

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Миодрага Јовановић

**“ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ РАЗЛОГА ВЕЗАНИХ
ЗА СПОСОБНОСТИ ЗАПОСЛЕНОГ – ПРАВНИ РЕЖИМ
И РАЗГРАНИЧЕЊЕ ОД ДРУГИХ ОСНОВА
ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА”**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Београд, 2022.

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Miodraga Jovanovic

“CANCELLATION OF AN EMPLOYMENT CONTRACT
DUE TO THE REASONS CONCERNING THE
EMPLOYEE’S CAPACITY – LEGAL REGIME AND
SEPARATION FROM OTHER BASES FOR
CANCELLATION OF EMPLOYMENT”

DOCTORAL DISSERTATION

Belgrade, 2022.

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

МЕНТОР:

др Љубинка Ковачевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ:

др Жељко Мирјанић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

др Љубинка Ковачевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Филип Бојић,
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ РАЗЛОГА ВЕЗАНИХ ЗА СПОСОБНОСТИ ЗАПОСЛЕНОГ – ПРАВНИ РЕЖИМ И РАЗГРАНИЧЕЊЕ ОД ДРУГИХ ОСНОВА ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА

Резиме

Проучавање отказа уговора о раду од стране послодавца, оправданост отказа уговора од стране послодавца због професионалних разлога на страни запосленог, уз разграничење од сличних отказних разлога и осврт на неоправдане отказне разлоге, отказни поступак и незаконит отказ у домаћем, међународном и страним правима је од посебног доктринарног значаја. Ово стога што је у питању савремена и актуелна тема, недовољно истражена, будући да је у домаћој литератури изостала монографска обрада професионално условљених отказних разлога на страни запослених, а научни радови друге врсте не срећу се у великом броју (за разлику од отказа уговора о раду због потреба послодавца). Целовитом обрадом предметне теме указујемо на могуће модалитете унапређења домаћег права, сагласно критичкој анализи међународних и европских радних стандарда, као и законодавстава и праксе одабраних страних држава. Осим научних, анализа ове теме има и циљеве стручне природе, јер треба да послужи не само као референца за *de lege ferenda* развој домаћег права, већ и за успостављање одговарајуће (судске и пословне) праксе.

Циљ дисертације јесте да се укаже на комплексност правног положаја запослених у случају отказа уговора о раду од стране послодавца, и то пре доношења одлуке о отказу као и током отказног поступка, да се скрене пажња на селективну уређеност ове области, на непрецизности и празнине које имају практични значај и озбиљне последице по обе стране радног односа. Резултати истраживања показују незадовољавајући степен разумевања и примене позитивног права, те злоупотребу у сегментима у којима не постоји правни оквир, те смо у светлу примера добре праксе из страних правних система предложили, најпре, реформу нормативног оквира, а затим и нове приступе у погледу судских и управних поступка у нашем праву, у циљу корективног и превентивног деловања на послодавце, и последичног побољшања положаја запослених. Такође, сматрамо да ће истраживање допринети и детектовању проблема са којима се послодавац суочава запошљавањем лица које је неподесно за рад, уз предлагање начина за превазилажење проблема обеју страна.

Због свега, сматрамо да је истраживање теме било опортуно пре свега из угла потребе за унапређењем домаћег законодавства и праксе у овој области, али свакако може имати и позитиван утицај на развој научне мисли. Циљ нам је био да артикулишемо научна и прагматична актуелна питања, али и да отворимо и понудимо одговоре на многобројна нерешена питања у овој области, због чега верујемо да добијени резултати истраживања могу послужити као путоказ за будуће реформе правног система и сагледавања могућих поља деловања у циљу даље хармонизације домаћег права са међународним и европским стандардима и имплементације добре европске праксе. То посебно вреди за питање како заштити људско достојанство и приватност радника, а осигурати послодавцу објективно праћење рада запослених.

Истраживајући тему спознали смо практичну потребу за разликовањем отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада и непоседовања знања и способности, најпре као два отказна разлога, а онда и од наизглед сличних отказних разлога: отказа уговора о раду због несавесног и немарног извршавања радне обавезе и од престанка радног односа због губитка радне способности, те да правне празнине али и недостатак судске праксе нарочито отежавају делотворно остваривање права на заштиту од неоправданог отказа због неостваривања резултата рада и непоседовања знања и способности за рад. У том смислу указали смо да правна одређеност и објективизација норматива рада доприноси спречавању злоупотребе права на отказ уговора о раду због неостваривања резултата рада и непоседовања знања и способности за рад, да увођење законске обавезе утврђивања критеријума и надлежности за оцењивање знања и способности запослених доприноси већој правној сигурности у области заштите од неоправданог отказа док сложенији отказни поступак може имати значајну улогу у превенцији настанка радних спорова у вези са отпуштањем али и супротно, може поспешити флексибилно запошљавање.

Кључне речи: престанак радног односа, оправдани отказни разлози, отказни поступак, неостваривање резултата рада, непоседовање знања и способности, евалуација запослених.

Научна област: право

Ужа научна област: радно право

УДК број:

CANCELLATION OF AN EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO THE REASONS CONCERNING THE EMPLOYEE'S CAPACITY – LEGAL REGIME AND SEPARATION FROM OTHER BASES FOR CANCELLATION OF EMPLOYMENT

Abstract

The studying of the cancellation of an employment contract by an employer, the justification for the cancellation of the employment contract by the employer due to the professional reasons at an employee's side, along with the separation from similar reasons of dismissal and reference to unjustified reasons of dismissal, dismissal process and illegal dismissal has a special doctrinal significance in national, international and foreign law. Hence, this has been a modern and actual theme insufficiently researched, as the national literature omitted the monographic elaboration of the reasons of dismissal conditioned by profession at the employees' side and the other kinds of scientific research are not often found in great number (in contrast to the cancellation of an employment contract for the employee's needs). By thorough analysis of the subject theme we indicate the possible modalities of improvement of national law, in accordance with critical analysis of international and European working standards, and legislation and practice of selected foreign countries as well. Beside the scientific, the analysis of this theme has professional goals as well because it should serve not only as reference to *de lege ferenda* development of national law but also for the establishment of appropriate case law and business practice.

The aim of the dissertation is to indicate the complexity of employees' legal status in case of the cancellation of an employment contract by an employer, namely prior to making the decision on dismissal and during the dismissal process as well, to draw attention to selective regulation of this area, imprecisions and blanks which have a practical significance and serious consequences on the both sides of employment. The results of the research show the insufficient level of understanding and enforcement of positive law, then the abuse in the segments where there is no legal framework, so in the light of examples of good practice from foreign legal systems we have suggested, first of all, reform of the regulatory framework then also the new approaches concerning the legal and administrative procedures in our law, with the purpose of corrective and preventive influence on employers and consequential improvement of the employees' status. Also, we consider that the research will contribute to the detection of issues, which an employer faces employing the person who is incapable of working, along with the suggestion on how to resolve issues of both sides.

Having it all considered, we reckon that the research of the theme has been an opportune one, in the first place that there is a need for improvement of national legislation and practice in this area but it can surely have a positive influence on the development of scientific mind. Our aim was to articulate actual scientific and pragmatic matters, and also to open and offer answers to many unsolved issues in this area that makes us believe that the gained research results can serve as a guideline for future reforms of legal system and realization of possible spheres of work with the purpose of further harmonization of national law with international and European standards and implementation of good European

practice. It is especially valuable for the issue how to protect human dignity and workers' privacy and also ensure the employer the objective monitoring of employees' work.

Researching this theme we have found the practical requirement to distinguish the cancellation of an employment contract due to failure to fulfil work results from the lack of knowledge and capacity, at first as two reasons of dismissal, and then from seemingly similar reasons of dismissal: cancellation of an employment contract due to negligent and careless fulfilment of work obligation and from the termination of employment due to the loss of work capacity and that the legal gaps and also the lack of legal practice make efficient realization of the right to protection especially difficult from unjustified dismissal due to failure to fulfil work results and the lack of knowledge and capacity for work. In these terms, we have indicated that legal determination and objectivity of work normative contribute to the prevention of the abuse of the right to the cancellation of an employment contract due to failure to fulfil work results and the lack of knowledge and capacity for work, that the introduction of legal obligation of establishing criteria and authority for evaluation of employees' knowledge and capacity contributes to greater legal security in the area of the protection from unjustified dismissal whereas more complex dismissal process can have a significant role in the prevention of emergence of labour disputes concerning the dismissal but on the contrary it can accelerate flexible employment.

Key words: cancellation of the employment, justified reasons of dismissal, dismissal process, failure to fulfil work results, the lack of knowledge and capacity, the evaluation of employees.

Scientific field: law

Narrow scientific field: labour work

САДРЖАЈ:

УВОД.....	1
Део први	
ПОЈАМ И ОСНОВИ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА.....	15
1. <i>Појам и елементи радног односа</i>	15
1.1. Одређење појма радног односа	15
1.2. Елементи радног односа од значаја за његов престанак	17
1.2.1. Уводна разматрања	17
1.2.2. Добровољност	18
1.2.3. Правна субординација	20
1.2.4. Управљачка, нормативна и дисциплинска власт послодавца као дериват субординације и ограничење елемента добровољности	22
1.2.5. Лично обављање посла	25
1.3. Садржина радног односа	26
2. <i>Уговор о раду као акт заснивања и уређивања радног односа</i>	28
2.1. Појам уговора о раду	28
2.2. Концепције уговора о раду, са посебним освртом на њихове поставке о заштити од отказа	30
3. <i>Престанак радног односа – одређење појма и основи</i>	34
3.1. Појам престанка радног односа	34
3.2. Разграничење појмова престанак радног односа, прекид радног односа и отпуштање запослених	35
3.3. Основи престанка радног односа	38
4. <i>Потреба запослених за заштитом од неоправданог престанка радног односа</i>	40
Део други	
НАЧЕЛА РАДНОГ ПРАВА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА 47	
1. <i>Начело слободе рада и право на рад</i>	47
1.1. Појам слободе рада	47
1.2. Право на рад	49
1.3. Однос слободе рада и права на рад	51
1.4. Слобода рада и престанак радног односа	53
1.4.1. Слобода рада и споразумни престанак радног односа	53
1.4.2. Слобода рада и отказ уговора о раду	56
1.5. Право на заштиту од неоправданог отказа као елемент права на рад	57
2. <i>Начело стабилности запослења</i>	59

3. Начело законитости престанка радног односа	65
4. Начело забране дискриминације	67
4.1. Ризик (непосредне и посредне) дискриминације у случају престанка радног односа	67
4.2. Допуштено разликовање запослених према личним својствима и престанак радног односа	72
5. Начело управљања и присвајања по основу својине и рада	74

Део трећи

ОСНОВНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ УРЕЂИВАЊА ЗАШТИТЕ ЗАПОСЛЕНИХ ОД НЕОПРАВДАНОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА

1. Најамна концепција радног односа: неограничена слобода раскида уговора о најму рада (уговора о раду)	78
2. Интервенција државе у област престанка радног односа	80
2.1. Интервенција судске власти	80
2.2. Законодавна интервенција	82
3. Концепција ваљаних отказних разлога као прекретница у заштити запослених ...	86
4. Сигурност запослења као обележје југословенског самоуправног права.....	92
5. Савремене тенденције уређивања престанка радног односа: дерегулација и флексибилизација	96

Део четврти

ПРАВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ ЗАПОСЛЕНИХ ОД НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА ..

1. Међународно регулисање заштите запослених од незаконитог отказа	102
1.1. Универзални међународни извори радног права од значаја за област престанка радног односа	102
1.1.1. Уводна разматрања	102
1.1.2. Акти Организације уједињених нација	103
1.1.3. Стандарди Међународне организације рада	104
1.1.3.1. Општа разматрања	104
1.1.3.2. Конвенције и препоруке које за примарни циљ имају регулисање отказа уговора о раду од стране послодавца	106
1.1.3.2.1. Препорука број 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца	106
1.1.3.2.2. Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца	110
1.1.3.2.3. Препорука број 166 о престанку радног односа на иницијативу послодавца	116
1.1.3.2.4. Универзални међународни стандарди које посредно уређују материју престанка радног односа	119

1.2. Регионални извори права од значаја за заштиту од незаконитог отказа	124
1.2.1. Европско некомунитарно радно право	124
1.2.1.1. Европска конвенција за заштиту права човека и основних слобода	124
1.2.1.2. (Ревидирана) Европска социјална повеља	134
1.2.2. Право Европских заједница, односно право Европске уније	137
1.2.2.1. Примарни извори радног права Европске уније	137
1.2.2.2. Повеље о основним правима	140
1.2.2.3. Секундарни извори права од значаја за заштиту од отказа	141
2. Извори радног права унутрашњег порекла	142
2.1. Хетерономни извори радног права	142
2.2. Аутономни извори радног права	152
2.3. Потреба за стварањем когентних норми у области престанка радног односа - предности и недостаци аутономног регулисања предметних питања	154

Део пети

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ КАО ОСНОВ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА 156

1. Уводна разматрања	156
2. Појам отказа уговора о раду	159
3. Врсте отказа уговора о раду	161
3.1. Отказ уговора о раду од стране послодавац и од стране запосленог: асиметрија овлашћења субјеката радног односа за иницирање престанка радног односа	161
3.2. Врсте отказа у зависности од разлога за отказ	164
3.2.1. Лично и професионално условљени отказ уговора о раду	164
3.2.2. Редовни и ванредни отказ	165
3.3. Посебне врсте отказа	168
3.3.1. Одобрени отказ	168
3.3.2. Изнуђени отказ	170
3.3.3. Незаконит отказ	172
3.3.4. Тзв. бланко отказ	173

Део шести

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ НА ИНИЦИЈАТИВУ ПОСЛОДАВЦА 175

1. Уводна разматрања	175
2. Разлози за отказ уговора о раду од стране послодавца	176
2.1. Општа разматрања	176
2.2. Оправдани отказни разлози на страни запосленог	181
2.3. Неоправдани (забрањени) отказни разлози	183

3. Посебна заштита од отказа уговора о раду	184
3.1. Посебна заштита трудница и запослених са породичним обавезама	184
3.2. Посебна заштита радничких представника	189
3.3. Посебна заштита узбуњивача	191

Део седми

НЕОСТВАРИВАЊЕ РЕЗУЛТАТА РАДА КАО ОПРАВДАНИ ПРОФЕСИОНАЛНО УСЛОВЉЕНИ ОТКАЗНИ РАЗЛОГ

1. Номотехнички и концепцијски приступ уређивању отказних разлога везаних за способности запосленог	196
1.1. Стављање на располагање послодавцу радних способности као основна обавеза запосленог (облигација средства) и неостваривање резултата рада ..	196
1.2. Евалуациона овлашћења послодавца као битан елемент његове управљачке власти	198
2. Неостваривање резултата рада	202
2.1. Појам резултата рада	202
2.2. Нормирање и вредновање радног учинка као предуслов за констатовање неостваривања резултата рада	205
2.3. Констатовање неостваривања резултата рада и услови за законитост отказа	210
2.3.1. Праћење резултата рада запосленог и констатовање изостанка резултата ..	210
2.3.2. Обавештење запосленог о неостваривању резултатат рада	214
2.3.3. Упутство за побољшање радног учинка	215
2.3.4. Разумни рок за побољшање резултата рада	216
3. Однос отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада и других отказних разлога	218
3.1. Разграничење отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада од отказа због несавесног и немарног извршавања радне обавезе	218
3.2. Однос неостваривања резултата рада као отказног разлога са резултатима рада као критеријума за утврђивање вишка запослених	223
3.3. Однос неостваривања резултата рада као отказног разлога са неостваривањем резултата рада због здравствених разлога	228

Део осми

ОДСУСТВО ПОТРЕБНИХ ЗНАЊА И СПОСОБНОСТИ КАО ОТКАЗНИ РАЗЛОГ

1. Утврђивање потребних знања и способности у поступку запошљавања	232
1.1. Способности, знања и вештине као посебан услов за заснивање радног односа	232

1.2. Давање нетачних информација о способностима, умећима и вештинама за рад приликом заснивања радног односа	239
1.3. Претходна провера радних способности кандидата за запослење	242
1.4. Пробни рад као начин утврђивања потребних знања и способности	245
1.5. Заблуда о битним својствима суконтрахента	249
2. Утврђивање потребних знања и способности током трајања радног односа	250
2.1. Надлежност и критеријуми за утврђивање потребних знања и способности	251
2.2. Констатовање изостанка потребних знања и способности и услови за законитост отказа	255
2.3. Последице неостваривања резултата рада	260
2.4. Обавеза и право запосленог на стручно усавршавање у контексту стицања и очувања потребних знања и способности	261
3. Однос отказа уговора о раду због непоседовања потребних знања и способности и других отказних разлога	264
3.1. Разграничење престанка уговора о раду због непоседовања потребних знања и способности од престанка уговора о раду због неостваривања резултата рада: један или два отказна разлога?	264
3.2. Разграничење престанка уговора о раду због непоседовања потребних способности од престанка радног односа због губитка радне способности	267

Део девети

ОСОБЕНОСТИ ОТКАЗНОГ ПОСТУПКА У СЛУЧАЈУ ОТКАЗНИХ РАЗЛОГА КОЈИ СЕ ТИЧУ СПОСОБНОСТИ ЗАПОСЛЕНОГ	271
1. Утврђивање чињеница и констатовање разлога за отказ уговора о раду	271
1.1. Уводна разматрања	271
1.2. Рок застарелости	273
1.3. Упозорење пред отказ	275
2. Одлучивање о отказу	278
2.1. Одлучивање о отказу као апсолутно право послодавца	278
2.2. Партиципација запослених у одлучивању о отказу	281
2.3. Одлука о отказу уговора о раду	283
2.4. Достављање решења о отказу	288
3. Отказни рок	290
3.1. Појам отказног рока	290
3.2. Сврха отказног рока	291
3.3. Трајање отказног рока: стандард разумног отказног рока и застој	292
3.4. Права запосленог и послодавца у току отказног рока	295

4.Обавезе послодаваца у вези са престанком радног односа	297
Део десети	
ЗАШТИТА ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ РАЗЛОГА ВЕЗАНИХ ЗА ЊИХОВЕ СПОСОБНОСТИ	299
1. Уводна разматрања	299
2. Управна заштита	301
3. Заштита пред независним контролним институцијама	305
4. Судска заштита	309
4.1. Организација судства и радни спор	309
4.2. Парнични поступак и радни спор	313
4.3. Правне последице незаконитог отказа	318
4.3.1. Уопштено о правним последицама незаконитог отказа	318
4.3.2. Разлика незаконитог од неоправданог отказа	323
4.3.2. Реинтеграција као правна последица незаконитог отказа	327
4.3.3. (Не)целисходност права на реинтеграцију код отказа уговора о раду због разлога везаних за њихове способности	331
5. Мирно решавање радних спорова	334
5.1. Медијабилност спорова поводом отказа уговора о раду	334
5.2. Арбитрабилност спорова поводом отказа уговора о раду	338
5.3. Предности и недостаци мирног у односу на судско решавање спорова поводом отказа уговора о раду	342
ЗАКЉУЧАК	344
СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ	361
1.Монографије, уџбеници и приручници	361
2.Радови у зборницима	365
3.Научни и стручни чланци	368
4.Студије и краћи написи	375
СПИСАК КОРИШЋЕНИХ ИЗВОРА ПРАВА И ДОКУМЕНАТА	377
1.Извори права међународног порекла.....	377
1.1. Организација уједињених нација	377
1.2. Међународна организација рада.....	377
1.3. Извори права Савета Европе, укључујући одлуке Европског суда за људска права.....	378
1.4. Извори права ЕУ.....	380
2.Извори права унутрашњег порекла.....	380

2.1. Домаће право.....	380
2.1. Страна права.....	384
ОДЛУКЕ ДОМАЋИХ СУДОВА.....	388
ОДЛУКЕ СУДОВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ	389

УВОД

Докторска дисертација под насловом “Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа” има за предмет оправданост отказа уговора од стране послодавца због професионалних разлога на страни запосленог, уз разграничење од сличних отказних разлога и осврт на неоправдане отказне разлоге, отказни поступак и незаконит отказ у домаћем, међународном и страним правима. Избор ове теме, најпре, оправдава њена недовољна истраженост, будући да је у домаћој литератури изостала монографска обрада професионално условљених отказних разлога на страни запослених, а научни радови друге врсте не срећу се у великом броју (за разлику од отказа уговора о раду због потреба послодавца).

Ова тема учинила се интересантом и важном за истраживање из неколико разлога. Основни узрок могућих проблема у примени отказног разлога који се тиче способности запосленог јавља се из разлога неједнакости страна уговора о раду и њихових супротстављених интереса. Слобода предузетништа, правна субординација, нормативна, управљачка (а нарочито евалуациона) и дисциплинска овлашћења на страни послодавца дају овом субјекту радног односа могућност да бира најпродуктивније запослене, а да онима који то нису откаже уговор о раду. Међутим круцијално питање јесте шта запосленог чини таквим. С друге стране, слобода и право на рад, људско достојанство, потреба за економском сигурношћу дају запосленом право да ради и зарађује за себе и своју породицу, те да кроз рад, осим пуке егзистенције, унапређује своју личност. Знајући ово морамо пронаћи равнотежу у области отказног права. Уколико је запослени заиста нестручан, нема потребна знања и способности или не остварује резултате рада разуме се да мора сносити одређене последице. Ове последице осим што служе корекцији “грешке” у избору запослених и обезбеђивању даљег функционисања послодавца, делују превентивно у смислу савесног и марљивог извршавања радних задатака на остале запослене, а пружају шансу осталим тражиоцима запослења са одговарајућим знањима и способностима.

Ипак, ту се одмах као питање намеће како је такав радник уопште засновао радни однос поред далеко већег броја незапослених од понуђених послова. Чија је одговорност недовољног коришћења могућности које пружају јавни конкурс (оглас),

претходна провера способности кандидата за запослење и пробни рад. Такође, с овим у вези, морала би се признати и чињеница да је дуг период самоуправног социјализма оставио последице на радно право и менталитет наше радне снаге, код које је дубоко укорењено уверење да једном када се радник запосли има “право” на конкретно радно место до тзв. навршења радног века (испуњења услова за остваривање права на старосну пензију) независно од квалитета рада. То се даље може повезати са чињеницом да су радници далеко функционалнији док су на пробном раду или раде на основу било ког несигурног уговора (флексибилни облици запошљавања, уговор на одређено време и слично) него када заснују радни однос на неодређено време. У том контексту радним законодавством морамо заштитити не само послодавце, него и све оне који би желели да раде а немају прилику за то.

Даље морамо размотрити питање када право послодавца да отпусти запосленог прелази границу права на отказ и изобличава се у злоупотребу права на отказ, те како заштити запослене од експлоатације. Зато оцењујемо да су тешки друштвено економски услови, пре свега велике економске и финансијске кризе које су аутоматски довеле и до кризе на тржишту рада, проузроковале злоупотребу овлашћења која послодавци имају приликом заснивања, трајања и на крају престанка радног односа.

Дакле, циљ нам је да преиспитамо интересе, права и обавезе субјеката радног права у овој области. Зато ћемо се бавити начином ограничавања овлашћења које послодавац мора имати приликом иницирања престанка радног односа због незнања и неспособности запосленог или неостваривања резултата рада, баш као што мора имати и само право на отказ из ових разлога. Затим покушаћемо да одмеримо право на рад, право на достојанствене услове рада, сигурност запослења, са једне стране, са слободом предузетништва, са друге стране. Као централни задатак, покушаћемо да пронађемо узрок злоупотребе права на отказ из разлога који се тичу резултата рада и способности запосленог јер, на жалост, управо, овај отказни разлог, као нејасно уређен, а у одређеним сегментима и апсолутно неуређен, често се користи супротно циљу због ког га је законодавац квалифиовао као оправдани разлог престанка радног односа. Питање вредновања резултата рада и способности запосленог остало је неуређено у домаћем праву, а такође и питање норматива стандарда рада. Евалуациона овлашћења послодавца остала су такође без икаквог правног оквира. Сматрамо да злоупотреби права на отказ из професионалних разлога на страни запосленог доприноси и чињеница

да се у пракси неретко мешају ови и дисциплински отказни разлози, као и ови и разлози који се тичу потребе послодавца (у смислу резултата рада као критеријума за утврђивање вишка запослених), јер се или не користе или недовољно користе могућности које пружају претходна провера способности кандидата за запослење и пробни рад.

Глобализација, праћена мобилношћу рада и капитала, резултира честим економским кризама у којима се послодавци суочавају са знатним тешкоћама у пословању. Ови проблеми, праћени непрекидним револуционарним технолошким развојем почев од последњих деценија двадесетог века, довели су до драматичног пада броја расположивих послова, посебно мануелних и других мање комплексних послова. С друге стране, глобални развој образовних система довео је до генералног пораста образовног нивоа становништва, као и до стварања знатног броја квалификованих и специјализованих кадрова у свим научним и стручним областима што је произвело дисбаланс понуде расположивих послова и понуде кадрова. У таквим условима, где је понуда радне снаге неупоредиво већа од потражње јасно је да послодавац има надмоћ у сваком смислу, не само у правном, те је право средство којим се мора успоставити каква-таква равнотежа ових страна са супротстављеним интересима. С друге стране управо ова ситуација, стварања великог броја квалификованих и специјализованих кадрова чини апсурдно ситуацију да на неком радном месту ради неквалификовани радник.

Довољно тешка економска ситуација ојачана је и непоштовањем или надигравањем меродавних прописа од стране послодавца, уз неадекватну правну заштиту и неделотоврност и неефикасност рада надлежних органа и тела. Све скупа доприноси разним манипулацијама, досеткама и злоупотребама овлашћења која послодавци имају и то у сваком сегменту радног односа, од настанка до краја. С тим у вези, ваља се подсетити на то да је за запосленог, основни циљ рада економска и социјална сигурност, те могућност да кроз рад развије своју личност, док је на страни послодавца, као лица које радно ангажује друга лица за обављање послова из своје делатности и власника капитала, основни циљ максимизација профита (наравно, ако је реч о тој врсти послодавца). Због наведеног, а уз поштовање слободе предузетништва неопходно је да право заштити економски слабију страну од могуће злоупотребе права на отказ.

Наведене околности захтевају целовиту анализу правног положаја запослених у случају отказа уговора о раду због немања потребних знања и/или способности или због неостваривања резултата рада, те утврђивање карактеристика радних спорова који у овим поступцима настају услед повреде индивидуалних права запослених, као и истраживање најделотворнијих метода заштите радника за случај отказа. С обзиром на то да радни спорови настају тек када је до повреде права већ дошло, када је за запосленог обично прекасно, јер му је уговор о раду отказан или су му значајно погоршани услови рада, сматрамо да целовита анализа захтева да се преиспитају не само сви расположиви методи решавања радних спорова и њихова ефикасност, већ и могућност превенције спорова у фази у којој је повреда права још увек само у изгледу.

У истраживању, фокус би, отуд, био на отказу уговора о раду као једном од основа престанка радног односа, и то отказу од стране послодавца због професионалних разлога на страни запосленог, уз блага освртања на друге личне разлоге, јер стојимо на ставу да би лични разлози на страни запосленог за отказ и сам дисциплински поступак, као и професионални разлози на страни послодавца могли бити, због својих специфичности, оквирна питања нових истраживача.

Биће анализирана и преиспитана скорашња судска пракса и (не) делотворност постојећих норми у овој области у нашем позитивноправном систему али и у правима одабраних држава. Нужну пажњу посветићемо овој области и из угла запосленог али и из угла послодавца, односно покушаћемо да сагледамо сукобљене интересе обеју страна, те да за актуелне недоумице покушамо наћи најбоље могуће решење. На тај начин може се, чини се, превазићи “сукоб” суконтрахираната тј. могу се ставити на исту страну - страну ефикасног рада и ефикасног пословања. Такође обрадићемо могуће системе заштите права радника од злоупотребе професионално условљених отказних разлога и то путем управне, судске и контроле од стране независних контролних тела, уз осврт на предности и мане сваког конкретног метода, те изналажење најподеснијег а пре свега у превенцији настанка могућих сукоба субјекта радног права.

Како се у теми преплићу право послодавца да искључи из радне средине неефикасног радника и право запосленог на рад и достојне услове рада, покушаћемо да, уз анализу доступне домаће и стране литературе, као и судске праксе домаћих судова и судова страних држава из истраживачког узорка, одговоримо на нека од следећих питања: који су то оправдани а који неоправдани разлози за отказ уговора о раду, те

који су лични а који професионални разлози за отказ; да ли су професионални разлози за отказ увек објективни или су пак подложни арбитрерности коришћења од стране послодавца те самим тим и злоупотреби; на који начин објективизирати отказне разлоге; како регулисати вредновање резулата рада и способности запосленог, а како нормативе стандарда рада; како поставити одговарајући правни оквир за евалуациона овлашћења послодавца, те на који начин разграничити немање потребних знања и способности од неостваривања резулата рада од дисциплинских отказних разлога и разлозлога који се тичу потребе послодавца (у смислу резулата рада као критеријума за утврђивање вишка запослених); затим како учинити поступак отказа законитим, транспарентним и ефикасним; на који начин помирити потребе послодавца и право да отпусте неефикасног радника и потребе запослених за сигурношћу запослења; злоупотребљавају ли запослени заштитни карактер радног права; да ли превелика заштита и сигурност доприносе “уљуљканости” запослених и њиховој непродуктивности; јесу ли судски поступци ефикасни и како се право на заштиту од незаконитог отказа штити пред другим органима, те који је најподеснији начин за решавање радног спора проистеклог из отказа уговора о раду због способности запосленог.

Потреба за заштитом запослених од неоправданог и незаконитог отпуштања препозната је на међународном нивоу, те је Међународна организација рада усвојила више конвенција и препорука из ове области. Заштита запослених од самовоље послодаваца приликом отпуштања индукована је и на нивоу држава чланица Европске уније и Савета Европе, те ћемо указати на релевантне међународне прописе, али и на нека решења упоредног права.

Предмет докторске дисертације условљава и њен циљ, а то је да се путем аналитичког и критичког приступа релевантној литератури, меродавним изворима права, документима и извештајима надлежних органа и институција и пракси судова утврди: који су то оправдани разлози за отказ, на који начин се вреднују радне способности односно знања запослених, а на основу чега долази до отказа, те на који начин се утврђује изостанак резулата рада. Другачије речено, отказ из горе поменутих професионалних разлога сасвим је и оправдан, јер је јасно да радник који нема потребна знања и способности, или их има али не остварује одговарајуће резулате рада, треба да буде отпуштен али се мора учинити да све оно што претходи отказу буде

јасно унапред утврђено, објективизирано и прописано. Дакле, недостаје нам правни оквир за овај отказни разлог. Става смо да отказ из конкретно поменутих разлога, осим што је санкција за конкретног радника има и превентивно и мотивишуће дејство на остале запослене у радној средини, да се труде и стручно усавшавају.

Дакле циљ дисертације јесте да се укаже на комплексност правног положаја запослених у случају отказа и то пре доношења саме одлуке о отказу као и током отказног поступка. Циљ је и да се скрене пажња на селективну уређеност ове области, на непрецизности и празнине које имају практични значај и последице. У раду дужну пажњу посветићемо и концепцији ваљаних отказних разлога, тј. правилу да запосленом може престати радни однос против његове воље само ако за то постоји разлог превиђен законом, дакле разлог који се тиче његових способности или понашања, или, пак, потреба послодавца. Надаље, циљ истраживања је да се испитају и пронађу најподеснији и најделотворнији правни и институционални механизми утврђивања чињеница којима закон даје особину отказног разлога. Конкретно, циљ је испитати пронаћи механизме утврђивања немања потребних знања и способности односно чињенице неостваривања резултата рада. Како законодавство не може уредити све аспекте одређених односа, сматрамо да је неопходно усталити доњу границу гаранција материјалних и процесних права запослених у случају отпуштања, минималне стандарде испод којих се ни у ком случају не сме ићи.

Као централно питање разматраћемо два професионално условљена отказна разлога на страни запосленог. Реч је о отказу уговора о раду због немања потребних знања и/или способности и отказном разлогу због неостваривања резултата рада. Видећемо да они могу али и не морају бити у међусобној корелацији. Сматрамо да су горе поменути отказни разлози битни за истраживање из неколико разлога. Најпре можемо констатовати да је отказ уговора о раду због непоседовања потребних знања и/или способности односно због изостанка резултата рада нејасно уређен у домаћем праву. Када у закону постоји празнина јасно је да ће у пракси доћи до злоупотребе.

Следеће, питање вредновања резултата рада остало је апсолутно законски неуређено. Кроз рад видећемо да постоје поједини правни прописи за тачно одређене професије које вреднују резултате рада али те професије су изузетак од правила. Вредновање знања и способности нећемо наћи као предмет уређивања ни у једном законском нити подзаконском акту а мало је вероватно и да неки општи акт послодавца

регулише ово питање. Слично је и са нормативима стандарда рада. Често ћемо се сусрести са синтагмом да нешто јесте или није у складу са “нормативима стандарда рада” али нигде нећемо наћи конкретно решење нити његов правни оквир. То представља практичан проблем за утврђивање оправданости или неоправданости сваког појединачног случаја отказа, јер је пред органом који одлучује (а то је најчешће суд) компликован задатак. Тада се у судски процес морају укључити вештаци посебних знања да конкретизују (за сваки поступак појединачно) шта је то резултат у складу са “нормативима стандарда рада” односно најчешће је реч о “нормативима струке”.

Оправдано, велику пажњу радно право и законодавац посвећују нормативним, управљачким и дисциплинским овлашћењима послодавца, међутим евалуациона овлашћења апсолутно су изостала из сваке регулативе па чак и обраде на научном нивоу. Иако је реч у основу о деривату управљачких, донекле бисмо могли рећи да представља акумулацију сва три овлашћења послодавца. Да би се вршила евалуација запослених најпре је неопходно да је, у складу са нормативним овлашћењима, послодавац донео акт у складу са којим ће оцењивати запослене. Из управљачких, црпи овлашћење за свако конкретно преиспитивање и оцењивање, док уколико сматра да радник незадовољава унапред задате критеријуме има право на отказ или дисциплинско санкционисање запосленог у зависности од тога о каквом је “преступу” реч.

Даље, у раду ћемо указати на велики практичан значај мешања професионално условљених са другим сличним отказним разлозима. Најпре ћемо видети сличности и разлике са лично условљеним отказним разлозима на страни запосленог. Овде је практичан значај пре свега у различитом отказном поступку. Уколико до отказа долази због лично условљеног отказног разлога неопходно је спровести дисциплински поступак. Затим је неопходно направити разлику пословно условљених разлога на страни запослених са онима који се тичу потребе послодавца (у смислу резултата рада као критеријума за утврђивање вишка запослених). С тим у вези указаћемо и на недовољно коришћење законом предвиђених института у циљу проналажења најадекватнијег, најспособнијег и најстручнијег запосленог. Указаћемо дакле да се недовољно користе могућности које пружају јавни конкурс, претходна провера способности кандидата за запослење и пробни рад.

Затим, потребно је утврдити начини остваривања права отпуштених радника, кроз могућност заштите пред државним органима, са посебном пажњом на судску

заштиту иако не најподеснију свакако најраспрострањенију. С тим у вези потребно је дефинисати врсте и предмет радних спорова до којих може доћи у вези са отказом уговора о раду, да се утврди који методи решавања радних спорова, односно њихове комбинације, *de lege lata* резултирају најефикаснијом заштитом права запослених, као и да се сагледају могућности унапређења заштите и предложи одређена *de lege ferenda* решења, имајући у виду међународне правне изворе, и законодавство и правну праксу у Републици Србији и одабраним страним државама. Важан аспект дисертације посвећен је истраживању питања да ли је постојећи модел заштите права запослених од отказа адекватан и на који начин се преплићу или међусобно искључују управна, судска и заштита путем трећих самосталних и независних тела.

Такође, отказ уговора о раду због немања потребних знања и способности и отказ због неостваривања резултата рада, посматраћемо и из угла послодавца, њихових економских права, слобода и потреба. Правила о отказу имају заштитни карактер за оба сукоонтрахента а не само за запосленог. Послодавац има пуно право да санкционише незнање, неспособност и запосленог који без утицаја објективних околности не остварује резултате рада и то право не само да је у интересу пословања послодавца него је у интересу и свих оних квалификованих и способних који желе да раде а немају прилику. Указаћемо, дакле, да у тренутним условима масовне незапослености, задржавање неефикасног радника не само да није интерес послодавца, већ није ни у интересу целокупног друштва, а посебно имајући у виду стопу незапослених и малу понуду радних места.

У деловима отказа уговора о раду због немања знања и/или способности или отказа због неостваривања резултата рада, резултати истраживања показују незадовољавајући степен разумевања и примене позитивног права, те злоупотребу у сегментима у којима не постоји правни оквир, те ћемо примерима добре праксе из страних правних система предложити најпре реформу нормативног оквира, затим судских и управних поступка у нашем праву, а све пре свега у циљу корективног и превентивног деловања на послодавце, те тиме и побољшања положаја запослених. Такође сматрамо да ће истраживање допринети и детектовању проблема са којима се послодавац суочава ангажовањем лица које је неподесно за рад, разумевањем тако насталих потешкоћа, те да ћемо пронаћи бољи могући начин за превазилажење проблема обеју страна.

Због свега, сматрамо да је истраживање теме опортуно пре свега из угла потребе за унапређењем домаћег законодавства и праксе у овој области, али свакако може имати и позитиван утицај на развој научне мисли. Циљ нам је да артикулишемо научна и прагматична актуелна питања, али и да отворимо многобројна нерешена питања у овој области, због чега верујемо да добијени резултати истраживања могу послужити као путоказ за будуће реформе правног система и сагледавања могућих поља деловања у циљу даље хармонизације домаћег права са међународним и европским стандардима и имплементације добре европске праксе.

Истраживање у оквиру предложене теме дисертације “Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа” дакле треба да одговори на више питања од значаја за правну науку и праксу. Тако, очекује се да анализа одговори на питање да ли је у савременом правном и социјално-економском окружењу могуће ограничити послодавца у доношењу пословних одлука које за последицу имају отпуштање запослених, односно шта законодавац може урадити ради спречавања и/или ублажавања негативних социјално-економских последица отпуштања, арбитрности, дискриминације и заштите људског достојанства. Током истраживања, овај феномен посматраће са становишта супротних страна, те ћемо добити одговор на питање на који начин ограничити послодавца приликом отказивања уговора о раду. Такође истраживање треба да одговори и на питање да ли запослени злоупотребљавају заштиту која им се императивним нормама пружа, те на који начин помирити ове две потребе: потребу послодавца за продуктивношћу и потребу запослених за сигурним радним местом, а да тиме не створимо услове за злоупотребе права ни од стране послодавца али ни од запослених.

