Mnenje in priporočila ZSDS v zvezi s problematiko »obveznih« testiranj in/ali cepljenj zaposlenih zoper Covid-19

V zadnjem času v Združenju svetov delavcev Slovenije (ZSDS) dobivamo čedalje več vprašanj o zakonitosti in dopustnosti enostranskih odredb nekaterih delodajalcev o »obveznem« kolektivnem testiranju vseh njihovih zaposlenih glede Covid-19, in sicer pod grožnjo takšnih in drugačnih delovnopravnih sankcij za tiste, ki bi to testiranje morda odklonili, kar pomeni, da lahko v tem smislu utemeljeno govorimo o neke vrste ***(posrednem) »prisilnem« testiranju****. Kajti grožnja z izgubo službe in s tem eksistenčnih pogojev ima za mnoge zaposlene v končni fazi v bistvu povsem podobne učinke kot bi jih imela morebitna prisilna privedba na testiranje.*

Že zdaj pa se enaka vprašanja pojavljajo tudi v zvezi z nekaterimi razmišljanji in razpravami o ***možnih bodočih – prav tako »prisilnih« – cepljenjih zaposlenih****, ki bi si jih v okviru posplošene in pogosto tudi zlorabljene načelne fraze o »odgovornosti delodajalcev za zagotovitev varnega in zdravega delovnega okolja za svoje zaposlene« utegnili v prihodnje omisliti nekateri delodajalci. Zlasti tisti, katerih delovni procesi vključuje tudi delo in neposreden stik s strankami in drugimi osebami.*

* * *

V zvezi s tem smo v združenju že v mesecu decembru 2020 oblikovali svoje okvirno načelno stališče, da gre za **protipravne prakse,** ki so sporne tako z vidika njihove skladnosti z Ustavo RS (v njenih določbah o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, zlasti še glede varstva nedotakljivosti človekove telesne in duševne integritete) kot tudi z vidika njihove skladnosti z veljavno zakonodajo s področja delovnih razmerij in varnosti pri delu ter boja proti nalezljivim boleznim. Obenem pa smo v zvezi s tem posebej zaprosili tudi za mnenje Ministrstva za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (MDDSZ), na podlagi katerega bi lahko kot Združenje svetov delavcev Slovenije (ZSDS) potem sprejeli tudi **dokončno načelno stališče** do te problematike ter ustrezna **priporočila za ravnanje svetov delavcev** v tovrstnih primerih. To mnenje Ministrstva smo pred nedavnim tudi prejeli in je

(skupaj z našim odzivom oziroma komentarjem) objavljeno na spletni strani združenja na naslovu: https://www.delavska-participacija.com/wp-content/uploads/2021/01/Mnenje-MDDSZ-o-prisilnem-testiranju-in-celjenju-delavcev-na-Covid-19-z-odzivom-ZSDS.pdf.

POVZETEK

1. *Vsestransko podpiramo prizadevanja delodajalcev za povečanje varnosti pred okužbami s covid-19 na delovnem mestu med drugim tudi s pomočjo organiziranih brezplačnih testiranj in/ali cepljenj za vse svoje zaposlene, vendar pa je na drugi strani treba striktno varovati ustavno zagotovljeno pravico posameznikov do nedotakljivosti njihove telesne in duševne integritete (35. člen Ustave RS). Zato so ti varstveni ukrepi pri posameznih delodajalcih ne glede na njihovo nesporno individualno in splošno družbeno »koristnost« dopustni le, če se izvajajo dosledno na »prostovoljni« podlagi in brez groženj z delovnopravnimi sankcijami za primer morebitne odklonitve s strani posameznikov (krivdna odpoved pogodbe o zaposlitvi, disciplinski ukrepi ipd.).*
2. *Ni pravne podlage za različno obravnavanje testiranj in cepljenj v tem smislu – v obeh primerih gre po definiciji iz Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP) za tipičen »medicinski poseg«, ki je dopusten samo s privolitvijo posameznika, ali pa, če je kot obvezen izrecno določen z zakonom. Obveznih/prisilnih testiranj in cepljenj za covid-19 pa (vsaj zaenkrat) ne določa noben zakon ali drug na njegovi podlagi izdan predpis (npr. letni program cepljenj po 22. v zvezi s 25. členom Zakona o nalezljivih boleznih, ki ga določi minister za zdravje), torej pomenijo protiustaven poseg oziroma ukrep. Zgolj izjave o varnosti z oceno tveganja kot »splošni akti« posameznih delodajalcev v nobenem primeru ne morejo biti podlaga za odrejanje obveznega testiranja ali cepljenja zaposlenih kot »medicinskega posega«, kajti v pravni državi splošni akti delodajalcev ne morejo določati kot delovno obveznost delavcev nekaj, kar pomeni nedopusten poseg v ustavne pravice posameznika.*
3. *Delodajalec ima v primeru odklonitve testiranja/cepljenja vsekakor pravico ravnati samozaščitno in konkretnim posameznikom odrediti delo na domu ali čakanje na delo doma, kar pa seveda ne sodi med delovnopravne »sankcije«. Ker gre za varstvo ustavnih pravic posameznikov, ki ga je dolžna zagotavljati država, bi bila država načeloma dolžna v teh primerih delodajalcem v celoti refundirati tudi izplačana nadomestila plač.*
4. *Zaradi nekaterih voluntarističnih pravnih razlag, po katerih naj bi bili tovrstni protiustavni posegi, zlasti obvezno testiranje (pa tudi cepljenje), vendarle možni in pravno v zadostni meri pokriti s »splošnim« načelom iz 5. člena Zakona o varnosti in zdravju pri delu (ZVZD-1) o »dolžnosti delodajalcev« zagotavljati varno in zdravo delo (ta zakon naj bi bil torej po teh interpretacijah nad ustavo!), v praksi na tem področju trenutno vlada popolna zmeda in anarhija. Vlada RS bi zato morala to stanje nemudoma »presekati« (namesto da reševanje teh načelnih dilem prelaga na delodajalce same) z ustreznim interventnim predpisom, s katerim bi tovrstne ukrepe delodajalcem (tudi za primer covid-19) bodisi izrecno prepovedala bodisi izrecno dovolila in istočasno zanj zagotovila tudi ustrezno zakonsko podlago (ki pa bo lahko podvržena tudi morebitni ustavnosodni presoji).*
5. *Sveti delavcev naj torej zaposlene kolikor mogoče spodbujajo k udeležbi na morebitnih testiranjih in cepljenjih, ki jih organizirajo njihovi delodajalci, vendar pa morajo po drugi strani načelno dosledno braniti tudi ustavno pravico vsakega*

