi diskriminacije glede na starost.

SEU v svoji praksi, ko presoja prepoved diskriminacije glede na starost, dostojanstvo redko omenja. SEU se zaveda, da podlage vendarle niso enake in so lahko stereotipi, povezani s starostjo, v posamičnih primerih upravičeni – potreba po individualni obravnavi obstaja, vendar je EU ubrala bolj pragmatičen pristop posploševanja (celo) na račun kršenja dostojanstva nekaterih posameznikov. Razlikovanja glede na starost so v družbi (upoštevajoč prakso SEU) potrebna in pogosto upravičena, celo za ceno kršitve dostojanstva posameznikov ali skupine (na primer obvezno upokojevanje), če različno obravnavanje sledi objektivno in razumno utemeljenemu legitimnemu cilju ter so načini uresničevanja tega nujni in primerni.

Individualni testi sposobnosti spremljajo posameznika pravzaprav skozi vse življenje, od različnih testov fizične sposobnosti do preizkusov, izpitov, različnih izpolnjevanj pogojev za vpise na želene izobraževalne ustanove, testov pred zaposlitvijo, ocenjevanja dela med zaposlitvijo, za ugotavljanje možnosti napredovanja itd. V času življenja je posameznik soočen s preizkusi in preizkušnjami, ki jih mora prestati, če želi ohraniti svoj položaj ali napredovati. Taki preizkusi spodbujajo posameznikov razvoj, da ne pride do stagnacije. Težava ni v testiranju posameznikov, na primer pri obveznem upokojevanju, ali so še sposobni opravljati poklic, težava je (lahko) v naravi preizkusa, če bi bil ta sestavljen oziroma oblikovan tako, da bi kršil dostojanstvo posameznikov, ki bi mu bili podvrženi. Ne gre le za dostojanstvo posameznikov, katerih dostojanstvo bi bilo lahko kršeno, če testov ne bi uspešno prestali, temveč je v vsakem primeru kršeno dostojanstvo posameznikov, ki se jim odvzame sama možnost udeležbe na testu, na katerem bi lahko dokazali svojo sposobnost. Tako se tem posameznikom dejansko krši dostojanstvo, saj se jim odvzame neka pravica na podlagi domneve, da so nesposobni opravljati delo, izpitov se ne opravlja, ker bi lahko posegli v dostojanstvo tistih, ki jih ne bi prestali. Ker smo posamezniki skozi vse življenje podvrženi različnim oblikam testiranja, ni nobenega razloga, da se na primer pred upokojitvijo ne bi udeležili še enega testa – vendar bi moral biti ta prostovoljen. Posameznik bi se lahko brez testa upokojil po lastni izbiri, če bi izpolnjeval pogoje za polno pokojnino, lahko pa bi se odločil opraviti test – če bi bili rezultati uspešni, bi posameznik lahko nadaljeval delo.

Taki testi se v samem bistvu ne razlikujejo od testov sposobnosti in ocenjevanj dela v zgodnejših življenjskih in delovnih obdobjih.

V družbi si je treba prizadevati zavreči stereotipe in iskreno poskusiti obravnavati posameznike neodvisno od starosti, kot posameznike, ki si zaslužijo priznanje na podlagi njihovih talentov in sposobnosti, saj spoštovanje dostojanstva slehernega člana družbe zahteva vsaj to.⁶⁹ Namen ustavnega varstva pred diskriminacijo je preprečevanje kršitve osnovnega človekovega dostojanstva in svobode, skozi uvajanje slabših pogojev, stereotipov, družbenih ali političnih predsodkov ter za spodbujanje nastanka družbe, v kateri vsi posamezniki uživajo enako veljavo pred zakonom, kot človeška bitja in člani družbe, enako sposobni in enako vredni skrbi, spoštovanja in upoštevanja.⁷⁰