Потом, истраживање треба и да одговори на важно питање шта чини минимум гаранција права запослених у случају отпуштања, која омогућавају право на делотворну заштиту од незаконитог и неоправданог отказа. Знамо да ни најбољи закон није ефикасан у пракси ако не постоје механизми за његову примену и заштиту. Сусрет слободе предузетништва и слободе рада резултира асиметријом овлашћења приликом отказивања уговора о раду послодавца и запосленог којом се доводе у баланс два суконтрахента. Поступак отказа уговора о раду од стране послодавца захтева ригиднију форму него када уговор о раду отказује запослени. Даље, истраживање одговара и на

спорно питање из науке, јесу ли неостваривање резултата рада и немање потребних знања и способности два отказна разлога која не морају бити у међусобној вези.

С обзиром на међународне правне изворе и упоредноправна решења и праксу надлежних органа, истраживање треба да одговори на питање која је улога могућег предотказног поступка нарочито у превенцији настанка радних спорова, до које мере и на који начин је могуће путем комплекснијег предотказног поступка код послодавца смањити могућност незаконитих радњи послодаваца.

Анализирањем могућих решења, одговараћемо на питања како заштити људско достојанство и приватност радника, а осигурати послодавцу објективно праћење рада запослених. Овај низ наставља питање до које мере би се морали утврдити нормативи и на који начин би се пратили да би изостанак резултата рада био објективизиран, те са којим методама вредновања запослени морају бити упознати. Затим, на који начин послодавац може предвидети објективне критеријуме по којима ће оцењивати знања и радне способности запослених. Нужна пажња биће посвећена анализирању комисија, надлежности, саставу, начину рада оних који су подобни да оцењују резултате рада и знања и способности својих колега. Даље, истраживање треба да одгонетне који је то објективан рок за превазилажење недостатка у раду због којих изостаје резултат, односно за додатну едукацију. У том смислу, настојаћемо да укажемо на модус промене тренутног стања у циљу унапређења поштовања права радника.

Неопходно је утврдити најподесније и најделотворније правне и институционалне механизме за утврђивање чињеница којима закон даје особину отказних разлога, уз неизоставну напомену да превелика ограничења и предути и компликовани поступци за отказ уговора о раду демотивишу послодавце да запошљавају раднике, те стимулишу флексибилне облике рада, а са друге стране делују дестимулативно и на запослене који су “уљуљкани” и непродуктивни. Отуд верујемо да ће наше истраживање показати и негативне ефекте превелике заштите запослених, односно склоност запослених да злоупотребе права која су им дата, а видећемо да је наше законодавство у компарацији са страним правима доста повољно за запослене, што се може објаснити, између осталог, и утицајем социјалистичких решења усмерених на обезбеђивање сигурности запослења.

Циљ анализе је и да се утврди значај управних органа власти и независних контролних институција, а нарочито инспекције рада, њене тренутне и потенцијалне надлежности у споровима поводом отказа уговора о раду, те у којој је мери уопште овај вид заштите права подесан у овим процесима и на крају биће евалуирана делотворност предузетих мера. Затим, истраживање треба да одговори на питање у којој мери су искоришћени капацитети независних контролних тела који се предвиђају нашим позитивним прописима. Потом, истраживање треба да покаже шта су предности и недостаци решавања радних спорова поводом отказа уговора о раду од стране послодавца у судском поступку и шта су претпоставке ефикасног судског решавања радних спорова, те да одгонетне на који начин принудно извршити судску одлуку из ове области. Анализа, даље, треба да утврди у којој су мери методи мирног решавања радних спорова подесни за решавање радних спорова у вези са отпуштањем запослених и чиме је условљена њихова делотворност. Као синтетички резултат претходних анализа очекује се и одговор на питање који су методи или њихове комбинације најподеснији за решавање спорова у вези са отпуштањем запослених, јер се чини да су прописи уобичајена пракса доминантно усмерени ка судској заштити у решавању спора. Такође, истраживање треба да обезбеди одговор на питање какав је статус запослених у Републици Србији у погледу нивоа гаранција права који је у домаћем праву признат запосленима у односу на међународне и европске радне стандарде, као и да ли постојећи ниво гаранција права запослених у домаћем праву омогућава ефикасну судску заштиту и решавање спорова другим методим.

Предложена тема докторке дисертације има и посебан практични значај за нашу земљу. Запослени који добије отказ суочен је великом неизвесношћу у погледу новог запошљавања и такође са великом неизвесношћу у погледу покушаја да заштити своја права пред судом, у поступку који и поред свих процесних гаранција трају у недоглед. Највећа мана судске заштите је што долази прекасно, када је запослени већ добио отказ или, у страху од отказа, прихватио неодговарајуће и често понижавајуће услове рада. Положај запослених додатно отежава чињеница да су судови недовољно ефикасни, да поступци трају предуго, као и да не постоји јединствена судска пракса која би исход спорова учинила извеснијим и тиме редуковала њихов број и дужину. Стиче се утисак да су алтернативне могућности решавања, али и превенције спорова, недовољно искоришћене, а да би њиховом употребом могао бити унапређен ниво заштите индивидуалних и колективних радних права.

Истраживање ове теме је посебно важно за науку јер је питање злоупотребе права на отказ и повреде одредаба којима се регулише поступак у вези са раскидањем радног односа прелама читав низ деликатних правних питања, укључујући питање услова и препрека за делотворно остваривање низа људских права и основних слобода запослених (од права на рад и слободе рада, преко права на достојанство, право на заштиту од дискриминације, право на поштовање приватног живота и др.).

Управо подређеност запосленог власти послодавца условљава потребу за нормама које ће ограничити широка послодавчева овлашћења која се исказују од поступка заснивања, током трајања и на крају све до престанка радног односа. С тим у вези, у дисертацији би биле истакнуте позитивне, а посебно негативне стране радног законодавства *de lege lata*, и дати предлози за реформу легислативних решења и унапређење стања *de lege ferenda*, а посебно имајући у виду правне празнине у законодавству у овој области.

Стога ћемо путем аналитичког и критичког приступа релевантној литератури, меродавним изворима права, документима и извештајима надлежних органа и институција и пракси судова настојати да утврдимо: који су то оправдани разлози за отказ, на који начин се вреднују радне способности односно знања запослених, а на основу чега долази до отказа, те на који начин се утврђује изостанак резултата рада. Другачије речено, отказ из горе поменутих професионалних разлога сасвим је пожељан и оправдан, јер је савршено јасно и неоспорно да радник који нема потребна знања и способности, или их има али не остварује одговарајуће резултате рада, треба да буде отпуштен али се мора учинити да све поступак који претходи отказу буде јасно унапред утврђен, објективизиран и прописан.

Предмет и циљ истраживања, као и његова структура, определили су методе који су коришћени. Метод који би примарно нашао примену при проучавању регулативе која уређује предметну област је *нормативни* метод, све са циљем истраживања структуре правних норми, односа између норми које чине део радноправног система перманентно детерминисаног предметом истраживања. Такође, од круцијалног значаја је и *упоредноправни* метод заслужан за свеобухватну анализу националног система услед утврђивања разлика и истоветности нашег права са правима других земаља, европским и универзалним радним стандардима, а подаци добијени коришћењем

наведеног метода представљају основу за разматрање будућих тенденција развоја у предметној области.

Након утврђивања садржине постојеће регулативе примениће се и *аксиолошки метод* како би се утврдило у којој мери постојећи правни и институционални оквири могу остварити потребне циљеве. Иако ће се истраживању приступити превасходно са правног аспекта, биће коришћен и *социолошки метод*, у циљу истраживања друштвеног контекста који је условио настанак и развој идеје о потреби заштите запослених у случају отказа који се сматра једним од најстреснијих догађаја у животу сваког појединца, и следствену промену схватања о садржини и значају начела сигурности запослења у савременом друштву, као и даљих тенденција развоја законодавне регулативе у овом оквиру.

Историјски метод биће коришћен у циљу бољег разумевања како правне природе и режима отказа уговора о раду с обзиром на историјски развој схватања о неопходности државне интервенције ради заштите запослених не само од незаконитог отказа, већ и ради заштите права запослених током радног односа, кроз развој могућности решавања радних спорова у судском поступку, као и применом других метода решавања радних спорова и историјски развој схватања о потреби посебне заштите од отказа којом се ограничава традиционално суверено право послодавца.

Комплексност предмета овог истраживања захтева коришћење *аналитичких и синтетичких метода* у раду, с обзиром да је неопходно испитати све појединачне елементе феномена и правног режима отказа, могуће повреде права и карактеристичне врсте радних спорова, надлежности институција за решавање радних спорова и њихов међусобни функционални однос, како би се утврдила њихова појединачна делотворност и међусобне корелације, које омогућавају постизање најефикасније заштите права из радног односа у задатом правном оквиру.

Резултати до којих се дође применом свих метода требало би да омогуће утврђивање постојећег стања, сагледавање евентуално потребних унапређења и сагледавање *de lege ferenda* правних решења.

Главне хипотезе у раду су следеће: а) сусрет слободе предузетништва и права на рад резултира асиметријом овлашћења послодавца и запосленог за иницирање престанка радног односа, чиме се доводе у равнотежу интереси ових субјеката; б) и

поред законодавног решења према којем су неостваривање резултата рада или одсуство потребних знања и способности за обављање послова на којима запослени ради сврстани у један отказни разлог, реч је о два отказна разлога која чак не морају бити у међусобној вези; в) правна одређеност и објективизација норматива рада доприноси спречавању злоупотребе права на отказ уговора о раду због неостваривања резултата рада; г) законска обавеза да се аутономним изворима радног права нормира сваки посао и предвиди “предотказни” и отказни поступак може допринети већој правној сигурности; д) премда се аутономним изворима радног права могу попунити правне празнине у области заштите од отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада и непоседовања знања и способности, тиме се не искључује потреба за стварањем когентних норми у овој области; ђ) увођење законске обавезе утврђивања критеријума и надлежности за оцењивање знања и способности запослених може допринети већој правној сигурности у области заштите од неоправданог отказа; е) сложенији отказни поступак може имати значајну улогу у превенцији настанка радних спорова у вези са отпуштањем. Супротно, може демотивисати послодавце да запошљавају раднике и поспешити флексибилне облике рада. Осим тога, може деловати дестимулативно и на запослене који мисле да не могу добити отказ због чега неретко постају непродуктивни; ж) партиципација запослених могла би бити максимално искоришћена приликом отказивања уговора о раду због професионално условљених разлога и то приликом одређивања објективних критеријума за утврђивање знања и способности запослених као и код утврђивања (не) постојања резултата рада; з) увођење тзв. одобреног (ауторизованог) отказа може допринети делотворности посебне заштите од отказа осетљивих категорија лица (труднице, породиље, особе са инвалидитетом, раднички представници); и) преуска овлашћења инспекције рада и недовољни капацитети овог управног органа указују на слабост институционалног оквира заштите запослених од незаконитог отказа, тим пре што би они могли бити интензивније укључени и у "предотказни" и отказни поступак; ј) обавезност обраћања независној контролној институцији или примене неког од метода мирног решавања радних спорова може допринети већој ефикасности и делотворности решавања индивидуалних радних спорова у вези са отпуштањем; к) судски поступци, иако су прожети низом посебних процесних гаранција, нису ефикасан начин решавања радних спорова. Већа делотворност судског поступка може се обезбедити кроз специјализацију судства или формирања специјалних одељења у оквиру постојећих судова опште надлежности.

Део први

ПОЈАМ И ОСНОВИ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА

1. Појам и елементи радног односа

1.1. Одређење појма радног односа

О самом појму радног односа наћићемо пуно дефиниција. Сублимирањем оних најчешћих, рећићемо да је радни однос добровољна, слободно и лично успостављена правна веза два лица - запосленог и послодавца. Међутим иако се дефиниција чини једноставном, овде је реч о сложеном и комплексном односу два лица. Радноправни однос чини скуп права, обавеза и одговорности које имају субјекти тог односа. У својој суштини, реч је о друштвенорадном односу који је регулисан правним нормама¹. Дакле, веза се слободно успоставља између лица које обавља рад за зараду тако што је укључено у организовани рад на одређеном радном месту, где лично обавља посао који је саставни и трајни део делатности послодавца и лица за чији се рачун рад обавља, а које има обавезу поштовања права на зараду и друга права.² Радни однос може се дефинисати и као добровољна, лична, радноправна, функционална веза радника и послодавца на основу које се радник укључује на тачно одређен начин у организовани рад и то заузимајући одређено радно место и примајући зараду за свој лични рада према уложеном раду.³

Из потоње дефиниције произилази да је за радни однос битно да имамо слободно успостављену везу два лица (негација принудног рада), да је запослени укључен у организовани рад, да га лично извршава за зараду, да је рад везан за делатност послодавца, да се добровољно одриче дела аутономије и ставља под “власт”

¹П. Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2015, стр. 147.

²Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *Радно право*, Београд, 2017, стр.78; слично и Б. А. Лубарда, *Увод у радно право*, Београд, 2013, стр.6-7.

³А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног прва Југославије*, Београд, 1981, стр.24. Тако би се могао дефинисати општи појам радноправног односа: као добровољна, лична, радноправна, функционална веза радника у организацији, односно код послодавца, на основу које се радник под одређеним условима и на одређени начин укључује у организовани рад у организацији, заузимајући једно одређено радно место на коме обавља одређени посао, односно функцију, и примајући за свој лични рад зараду према уложеном раду. Радни однос може се дефинисати и као добровољно ступање на рад којим се успоставља лична радноправна и функционална веза у којој се радник укључује у рад за зараду или према као добровољан правно регулисан однос, рад који радник обавља лично и на организован начин односно кроз организоване форме, примајући награду односно плату за тај рад. В. Брајић, *Радно право, радни односи, други односи рада и социјално осигурање*, Београд, 2001, стр. 128.

послодавца. На тај начин радни однос разликујемо од неких других врста рада (нпр. предузетничког рада, где радник ради у своје име и за свој рачун). Чини се да смо на овај начин свеобухватно објаснили радни однос, његове субјекте, битне и небитне елементе.

Радни однос карактерише лично подређени рад који се извршава под влашћу другог. Осим подређености јављају се и други критеријуми који се у пракси користе за одређивање постојања радног односа, па се тако, на пример, води рачуна да ли се рад извршава за другог, да ли се обавља лично у одређеном временском периоду и на одређеном месту, да ли је то рад са одређеним трајањем и континуитетом, ко сноси ризик пословања, да ли постоји периодичност плаћања, да ли постоје узајамне обавезе и друго.⁴

Радноправни однос чини спектар права, обавеза и одговорности које имају субјекти друштвено-радног односа (однос који настаје између људи и других чинилаца у процесу рада),⁵ и они скупа чине садржину радног односа.⁶ Овде је дакле реч о свим правима, обавезама и одговорностима, од оних предвиђених законима до оних из (колективних и индивидуалних) уговора о раду. Како садржину радног односа чине права и обавезе суконтрахираната уговора о раду, то су вршење одређеног посла под влашћу послодавца за који се стиче право на зараду основни и најбитнији елементи овог односа.⁷ Права, обавезе и одговорности имају обе стране из радног односа, послодавац и запослени, али и запослени између себе. Тако, на пример, Закон о спречавању злостављања на раду предвиђа дужност запосленог на уздржавање од сваког понашања према свом колеги које би представљало злостављање на раду.⁸

Као што смо рекли, запослени се добровољно правно потчињава послодавцу и под његовом влашћу врши основну обавезу - обавља одређени посао (наравно уз право на зараду) и извршава налоге послодавца. Међутим запослени није само у обавези да извршава поверени рад већ је и у обавези да поштује ауторитет послодавца и целокупну организацију рада као на пример распоред радног времена, места извршавања рада,

⁴В. Wass, „The legal definition of the employment relationship“, *European Labour Law Journal*, број 1/2010, стр. 46-47. Предмет радног права је искључиво рад за другог, подређени рад, али који настаје као последица слободе лица да заснује радни однос.

⁵П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 144-147.

⁶А. Фримерман, *Радно право*, Београд, 1986, стр. 29.

⁷V. Vannes, *Le lien de subordination dans le contract de travail*, Bruxelles, 2005, стр. 16-20.

⁸ На пример, према члану 11. Закона о спречавању злостављања на раду („Службени гласник Републике Србије“ број 36/2012) запослени је дужан да се уздржи од понашања које представља злостављање.

оправдавања одсуства и слично.⁹ Радни однос карактерише личноправни однос који се огледа у обавези лојалности запосленог послодавцу (што оправдава нпр. антиконкурентску клаузулу), али и послодавца запосленом (нпр. заштита здравља и безбедности на раду).¹⁰ Анализом дефиниција радног односа долазимо и до његових елемената, а оне значајније за тему престанка радног односа обрадићемо у наставку рада.

1.2. Елементи радног односа од значаја за његов престанак

1.2.1. Уводна разматрања

Који су то битни елементи радног односа, односно преко којих елемената ће се радни однос дефинисати јесте питање око којег нећемо наћи јединствен став ни у домаћој ни у иностраној литератури. Заправо спор постоји око тога који су то битни елементи радног односа, а разлика је последица најразличитијих дефиниција радног односа. Тако ћемо се сустрести са битним елементима радног односа који полазе од оних најчешћих: добровољност, лично обављање послова, плаћеност, правна субординација, па оних ређе заступљених у литератури - укључивање у организацију рада, ограничено радно време, правност, ступање на рад, организованост, обављање рада у виду занимања, непостојање ризика за неуспех и случај пропасти ствари са којима се ради. Све наведено јесу елементи радног односа, али се спор јавља око питања који су то елементи радног односа који су битни. Без обзира шта се од поменутих елемената прихвати, подељен је став да следећа три елемента чине битне елементе радног односа: добровољност, лично обављање послова и плаћеност.¹¹

Субординација је четврти најчешће навођен елемент, али и елемент радног односа који изазива највише полемике посебно у периоду самоуправљања (мада и тада многи аутори тврде да субординација не ишчезава из радног односа, већ у њему, уз

⁹V. Vannes, *op. cit.*, стр. 6-8, 10-23. Да је запослени дужан да поштује распоред радног времена мишљење је и Европског суда за људска права. Суд је у предмету *Tibet Menteş* и остали против Турске (представка број 57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10 и 57829/10) заузео став да се распоред радног времена мора поштовати без обзира на верске обичаје. Одлука доступна на: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-177938%22%5D%7D>

¹⁰L. Wedderburn, *The worker and the law*, London, 1986, стр. 148.

¹¹Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр.79-84; слично Б. А. Лубарда, *op. cit.*, стр.7-14.

крупне измене, опстаје). Како било, субординација се не може негирати, било да је прихватимо или не, као битан елемент радног односа. У новијој домаћој литератури свакако поред добровољности, личног обављања послова и плаћености, и субординација представља битан елемент и суштинско обележје радног односа.¹² Дакле сложићемо се са теоријом да су битни елементи радно-правног односа добровољност, лична радно-правна функционална веза, субординација и плаћеност.¹³ У раду ћемо се осврнути само на за нашу тему важне елементе: добровољност, личну радно-правну функционалну везу и субординацију.

1.2.2. Добровољност

Добровољност, као битно обележје радног односа, пре свега, произилази из начела слободе рада и слободе уговарања коју имају субјекти радног односа. Из тога закључујемо да добровољност представља сусрет две слободе: слободе рада запосленог и послодавчеве слободе предузетништва.¹⁴

Слобода рада представља једну од основних слобода човека, признату и обезбеђену у свим савременим друштвима.¹⁵ Уско је везана са другим слободама које припадају човеку и које штите његово достојанство, а нарочито са основном слободом економског значаја: слободом предузетништва. У ширем смислу, ове слободе су различити облици истог принципа - слободе избора занимања. У ужем смислу, манифестује се као слобода рада за рачун послодавца (и предмет је радног права), а у ширем смислу јавља се као избор занимања у намери рада за самога себе.¹⁶ Она значи и слободу самосталног обављања делатности, иако обављање самосталне делатности не спада у област радног права. Слобода рада значи и слободу човека да не ради против своје воље. У том смислу слобода рада је један од израза опште човекове слободе која му је друштвено призната. Остварујући слободу рада, човек према својој вољи ради или не ради. Посматрано на тај начин, слобода рада јавља се и као слобода од сваке

¹²Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, стр. 210. и П. Јовановић, *op. cit.*, стр. 157.

¹³Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 79-84, слично и Б. А. Лубарда, *op. cit.*, стр. 7-14.

¹⁴Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 79.

¹⁵А. Фриерман, *op. cit.*, стр. 47.

¹⁶Б. Лубарда, „Слобода рада и слобода уговарања“, *Правни живот*, бр. 5-6/2002, стр. 107.

принуде човека на рад, јер сваки појединац дакле бира да ли хоће или неће да ради, односно нико не може бити натеран да ради.¹⁷

Слобода рада обухвата, дакле, сваки рад, било у оквиру радног односа било рад за себе. У оквиру радног односа, слобода рада значи слободу заснивања радног односа, и слободу раскидања овог односа, а што у коначници значи да подразумева и слободу трајања радног односа, јер колико ће једном засновани радни однос трајати зависи од воља суконтрахената. Добровољност, као битан елемент радног односа, изведена је, управо, из начела слободе рада.¹⁸ На начелу добровољности се заснива радни однос, а даље, логично води и ка начелу слободе раскидања радног односа. Дакле, елемент добровољности је један од четри битна елемента радног односа¹⁹, која се тиче и заснивања и трајања и престанка радног односа.

У претходном излагању видели смо да добровољност постоји и пре заснивања радног односа, јер свако лице које жели да ради најпре бира занимање, а онда да ли ће да ради “само за себе”, заправо као предузетник, или ће радити “за другога” односно хоће ли засновати и са ким ће засновати радни однос. Заснивање радног односа подразумева одсуство принуде у погледу његовог занимања. Како приликом заснивања тако и током трајања радног односа добровољност мора постојати. Радни однос заснива се уговором о раду. Уговор о раду је ипак “само” уговор, те као такав настаје сагласношћу воља, а где има сагласности има и добровољности. Када те воље нема уговор се раскида.²⁰

Када добровољно закључи уговор о раду, запослени се добровољно правно подређује послодавцу и под његовом влашћу врши одређени посао (наравно уз право на зараду) и извршава налоге послодавца. Запослени не само да је у обавези да извршава поверени рад, већ је и у обавези да поштује распоред радног времена, место извршавања рада и слично.²¹

Иако добровољност постоји не треба занемарити фактичку нужност (и то пре свега егзистенцијалну) заснивања и трајања радног односа на страни радника који тиме

¹⁷А.Фримерман, *op. cit.*, стр. 47-48.

¹⁸Детаљније погледати у поглављу рада посвећеном начелу слободе рада.

¹⁹N. Tintić, *Osnovi radnog prava*, Zagreb, 1955, стр. 173. Током радног односа добровољност мирује јер правна подређеност одражава суштину радног односа. Ипак, лице се налази добровољно у стању правне подређености. Б. А. Лубарда, *Увод у радно право*, *op. cit.*, стр. 9.

²⁰Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, *Увод у право*, Београд, 2017, стр. 268.

²¹V. Vannes, *op. cit.*, стр. 6-8, 10-23.

обезбеђује средства за живот себе и своје породице.²² Управо ова идеја јесте основно полазиште приликом регулисања отказа уговора о раду јер је јако битно заштитити лице које, нажалост, у данашње време чешће преживљава него што живи од свог рада. Стога се може претпоставити да нису ретки запослени који ће трпети различите непријатности али неће прибећи отказу, док послодавац као економски јачи и због најмање ситнице хоће. Зато постоје законска ограничења која штите економски слабију страну. Због предњег, неки аутори кажу да радни однос траје докле радник жели јер је он тај који у сваком моменту може раскинути уговор о раду без већих законских ограничења за разлику од послодавца.²³

1.2.3. Правна субординација

Већ смо видели да у нашој теорији радног права истакнути професори готово једногласно прихватају субординацију као битан елемент уговора о раду. Субординација је данас, дакле, широко прихваћена у теорији, законодавству и пракси радног права, било посредно било непосредно. Можемо је срести као обележје или елемент радног односа или као критеријум уговора о раду, или пак посредно у радном праву држава са англосаксонском правном традицијом, преко тестова које судије користе приликом одлучивања о правној квалификацији запосленог. Како било једно је заједничко - садржина субординације у радном односу се испољава у хијерархијском односу, превасходно у извршавању рада по наредбама и упутствима послодавца.

Предуслов за постојање субординације јесте лично обављање рада. За правну подређеност неопходно је лично извршавање рада а по упутствима и под контролом послодавца.²⁴ То даље имплицира да се запослени мора подредити управљачким, нормативним и дисциплинским овлашћењима послодавца. Последица претходног јесте да управо ова три овлаштења чине основно, суштинско обележје правне субординације.²⁵ Дакле суштинско обележје правне субординације огледа се у нормативној, управљачкој и дисциплинској власти послодавца, односно у подређивању

²²А.Фриерман, *op. cit.*, стр. 27.

²³Р. Р. Брковић, *Радно право*, Београд, 2003, стр. 17.

²⁴L. Wedderburn, *op. cit.*, стр. 128.

²⁵Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 135.

запосленог овим овлашћењима.²⁶ Овде долази до својеврсне борбе субординације и добровољности која резултира добровољном подређивању запосленог правној власти послодавца, која се материјализује кроз доношење одлука, уређивање односа и изрицање санкција у току трајања радног односа.²⁷ Ваљало би напоменути да говорећи о субординацији инсистирамо на правној и личној подређености, а не само на подређености у смислу економске зависности запосленог од послодавца која је свакако неспорна.²⁸ И у поступку који претходи закључењу радног односа долази до изражаја неједнакост преговарачких моћи, а по закључењу уговора економска и правна неједнакост је очигледна. Економска неједнакост испољава се у економској зависности запосленог од послодавца, а правна неједнакост испољава се у подређености запосленог власти послодавца.²⁹

У складу са предње наведеним овлашћењима (а нарочито дисциплинским) послодавац има право а неретко и обавезу (нпр. позитивним правом предвиђена је обавеза кажњавања за злостављање на раду) да кажњава запослене за повреде радних обавеза. Послодавац, дакле, осим права да издаје наредбе и упутства, да контролише њихово извршење, има и моћ да санкционише пропусте подређених, те у том смислу и да отпусти запосленог. Следом наведеног, отказ уговора о раду због неостваривања резултата рада или непоседовања знања и способности је директан резултат субординације. Правила о дисциплинској одговорности усмерена су на кажњавање и корекцију понашања запослених која угрожавају функционисање одређене радне средине, док у случају најтежих повреда радних обавеза, омогућавају отпуштање запосленог чије је понашање такво да не може да настави са радом у одређеној радној средини.³⁰ Из наведеног произилази да послодавац управо на темељу субординације има право да отпусти радника.

Правна подређеност као битно обележје радног односа подразумева неједнакост његових субјеката.³¹ Као што смо рекли, запослени се добровољно подређује послодавцу и под његовом влашћу врши одређени посао (наравно уз право на зарadu) и извршава налоге послодавца. Правна подређеност запосленог не огледа се само у

²⁶J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, Paris, 1987, стр.95.

²⁷Б. Шундерић, *Радни однос*, Београд, 1990, стр. 26.

²⁸В. Wass, *op. cit.*, стр. 6-7, 54.

²⁹F. Hendrickx, "Foundations and functions of contemporary labour law", *European Labour Law Journal*, број 2/2012, стр. 120.

³⁰Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 37, 177.

³¹Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 82.

обавези извршавања повереног рада већ и у обавези запосленог да поштује распоред радног времена, место извршавања рада, оправдавања одсуства и слично.³² Сублимирано субординација подразумева подређење инструкцијама и наређењима послодавца.³³

Иако већина теоретичара заузима, чини се, исправно становиште да субординација представља битан елемент радног односа, у нашој теорији, као што смо претходно истакли, срећу се и супротна схватања. Тако, на пример, проф. др Р. Брковић субординацију дефинише као небитан елемент радног односа, јер је она карактеристична за радне односе у државним органима,³⁴ што се не чини прихватљивим јер субординација постоји и у општем режиму радних односа, где, према нашем схватању, чак и више долази до изражаја.

1.2.4. Управљачка, нормативна и дисциплинска власт послодавца као дериват субординације и ограничење елемента добровољности

Чини се да се од настанка радно право бори са односом субординације и добровољности. Већ смо констатовали постојање оба ова елемента радног односа. Дакле, након што се запослени добровољно „потчини“ власти послодавца, активира се следећи елемент радног односа – субординација или послодавчева правна власт. Могло би се рећи да у борби субординације и добровољности долази до баланса који називамо хијерархија. Успостављање хијерархијског односа између послодавца и запослених у процесу рада је једно од основних обележја уговора о раду и неизбежно је у радним односима.³⁵ Из хијерархијског односа, вертикалне подређености и надређености извире право надређених да издају наређења, као и обавеза подређених да поштују и извршавају издате наредбе.³⁶ Послодавчева власт изражава се у овлашћењима послодавца да доноси одлуке, да уређује односе и да изриче санкције у току трајања радног односа.³⁷ Суштинско обележје правне субординације огледа се у нормативној,

³²V. Vannes, *op. cit.*, стр. 6-8, 10-23.

³³J. Perlain, *Radno pravo*, Split, 1972, стр. 34.

³⁴Р. Р. Брковић, *op. cit.*, стр. 18.

³⁵В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *Советское трудовое право*, Ленинград, 1966, стр. 104.

³⁶А. Балтић, М. Деспотовић, *op. cit.*, стр. 273.

³⁷Б. Шундерић, *Радни однос*, *op. cit.*, стр. 26.

управљачкој и дисциплинској власти послодавца односно у подређивању запосленог овим овлашћењима.³⁸

Управљачка власт послодавца је од три горе поменуте најјаснији показатељ правне субординације, јер у себи садржи функционалну активност послодавца³⁹. Поред фактичке власти испољене у економској доминацији, послодавцу, наиме, припада и правом признато овлашћење за организацију и усмеравање рада. Закључивањем уговора о раду запослени се подређује послодавчевој управљачкој власти, која је континуирана од момента настанка па све до престанка радног односа.⁴⁰ Управљачка власт дакле представља право на организацију рада, а у ширем смислу обухвата и нормативну (на основу које послодавац доноси акте којима касније „управља“) и дисциплинску власт (на основу које се кажњава када се не поштују одлуке послодавца).⁴¹ Власник средстава сасвим логично има право да располаже средствима за рад и води предузеће у складу са својим економским интересима⁴² те да ангажује раднике који ће ефикасно радити и отпусти оне који су му „на терету“,⁴³ али у складу са позитивним прописима.

Нормативна власт, као део управљачке власти послодавца, подразумева његово право да ствара норме којима се уређује радни однос, односно права, обавезе и одговорности из радног односа. Нормативном влашћу настају акти који омогућавају делотворно вршење управљачких овлашћења.⁴⁴ У теорији се од три власти послодавца нормативна највише оспорава, јер је у супротности са социјалним дијалогом.⁴⁵ Уређивање права, обавеза и одговорности из радног односа на овај начин јесте атипичан начин регулисања радног односа будући да не одговара равноправности уговорних страна и наглашава већ економски доминантног послодавца. Ипак, по правилу, ови акти регулишу радне односе када не постоје услови да се они регулишу колективним уговорима (зато је правилник о раду супститут колективног уговора код послодавца и престаје да важи закључењем колективног уговора). Такође ограничени

³⁸J. Rivero, J. Savatier *op. cit.*, стр. 95.

³⁹A. Jeammaud, A. Lyon - Sean, “Droit et direction du personnel”, *Droit social*, број1/1992, стр. 56-57.

⁴⁰Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација (необјављена), Београд, 2011, стр. 118-120.

⁴¹J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 257.

⁴²В. Брајић, „Слобода воље у радним односима“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2003, стр. 817.

⁴³В. Вучковић, „Престанак радног односа“, *Радно и социјално право*, бр.7-9/98, стр.174.

⁴⁴Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 130-136.

⁴⁵M. Cohen, „Le reglement interieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise“, *Droit social*, број 1/1980, стр. 160.

су и хетерономним изворима права.⁴⁶ Дакле, запослени је обавезан да поштује правна правила која ствара послодавац и којима га ограничава, а на држави је да уреди и ограничи вршење послодавчеве нормативне власти.⁴⁷

Дисциплинска власт је овлашћење послодавца да изриче санкције запосленима који учине повреду радних обавеза, радне дисциплине или непоштовање правила радног реда. Као и нормативна, део је управљачке власти послодавца и представља њену последицу за случај да се не поштују одлуке послодавца.⁴⁸ Закључивањем уговора о раду запослени преузима обавезу да ради у име, за рачун и под влашћу послодавца, јер послодавацу, осим фактичке власти испољене у економској доминацији припада и правом признато овлашћење за организацију усмеравање и контролу рада, јер послодавац на други начин не би могао да организује обављање своје делатности.⁴⁹ Правила о дисциплинској одговорности усмерена су на кажњавање и корекцију понашања запослених која угрожавају добро функционисање одређене радне средине, док у случају најтежих повреда радних обавеза, омогућавају отпуштање запосленог чије је понашање такво да не може да настави са радом у одређеној радној средини.⁵⁰ Дисциплинско кажњавање је много делотворније од општих механизма облигационог права, односно кажњавања за непоштовање уговора. Дисциплинско кажњавање омогућава постепено (градацијско) кажњавање, од лакших ка тежим мерама. У хијерархији дисциплинских мера отказ заузима највише место, односно отказ је *ultima ratio* мера. Градацијско кажњавање је својеврсна предност у односу на отказ као одговор за непоштовање обавеза уговора, односно основних обавеза и дужности запослених.⁵¹ Из наведеног произилази да послодавац управо на темељу субординације има право да отпусти радника, али и да то право рационално користи по принципу давања шанси блажим у односу на теже мере, наравно, поступајући увек у складу са законом.

⁴⁶П. Јовановић, „Отворена питања у праву и пракси колективног преговарања и социјалног дијалога“, *Право и привреда*, бр.7-9/2010, стр. 433.

⁴⁷А. Балтић, М. Деспотовић, *op. cit.*, стр. 125.

⁴⁸J.Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 257.

⁴⁹Љ. Ковачевић, „Престанак радног односа као дисциплинска мера у општем режиму радних односа“, *Казнена реакција у Србији*, други део, уредник Ђорђе Игњатовић, Београд, 2012, стр. 220.

⁵⁰Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 177.

⁵¹Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 143-148.

1.2.5. Лично обављање посла

Уговор о раду може се дефинисати и као уговор о личном извршавању рада, јер се и уговор о раду закључује с обзиром на лична својства запосленог као друге уговорне стране.⁵² Реч је о елементу који је последица обележја уговора о раду као уговора *intuitu personae*, односно уговора који се закључује с обзиром на лична својства суконтрахената, а нарочито запосленог.⁵³ Тако поједини аутори радни однос дефинишу као личну, радноправну функционалну везу⁵⁴ или као однос који карактерише лично подређени рад који се извршава под влашћу другог. Лична радноправна веза изражена је кроз три квалификатива а која севоде на сарадњу и поверење: радник је дужан лично и у целости обављати поверени му посао; између радника и послодавца се радноправном регулативом успоставља веза те регулише и сама садржина радноправног односа и треће сва лица запослена у једној институцији су функционално, организационо и технички повезана јединственим процесом рада⁵⁵.

Имајући у виду претходно, односно да је уговор о раду уговор *intuitu personae*, јасно је да се обављање послова поверава раднику који је изабран с обзиром на знања, способности, вештине и умећа која поседује. Сва права и обавезе из радног односа строго су везана за конкретног радника (не могу се пренети на друго лице), па је јасно да, лично извршавање престације рада представља једно од битних обележја радног односа и да представља одлучујући елемент сагласности радника и послодавца.⁵⁶

Лично обављање рада је предуслов и за друге елементе радног односа. У упоредном праву, као елементи који су неопходни да би постојао радни а не неки други однос наводи се то да се рад обавља лично у одређеном временском периоду и на одређеном месту, са одређеним трајањем и континуитетом.⁵⁷ Такође и субординација је незамислива без постојања обавезе личног обављања рада, јер је за подређеност, за

⁵²L. Wedderburn, *op. cit.*, стр. 144.

⁵³*Ibid.*, стр. 128.

⁵⁴А. Балтић, М. Деспотовић, *op. cit.*, стр. 26.

⁵⁵Ж. Мирјанић, *Увод у радно право, књига прва*, Бања Лука, 2020, стр. 68.

⁵⁶Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, стр. 46-47. Дакле запослени не само да није дужан да, за случај одсуствовања са посла, обезбеди замену, већ је забрањена делегација радних задатака. У упоредном праву срећу се и другачија решења. Тако је, примера ради, у Аустрији, дозвољено преношење радних задатака али на тачно одређено треће лице. Упоредно право познаје и институт делења посла, који подразумева да два радника деле исти посао, тј. наизменично извршавају радне задатке, при чему они сами одлучују ко ће их у одређеном тренутку извршавати.

⁵⁷В. Wass, *op. cit.*, стр. 46-47.

извршавање рада по упутствима и под контролом послодавца неопходно лично извршавање рада.⁵⁸ Као што смо рекли, запослени се добровољно правно подређује послодавцу и под његовом влашћу врши основну обавезу везану за обављање одређеног посла на који га је послодавац распоредио. Распоређивањем запослених на одговарајуће послове обезбеђује се заштита интереса послодавца, али и самог запосленог који се распоређује. Интерес је запосленог да буде распоређен на одговарајући посао, у складу са његовим стручним и радним способностима, јер само тако може да оствари највећи радни допринос, највећу зараду и највећи обим других права из радног односа.⁵⁹ И не само да је у обавези да извршава поверени рад већ је и у обавези да поштује распоред радног времена и место извршавања рада а што се опет везује за обавезу личног извршавања рада.⁶⁰

Радни однос карактерише личноправни однос који се огледа у обавези лојалности запосленог послодавцу, али и послодавца запосленом, те би се могло рећи да из личноправног односа произилази обавеза узајамног поверења која је не само правна него и морална обавеза⁶¹. Радни однос, успостављен на начелу савесности и поштења, као основном начелу облигационог права, представља основ за правну и етичку обавезу, односно начело узајамног поверења: обавези лојалности, али и личног односа послодавца према запосленом (заштита здравља и безбедности на раду)⁶². Колико је битна међусобна веза послодавца и запосленог говори и чињеница да су и судови заузели став да нико не може захтевати од послодавца да у радном односу задржи запосленог у кога је због његових поступака или понашања изгубио поверење⁶³.