posameznika, da udeležbo (brez morebitnih delovnopravnih sankcij) po svoji presoji odkloni.

6. *Zelo majhen, širše gledano skoraj zanemarljiv odstotek tistih, ki so po izkušnjah iz dosedanje prakse odklonili organizirana kolektivna testiranja na covid-19, ne utemeljuje morebitnih resnejših razmišljanj o uvedbi zakonsko obveznega testiranja na covid-19. Boj proti tej bolezni kaže zato tako na splošno graditi predvsem na promocijskih in spodbujevalnih ukrepih, ne na pravnih zapovedih in sankcijah zoper posamezne »kršilce«. Ali če parafraziramo nedavno izjavo ministrice za izobraževanje ob množičnem testiranju šolnikov: »glavna sankcija je lastna moralna odgovornost in vest«.*

I. Pravno mnenje in predlog Vladi RS

Predsedstvo Združenja svetov delavcev je na podlagi dodatne proučitve tudi omenjenega mnenja MDDSZ v zvezi s to problematiko izoblikovalo naslednje

n a č e l n o s t a l i š č e i n p r e d l o g:

1.
Močno podpiramo napore številnih delodajalcev za ohranitev proizvodnje in s tem tudi delovnih mest v teh kriznih razmerah ob hkratnem zagotavljanju kolikor mogoče varnih delovnih pogojev za delavce v skladu z določili Zakona o varnosti in zdravju pri delu (ZVZD-1), kamor med drugim vsekakor sodijo tudi organizirana brezplačna kolektivna preventivna testiranja in cepljenja zaposlenih zoper Covid-19. Svetom delavcev zato **izrecno priporočamo**, da se v svojih sredinah tudi aktivno angažirajo pri promociji čim širše udeležbe na teh testiranjih in cepljenjih med zaposlenimi ter delodajalcem, ki se odločijo, da jih bodo omogočili, zagotavljajo tudi vsestransko organizacijsko pomoč in podporo. Nobenega dvoma namreč ni, da ta na splošno vsekakor koristen varnostni ukrep iskreno podpira tudi velika večina zaposlenih, zavedajoč se, da je to tudi brez dvoma v njihovem osebnem – individualnem in kolektivnem – interesu, tako zdravstvenem kot ekonomskem. Sveti delavcev torej nikakor **ne morejo zagovarjati, še manj spodbujati** morebitno odklanjanje omenjenih testiranj in cepljenj s strani zaposlenih.

2.
Vendar pa je na drugi strani (če res hočemo »pravno državo« z zagotovljenim doslednim varstvom ustavnosti in zakonitosti) nesporno treba **dosledno spoštovati tudi ustavno varovane človekove pravice** vseh tistih posameznikov, ki iz takšnih ali drugačnih osebnih razlogov ta ukrep dojemajo kot nesprejemljiv poseg v pravico do nedotakljivosti svoje telesne in duševne integritete po 35. členu Ustave RS. To njihovo pravico morajo zato vsekakor sveti delavcev **striktno braniti** pred kakršnimkoli morebitnim sankcioniranjem s strani delodajalcev. Na podlagi specialnega zakona[1] namreč med tiste posege, ki so pravno nedovoljeni brez privolitve posameznika ali izrecne zakonske podlage, sodijo tudi **vsi medicinski posegi**, kamor že po definiciji[2] spadajo tudi preventivna testiranja in cepljenja

[1] Zakon o pacientovih pravicah – ZPacP (Uradni list RS, št. 15/08, 55/17 in 177/20).

[2] *» Medicinski poseg je vsako ravnanje, ki ima preventivni, diagnostični, terapevtski ali rehabilitacijski namen in ki ga opravi zdravnik, drug zdravstveni delavec ali zdravstveni sodelavec.«* (Deseta točka prvega odstavka 2. člena Zakona o pacientovih pravicah – ZPacP)

zoper nalezljive bolezni[3]. Zato **decidirano zavračamo** možnost enostranskega odrejanja »obveznih« oziroma »prisilnih« testiranj in cepljenj s strani posameznih delodajalcev in s tem kot morebiten pravno dopusten ukrep v boju proti okužbam z novim koronavirusom na delovnih mestih.

3.
Iz navedenih razlogov, ki jih sicer podrobneje utemeljujemo še v nadaljevanju, lahko delodajalci ta preventivni ukrep **izvajajo izključno le na prostovoljni podlagi** brez kakršnihkoli morebitnih groženj z delovnopravnimi sankcijami zaradi domnevne kršitve delovnih obveznosti (krivdne odpovedi pogodbe o zaposlitvi, disciplinski postopki ipd.) za zaposlene, ki želijo omenjene svoje ustavne pravice v dani situaciji tudi dejansko realizirati. Vsak delodajalec ima namreč za te primere načeloma na razpolago tudi ustrezne **»samozaščitne« ukrepe** (npr. prepoved sodelovanja delavcem brez opravljenega testa v delovnem procesu, kar seveda ni nikakršna delovnopravna »sankcija«), s katerimi lahko učinkovito prepreči morebitno zdravstveno ogrožanje drugih zaradi spoštovanja ustavnih pravic enih.