Kot smo videli, enakost ni enoten koncept, temveč obstajajo različni koncepti, ki se razlikujejo v opredelitvah, odvisno od ciljev, ki jih zasledujemo – Fredman (2003) trdi, da je v odnosu do starosti »temeljni cilj enakosti zagotavljanje enake (možnosti) participacije vseh v družbi, utemeljen na spoštovanju dostojanstva slehernega posameznika.« Enakost v odnosu do starosti vzbudi še posebej kompleksna vprašanja, saj je prepoved diskriminacije na različnih podlagah zgodovinsko služila ukinitvi predsodkov in zaščiti družbeno slabše stoječih manjšin brez politične ali ekonomske moči (temnopolti prebivalci ZDA, ženske itd.). Starost tem merilom ne ustreza. Nekatera razlikovanja niso diskriminatorna, zato je glavni izziv diskriminacije glede na starost spoznanje ločnice med še upravičenim razlikovanjem in diskriminacijo. Cilji enakosti bi morali slediti težnji po uresničevanju možnosti avtonomne odločitve posameznika, varstvu posameznikovega dostojanstva, povečanju participativne demokracije in socialne vključenosti.⁷¹ Bistvo načela enakosti ne glede na starost je tako v spodbujanju človekovega dostojanstva, izbire in participacije.

»V srcu prepovedi diskriminacije se skriva priznanje, da je po naši ustavi treba vsem človeškim bitjem, neodvisno od položaja v družbi, priznati enako dostojanstvo. To je kršeno, ko se posameznika neupravičeno diskriminira.«⁷²

Pragmatičen ekonomski pristop (ohranitev delavcev v zaposlitvi) in vidik človekovih pravic (konec stereotipov in predsodkov ter varstvo dostojanstva) sta pogosto odvisna od situacij, ki jih urejata. Edina alternativa, ki ne krši člove-

⁶⁹ Odločba Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483 z dne 6. decembra 1990.

⁷⁰ Sodnik J. Iacobucci v obrazložitvi odločbe Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *Law v. Canada*, [1999] 1 SCR 497, točka 51.

⁷¹ S. Fredman, nav. delo (2003), uvod in str. 37.

⁷² *Kate O'Regan v. S. proti Makawanyane*, 1995 (6) BCLR 665 (CC), točka 329 v B. Hepple, nav. delo, str. 15.

kovega dostojanstva zaradi njegove starosti, je individualna obravnava posameznika ne glede na starost – vse drugo je posploševanje, ki vsaj za manjši del prebivalstva pomeni kršitev dostojanstva. Starost je mlada podlaga brez zgodovinskega ozadja, kompleksna, zapletena, njena vsebina je večinoma še neznanka. Razvoj ustavnopravne prepovedi diskriminacije glede na starost, ki je z roko v roki s človekovim dostojanstvom, je neizogiben.

To, da v teoriji in praksi zadnjih let vse bolj prevladuje ustavnopravno razumevanje prepovedi diskriminacije glede na starost, ki se pri presoji sklicujejo tudi na človekovo dostojanstvo, potrjuje praksa nekaterih najvišjih sodišč (na primer Vrhovno sodišče Kanade),⁷³ ki upošteva spoštovanje človekovega dostojanstvo kot ključen element vsebine prepovedi diskriminacije glede na starost. Do ustaljene prakse nas tako loči le še nekaj korakov.

Literatura:

- Larry Alexander: What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes and Proxies, v: University of Pennsylvania Law Review, 141 (1992) 1.
- Lizzie Barmes: Equality Law and Experimentation: The Positive Action Challenge, v: Cambridge Law Journal, 68 (2009) 3.
- Mark Bell: Anti-Discrimination Law and the European Union. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Allan R. Brewer-Carias: Constitutional Courts as Positive Legislators – A Comparative Law Study. Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- Miro Cerar: Narava in pomen človekovih pravic, v: Miro, Cerar, Maja Smrkolj in Jon Jamnikar (ur.): Dokumenti človekovih pravic z uvodnimi pojasnili. Mirovni Inštitut in Društvo Amnesty International Slovenije, Ljubljana 2002.
- Michael Connolly: Discrimination Law. Sweet & Maxwell Ltd., London 2006.
- Howard Eglit: Old Age and the Constitution, v: Chicago-Kent Law Review, 57 (1981) 4.