1.3. Садржина радног односа

Радни однос је централно питање радног права. У радном односу се преламају слобода рада и слобода предузетништва, које су утемељене неодговарајућим правима – праву на рад и праву својине. Одговарајућа права и слободе једног лица (запосленог) могу се остваривати и штитити само до граница одговарајућих права другог лица

⁵⁸L. Wedderburn, *op. cit.*, стр. 128.

⁵⁹П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *Право и привреда*, бр.7-9/2012, стр. 474.

⁶⁰V. Vannes, *op. cit.*, стр. 6-8, 10-23.

⁶¹L. Wedderburn, *op. cit.*, стр. 148.

⁶²Ж. Мирјанић, *op. cit.*, стр. 68.

⁶³Ћ. Crnić, *Otkaz ugovora o radu*, Zagreb, 2013, стр. 66.

(послодавца)⁶⁴. Радни однос постоји захваљујући субјектима (запосленом и послодавцу) и садржини радног односа. Садржину радног односа чине сва међусобна права и обавезе послодавца и запосленог.⁶⁵ Дакле садржину радног односа чине сва она права и обавезе које оба суконтрахента уговора о раду имају и која су у међусобној корелацији.⁶⁶ Та права и обавезе могу бити одређени или одредиви, у зависности од сваког конкретног случаја.⁶⁷ Као што приликом настанка радног односа доминирају добровољност и консензуалност, када је реч о садржини радног односа истичу се онерозност, билатералност и размена, или како то Тинтић објашњава, оно што је за једну страну *facio ut des* за другу је *do ut facias*.⁶⁸

Како радни однос карактерише реципрочност права и обавеза субјеката тог односа, јасно је да иза сваког права стоји одређени интерес, те у конкуренцији формално једнаких социјалних и економских права (права на рад и права својине) потребно је обезбедити једнаке шансе за остваривање и заштиту интереса које та права покривају. У том смислу, радни однос, као скуп права, обавеза и одговорности запосленог и послодавца, мора се кретати у равни интересно уравнотежених позиција његових субјеката.⁶⁹

Овде је, дакле, реч о свим правима и обавезама од оних предвиђених законима до оних из уговора о раду (колективних и индивидуалних). Већ у посебним одредбама Закона о раду наћићемо појединачна права и обавезе послодавца и запосленог, као на пример одредбе о заради, безбедности и заштита живота и здравља на раду, здравственој заштити, поштовању организације рада, итд.⁷⁰ Како радни однос

⁶⁴ П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *Право и привреда*, бр.7-9/2012, стр. 465.

⁶⁵ А. Фримерман, *op. cit.*, стр. 29 слично и П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, стр. 147. Радноправни однос чини скуп права, обавеза и одговорности које имају субјекти тог односа. У својој суштини реч је о друштвенорадном односу који је регулисан правним нормама.

⁶⁶ V. Vannes, *op. cit.*, стр. 16-20.

⁶⁷ J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 574-575.

⁶⁸ N. Tintić, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi II*, Zagreb, 1972, стр. 165.

⁶⁹ П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 465.

⁷⁰ Љ. Милутиновић, „Уговор о раду“, *Правни живот*, број 5-6/2007, стр. 105-106. Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) предвиђа основна права и обавезе субјеката радног односа. Тако запослени има право на зарату, безбедност и здравље на раду, здравствену заштиту, као и право на друге облике заштите, а посебно осетљиве категорије запослене жене, млађи од 18 година живота и запослена особа са инвалидитетом, представник запослених имају право на посебну заштиту. Поред права, Закон прописује и дужности за запослене као што су да савесно и одговорно обављање послова на којима ради, поштовање организације рада и сл. Послодавац је дужан да запосленом за обављени рад исплати зарату, а предвиђене су и друге дужности послодавца. Послодавац и запослени дужни су да се придржавају права и обавеза утврђених законом, општим актом и уговором о раду. Детаљније о правима и обавезама суконтрахената погледати чланове од 12. до 17. Закона о раду.

карактерише личноправна веза, из ње произилази и обавеза узајамног поверења.⁷¹ На даље сваки други правни акт од колективног уговора до уговора о раду предвиђа и разрађује ова права и обавезе, а у складу са начелом *in favor laborem*.

2. Уговор о раду као акт заснивања и уређивања радног односа

2.1. Појам уговора о раду

У општем режиму радних односа, запослени и послодавац ступају у међусобни однос на основу уговора о раду.⁷² У наставку рада дефинисаћемо уговор о раду и извршити преглед најзначајнијих концепција, са посебним освртом на њихов утицај у погледу уређивања престанка радног односа.

Како радноправни однос карактерише комплексност, тако и уговор којим се заснива није једноставно дефинисати. И у домаћој и у страниј литератури можемо наћи велики број дефиниција уговора о раду, које чак не морају бити ни сличне. Најједноставнија дефиниција уговора јесте да су то правни акти који настају сагласношћу воља две (или више) страна,⁷³ а што представља платформу и за дефинисање уговора о раду.

Уговор о раду, дакле, настаје на основу сагласности воља две стране (послодавца и запосленог), те по закључењу, баш као и сваки други, производи узајамне обавезе. Запослени је дужан да извршава престације које одговарају унапред одређеним квалификацијама и другим радним способностима, док је послодавац обавезан да запосленом обезбеди уговорени посао, достојанствене услове рада, и наравно исплату зараде и свих других примања из радног односа. Уговор о раду се, отуд, најопштије посматрано, одређује као „уговор на основу којег се једно лице обавезује да за зараду обавља рад за друго лице под одређеним условима”.⁷⁴ Уговор о раду може се дефинисати и као уговор о личном извршавању рада, јер се уговор о раду закључује с обзиром на лична својства запосленог као друге уговорне стране.⁷⁵ Уговор о раду је писани споразум између послодавца и запосленог којим се запослени обавезује да у име

⁷¹L. Wedderburn, *op. cit.*, стр. 148.

⁷²Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 30.

⁷³Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, *op. cit.*, стр. 268.

⁷⁴Ј. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 260.

⁷⁵L. Wedderburn, *op. cit.*, стр. 149.

и за рачун послодавца, као и под његовом контролом обавља одређени рад за одређену накнаду. По суштини и садржини представља „мали“ закон за уговорне стране.⁷⁶ Може се рећи да је уговор о раду договор по коме једна страна обавља посао у складу са својим опредељењем и квалификацијама, а друга страна се обавезује да награди тај рад и приушти друга права у складу са установљеним нормама.⁷⁷

Из наведених дефиниција а по одредницама уговорног права, уговор о раду можемо дефинисати и као онерозни или теретни, комутативни, консесуални, периодични уговор. Дакле то је уговор који настаје сагласношћу воља и ствара права и обавезе и за једну и за другу страну између којих постоји еквивалент.⁷⁸

Уговор о раду је централна категорија у радном праву, он је основа заснивања радног односа, форма њиховог регулисања, основно средство за распоред радне снаге, средство утврђивања мере рада и остваривања начела слободе рада, усклађивања интереса радника и колективних интереса предузећа и радника и друштвених интереса.⁷⁹ Једноставније, није само темељ заснивања радног односа него је и акт којим се уређује садржај радног односа.⁸⁰ Закључивањем овог уговора запослени прихвата да ради под влашћу послодавца и одриче се дела своје аутономије јер послодавцу, осим фактичке власти, припадају и правом призната овлашћења за организацију, усмеравање и контролу рада за уређивање права, обавеза и одговорности из радног односа, као и за кажњавање запослених за скривљене повреде радних обавеза. Правна неједнакост ових субјеката изражава се у чињеници да запослени на основу слободно закљученог уговора о раду постаје подређен власти свог послодавца.⁸¹ Дакле реч је о апсолутној доминацији једног субјекта овог односа који нема само економску надмоћ, већ и правну (наравно, у границама закона). Напред изнето је велика (ако не и највећа) специфичност уговора о раду и разлог издвајања овог уговора из уговорног права. Тврђење да се сваким уговором постиже правичност трпи критику, бар када је реч о радном праву, јер економски јача страна намеће свој “закон” те постоји опасност да се

⁷⁶Љ. Милутиновић, *op. cit.*, стр. 100. Уговор о раду, у складу са начелом *in favor laborem* не може бити неповољнији од закона.

⁷⁷В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op. cit.*, стр. 105.

⁷⁸В. Perić, *Radno pravo FNRJ*, Сарајево, 1950, стр. 330.

⁷⁹Н. Tintić, *Osnovi radnog prava*, *op. cit.*, стр. 165.

⁸⁰Д. Juras, I. Erceg Ćurić, „Izvanredni otkaz ugovora o radu u pravu Republike Hrvatske“, *Pravni zapisi*, 2018, стр. 294.

⁸¹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Београд, 2016, стр. 58.

путем уговора скрива и оправдава експлоатација људи,⁸² јер предмет уговора о раду јесте рад за другога којим лице које ради обезбеђује средства за егзистенцију.⁸³

Осим заснивања, као стваралачки акт, уређује услове рада и права и обавезе својих суконтрахената. Ипак, за разлику од осталих уговора, овде је аутономија уговарања ограничена пре свега законом, затим колективним уговором⁸⁴, те другим општим актима. Иако се стално инсистира на ограниченој аутономији воље у радном праву, ипак није згорег напоменути да слобода воље трпи ограничења и генерално у уговорном праву, јер свака правно организована заједница, уз уважавање индивидуалне воље, води рачуна о општим нормама заједнице које се не смеју препустити појединачној произвољности⁸⁵.

Сам термин уговор о раду први пут је употребљен у белгијском радном законодавству 1900. године. Нови именовани уговор је поред имена добио и посебна правила, ослањајући се на субординацију као кључни елемент радног односа. Тада је дефинисан као уговор којим се ангажује радник да ради под влашћу, управом и надзором директора⁸⁶.

2.2. Концепције уговора о раду, са посебним освртом на њихове поставке о заштити од отказа

Концепције уговора о раду могле би се поделити на две веће групе, у оквиру којих се могу разматрати појединачне концепције уговора о раду. Тако, као основне две концепције у оквиру којих срећемо остале јесу уговорна и статусна.

Уговорне концепције уговора о раду радни однос посматрају као уговорени. Разлика у концепцијама у оквиру ове групе јесте у посматрању уговора на основу ког настаје радни однос. Оне се везују за сам настанак, за појаву првобитних правних односа од значаја за рад за другога. Још у римском праву постојао је уговор о најму радне снаге, *locatio conductio operarum*. Реч је о консезуалном уговору којим једно

⁸²С. Перовић, „Аутономија воље и принудни прописи“, *Правни живот*, бр. 5-6, 2007, стр. 27.

⁸³В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op. cit.*, стр. 101-103.

⁸⁴Д. Симоновић, „Закон о раду - раскид са прошлошћу“, *Право и привреда*, бр.1-4/2002, стр. 134.

⁸⁵С. Перовић, *op. cit.*, стр. 8-9.

⁸⁶Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 59.

лице обећава да ће ставити на располагање своје радне способности, тј. рад, а друга да ће за то платити одређену новчану накнаду. Уговор о најму радне снаге могао се једнострано раскинути од стране радника уколико му се неисплаћује најамнина или ако би се тражило извршење послова који нису уговорени, а послодавац је, пак, имао право на раскид уговора уколико радник није дисциплинован, ради мањкаво или ако би се радник разболео.⁸⁷ У најамној концепцији радног односа, послодавац и радник имали су широку аутономију приликом закључивања уговора о најму рада, и супротно, слободу да га у сваком тренутку, без условљавања испуњењем било каквог захтева, окончају независно од тога ко иницира престанак уговора. Било је довољно другој страни саопштити без обавезе навођења разлога да се уговор раскида. Како је реч о уговору грађанског права, последице су се тицале испуњености међусобних обавеза, те се дакле уговор могао раскинути али је за извршен рад морала бити исплаћена доспела а неисплаћена зарада, односно накнада штете због неиспуњења те обавезе.⁸⁸ Битно је уочити да није реч о исплати отпремнине нити били какве друге надокнаде, већ искључиво накнаде за обављен рад до момента отказа уговора или момента престанка рада. Најамна концепција свакако трпи велике критике. Најпре, уговор о најму је уговор код кога се најмодавац обавезује да најмопримцу преда ствар на употребу и то на начин да га у тој употреби не омета, односно да буде пасиван. Сасвим супротно код „најма радне снаге“ од најмодавца се очекује да ради, односно буде активан.⁸⁹ Даље, нарочито у савременом радном праву апсурдно би било посматрати рад као робу и управо је то полазна тачка за напуштање ове концепције.

Развој радног права имао је за последицу напуштање најамне концепције радног односа, концепције која рад третира као робу. У француској правној теорији не оспорава се облигациони него најамни карактер уговора, те се сматра вештачком и погрешном аналогија између најма ствари и најма односно коришћења туђег рада. Свакако се чини немогућим и неприродним захтева запослени стави послодавцу на располагање своју радну снагу. Како није могуће радну снагу одвојити од радника, односно од саме личности радника, свака концепција која има за циљ да поистовети радника са ствари је вештачка.⁹⁰ Уколико би се прихватила таква поставка дошли бисмо у ситуацију да радни однос посматрамо као техничку везу ствари (радна снага

⁸⁷Ж. Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2017, стр. 387-388.

⁸⁸Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 189-190.

⁸⁹П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 147-149.

⁹⁰Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 48.

као ствар са средством за рад) уместо да га посматрамо као однос између људи: радника и послодавца.⁹¹

Уместо поистовећивања рада и робе, критичари најамне концепције сматрају да је предмет уговора личност једне уговорне стране, те констатују да је реч о уговору са сопственим идентитетом различитим од свих других уговора приватног права. Основ оваквог схватања лежи у чињеници да радник не улаже у радни однос само своју радну снагу, него читавог себе. Међутим, радник не може бити објект уговорног права, јер би то било супротно постулату слободе и начелу једнакости, те уговор о раду прераста у нову конструкцију облигационог права. Ипак, из темељне идеје да је рад неодвојив од личности радника развило се савремено радно законодавство, које штити достојанство, приватни живот и целокупну личност и добробит запосленог на раду.⁹²

Индивидуалистичка или уговорна концепција радног односа прокламује пуну слободу суконтрахираната да уређују своје односе. Ова концепција настала је крајем деветнаестог века, а њене идеје су биле основ за доношење Декларације права човека и грађанина 1789. године. Слобода уговарања, слобода рада и неповредивост приватне својине имали су за циљ раскид са сталешким или феудалним радом и признање права радника да слободно одлучују и преговарају о начину стављања радне снаге на располагање послодавцу.⁹³ Међутим, слобода уговарања на страни запосленог исцрпљивала се у његовом прихватању или неприхватању понуђеног посла, из једноставног разлога: незапослености. Када на тржишту рада има веће понуде него потражње за радном снагом, јасно је да ће послодавац увек наћи радника који ће пристати да ради у датим околностима.⁹⁴ У таквој поставци, такође је јасно да је и слобода отказа максимализована. Неповредивост приватне својине и слобода уговарања која се односи и на заснивање али и трајање и престанак уговора дају право послодавца да раскине уговор о раду, јер ни једна страна не може бити принуђена да остане у радном односу⁹⁵.

У намери да се заштити личност радника доводи се у питање чисто имовинска природа уговора о раду, што доводи до настанка статусне концепције уговора о раду,

⁹¹П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 148.

⁹²Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 49.

⁹³А. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, 2007, стр. 16-18.

⁹⁴П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 147.

⁹⁵А. Supiot, *op. cit.*, стр. 16-18.

нарочито у немачкој теорији.⁹⁶ И у савременој правној теорији преовлађују схватања о радном односу као статусном, јер је радноправни положај радника у највећој мери регулисан државном регулативом и колективним преговарањем. Индивидуално преговарање се креће у границама већ донетих законских и подзаконских аката и колективних уговора.⁹⁷ У оквиру статусне теорије развија се најпре концепција која потенцира да је радни однос заправо лични однос. Како за радни однос није од значаја уговор о раду, јер је његов правни садржај већ регулисан другим прописима, радни однос не настаје закључивањем уговора о раду већ ступањем радника на рад, јер је фактички однос основ за сва права и обавезе из радног односа, а не уговор о раду.⁹⁸

Према схватању статусне концепције радни однос представља заједницу интереса запослених и послодаваца, од којих се неке приближавају институционалној концепцији радног односа.⁹⁹ И овде се сматра да се уговор о раду не може посматрати као обавеза давања и чињења. Ступањем радника у радну средину радник ступа у сплет међуљудских односа, због чега се морају применити одређена статусна правила, те се уговор о раду види као сплет облигационих и необлигационих елемената. Корен статусне концепције могао би се наћи у уговору о верној служби, средњевековном решењу у којем је постојала послодавчева обавеза заштите и старања о раднику.¹⁰⁰ У радикалнијој варијанти могло би се рећи да радник преузима права и обавезе из радног односа зато што је стекао статус члана заједнице рада. На тај начин се радни однос дефинише као правни однос личног припадања заједници.¹⁰¹

Институционална теорија полази од поставке да је предузеће хијерархијски организована заједница интереса којом руководи директор, који, насупрот уговорној концепцији, има сва права над запосленима осим оних која су изричито забрањена, а све у циљу организовања унутрашњег реда и поретка. Следом наведеног, уговор о раду је основни извор свих овлашћења која су послодавцу неопходна да обезбеди обављање послова која су поверена запосленом.¹⁰² Основ институционалне концепције почива на комбинацији персоналног и материјалног супстрата институције, односно

⁹⁶Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 49-51.

⁹⁷П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 150-151.

⁹⁸*Ibid.*

⁹⁹Б. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2012, стр. 325.

¹⁰⁰Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 50.

¹⁰¹*Ibid.*

¹⁰²М. Е. Banderet „Discipline at the workplace: a comparative study of law and practice – The sources and substance of disciplinary law“, *International Labour Review*, број 3/1986, стр. 261-270.

радне снаге и материјалних средстава. Институционална теорија за поставку има добробит свих чланова предузећа који деле један минимум интереса, тј. добар и успешан рад предузећа. На тај начин напушта се схватање по којем је основни циљ предузећа остваривање профита за рачун акционара. Послодавац и запослени су делови једног организма, те радни однос није само уговорни него се везује за улазак запосленог у заједницу рада, скуп уговора који везују више запослених са једним послодавцем.¹⁰³ У том смислу бисмо право на отказ могли посматрати као неограничено право послодавца, јер је оправдано организовањем унутрашњег реда и поретка, али мора бити у складу са позитивним правом.

3. Престанак радног односа – одређење појма и основи

3.1. Појам престанка радног односа

За сваког појединца јако је важно да заснује радни однос, али је још важније да исти одржи, тј. да радни однос буде сталан и стабилан. Ипак, као што све има почетак и крај, тако и радни однос не траје бесконачно. На који год начин да је заснован, услед одређених околности мора се окончати. Те околности, у циљу заштите запослених, законодавац је предвидео као узорке услед којих може или пак мора доћи до престанка радног односа.¹⁰⁴ На крају престанак радног односа представља крај радног односа и чини његов саставни део.¹⁰⁵

Престанак радног односа против воље запосленог више је од законодавне, то је и уставна категорија (у нашој држави од 1963. године). На тај начин пружена је заштита радницима највишим правним актом, а чиме се исказује и непосредна друштвена брига о овако значајном питању.¹⁰⁶

Престанак радног односа могао би се дефинисати као гашење овлашћења субјеката да један од другог траже одређено чињење или нечињење, на раду или у вези

¹⁰³Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 57-58.

¹⁰⁴Р. Р. Брковић, *op. cit.*, стр. 40-41.

¹⁰⁵*Ibid.*

¹⁰⁶М. Миљковић, “Незаконит и неоправдани престанак радног односа”, *Право и привреда*, бр.1-4/2002, стр. 61. и А. Фримерман, *op. cit.*, стр. 216-217.

са радом. Једноставније речено, престанак радног односа подразумева гашење обавеза из радног односа, услед наступања законом предвиђених чињеница на онову којих може или мора доћи до окончања радног односа.¹⁰⁷ Са аспекта процесног права, престанак радног односа представљао би поступак доношења одређених аката, извршавање одређених радњи и поштовање одређених рокова.¹⁰⁸ Шире посматрано, престанак радног односа, обухвата читав спектар норми које дефинишу различите разлоге раскида радног односа. Оне обухватају неколико правно важних чињеница: изјава воље, време, природни догађај и остале правне чињенице (понашање запосленог, потребе послодавца, правоснажне одлуке суда или других органа и друго).¹⁰⁹

3.2. Разграничење појмова престанак радног односа, прекид радног односа и отпуштање запослених

Термин *престанак радног односа* користи се као синоним за крај радног односа¹¹⁰ ма који да је разлог за то, дакле због сваке промењене околности због које би запослени био у немогућности да ради,¹¹¹ односно околности због којих послодавцу рад радника није више потребан. Престанак радног односа је термин који је прихватио и наш законодавац. Овај термин користи се за све законом предвиђене случајеве завршетка радног односа, искључујући отказ уговора о раду. Наиме, законодавац се одлучио да када говори о отказу уговора о раду, било од стране запосленог било од стране послодавца, искључи примену термина престанак радног односа, изузев у случају када до отказа уговора о раду долази услед разлога који се тичу потреба послодавца¹¹².

Прекид радног односа никако не би требало мешати са престанком радног односа. Прекид се, најпре, везује за суспензију, тј. за удаљење запосленог са места рада са или без накнаде зараде. Реч је о својеврсној привременој мери, превенцији од могућег штетног утицаја и деловања радника који је извршио одређену повреду радне обавезе,

¹⁰⁷Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 355.

¹⁰⁸*Ibid.*

¹⁰⁹Б. Живковић, „Услови престанка радног односа“, *Радно и социјално право*, број 1/2012, стр. 220.

¹¹⁰Р. Р. Брковић, *op. cit.*, стр. 41.

¹¹¹G. Anderson, *New Zealand*, у: Roger Blanpain (ed.), "International encyclopaedia for labour law and industrial relations", The Hague, 2015, стр. 128.

¹¹²Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл. 175-179.

те се овај термин везује за дисциплинску одговорност.¹¹³ Суспензија је регулисана и нашим Законом о раду као удаљење запосленог са рада због повреде радне обавезе и кршења радне дисциплине (и може трајати најдуже три месеца), односно покренутог кривичног поступка због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом (до окончања поступка). За све време удаљења раднику припада право на накнаду зараде.¹¹⁴ У упоредном праву се на дисциплинску санкцију привременог удаљења с рада посматра као на самосталну санкцију која има за циљ да онемогући запосленог да извршава рад а самим тим и да заради.¹¹⁵ Удаљење с рада без накнаде начин је вршења дисциплинске власти послодавца и заснива се на колективном уговору, правилнику о раду, уговору о раду или чак пракси послодавца.¹¹⁶

До прекида радног односа долази и када запослени од послодавца тражи неплаћено одсуство. Реч је о институту који није законско право запосленог, него дискрециона слобода послодавца. Наиме према Закону о раду послодавац може, дакле не мора, запосленом да одобри одсуство без накнаде зараде (неплаћено одсуство). За време неплаћеног одсуства запосленом мирују права и обавезе из радног односа, ако за поједина права и обавезе законом, општим актом и уговором о раду није друкчије одређено.¹¹⁷ Колико ће трајати неплаћено одсуство, те да ли ће мировати сва или само поједина права и обавезе из радног односа законодавац није регулисао те је препустио да се материја из ове области детаљније уреди колективним уговором или општим актима послодавца. Мировање радног односа предвиђено је и за: а) одлазак на одслужење, односно дослужење војног рока; б) упућивања на рад у иностранство од стране послодавца или у оквиру међународно - техничке или просветно - културне сарадње, у дипломатска, конзуларна и друга представништва; в) привременог упућивања на рад код другог послодавца; г) избора, односно именована на функцију у државном органу, синдикату, политичкој организацији или другу јавну функцију чије вршење захтева да привремено престане да ради код послодавца и д) издржавања казне

¹¹³П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, стр. 316-317.

¹¹⁴З. Ивошевић, „Новелирање закона о раду“, *Криза и обнова радног законодавства*, (ур. Зоран Ивошевић), Београд, 2012, стр. 201. Занимљиво је да се у упоредном праву, у земљама попут Шведске и Грчке, не предвиђа удаљење запосленог са рада током трајања кривичног поступка. *Termination of employment relationships, Legal situation in Member States of the European Union*, European Commission, Directorate General Employment, social affairs and equal opportunities, Unit D2, Manuscript completed in april 2006, стр. 70.

¹¹⁵L. Wedderburn, *op. cit.*, стр. 196.

¹¹⁶N. Selwyn, *Law of Employment*, Oxford, 2011, стр. 330-331.

¹¹⁷Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 78.

затвора, односно изречене мере безбедности, васпитне или заштитне мере, у трајању до шест месеци.¹¹⁸

Отпуштање је термин који обухвата престанак радног односа на иницијативу послодавца. Без обзира што га наше законодавство не препознаје, у пракси и теорији широко је заступљен. Отказ се дефинише као једнострана изјава воље о престанку радног односа у случају када је радни однос заснован на неодређено време, али овде постоје неслагања аутора. По некима то је само престанак из дисциплинског разлога а по другима престанак радног односа на иницијативу послодавца без обзира на отказни разлог.¹¹⁹ Отказ је посебно интересантан за теорију и праксу као право послодавца иако право на отказ има и радник. Послодавац је економски јача страна и послодавац може злоупотребити отказ. Отказ који даје послодавац оставља радника без посла, док кад отказ даје радник предпоставља се да је нашао посао или да му посао не треба. У смислу реченог, отказ се најчешће истражује и о њему се расправља са становишта заштите радника.¹²⁰

Као што смо рекли, отказ је право и запосленог и послодавца. Међутим у правима појединих држава, законодавац прави разлику између ових случајева отказа. Тако се, на пример, у Швајцарској прави дискримијација између оставке и отказа уговора о раду. Уколико до раскида уговора долази на иницијативу послодавца користи се термин отказ, међутим уколико иницијатива долази од запосленог тада се користи други термин, оставка.¹²¹ У радним односима у условима самоуправљања термин отказ није постојао, већ се као заменски употребљавао термин иступни рок.¹²²

У нашој правној терминологији израз отказ уговора о раду, исправно се не користи као генерички појам за све случајеве престанка радног односа, него се везује за случајеве престанка радног односа против воље запосленог. Престанак радног односа и отпуштање не би требало да се користе као синоними, јер престанак радног однос има шире значење, те обухвата термин отпуштање.

¹¹⁸Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 79.

¹¹⁹Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 50. и В. Брајић, *op. cit.*, стр. 387.

¹²⁰В. Брајић, *op. cit.*, стр. 387.

¹²¹А. Berenstein, Р. Mahon, J.-P. Dunand, М. Schaffter Vacheran, *Switzerland*, у: Roger Blanpain (ed.), "International encyclopaedia for labour law and industrial relations", The Hague, 2015, стр. 237.

¹²²В. Брајић, *op. cit.*, стр. 390.

3.3. Основи престанка радног односа

Престанак радног односа јесте правно стање. Дакле, то је скуп правно релевантних чињеница (околности због којих радни однос престаје) за које закон везује основ престанака радног односа. Основ, односно разлог за престанак радног односа мора постојати и мора бити утврђен у сваком конкретном случају престанка радног односа. Поступак престанка радног односа је скуп законом предвиђених радњи којима се: утврђује постојање случаја и основа за престанак радног односа, доноси одлука (решење) о престанку радног односа и даје отказ уговора о раду и разрешава запослени са рада (тј. разрешава се радних дужности). Међутим, нису сви наведени елементи института престанка радног односа подједнако значајни. Најзначајнији међу њима јесте постојање основа као правне чињенице, јер, како је већ речено, без тога ни у једном случају престанка радног односа не може доћи до престанка.¹²³

Докле ће трајати једном заснован радни однос зависи од разних (не) предвиђених околности. У суштини, основи престанка радног односа јесу одређене чињенице или околности којима је законодавац дао својство основа за престанак радног односа. Оне својим настанком производе престанак радног односа, те морају бити утврђене у сваком конкретном случају.¹²⁴ Законом признатим дејством оне производе престанак узајамних права и обавеза субјеката радног односа. Могу бити резултат заједничке воље субјеката, само једног, или пак ни једног од њих (престанак радног односа независно од воље субјеката радног односа).¹²⁵ Не треба заборавити да се уговор о раду закључује *intuitu persone*, те да свака промењена околност због које би запослени био у немогућности да ради доводи до окончања уговора о раду.¹²⁶

Дакле, најразличитије чињенице и околности могу представљати основ за престанак радног односа. С обзиром на њихову разноликост тешко је наћи једну општеприхваћену класификацију. У сваком случају, класификација основа престанка радног односа врши се у складу са позитивним правом. Тако, примера ради, проф. Николић врши класификацију на престанак радног односа по вољи радника (где долази у обзир отказ уговора о раду од стране запосленог), на основу сагласности воља

¹²³П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 478-480.

¹²⁴П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, стр. 329.

¹²⁵Б.Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 357.

¹²⁶G. Anderson, *op. cit.*, стр. 128.

(споразумни раскид уговора о раду), престанак на основу воље надлежног органа у основној организацији (данас би то био отказ уговора о раду од стране послодавца) и престанак независно од воље субјектата (где можемо подвести све друге разлоге за престанак).¹²⁷ С друге стране, Тинтићева класификација обухвата престанак на основу воље једне стране (где ћемо уврстити једностранни раскид уговора о раду било од стране послодавца било од стране запосленог), престанак сагласношћу воља (споразумни раскид), престанак наступањем неког природног догађаја (смрт) или правне чињенице, а уз које правни пропис независно од воље страна одређује престанак радног односа (истек рока на који је заснован, навршење 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања), и друге специфичне начине и основе престанка радног однос у посебним случајевима (нпр. престанак радног односа на захтев родитеља или старатеља лица млађег од 18 година живота).¹²⁸

Код професора Лубарде срећемо нешто другачију класификацију основа, који су разврстани у пет група: престанак на иницијативу запосленог, споразумни престанак радног односа, те судски престанак, престанак по сили закона и престанак радног односа од стране послодавца.¹²⁹ Три групе случајева престанка радног односа срећемо у класификацијама проф. Јовановића. У његовој класификацији разликују се престанак радног односа са или без сагласности радника и престанак радног односа по сили закона.¹³⁰

Практичари пак нешто другачије класификују основе престанка, те разликују престанак када дејство воље није ограничено, чиме су обухваћени споразум о престанку радног односа и отказ уговора од стране запосленог, затим престанак када је дејство воље ограничено законом, односно законским разлозима без којих се уговор о раду не може отказати – дакле када послодавац отказује уговор и по сили закона, када радни однос мора престати наступањем одређених чињеница, типа навршавање радног века.¹³¹

Ипак, у теорији радног права срећу се различите класификације основа престанка радног односа, који се могу разврстати и на: престанак радног односа по

¹²⁷А. Николић, *Радно право*, Београд, 1988, стр. 214.

¹²⁸Н. Тинтић, *Основи радног права*, *op. cit.*, стр. 147.

¹²⁹Б. А. Лубарда, *Увод у радно право*, *op. cit.*, стр. 286-292.

¹³⁰П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 337.

¹³¹Б. Живановић, „Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности“, *Заштита права у области рада* (ур.Зоран Ивошевић), Београд 2013, стр. 113

вољи запосленика (отказ на иницијативу запосленог или споразумни престанак радног односа), престанак радног односа против воље запосленог (отказ на иницијативу послодавца), престанак радног односа по сили закона и *sui generis* случајеви престанка радног односа.¹³²

Основи за престанак радног односа могу се систематизовати по различитим критеријумима. Међутим као такав најчешће се користи *критеријум воље* у теорији, регулативи и пракси. По том критеријуму, радни однос престаје по вољи радника или запосленог, по вољи послодавца против воље запосленог, сагласношћу воља, независно од воље и запосленог и послодавца - дакле по сили закона и, евентуално, по још неким другим основама.¹³³

У односу на поменуте класификације, уочљиво је да у већини примера постоји разлика у престанку радног односа по вољи уговорних страна и по сили закона. У оквиру престанка радног односа по вољи, постоје две подгрупе: споразумно (по вољи оба субјекта) и на основу воље једног од субјеката радног односа (послодавца или запосленог). Независно од воље субјеката, радни однос престаје из свих других разлога: због смрти запосленог, испуњавањем услова за старосну пензију, на захтев родитеља малолетног лица, на основу одлуке надлежног органа и др.¹³⁴

4. Потреба запослених за заштитом од неоправданог престанка радног односа

Радно право настајало је у дугом историјском процесу, на чијем почетку се уопште не може говорити ни о радном праву ни о његовим елементима, да би се најзад у време појаве капиталистичких најамних радника односа могло говорити о

¹³²S. Dedić, J. Gradašević Sijerčić, *Radno pravo*, Sarajevo, 2005, стр. 347.

¹³³Д. Р. Паравина, *Радно право*, Београд, 1998, стр. 143.

¹³⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл. 175 и 176. Радни однос престаје: истеком рока за који је заснован, испуњењем услова за пензију, споразумом, отказом, на захтев родитеља или старатеља запосленог млађег од 18 година живота, смрћу запосленог и у другим случајевима утврђеним законом. Закон предвиђа и да радни однос престаје независно од његове воље и воље послодавца: ако је на начин прописан законом утврђено да је код запосленог дошло до губитка радне способности, ако му је правноснажном одлуком суда или другог органа, забрањено да обавља одређене послове, ако због издржавања казне затвора мора да буде одсутан са рада у трајању дужем од шест месеци; ако му је изречена мера безбедности, васпитна или заштитна мера у трајању дужем од шест месеци у случају престанка рада послодавца, у складу са законом.

нормативним зачецима, али прво у склопу других грана права, и коначно, у току 19. века у издвајању и конституисању радног права као самосталне гране права.¹³⁵

Дакле, иако су одувек постојали, радни односи испрва нису били регулисани. Потом су уређивани кроз различите институте грађанског права (уговором о најму, уговором о раду, уговором о служби) али они нису могли адекватно одговорити на потребе запослених, али ни послодаваца. Како су радни односи посматрани кроз грађанскоправне односе, јасно је да су и сами субјекти радног права посматрани као субјекти грађанског права, односно као равноправни субјекти. С тим у вези, закључивање уговора о раду, садржина (права и обавезе субјеката), и за нашу тему најбитнији, престанак уговора били су препуштени искључиво слободној вољи, правно посматрано, равноправних субјеката.¹³⁶ Дакле, закључивање уговора о раду није имало никакву особеност у односу на закључивање било којег другог уговора грађанског права, те су запослени и послодавац „слободно преговарали“ о закључењу овог уговора (тј. о свим елементима уговора) без ограничења, а што је рефлектовано и на престанак уговора о раду. Међутим, правно посматрано равноправни субјекти, фактички никада нису били једнаки, јер је један (запослени) економски зависан од другог (послодавац). И управо се на тој идеји развија радно право, а као последица интервенције државе у односе између две неједнаке стране, у циљу заштите запослених, као слабије стране радног односа.¹³⁷

Кроз рад видећемо да је пређен дуг пут развоја императивних норми у области престанка радног односа, те да се он креће од увођења отпремнине, увођења и продужавања отказног рока, а затим се путем концепције о злоупотреби права долази

¹³⁵М. Јосиповић, Радно право, Зеница, 1983, стр. 21.

¹³⁶Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 187.

¹³⁷Б. А. Лубарда, „Основни циљеви радног законодавства“, *Правни живот*, број 10/2001, стр. 563. Спознајући ову чињеницу долази се до низа модификација основних начела облигационог права у погледу престанка уговора, нарочито у случају једностраног раскида од стране послодавца чак и када је у питању отказ условљен скривљеним понашањем запосленог. Тада се сигурност запослења, као циљ радног права, ставља испред дисциплинске власти послодавца, те се она ограничава (нпр. у случају противљења отказу од стране савета запослених послодавац има обавезу да задржи запосленог на раду до окончања судског спора). Дакле, радно, у односу на облигационо право садржи низ оригиналних института за случај раскида уговора о раду (отпремнина, приоритет у запошљавању код истог послодавца, преквалификација тј. доквалификација вишка запослених, распоређивање запослених на друге послове или упућивање на рад код другог послодавца уз одговарајуће учешће јавне службе за запошљавање и консултовање/саодлучивање савета запослених). Бранко А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 719.

до ограничавања овлашћења отказивања уговора без икаквог разлога, и најзад интервенише се и у саме отказне разлоге.¹³⁸

Радно законодавство настало је као реализација идеје социјалне правде, те не чуди чињеница да од самог настанка радно право има за циљ да заштити економски и правно слабију страну радног односа.¹³⁹ Циљ деловања, као и само поимање социјалне правде, мењао се у складу са потребама датог времена, ширећи се од најосновнијих потреба запослених, најосетљивијих питања (ограничено радно време, заштита здравља и безбедност на раду) и најрањивијих категорија радника (деца и омладина, жене, особе са инвалидитетом) ка побољшању општих услова у општем режиму радних односа, те извојевању привилегија за поједине групе запослених. Дакле, управо онако како се и сама социјална правда схватала у датим историјским, економским, политичким, идеолошким и социјалним околностима, ширили су се и циљеви радног права.¹⁴⁰ Само се у периоду либерализма инсистирало на ставу да се свако треба понашати искључиво економски рационално. Постојала је, дакле, пуна привредна слобода коју је највише осетила радничка класа. Друштвено уређење пресликало се и на област радног права, које је, такође, било изузето од државног интервенционизма.¹⁴¹

Пре настанка радног права, као посебне гране права, радници и послодавци су сами уређивали односе у складу са основним начелом грађанског права, начелом аутономије воље.¹⁴² Први облици интервенционизма државе (тзв. заштитно законодавство) у корист економски слабије стране јавили су се почетком XIX века. Централно питање датог момента била је минимална старосна граница за заснивање радног односа, а затим и трајање радног времена¹⁴³. Интервенција државне власти била

¹³⁸Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 187.

¹³⁹Суочена са погубним ефектима капитализма, незадовољна и прекомерно експлоатисана радничка класа представљала је сталну и непосредну опасност за владајући поредак. Радничко законодавство је резултат борбе радничког покрета, те представља изнуђену интервенцију државе у радне односе. П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 44-45.