4.
Vladi RS pa predlagamo, da to čedalje bolj aktualno in perečo problematiko (namesto da se zaenkrat do nje načelno sploh ne opredeljuje in breme odločanja glede vseh v nadaljevanju opisanih odprtih dilem na ta način še naprej v celoti prelaga na ramena delodajalcev samih, zaposlene pa pušča v negotovosti glede njihovih dejanskih tozadevnih ustavnih in zakonskih pravic in dolžnosti) **nemudoma – tako ali pa drugače – razreši s posebnim interventnim zakonom, odlokom oziroma drugim predpisom**, ki bo delodajalcem omenjeno protipravno prakso enostranskega odrejanja »prisilnih« testiranj in/ali cepljenj za njihove zaposlene:

- ***ali (posebej in izrecno tudi za primer Covid-19[4]) prepovedal in ustrezno sankcioniral*****,** istočasno pa rešil tudi vprašanje načina zagotavljanja morebitnih nadomestil plače delavcem za čas čakanja na delo doma v primerih, ko se ti skladno s svojimi ustavnimi pravicami ne bodo pripravljeni prostovoljno testirati, delodajalec pa jim bo iz tega razloga začasno prepovedal sodelovati v delovnih procesih;
- ***ali pa izrecno dovolil*** in jim v tem primeru zagotovil tudi ustrezno pravno podlago za njegovo izvajanje, ki je zdaj preprosto (še) ni oziroma (še) ne obstaja, istočasno pa določil način možnega sankcioniranja posameznikov v primeru nespoštovanja njihove takšne odredbe.

Zdajšnja situacija, ko se pojavljajo različne, medsebojno celo nasprotujoče si pravne interpretacije veljavnih predpisov, in ko se delodajalci in delavski predstavniki v praksi pač kakor vedo in znajo sami otepajo s tovrstnimi pravnimi dilemami, je namreč čedalje bolj **anarhična in tudi izrazito škodljiva**.

---

[3] Stališča, po katerih naj bi lahko med nedopustne posege v nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti upravičeno šteli le »cepljenje«, ne pa tudi »testiranje«, nima pravne podlage. Nasprotno. Po zgoraj citirani definiciji iz ZPacP gre tudi pri testiranju zoper Covid-19 za tipičen medicinski poseg., pri čemer velja posebej opozoriti, da pri teh posegih z vidika njihove ustavnosti ne gre spregledati, da ima vsak tak poseg tudi svojo duševno, ne zgolj fizično dimenzijo. Ne po eni in ne po drugi testiranj zagotovo ni mogoče izvzeti iz kategorije medicinskih posegov, ki so dopustni le s privolitvijo posameznika ali pa na izrecni zakonski podlagi, ki jih eventualno določa kot »obvezne« preventivne ukrepe za preprečevanje širjenja nalezljivih bolezni. Te pa zaenkrat ni prav nobene.

[4] Ta prepoved sicer nedvoumno izhaja že iz zgoraj navedenih »splošnih« določil ustave in zdravstvene zakonodaje, ki se nanašajo na vse tovrstne primere, vendar pa, kot kaže, nekaterim to ne zadostuje za opustitev omenjenih protipravnih praks, dokler ne bo to tudi izrecno urejeno prav za covid-19.

U t e m e l j i t e v:

1.
Načelna nedopustnost »medicinskih posegov« brez izrecne zakonske podlage

Vsak medicinski poseg, kamor seveda, kot rečeno, vsaj zaenkrat nesporno sodi tudi morebitno preventivno testiranje in/ali cepljenje zoper nalezljive bolezni[5], nedvomno pomeni poseg v nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, zavarovane s 35. členom Ustave RS[6]. V zvezi s tem je torej treba dosledno spoštovati pravico vsakega posameznika odločati o samem sebi, kar pomeni, da so **tovrstni posegi načeloma dovoljeni le s posameznikovo privolitvijo, v nasprotnem pa le v primerih in pod pogoji, ki jih posebej določa zakon** (kot je, na primer, »obvezno« cepljenje celotnega ali določenih kategorij prebivalstva).[7] Iz tega načela pri urejanju obravnavane problematike izhaja celotno zdravstveno pravo, vključno z veljavnim Zakonom o pacientovih pravicah (ZPacP) in Zakonom o nalezljivih boleznih (ZNB).

2.
Pogoji za »obvezno« cepljenje po Zakonu o nalezljivih boleznih

Veljavni ZNB, ki ureja nalezljive bolezni ter ukrepe za njihovo preprečevanje in obvladovanje, je glede vprašanja dopustnosti morebitne odreditve obveznih oziroma prisilnih cepljenj delavcev zoper Covid-19 pri posameznem delodajalcu popolnoma jasen. In sicer, po tem zakonu **noben delodajalec ni pooblaščen in pristojen po lastni presoji odrediti obveznega cepljenja zoper Covid-19 za svoje zaposlene** (bodisi prek svoje izjave o varnosti z oceno tveganja bodisi z drugim enostranskim pravnim aktom in pod grožnjo delovnopravnih sankcij). Zakon je namreč v prvem odstavku svojega 22. člena v zvezi s 25. členom, kjer jasno določa kdo, v katerih in pod kakšnimi pogoji lahko odredi obvezno cepljenje (izven teh primerov pa je kakršnakoli morebitna odreditev takšnega cepljenja, denimo, s strani posameznih delodajalcev za njihove zaposlene prozi bolezni, glede katere je razglašena epidemija, seveda izključena in pravno absolutno nedopustna), **nedvoumen**. Glasi pa se konkretno takole:

»Obvezno je cepljenje:

- *proti hemofilusu influence b, davici, tetanusu, oslovskemu kašlju, otroški paralizi, ošpicam, mumpsu, rdečkam in hepatitisu B;*
- *proti steklini, rumeni mrzlici, trebušnemu tifusu, klopnemu meningoencefalitisu, gripi, tuberkulozi in drugim nalezljivim boleznim, če obstajajo določeni epidemiološki razlogi in tako določa program iz 25. člena tega zakona.«* (Prvi odstavek 22. člena ZNB)

»Letni program cepljenja in zaščite z zdravili ter pogoje in način izvedbe letnega programa določi minister, pristojen za zdravje, na predlog Inštituta za varovanje zdravja Republike Slovenije. Letni program določi tudi izvajalce ter način nabave in razdeljevanja cepiv ter specifičnih imunoglobulinov.« (Prvi odstavek 25. člena ZNB)

---

[5] Vsaj dokler morda ne bo medicinska znanost morda izumila takšnih testiranj in cepljenj, ki po omenjeni definiciji ne bosta več »medicinski poseg« in ju bo lahko izvajal kdorkoli.

[6] Tega ukrepa zato v razpravah o njegovi pravni dopustnosti in »pravicah« delodajalcev v zvezi z njim nikakor ni mogoče primerjati, denimo, s preizkusom alkoholiziranosti na delovnem mestu, kar lahko že v osnovi zavede k popolnoma napačnim sklepom.

[7] *»(2) Pacientu, ki je sposoben odločanja o sebi, brez njegove poprejšnje svobodne in zavestne privolitve na podlagi prejetih pojasnil iz 20. člena tega zakona ni dovoljeno opraviti medicinskega posega oziroma zdravstvene obravnave, razen v primerih, ki jih določa zakon.«* (Drugi odstavek 26. člena ZPacP)

Primerov »prisilnih« cepljenj za zaposlene, odrejenih kar s strani posameznih delodajalcev, zagotovo ni mogoče uvrstiti pod te določbe. Takšno odločitev lahko (ob predpostavki, da Covid-19 pravno vendarle lahko uvrstimo med »gripe« po prvi alineji zgoraj citirane določbe prve alineje prvega odstavka 22. člena ZNB) sprejme **izključno le minister za zdravje na predlog NIJZ**.

Pri tem je treba v izogib morebitnemu možnemu izigravanju oziroma vsaj »relativiziranju« teh predpisov v praksi posebej opozoriti, da ***Pravilnik o varovanju delavcev pred tveganji zaradi izpostavljenosti biološkim dejavnikom pri delu*** *(Uradni list RS, št. 4/02, 39/05, 43/11 – ZVZD-1 in 168/20)* za primere »splošne epidemije« kot je, denimo, tudi ta s Covid-19, **ne velja** (izven tega pa velja samo za tiste delodajalce, pri katerih je izpostavljenost delavcev biološkim dejavnikom del njihovega »rednega« delovnega procesa). Na ta pravilnik kot podlago za takšno ali drugačno ukrepanje se torej v zvezi z aktualno epidemijo Covid-19 ne more sklicevati noben delodajalec.

3.

»Obvezna« množična testiranja zaenkrat nimajo prav nikakršne pravne podlage

Za razliko od obveznih cepljenj pa obvezna množična oziroma splošna testiranja nimajo sploh nobene pravne podlage in jih – vsaj zaenkrat – **ne more pravnoveljavno odrediti nihče, še najmanj pa posamezni delodajalci za svoje zaposlene.** V zvezi s tem so zato pravno popolnoma brezpredmetna tudi vsa razmišljanja o možnosti takšnega ali drugačnega **delovnopravnega sankcioniranja tistih, ki vanj ne privolijo**. Ali, če glede tega parafraziramo nedavno izjavo ministrice za izobraževanje ob množičnem testiranju šolnikov, *»glavna sankcija je lastna moralna odgovornost in vest«.*

Dejstvo je namreč, da ZNB o kakršnemkoli testiranju sploh niti ne govori, zgoraj navedeni Pravilnik o varovanju delavcev pred tveganji zaradi izpostavljenosti biološkim dejavnikom pri delu pa ga sicer omenja kot možen ukrep, vendar pa, kot rečeno, za primere epidemij ne velja. Povedano pa je že bilo, da noben medicinski poseg brez pacientove privolitve pravno ni dopusten, razen če ni določen z zakonom. In ta ni!

4.

ZVZD-1 nikakor ne omogoča sprejemanja »protiustavnih« varnostnih ukrepov

Prav tako je nesporno, da se v zvezi z morebitno enostransko odreditvijo obveznega (prisilnega) testiranja ali cepljenja za svoje zaposlene pod grožnjo uporabe sankcij za kršitev delovnih obveznosti **delodajalci ne morejo sklicevati na svojo »splošno« dolžnost (in s tem tudi pristojnost za avtonomno določanje »optimalnih« ukrepov!) glede zagotavljanja varnega delovnega okolja ZVZD-1**[8]. Ta zakon jih namreč v zvezi s sprejemanjem avtonomnih ukrepov s tega področja v nobeni od svojih določb ne odvezuje dolžnosti spoštovanja temeljnih načel ustave ali določil veljavne zdravstvene in druge zakonodaje glede varstva ustavnih »človekovih pravic« zaposlenih. Ali povedano drugače, tudi pod plaščem omenjene načelne odgovornosti delodajalcev za izvajanje ukrepov varnosti in zdravja pri delu pač **ni dovoljeno vse**, kar bi se utegnilo komu zdeti koristno po načelu »cilj opravičuje

[8] Govorimo o močno razširjenem, a malce preveč poenostavljenem in zato po našem mnenju nesprejemljivem pravnem stališču, da kolikor delodajalec ukrep »obveznega« kolektivnega testiranje določi v svoji Izjavi o varnosti z oceno tveganj, kar naj bi bila njegova avtonomna pravica po 5, členu ZVZD-1, to avtomatično predstavlja delovno obveznost delavca po 35. členu ZDR-1, s tem pa tudi podlago za delovnopravno sankcioniranje morebitne odklonitve testiranja.

sredstvo«. ZVZD-1 namreč ni nikakršen »zakon nad zakoni«, zato kajpak nihče ne more svojih pravic in/ali dolžnosti iz tega zakona **uresničevati s kršitvijo ustave in drugih zakonov**.