⁷³ Vrhovno sodišče Kanade je dostojanstvo postavilo kot temelj vsebinske presoje kršitev prepovedi diskriminacije glede na starost, saj je zaščita človekovega dostojanstva temeljni namen zakonodaje, ki prepoveduje diskriminacijo. Tako na primer J. McLachlin v: *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418 o namenu, točka 131: »to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of merit, capacity, or circumstance.«

- Andrea Eriksson: European Court of Justice: Broadening the Scope of European Nondiscrimination Law, v: *International Journal of Constitutional Law* (Oxford Journals), 7 (2009) 4.
- Rodoljub Etinski, Ivana Krstić: *EU Law on the Elimination of Discrimination*. Maribor, Beograd 2009.
- Sandra Fredman: *Equality: A New Generation*, v: *Industrial Law Journal* (Oxford Journals), 30 (2001) 2.
- Sandra Fredman: *Discrimination Law*. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Sandra Fredman: *Age as an Equality Issue – Legal and Policy Perspectives*. Hart Publishing, Oxford in Portland, Oregon 2003.
- Richard B. Freedman: (Some) Inequality Is Good for You, v: David B. Grusky in Tamar Kricheli – Katz (ur.): *The New Guilded Age – The Critical Inequality Debates of Our Time*. Stanford University Press, Stanford 2012.
- Emily Grabham: *Law v. Canada: New Directions for Equality Under the Canadian Charter*, v: *Oxford Journal for Legal Studies*, 22 (2002).
- Bob Hepple: *Equality – The New Legal Framework*. Hart Publishing, Oxford in Portland, Oregon 2011.
- Cristine Jolls: *Hands-Tying and the Age Discrimination in Employment Act*, v: Michael Selmi (ur.): *Age and Equality Law*, Ashgate Publishing Ltd., London 2013.
- Claire Kilpatrick: *The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New EU Discrimination Law Architecture*, v: *Industrial Law Journal* (Oxford Journals), 40 (2011)3.
- Helen Meenan in drugi: *Equality Law in an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*. Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Denise G. Réaume: *Discrimination and Dignity*, v: *Louisiana Law Review*, 63 (2003).
- Malcolm Sargeant: *Age Discrimination in Employment*. Gower Publishing Ltd., London 2006.
- Malcolm Sargeant: *The Law on Age Discrimination in the EU, Studies in Employment and Social Policy*. Kluwer Law International, 2008.
- Dagmar Schiek: *Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical issues*, v: *Common Market Law Review*, 48 (2011) 3, str. 777–799.
- Steve Scrutton: *Ageism, The Foundation of Age Discrimination*, v: Evelyn McEwen: *AGE – the Unrecognised Discrimination – Views to Provoke a Debate*. Age Concern. London 1990.

Nicholas Mark Smith: Basic Equality and Discrimination – Reconciling Theory and Law, 2011.

Jonathan Swift: Justifying Age Discrimination, v: Industrial Law Journal (Oxford Journals), 35 (2006) 3.

Grega Strban, v: Matej Accetto, Marijan Pavčnik in Aleš Novak (ur.): (Ustavno)sodno odločanje. GV Založba, Ljubljana 2013.

Lovro Šturm (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije. Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2010.

Verica Trstenjak: Novejša sodna praksa Sodišča EU na področju prepovedi diskriminacije pri zaposlovanju, v: Delavci in delodajalci, X (2010) 2-3.

Minichiello Victor, Jan Browne, Hal Kendig: Perceptions and Consequences of Ageism: Views of Older People, v: Ageing and Society, 20 (2000) 3.

Lisa Waddington in Mark Bell: More Equal Than Others: Distinguishing European Union Equality Directives, v: Common Market Law Review, 38 (2001).