¹⁴⁰Б. А. Лубарда, „Основни циљеви радног законодавства“, *op. cit.*, стр. 563-564.

¹⁴¹В. Брајић, „Слобода воље у радним односима“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2003, стр.818.

¹⁴²Два су најопштија начела грађанског права: начело аутономије воље и начело савесности и поштења. Начело аутономије воље представља оно индивидуалистичко и егоистично у праву, те га је нужно ограничити. Његова противтежа је начело савесности и поштења. О. Антић, *Облигационо право*, Приручник за полагање правосудног испита, Београд, 2014, стр. 15-20.

¹⁴³Држава најпре интервенише прописујући минималну животну доб за рад деце. Закон о здравственој и духовној заштити ученика и других лица запослених у предоницама и ткачницама памука и другим фабрикама забрањивао је запошљавање деце млађе од девет година и ноћни рад деце (донет 1802. у Великој Британији, а затим се слични закони доносе и у Прусској 1839, 1841. године у Француској, 1880. у Русији. Заједничко за све ове законе јесте доња старосна граница, која се углавном кретала око 8-9 година). Истовремено, приступа се постепеном ограничавању трајања радног времена на период од 10-12

је неопходна зато што класично уговорно право, са својом најамном концепцијом радног односа и начелом једнакости уговорних страна и равноправности њихових воља, није имало способности да обезбеди неопходну заштиту радника који су били експлоатисани. Са првим законским интервенцијама у сфери радних односа развија се и радно право као самостална грана права, крајем XIX века.¹⁴⁴

У најамној концепцији радног односа, послодавац и радник имали су широку аутономију приликом закључивања и раскида уговора о најму рада. Дакле, било је довољно другој страни једноставно саопштити да се уговор раскида. Како је уговор о најму (а фактички уговор о раду) уговор грађанског права без икаквих специфичности, баш као и код сваког другог уговора, последице су се тичале испуњености међусобних обавеза (за извршен рад морала је бити исплаћена доспела зарада).¹⁴⁵

Друштвене, економске и политичке промене које се дешавају половином 19. века учиниле су да радници теже побољшању свог положаја. Почетак тог процеса јесте препознавање радног односа као облика зависног рада. За престанак радног односа то је значило обавезу усвајања правила о отказном року, отказном поступку, обавези исплате отпремнине, оправданим отказним разлозима, и другим институтима које облигационо право не познаје,¹⁴⁶ а које је у датом моменту регулисало радне односе путем уговора грађанског права. Такође, интервенционизам државе морао се проширити и на процесно право, те ће се временом развити и посебна процесна правила за радно право – на пример правило о терету доказивања.

Све изразитији интервенционизам држава крајем деветнаестог и почетком двадесетог века имао је за последицу развој радног и социјалног законодавства и у правцу сигурности запослења. Отказ уговора о раду постепено престаје да буде акт

сати дневно (1848. у Великој Британији, Француској). Радно време првобитно је скраћивано за децу, жене, омладину па временом и за све остале раднике. Разлог таквом приступу ваља потражити међу несрећама на раду, уз нарочито погубне ефекте по децу и жене на раду у мануфактурама и у индустрији, те исцрпљујућем трајању радног времена најамних радника. Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр.165.

¹⁴⁴Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 18.

¹⁴⁵Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 189-190.

¹⁴⁶Борба радника се није зауставила на ограничавању радног времена. Средином деветнаестог века шири се у погледу права на надницу, односно зараду (те тиме и интервенционализам државе 1869. године у Немачкој, 1875. године у Великој Британији, 1887. у Швајцарској) као и права на заштиту здравља и безбедности на раду (1889. године у Швајцарској, 1898. у Француској). Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 165. и Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр.190.

дискреционе одлуке послодавца, јер се запосленима признаје право на отказни рок, право на накнаду штете у случају злоупотребе отказа, право на заштиту од отказа због недозвољених отказних разлога. Сигурност запослења јавља се као кључно питање крајем XIX века, које се временом модификује и проширује.¹⁴⁷ Велики задатак радног права је да нађе меру између профитабилног пословања и сигурности запослења. У условима приватизације послодавацу се мора омогућити да задовољи своје кадровске потребе, али се не сме занемарити потреба запослених за обезбеђивањем сигурности запослења.¹⁴⁸ Кључ за усмеравање социјалног конфликта који датира кроз векове је ребалансирање моћи како би се омогућило радницима да се бране од капитализма са назнаком да је заштита радника важна, али то је средство за балансирање индустријских односа а не циљ сам по себи¹⁴⁹.

Како су радноправне норме биле превасходно усмерене на заштиту економски слабије стране, од почетка су изазивале отпор послодаваца. И, заиста, оне јесу имале за циљ директно ограничавање послодавчеве аутономије и својинских овлашћења, а побољшавање статуса радника. Одредбе радног права стога су се доживљавале као ограничење својинских овлашћења, слободе предузетништва, аутономије. И правила о престанку радног односа су се, најпре, схватала као заштитнички настројена искључиво ка радничкој класи, а тек касније буди се свест да она доприноси и послодавцима¹⁵⁰. Не треба заборавити да се радно право у почетку свог настајања називало фабричко, индустријско, па радничко законодавство, а, управо, зато што је настало као право које штити интересе радника, те да су ови називи били адекватни у одређеном интервалу¹⁵¹. Данас би се погрешно радно законодавство сматрало „радничким“, јер иако одредбе радног права штите права запослених, оне, такође, предвиђају њихове обавезе штитећи интересе послодаваца. И управо у томе лежи одговорност радног права – у проналажењу начина да се заштите легитимни интереси и запослених и послодаваца.

¹⁴⁷Законодавни интервенционизам иде до те мере да је у неким земљама већ почетком 20. века дошло до првих кодификација радног права (у Француској 1901. године се приступило доношењу Законика о раду). Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 165.

¹⁴⁸В. Вучковић, *op. cit.*, стр.174.

¹⁴⁹А. Del Cuvillo Alvarez, “Regulation of dismissal and mobilization of labour rights: a critical perspective on the Spanish system”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, број 1/2013, стр. 6.

¹⁵⁰Ј. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 187-188. Прва европска држава у коју је уведена заштита од отказа била је Немачка Вајмарска Република. У Закону о заштити од отказа као суштински критеријум законитости отказа наводи се његова социјална оправданост.

¹⁵¹П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 39-40.

Регулација отпуштања је камен темељац радног законодавства као законског система усмереног на решавање социјалног конфликта и на максимизирање друштвене ефикасности на тржишту рада кроз уравнотеженост односа моћи послодавца и радника. Како је зарада главни извор прихода а рад доминантан пут за личну и социјалну интеграцију, страх од губитка посла представља најважније оружје послодавца. Када су запослени свесни да су им права заштићена они се могу у свакодневним извршавању радних задатака борити за своја права и интересе, а не само у најкритичнијим тренуцима. Могућност престанка радног односа је увек присутна јер у свакодневном животу било које продуктивне организације континуирано се јављају блажи или већи сукоби између запослених и послодавца који се каналишу сталним и свакодневним преговорима. Ако се сукоби не могу адекватно превазићи у коначници се решавају отказом.¹⁵² А не смемо заборавити чињеницу да послодавац мора и има право континуираног управљања радом запослених у циљу постизања најбоље организације рада.¹⁵³

Пре настанка радног права, као посебне гране права, радни односи су уређивани у складу са основним начелом грађанског права (начелом слободе уговарања), што је за последицу имало неповољне услове рада за економски слабију страну. Стога, интервенција државне власти била је неопходна јер класично уговорно право (са својом најамном концепцијом радног односа и начелом једнакости уговорних страна и равноправности њихових воља) није имало способности да обезбеди неопходну заштиту радника који су били експлоатисани.¹⁵⁴

Право на заштиту од неоправданог отказа тесно је повезано са правом на људско достојанство и правом на рад. Због значаја који рад има за сваког појединца (и то не само у материјалном смислу) потребно је осигурати достојанствен третман радника за случај отказа уговора о раду. Он нарочито подразумева процесне гаранције које обезбеђују једнакост запосленог и послодавца у отказном поступку, затим приступ отпуштеног радника независном органу који ће у случају незаконитог отказа досудити враћање на рад, односно накнаду штете. Заштита од неоправданог отказа је важна гаранција људског достојанства, која пружа добробити не само запосленом, него и

¹⁵²A. Del Cuville Alvarez, *op. cit.*, стр. 7-8.

¹⁵³P. Durand, R. Jaussaud, *Traite de droit du travail*, Paris, 1947, стр. 429.

¹⁵⁴Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 18.

послодавцу (одсуство страха запосленог да ће остати без посла позитивно утиче на мотивацију, продуктивност, квалитет рада и на лојалност послодавцу).¹⁵⁵

¹⁵⁵Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, ор. cit.*, стр. 44-45.

Део други

НАЧЕЛА РАДНОГ ПРАВА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА

1. Начело слободe рада и право на рад

1.1. Појам слободe рада

Начела изражавају основне вредности и правила у области која је предмет уређивања. Конкретно за област радног права, или уже посматрано, за област унутар радног права, престанак радног односа, то значи да се мора успоставити стварна веза између начела радног права која су од значаја за престанак радног односа и аката који представљају разраду начела, те у томе лежи важност разумевања основних начела.¹⁵⁶

У првобитном значењу, смисао слободe рада састојао се у обавези државе да се уздржи од интервенције у области слободних привредних активности власника средстава рада, тј. да остави пуну слободу експлоатације најамних радника, и на тој основи, омогући стицање максималног профита.¹⁵⁷ Данас слобода рада представља једну од основних слобода човека, признату и обезбеђену у свим савременим друштвима¹⁵⁸. Уско је везана са другим слободама које припадају човеку и које штите његово достојанство. Основна је слобода човека и радника, принцип је од фундаменталног значаја у радном праву, тесно је повезана са другим основним слободама, будући да је њихов заједнички именоватељ људско достојанство, које има своје класичне и социјалне аспекте¹⁵⁹. Посебно је повезана (а нарочито узимајући у обзир првобитно значење) са основном економском слободом - слободом предузетништва послодавца. У ширем смислу, ове слободе су различити облици истог принципа - слободе избора занимања. Слобода избора занимања укључује право сваког да приступи свакој професији (занимању) по свом избору, а с тим што, наравно, приступ занимањима може бити ограничен само захтевима који су повезани с природом посла (на пример поседовање дипломе о завршеном образовном програму). Слобода избора занимања представља допуну права на образовање, па у том смислу држава има обавезу да свим грађанима обезбеди једнак приступ образованим

¹⁵⁶ Ж. Мирјанић, *Писање и доношење закона*, Бања Лука, 2014, стр. 70.

¹⁵⁷ Г. Обрадовић, „Принудни рад у међународном и упоредном радном праву“, у *Радно право у условима транзиције* (ур. Радоје Брковић), Крагујевац, 2003, стр. 43.

¹⁵⁸ А. Фримерман, *op. cit.*, стр. 47.

¹⁵⁹ Б. Лубарда, „Начело слободe рада“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1-2/2006, стр. 539.

програмима и програмима обуке, без обзира да ли су запослени или не. У коначници, слободом избора занимања и правом на образовање обезбеђују се услови за делотворно остваривање права на обављање слободно изабране професионалне активности¹⁶⁰.

У ужем смислу, слобода рада се манифестује као слобода рада за рачун послодавца (и предмет је радног права), а у ширем смислу јавља се као избор занимања у намери рада у своје име и за свој рачун¹⁶¹. Она значи и слободу самосталног обављања делатности, иако обављање самосталне делатности не спада у област радног права. Слобода рада, као уставно начело, гарантује свакоме да слободно бира своје занимање и запослење, и обезбеђује сваком грађанину под једнаким условима доступност сваког радног места и функције у друштву¹⁶² и забрањује принудни рад. Подразумева слободу појединца да према својим стручним, психичким и физичким способностима бира запослење. Минимум слободе рада подразумева и доступност сваког радног места односно посла под једнаким условима који важе за све и који су унапред познати свима.¹⁶³ На тај начин, слобода рада представља могућност за сваког грађанина и радног човека да сам себе издржава на основу слободно изабраног запослења¹⁶⁴.

Можемо закључити да је слобода рада у уској вези са друштвено-економским и политичким, културним и другим околностима и условима у којима се реализује животни стандард појединца. Данас је тешко говорити о слободном избору рада, с обзиром на економске и финансијске кризе светских размера. Зато је слобода рада нераскидива од права на рад, права чије је остваривање у пракси представљало сталну садржину и циљ историјске борбе радничке класе кроз све периоде друштвеног развоја.¹⁶⁵ Држава би требало да створи одговарајуће услове и тежи пуној запослености, јер како каже професор Шундерић: “за човека који нема ништа друго осим радне снаге, право на рад значи обезбеђење извора средстава за живот“.¹⁶⁶ Ипак, равнотежа између понуде и потражње на тржишту рада није нигде, нити може бити апсолутна, али је тежња у савременим земљама да буде бар подношљива. Другим речима, окружење у

¹⁶⁰ Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, стр. 158-159.

¹⁶¹ Б. Лубарда, „Слобода рада и слобода уговарања“, *op. cit.*, стр. 107.

¹⁶² М. Јосиповић, *op. cit.*, стр. 62.

¹⁶³ Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, стр. 163.

¹⁶⁴ А. Балтић, М. Деспотовић, *op. cit.*, стр. 139-147.

¹⁶⁵ М. Јосиповић, *op. cit.*, стр. 63.

¹⁶⁶ Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, *op. cit.*, стр. 162.

коме човек живи је барометар слободе рада, али њено остваривање је ограничено слободом других, као и објективним условима живота и рада.¹⁶⁷

Слобода рада има и свој негативан вид, слободу не рада. Свако према својој вољи управља својим радним способностима, својим временом и радом на начин и под условима који одговарају његовим интересима. Према томе, ниједан појединац није дужан да ставља своје радне способности и радну снагу на располагање другом, нити их мора користити за рад у своје име и за свој рачун.¹⁶⁸ Претпоставка за слободу рада јесте негација принудног рада, негација дискриминације на раду и претпоставка да рад није роба (Филаделфијска декларација од 1944. године). Супротно, када би рад био третиран као роба, сем зараде, која је еквивалент за рад, не би било потребе за стандардима достојанствених услова рада, забраном дискриминације, заштитом приватности запослених и тражилаца запослења. Кауза уговора о раду јесу достојанствени уговори рада, уз компетентну лојалност послодавцу¹⁶⁹. Слобода рада трпи одређена ограничења из правно уређених разлога, јавних и општих интереса (на пример ограничава се увођењем јавне радне обавезе).¹⁷⁰ Битно је да нису сталног или трајног карактера. Тако је и у јуриспруденцији Европског суда за људска права потврђено да су општи интерес, друштвена солидарност и нормалност идеје водиле на којима почивају изузеци од забране принудног или обавезног рада.¹⁷¹

1.2. Право на рад

Право на рад је право грађанина на запослење, према његовим радним и другим способностима¹⁷² и сматра се првим весником социјализма¹⁷³. Једно је од основних људских права, које не само да омогућава појединцу да обезбеђује средства за живот достојан човека, егзистенцију појединца и његове породице на основу слободно изабраног или прихваћеног запослења, него и да кроз рад развија своју личност и

¹⁶⁷S. Dedić, J. Gradašević Sijerčić, *op. cit.*, стр. 183.

¹⁶⁸Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа, op. cit.*, стр. 164.

¹⁶⁹Б. Лубарда, „Начело слободе рада“, *op. cit.*, стр. 539-540.

¹⁷⁰Ж. Мирјанић, *op. cit.*, стр. 41.

¹⁷¹Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа, op. cit.*, стр. 208.

¹⁷²А. Фримерман, *op. cit.*, стр. 49.

¹⁷³Д. Батавељић „Остваривање уставом загарантованих социјално-економских права с посебном анализом прва на рад“, у: *Остваривање права* (ур. Д. Митровић), Београд, 2001, стр. 63.

друштвени статус појединца¹⁷⁴, те представља централни елемент личног идентитета. Имајући у виду да представља главно средство обезбеђења економске сигурности, што за последицу има да се право на рад не остварује обављањем неплаћеног, укључујући волонтерског рада. Дакле, мотиви за заснивање радног односа су свакако различити, али остваривање зараде је увек значајан, а неретко и одлучујући.¹⁷⁵

Према појединим ауторима из социјалистичког периода, под правом на рад подразумева се право на запошљавање сваког за рад способног радника, од стране друштва. Другачије речено, право на рад значи да нико не може бити спречен да ради и да слободно бира радно место и да је цела друштвена заједница дужна да ствара такве материјалне услове који ће омогућити остварење овога начела¹⁷⁶. Из поменутих разлога, у Устав ФНРЈ из 1946. године није ушла одредба о праву на рад, јер привредни развој земље није достигао одговарајући ниво, па држава није могла гарантовати свима радна места¹⁷⁷. Зато поједини аутори сматрају да је ово право програмског карактера, будуће право, а не непосредно субјективно право појединца, упућено свима, а конкретно никоме¹⁷⁸. У савременој радноправној теорији могли бисмо рећи да право на рад значи слободан избор занимања и образовања, те слободан избор запослења и то оног које одговара радним и стручним способностима запосленог. С тим у вези, право на рад обухвата и начин рада, почетак и окончање рада под условима који су једнаки за све. Право на рад подразумева стабилност запослења, односно заштиту од престанка радног односа. Само на овај начин остварено запослење може обезбедити социјалну и материјалну сигурност запосленог и афирмацију његових радних и стваралачких способности.¹⁷⁹

Праву на рад може се приписати и значење једнако зајемченог права сталног запослења од стране државе сваком за рад способном грађанину, а као замену или допуну подразумева право на материјално обезбеђење за случај незапослености. Савремену политику запошљавања обележава тенденција сужавања заштите која се обезбеђује у оквиру система осигурања за случај незапослености, уз преусмеравање

¹⁷⁴A. Cieslar, A. Nayer, B. Smeesters, *Le droit a l'épanouissement de l'être humain au travail: Metamorphoses du droit social*, Bruxelles, 2007, стр. 126.

¹⁷⁵Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, стр. 144-145.

¹⁷⁶М. Јосиповић, *op. cit.*, стр. 64.

¹⁷⁷В. Рејић, *op. cit.*, стр. 179-180.

¹⁷⁸Ж. Мирјанић, *Увод у радно право, књига прва*, *op. cit.*, стр. 39.

¹⁷⁹П. Јовановић, „Стабилност радног односа у условима техничко-технолошких, организационих и других промена у процесу рада“, *Радно и социјално право*, бр. 4-7/2000, стр. 26-28.

решавања проблема незапослености ка мерама интеграције незапослених лица у тржиште рада. Разлог оваквог заокрета јесте уверење да издашни системи осигурања за случај незапослености нестимулишу незапослене на тражење посла, него супротно рађају зависност од социјалних престација¹⁸⁰.

Одредбе о слободи рада и права на рад имају низ тачака преклапања, и по неким ауторима, сматрају се неодвојивим¹⁸¹. Тако и код права на рад и код слободе рада говоримо о слободно изабраном запослењу. Разликују се по томе што код права на рад држава мора обезбедити могућност слободно изабраног запослења, а код слободе рада акценат је на забрани принудног рада и једнакој доступности радних места односно послова. Такође, могао би се извести закључак да право на рад допуњава слободу рада елементом сигурног радног места (посла), јер код начела слободе рада кажемо да свако лице има право на избор да ли ће да ради или не, а ако хоће да ради, има и право да бира свога послодавца.

Право на заштиту од неоправданог отказа тесно је повезано са правом на рад и начелом сигурности запослења. Одатле произилази и закључак да је право на отказ дубоко укорењено у темељима права на људско достојанство и аутономију. Тако, осим што право на рад треба да задовољи егзистенцијалне потребе појединца и његове породице, оно служи развоју личности радника и, на крају, у случају отказа, гарантује достојанствен третман, а нарочито пружа процесне гаранције приликом отказа. У том смислу, запосленом се гарантује право на приступ независном органу који у случају незаконитог отказа може досудити враћање на рад, односно накнаду штете.¹⁸²

1.3. Однос слободе рада и права на рад

Разматрање слободе рада и права на рад, поставља и питање међусобног односа права на рад и слободе рада. Слобода рада, као уставно начело, гарантује свакоме да слободно бира своје занимање и запослење, и обезбеђује сваком грађанину под

¹⁸⁰Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 47.

¹⁸¹В. Брајић, *Радно право, op. cit.*, стр. 86.

¹⁸²Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 45.

једнаким условима доступност сваког радног места (посла) и функције у друштву¹⁸³ и забрањује принудни рад. А као што слобода рада значи слободу избора занимања, запослења, и избора да ли ће неко да ради, тако она значи и слободу одлучивања о престанку рада за послодавца¹⁸⁴.

Могло би се рећи да је рад један од централних елемената личног идентитета, како због вредности коју има за доживљај сопственог бића, тако и због друштвеног и социјалног статуса који обезбеђује и социјализације радника. Рад значајно доприноси развоју личности, задовољства и самопоштовања појединца, његовом духовном и материјалном развоју¹⁸⁵.

Полазећи од основних поставки, радним законодавством се ближе утврђују начини, односно основи престанка радног односа радника, те за сваки основ ближе се уређују услови престанка. Тежња је да се законом постави објективна граница раскидања радног односа, односно уговора о раду, и да се истовремено пружи заштита и гаранција запосленима у поступку престанка радног односа као објективно слабијој уговорној страни. Циљ оваквог система престанка радног односа је да се успостави релативно стабилан статус запосленог у радном односу, што би требало да буде гаранција остваривања бројних уставних начела са подручја рада и социјалне сигурности.

Престанак радног односа темељи се на начелима права на рад и слободе рада. Делотворно остваривање права на рад у савременим државним порецима, између осталог, подразумева и остваривање и одржавање највишег и најстабилнијег могућег нивоа запослености, са циљем постизања пуне запослености.¹⁸⁶ Правне гаранције права на рад су у неким државама усмерене на очување сигурности запослења и заштиту радника од неоправданог отказа, мада је у већини њих, предност дата мерама за обезбеђивање једнаких могућности за заснивање радног односа.¹⁸⁷

¹⁸³М. Јосиповић, *op. cit.*, стр. 62.

¹⁸⁴П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, стр. 115.

¹⁸⁵Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 46.

¹⁸⁶S. Dedić, J. Gradašević Sijerčić, *op. cit.*, стр. 346.

¹⁸⁷Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 44.

1.4. Слобода рада и престанак радног односа

1.4.1. Слобода рада и споразумни престанак радног односа

Слобода рада је формалноправна претпоставка појаве и постојања радног односа, а с тим у вези и престанка радног односа. Заједно са егзистенцијалном нужности рада, слобода рада представља две основне правне и друштвено-економске претпоставке које су омогућиле појаву радних односа¹⁸⁸. Такође, слобода рада представља једну од основних слобода човека, признату и обезбеђену у свим савременим друштвима,¹⁸⁹ а уско је везана са слободом предузетништва, са којом заједно чини слободу избора занимања.¹⁹⁰

Платформа дефинисања уговора о раду јесте да је уговор сагласност двеју воља,¹⁹¹ те у контексту претходно реченог можемо закључити да уговор о раду представља сусрет две слободе: предузетништва и рада. Уговор о раду настаје на основу споразума воља две стране (послодавца и запосленог), те по закључењу, производи узајамна права и обавезе. Уговор о раду може се дефинисати и као уговор о личном извршавању рада, јер га карактерише личноправна веза из које произилази и обавеза узајамног поверења¹⁹². Престанак радног односа, као правне везе два субјекта, подразумева гашења овлашћења његових субјеката да један од другог захтевају одређено чињење или нечињење на раду или у вези са радом, као и гашење њихових обавеза из радног односа.¹⁹³ Радни однос може престати на основу воље (оба или једног) субјекта и из разлога на које странке радног односа не могу утицати својом вољом, а који су, такође, предвиђени законом (ограничавање слободе рада и слободе предузетништва разлозима везаним за шире јавне интересе).¹⁹⁴

Како радноправни однос настаје саглашношћу воља, односно споразумом, тако на исти начин може и престати. Има аутора, који чак наводе да нема ничег природнијег од разрешења обавезе (дакле радног односа) истим оним начином на који је та обавеза и

¹⁸⁸П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 117-118.

¹⁸⁹А.Фримерман, *op. cit.*, стр. 47.

¹⁹⁰Б. Лубарда, „Слобода рада и слобода уговарања“, *op. cit.*, стр.107.

¹⁹¹Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, *op. cit.*, стр. 268.

¹⁹²L. Wedderburn, *op. cit.*, стр.148.

¹⁹³Б. Шундерић, *Радно право*, Београд, 2009, стр. 166.

¹⁹⁴П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр.476.

настала.¹⁹⁵ Престанак радног односа подразумева гашење њихових права и обавеза из радног односа.¹⁹⁶ И као што сагласност воља мора да постоји у тренутку закључења уговора о раду, сагласност воља мора постојати и у тренутку закључења споразума о престанку радног односа. Споразум о престанку радног односа је, наиме, продукт подударне воље послодавца и запосленог, која мора бити изражена слободно, јасно, недвосмислено и без мана. Потребно је да се нарочита пажња прида утврђивању ове чињенице, јер се мора осигурати да послодавац не активира тзв. бланко отказ.¹⁹⁷

Врховни суд Србије заузео је став да споразум о престанку радног односа мора бити сачињен у писменој форми у виду једног или два акта: писани предлог запосленог и писано прихватање тог предлога од стране послодавца, и обавезно потписан као воља две стране да до престанка радног односа дође.¹⁹⁸ Писмена форма овог споразума је обавезна, а споразум производи правно дејство чим буде закључен. Став је судске праксе да решење о споразумном престанку радног односа не производи правно дејство ако га запослени не потпише, јер радник није манифестовао своју вољу у форми коју закон прописује. С друге стране, у француском праву неопходно је чак да се у споразуму наведе датум престанка радног односа, као и висина накнаде коју је запослени примио. Датум престанка радног односа не може бити одређен пре дана усвајања споразума од органа управе, а висина накнаде не може бити нижа од оне коју закон прописује. Како би се избегле исхитрене одлуке од дана потписивања споразума до дана када надлежни орган управе може дати сагласност на споразум, мора проћи минимално 15 дана.¹⁹⁹

Престанак радног односа на основу воље његових субјеката, као споразумни престанак радног односа на основу обостране воље субјеката, представља један од најбезболнијих начина за престанак радног односа.²⁰⁰ Споразумним престанком радног односа неће бити угрожени ни интереси запосленог ни интереси послодавца,²⁰¹ јер је то жеља обеју стране. Споразумни престанак је правно ваљан само када је изјава воље

¹⁹⁵I. Crnić, *op. cit.*, стр. 10.

¹⁹⁶Б. Шундерић *Радно право, op.cit.*, стр. 166.

¹⁹⁷М. Поповић, *Престанак радног односа*, Београд, 2020, стр.38.

¹⁹⁸В.Марковић, *Престанак радног односа у опитом режиму радних односа са обрасцима и актуелном судском праксом*, Београд, 2018, стр. 21.

¹⁹⁹*Ibid.*, стр. 22-23.

²⁰⁰S. Dedić, J. Gradašević Sijerčić, *op. cit.*, стр. 346, 352.

²⁰¹Д. Д. Паравина, *op. cit.*, стр. 145. Како су за било какав споразум потребна два правна субјекта, односно сагласност двеју воља, јасно је зашто овај аутор критикује схватања по којем се споразумни раскид уговора сврстава у случајеве престанка радног односа по вољи запосленог.

учињена слободно и озбиљно.²⁰² Међутим, код споразумног раскида радног односа мора се водити рачуна о евентуалним злоупотребама овог института. У пракси се неретко јављају ситуације у којима је фактички иницијатор престанка радног односа послодавац, иако се формално закључује споразумни раскид уговора о раду. С тим у вези и Врховни суд Србије заузео је став да лице којем је радни однос престао споразумом са послодавцем, али је споразум инициран од стране послодавца има сва права као да је реч о отказу уговора о раду од стране послодавца. Ово је нарочито битно у односу на накнаду за случај незапослености.

У случају отказа уговора о раду од стране послодавца услед наступања једног од отказних разлога који се односе на понашање запосленог, као и у ситуацијама када је осигураник отказао уговор о раду код послодаца или је дошло до споразумног престанка радног односа, искључена је могућност за остваривањем права из осигурања за случај незапослености. Ваља напоменути да је раније важећим Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености од 2003. године било предвиђено да право на новчану накнаду не може остварити незапослени коме је радни однос престао на основу писменог споразума са послодавцем на иницијативу запосленог, што аналогно доводи до закључка да је право на новчану накнаду могло остварити незапослено лице када је иницијатор споразума о престанку радног односа био послодавац. Управо ово је потврђено у пракси Врховног суда Србије, у смислу става да незапослено лице може остварити право на новчану накнаду услед споразумног престанка радног односа, али само онда када је дошло до споразумног престанка радног односа на иницијативу послодавца. Нажалост, важећи Закон не предвиђа ово решење, највероватније због бројних спорова покренутих тим поводом, када је суд тешко могао утврдити услед чије иницијативе је дошло до потписивања споразума о престанку радног односа. Тако према важећем законодавству самим пристанком запосленог да потпише споразум о престанку радног односа, искључена је свака могућност остваривања права на новчану накнаду за случај незапослености,²⁰³ мада смо става да би суд, узимајући у обзир конкретне околности сваког појединачног случаја, могао утврдити да ли је дошло до фактичког отказа уговора о раду од стране послодавца или до споразумног престанка радног односа.

²⁰²I. Stnić, *op. cit.*, стр. 10.

²⁰³Ф. Бојић, „Право на новчану накнаду за случај незапослености—актуелни проблеми и могућа решења“, *Право и привреда*, бр.7–9/2014, стр. 536.

Још један разлог због којег су послодавци мотивисани да уместо фактичког отказа од стране послодавца, приказују да је до престанка радног односа дошло на основу споразума јесте исплата отпремнина која следује запосленог које отказ добија као „вишак“ као и могућност да касније на те послове запосли неко друго лице.²⁰⁴

Битно је истаћи да споразум о престанку уговора о раду не спречава послодавца да запосленом исплати отпремнину, нити да запосленом којем престаје радни однос призна неко друго право. Споразумом о престанку радног односа послодавац и запослени могу уговорити повољније услове престанка радног односа од онога што предвиђа закон.²⁰⁵ Након што потпишу споразум о престанку радног односа, став је Врховног суда Србије, послодавац није у обавези да донесе решење о престанку радног односа, а ако га донесе такво решење има декларативни карактер.²⁰⁶

1.4.2. Слобода рада и отказ уговора о раду

Слобода рада значи и слободу човека да не ради против своје воље. У том смислу, слобода рада је један од израза опште човекове слободе која му је друштвено призната. Остварујући слободу рада, човек према својој вољи ради или не ради. Слобода рада јавља се на тај начин и као слобода човека од сваке принуде на рад,²⁰⁷ те одатле извире директно право сваке стране радног односа да иницира његов престанак.

Запослени, за разлику од послодавца, може дати отказ без навођења отказног разлога, уз једину обавезу поштовања отказног рока. Супротно, отказ инициран од стране послодавца валидан је само ако су претходно алтернативно остварени услови

²⁰⁴Погледати одлуку Врховног касационог суда Србије број Рев 2 2175/2015 од 02.06.2016. године. Према чињеничном стању, тужилац се налазио код туженог у радном односу на пословима продавца у малопродаји ауто делова. Тужиоцу је саопштено да више не долази на рад јер ће тужени убудуће обављати послове тужиоца. Када је тужилац дошао код туженог по радну књижицу и решење о отказу, видео је да је у обрасцу М-А, као основ за престанак радног односа, наведено „по споразуму“ што тужилац није хтео да потпише. Као разлог, тужени је навео да не жели да исплати отпремнину која би тужиоцу следовала као „вишку“, као и да би имао могућност да касније на те послове запосли друго лице. Тужилац није желео да му се раскине уговор о раду, а ако се већ раскида није желео да се одрекне отпремнине.

²⁰⁵И. Стнић, *op. cit.*, стр. 11.

²⁰⁶В. Марковић, *op. cit.*, стр. 23.

²⁰⁷А.Фримерман, *op. cit.*, стр. 47-48.

односно ако постоје отказни разлози из Закона о раду²⁰⁸. Могло би се рећи да се, уз претходно испуњен разлог за отказ, он активира вољом послодавца. Кумулативно морају бити испуњена два елемента: законом предвиђен отказни разлог и изјава воље послодавца, при чему је та изјава воље само допунска, али нужна правна чињеница.²⁰⁹

Ипак, слобода нерада није без правних последица. Отказ уговора о раду на иницијативу запосленог (који није мотивисан повредом неке законске или уговорне обавезе послодавца), као и одбијање понуђеног одговарајућег посла, има за последицу губитак права на новчану накнаду за случај незапослености. Такође, право на једностран раскид уговора о раду може бити ограничено и клаузулама које се односе на професионално образовање или уговором о професионалном оспособљавању, када се послодавац споразуме са запосленим да финансира његово професионално усавршавање, а запослени се обавезе да ограничи своју слободу (не) рада за одређени период²¹⁰. Слично решење усвојено је и нашим позитивним правом.

С друге стране, радно право „стало је у заштиту“ економски слабије стране, те уговором о раду на неодређено време тежи стабилности запослења. Ипак, радник који ради по уговору о раду на неодређено време није апсолутно заштићен од отказа ни због слободе уговарања, а ни због слободе предузетништва. У складу са слободом уговарања, обе стране имају право на отказ, с тим да се за запосленог прописују блажи услови који се тичу благовремене најаве отказа и забране давања отказа у невреме, док се на страни послодавца ограничења тичу отказних разлога, као и отказног поступка. У складу са слободом предузетништва послодавац има право да откаже уговор о раду зато што поседује средства за рад, обезбеђује капитал потребан за производњу или пружање услуга и сноси ризик пословања.²¹¹

1.5. Право на заштиту од неоправданог отказа као елемент права на рад

Право на рад је једно од основних људских права и подразумева право свакога да зарађује за живот на основу слободно изабраног или прихваћеног запослења. У

²⁰⁸Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179.

²⁰⁹Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 221.

²¹⁰Б. Лубарда, „Начело слободе рада“, *op. cit.*, стр. 551-552.

²¹¹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 133-135.

нормативном оквиру, овај аспект права на рад подразумева гаранције стабилности запослења кроз регулисање начина и услова када може доћи до престанка радног односа. У свим државама света које утврђују и гарантују право на рад, установљен је принцип да раднику, односно запосленом може престати радни однос против његове воље само под условима и на начин који су утврђени законом, што је потврдио и Комитет за примену конвенција и препорука МОП-а, а што се даље разрађује одговарајућим законским актима.²¹² Дакле, неспорно је да раднику може, а у одређеним случајевима и мора престати радни однос, али само из законског оправданог разлога и у поступку предвиђеном законом. Важан сегмент гаранције права на рад је обавеза државе да законом уреди основе услове и начин престанка радног односа против воље запосленог, те да у том смислу омогући раднику судску заштиту, јер реализација права на рад није само право на запослење него и трајно очување и стабилност запослења.²¹³

Такође, не треба занемарити слободу предузетништва и чињеницу да власник средстава за рад сасвим логично има право да располаже средствима за рад и води предузеће у складу са својим економским интересима.²¹⁴ Послодавац има право да раскине уговор о раду и, по правилу, послодавци ово право користе у складу са својим економским и производним интересима. То значи да послодавац приликом отказа неће злоупотребљавати своје право на раскид уговора, односно о отказу ће одлучивати рационално и селективно, а не само зато што на то има право.²¹⁵ Ако, ипак, до злоупотребе дође, право на рад значи обавезу државе да обезбеди заштиту лицима којима престаје радни однос мимо воље и без кривице. То подразумева заштиту од штетних последица незапослености која се обезбеђује у оквиру система социјалног осигурања.²¹⁶

Право на заштиту од неоправданог отказа тесно је повезано са правом на рад и начелом сигурности запослења. Одатле произилази и закључак да је право на отказ дубоко укорењено у темељима права на људско достојанство и аутономију, мада има и оних аутора који инсистирају на постојању различитих врста отказа, те самим тим

²¹²S. Dedić, J. Gradašević Sijerčić, *op. cit.*, стр. 345.

²¹³Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 46.

²¹⁴В. Брајић, „Слобода воље у радним односима“, *op. cit.*, стр. 817.

²¹⁵М. Миљковић, *op. cit.*, стр. 61.

²¹⁶Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 46-47. За лица која неиспуњавају услове за остваривање права на новчану накнаду и друге престације из осигурања за случај незапослености обезбеђује се право на социјалну помоћ и друге престације из система социјалне заштите.

указују и на оне који нису повезани са људским достојанством. Сматра се наиме да људско достојанство може повредити само онај отказ који је неоправдан, те је заштиту потребно усмерити ка тим случајевима отказа. Тако, осим што право на рад треба да задовољи егзистенцијалне потребе појединца и његове породице, оно служи развоју личности радника и, на крају, у случају отказа гарантује достојанствен третман, а нарочито пружа процесне, гаранције приликом отказа.

2. Начело стабилности запослења

У самом почетку свога настајања, радно право имало је за циљ да заштити економски слабију страну, радника. Оно настаје из потребе да се регулишу односи субјеката индивидуалног радног права, пре свега да се послодавац ограничи у вршењу своје власти, да се спрече злоупотребе његових овлашћења и арбитрерно одлучивање о положају запосленог. То је један од основних и историјски гледано првих циљева радног права²¹⁷. Радни однос мора представљати правни израз интересне равнотеже његових субјеката, јер једино тако радни однос може бити стабилан и имати перспективу²¹⁸.

Данас, радно право карактерише комбинација циљева превасходно социјално-економске природе: социјална правда, радно-социјални мир, социјална равнотежа, регулисање конкуренције, еманципација појединца и друштва, сигурност запослења и социјална сигурност, морализовање радних односа. Сви ови циљеви су међусобно повезани и узајамно условљени, а њихова синтеза омогућава трајнију социјалну равнотежу. Обезбеђивањем одређеног степена сигурности запослења и социјалне сигурности, као и морализовање радних односа у условима демократије, јесте у најтешњој вези са остваривањем циљева у погледу социјалне конкуренције на тржишту²¹⁹.

Сигурност запослења мора бити гарантована у широком смислу. У модерном друштву, за већину људи запослење је то које обезбеђује финансијску сигурност. Зато

²¹⁷Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 254.