Tega tudi ni mogoče opravičiti z nobenim, še tako močnim **ekonomskim interesom**, ne zasebnim in ne širšim družbenim. Kajti ta ni in tudi ne more biti vedno »absolutna prioriteta«. Obstajajo namreč tudi močnejše univerzalne civilizacijske in pravne vrednote (med njimi je vsekakor tudi že nekajkrat omenjena nedotakljivost telesne in duševne integritete zaposlenih kot posameznikov). In kadar so ogrožene te vrednote, je treba za njihovo učinkovito zaščito, če ni na razpolago ustreznih alternativnih možnosti, po potrebi žrtvovati tudi ekonomske cilje in v ta namen po potrebi **deloma okrniti, stroškovno »podražiti« ali pa v skrajnem primeru celo ustaviti določene »nenujne« proizvodnje**[9].

V zvezi s tem namreč ne gre spregledati dejstva, da so v boju proti Covid-19 preventivna testiranja vseh zaposlenih pri posameznih delodajalcih sicer vsekakor res izjemno »priporočljiv in koristen«, ne pa – vsaj ne kar v vseh primerih in na splošno – tudi **»neizogiben in nenadomestljiv« ukrep**, brez katerega (kolikor se mu moda ne podredijo prav vsi zaposleni brez izjem) v nobenem primeru ni mogoče optimizirati varnosti pred okužbami v konkretnih delovnih okoljih in nadaljevati proizvodnje ob še sprejemljivem tveganju. Zdi se namreč, da se je v aktualne razprave o tej problematiki prikradla prav ta napaka, zaradi katere je neredko že čutiti celo zametke nekakšne splošne histerije do vseh tistih zaposlenih, ki so skladno s svojimi ustavnimi in zakonskimi pravicami ta testiranja odklonili. A v resnici stvar ni ravno tako »eksistenčnega« pomena. Kajti delodajalci imajo, kot bo pojasnjeno še v nadaljevanju, tudi v primeru prostovoljnega testiranja na razpolago **»samozaščitni« ukrep** odreditve čakanja na delo doma tem delavcem, tako da v tem smislu v nobenem primeru ne predstavljajo varnostne grožnje za delovni proces.[10]

5.
Nemožnost delovnopravnega sankcioniranja delavcev zaradi »odklonitve«

ZVZD-1 torej delodajalce v resnici pooblašča le za avtonomno določanje in izvajanje tistih varnostnih ukrepov, ki služijo svojemu namenu ob hkratnem polnem spoštovanju temeljnih človekovih pravic, **ne pa kakršnihkoli v tem smislu »koristnih« ukrepov, čeprav so ti morda »protipravni«.**.

Tudi morebitno sklicevanje na **t. i. absolutno direktivno in disciplinsko oblast,** ki jo imajo v produkcijskih procesih sicer načeloma delodajalci v odnosu do zaposlenih po ZDR-1, v obravnavanem smislu ne pride v poštev. Predmet menjave na »trgu dela« prek sklepanja delovnopravnih pogodb, na katerih temelji omenjena oblast delodajalcev v samih delovnih procesih, je izključno le »delovna sila« zaposlenih, ne pa tudi njihova življenja in zdravje ter njihove s tem povezana zgoraj omenjene osebnostne pravice. Zaposleni torej niso »delovna živina«, ki bi jih lahko vsak delodajalec po svoji presoji gnal na testiranje ali cepljenje, kakor

[9] O predmetni problematiki na tem mestu razpravljamo predvsem z vidika gospodarskih družb s pridobitno dejavnostjo, ne z vidika nekaterih »nujnih« javnih služb, kjer je situacija klub vsemu malce drugačna. V teh pa se, zlasti po nedavnih izkušnjah s ponovnim odpiranjem šol in vrtcev vsekakor še toliko bolj kaže nujna potreba po uvodoma omenjeni interventni zakonodajni regulaciji te problematike. Brez te namreč, kot že rečeno, ne bo mogoče realizirati splošnih testiranj zaposlenih niti v teh dejavnostih.

[10] Res pa je, da to lahko produkcijski proces pri delodajalcu nekoliko oteži in podraži, ker ga je potrebno ustrezno reorganizirati ali začasno zaposliti nadomestne delavce. A to je pač del težav, ki sodijo k tej epidemiji in ki zagotovo ne odtehtajo morebitnega kršenja človekovih pravic.

se mu pač zdi smiselno in potrebno za potrebe nemotenega izvajanja svojih lastnih produkcijskih procesov. Kot rečeno mora biti v tem pogledu vsakomur zagotovljena pravica odločati o samem sebi, in to **brez grožnje delovnopravnih sankcij** iz naslova domnevne kršitve delovnih obveznosti.

Nič, kar je v nasprotju s splošnimi ustavnimi in zakonskimi pravicami (vseh) državljanov Republike Slovenije, namreč že po elementarni pravni logiki ne more biti z avtonomno odločitvijo posameznega delodajalca delavcem naloženo kot »delovna obveznost«. Delavec, ki v »izrednih« okoliščinah, ki jih ni sam povzročil (tj. aktualna pandemija Covid-19), realizira neko svojo ustavno in zakonsko pravico, **za to seveda ne more biti sankcioniran**.