²¹⁸П. Јовановић, „Интересна обележја радног односа“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2013, стр. 21.

²¹⁹Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 35-36.

је неопходно да запослење буде сигурно, заштићено од дискриминаторног и арбитрерног поступања, и од неоправданог и произвољног отпуштања.²²⁰ Најбитнији циљ радног права, од горе наведених, за тему којом се у овом раду бавимо, јесте обезбеђење одређеног нивоа стабилности запослења. Али пре него што део рада посветимо стабилности запослења, разграничимо је од сличних појмова.

Стабилност уговора о раду је термин који подразумева заштиту уговорног односа на неодређено време. Ово се постиже превасходно правилном да је стандардни уговор о раду који се закључује између запосленог и послодавца уговор о раду на неодређено време. Постојање ове врсте уговора се претпоставља, што значи да свака друга врста уговора мора бити изричито наведена у самом уговору, и да се у супротном сматра да је закључен уговор о раду на неодређено време. Ово из разлога што, осим што је „стандардан“, овај уговор пружа највише гаранција запосленом.

Заштита запослења је термин који има више значења. У ширем контексту, она означава целокупно законодавство, којим се штите радници од неоправданог отказа, али и правила којима се уређују питања запошљавања, затим примања запослених приликом отказа, па чак и правила којима се штите радници ангажовани за обављање привремених послова. Уже значење појма *заштита запослења* подразумева, међутим, правила о престанку радног односа на иницијативу послодавца из разлога који нису везани за способности и понашање запослених.

Сигурност запослења је појам који садржи три елемента. Прво, нико не може бити лишен свог посла без оправданог разлога, затим подразумева да се у случају губитка посла раднику обезбеђује сразмерна финансијска накнада и, на крају, подразумева процесне гаранције и одговарајуће санкције за случај незаконитог отказа. Постоје аутори који, супротно, сужавају садржину начела сигурности запослења на заштиту од отказа²²¹.

Престанак радног односа је део радног односа било као његов нормалан и законит завршетак или као непланирани законити или незаконити престанак радног односа. У 19. веку, однос послодавца и запосленог сводио се искључиво на обавезу послодавца да за обављен посао исплати договорену зараду. Углавном су закључивани

²²⁰G. Anderson, *op. cit.*, стр. 129.

²²¹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 30-31.

уговори о раду на одређено време, те су послодавци вршили притисак на раднике како би се уговори обнављали. Једна од тежњи и захтева радничке класе били су сталност запослења, односно ограничење слободе уговарања²²². То је, у основи, захтев за сигурност запослења у условима узајамног извршења права и обавеза радника и послодаваца и забрана сваке злоупотребе права. У новије време, сталност запослења је и захтев и претпоставка адекватног регулисања радних односа. У конкретним условима, сталност запослења је правно гарантована начелно и конкретно, мање или више. Сталност је правно регулисана кроз заштитна правила и утврђивање права запослених у погледу рада. Наиме, сталност запослења се може обезбедити уколико радник испуњава своје обавезе и ако постоје економске и друге објективне могућности да запослени настави са радом. Код нас су правне гаранције сталности запослења изразите и прецизиране. У периоду самоуправљања сигурност запослења је у критичким разматрањима била означавана и као монопол на радно место. Тврдње ове врсте и образложења су ишла у твом правцу да по тадашњим прописима није било могуће донети одлуку о престанку радног односа и када су за то били испуњени услови, што правно гледано није било тачно²²³.

Како је уговор о раду уговор са трајним извршењем престација, стабилност уговорног односа представља, на неки начин, и један од циљева радног односа. То вреди, пре свега, за стабилност садржине уговора о раду, будући да је уговор о раду усмерен на периодично извршење идентичних престација у будућности. Када дође до промењених околности, може се захтевати правична измена услова уговора о раду, а у случају неприхватања понуде за закључење анекса може доћи до престанка уговора (рецимо околности су се толико измениле да би рад запосленог на постојећем послу постао претерано отежан или би суочио послодавца са претераним трошковима).

Стабилност уговора о раду на неодређено време не може бити апсолутна, већ свака страна има слободу уговарања и право на једнострано раскид. Послодавац не би могао да делотворно врши своју управљачку власт, уколико му не би припадало право да отпусти запосленог који је нестручан или је за његовим радом престала потреба, баш као што ни заштита слободе рада и достојанства запосленог није могућа ако он не може да престане да ради за послодавца кад пожели.

²²²В. Брајић, „Значење и значај начела сталности (сигурности) запослења“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002, стр. 874-875.

²²³*Ibid.*

Као један од циљева радног права, сигурност запослења подразумева стварање института за очување запослења. Пред радним правом је важан задатак: да обезбеди стабилност запослења, али уз уважавање пословних интереса послодавца и одговарајућу улогу државе. Може се рећи да је у тренутним економским условима, управо стабилност запослења и највећи изазов 21. века. Да би се остварила сигурност запослења као циљ радног права, држава доноси правила о отказу, чија је основна функција да се отказ избегне, односно да се не злоупотребљава институт отказа. Отказ би требало да буде крајње средство којем послодавац прибегава и то само у случајевима када запослени то „заслужи“ својим резултатима рада (знање и/или способност) или понашањем, односно када то захтева процес рада. На тај начин се и сигурност запослења издиже на ниво једног од начела радног права²²⁴.

Степен стабилности запослења, притом, може послужити као критеријум за класификацију радноправних система. Очување стабилности запослења остварује се индиректно и кроз прописе о престанку радног односа на иницијативу послодавца који спречавају тренутно и неоправдано окончање радног односа.²²⁵ Концепти запошљавања и отпуштања иду у крајности. У условима тржишне економије јављају се модели који познају концепт запошљавања и отпуштања по апсолутној вољи (нео/либерализам), док у социјалној тржишној економији преовладава концепт отказа као *ultima ratio*.

Радноправне системе под утицајем либералне економске филозофије карактерише либералан режим отпуштања запослених из економских-технолошких разлога. На пример, у Сједињеним Америчким Државама једино што је забрањено и у чему се огледа интервенционизам државе јесте да отказ не сме бити последица дискриминаторног поступања²²⁶. Дакле, владајући концепт запошљавања и отпуштања по вољи омогућава послодавцу да откаже радни однос без обавезе навођења оправданог разлога, уз заштиту од дискриминације. Идеја нео/либералних економских теорија је да радни стандарди стварају препреке за учеснике на тржишту, док гаранције социјалних права оптерећују послодавце непосредним теретима, те посредно производе и негативан утицај на привредни раст, јер штете конкуренцији и флексибилности²²⁷.

²²⁴Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 28, 63-65.

²²⁵В. Брајић, „Значење и значај начела сталности (сигурности) запослења“, *op. cit.*, стр. 874-878.

²²⁶Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 48.

²²⁷Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 33.

Правни режим престанка радног односа супротан од либералне филозофије (према којој ниједна страна не може бити принуђена да остане у уговорном односу) постаје предмет законодавства између два светска рата. После Другог светског рата у демократским државама тржишне економије питање сигурности запослења добија све више на значају. Радно законодавство је интервенисало да би пружило заштиту запосленима од редовног отказа, истицањем обавезе послодавцу да наведе оправдан разлог отказа, прописивањем минималног трајања отказног рока, а касније и предвиђањем права на отпремнину, уз значајну улогу савета запослених у поступку отказивања уговор о раду.

Овај концепт доживљава врхунац у периоду социјализма – административног и самоуправног. То су системи који су се издвојили по степену сигурности. Код нас је чак у периоду самоуправног социјализма, Законом о удруженом раду од 1976. године било забрањено отпустити радника по основу економских односно технолошких разлога (заправо, у том систему и не би могло доћи до „отпуштања“ радника на иницијативу послодавца, него до престанка међусобног радног односа). Могао би се извести закључак да се концепт стабилности запослења и развија у периоду социјализма, те да је стабилност запослења једно од главних обележја ових система. Треба имати у виду да је социјализам, као модел, негирао суштинска обележја уговора о раду. Урушавањем модела административног односно самоуправног социјализма у условима транзиције реафирмисан је уговор о раду као правни основ за заснивање радног односа, крајем двадесетог века.

За европске социјалне моделе карактеристичан је интервенционизам државе у радне односе, али не и негација суштинских елемената радног права. Радно право има за циљ да нађе компромис и заштити интересе запослених, али и послодаваца, те да помири слободну социјалну конкуренцију и сигурност запослења. У погледу отказа, то се постиже на начин што се послодавцу не негирају нормативна, управљачка и дисциплинска овлашћења, али се она ограничавају. Послодавац може отказати уговор о раду али мора навести чиме је условљен отказ (оправдани отказни разлог који је лично или пословно условљен). Радноправни системи који припадају европском социјалном моделу допринели су да се и на универзалном плану успоставе стандарди о сигурности запослења, што је резултирало доношењем Конвенције Међународне организације рада број 158.

Ипак, и концепт социјалне тржишне економије води постепеном ублажавању заштитног радног законодавства у корист новијег алтернативног концепта који промовише право Европске уније. Реч је о ангажовању на основу флексибилних уговора, које подразумева олакшавање запошљавања, али и либерализацију поступка отпуштања (чак и умањење обавеза послодавца према отпуштеним радницима). Нови поредак стабилност запослења не види више у ригидном заштитном законодавству, већ у већој прилагодљивости и запошљивости. Тако се развија концепт целоживотног учења, професионалне обуке, сталног образовања и усавршавања, нарочито за лиценцирана занимања²²⁸. За стабилност запослења постаје најбитније инвестирање у личне квалификације запосленог, професионалне способности и знања²²⁹.

Данас се инсистира на јачању економске димензије радног права, које има задатак да успостави равнотежу између потреба и интереса запосленог и потреба и интереса послодавца, па би радноправне норме требало да представљају прихватљив компромис између заштите запослења и економског напретка. Из поменутог разлога, помера се тежиште заштите од отказа са сигурности посла на сигурност запослења. Разлика је у томе што више није циљ запослености да радник остане на истом послу, него запосленост значи бољу професионалну покретљивост радника на тржишту рада, што доприноси продуктивности²³⁰.

Радно право је посебно осетљиво на промене које се дешавају у сфери економије. То нарочито важи за економске и финансијске кризе, јер се државе суочавају са потребом снижавања трошкова и решавања проблеме незапослености, а послодавци са изазовима очувања континуитета пословања, реструктурирања и колективних отпуштања. Најснажнији притисци за флексибилизацијом и дерегулацијом радног права долазе од међународних организација које афирмишу преиспитивање и преумеравање циљева радног права у правцу обезбеђивања доброг функционисања тржишта рада у оквиру капиталистичке привреде. Њихово становиште полази од тога да због обавеза и трошкова које ствара за послодавце, радно законодавство штетно утиче на конкуретност предузећа, што их последично одвраћа од заснивања

²²⁸Целоживотно учење према позитивном праву укључује све облике учења и подразумева учествовање у различитим облицима образовних активности током живота, са циљем сталног унапређивања потребних личних, грађанских, друштвених и компетенција потребних за рад. Закон о националном оквиру квалификација Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“ бр. 27/2018 и 6/2020), члан 2.

²²⁹Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 48-49, 719-720, 731.

²³⁰Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 33.

стандардног радног односа, односно подстиче на флексибилне облике запошљавања, па и рад на црно. Зато је у циљу привредног раста потребно афирмисати дерегулацију радног права. То укључује флексибино уређивање правила о отказу, у складу са уверењем да висок степен заштите запослења утиче на већу сегментацију тржишта рада. Законодавство о заштити запослења штити постојеће послове, али у исто време ограничава могућности за поновно запошљавање незапослених тражилаца запослења. Тачно је да се одредбама о заштити запослења може унапредити сигурност запослења, али и да умањује флексибилност тржишта рада која је неопходна да би незапослени добили посао.

На сигурност запослења утичу и технолошке и техничке новине. Почетком осамдесетих година прошлог века, оне су утицале на престанак потребе за многим пословима на којима је радио велики број нискоквалификованих радника. Процес глобализације је додатно оптеретио државе притиском да се цена рада што је могуће више снизи, што за последицу има девалоризацију људског рада. Ради постизања конкурентности снижавају се трошкови рада, укључујући трошкове заштите од социјалних ризика. Конкуренцију на међународном тржишту одређују многобројни елементи а не само трошкови рада и социјални чиниоци²³¹.

3. Начело законитости престанка радног односа

Уговор о раду настаје слободном вољом уговорних страна. Као и сваки уговор, и уговор о раду има свој почетак и крај. Дакле, како постоји слобода настанка уговора о раду, тако постоји и слобода иницирања његовог престанка. Нико се не може натерати да буде у било каквом уговорном односу. Ипак, у циљу заштите, пре свега, интереса запослених, али и послодаваца, уговорни односи у радном праву почивају и на начелу законитости престанка радног односа.

Начело законитости престанка радног односа значи да радни однос може престати само на начин прописан законом. Законодавац утврђује основе престанка радног односа, а за сваки основ утврђују се и разлог. Дакле, основи престанка јесу

²³¹*Ibid.*, стр. 234-236.

чињенице за које правни систем везује могућност или неминовност окончања радног односа. А разлози за престанак радног односа представљају ситуације у којима се сваки од основа може применити, тј. неопходне услове или претпоставке чијим ће наступањем настати и право на отказ уговора о раду или, пак, аутоматски доћи до његовог престанка независно од воље уговорних страна.²³²

Начело законитости је од нарочитог значаја за престанак радног односа на иницијативу послодавца, јер је послодавчева изјава воље о отказу само допунска правна чињеница. Другачије речено, за отказ, осим воље послодавца, мора бити остварен неки од алтернативно прописаних законских разлога. Да је вољни елемент секундаран за престанак радног односа говори и чињеница да у појединим случајевима радни однос престаје независно од воље уговорних страна, на пример када је реч о престанку радног односа по сили закона, јер воља суконтрахираната не може да спречи престанак по сили закона.²³³

Закон о раду наводи разлоге за престанак радног односа: истек рока на који је заснован, навршење 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, ако се послодавац и запослени другачије не споразумеју, споразум, отказ, захтев родитеља или старатеља лица млађег од 18 година живота, смрт запосленог.²³⁴ Законитост престанка радног односа односно уговора о раду, треба шире посматрати, јер поред закона, основи и начини престанка радног односа ближе се и потпуније разрађују како колективним уговорима, тако и општим правним актима аутономног карактера, па и индивидуалним уговорима о раду. У теорији радног права наводи се да код престанка радног односа односно уговора о раду треба водити рачуна и разликовати три момента: наступање основа односно узрока престанка, затим утврђивање самог основа престанка, односно доношење појединачног акта о престанку радног односа, и разрешење од дужности. Ови моменти представљају правни механизам престанка радног односа.²³⁵

За све раднике једнако је важно доћи у ситуацију да се признато им право на рад реализује заснивањем радног односа, а исто толико да и њихово запослење буде стално

²³²*Ibid.*, стр. 77.

²³³Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 221.

²³⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 175.

²³⁵S. Dedić, J. Gradašćević Sijerčić, *op. cit.*, стр. 346.

и стабилно. Таквом сазнању иде се у сусрет принципијелним опредељењем савременог радног права по коме радни однос може престати само на начин и под условима предвиђеним у закону и другим актима у складу са законом. У томе је и значење појма законитост престанка радног односа.²³⁶

4. Начело забране дискриминације

4.1. Ризик (непосредне и посредне) дискриминације у случају престанка радног односа

Полазећи од велике хуманистичке идеје о урођеном достојанству и једнакости свих чланова људске породице, начела једнаких шанси и поступања и забране дискриминације имају посебан значај у области радних односа јер запослени заснивањем радног односа остварују право на рад, као право сваког да на основу слободно изабраног занимања и запослења обезбеђује средства егзистенцију себе и своје породице. Дискриминација, као неоправдано прављење разлике међу људима на основу (урођених и стечених) личних својстава, ограничава слободу избора запослења, а, затим, и могућност запослених да развијају своје способности и да, у оквиру радног односа, развијају своју личност и остварују радна права.²³⁷ Начело једнаких шанси и поступања изражава праведну социјалну конкуренцију на тржишту рада, што је од битног значаја како за запослене, тако и за послодавце. Од државе се очекује да обезбеди само основе потенцијалне једнакости, пошто се не може апсолутно једнако поступати према свима и у свим ситуацијама, јер су људи у суштини неједнаки. Зато и кажемо да начело једнакости значи једнако поступање у истим односно сличним ситуацијама, и различито поступање у различитим ситуацијама. Начело једнакости у пракси примарно се обезбеђује заштитом од дискриминације, али се тиме не исцрпљује. Пуна равноправност у друштву шира је од формалноправне једнакости. Она

²³⁶Д. Р. Паравина *Радно право, op. cit.*, стр. 143.

²³⁷Љ. Ковачевић, „Особености запошљавања наставника верске наставе и радног ангажовања код послодаваца чија делатност почива на вери“, Државно – црквено право кроз векове, Београд-Будва, 2019, стр. 703-704.

подразумева једнаке могућности у свим сегментима живота – породици, образовању, информисању, култури, запошљавању, раду, лечењу²³⁸.

За потребе радног права, начело једнаких шанси и поступања представља прављење разлике по професионалним својствима у функцији праведне социјалне конкуренције, те подразумева конкуренцију професионалних способности (а сходно личној даровитости и квалификацијама, професионалним заслугама и достигнућима, те професионалним својствима као што су стручна спрема, положен стручни, државни испит, радно искуство, возачки испит, поседовање лиценци, познавање језика, поседовање одређених вештина и способности, карактерних особина и слично)²³⁹.

Дискриминација је повреда уставног начела о доступности свих послова, односно радних места под једнаким условима. Јавља се у два облика, као непосредна и као посредна дискриминација. Непосредна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, или би могли бити стављени у неповољнији положај. С друге стране посредна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства, ставља у неповољнији положај актом, радњом или пропуштањем које је привидно засновано на начелу једнакости и забране дискриминације, осим ако је то оправдано законитим циљем, а средства за постизање тог циља су примерена и нужна²⁴⁰.

Под дискриминацијом се не сматра прављење разлике због особености одређеног посла код кога лично својство представља стварни и одлучујући услов обављања посла, ако је сврха која се тиме жели постићи оправдана²⁴¹. Ту је реч о начелу професионалне нужности. Посебни услови који се тичу неких личних својстава, морају бити у сразмери са особености одређеног посла. Тако се, на пример, не сматра дискриминацијом навођење пола као посебног услова за заснивање радног односа, када је пол последица природе одређених активности или одређене карактеристике (на

²³⁸С. Јашаревић, „Заштита једнакости запослених у праву Европске уније“, *Зборник радова Прваног факултета у Новом Саду*, број 3/2010, стр. 257-258.

²³⁹Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, оп. cit.*, стр. 110, 184.

²⁴⁰Закон о забрани дискриминације (“Службени гласник Републике Србије”, број 22/2009 и 52/2021) чл. 6. и 7.

²⁴¹Закон о забрани дискриминације (“Службени гласник Републике Србије”, број 22/2009 и 52/2021) члан 16.

пример мушка односно женска улога на филму) или обичаја и морала (на пример за претрес женских лица запошљава се полицајка). Дискриминацијом се не сматра ни право цркве или неке друге верске организације да захтева припадање одређеној вери као услов за заснивање радног односа у школи, болници или другој установи коју је основала црква, јер се професионални и лични – верски живот не раздвајају на уобичајени начин као код других послова. Супротно предњем, минимална висина би се као посебан услов за заснивање радног односа за рад на бензијској пумпи у Сједињеним Америчким Државама сматрала прикривеном расном дискриминацијом, јер се на тај начин избегава запошљавање радника мексичког или азијског порекла²⁴². Или на пример, све чешће се дешава у пракси да се запослена по повратку са породилског одсуства сусретне са „реорганизацијом послодавца“ те бива премештена на посао који није у складу са њеном стручном спремом или професионалним способностима, или је мање плаћен или се на неки други начин деградира њен положај пре свега са циљем да она буде иницијатор отказа. Дакле, генерално у радном праву, а нарочито код отпуштања, не може се правити разлика по основу расе, боје коже, пола, вере, политичког мишљења, националног или социјалног порекла и других урођених или стечених личних својстава која представљају основ дискриминације²⁴³.

Код непосредне дискриминације, у европским оквирима је дошло до напуштања субјективног елемента непосредне дискриминације – намере да се дискриминише. Различито поступање у истим или сличним ситуацијама је довољно за постојање непосредне дискриминације. Код непосредне дискриминације је од одлучујућег значаја узрочна веза између понашања послодавца и неједнаког поступања, док код посредне дискриминације примена на први поглед неутралне одредбе има за резултат неповољнији третман, а да за то нема оправданог циља или је циљ оправдан, али не и средства с обзиром да је нарушено начело сразмерности средстава постизању циља.

Посредну дискриминацију можемо дефинисати као праксу запошљавања односно поступања на раду која, иако на први поглед изгледа неутрална, са становишта услова или мерила у резултату погађа више одређену групу лица, а да то не може бити оправдано пословном нужношћу, нужним захтевом за обављањем посла као кључним мерилем за оправдање различитог поступања. Послодавац може доказивати да је

²⁴²Б. Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица, 2004, стр. 236-237.

²⁴³Конвенција МОР број 111 о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања („Службени лист СФРЈ –Додатак“, број 3/1961) члан 1.

одређени захтев у тој мери везан за природу посла, нужен за обављање одређеног посла, да то оправдава искључење одређеног лица од могућности запошљавања по основу који би иначе био дискриминишући. Тако, примера ради, при запошљавању полицијског службеника који треба да послужи као прикривени иследник, када је то нужно за обављање посла, може се захтевати припадност одређеној раси а да се то не сматра дискриминацијом²⁴⁴, или припадност одређеној вери приликом заснивања радног односа у установама које оснивају верске организације јер када би им ово право било ускраћено, била би подривена способност црква и верских заједница да, у складу са својим уверењима и доктринама, „аутентично и бескомпромисно“ остварују своју мисију. Ово стога што цркве и верске заједнице, као институције, губе свој идентитет ако им је забрањено да одбију понуду за запослење или да отпусте лице чије понашање сматрају супротним својим учењима²⁴⁵. И супротно, посредну дискриминацију могу успоставити услови за заснивање радног односа који се тичу личних својстава, а који нису неопходни за њихово обављање (физичке способности, снага и издржљивост, будући да се њиховим утврђивањем за послове на којима такве способности нису неопходне за успешно извршавање престације рада неоправдано ограничава приступ старијих лица и лица са инвалидитетом; или неоправданим условљавањем запослења возачком дозволом будући да слабовида лица и лица са неким другим облицима инвалидитета не могу испунити овај услов, ако он није неопходан за успешно обављање посла²⁴⁶).

У извештају Повереника за заштиту равноправности, у најучесталије случајеве дискриминације убрајају се они везани за радне односе, чак трећина њих²⁴⁷. Као лична својства која су најчешћи основ дискриминације, а према поменутом извештају, су инвалидитет, пол, здравствено стање, старосна доб, чланство у синдикалним, политичким и другим организацијама, брачни и породични статус, национална припадност или етничко порекло, имовно стање и сексуална оријентација²⁴⁸.

²⁴⁴Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 111-140.

²⁴⁵Ј. Ковачевић, „Особености запошљавања наставника верске наставе и радног ангажовања код послодавца чија делатност почива на вери“, *op. cit.*, стр. 710.

²⁴⁶Ј. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 115.

²⁴⁷Скраћени редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2019. годину, доступно на: <http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2020/05/Poverenik-skraceni-redovni-godisnji-izvestaj-2019-za-sajt.pdf> последњи пут приступљено 16.03.2021. године.

²⁴⁸Скраћени редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2019. годину, доступно на: <http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2020/05/Poverenik-skraceni-redovni-godisnji-izvestaj-2019-za-sajt.pdf> последњи пут приступљено 16.03.2021. године.

Инвалидитет као први наведен основ из извештаја Повереника јесте и најчешћи основ за дискриминацију. У пракси Европског суда правде не само да је забрањена посредна и непоредна дискриминација по основу овог својства, већ је забрањена дискриминација и запослених који не спадају у категорију лица са инвалидитетом, већ се старају о блиском лицу са инвалидитетом.²⁴⁹

Пол запосленог такође је забрањен отказни разлог, као и свако стављање у неповољнији положај а опет је изузетно распрострањен у пракси. Једно време се сматрало оправданим отпустити мушкарца због дуге косе или жене која не жели да издепилира ноге. Данас се отказ мушкарцу који носи минђушу у уху сматра неоправданим.²⁵⁰

Здравствено стање не може бити ваљани разлог за престанак радног односа на иницијативу послодавца ни према међународним ни домаћим прописима, што ипак не спречава послодавце да отказују уговоре и посредно дискриминишу запослене по овом својству, нарочито у погледу лица, која због болести или повреде често користе право на боловање.

Дискриминација на основу брачног стања подразумева неједнако поступање према радницима који нису или јесу у браку, зато што су разведени, удовци или зато што су у браку са неком особом. Тако је, примера ради, средином прошлог века, општим актом Ер Франса било утврђено да кандидаткиње за посао морају бити неудате, удовице или разведене жене па је с тим у вези удаја представљала оправдани отказни разлог. Суд у Паризу огласио је ништавим одредбе тог правилника.²⁵¹

У пракси, спорове поводом дискриминације на раду судови неоправдано карактеришу као радне спорове. Међутим Закон о забрани дискриминације ниједном одредбом не упућује на Закон о раду, те би спорове везане за дискриминацију у поступку запошљавања и уопште спорове поводом дискриминације на раду ваљало

²⁴⁹Пресуда Европског суда правде у предмету С – 303/06 од 17.07.2008. године, наведено према Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 495. Жртва дискриминације била је запослена у лондонској адвокатској канцеларији, а старала се о сину са урођеним инвалидитетом. По повратку са породилског одсуства, запосленој је ускраћено да обавља послове које је обаљала пре породилског, затим јој није дато да користи одсуство ради неге детета, није јој омогућена флексибилна организација услова рада коју су имали запослени чија деца немају инвалидитет. Низ радњи које је послодавац предузимао довели су до тога да запослена да отказ, након чега је тужила послодавца због дискриминације на основу инвалидитета.

²⁵⁰Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 496-497.

²⁵¹*Ibid.*, стр. 497-498.

решавати према општим правилима, правилима који се примењују на све облике и све врсте дискриминације. Ово је битно из практичних разлога. Према позитивном праву, право на заштиту од дискриминације не застарева нити у једном случају, док се у радном праву јављају преклузивни рокови за покретање радног спора.

4.2. Допуштено разликовање запослених према личним својствима и престанак радног односа

Забрана дискриминације је конститутивни елемент начела једнакости, јер управо кроз дискриминацију се нарушава једнакост и равноправност грађана у остваривању њихових права. Међутим, апсолутна једнакост и равноправност свих у односу на све, заправо, јесте неправда. Захтев за једнакошћу садржан у идеји правде није уперен апсолутно на свакога и према свему са једнаким уделитема, јер једнакости међу неједнакима не може бити.²⁵² Зато се у контексту претходног јављају дозвољени облици дискриминације. Дакле, примена начела једнакости и забране дискриминације не искључује свако прављење разлике између кандидата за запослење и запослених на основу личних својстава, јер њихово разликовање по том основу може бити допуштено. То су управо оне ситуације у којима би забрана разликовања могла довести у питање обављање конкретних послова. Реч је, прецизније, о пословима код којих одређено лично својство (примера ради, вероисповест) представља прави и одлучујући услов за успешно извршавање радних задатака, због чега се разликовање радника које се заснива на том услову не сматра дискриминацијом. То, даље, значи да је послодавцима, по правилу, забрањено да као услов за заснивање радног односа утврђују одређену вероисповест (забрана непосредне дискриминације на основу вероисповести) или да пред раднике постављају захтеве који нису неопходни за успешно обављање посла, а који лица одређене вероисповести нису у стању да испуне или им је, у поређењу с другим кандидатима за запослење и запосленима, теже да то учине (забрана посредне дискриминације на основу вероисповести). Ипак, у изузетним случајевима, послодавац може утврдити одређену вероисповест за услов за заснивање радног односа, како би били „решени појединачни случајеви чисто професионалне нужности, чиме се

²⁵² П. Јовановић, „Начело једнакости у радном праву”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1/2018, стр. 20-21.

успоставља равнотежа између редовно потребне неутралности и неопходности да се задрже услови који нису неутрални, али су у одређеном случају оправдани“. Тако би, на пример, послодавац могао да на одређеном послу запошљавања само лица одређене вероисповести, ако припадност одређеној цркви или верској заједници, односно поштовање њихових учења, представља стварни и одлучујући услов за успешно обављање посла, као што је то, примера ради, случај с јавном болницом која жели да запосли болничког капелана хришћанске вероисповести.²⁵³ Или на пример, давање првенства у запошљавању одређеним категоријама тражилаца запослења, увођење повољнијег режима за запошљавање лица млађих од 26 година живота или запошљавање лица за обављање послова који нису нарочито привлачни незапосленим лицима, не треба квалификовати као повреду начела једнакости, будући да доприноси заштити општег интереса²⁵⁴. Исто је и са отпуштањем. Рецимо, приликом решавања „вишка“ запослених води се рачуна о старијим запосленима. У складу са Директивом Савета 2000/78 не сматра се дискриминацијом прављење одређених разлика у третману по животној доби, ако су те разлике мотивисане потребом да се олакша приступ у запошљавању омладине, старијих лица и лица са породичним обавезама²⁵⁵. Тражиоци запослења са одређеним личним својствима могу стицати приоритет у запошљавању на одређеном проценту послова код послодавца на основу самог закона (на пример лица са инвалидитетом).

Дозвољен облик дискриминације јавља се и у области престанка радног односа. На основу самог закона, лица којима је престао радни однос колективним отпуштањем имају предност приликом наредног запошљавања код истог послодавца с тим што се ова предност углавном временски ограничава. Тако, примера ради, у Републици Србији лице коме је престао радни однос услед колективног отпуштања има предност при запошљавању код истог послодавца код кога му је и престао радни однос, али само уколико се код истог послодавца у року од три месеца од технолошких промена јавила потреба за запошљавањем нових радника.²⁵⁶

²⁵³Љ. Ковачевић, „Особености запошљавања наставника верске наставе и радног ангажовања код послодавца чија делатност почива на вери“, *op. cit.*, стр. 704-705.

²⁵⁴Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 302.

²⁵⁵Б. Лубарда, *Европско радно право*, *op. cit.*, стр. 222.

²⁵⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 182.

Дозвољени облик дискриминације предвиђа се и колективним уговорима, најчешће код критеријума за утврђивање запослених за чијим је радом престала потреба и то приликом бодовања одређених критеријума. Тако се приликом бодовања, осим стручних способности, у обзир узимају имовинске, здравствене и друге прилике запослених, које се посматрају као норматив професионалних критеријума (резултати рада, радни стаж). У том смислу пружа се заштита запосленима који су материјално или здравствено угрожени, те се тежи отпуштању радника који ће, условно речено, лакше сносити негативне последице незапослености²⁵⁷.

5. Начело управљања и присвајања по основу својине и рада

Две најважније социјално-економске категорије јесу рад и својина. Друштвени системи се могу мењати, али ове две категорије остају и опстају.²⁵⁸ Начело управљања и присвајања по основу својине и рада значи да управљачку позицију и позицију у односима расподеле остварене добити одређује својина. Тако послодавац, као власник средстава за рад, управља радом и резултатима рада по основу овлашћења која има као титулар права својине. Право својине подразумева овлашћење коришћења, управљања и располагања објектом својине.²⁵⁹ Економска схватања иду ка томе да радно законодавство сматрају сетом мера којима се ограничава слободна интеракција понуде и потражње на тржишту рада. То је, даље, интервенција државе над економским поретком.²⁶⁰ Својинска и управљачка овлашћења, су разлог због кога се сматра да је послодавац више од уговорне стране, да је природни законодавац у предузећу.²⁶¹

Као што можемо закључити, у радном односу преламају се слобода рада и слобода предузетништва. Те две слободе утемељене су и одговарајућим правима –

²⁵⁷Тако члан 34. Колективног уговора за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", број 21/2015) предвиђа додатне бодове за запослене код којих су укупна примања домаћинства по члану на нивоу (0,5 бодова) републичког просека или испод (1 бод) према последњем објављеном податку републичког органа надлежног за послове статистике; односно 3 бода ако је запослени инвалид друге категорије или је оболео од тешке болести – 3 бода, односно од професионалне болести – 2 бода. Ако запослени има једно дете предшколског узраста, односно дете на редовном школовању до 26 година старости добија 1 бод, за двоје деце – 3 бода, а за троје и више деце – 5 бодова.

²⁵⁸П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 464.

²⁵⁹П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 137.

²⁶⁰А. Del Cuvillo Alvarez, *op. cit.*, стр. 8.

²⁶¹Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр.135.

правом на рад и правом својине. Зато, радни однос карактерише реципрочност права и обавеза субјеката тог односа. Наиме, иза сваког права стоји одређени интерес, те у конкуренцији формално једнаких социјалних и економских права (права на рад и права својине) потребно је обезбедити једнаке шансе за остваривање и заштиту интереса које та права покривају, те на тај начин створити баланс ове две слободе. У том смислу, радни однос, као скуп права, обавеза и одговорности запосленог и послодавца, мора се кретати у равни интересно уравнотежених позиција његових субјеката. Ово радном односу обезбеђује постојаност и перспективу, у супротном он је подложен раскиду снагом интересног сукоба.²⁶²

Противтежа праву својине јесте основ рада, односно радничко право као власника радне снаге. Дакле, радник, као власник радне снаге има право да управља и располаже својом радном снагом по истом принципу као послодавац који располаже средствима за рад. Тако радно право ствара равнотежу, те радник својим овлашћењима по основу рада лимитира послодавчева овлашћења према средствима за рад (супротно послодавац својинским овлашћењима лимитира овлашћења радника у погледу његове радне снаге).²⁶³

Дакле, можемо закључити да је слобода предузетништва друга страна слободе рада, а да радни однос предствља сусрет слободе предузетништва и слободе рада.²⁶⁴ Власник средстава сасвим логично има право да располаже средствима за рад и води предузеће у складу са својим економским интересима,²⁶⁵ те прима раднике који ће ефикасно радити, а може да се реши оних који су му на терету,²⁶⁶ али све у складу са императивним прописима.

Већ смо рекли да слобода рада представља једну од основних слобода човека, признату и обезбеђену у свим савременим друштвима, принцип од фундаменталног значаја у радном праву, тесно повезан са другим основним слободама човека, нарочито са слободом предузетништва послодавца. У ширем смислу, ове слободе су различити облици истог принципа - слободе избора занимања. У ужем смислу, манифестује се као слобода рада за рачун послодавца (и предмет је радног права), а у ширем смислу јавља

²⁶²П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 465.

²⁶³П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 137.

²⁶⁴Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 355.

²⁶⁵В. Брајић, „Слобода воље у радним односима“, *op. cit.*, стр. 817.

²⁶⁶В. Вучковић, *op. cit.*, стр. 174.

се као избор занимања у намери рада у своје име и за свој рачун²⁶⁷. Она значи и слободу самосталног обављања делатности, иако обављање самосталне делатности не спада у област радног права.

Као што смо у уводу навели, у првобитном значењу смисао слободе рада састојао се у обавези државе да се уздржи од интервенције у области слободних привредних активности власника средстава рада,²⁶⁸ те је на тој основи развијена слобода предузетништва. Слобода предузетништва подразумева слободу сваког физичког или правног лица да обавља слободно изабрану активност, да управља предузећем по својој вољи, да слободно бира сараднике и да са њима слободно заснива радни однос, али и да слободно иницира његов престанак. Ово тим пре што би делотворно вршење послодавчевих овлашћења за организацију и управљање радом запослених било у значајној мери осујећено, уколико он не би имао право да отпусти нестручног запосленог, запосленог који крши дисциплину или који на други начин понашањем прави поремећај у предузећу (или који је због економских и сличних промена постао вишак).

Послодавчево право да иницира престанак радног односа, осим што представља битан елемент његове слободе уговарања и слободе предузетништва, представља и битан елемент његове управљачке власти. Слобода предузетништва подразумева слободу сваког лица да обавља слободно изабрану активност, што укључује и могућност управљања предузећем по својој вољи, слободу избора сарадника, слободу закључења уговора, слободу раскида уговора. Управљачка овлашћења послодавца и његова одговорност за правилан рад предузећа подразумевају доношење одлука од значаја за функционисање предузећа, укључујући и одлуку о отказу уговора о раду, при чему се овлашћење за отпуштање запослених може квалификовати и као најжешћа санкција која подржава управљачку власт послодавца. Можемо закључити да право на отказ потиче из слободе уговарања и слободе предузетништва, а послодавац ово право врши у интересу предузећа.²⁶⁹

Послодавац има право да раскине уговор о раду и, по правилу, послодавци ово право користе у складу са економским и производним интересима. То значи да

²⁶⁷Б. Лубарда, „Слобода рада и слободауговарања“, *op. cit.*, стр. 107.

²⁶⁸Г. Обрадовић, *op. cit.*, стр. 43.

²⁶⁹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 54, 143.

послодавац приликом отказа неће злоупотребљавати своје право на раскид уговора, односно о отказу ће одлучивати рационално и селективно, а не само зато што на то има право.²⁷⁰ Можемо закључити да послодавац није неограничен у своме праву. Лимити послодавчеве власти морају бити праведни, легални и легитимни. То значи да свако добије по одређеним критеријумима и мерилима оно што му припада (праведни), и то по унапред предвиђеним когентним и аутономним прописима који су свима доступни у моменту одлучивања о радноправној употреби капитала и рада (легални). Такође, ограничења права на отказ, морају бити легитимна, односно оправдана и допуштена, а што се везује за потребе и природу процеса рада, интересне позиције оних који у том процесу учествују, али и за сразмерност циљу који се жели постићи одређеним мерама и ограничењима (у смислу захтева да не буде више штете него користи од тих мера и ограничења).²⁷¹

²⁷⁰М. Миљковић, *op. cit.*, стр. 61.

²⁷¹П. Јовановић, „Интересна обележја радног односа“, *Зборник радова Правног факултета*, бр. 4/2013, стр. 23-24.

Део трећи

ОСНОВНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У УРЕЂИВАЊУ ЗАШТИТЕ ЗАПОСЛЕНИХ ОД НЕОПРАВДАНОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА

1. Најамна концепција радног односа: неограничена слобода раскида уговора о најму рада (уговора о раду)

Још у римском праву постојао је уговор о најму радне снаге, *locatio conductio operarum*. Реч је о консенсуалном уговору којим једно лице обећава да ће ставити на располагање своју физичку способност, тј. рад а друго лице да ће за то платити одређену новчану накнаду. Овај уговор се није много користио у пракси зато што су већином рад обављали робови, а знамо да су они третирани као ствари. Уговор о најму радне снаге могао се једнострано раскинути од стране радника уколико му се неисклађује најамнина или ако би се тражило извршење послова који нису уговорени, а послодавац је, пак, имао право на раскид уговора уколико радник није дисциплинован или ако ради мањкаво или ако се разболи²⁷².

Касније, у најамној концепцији радног односа, послодавац и радник имали су широку аутономију приликом закључивања уговора о најму рада, и слободу да га у сваком тренутку, без условљавања испуњењем било каквог захтева, окончају (независно од тога ко иницира престанак уговора). Било је довољно другој страни саопштити, у било ком облику и било ком поступку, без образлагања разлога (чак и без обавезе навођења разлога), да се уговор раскида. Како је реч о уговору грађанског права, без икаквих специфичности као и код сваког другог уговора грађанског права, последице су се тичале испуњености међусобних обавеза, тј. уговор се могао раскинути али је за извршен рад морала бити исплаћена доспела а неисклаћена зарада, односно накнада штете због неисклаћења те обавезе²⁷³. Битно је уочити да није реч о исплати отпремнине нити било какве друге сличне престације, већ искључиво накнаде за обављен рад до момента отказа уговора или момента престанка рада. С таквом легислативом радници фактички нису имали никаква права, осим права на накнаду за обављени рад.

²⁷²Ж. Бујуклић, *op. cit.*, стр. 387-388.

²⁷³Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 189-190.

У Шведској се среће својеврсна заштита пољопривредних радника ангажованих на основу уговора о служби. Овакав уговор морао се закључити најмање на период од годину дана. Дакле, дан закључивања уговора поклапао се са датумом раскида, али наредне године. На тај начин пољопривредни радници били су боље заштићени од сезонских радника, јер им је уговор трајао и када није сезона пољопривредних радова. За период трајања уговора ван сезоне рада послодавац је морао радницима обезбеђивати исхрану и бринути о њима за случај болести.²⁷⁴

Друштвене, економске и политичке промене које се дешавају половином 19. века учиниле су да радници теже побољшању свог положаја. Почетак тог процеса јесте препознавање радног односа као облика зависног рада. У таквом односу, послодавци су диктирали неповољне услове рада, који су се огледали у дужини трајања радног времена, очигледној несразмери између вредности рада и зараде, у непостојању минималне старосне границе за заснивање радног односа, непостојању заштите на раду. У том смислу, историјски циљ радног права био је, а како је више пута и истакнуто, најпре отклањање штетних последица неједнакости субјеката, што је било незамисливо без државне интервенције. То је разлог да се радно право развија као „заштитничко“ у корист радника као слабије стране. За престанак радног односа то је значило обавезу усвајања правила о отказном року, отказном поступку, обавези исплате отпремнине, оправданим отказним разлозима, и другим институтима које облигационо право не познаје,²⁷⁵ а које је у датом моменту регулисало радне односе путем уговора грађанског права. Интервенционизам државе морао се проширити и на процесно право, те ће се временом развити и посебна процесна правила за радно право – на пример правило о терету доказивања.

Све изразитији интервенционизам држава крајем деветнаестог и почетком двадесетог века имао је за последицу развој радног и социјалног законодавства и у правцу сигурности запослења. Отказ уговора о раду постепено престаје да буде акт дискреционе одлуке послодавца, јер се радницима признаје право на отказни рок, право на накнаду штете у случају злоупотребе отказа, уводи се концепција (не)дозвољених

²⁷⁴А. Adlercreutz, В. Nystrom, *Sweden*, у: Roger Blanpain (ed.), "International encyclopaedia for labour law and industrial relations", The Hague, 2015, стр.116.

²⁷⁵Бранко А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 165. и Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр.190.

отказних разлога. Сигурност запослења јавља се као кључно питање крајем XIX века, које се временом модификује и проширује²⁷⁶.

2. *Интервенција државе у област престанка радног односа*

2.1. **Интервенција судске власти**

Из напред наведених разлога држава је морала интервенисати у радне односе, па и у област која се тиче њиховог престанка. Занимљиво је да прву интервенцију државе у овој сфери није учинила законодавна већ судска власт. У условима непостојања законских норми, а постојања очигледне неправде за економски слабију страну, судије су налазиле начина да интервенишу у случајевима злоупотребе права на отказ, а све у име идеје правичности и заштите слабије стране, полазивши од теорије злоупотребе права.

Како је у концепцији најамних радних односа право на отказ било апсолутно право сваке уговорне стране, заштита од отказа није ни постојала. Ипак, у случајевима који су завршавали пред судом, судије су нашле начина да такву заштиту пруже. Том приликом у виду су имале само оне случајеве отказа у којима послодавац не штити своје интересе већ даје отказ из неких нелегитимних мотива који су правно неприхватљиви. На тај начин постепено се развија теорија злоупотребе права. Обликована је најпре у Француској, те су до краја деветнаестог века судови заузели став да сви уговори закључени у доброј вери треба да се припремају, закључују, извршавају и расплићу у здравој атмосфери. Како уговори нису сами себи циљ, него средство за постизање циља, свако удаљење од истог значило би злоупотребу права. Тако се право на отказ није више могло остваривати на начин који би био превише штетан за другу страну. Уколико би ипак до отказа уговора дошло без правичног и оправданог мотива, радници би имали право на накнаду штете. То су најчешће били отказани због мржње и непријатељства послодавца према раднику, због намере да раднику нашкоди, или у случајевима отказа заснованог на нереалним или нетачним оптужбама против радника. Наравно, послодавцу је остало право раскидања уговора

²⁷⁶Законодавни интервенционализам иде до те мере да је у неким земљама већ почетком 20. века дошло до првих кодификација радног права (у Француској 1901. се приступило доношењу Закона о раду). Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 165.

када је имао ваљани разлог. Дакле, задатак судија сводио се на утврђивање послодавчевих мотива за престанак радног односа.

Ипак и са појавом теорије о злоупотреби права, судови се у већини случајева држе правила да је уговор закон за уговорне странке. Уско тумачење уговора о најму радне снаге негира економске односе у којима се такви уговори закључују. Последица је и даље лако, без оправданог разлога, раскидање уговора. На руку послодавцима иде и правило о терету доказивања. Будући да су радни односи регулисани у оквиру института грађанског права, јасно је да и у процесном смислу није било посебних одредаба које би заштитиле запосленог. Дакле, опште правило грађанског права о терету доказивања важило је и за случај радних спорова. Радник који је тражио накнаду штете од послодавца морао је и да докаже њен настанак, тј. да докаже злоупотребу права на отказ што је имајући у виду фактички положај запосленог и послодавца било јако тешко²⁷⁷.

И управо ово излагање јесте аргумент који иде у корист напред изнетој тврдњи да се радно право није могло развијати као део грађанског права (ни материјалног, ни процесног), него као његов посебни део. Грађанско право бави се односима равноправних субјеката, док су субјекти радног права фактички, пре свега економски, а затим и правно изразито неједнаки тј. у односу надређености односно подређености. Зато инструменти грађанског права нису довољни да гарантују помирење интереса субјеката радног односа, јер једна страна иако правно једнака фактички ужива такву (финансијску, економску) надмоћ да то води једностраном одређивању садржине уговора²⁷⁸.

У недостатку законодавне интервенције и непостојању генералних прописа који би штитили сигурност запослења, радни суд Шведске донео је одлуку 1932. године по којом је постављен основни принцип да послодавац може отпуштати запослене без обзира на разлог, али да такво отпуштање не сме бити супротно јавном поретку и моралу.²⁷⁹

²⁷⁷Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр.191-192.

²⁷⁸В. Waas, *op. cit.*, стр. 45.

²⁷⁹А. Adlercreutz, В. Nystrom, *op. cit.*, стр. 116.

2.2. Законодавна интервенција

Извеснија заштита радника рађа се тек државним интервенционизмом, где су се као резултат јавили прописи којима је успостављена брана арбитрности послодаваца. Тако је, примера ради, законска новела усвојена у Француској 27.12.1780. године признала право на накнаду штете у случају раскида уговора вољом само једне уговорне стране. Наиме, представници компанија за велике железничке мреже су поднели петицију парламенту јер су за случај отказа уговора о најму рада остајали без могућности да остваре престације из пензијских каса (као када би данас лице због отказа изгубило право на пензију). Запослени у компанијама железнице су у више наврата покретали судске поступке против послодаваца због неоправданог отказа, јер су последице отказа биле далеко веће од губитка саме зараде (осећале су се и на старосним пензијама). Савет добрих људи²⁸⁰ јесте признавао право на накнаду штете, али је Касациони суд укидао пресуде и то са чисто теоријским образложењем (негирајући било какав економски моменат) да уговор о најму рада увек може престати слободном вољом једне или друге уговорне стране. Такво поступање Касационог суда довело је до организовања радника и захтева да се законски призна право на повраћај престације из пензијских каса у случају отказа уговора о најму²⁸¹.

Законодавац је направио помак признавши право на накнаду штете у случају раскида уговора вољом само једне уговорне стране, међутим пропустио је да утврди када ће и због којих разлога послодавац (односно страна која раскида једнострано уговор о најму, мада се превасходно односи на раскид од стране послодавца може бити и од стране запосленог) дуговати накнаду штете. Зато је у сваком конкретном случају пред судом био задатак да провери да ли је дошло до злоупотребе права на отказ²⁸², да

²⁸⁰Ово тело представља специјализован судски орган, заправо непрофесионализовани радни трибунал. Специјализовано судство има веома дугу традицију у Француској и јавља се 1806. године. J.Rivero, J.Savatier, *op. cit.*, стр. 274-275.

²⁸¹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 193.

²⁸²У случају злоупотребе права на отказ говори се о злоупотреби права која припадају послодавцу, а који их врши на бруталан и несносан начин. Идеја о злоупотреби права на отказ као вршењу права супротно његовом циљу била је конкретизована захваљујући критеријуму оправданог мотива за отказ, али је терет доказивања и даље на раднику који мора да докаже да је отпуштен без неприхватљивог мотива. Радник је, наиме, требало да докаже постојање неоправданог мотива за отказ који је противтежа оправданом мотиву за отказ уговора о раду. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 192-194.

ли је послодавац вршио право на отказ сагласно циљу и духу тог права или не, те да провери оправданост или неоправданост досуђивања накнаде штете.

Овај закон имао је још недостатака. Поред пропуста везаних за разлоге из којих послодавац дугује накнаду штете, он изазива и конфузију у погледу терета доказивања. Једни стручњаци су заступали мишљење да је закон потврдио праксу Касационог суда да раднику припада право на накнаду штете само ако докаже да уговор о раду престаје због неоправданог отказа. Друго схватање јесте да би отказ уговора о раду, односно регуларност и легитимност отказа, требало да докаже онај који користи право на отказ. Прихватајући друго схватање, Закон је учинио да се уговор не може раскидати арбитарно, већ уз образложење тј. навођење разлога за окончање уговора о најму.

Развој законодавства и праксе Француске довео је до тога да почетком прошлог века послодавци који су отпуштали раднике због верског уверења, кандидатуре за локалне изборе, истицања захтева за повећање зараде, или чињеница из приватног живота запослених буду кажњавани. Злоупотребом права на отказ није сматрано само намерно повређивање права радника, већ и случајеви када послодавац без жеље и свести о последицама за другу страну даје отказ. Злоупотребом права сматрани су сви случајеви у којима право на отказ није коришћено због чињеница које се односе на извршавање престације рада. Дакле, злоупотребом се сматрају откази коју су дати због синдикалног активизма, краткотрајног одсуства радника са рада због болести или одбијања премештаја на слабије плаћени посао ако та промена није била неопходна због здравственог стања радника, нити због квалитета рада. И супротно, судови су налазили да нема повреде права на отказ у случају неподређивања радника налозима послодавца, повреде обавезе верности послодавцу, неовлашћеног напуштања рада, неостваривања резултата рада, теже повреде радне дужности или потребе послодавца да смањи обим посла како би избегао несолвентност.

Из наведених примера уочљиво је да су се у француској судској пракси правиле разлике ваљаних и неваљаних разлога за отказ. За раднике је, дакле, обезбеђена заштита ако није постојао ваљан разлог за отказ, тј. ако није постојао правичан или довољан мотив за отказ. Наредни Законик о раду из 1928. године потврђује концепцију да послодавац треба да оправда отказ запосленог, али уводи и новину а то је да накнаде

штете које се досуђују због непридржавања отказног рока не треба мешати са накнадама које се могу досудити због неоправданог отказа.²⁸³

Идеја о заштити запослених од отказа посредством забране злоупотребе права напуштена је тек 1973. године када је допуштеност отказа условљена стварним и озбиљним разлогом, а који се две године касније и класификује као лични или економски. Дакле, уколико не постоји оправдани отказни разлог, односно ако је отказ недопуштен, послодавац ће бити кажњен и то због незаконитог отказа²⁸⁴ (а не као што је до тада био случај - због злоупотребе права).

С друге стране немачки закон о радним саветима из 1920. године усвојен је у време велике незапослености и настојања да се радницима обезбеди стабилност запослења. Одредбама овог закона потврђен је захтев за постојањем објективног разлога за отказ уговора о раду, а предвиђено је и на који ће начин запослени оспоравати отказ. Дакле, радник који би добио отказ могао се у року од пет дана обратити радничком савету ако сматра да отказ има неке од следећих обележја: да је дат због пола, вероисповести, политичких, војних, професионалних или синдикалних активности или чланства запосленог у синдикату; ако нису образложени разлози отказа; ако је дат због одбијања запосленог да извршава трајне обавезе које нису уговорене уговором о раду; уколико се може сматрати неправичним и уколико није проузрокован понашањем запосленог или економском ситуацијом у предузећу. Уколико би савет оценио да је приговор оправдан приступао би преговарању са послодавцем. За случај да се не може постићи договор, савет је могао чак и без пристанка запосленог покренути судски спор против послодавца. Запослени је имао и право на враћање на рад и отпремнину.²⁸⁵ Овај закон представља први покушај обезбеђења правне заштите од незаконитог отказа увођењем оправданих разлога.

Занимљиво је да је у Србији, пре него у многим европским земљама, Законом о радњама из 1910. године, управо било предвиђено да службени однос могу раскинути и службодавац и службопримац, али само из важних разлога. Законом су *exempli causa* као важни разлози за иступање из радног односа службопримца наведени: неспособност за безбедно вршење рада, позив за службу, неоправдано умањење зараде,

²⁸³ *Ibid.*, стр. 194-197.

²⁸⁴ *Ibid.*, стр. 197.

²⁸⁵ *Ibid.*, стр. 201.

неиспуњавање законских обавеза у области заштите живота, здравља и морала службопримца, необезбеђивање довољног рада службопримцу који ради на сиц, навођење на предузимање незаконитих или неморалних радњи и повреду морала или знатну повреду части службопримца. С друге стране, службодавац је могао дати отказ уколико га је службопримац довео у заблуду достављањем лажних исправа, прећуткивањем чињенице да ради код још неког послодавца (што је иначе било дозвољено али су сви послодавци морали бити упознати са том чињеницом), затим, ако је недостојан поверења, ако је неоправдано напустио радно место, због неподређивања налозима, непажљивог руковања опасним стварима на месту рада, због одавања пословне тајне, физичког напада, повреде части послодавца и његове породице, подстицање колега на непослушност, намерног оштећења имовине, одавања алкохолу, лишења слободе дужег од четрнаест дана, спречености за рад услед болести или повреде у трајању дужем од четири недеље или обољевања од заразне болести кривицом радника²⁸⁶. Закон никада није примењиван, али је послужио као узор за касније усвојене законе.

У неким правним системима, а што је нетипично за европско право, и данас се заштита запослених обезбеђује забраном злоупотребе права. На пример у Швајцарској, послодавцу који жели да откаже уговор о раду за то није потребно посебно оправдање. Уговор престаје просто по истеку отказног рока, а код ванредног отказа - одмах²⁸⁷. У случају редовног отказа запослени су заштићени облигационим правом, којим се предвиђа заштита од очигледне злоупотребе права. Ипак, због законских мањкавости, запослени пред судовима нису могли и стварно остварити зајемчену заштиту. Законом о облигационим односима из 1988. године прецизирани су неки случајеви који би се могли квалификовати као злоупотреба права (отказ дат због разлога који је везан за личност запосленог, или зато што је запослени остваривао неко уставно право, осим ако би се остваривањем тог права повредила нека од обавеза из уговора о раду). Законодавац утврђује и случајеве у којима ће се сматрати да је отказ који је послодавац дао запосленом неоправдан: због чланства или активизма у синдикату (или савету

²⁸⁶Закон о радњама, „Српске новине” 29. јун 1910. године, чланови 238 и 239.

²⁸⁷Признавањем законског права на отказни рок радници су били заштићени од ризика да одмах остану без средстава за издржавање. Ова одредба унапређивана је дужином трајања у погледу посебно осетљивих категорија запослених и дерогирана у случају тежих повреда или клаузулао пробном раду или код немогућности наставка уговора за случај више силе. Даље се законска ограничења послодавчевог права на отказ усмеравају ка признању права на отпремнину, док је у области социјалног права установљено обавезно осигурање за случај незапослености. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, оп. cit.*, стр. 197-198.

запослених), или ако приликом колективног одпуштања нису поштована правила отказног поступка. У судској пракси швајцарских судова злоупотребом права сматра се и отказ са понудом повлачења отказа ако запослени прихвати моментално погоршавање услова рада – умањење зараде. Независно од тога да ли се правни системи ослањају или не на институт забране злоупотребе права, овај институт и даље доприноси морализовању радних односа²⁸⁸.

3. Концепција ваљаних отказних разлога као прекретница у заштити запослених

Најзначајнију тачку у развоју заштите запослених од неоправданог отказа представља увођење општег принципа да отказ од стране послодавца треба да буде оправдан. Концепција оправданог отказног разлога јесте темељ свих заштитних одредби из области отказног права. На платформи оправданог отказног разлога, запослени има право да поднесе приговор или тужбу независном односно неутралном органу који испитује оправданост отказа. Даље, у многим државама доносе се закони којима се предвиђају (*numerus clausus* или чешће *exempli causa*) оправдани и/или неоправдани разлози за отказ. Развој је крунисан уставним гаранцијама, а путем начела законитости престанка радног односа. То би, дакле, значило да радни однос може престати по вољи субјеката на билатералној или унилатералној основи али само на начин, под условима и са учинком који су прописани законом²⁸⁹.

Концепт оправданог разлога за отказ уговора о раду од стране послодавца чини да отказ буде *ultima ratio* мера. Дакле, да би послодавац дао отказ запосленом неопходно је да има оправдан основ за раскид уговора о раду, а осим тога инсистира се на процедуралним гаранцијама за осигурање оправданог узрока, како је на пример предвиђено неким колективним уговорима у Израелу.²⁹⁰ У погледу ванредног отказа, отказа без отказног рока, одувек је важило правило да се наведе разлог за раскид

²⁸⁸*Ibid.*, стр. 198-200.

²⁸⁹*Ibid.*, стр. 200.

²⁹⁰G. Davidov, E. Eshet, „Intermediate approaches to unfair dismissal protection“, *Industrial Law Journal*, 2015, стр. 173.

уговора, чак и по правилима облигационог права.²⁹¹ Данас је обавеза навођења оправданог отказног разлога готово општеприхваћена на међународном нивоу у земљама у окружењу, али и Португалији, Перуу, Сан Марину, Сенегалу, Француској.²⁹²

Прва ограничење послодавчевих овлашћења успостављена су Уставом Мексика 1917. године, Законом о радним саветима Немачке (1920), Закоником о раду СФС Русије (1922), норвешким Законом о радној средини (1936), кубанским радним законодавством из 1934. године и 1938. године²⁹³. Заштита у случају неоправданог отказа уређена је и у Италији и Француској 1947. године.

Дакле прихваћена је концепција ваљаних отказних разлога, али је сама концепција имплементирана у законодавство на различите начине. Тако се у немачком праву, у смислу ваљаних отказних разлога, говори о социјално оправданом отказном разлогу, у француском праву о стварном и озбиљном отказном разлогу, док се у британском праву, концепција ваљаних отказних разлога, разуме као праведни отказ односно разуман одговор послодавца.

У немачком праву концепција ваљаних отказних разлога прихваћена је, наиме, као социјално оправдани отказни разлог, подразумевајући да отказ мора бити узрокован само чињеницама које се тичу способности или понашања запосленог или пак потребе послодавца, а које су такве да онемогућавају наставак рада запосленог у предузећу. Законска заштита од неоправданог отказа уведена је Законом о радним саветима (1920) у којој се, иако не изричито, уочава прва посредна појава концепције оправданог отказног разлога и то успостављањем заштите запослених за случајеве анти - социјалних отказа. Закон је конципиран ка очувању запослења, а снажно је утицао и на усвајање међународних радних стандарда у овој области. Законом о заштити од отказа извршено је усклађивање радноправних правила о отказу, будући да је власт отпуштања у предузећима са пет или више запослених ограничена на начин да је отказ дозвољен само ако је социјално оправдан. Антисоцијални отказ везује се за природу отказних разлога, и може се поделити у три групе отказних разлога: традиционално неоправдани (дискриминаторски), отказ који мора бити образложен (послодавац не

²⁹¹M. Weiss, M. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, The Hague, 2008, стр. 133.

²⁹²*Protection against unjustified dismissal*, International Labour Conference, Report III 82nd session 1995, International Labour Office, Geneva, 1995, стр. 71.

²⁹³Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 200.

може дати отказ запосленом, а да му не објасни из којих разлога му га даје) и постојање оправданог разлога за отказ (према којем се не може квалификовати као оправдани отказни разлог неприхватање трајног премештаја или отказ који није оправдан ни понашањем запосленог ни економском ситуацијом предузећа који би се заправо сматрао неправичним). Закон, дакле, предвиђа две групе оправданих разлога за отказ: групу разлога који се везују за запосленог и групу која је иницирана потребама послодавца.²⁹⁴

На страни запосленог можемо разликовати оправдане отказне разлоге који се тичу личности, те представљају оне отказне разлоге који постоје објективно на страни запосленог (попут неостваривања рада, немања знања и способности, неприлагодљивост потребама послодавца и слично). Понашање запосленог као социјално оправдани разлог за отказ јесте оно понашање запосленог које није усклађено са интересима предузећа, с тим што је потребно нагласити да није нужно да понашање буде усмерено против послодавца. У ову групу разлога спадала би повреда обавезе верности, односно лојалности запосленог (што је пример за понашање које је чињењем или нечињењем усмерено против послодавца) или на пример хоризонтално узнемиравање - запосленог према запосленом (што је пак пример за понашање запосленог које угрожава интересе предузећа иако није усмерено према послодавцу). Ови разлози у зависности од тежине могу представљати и разлог за редовни и разлог за ванредни отказ, с тим што је за ванредни отказ потребно доказати да је неприхватљиво да радник остане у радном односу. Код ванредног отказа постоји двоструко преиспитавање отказа уговора о раду. Најпре се утврђује да ли постоји разлог за отказ, односно да ли је чињеница због које се отказује отказ подесна односно да ли је важна за отказни разлог и то објективно, односно без разматрања појединих околности случаја. Тек након тога разматрају се специфичне конкретне околности па се рангира да ли је реч о редовном или ванредном отказу²⁹⁵.

Оно што се замера овом закону јесте неограничавање ванредног отказа. Иста чињеница која представља социјално оправдани, односно ваљани отказни разлог могла је бити основ и за редовни и за ванредни отказ у зависности од обима, односно тежине

²⁹⁴E. Vogel-Polsky *The problem of unemployment*, у Bob Hepple (ed) „The making of labour law in Europe, A comparative study of nine countries up to 1945“, London/ New York, 1986, стр. 188-190.

²⁹⁵G. Halbach, N. Paland, R. Schwedes, O. Wlotzke, *Labour law in Germany: an overview*, Bonn, 1994, стр. 172-174 и 180-186.

и околности конкретног случаја, мада се не сме изгубити из вида да је Закон о радним саветима Немачке (1920) први покушај обезбеђења правне заштите од нелегалног отказа увођењем оправданих разлога за отказ.²⁹⁶

Друга група оправданих разлога за отказ јесу они проузроковани економском потребом послодавца. Отказ због потреба послодавца мора бити неизбежан у смислу економске ситуације у којој се послодавац налази. Не би било оправдано дати отказ запосленима јер послодавац нема посла, при чему је посао поверио другом предузећу управо са циљем да проузрокује економску потребу послодавца за отказом уговора о раду. У том смислу се примењује начело сразмерности, те брижљиво цене све околности конкретног случаја²⁹⁷ а нарочито обим негативних економских последица. Од два екстрема, где економске последице стварају егзистенционалне економске проблеме и оног другог који у обзир узима сваку економски негативну последицу, чини се прихватљивим осредње решење према којем се послодавац суочава са озбиљним економским проблемима.²⁹⁸

С друге стране у Холандији је Декретом из 1945. године потврђена ништавост отказа уговора о раду за који послодавац није добио сагласност надлежног државног органа, док је новелом из 1953. године у холандско право уведено правило о обавези послодавца да исплати накнаду штете ако је запосленом дао отказ због неоправданог или привидног разлога или ако приликом иницирања престанка радног односа није узео у разматрање интересе запосленог. Истом новелом потврђено је правило о недопуштености отказа због одсуства радника због болести и одслужења војног рока. Каснијим новелама је каталог недопуштених отказних разлога проширен на брачно стање, породилско одсуство и одсуство ради неге детета. Законом из 2000. године као недопуштен отказни разлог предвиђено је и упућивање захтева за прилагођавање радног времена потребама запосленог који послодавац може да одбије само из разлога хитности. Интересантно је да су у Холандији још на снази одредбе Декрета из 1945. године, према којима запослени који је добио отказ за који послодавац није добио сагласност надлежног државног органа има право на накнаду штете, осим ако послодавац докаже да је уважавао интересе запосленог у погледу времена и начина

²⁹⁶M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 133.

²⁹⁷G. Halbach, N. Paland, R. Schwedes, O. Wlotzke, *op. cit.*, стр. 187-188

²⁹⁸A. Seifert, „Federal Labor Court strengthens religious freedom at the workplace“, *German Law Journal*, број 6/2003, стр. 564-568.

престанка радног односа²⁹⁹. Такође, чини се занимљивим податак даје у Шведској тек законом из 1970. као забрањени отказни разлог прописан пол.³⁰⁰ Регулација узрока за отказ била је рестриктивна у шпанском праву све до великих промена које су започете 1994, те 1997, 2010. и 2012. године, а у колективном отпуштању је сведена на уставни минимум.³⁰¹

У Француској, да би отказ био допуштен, од 1973. године, мора постојати стварни и озбиљан разлог за отказ. Међутим, стваран и озбиљан разлог за отказ јесте правни стандард, који као такав није дефинисан те отвара простор правној несигурности. Стварни и озбиљан разлог за отказ јесу разлози који су објективни, постојећи, егзактни, да се могу материјално верификовати³⁰². Одсуство дефиниције кључног критеријума за разликовање допуштеног од недопуштеног отказа јесте озбиљан недостатак који се тешко превазилази у пракси, те се као критика овакво (не) регулисања допуштеног отказа наводи јак аргумент и на страни послодавца и на страни запосленог. Наиме, имајући у виду овај правни стандард послодавци не знају шта смеју, а шта не смеју чинити. С друге стране, запослени не могу предвидети исход судског поступка који би евентуално покренули по добијању отказа³⁰³. Разлог за отказ мора бити такве тежине да је наставак рада запосленог за послодавца немогућ без штетне по послодавца а у пракси то би био случај када послодавац изгуби свог јединог клијента, ако постоји константна презадуженост, пад у пословном билансу.³⁰⁴

У британском праву концепција ваљаних отказних разлога разуме се као праведни отказ односно као разуман одговор послодавца, а последица су дуалног система правила о отказу уговора о раду: према којем је ова област покривена обичајним правом (повреда уговорне обавезе) и законских правила која почивају на концепцији ваљаних отказних разлога. Према обичајном праву, страна која отказује уговор о раду нема ограничења те ни потребу за оправдавањем. Као реакција на овакво

²⁹⁹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 201-202.

³⁰⁰A. Adlercreutz, B. Nystrom, *op. cit.*, стр. 126.

³⁰¹A. Del Cuillo Antonio, *op. cit.*, стр. 10.

³⁰²P. Morvan, *Restucturations en droit social*, Paris, 2007, стр. 302.

³⁰³J. Pelissier, A. Jeammaud, A. Lyon - Cean, E. Dockes, *Les grands arrest du droit du travail*, Paris, 2008, стр. 476-477.

³⁰⁴P. Morvan, *op. cit.*, стр. 317.

неограничено овлашћење послодавца настаје други систем. Законодавном интервенцијом се у процедуралном смислу намећу стандарди процесне правичности.³⁰⁵

Оправдани разлози су они који би потенцијално могли оправдати отказ, који дају легитимну основу за престанак уговора о раду. Дакле, то ни у ком случају не смеју бити тривијални него значајни разлози који би потенцијално могли да учине отказ праведним. Законом о правима из радног односа (1996) предвиђени су као оправдани разлози они који се односе на способности и квалификације запосленог, понашање запосленог, чињеница да запослени не може да настави обављање посла без повреде дужности или ограничења која важе за њега или његовог послодавца, колективно отпуштање и неки други значајан разлог који оправдава отпуштање запосленог. Имајући у виду да британско право познаје аутоматски неоправдане отказне разлоге (сваки облик синдикалних активности или неактивности, те се као специфични за британско право овде налазе разлози кршења законских стандарда о радном времену и минималној плати као и минималних стандарда заштите здравља и безбедности на раду), у пракси се приступа прво испитивању да ли је разлог за отказ неоправдан.³⁰⁶ То значи да се у овој првој фази мора утврдити да ли постоји чињеница због које је отказ дат, а терет доказивања да је постојала и то у моменту давања отказа је на послодавцу. Међутим, пре него што се надлежни орган упусти у преиспитивање отказних разлога, од запосленог се тражи да докаже да је радни однос престао на иницијативу послодавца.³⁰⁷

Дакле, након што запослени докаже да је радни однос престао на иницијативу послодавца, и након што се утврди чињеница због које је дат отказ, а у односу на коју се искључују аутоматски неоправдани разлози за отказ, приступа се наредној фази, процени допуштености. У овој фази се цени да ли је према свим околностима случаја разлог објективно оправдан, те се процењује разумност понашања послодавца. Јако је битно истаћи да је на послодавцу терет доказивања да је поступао разумно и правично у датим околностима.³⁰⁸ За утврђивање послодавчевог разумног и правичног поступања примењује се тест разумних одговора (почива на процени свих околности сваког

³⁰⁵D. Simon, M. Gillian, *Labour Law*, London, Edinburg, Dublin 1995, стр. 385, 397.

³⁰⁶D. Simon, M. Gillian, *op. cit.*, стр. 475-477, 489-490.

³⁰⁷C. Hugh, *Justice in dismissal. The law of termination of employment*, New York, 1992, стр. 40-42.

³⁰⁸D. Simon, M. Gillian, *Labour Law*, London, Edinburg, Dublin 1995, стр 471.

конкретног случаја), те на основу навода и послодавца и запосленог суд цени да ли је отказ као одговор послодавца разуман или не.³⁰⁹

У праву Новог Зеланда није прихваћен концепт законског навођења оправданих или неоправданих отказних разлога него се користи “тест” оправданости отказа. Тек од 2010. године овај тест добија ригиднију форму, у смислу да се радије гледа да ли је поступак послодавца био разуман него да ли је примењен неки објективни стандард.³¹⁰

Све до седамдесетих година XX века у законодавству многих држава није био непосредно потврђен захтев за постојањем ваљаних разлога за престанак радног односа иницијативу послодавца. Углавном је постојећа заштита била усмерена на претходно одобрење надлежног органа државне управе или трипартитних тела, на отказни рок и на отпремнину. Разлози неинтервенције оправдавали су се аргументом да је право на отказ узајамно, као и уверењем да у одсуству државног интервенционизма синдикати неће дозволити арбитрност у овој области.³¹¹

4. Сигурност запослења као обележје југословенског самоуправног права

Специфична концепција радног односа настала је на претпоставкама самоуправног политичког система.³¹² Објашњавана је идејом о ишчезавању хијерархије, а подразумевала је утврђивање самоуправних права радника који сами, непосредно или преко органа које сами бирају, управљају радом организације. Радници самостално организују делатност, пословање, располагање друштвеним средствима, распоређивање дохотка, доносе одлуке о ступању радника у радну организацију, престанку радног односа, радном времену, заштити на раду и друго. Дакле, општа

³⁰⁹C. Hugh, *op. cit.*, стр.40-42.

³¹⁰G. Anderson, *op. cit.*, стр. 139.

³¹¹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 203.

³¹²Велики напредак за радно право, унапређење и хуманизацију радних односа доносе прве државе (административног) социјализма, у периоду између два светска рата. Индивидуална права радника развијају се у систему који се означава као „власт радничке класе“, где долази до укидања најамног рада и експлоатације радника на раду. Приступа се законском скраћивању радног времена на 48 часова недељно, дужем дневном и недељном одмору, продужавању плаћеног годишњег одмора, побољшању заштите здравља и безбедности на раду а нарочито сигурности запослења. Индивидуално радно право се нарочито у последњедве деценије (крајем 20. и почетком 21. века) развија све више у правцу заштите достојанства на раду, као и заштите приватности на раду. Бранко А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 166.

обележја самоуправног радног права огледају се у концепту међусобних радних односа и удруженог рада, у самоуправним општим актима (друштвеним договорима и самоуправним споразумима), самоуправљању и друштвеној својини, уз обезбеђивање потпуне сигурности запослења (до престанка радног односа није могло доћи услед економских промена на страни послодавца тј. услед технолошког вишка).³¹³ То је, дакле, период процвата радничких права, период у коме концепт стабилности запослења доживљава свој врхунац.

Закони из овог периода (Основни закон о управљању државним привредним предузећима и вишим привредним удружењима од стране радних колектива из 1950. године, Закон о радним односима из 1957. године, Основни закон о радним односима из 1965. године, Закон о међусобним односима радника у удруженом раду из 1973. године и Закон о удруженом раду из 1976. године) удаљили су домаће право од класичног радног права и улогу послодавца доделили најпре држави, а затим и самим радницима. У периоду самоуправљања, по неким ауторима није се успостављао правни однос, а по неким ни радни однос, па се у радном праву више нису помињали ни заснивање ни престанак радног односа, него пријем у, и иступање радника из асоцијације.³¹⁴

Пре доношења поменутих закона, радноправни систем почео је да се мења уредбама, и то Уредбом о отказима радника и намештеника из 1946. године и Уредбом о заснивању и престанку радних односа из 1948. године. Обе уредбе утврђују разлоге из којих може престати радни однос и потврђују право на отказни рок. Уредба из 1946. године, између осталог, познаје и право на плаћено одсуство у трајању од осам сати недељно ради тражења новог запослења³¹⁵, док Уредба из 1948. године обезбеђује продужени отказни рок (у зависности од дужине радног стажа у трајању од месец дана па до четири месеца, с тим што ни у ком случају отказни рок не може бити краћи од четрнаест дана), уводи обавезу послодавца да образложи отказ (што се може тумачити као зачетак идеје о оправданости отказних разлога), те предвиђа посебну комисију за

³¹³ Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 187.

³¹⁴ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 64-66.

³¹⁵ Уредба о отказима радника и намештеника ("Службени лист ФНРЈ", број 80/1946), чл. 13-30.

радне односе у предузећу која доноси коначну одлуку о отказу а чије одлуке нису биле предмет оцене судске контроле (она одлучује о оправданим отказним разлозима).³¹⁶

Закон о радним односима из 1957. године такође је садржавао одредбе о отказу. Међутим отказ, у смислу овог закона, јесте отказ споразума а не уговора о заснивању радног односа, па је и третиран другачије од отказа уговора о раду. Но промене су се непрекидно догађале. Те промене су се одразиле и у дискусијама, посебно у оним о заштити радника од неоправданог отказа, што је у теорији био значајан корак у превазилажењу решења проистеклих из институције отказа.³¹⁷

Уставом од 1963. године и Основним законом о радним односима из 1965. године потврђено је да рад радника у радничкој организацији може престати само вољом радника, осим у изузетним законом утврђеним случајевим: укидање радног места, трајније смањење обима рада односно послодавца, и незадовољавајуће способности за рад радника на повереном радном месту³¹⁸. Дакле, поред два разлога која су на страни послодавца, Закон је предвидео и један разлог на страни запосленог и

³¹⁶Уредба о заснивању и престанку радног односа (“Службени лист ФНРЈ”, број 84/1948), чл. 15, 20, 22 и 23.

³¹⁷В. Брајић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 387.

³¹⁸Основни закон о радним односима („Службени лист СФРЈ“, број 17/1965). Закон предвиђа удаљење из радне заједнице ако је радник стављен у притвор или истражни затвор, аопштим актом радна заједница може утврдити случајеве и услове под којима се радник може удаљити са радног места ако је против њега покренут кривични поступак због дела учињеног на раду или у вези са радом. Приговор против одлуке о удаљењу са радног места или из радне организације не одлаже њено извршење. За време удаљења са радног места радник се распоређује на друго радно место које одговара или приближио одговара његовим стручним и другим радним способностима. Раднику удаљеном из радне организације припада за то време накнада у висини једне половине просечне аконтације личног дохотка, а ако је кривични поступак против радника обустављен или ако је радник правноснажном пресудом ослобођен од оптужбе, раднику припада разлика до пуног износа аконтације личног дохотка који би остварио да је био односно остао на раду на свом радном месту. Такође, Закон предвиђа да радна заједница може донети одлуку о престанку рада радника у радној организацији само уз пристанак радника, осим ако се укида радно место или трајније смањује обим рада односно пословања или ако се утврди да радникова радна способност не задовољава захтеве радног места на коме он ради. Радна способност радника којом не задовољава захтеве радног места на ком ради може бити разлог за престанак рада, али само ако радна заједница на објективан начин то утврди, а када се утврди потребно је испунити и други услов, а то је да не постоји могућност да га распореди на радно место чије захтеве он по својој радној способности задовољава. Закон предвиђа и поступак у коме се утврђује да ли радник задовољава захтеве радног места. Сам поступак покреће радна заједница ако радник под редовним условима рада трајније не остварује просечне резултате рада. Чланове комисије именује радна заједница из редова стручњака исте струке, из радне заједнице или из других организација, који имају најмање исти степен стручне спреме као и радник чија се радна способност утврђује. Радна заједница не може против воље радника да донесе одлуку о престанку његовог рада у радној организацији у следећим случајевима: за време док је радник према налазу лекара привремено здравствено спречен односно неспособан за рад, док је на стручном усавршавању или специјализацији на које га је упутила радна заједница, док је на годишњем одмору, омладинској радној акцији, војној вежби или дослужењу војног рока до три месеца, за време док је радница трудна односно са дететом до осам месеци живота (чл. 93-111).