6.
Možen je le morebiten »prepovedni« ukrep delodajalca

Obvezno testiranje in/ali cepljenje zoper Covid-19 – bodisi za vse bodisi le za določene kategorije državljanov – bi torej skladno s povedanim lahko odredili **le pristojni državni organi v splošnem družbenem/javnem interesu**, če bi se ocenilo, da je ta močnejši od uvodoma navedene temeljne človekove pravice posameznikov (in ne le »ekonomski«), ter pod pogoji in na način, določen z zakonom (pri čemer bi bil ta ukrep in njegova pravna podlaga seveda lahko podvržena tudi predhodni ustavnosodni presoji), ne pa kar vsak posamezen delodajalec za svoje zaposlene po svoji lastni presoji in v skladu s takšnimi ali drugačnimi parcialnimi ekonomskimi interesi. Delodajalec torej ne more obveznega testiranja/cepljenja za svoje zaposlene niti enostransko »odrediti« niti ga sankcionirati kot kršitev delovne obveznosti.

Nekaj popolnoma drugega kot »prisilno« testiranje pa je seveda ukrep »**splošne prepovedi sodelovanja v delovnem procesu v poslovnih prostorih delodajalca (ali pa dela s strankami na terenu) vsem, ki nimajo opravljenega testa na Covid-19«,** in ki lahko zato s svojo prisotnostjo v delovnem procesu potencialno ogrožajo tudi zdravje sodelavcev in posledično celoten delovni proces. To je vsekakor povsem legitimen interes delodajalca. ki ga ima ta kajpak vso pravico z omenjenim preventivnim ukrepom ustrezno zavarovati. Ta ukrep ima torej (za razliko od odreditve ukrepa prisilnega testiranja z grožnjo odpovedi PZ ali disciplinskih sankcij!) vsak delodajalec po svoji presoji v svoji izjavi o varnosti z oceno tveganja vedno pravico določiti, pod pogojem seveda, da je je hkrati za potrebe njegovega izvajanja delavcem zagotovil tudi organizirano možnost prostovoljnega in zanje brezplačnega testiranja.

Takšnega prepovednega ukrepa namreč ni mogoče šteti kot delovnopravno sankcijo zoper konkretne zaposlene, ki so pač realizirali svojo pravico odkloniti testiranje, ampak kot »samozaščitni poslovni ukrep« delodajalca za ohranjanje svojega produkcijskega procesa. Delavcu, ki mu je bila v skladu z izjavo o varnosti z oceno tveganja iz navedenega razloga izrečena omenjena prepoved, pa je v tem primeru logično lahko **odrejeno bodisi delo od doma, kolikor je le-to objektivno možno, bodisi čakanje na delo doma**. Za morebitno redno ali izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi v tem primeru namreč v veljavnem ZDR-1, kot že rečeno, zagotovo ni najti pravne podlage.

7.
Kdo naj krije nadomestilo plače delavcu za čas čakanja na delo doma?

Predmet nadaljnjih pravnih razprav je iz navedenega razloga lahko edinole vprašanje, kdo je dolžan kriti nadomestilo plače delavcu, ki mu je bilo v obravnavanih primerih odrejeno čakanje na delo doma – država ali delodajalec? Menimo, da bi načeloma to morala biti država, kar pomeni, da bi lahko **delodajalec zahteval od države refundacijo delavcu izplačanega nadomestila, in sicer v celotnem znesku, ne zgolj deloma**.

Dejstvo je namreč, da v teh specifičnih primerih napotitve na čakanje na delo doma razlog za ta ukrep ni na strani delodajalca, torej v morebitni njegovi nezmožnosti zagotavljati delavcu delo, in da bi bilo zato zagotovo nepravično naložiti mu breme izplačevanja tega nadomestila. Razlog je, kot rečeno, **uresničevanje pravice iz 35. člena Ustave RS, varstvo le-te pa je v vsakem primeru dolžna zagotavljati država**. Mnenja smo torej, da bi lahko iz navedenega razloga vsak delodajalec to refundacijo že v tem trenutku izterjal od države po sodni poti, vsekakor pa bi bilo precej bolj priporočljivo, če bi se ta njihova pravica čim prej tudi izrecno uredila z enim od interventnih PKP zakonov.

8.
Je čakanje na delo doma res »neutemeljen privilegij«?

V zvezi s tem v praksi pogosto (tudi med zaposlenimi) naletimo na pomislek ali celo negodovanje, češ da čakanje na delo doma z ustreznim nadomestilom plače za tiste, ki so odklonili testiranje, v bistvu – namesto »sankcije« – pomeni nekakšen **nepravičen (izkoriščevalski) »privilegij« za te posameznike** v primerjavi z njihovimi sodelavci. Ni jim treba delati, obenem pa »za nagrado« prejemajo še nadomestilo plače, čeprav so s svojo nepripravljenostjo na testiranje v bistvu izkazali nesramen odnos tako do delodajalca, ki se trudi vsem zaposlenim tudi v teh težkih razmerah zagotavljati delo in preživetje, kot tudi do svojih sodelavcev. In strogo pragmatično gledano je ta pomislek **morda na prvi pogled lahko do neke mere tudi utemeljen.** Vendar pa je treba še enkrat poudariti, da je to je pač del cene ohranjanja demokratične pravne države tudi v teh kriznih razmerah.