то разлог који се тиче способности запосленог, те ћемо о њему детаљније говорити у централном делу рада дисертације.

Закон о међусобним радним односима радника у удруженом раду³¹⁹ говори искључиво о престанку рада или престанку својства радника. Раднику је могао престати радни однос или његовом вољом или кривицом. Као оправдани разлози за престанка радног односа наведени су неиспуњавање обавеза које резултира тежом повредом заједничких интереса других радника или организације, ћутање или давање нетачних података о условима за радна одређеном радном месту³²⁰. Занимљиво је да раднику није могао престати радни однос због потребе организације удруженог рада.³²¹

Устав из 1974. године и Закон о удруженом раду садрже сличне одредбе, које професор Брајић сажето формулише тако да гласе „радни однос раднику престаје по правилу по вољи радника, а у случајевима утврђеним законом против воље радника“.³²² Закон о удруженом раду (1976) је дефинисано да се мера престанка радног односа може изрећи за теже повреде радних обавеза³²³. Чланом 211. истог закона предвиђају се основи престанка радног односа у основној организацији. Што се тиче престанка на иницијативу „послодавца“ (пишемо под знацима навода јер у самоуправљању се не говори о послодавцу већ организацији) овим чланом предвиђа се да радни однос престаје запосленом ако одбије да ради на радном месту које му буде понуђено, а које одговара његовој стручној спреми и другим радним способностима стеченим радом, односно ако у случајевима које би се могли назвати економским разлозима, запослени одбије да се доквалификује или преквалификује за вршење других одговарајућих послова. Раднику може престати радни однос у основној организацији и ако је приликом ступања у радни однос прећутао или дао неистините податке у вези са условима рада, а ти подаци су битни за извршавање послова, односно радних задатака

³¹⁹Закон о међусобним радним односима радника у удруженом раду („Службени лист СФРЈ“ број 22/1973).

³²⁰Закон о међусобним радним односима радника у удруженом раду („Службени лист СФРЈ“ број 22/1973), чл. 54-55.

³²¹Закон о међусобним радним односима радника у удруженом раду („Службени лист СФРЈ“ број 22/1973), члан 57.

³²²В. Брајић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 388.

³²³Закон о удруженом раду („Службени лист СФРЈ“, број 53/1976), члан 197. Теже повреде радних обавеза су оне којима се проузрокује поремећај односа у вршењу послова, односно извршавању радних задатака, којима се онемогућава или отежава рад других радника или оне којима се на било који други начин изазивају поремећаји у процесу рада. Самоуправним општим актом могу се прецизирати теже повреде радних обавеза. Тежа повреда радне обавезе, која је предвиђена самим Законом, јесте неоправдано узастопно изостајање са посла најмање пет радних дана, а самоуправним општим актом, у складу са Законом, може се утврдити други број радних дана неоправданог изостајања са посла.

ради којих је засновао радни однос и ако не испуњава своје обавезе у раду и на тај начин теже повреди заједничке интересе других радника или основне организације.

Раднику за кога се утврди да нема способности за извршавање послова, односно радних задатака чије му је вршење поверено, или за кога се утврди да трајније не остварује резултате рада који се обично остварују, може престати радни однос, ако одбије да ради на пословима, односно радним задацима који одговарају његовој радној способности. Ове чињенице утврђује комисија коју именује раднички савет састављена од радника који морају имати најмање стручну спрему као радник чија се способност утврђује³²⁴. Без обзира на разлог престанка радног односа раднику се одлука да му је престао радни однос у основној организацији и разлози за доношење такве одлуке морају доставити у писменом облику, са поуком о праву на приговор³²⁵.

Дакле, и у периоду највеће заштите, послодавац (односно онај ко је обављао ту улогу) могао је дати отказ запосленом који нема адекватне радне способности. У складу са апсолутном заштитом радника, закони су, више или мање, обезбеђивали процедуралну зашту радника неспособних за обављање додељених им задатака.

5. Савремене тенденције у уређивању престанка радног односа: дерегулација и флексибилизација

За радно право, а нарочито за област отказа, период самоуправљања био је период процвата права радника. Ипак у условима транзиције од последње деценије двадесетог века, урушавањем модела административног/самоуправног социјализма, долази до реafirмација уговорних елемената у радном праву.³²⁶ Доношењем Закона о основним правима из радног односа 1989. године реafirмише се класичан концепт радног права држава тржишне привреде. Закон о основним правима из радног односа углавном предвиђа исте разлоге за престанак радног односа независно од воље запосленог као и претходни закон. Тек доношењем Устава СР Југославије из 1992. године полако се тежи хармонизацији правног поредка са комунитарним правом, а што

³²⁴Закон о удруженом раду („Службени лист СФРЈ“број 53/1976), члан 215.

³²⁵Закон о удруженом раду („Службени лист СФРЈ“број 53/1976), члан 219.

³²⁶Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 731.

се потврђује и касније доношењем Уставне повеље Државне Заједнице Србија и Црна Гора и Устава Србије 2006. године. Прихвата се европски социјални модел као нови узор који се развија од 2005. до данас³²⁷.

Закон о раду из 2001. године изричито уводи листу неоправданих отказних разлога, а каталог оправданих отказних разлога обухвата неостваривање резултата рада, непоседовање потребних знања и способности, скривљену повреду радне обавезе, непоштовање радне дисциплине, престанак потребе за обављањем посла услед технолошких, економских или организационих потреба, неприхватање понуде за закључење уговора о раду под измењеним условима, учињено кривично дело на раду или у вези са радом, невраћање на рад по истеку неплаћеног одсуства или мировања радног односа, злоупотреба боловања³²⁸.

Закон о раду (2005), поред опште заштите од отпуштања, предвиђа посебну заштиту одређених категорија радника. Током трудноће³²⁹, породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета, послодавац не може да раскине уговор. Посебну заштиту уживају и раднички представници. У случају колективног отпуштања Закон предвиђа обавезу доношења програма решавања вишка запослених, као и консултације са репрезентативним синдикатом. Закон скривљеним повредама радне обавезе и нарушавањем радне дисциплине, као два отказна разлога, поставља темељ дисциплинској одговорности. Како је отказ допуштен само из оправданих разлога послодавац мора извести одређене процесне радње како би их утврдио. Ипак, законодавац не помиње нити ближе уређује дисциплинску одговорност, те је Уставни суд приликом оцене законитости општих аката послодавца заузео став да они не могу уређивати дисциплинску одговорност послодавца³³⁰, јер ту врсту правне одговорности запослених не уређује ни сам закон, што је велики пропуст законодавца.

Овај пропуст нису отклониле ни новеле Закона о раду³³¹ која је усвојена 2014. године. Ипак у области престанка радног односа увела је неке новине, јер групише

³²⁷*Ibid.*, стр. 191-192.

³²⁸Закон о раду ("Службени гласник РС", бр. 70/01 и 73/01), чл. 101-103.

³²⁹Закон о раду Црне Горе („Службени лист Црне Горе“ број 74/2019), отишао је корак даље, те чланом 122. гарантује право запосленој трудници и на додатни слободан дан сваког месеца због обављања пренаталног прегледа, за који запослена има право на накнаду зараде као да је на раду.

³³⁰Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 285 – 286.

³³¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018).

отказне разлоге, и уводи новине у погледу заштите радничког представника, упозорења и слично, о чему ће бити више речи у наставку рада.

Дакле, радно право је посебно осетљиво на економске и финансијске кризе, јер се послодавци суочавају са потребом снижавања трошкова производње и пружања услуга, а државе са проблемом незапослености. Процес глобализације је додатно оптеретио државе притиском да се цена рада што је могуће више снизи, те девалоризовало људски рад. Европске интеграције промовишу економску слободу, док социјална права и социјалну политику потискују у други план, што је изазов за националне правне системе, нарочито у преласку из социјалистичких система у капиталистичку привреду. Програм Европске уније конципиран је у корист економске слободе и конкурентности, због чега је неопходна дерегулација радног права. У области престанка радног односа велики проблем јесу обавезе на страни послодавца који отпушта радника. Ригидно законодавство подстиче флексибилне облике запошљавања. Основ флексибилизације јесте уверење послодаваца који избегавају да запошљавају раднике на основу стандардног уговора због трошкова које ће имати при њиховом отпуштању.³³² С тим у вези, треба имати у виду нови алтернативни концепт који промовише право Европске уније. Реч је о ангажовању на основу флексибилних уговора, који подразумева олакшавање запошљавања, али и либерализацију поступка отпуштања (чак и умањење обавеза послодавца према отпуштеним радницима), а све из разлога схватања да се стабилност запослења не огледа у ригидном заштитном законодавству, већ у већој прилагодљивости и запосливости. Нова тенденција иде у корист концепта целоживотног учења, па је тако за стабилност запослења најбитније инвестирање у личне квалификације запосленог, професионалне способности и знања³³³. Баланс између економских слобода и социјалних права који се покушава постићи у ЕУ је последица усвајања оба идеала у процесу европских интеграција³³⁴. Избегавање заснивања стандардног радног односа и прибегавање флексибилним уговорима доводи до другог проблема. Ствара се непремостива разлика међу запосленима који фактички раде исти посао, а нарочито у области заштите права радника. Овим се оправдава реформа законодавства, која наводно има за циљ

³³²L. M. Poiares Pessoa Maduro, *Striking the Elusive Balance between economic freedom and social Right in the EU* (ур.) An EU Human Rights Agenda for the New Millennium, Oxford, 1999, стр. 449.

³³³Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 48-49.

³³⁴L. M. Poiares Pessoa Maduro, *op. cit.*, стр. 465.

уравнотежење правне заштите свих запослених независно од врсте уговора о раду³³⁵. Рецимо, шведски закон из 1974. године био је исувише ригидан и строг за послодавце, што је довело до његових измена 1982. године, када је започето са дерегулацијом радног законодавства у овој земљи³³⁶. Ако се изврши преглед законодавства у земљама ЕУ, нарочито у Италији, Шпанији и Португалији, јасно је да су се послодавци сконцентрисали на дерегулацију а не уравнотежење тржишта рада. Тако се изменама радних законодавстава ограничава на могућност за покретање спора због незаконитог отказа (на пример ако приликом отказа дође до повреде права о отказном поступку запослени не може поднети захтев за реинтеграцију већ само за исплату накнаде као на пример у Србији, Шпанији и Португалу).³³⁷ У Шпанији је смањена и накнада која се исплаћује приликом отказа уговора о раду, а која се одређује по дану, па је са 45 дана смањена на 33 дана.³³⁸ Флексибилизацијом радноправних одредби подстакли би се послодавци на закључивање уговора о раду на неодређено време, те би се смањио постојећи тренд закључивања атипичних уговора о раду.³³⁹

Брз развој технологије и развој конкуренције током глобализације развили су, дакле, неопходност за флексибилизацијом и дерегулацијом радног законодавства. Традиционални концеп запошљавања више се не може прилагодити свим запосленима, нити уговори о раду на неодређено време могу одолети изазовима глобализације.³⁴⁰ С друге стране и дерегулација радног права пропагира се као гаранција и допуна послодавчевог права да слободно и флексибилно организује и управља радом запослених у име обезбеђивања привредног раста³⁴¹. Ове промене започете су деведесетих година прошлог века у националној легислативи са циљем изналажења начина за флексибилизацију уговора о раду.³⁴²

³³⁵V. De Stefano, „A tale of oversimplification and deregulation: The mainstream approach to labour market segmentation and recent responses to the crisis in European countries”, *Industrial Law Journal*, број 3/2014, стр. 263–265.

³³⁶A. Adlercreutz, B. Nystrom, *op. cit.*, стр. 123.

³³⁷V. De Stefano, *op. cit.*, стр. 253.

³³⁸Y. Maneiro Vazquez, “Dismissals in times of crisis assessment of recent Spanish modifications“, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, бр. 1-2/2014, стр. 14.

³³⁹V. De Stefano, *op. cit.*, стр. 254.

³⁴⁰Green Paper, *Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, Commission of the European communities, Brussels, 2006, стр. 5.

³⁴¹Љ. Ковачевић, “Економска криза и реформе радног законодавства у европским државама, са посебним освртом на правила о отказу уговора о раду - могуће поуке за српско радно право, *Право и привреда*, бр. 7-9/20014, стр. 503.

³⁴²Green Paper, *op. cit.*, стр. 7.

И као што је циљ радног права стварање равнотеже између послодаваца и запослених, у овом контексту радно право треба да пронађе праву меру између ригидног и флексибилног поступка отказа. Радноправне норме би требале бити компромис заштите запослења и економског напретка.³⁴³ Поступак отказа је питање које је од изузетног значаја за социјалне партнере, између осталог јер трошкови отказа утичу не само на доношење одлуке о отказу већ и на запошљавање. Тако је у упоредном праву указано на чињеницу да ниски трошкови отказа уништавају заштитни карактер норми, али и да крута правила ометају запошљавање.³⁴⁴ У свакодневном животу било које организације континуирано се јављају блажи или већи сукоби радника и послодаваца који се у принципу превазилазе разговором и преговорима. Уколико се, ипак, на адекватан начин не може решити, сукоб се решава отказом. Из тог разлога је битно да отказ не буде незнатан трошак послодавцу, јер би у том случају послодавац често прибегавао овој мери, те отказ не би био *ultima ratio*. Ако је отказ знатан трошак за послодавца, запослени су у бољој позицији и то је подстицај за послодавца да пронађе канал за мирно решавање сукоба. Важност регулације сукоба је нарочито велика у малим предузећима, где се радници у начелу не организују.³⁴⁵

Не може се одолети утиску да су тенденције заштитног законодавства заштита запослених и обезбеђивање сигурности рада, али на трошак послодавца. Стога не чуди тврдња да законски механизам заштите укључује прекомерне трошкове за предузећа и отежава адекватно управљање људским ресурсима. Супротно, флексибилност иако економичнија (а у смислу управљања људским ресурсима и практичнија) за послодавце, потенцијално нарушава тешко уравнотежене моћи послодавца и запосленог, скривајући у себи висок ризик и бојазан да ће се искористити за легитимисање дерегулације отпуштања. Простије речено, без обзира на предности флексибилизација радноправних односа води дерегулацији области отпуштања те води дисфункцији у односима моћи субјеката радног права. Флексибилност се оправдава и побољшавањем активне и пасивне политике запошљавања. Ефикасност активне политике запошљавања је мала, јер је стварна потражња за запосленима мала, а незапосленост масовна. Пасивне политике су ограничене и немогу заменити улогу

³⁴³A. Van Bever, "Open norms and the foundations of employment law: a legal examination of horden patterns in employment relationships", *European Labour Law Journal*, број 2/2012 стр.183.

³⁴⁴P. G. Diaz de Atauri, "The cost of dismissals in Spain before and after labour reforms", *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, бр. 1-2/2015, стр. 39.

³⁴⁵A. Alvarez Del Cuvillo, *op. cit.*, стр. 8.

запошљавања. У одбрану флексицигурности се наводи дански пример, али се заборавља да је Данска, за разлику од наше земље, држава са високом стопом чланства запослених у синдикатима, те се конфликти каналишу кроз ефикасне механизме решавања сукоба, јер се контрола управљачке моћи послодаваца решава посредством синдиката, због чега су отпуштања сведена на минимум.³⁴⁶

Не треба заборавити да системи „запошљавања по вољи“ (*employment at will*) воде и „отпуштању по вољи“ јер у њима послодавци имају право не само да отпуштају из било ког разлога, него и без икаквог разлога³⁴⁷. Стога отпуштања морају бити сведена на минимум. Контрола би се могла остваривати кроз четири фазе: да постоји праведан разлог за отказ; да се утврди поступак отпуштања; да се јасно предвиде последице непоштовања законских норми и четврти да постоје механизми заштите од незаконитих менаџерских одлука, а све са нагласком на то да је узрок за отпуштање кључни елемент заштите од отказа.³⁴⁸

³⁴⁶*Ibid.*, стр. 2-9.

³⁴⁷G. Davidov, E. Eshet, *op. cit.*, стр. 167.

³⁴⁸A. Alvarez Del Cuavillo, *op. cit.*, стр. 9.

Део четврти

ПРАВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ ЗАПОСЛЕНИХ ОД НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА

1. Међународно регулисање заштите запослених од незаконитог отказа

1.1. Универзални међународни извори радног права од значаја за област престанка радног односа

1.1.1. Уводна разматрања

Проучавање извора права од значаја је за сваку правну дисциплину, те и за радно право. Извори права крећу се у широком распону, од међународних правних аката (међународни извори права), до унутрашњих извора права (како хетерономних, тако и аутономних, а који су посебно значајни и карактеристични за радно право) све до судске праксе.³⁴⁹ У наставку рада дотаћићемо се само неких од многобројних извора значајних за област престанка радног односа.

У настанку и развоју радног права значајно место заузима међународно регулисање радних односа. Потреба за регулисањем радних односа на међународном нивоу развија се пре свега из економских интереса послодаваца за уједначавањем минималних услова рада (најпре због елиминисања нелојалне конкуренције)³⁵⁰. Дакле процес интернационализације промета роба, услуга и капитала, као и међународне миграције становништва утицале су на појаву међународних проблема у области радних односа, те би се могло закључити да је међународно радно право настало у циљу заштите права приватних лица, али и савремених држава суочених са нелојалном конкуренцијом на међународном тржишту.³⁵¹

Развој међународног радног права обележава и тенденција заштите људских права и основних слобода запослених. Читава делатност Међународне организације рада (МОП) усмерена је на заштиту права и слобода радника, те су нека од њих временом стекла и квалитет основних људских права. Основна права радника призната су и на нивоу Савета Европе и Европске уније.

³⁴⁹Д. Симоновић, *Радно право*, Београд, 2008, стр. 9.

³⁵⁰Б. Михаиловић, "Међународна организација рада и међународно регулисање радних односа", *Правни живот*, број 12/2008, стр. 491.

³⁵¹Б.Шундерић, Љ.Ковачевић, *op. cit.*, стр.61.

1.1.2. Акти Организације уједињених нација

Као прве међу изворима универзалног међународног права поменућемо инструменте Уједињених нација и то: Повељу Уједињених Нација (1945), Општу декларацију о правима човека (1948), Међународни пакт о грађанским и политичким правима и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966). Овде је, дакле, реч о инструментима општег карактера којима се штите основна људска права укључујући одређена економска и социјална права, те се дакле не тичу директно заштите од неоправданог отказа уговора о раду. Они пружају основна начела и гаранције за доношење других међународних и националних извора права који детаљније регулишу ту област.

Повеља Уједињених нација наводи као циљ одржање међународног мира и сигурности, те у ту сврху предвиђа предузимање ефикасних колективних мера ради спречавања и отклањања претњи миру. Након Другог светског рата било је јасно како социјални немири могу ескалирати. Као циљ новостворене организације поставља се и остварење међународне сарадње у циљу решавања међународних проблема економске, социјалне, културне или хуманитарне природе, унапређивање и подстицање поштовања људских права и основних слобода без обзира на расу, пол, језик или веру.³⁵²

Универзална декларација потврђује право на рад, слободан избор запослења, на правичне и повољне услове рада и заштиту од незапослености. Свако, без икакве разлике, има право на једнаку зараду за једнаки рад, а накнада мора њему и његовој породици обезбедити егзистенцију која одговара људском достојанству и која ће, ако буде потребно, бити употпуњена другим средствима социјалне заштите. Декларација, даље, штити право на образовање синдиката и чланство у синдикатима ради заштите својих интереса³⁵³.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима садржи гаранцију права на приватну сферу (што укључује и заштиту приватности на раду, а што се и те како

³⁵²Повеља Уједињених нација, http://www.tuzilastvorz.org.rs/upload/Regulation/Document__sr/2016-05/povelja_un_lat.pdf последњи пут приступљено 10.06.2018. године.

³⁵³Универзална декларација о људским правима, члан 23, http://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/54_ldok.pdf последњи пут приступљено 10.06.2018. године.

може тицати, управо, оправданих и неоправданих отказних разлога), те гарантију слободе удруживања (радника - синдикати, послодаваца - удружења послодаваца) те гарантује и заштиту од принудног рада³⁵⁴.

Посебан значај Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима огледа се, између осталог, и у чињеници да је то први међународни документ који је гарантовао заштиту економских, социјалних и културних права. Иако не садржи одредбе којима директно пружа заштиту од отказа овај документ обезбеђује генералну заштиту запослених. Пакт гарантује право на рад, које обухвата право свакога на могућност да заради довољно за живот слободно изабраним или прихваћеним радом³⁵⁵ а што се разуме и као право на заштиту од неоправданог отказа. У извештају Комитета за економска, социјална и културна права, прихваћено је да заштита од отказа представља део права на рад као и да је од изузетне важности да постоји правни лек на отказ уговора о раду и приступ суду³⁵⁶, а коментарима из 2005. године инсистира се да сваки отказ мора бити мотивисан оправданим разлогом.³⁵⁷

1.1.3. Стандарди Међународне организације рада

1.1.3.1. Општа разматрања

Најважније стандарде у области престанка радног односа донела је Међународна организација рада (МОП). Наша земља, Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца је једна од оснивача Организације, која је основана Версајским мировним уговором 1919. године. Ратификоване конвенције и прихваћене препоруке Међународне организације рада су део нашег националног правног система.

Устав МОП садржи одредбе о органима Организације, начину доношења правних аката и контроли њихове примене, те одредбе о основним циљевима МОП. Основни циљ МОП јесте социјална правда, до које се долази успостављањем и

³⁵⁴Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 197.

³⁵⁵Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 7/71).

³⁵⁶General Comment Committee ESCR no.18 „The right to work“, UN Doc. E7C.12/gc/18, 2005, стр. 3.

³⁵⁷*Ibid.*, стр. 4.

контролом примене међународних стандарда, техничком помоћи државама чланицама МОР, те разменом информација и искустава путем семинара, истраживачким радом, објавом различитих публикација, вођењем базе података³⁵⁸ Устав, дакле, не садржи норме које би се тичале конкретно престанка уговора о раду. Ипак, како у самој преамбули говори о томе да се општи и трајни мир може заснивати само на социјалној правди и да треба искоренити услове рада који наносе неправду, беду и одрицање, чини се да је јасно да МОР пружа заштиту од сваког неправедног поступања у области радних односа, па тако и од неоправданог отказа³⁵⁹.

Филаделфијска декларација, као декларација о сврси и циљевима МОР, проширује циљеве наведене у преамбули Устава МОР, истичући начела: да рад није роба, да су слобода изражавања и удруживања суштински услов за одржив напредак, да сиромаштво ма где да се налазило представља опасност за напредак уопште, да борба против немаштине треба одлучно да се води у свакој држави појединачно, као и удружено на међународном нивоу, те да у тим активностима представници послодаваца и радника са представницима влада требају бити равноправни како би демократски унапредили опште благостање³⁶⁰. У Декларацији се наводи да сва људска бића, било које расе, вере и пола, имају право тражити свој материјални напредак и духовни развој у слободи и достојанству, економској сигурности и са једнаким могућностима³⁶¹, док у члану три говори о постизању пуног запослења и подизања животног стандарда³⁶². Економска сигурност, подизање животног стандарда и пуна запосленост у нераскидивој су вези са стабилним запослењем и заштитом од неоправданог отказа.

Конвенције и препоруке МОР представљају најзначајније опште акте које садрже универзалне међународне радне стандарде, а чији је циљ постизање социјалне правде и стабилизација мира³⁶³. Ипак, правни режим престанка радног односа успостављен је изворима радног права међународног порекла у релативно новије време. Релативно касно доношење међународних радних стандарда о тако важном питању

³⁵⁸V. Gheballi, *The International Labour Organisation, A Case study on the Evolution of UN Specialised Agencies*, Kluwer, 1989, стр. 204.

³⁵⁹A. Bilić, B. Buklijaš, *Međunarodno radno pravo uz poseban osvrt na međunarodnu organizaciju rada*, Split, 2006, стр. 124.

³⁶⁰N. Valticos, *International labour Law*, Kluwer, 1979, стр. 19.

³⁶¹N. Valticos, „Fifty years of standard setting by ILO“, *International Labour Review*, број 3/1969, стр. 235.

³⁶²ILO Declaration of Philadelphia <https://www.ilo.org/legacy/english/inwork/cb-policy-guide/declarationofPhiladelphia1944.pdf> члан 3, последњи пут приступљено 01.04.2021. године.

³⁶³Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 200.

указује да су у националним законодавствима присутне значајније разлике, односно да се правни режим престанка радног односа на иницијативу послодавца креће од веома либералног до правног режима карактеристичног за концепт социјалне државе³⁶⁴.

У погледу наше теме, најважнији извори права су Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца и још две препоруке о престанку радног односа на иницијативу послодавца - Препорука број 119 и Препорука број 166. Осим поменутих, постоје конвенције и препоруке које се посредно баве питањем престанка радног односа на иницијативу послодавца. То су међународни инструменти који садрже специјалне одредбе које се примењују на појединачне, специфичне групе запослених, као што су о радници са породичним дужностима (Конвенција број 156 и Препорука број 165), породиље (Конвенција број 103 и Конвенција број 143), раднички представници (Конвенција број 135, Конвенција број 98, Препорука број 143), морнари (Конвенција број 22) као и Конвенција и Препорука о забрани дискриминације, обе број 111. Притом, ваља имати у виду да се питање незаконитог отказа у оквиру Међународне организације рада помиње први пут у Конвенцији о праву на организовање и колективно преговарање, те другим конвенцијама које се посредно баве престанком радног односа.

1.1.3.2. Конвенције и препоруке које за примарни циљ имају регулисање отказа уговора о раду од стране послодавца

1.1.3.2.1. Препорука број 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца

На међународном плану констатовано је одсуство међународних стандарда који би пружили минималне гаранције запосленима приликом раскидања уговора о раду. Пратећи националне извештаје и већи број обављених истраживања на тему престанка радног односа од стране послодавца, након што су пред Генералну конференцију Међународне организације рада изнети предлозина ову тему, донета је одлука да се донесу одредбе које ће регулисати ову област, али у форми препоруке.

³⁶⁴*Ibid.*, стр. 720.

Тако је 5. јуна 1963. године усвојен први у низу акт МОР који ће регулисати ову област - Препорука број 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца³⁶⁵.

По одредбама Препоруке број 119, за престанак радног односа на иницијативу послодавца требало би да постоји оправдан разлог везан за понашање и/или знање и способност радника, или разлог који се тиче оперативних захтева послодавца. Препорука не дефинише који су оправдани отказни разлози из сваке од ове три групе (државама је препуштено, да у складу са националним приликама, утврде каталог ваљаних разлога за отказ) али наводи шта, између осталог, не би требало да представља оправдане разлоге за престанак радног односа. То су: чланство у синдикату или учешће у синдикалним активностима ван радног времена или уз сагласност послодавца у току трајања радног времена; функција радничког представника или ситуација да запослени иступа или је раније иступао у својству представника радника, подносио жалбу против послодавца, или учествовао у поступку против послодавца пред државним органом; лична својства: раса, боја, пол, брачни статус, религија, политичко мишљење, национална припадност или социјално порекло³⁶⁶.

Препоруком се предвиђа да национални правни системи треба да раднику, који сматра да му је неоправдано раскинут уговор о раду, омогуће право на жалбу и то непристрасном органу (као пример таквог органа наводи се суд, арбитар, арбитражни одбор или неко слично тело)³⁶⁷. Овим органима потребно је дати овлашћење да размотре разлоге за престанак радног односа и друге околности које се односе на предмет, те да донесу одлуку о оправданости престанка уговора о раду на иницијативу послодавца³⁶⁸. На тај начин, органи би осим преиспитивања самог поступка отказа, односно формалних, процесних услова за законитост отказа добили ингеренцију да преиспитују разлоге за отказ, односно оправданост и целисходност отказа уговора о раду. Ипак, Препорука наводи да се ова одредба не може тумачити на начин да неутрално тело треба да буде овлашћено да интервенише у одређивању величине радне снаге одређеног предузећа, установе или службе, тако да се, дакле, примењује на

³⁶⁵*Protection against unjustified dismissal, op. cit., стр. 2.*

³⁶⁶Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 119), пар. 2. и 3, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:5679138771135::NO::P12100_SHOW_TEXT: У последњи пут приступљено 19.11.2020. године.

³⁶⁷Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 119), параграф 4, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:5679138771135::NO::P12100_SHOW_TEXT: У последњи пут приступљено 19.11.2020. године.

³⁶⁸*Protection against unjustified dismissal, op. cit., стр. 3.*

отказне разлоге које се тичу понашања запосленог или знања и/или способности запосленог, а не и економских потреба и пословања послодавца, те се путем ове одредбе штите и интереси послодавца, тј. спречава се злоупотреба заштите од неоправданог отказа. Надлежне институције требало би да имају овлашћење да, ако утврде неоправдани престанак радног односа, наложе враћање запосленог на рад по потреби са исплатом неисплаћених зарада, или исплату запосленом (када се не може очекивати реинтеграција) адекватне накнаде односно обезбеђења неких других олакшица. Циљ оваквих решења јесте да се с једне стране удовољи интересима послодавца, те признају управљачка овлашћења, с акцентом на она која се тичу функционисања предузећа, али да с друге стране уважи и интересе држава, те очувају социјални мир³⁶⁹.

На претходно се надовезује и обавеза држава да, за раднике чије је запослење престало, обезбеде неку врсту заштите прихода. Таква заштита може обухватити осигурање за случај незапослености или неке друге облике социјалног осигурања, отпремнине, те друге врсте накнада исплаћене од стране послодавца, па чак и комбинацију накнада, а све у зависности од националних закона или прописа, колективних уговора и кадровске политике послодавца³⁷⁰.

Оно што иде у прилог радницима и што ограничава послодавчева овлашћење јесте консултовање представника радника, а пре доношења коначне одлуке о појединачним случајевима престанка радног односа. Такође, веома практично и за радника корисно решење било би да се пре раскида уговора о раду радник обавести о томе у разумном периоду пре престанка уговора, како би могао потражити друго радно место, а без губитка зараде³⁷¹. И треће, послодавац је дужан запосленом дати документ у којем је наведена врста посла на коме је био запослен, као и временски период његовог ангажовања (како би на пример доказао радно искуство као посебан услов за заснивање радног односа на новом послу за који конкурише). У таквим документима не би требало наводити ништа неповољно за радника.

³⁶⁹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op.cit.*, стр. 206.

³⁷⁰Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 119), параграф 9, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:5679138771135::NO::P12100_SHOW_TEXT: У последњи пут приступљено 19.11.2020. године.

³⁷¹*Protection against unjustified dismissal*, *op. cit.*, стр. 3.

У случају отказа због теже повреде радних дужности/обавеза, било би неоправдано очекивати од послодавца да према запосленом има разумевања у било ком смислу. Тада се не може очекивати ни реинтеграција запосленог, може се ограничити право на отпремнину и друге новчане престације. Послодавац има обавезу да због теже повреде радних дужности/обавеза отказ запосленом у разумном року, а у супротном се сматра да се послодавац „одрекао права на отказ“. И обрнуто, сматраће се да се запослени одрекао права на жалбу због отказа ако се није жалио у разумном року након што је обавештен о отпуштању. Такође, пре него што одлука о отказу постане коначна, раднику се мора омогућити одбрана (самостално или уз помоћ лица које га заступа). Националним законима требало би предвидети шта су теже повреде радних дужности/обавеза.

Препорука поред чланова који регулишу отказ због разлога на страни запосленог (понашање, знање и/или способности), члановима 12-17. регулише и отказ због пословања предузећа. Ова Препорука се односи на све гране привредне делатности и све категорије радника. Ипак могуће је ограничити њену примену у односу на запослене ангажоване за одређени временски период или одређени задатак у случајевима у којима, захваљујући природи посла који треба извршити, радни однос не може бити неодређеног трајања и сличне флексибилне уговоре, као и у односу на запослене у органима државне управе. Препорука се сматра спроведеном у односу на раднике чији су услови рада уређени посебним законима или прописима, а који су као целина исти или повољнији од услова у овој Препоруци.³⁷²

Могло би се рећи да је Препорука од историјског знајача јер усваја концепт оправданих односно ваљаних отказних разлога, иако није одређен њихов каталог него су категоризоване три могуће групе оправданих отказних разлога, те су прокламована права на правну заштиту за случај незаконитог отказа и право на материјалну подршку за случај отказа. Ипак, Препорука није правнообавезујућег карактера те се у националном законодавству може примењивати путем националних закона или прописа, колективних уговора, правила рада, арбитражних одлука или судских одлука

³⁷²*Ibid.*, стр. 18-30 и Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 119), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:5679138771135::NO::P12100_SHOW_TEXT: У последњи пут приступљено 19.11.2020. године.

или на други начин у складу са националном праксом³⁷³. Иако оцене утицаја Препоруке на реформе правила о престанку радног односа нису јединствене, неспорно је да су реформе у државама чланицама МОП доношењем ове Препоруке покренуте. Тако је Кипар био прва држава која је посредством националног законодавства у потпуности применила стандарде из Препоруке.³⁷⁴

1.1.3.2.2. Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца

Као оквир за регулисање отказа на иницијативу послодавца посебно је значајна Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца³⁷⁵, коју је усвојила Генерална конференција МОП-а на 68. заседању, 2. јуна 1982. године у Женеви, дакле скоро двадесет година касније у односу на Препоруку 119. Овај податак нам говори о периоду који је био потребан да идеје из Препоруке сазру и доживе пуну афирмацију доношењем Конвенције, коју допуњује и Препорука број 166. Конвенција се заснива на почетном ставу да је предмет регулисања радног односа, као правног односа, остваривање међусобних права, обавеза и одговорности субјеката тог односа. У складу са тим, веома је важно утврдити како међусобни правни однос престаје на иницијативу послодавца без сагласности запосленог.

За сврху Конвенције, престанак радног односа подразумева престанак радног односа на иницијативу послодавца. Ово би требало да обухвати сваки престанак радног односа који је посредно и непосредно инициран послодавчевом радњом која је одлучујући чинилац за престанак радног односа³⁷⁶. Одредбе се односе на све гране привреде и на све запослене, а на државама је да обезбеде примену Конвенције кроз унутрашње право³⁷⁷ те се чини да је идеја да се конвенцијом заштити целокупна радна

³⁷³Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 119), параграф 1, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:5679138771135::NO::P12100_SHOW_TEXT: У последњи пут приступљено 19.11.2020. године.

³⁷⁴Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 207.

³⁷⁵Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори број 4/1984, 7/1991).

³⁷⁶Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 208.

³⁷⁷Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори број 4/1984, 7/1991), члан 2. тачка 1. На заседању Генералне конференције истакнут је предлог Владе Швајцарске да колективни уговори заузму примат у спровођењу ове конвенције. Ипак, истраживања су показала да примат имају

снага, без обзира на секторе рада, уговоре на основу којих је заснован радни однос, те евентуалних неких других разлика. Државе чланице МОП, свакако могу у примени Конвенције изузети неке категорије запослених, као што су радници у ангажовани на одређено време, за одређени задатак, на пробном раду или приправничком стажу, или запослени ангажовани за неко краће временско раздобље. Како не би долазило до злоупотребе Конвенције неопходно је предвидети заштиту од прибегавања овим формама запослења када је циљ флексибилних уговора о раду избегавање заштите која произилази из ове Конвенције³⁷⁸. Такође, могуће је да надлежни органи, након консултације са организацијама послодаваца и радника (уколико оне постоје), предузму мере да се из примене Конвенције искључе поједине категорије запослених чији су услови запослења предмет специјалних аранжмана који у целини пружају заштиту која је бар једнака заштити осигураној у Конвенцији о престанку радног односа, као и категорије запослених у односу на које се јављају посебни проблеми битног карактера с обзиром на посебне услове запослења или на величину или карактер предузећа које их запошљава. Како би се спречиле злоупотребе, држава чланица МОП мора по ратификацији навести које све категорије изузима из примене Конвенције дајући образложење, а у извештајима о примени Конвенције државе треба да наведу став законодавстава и праксе у односу на изузете категорије, као и у којој мери се примењује Конвенција.³⁷⁹ Примена флексибилних решења може имати за последицу избегавање обезбеђивања минималних стандарда садржаних у Конвенцији. У вези са конкретном одредбом, то би значило да државе чланице МОП могу изузети из примене све категорије запослених који нису закључили уговор о раду на неодређено време, а што чини се није добро решење. На тај начин постиже се контраефекат, те ће се као последица, у пракси уговор о раду на неодређено време избегавати у корист свих осталих флексибилних уговора о раду. Конвенцијом је утврђена обавеза држава да предвиде одговарајућу заштиту од праксе закључивања уговора о раду на одређено

хетерономни извори у овој области, као нпр.у Камеруну, Немачкој, Парагвају, Француској или пак Холандији која чак има посебан закон о отказима, или Бразилу који у Уставу садржи одредбе о отказу. *Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, стр. 8–14.

³⁷⁸Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“– Међународни уговори број 4/1984, 7/1991) члан 2. тачке 2. и 3. Ипак и код флексибилних уговора срећу се законодавна решења која штите ову категорију запослених. Такоу Француској, лице које је ангажовано по неком флексибилном уговору може бити отпуштено пре истека рока само због грубог кршења својих обавеза, односно радне дисциплине или више силе. *Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, стр. 14.

³⁷⁹ Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“– Међународни уговори број 4/1984, 7/1991), члан 2. тачке 4. и 5.