Pa tudi sicer stvar v tem smislu kljub vsemu ni tako enostavna in črno-bela kot se morda zdi na prvi pogled. Dejstva, ki jih vsekakor kaže upoštevati pri nekoliko bolj poglobljeni presoji utemeljenosti omenjenih pomislekov, so namreč **najmanj še naslednja:**

1)
Dosedanja praksa kaže, da je odstotek tistih zaposlenih, ki so odklonili doslej izvedena »domnevno obvezna« testiranja **izjemno majhen**. Vprašanje je torej, če je čakanje na delo doma z 80-odstotnim nadomestilom plače res v vseh pogledih tako zelo »mamljiva nagrada« za odklonitev testiranja, kajti v nasprotnem bi se zanj zagotovo odločilo veliko več zaposlenih kot pa le relativno zanemarljiva peščica. Ne nazadnje je treba vedeti, da je delo bistvo človeka, in da človek ne hodi v službo zgolj zato, da bi zaslužil za preživetje, temveč (kot znanstveno dokazano ugotavljajo motivacijske teorije) z delom poleg materialnih zadovoljuje tudi številne svoje – za kakovost življenja najmanj enako pomembne – **osebnostne in societalne potrebe in interese**. Težko je torej verjeti, da je pri vseh tistih, ki so odklonili testiranje, v ozadju tovrstna »preračunljivost« (kake izjeme pa seveda vedno potrjujejo pravilo), ampak je precej bolj verjetno, da imajo za to svojo odločitev neke **resne osebne razloge globlje narave**. Zato jih zagotovo ne kaže kar vsevprek in a priori stigmatizirati kot nekakšne bleferje in preračunljive izkoriščevalce dane situacije v lastno korist na račun drugih ter jih kot take postavljati na pranger. Predvsem pa **morebitnim tovrstnim poenostavitvam problema ne bi smeli podlegati sveti delavcev**, ko se odločajo o tem, ali braniti dosledno

omenjene ustavne in zakonske pravice (manjšine) posameznikov – ne glede na morebitne lastne pomisleke v zgoraj omenjenem smislu – ali ne.

2)
Res je, da s tem začasno povzročajo delodajalcu določene težave pri organizaciji dela in (poleg nadomestila plače, ki ga sicer krije država) tudi možne dodatne stroške, ker je pač primoran njihovo odsotnost iz produkcijskega procesa v dani situaciji rešiti bodisi z notranjimi reorganizacijami delovnih procesov bodisi z novimi zaposlitvami. Vendar se po vsej verjetnosti tudi sami dobro zavedajo, da na daljši rok lahko s tem najbolj škodujejo sami sebi, kajti obstaja velika verjetnost, da bodo v naslednji fazi iz tega razloga **potencialni presežki**. Ker je namreč delodajalec medtem problem njihove odsotnosti tako ali drugače že rešil, se kaj lahko zgodi, da jih po koncu epidemije tudi dejansko ne bo več potreboval in bodo odpuščeni. Tako da je veliko vprašanje, če je to na daljši rok res lahko kak njihov »privilegij« v primerjavi s sodelavci. Prej obratno. In prav to dejstvo, ki je **druga plat medalje**, še posebej močno govori v prid gornji predpostavki, da so v ozadju njihove odločitve skoraj zanesljivo globlji osebni razlogi, lahko tudi zelo resne psihične stiske, in da je zato še toliko bolj pomembno v tem pogledu **dosledno spoštovati njihovo ustavno in zakonsko pravico do odklonitve obravnavanega medicinskega posega**. Glede na omenjeno majhno število teh primerov družbena ta cena vzdrževanja obravnavanega vidika demokratične pravne države zagotovo ni previsoka.

3)
In še k enemu pomembnemu zaključku vodi omenjeno ugotovljeno majhno število primerov načelnega odklanjanja testiranja v praksi. To je, da je širše gledano v končni fazi verjetno **popolnoma nesmiselno, predvsem pa kontraproduktivno razmišljati o morebitni tudi zakonski uvedbi »prisilnega« testiranja zoper Covid-19** (cepljenje je seveda v tem smislu nekaj povsem drugega!), ampak bi veljalo **spodbujati ljudi k prostovoljni udeležbi** na teh organiziranih testiranjih, tako pri posameznih delodajalcih kot tudi splošnih, ki jih organizira država. Posiljevanje ljudi s tem ukrepom proti njihovi volji ter z raznimi stigmatizacijami in z grožnjami o vseh mogočih sankcijah lahko v končni posledici prinese veliko več škode kot koristi, zlasti še, ker, kot rečeno, za to zaenkrat ni prav nikakršne pravne podlage. V tej situaciji bi bilo veliko učinkoviteje staviti na karto **krepitve »moralne«, ne pa pravne odgovornosti** vsakega posameznika, kajti slednje tako ali tako ni mogoče uveljaviti.

II. Priporočila glede možnega ukrepanja svetov delavcev

Iz vsega zgoraj povedanega je mogoče izluščiti predvsem **dve ključni izhodišči**, na katerih bi morala temeljiti vsa ravnanja in prizadevanja svetov delavcev v zvezi z urejanjem obravnavane problematike v njihovih delovnih sredinah. In sicer:

I.
Ker je odrejanje in izvajanje morebitnih »prisilnih« splošnih preventivnih testiranj in cepljenj za zaposlene pri posameznih delodajalcih – dokler ne bo eventualno dobilo zakonite podlage – definitivno protizakonito, svet delavcev – kljub dejstvu, da gre za objektivno »koristen« ukrep – v to ne more (bodisi eksplicitno bodisi v obliki svojega neukrepanja) privoliti, ker je po zakonu (87. člen ZSDU) dolžan skrbeti za dosledno izvajanje veljavnih predpisov v korist zaposlenih. Storiti mora vse, da se ti ukrepi uresničujejo izključno na prostovoljni podlagi.

II.

Svet delavcev ne more načelno podpirati ali celo spodbujati odklanjanje udeležbe zaposlenih na testiranjih ali cepljenjih, ki jih organizira delodajalec, dolžan pa je poskušati z vsemi sredstvi zagotoviti dosledno uresničevanje njihove pravice »odločanja o samem sebi« ter po potrebi učinkovito zavarovati vse, ki so ali bi želeli to pravico izkoristiti, pred morebitnimi nezakonitimi delovnopravnimi in drugimi sankcijami s strani delodajalca.

1.
Sveti delavcev morajo dosledno zahtevati, da delodajalec kakršnokoli nameravano ukrepanje v zvezi s problematiko varstva pred okužbami s Covid-19 v vsakem primeru **najprej uredi v ustrezno dopolnjeni Izjavi o varnosti z oceno tveganja (IoVzOT),** ne morda kar z neko samostojno odredbo brez podlage v tem aktu. IoVzOT namreč lahko delodajalec skladno z določili 91. člena Zakona o sodelovanju delavcev pri upravljanju in 17. člena ZVZD-1 sprejme šele na podlagi predhodno opravljenega **»skupnega posvetovanja« s svetom delavcev**, kar pomeni, da lahko SD – čeprav njegova stališča za delodajalca formalno niso zavezujoča – z ustreznimi argumenti v zgoraj navedenem smislu že v tej fazi vpliva na to, da se delodajalec morda vendarle ne bo odločil za morebitno odreditev spornega »prisilnega« testiranja in/ali cepljenja, ampak za organiziranje le-tega na prostovoljni podlagi.

Pri tej svoji zahtevi po obveznem predhodnem skupnem posvetovanju o tem ukrepu v zvezi s sprejemanjem dopolnjene IoVzOT ima svet delavcev vso oporo tudi v kazenskih določbah Zakona o sodelovanju delavcev pri upravljanju (ZSDU) in tudi ZVZD-1. Kršitev te dolžnosti delodajalca namreč predstavlja **prekršek delodajalca** po 16. točki 107. člena ZSDU in po 5. peti točki 76. člena ZVZD-1.

2.
Če delodajalec kljub nasprotovanju sveta delavcev, izraženemu in argumentiranemu v okviru zgoraj omenjenega skupnega posvetovanja, vztraja pri ukrepu »prisilnega« splošnega testiranja/cepljenja za vse zaposlene, pa bi moral svet delavcev:

a) Kot prvo, zahtevati, da delodajalec vsakemu delavcu izda ustrezen **pisni sklep/odločbo** o napotitvi na obvezo testiranje/cepljenje, ki delavcu potem nudi tudi ustrezna pravna sredstva.
b) Kot drugo, v primeru, če delodajalec delavcem grozi z izgubo službe v primeru neudeležbe na odrejenem testiranju/cepljenju, svetovati delavcem, ki temu iz osebnih razlogov nasprotujejo, naj se tega (glede na to, da predmetna problematika zaenkrat še ni ustrezno pravno regulirana do te mere, da bi bilo kakršnokoli tveganje v omenjenem smislu izključeno) kljub vsemu udeležijo, vendar naj **delodajalca izrecno obvestijo, da se temu podrejajo proti svoji volji**. Na ta način ne tvegajo izgube službe, dobijo pa možnost vložitve morebitne kasnejše odškodninske tožbe zoper delodajalca.
c) Kot tretje, **zahtevati nadzor pristojne inšpekcije dela,** v okviru katerega se po potrebi preveri tako pravilnost postopka sprejemanja obravnavanega spornega ukrepa kot njegova dopustnost v smislu zgoraj predstavljenih pravnih pomislekov.

To zadnje pomeni, da mora svet delavcev o morebitni nameravani izvedbi »prisilnega« testiranja ali cepljenja pri delodajalcu nemudoma **obvestiti** pristojno inšpekcijo dela in **zahtevati njeno mnenje in eventualno pravočasno ukrepanje** v skladu z njenimi zakonskimi pooblastili, če ugotovi, da ta varnostni ukrep delodajalca tudi po njenem mnenju ni »ustrezen«. Omenjena določba ZVZD-1 se namreč glasi: *»(2) Delavci ali njihovi predstavniki za varnost in zdravje pri delu lahko zahtevajo nadzor pristojne inšpekcije, kadar menijo, da delodajalec ni zagotovil ustreznih varnostnih ukrepov.«*

3.
Že v prvem valu aktualne epidemije se je jasno pokazalo, da bi morali sveti delavcev kot zastopniki kolektiva zaposlenih v podjetjih imeti na področju urejanja vseh vprašanj varnosti in zdravja pri delu **tudi sistemsko priznano popolnoma enakopravno /so/odločevalsko, ne zgolj zgoraj omenjeno nezavezujočo »konzultativno« vlogo vis a vis delodajalcem**. Spomnimo se samo nekaterih grozljivih situacij, ko so nekateri delodajalci (tudi iz »nenujnih« dejavnosti) pod grožnjo odpovedi zaposlene prisiljevali delati kljub dejstvu, da takrat v večini primerov niso imeli zagotovljenih niti najosnovnejših zaščitnih sredstev. Aktualna situacija s temi prisilnimi« testiranji zdaj to potrebo le še enkrat potrjuje.

Ker pa tako ZSDU kot ZVZD-1 takšnega statusa – v obliki pravice soodločanja s soglasjem namesto zgolj pravice do skupnega posvetovanja o vseh vprašanjih varnosti in zdravja pri delu – svetom delavcev še ne priznavata, bi morali sveti delavcev predlagati svojim delodajalcem, da se to **začasno uredi v internih participacijskih dogovorih**. Priporočila o tem, kakšne naj bodo tovrstne dopolnitve teh dogovorov, je ZSDS že pripravilo tudi posebna priporočila.

Datum: 29. 1. 2021

Generalni sekretar ZSDS
dr. Mato Gostiša

ZDRUŽENJE SVETOV DELAVCEV SLOVENIJE