време, међутим без обзира на ту могућност чак 23 уговорнице су искључиле примену Конвенције на запослене по уговору о раду на одређено време, 22 у односу на раднике у чији је уговор унета клаузула о пробном раду, те 17 у односу на раднике који обављају повремене послове, а 16 држава не примењује Конвенцију у односу на полицијске, војне и друге службенике.³⁸⁰

Током анализе Конвенције о престанку радног односа треба имати у виду срж идеје, а то је успостављање минималних, нужних стандарда на светском нивоу. Како су национални прописи различити, није реално очекивати да се на међународном нивоу усвоји јединствен каталог ваљаних отказних разлога. С тим у вези јасно је зашто се у Конвенцији на један општи начин, стандардом решава ово питање, препуштајући националним законодавствима да исто разраде и прецизирају. Конвенција изричито предвиђа да радни однос неће престати уколико за такав престанак не постоји ваљан разлог,³⁸¹ а који је најчешће везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе послодавца. Дакле, то су управо они разлози које предвиђа и наше позитивно право, а слично је и у упоредном законодавству.³⁸²

Конвенција предвиђа као могуће узроке отказа на иницијативу послодавца, узроке на страни запосленог који се тичу способности и/или знања, као и понашања запосленог³⁸³. Уколико послодавац утврди да радник нема способности и/или знања за посао који обавља, послодавац може понудити запосленом други посао. Уколико послодавац није у могућности да га распореди на друго радно место, запосленом престаје радни однос. Радни однос може престати и у другом случају, због понашања запосленог. Када запослени неиспуњењем својих радних обавеза из уговора о раду, теже повреди интересе послодавца, послодавац има оправдан разлог да откаже уговор о раду³⁸⁴. Конвенција предвиђа и престанак радног односа на иницијативу послодавца а због разлога који се не тичу запосленог, тј. због разлога који су на страни послодавца. Тако радни однос може престати ако на страни послодавца постоје привредни,

³⁸⁰Ј. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op.cit.*, стр. 212.

³⁸¹L. Betten, *International labour law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993, стр. 225.

³⁸²Тако, примера ради, законодавства Белорусије, Бугарске, Мексика, Панаме, Русије, Хрватске, Чешке, Шпаније, предвиђају разлоге који су оправдани за раскид уговора о раду. У неким земљама се, пак, користи само одредница да је за раскид уговора потребан „оправдан разлог“, без навођења шта се, на пример, сматра под тим, као у Тунису. *Protection against unjustified dismissal*, *op. cit.*, стр. 33-36.

³⁸³ Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори број 4/1984, 7/1991) члан 4.

³⁸⁴*Protection against unjustified dismissal*, *op. cit.*, стр. 36-40.

технолошки, структурални, организацијски и други разлози, дакле разлози који немају директне везе са запосленим, у смислу његовог понашања, знања или способности.

Може се закључити да, како је немогуће предвидети све појединачне отказне разлоге, они су груписани на оне који се тичу запосленог (понашање и знање и способност) и на оне које се тичу послодавца (разлози везани за пословање тј. привредни, технолошки, структурални, организацијски и други слични разлози). Због могућих злоупотреба приликом тумачења, у циљу заштите радника, Конвенција, дакле, по узору на Препоруку број 119, групише отказне разлоге у поменуте три категорије наводећи, при том, системом негативне енумерације оне разлоге који ни под којим условима нису ваљани. Тако послодавац нема оправдање да откаже уговор о раду запосленом који је члан синдиката или учествује у активностима синдиката изван радног времена, или уз сагласност послодавца у току радног времена, запосленом на функцији радничког представника или запосленом који је раније иступао у својству представника радника, подносио жалбу против послодавца, или учествовао у поступку против послодавца пред државним органом. Затим, послодавац нема оправдани отказни разлог који се тиче личног својства запосленог као што су раса, боја, пол, брачно стање, трудноћа, вероисповест, политичко мишљење, национално или социјално порекло. Оправдан отказни разлог није ни породилско одсуства, као ни привремено одсуство са рада због болести или због повреде³⁸⁵. Овим се неисцрпљује садржина права на заштиту запосленог у случају незаконитог отказа, јер су Конвенцијом зајемчене и процесне гаранције.

Наиме, Конвенција садржи одредбе о поступку пре или у време престанка радног односа и о поступку жалбе због престанка радног односа непристрасном телу³⁸⁶. Када отказ уговора о раду на иницијативу послодавца настаје због разлога на страни

³⁸⁵L. Betten, *op. cit.*, стр. 225, и *Protection against unjustified dismissal, op.cit.*,стр. 40-41. Слично је дефинисано и нашим позитивним прописима. Наиме члан 183. Закона о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) предвиђа таксативно да се привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења, коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета, одслужење или дослужење војног рока, чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална припадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго лично својство запосленог, деловање у својству представника запослених, у складу са овим законом, обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду не могу сматрати оправданим отказним разлозима.

³⁸⁶Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори број 4/1984, 7/1991) члан 7.

послодавца (дакле због оперативних потреба), суд или друго надлежно тело овлаштено је утврдити да ли је до отказа стварно дошло услед тих разлога. У случајевима када постоје дозвољени разлози за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца, а који су проузроковани понашањем и/или знањем и способношћу запосленог, радни однос не може престати пре него што се раднику омогући изношење одбране од изнетих навода. Циљ овакве одредбе није само да се чује глас радника, већ и да се иницира дијалог послодавца и запослених, те решавање проблема кроз разговор. Тако, примера ради, у складу са Конвенцијом, у Новом Зеланду је заузето схватање да се раднику мора омогућити стварна прилика да буде саслушан и да објасни своје понашање. Слично решење је присутно и у Аустралији.³⁸⁷ Уколико запослени жели да покрене поступак због престанка радног односа, мора му се омогућити приступ независном органу. Тако члан 8. Конвенције број 158 предвиђа да се жалба подноси непристрасном органу – суду, радном суду, арбитражи. Тамо где се престанак радног односа везује за одобрење надлежног органа (у смислу тзв. одобреног отказа), примена овог члана се мора прилагодити националном законодавству и пракси. Битно је поменути и да Конвенција даје овлашћења суду (или другом поступајућем независном органу) да преиспита оправданост разлога за престанак радног односа, као и друге околности везане за конкретан случај, те да сам суд или други орган доноси одлуку је ли престанак радног односа оправдан или не. Одлука се доноси у поступку предвиђеном националним законодавством и праксом, а на основу доказа који су поднеле странке. Битан елемент садржаја права на правну заштиту јесте и правило о терету доказивања, које Препорука 119 није предвиђала, а које је уведено доношењем Конвенције. Терет доказивања да постоји ваљан разлог за престанак радног односа на иницијативу послодавца сноси послодавац, што је за сам поступак и праксу од круцијалног значаја. Уколико, пак, државе чланице МОП не желе да прихвате овакво решење, на располагању им је алтернатива, по којој послодавац и запослени имају подељен терет доказивања, уз примену истражног начела непристрасног органа³⁸⁸.

³⁸⁷*Protection against unjustified dismissal, op.cit.*, стр.63-66. Примера ради, у Луксембургу је усвојено исто решење, али за послодавце који имају минимум 150 запослених. Мишљења смо да нема оправдања оваквој одредби. Права радника не би требала да зависе од величине послодавца. У праву Мадагаскара отишло се корак даље па се предвиђа да радник у поступку „саслушања“ има право на помоћ лица по сопственом избору.

³⁸⁸Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори број 4/1984, 7/1991) члан 9. став 2.

Следећа последица права на правну заштиту јесте овлашћење надлежног органа за одлучивање о жалби, где надлежни орган у спору пуне јурисдикције одлучује о оправданости отказа. Уколико надлежни орган оцени да је отказ неоправдан има овлашћење да нареди исплату одговарајуће накнаде, односно да нареди или предложи реинтеграцију. У случају када надлежни орган, према националном законодавству, нема овлашћење да отказ прогласи неважећим и нареди враћање радника на посао, тада је орган овлашћен да нареди исплату одговарајуће накнаде или другог одговарајућег давања³⁸⁹.

Радник коме радни однос престаје има право на разуман отказни рок или накнаду уместо тога, осим ако је крив за тежу повреду радне дужности/обавезе или повреду радне дужности/обавезе која је такве природе да би било неразумно тражити од послодавца да задржи запосленог за време отказног рока. Радник такође има право на отпремнину или на неку другу накнаду чији износ зависи од дужине радног стажа и висине зараде, а обавеза њене исплате пада на послодавца, односно фонд који се финансира доприносима послодавца. Радник има право и на давања из осигурања за случај незапослености или помоћ незапосленим лицима или нека друга давања из социјалног осигурања, под условима под којима се стиче право на та давања. У случају када радни однос престаје због теже повреде радне дисциплине могуће је искључити право на отпремнину³⁹⁰.

Конвенција о престанку радног односа на иницијативу послодавца садржи и посебан део, додатне одредбе које се тичу престанка радног односа на иницијативу послодавца а због економских, привредних, технолошких, структуралних и других разлога пословања на страни послодавца³⁹¹.

Иако су стандарди Конвенције у многоме утицали на уређење престанка радног односа, Конвенција о престанку радног односа није уврштена у осам фундаменталних конвенција, у смислу одредаба Декларације о основним правима и начелима на раду, нити међу четри приоритетне конвенције, у смислу одредаба Декларације о социјалној

³⁸⁹Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори број 4/1984, 7/1991), члан 9. ст. 1. и 3.

³⁹⁰Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори број 4/1984, 7/1991), члан 12.

³⁹¹Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори број 4/1984, 7/1991), члан 13. и даље.

правди за поштену глобализацију. Такође требало би имати у виду и чињеницу да је до 2021. године ову Конвенцију ратификовало свега 36 држава чланица, те да је у међувремену Бразил отказао ратификацију³⁹². Релативно мали број ратификације објашњава се великом националном разликом које постоје у погледу нормирања заштите од отказа, као и осетљивошћу питања. Како Конвенција обилује детаљним стандардима, чак и поред флексибилних клаузула, уговорницама није остављено довољно простора за примену правила из унутрашњег законодавства држава чланица МОП. Такође, Конвенција поставља широку заштиту радника, што је у економском смислу неприхватљиво за послодавце. Упркос овој Конвенцији је успела да изврши утицај на уређивање заштите од отказа на различитим нивоима, јер се утицај ове Конвенције види на примеру Савета Европе и Европске Уније.³⁹³

1.1.3.2.3. Препорука број 166 о престанку радног односа на иницијативу послодавца

Препорука број 166 о престанку радног односа усвојена је 1982. године као својеврсна допуна Конвенције број 158. За разлику од Конвенције, иако предвиђа персонална ограничења, предвиђа и одређене механизме заштите управо тих запослених који би се могли искључити из делокруга Конвенције и Препоруке о престанку радног односа на иницијативу послодавца. Дакле, Препорука број 166 односи се на све гране привредне делатности и сва запослена лица, с тим што државе могу из подручја примене искључити поједине категорије запослених као у Конвенцији број 158. Међутим, Препорука предузима одређене механизме којима би се заштитили сви они радници који би се нашли на раду по фиктивним флексибилним уговорима, и то увођењем фикције да се уговори о раду на одређено време (или неки други флексибилни уговор о раду) који нису легитимно закључени сматрају уговорима о раду на неодређено време. Такође потребно је предузети мере којима ће се избећи кориштење уговора о раду на одређено време или неке друге форме уговора у циљу

³⁹²Нав. према подацима доступним на адреси: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303, последњи пут приступљено 02.04.2021. године.

³⁹³Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 215.

избегавања примене Конвенције број 158 и Препоруке број 166, те би се закључивање уговора о раду на одређено време требало ограничити на строго одређене околности.³⁹⁴

Препорука допуњује Конвенцију број 158, па поред разлога из Конвенције, које овде нећемо понављати, отказни разлог не би требало да буде ни старост и одсуство са рада због одслужења војног рока или других грађанских обавеза, као и привремено одсуство са рада због болести или повреде³⁹⁵.

Када се радник непрописно понаша или остварује незадовољавајући учинак послодавац га не би требало отпустити пре него што га писмено упозори на то и да му разуман период за побољшање радног учинка. Пре доношења коначне одлуке о отказу послодавац би требао да се саветује са представницима запослених. Надаље, послодавац даје отказ у писменој форми и у прописаном отказном року. Запослени има право да тражи од послодавца да се наведу разлози за престанак радног односа. Такође, запослени има право да изабере лице које ће га заступати у поступку код послодавца³⁹⁶. У периоду отказног рока било би разумно омогућити запосленом да тражи други посао без губитка зараде³⁹⁷. Запослени има право на сертификат/документ у којем ће бити наведен период запослења код послодавца, као и врста послова на којима је био ангажован. Само на изричит захтев радника, у њега ће се унети процена његовог понашања и учинка, у истом или посебном сертификату³⁹⁸.

Свакако је неопходно да национални прописи садрже одредбе које гарантују радницима да ће бити упознати са правом на жалбу због престанка радног односа. Радник за чијим је радом престала потреба има право на отпремнину или осигурање за

³⁹⁴Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166)http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R166, параграф 3, последњи пут приступљено 02.04.2021. године

³⁹⁵*Protection against unjustified dismissal*, *op.cit.*, стр. 54-56. У појединим државама као Грчкој предвиђа се да се отказ не може добити за време али ни годину даан после војне службе.

³⁹⁶*Ibid.*, стр. 67-70. Овакво решење прихваћено је у Аустрији, Кипру, Ираку, Финској и Тунису. Толице може бити из синдиката као у Аустрији или Кипру, или из предузећа (Француска и Тунис) или чак било које лице независно од тога да ли је запослено код истог послодавца, као у Новом Зелану.

³⁹⁷*Ibid.*, стр. 94. Што је прихваћено на пример у Белгији, Бразилу, Катару, Кипру, Мадагаскару, Нигерији, Пољској, Португалији, Чешкој, Шведској.

³⁹⁸*Ibid.*, стр. 40-41, 95-96. Опет се јављају значајније разлике у националним правима. У појединим државама, овај сертификат садржи штуре податке о дану заснивања односно пресанка радног односа (нпр. Намбија, Централна Афричка Република) или, на захтев радника, и друге податке, као што су разлози раскида (Малта, Португалија и Русија). У Кореји супротно, на захтев радника се не уносе подаци.

случај незапослености или други облик социјалног осигурања или помоћи, осим у случају тежих повреда радних дужности/обавеза³⁹⁹.

И Препорука, као и Конвенција о престанку радног односа на иницијативу послодавца, садржи посебан део, додатне одредбе које се тичу престанка радног односа на иницијативу послодавца а због економских, привредних, технолошких, структуралних и других разлога пословања на страни послодавца.⁴⁰⁰

Приказани стандарди, садржани у претходно анализираним конвенцијама и препорукама, недвосмислено указују да је МОП настојала да у својим стандардима о престанку радног односа истакне разлику између незаконитог и неоправданог отказа уговора о раду, сматрајући незаконитим сваки отказ који је супротан меродавним прописима, а неоправдан сваки отказ који није инициран због ваљаног отказног разлога.⁴⁰¹ Дакле, на нивоу Међународне организације рада заштићено је право на заштиту од неоправданог отказа. Предвиђено је да се отказ од стране послодавца даје само из ваљаних тј. оправданих разлога. Наравно, није се могло очекивати да МОП утврди каталог отказних разлога с обзиром на разлике у националним законодавствима, али јесте предвиђање разлога који не смеју представљати ваљани разлог за престанак радног односа.

1.1.3.2.4. Универзални међународни стандарди које посредно уређују материју престанка радног односа

Престанком радног односа на иницијативу послодавца осим Конвенције број 158 и још две горе обрађене препоруке, баве се и конвенције и препоруке које регулишу радноправни статус појединих категорија запослених, односно поједина осетљива

³⁹⁹*Ibid.*, стр.70-76, 82-87. Занимљиве су разноликости у критеријумима приликом права на новчану надокнаду. Тако се она додељује у складу са годинама службе у Индији, на Малти и Тајланду, или годинама живота у Гвинеји, или на основу могућности за проналажење новог запослењана Мадагаскару, или на основу величине предузећа у Египту.

⁴⁰⁰*Ibid.*, стр. 4. и Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166) члан 19. и даље.

⁴⁰¹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 213.

питања (дискриминација, материнство, заштита радника са породичним дужностима, морнари, раднички представници)⁴⁰².

Конвенција број 156 о радницима са породичним дужностима⁴⁰³ усвојена је 1981. године. Циљ Конвенције је да спречи дискриминацију радника са породичним дужностима, тј. да им омогући да се равноправно укључе у економске активности, да учествују и напредују у њима. Конвенцију допуњује Препорука број 165 о радницима са породичним дужностима чијим одредбама се предвиђа да радници са породичним дужностима треба да уживају једнаке могућности и третман у поређењу са другим радницима у погледу запошљавања, приступа запошљавању, напредовања и сигурности запослења.⁴⁰⁴ Радници са породичним дужностима су они радници који издржавају децу, или они који имају друге чланове уже породице, а којима је несумњиво потребна њихова нега или помоћ⁴⁰⁵. Конвенција и Препорука се примењују на све гране привредне делатности и све категорије радника. Ова конвенција садржи изричиту одредбу шта не сме бити отказни разлог, тј. прописује да породичне дужности не смеју, као такве, да представљају ваљан разлог за престанак радног односа,⁴⁰⁶ док Препорука таксативно набраја да брачни статус, породична ситуација или породичне обавезе не би требало да буду оправдани разлози одбијања или престанка радног односа⁴⁰⁷.

Конвенција број 103 о заштити материнства (ревидирана), усвојена је 1952. године. Предвиђена је њена примена на жене запослене у индустријским предузећима, као и на неиндустријским, пољопривредним пословима, укључујући жене које раде као помоћно кућно особље. У складу са Конвенцијом, свака жена има право на породилско одсуство, док је, у случају да је жена одсутна са посла због породилског одсуства, њеном послодавцу забрањено да јој да отказ за време одсутва или тако да отказни рок

⁴⁰²*Ibid.*, стр. 5.

⁴⁰³Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 156 о једнаким могућностима и третману за раднике и раднице - радници са породичним обавезама („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/1987).

⁴⁰⁴Workers with Family Responsibilities Recommendation, 1981 (No. 165)

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R165 параграф 1, последњи пут приступљено 01.04.2021. године.

⁴⁰⁵Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 156 о једнаким могућностима и третману за раднике и раднице - радници са породичним обавезама („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/1987), члан 1.

⁴⁰⁶Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 156 о једнаким могућностима и третману за раднике и раднице - радници са породичним обавезама („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/1987), чл. 2. и 8.

⁴⁰⁷Workers with Family Responsibilities Recommendation, 1981 (No. 165)

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R165 параграф 16, последњи пут приступљено 01.04.2021. године.

истиче за време наведеног одсуства са рада⁴⁰⁸. Констатујући потребу да се ревидира Конвенција о заштити материнства и Препорука о заштити материнства, како би се даље унапредила равноправност мушкараца и жена, као и здравље и безбедност мајке и детета, а у циљу признавања различитости у економском и друштвеном развоју држава чланица МОР, као и различитости предузећа која послују у оквиру њих, и у циљу развоја заштите материнства у домаћем праву и пракси, МОР је усвојила Конвенцију број 183 о заштити материнства⁴⁰⁹. У смислу одредаба ове конвенције, појам жена подразумева сваку женску особу без икакве разлике, а појам дете обухвата свако дете, без икакве разлике. Ова конвенција примењује се на све запослене жене, укључујући и оне у нетипичним облицима зависног рада⁴¹⁰. У смислу одредаба конвенције отпуштање жене за време породилског одсуства и одсуства у случају болести или компликација због трудноће⁴¹¹ или у периоду након повратка на посао прописаног домаћим законом или прописима сматра се незаконитим, осим из разлога који немају везе са трудноћом, порођајем и дојењем. Терет доказивања да разлози за отпуштање немају везе са трудноћом, порођајем и дојењем сноси послодавац. По истеку породилског одсуства, жена има право да се врати на исто радно место или на одговарајуће радно место са истом зарадом.

Међу конвенцијама које осигуравају посебну заштиту појединих категорија запослених налази се и Конвенција број 22 о најму морнара⁴¹² усвојена 1926. године. И ова конвенција пружа одређену заштиту радницима приликом отказа. Наиме, да би се отказао уговор о раду на неодређено време мора се поштовати отказни рок утврђен уговором, који не сме бити краћи од 24 часа, без обзира на то која га страна отказује. Ипак, Конвенција обавезује државе да националним законодавством морају утврдити ванредне ситуације у којима обавештење о отказу, чак и када је прописно да то, неће имати за последицу престанак уговора о раду.⁴¹³ Иако Конвенција не предвиђа

⁴⁰⁸Конвенција број 103 о заштити материнства („Службени лист ФНРЈ“ – додаток број 9/1955) чл. 1-3.

⁴⁰⁹Закон о потврђивању Конвенције број 183 о заштити материнства („Службени гласник Републике Србије“ – Међународни уговори број 1/2010).

⁴¹⁰Закон о потврђивању Конвенције број 183 о заштити материнства („Службени гласник Републике Србије“ – Међународни уговори број 1/2010) чл. 1. и 2.

⁴¹¹Закон о потврђивању Конвенције број 183 о заштити материнства („Службени гласник Републике Србије“ – Међународни уговори број 1/2010), члан 8.

⁴¹²Seamen's Articles of Agreement Convention, 1926 (No. 22), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C022 последњи пут приступљено 01.04.2021. године.

⁴¹³Seamen's Articles of Agreement Convention, 1926 (No. 22), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C022

оправдане или неоправдане отказне разлоге, она обавезује државе да националним законодавством утврде околности под којима бродовласник или заповедник брода могу отпустити поморца,⁴¹⁴ што је важна обавеза из угла заштите од отказа.

Још једна рањива категорија у погледу које постоје стандарди од значаја за престанак радног односа јесу представници запослених. Зато је 1971. године МОР усвојила Конвенцију број 135 о представницима радника⁴¹⁵. Реч је о свим лицима који су националним законима или у пракси призната као раднички представници, без обзира да ли су синдикални представници, изабрани од синдиката или чланова синдиката, или су то представници које су слободно изабрали радници предузећа у складу с одредбама националног законодавства, других прописа или колективних уговора, чије активности не обухватају оне које су признате као искључив прерогатив синдиката у одговарајућој земљи⁴¹⁶. То, дакле, у складу са одредбама Препоруке број 143 о радничким представницима, могу бити и представници синдиката (представници које су именовали синдикати или чланови синдиката) или изабрани представници (они које запослени слободно бирају у складу са одредбама националних закона, других прописа и колективних уговора, а чије функције не укључују активности које су привилегије синдиката). У случају када паралелно делују и једни и други, национална законодавства требало би да онемогуће изабране представнике да угрожавају положај синдикалних представника те да подстакну њихову сарадњу у свим релевантним областима⁴¹⁷. У смислу одредаба Конвенције, раднички представници у предузећу треба да уживају ефикасну заштиту од сваког поступка који је штетан по њих, укључујући и отпуштање, а који се заснива на њиховом статусу или активностима у својству радничког представника или на чланству у синдикату или учешћу у синдикалним активностима, уколико поступају у складу са важећим законима или

последњи пут приступљено 01.04.2021. године, члан 9.

⁴¹⁴Seamen's Articles of Agreement Convention, 1926 (No. 22), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C022

последњи пут приступљено 01.04.2021. године, члан 11.

⁴¹⁵Конвенција број 135 о радничким представницима ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", број 14/1982).

⁴¹⁶Конвенција број 135 о радничким представницима ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", број 14/1982), члан 3.

⁴¹⁷Workers' Representatives Recommendation, 1971 (No. 143)http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R143 па параграф 4, последњи пут приступљено 01.04.2021. године.

колективним споразумима или другим заједничким договореним аранжманима.⁴¹⁸ У складу са Препоруком, национални прописи би требало да обезбеде делотворну заштиту представника на основу њиховог статуса, као и због чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима. Посебна мера би требало, између осталог, да укључи посебан поступак у којем би се преиспитало да ли је отказ радничким представницима био оправдан или не. У погледу неоправданог раскида уговора о раду неопходно је обезбедити делотворни правни лек, те обезбедити реинтеграцију и исплату неисплаћених зарада и одржавање стечених права радничког представника. Такође, Препорука предвиђа да је терет доказивања на послодавцу, а што је у пракси од великог значаја⁴¹⁹.

Исто предвиђа и Конвенција број 98 о праву на организовање и колективно преговарање⁴²⁰ усвојена 1949. године. Њеном одредбом предвиђено је да радници треба да користе сваку заштиту против свих радњи дискриминације у материји запослења која би могла бити штетна по синдикалну слободу, а да се таква заштита нарочито примењује уколико се ради о радњама које би имале за циљ да запослење радника подреде услову да се он не учлањује у синдикат, да престане припадати синдикату или да буде отпуштен или да му се на други начин нанесе штета што учествује у синдикалним делатностима (ван радног времена или са пристанком послодавца у радно време)⁴²¹.

Конвенција број 111⁴²², која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања усвојена је 1958. године. Израз дискриминација, у смислу одредаба ове конвенције, подразумева свако прављење разлике, искључење или давање првенства заснованог на раси, боји, полу, вери, политичком мишљењу, националном или социјалном пореклу, као и свако друго прављење разлике, искључење или давање првенства, које иде за тим да уништи или наруши једнакост могућности или поступања

⁴¹⁸ Конвенција број 135 о радничким представницима ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", број 14/1982), члан 1.

⁴¹⁹Workers' Representatives Recommendation, 1971 (No. 143) http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R143 параграф 6, последњи пут приступљено 01.04.2021. године.

⁴²⁰Конвенција број 98 о праву на организовање и колективно преговарање ("Службени лист ФНРЈ–Међународни уговори", број 11/1958).

⁴²¹ Конвенција број 98 о праву на организовање и колективно преговарање ("Службени лист ФНРЈ–Међународни уговори", број 11/1958), члан 1.

⁴²²Уредба о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 111, која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања ("Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори", број 3/1961).

у погледу запошљавања или занимања, које ће моћи поименце назначити заинтересована држава чланица МОП, након консултовања представничких организација послодаваца и радника, ако оне постоје, и других одговарајућих органа. За примену Конвенције, запошљавање и занимање подразумевају приступ запошљавању и разним занимањима, приступ стручном оспособљавању, као и услове запослења⁴²³. С тим у вези ни до престанка уговора о раду не може доћи прављењем разлике, искључењем или давањем првенства заснованог на раси, боји, полу, вери, политичком мишљењу, националном или социјалном пореклу. У складу са одредбама пратеће Препоруке број 111 о дискриминацији⁴²⁴ свака држава требало би да формулише националну политику за спречавање дискриминације у запошљавању или занимању, при чему ће, између осталог, сва лица без дискриминације уживати једнаке могућности и третман у погледу приступа професионалном усмеравању, приступа запошљавању, унапређењу у складу са индивидуалним карактером, искуством, способношћу и марљивости, као и сигурност трајања запослења, накнаду за рад једнаке вредности, услове рада и друго. До дискриминације не би требало да долази приликом запошљавања, унапређења, задржавања лица на послу, те утврђивања услова за запошљавање. У остваривању овог начела послодавца не треба да ометају било које лице нити организацију или орган. Такође, социјални партнери би исто требало да подрже, те да и у колективним преговорима обезбеде да колективни уговори не садрже одредбе дискриминаторног карактера у погледу запошљавања, унапређења, задржавања лица на послу, и утврђивања услова за запошљавање.

⁴²³Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C111 члан 1, последњи пут приступљено 01.04.2021. године.

⁴²⁴Discrimination (Employment and Occupation) Recommendation, 1958 (No. 111),

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R111 пар. 2-5, последњи пут приступљено 01.04.2021. године.

1.2. Регионални извори права од значаја за заштиту од незаконитог отказа

1.2.1. Европско некомунитарно радно право

Иако постоји више регионалних неевропских организација, попут Организације америчких држава и Арапске лиге, у раду ћемо се осврнути само на оне регионалне изворе блиске нама - европске изворе радног права: изворе усвојене под окриљем Савета Европе (некомунитарно право) и Европске уније (комунитарно право).

Под европским некомунитарним радним правом подразумева се оно које је настало у оквиру Савета Европе, чији је Србија члан од 2003. године. Сви национални извори права морају бити у сагласности са документима Савета. Извори некомунитарног права садржани су у Европској конвенцији о заштити права човека и основних слобода (1950), Европској социјалној повељи (1961), Ревидираној европској социјалној повељи (1996), Европском кодексу о социјалној сигурности (1977), Европској конвенцији о правном статусу радника миграната (1977) и другим конвенцијама усвојеним под окриљем ове организације.

1.2.1.1. Европска конвенција за заштиту права човека и основних слобода

Европска конвенција о заштити права човека и основних слобода донета је 1950. године. Иако директно не штити запослене од неоправданог отказа уговора о раду од стране послодавца, она садржи низ одредби материјалноправне (забрана принудног рада, гаранција права на поштовање приватног и породичног живота, гаранција слободе изражавања верских уверења, слобода изражавања, слобода удруживања и заштита од дискриминације) и процесноправне природе (право на суђење у разумном року) које се могу примењивати у овој области.

Одредба члана четри Конвенције забрањује принудни и ропски рад, те пружа гаранцију слободе човека да не ради против своје воље. У том смислу представља један од израза опште човекове слободе која му је друштвено призната. Човек према својој слободној вољи ради или не ради. Пошто слобода рада, у крајњој линији, значи слободу

човека да не ради, то ова слобода искључује принудан или обавезан рад у свим његовим облицима. Дакле, свако има право да изабере да ли ће или неће радити, односно по заснивању радног односа до када ће радити. У овом смислу, запослени су у предности у односу на послодавце, јер слободно и без оправданог разлога могу отказати уговор о раду, док су послодавци ограничени приликом иницирања престанка радног односа на законске отказне разлоге и поступак отказа уговора о раду. Ипак, слобода нерада није без могућих правних последица. Могуће је предвидети, а што је некада био случај у нашем праву, да отказ уговора о раду на иницијативу запосленог а који није мотивисан повредом обавезе послодавца има за последицу губитак права на новчану накнаду по основу незапослености⁴²⁵.

Ипак, у контексту члана четри Конвенције, не може се сваки невољни рад сматрати принудним. У предмету *Adigüzel* против Турске, у којем се лекар судске медицине жалио да је од њега тражено да ради ван свог радног времена, без икакве материјалне накнаде, Суд је заузео став да до повреде члана четри није дошло. Упориште за свој став, Суд налази у чињеници да је лекар морао од самог почетка знати да тиме што се определио за тај посао од њега може бити захтевано да ради и ван стандардног радног времена и без новчане накнаде. Уместо новчане накнаде за овакав вид прековременог рада као компензација предвиђени су слободни дани. Позивање на ризик да би му зарада могла бити смањена или да би могао бити отпуштен није довољан да се схвати да је подносилац представке радио под претњом „казне“ (што је битан елемент принудног рада) те додатне услуге тражене од лекара нису принудни ни обавезни рад⁴²⁶. Исти став Суд је заузео и у предмету *Tibet Menteş* и остали против Турске. У овом предмету радници у продавницама на аеродрому поднели су представку због прековременог рада, тачније дватесетчетворочасовних смена. Међутим, Суд је констатовао да су заснивањем радног односа запослени добровољно пристали на овакав распоред радног времена. Могућност отпуштања уколико на такве услове не пристану, по мишљењу Суда, није довољан разлог за утврђење повреде члана четри

⁴²⁵ М. Јовановић, *Забрана принудног рада у међународном и домаћем праву*, мастер рад (необјављен), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 13-15.

⁴²⁶ Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Adigüzel* против Турске (представка број 7442/08), погледати детаљније ставови 30-35, одлука доступна на [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-181255%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-181255%22]})

Конвенције.⁴²⁷ У предмету *Graziani-Weiss* против Аустрије подносилац представке, адвокат, био је подвргнут дисциплинској казни зато што је одбио да буде старатељ, те је у овом случају суд заузео став да јесте испуњен критеријум „претње казном“⁴²⁸ која, поред одсуства сагласности за радно ангажовање представља битан елемент принудног рада.

Право на правично суђење заштићено је чланом шест Конвенције, којим је предвиђено да сваки грађанин током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Реч је о основним принципима, на којима треба да се заснива кривични и грађански судски поступак, а који су утемељени на идеји владавине права. Свако субјективно право или овлашћење мора да ужива заштиту закона, а сваки спор који настане поводом вршења тог права или овлашћења не сме бити решен арбитрарно⁴²⁹. У ставу 1. члана 4. се набрајају различити принципи који сачињавају правично додељивање правде, као што су начело равноправности, независан и непристрасни суд установљен законом, разумни рок, у оквиру кога ће се суђење обавити, и јавност суђења. Ово процесно право је кроз праксу Европског суда за људска права повезано са концепцијом ваљаних отказних разлога⁴³⁰.

За обраћање суду неопходно је да материјално право на које се подносилац представке позива пред домаћим судом мора имати правни основ у држави о којој је реч.⁴³¹ Матични закони у општем режиму радног односа у већини држава чланица Савета Европе дају право запосленима да покрену поступак против одлуке о отказу ако

⁴²⁷Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Tibet Menteş* и остали против Турске (представка број 57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10 и 57829/10) погледати детаљније став 68, одлука доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-177938%22>}}

⁴²⁸Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Graziani-Weiss* против Аустрије (представка број 31950/06) став 39 одлука доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-107022%22>}}

⁴²⁹М. Настић, *Уставно правни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2012, стр. 33-34.

⁴³⁰М. Schmitt „The right to protection in cases of termination of employment“ у N. Bruun, K. Lorcher, I. Schomann, S. Clauwaert (ур)*The European Social Charter and the employment relation*, Oregon, 2017, стр.417.

⁴³¹Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Károly Nagy* против Мађарске, став 60–61; Представка број 56665/09, пресуда доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-177070%22>}}.

сматрају да су незаконито отпуштени. С тим у вези, запослени се могу обратити и Европском суду. Слично важи и за јавни сектор.⁴³²

Конвенција се, дакле, примењује без обзира на статус странака, врсту прописа којима се уређује спор и без обзира на природу тела које има надлежност да решава конкретан спор.⁴³³ Такође, ова одредба Конвенције примењује се не само на судски поступак, него на све правне поступке који се односе на оправданост или законитост отказа⁴³⁴.

Случајеви који се односе на члан шест у основи су усмерени на гаранцију запосленима да у разумном року по добијању отказа добију заштиту пред националним судовима, те Европски суд настоји да праксом уноси специфична процесна решења у радне односе, као што је начело хитности а које се оправдава егзистенцијалном нужношћу отпуштених радника. Суд је, тако, најпре оцењивао законитост отказног поступка и дужину трајања радног спора са аспекта права на суђење у разумном року као конститутивног елемента права на правично суђење.⁴³⁵

Годинама се сматрало да поступци покренути ради приступа служби, незаконитог отпуштања или враћања на посао државних службеника који су раније обављали одређене државне функције не спадају у поље примене члана 6 Конвенције. Међутим, како је 2007. године донета пресуда у предмету Ескелинен (*Vilho Eskelinen*) и остали против Финске (захтев број 63235/00), Суд је заузео став да то јесу питања из грађанског права уколико унутрашње право једне државе омогућава судску заштиту,

⁴³²У случају *Vaka* против Мађарске, представка број 20261/12, ст. 104, 107-111, 118, ЕСЉП је признао право председника Врховног суда да одслужи свој пуни мандат који је, као такав, признат мађарским законодавством. Подносилац представке је желео да оспори превремено окончање мандата на положају председника. Такође, суд је заузео став да је судијска функција део јавне иако није део државне службе. Пресуда доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-163113%22>}}

⁴³³Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Georgiadis* против Грчке, представка број 21522/93, став 34; пресуда доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-58037%22>}} и Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Bochan* против Украјине, представка број 22251/08, став 43 пресуда доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-152331%22>}}; Пресуда Европског суда за људска права у предмету *NaitLiman* против Швајцарске, представка број 51357/07, став 106, пресуда доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-181789%22>}}.

⁴³⁴*Buchholz* против Немачке, представка 7759/77, наведено према Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр.161-163.

⁴³⁵Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Delgado* против Француске, представка број 38437/97, став 50.

чак и онда када је заштита по тим питањима могућа једино пред уставним судом (Олујић против Хрватске)⁴³⁶.

Такође, у посебном режиму радних односа донета је одлука у предмету *К.М.С.* против Мађарске, којом је оцењено да се спор о питањима везаним за отказ сматра одлучивањем о правима и обавезама појединца на које се односи гаранција права на правично суђење. У истом предмету, Суд је ценио и необразлагање одлуке о отказу представља повреду права на правично суђење, јер је су тиме створене процесне и материјалне препреке на путу правог судског испитивања захтева странака. Овај други део је нарочито занимљив, јер подносилац представке није могао да искористи правну заштиту пред органима државе, односно није могао исцрпити све предвиђене домаће правне лекове. Наиме, мађарски законодавац је предвидео могућност отказа без обавезе образлагања одлуке о отказу, те због тога није било смислено поднети тужбу надлежном суду. Уставни суд је поништио ове законске одредбе накнадно, али је већ био протекао временски период у којем је подносилац представке могла да се обрати суду. Због предњег Суд је ценио да не треба одбити представку због неисцрпљивања домаћих правних лекова⁴³⁷.

На заштиту због неоправданог отказа на члан 6, став 1. Конвенције могу се позвати не само радници из приватног сектора него и службеници амбасада (секретар и радник на телефонској централи)⁴³⁸, аташеи за културу и информисање,⁴³⁹ виши полицијски службеник⁴⁴⁰, војни официри⁴⁴¹, судије.⁴⁴²

Јако значајна за област радног права јесте и заштита радникових права од незаконитог отказа пред судом „у разумном року“. Не постоје правила ни опште смернице о допуштеном року, али се, по правилу, строжије анализирају поступци који у првој инстанци трају дуже од три године, пет година у две инстанце и шест година у

⁴³⁶D.Vitkauskas и G.Dikov, *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Strasbourg, 2012, стр. 16.

⁴³⁷Љ.Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op.cit.*, стр.219.

⁴³⁸Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Cudak* против Литваније, ст. 44–47; представка број 15869/02, доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-97879%22%5D%7D>

⁴³⁹Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Naki* против Литваније и Шведске, став 95, представка број 26126/07, доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-168382%22%5D%7D>.

⁴⁴⁰Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Šikić* против Хрватске, ст. 18–20, представка број 9143/08, доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99871%22%5D%7D>.

⁴⁴¹Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Vasilchenko* против Русије, ст. 34–36, представка број. 34784/02, доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-100461%22%5D%7D>

⁴⁴²У случају *Vaka* против Мађарске, представка број 20261/12, ст. 104, 107–111, 118.

три инстанце, а оцена разумног рока, наравно, зависи и од околности и сложености предмета. Без детаљнијег разматрања, може се закључити да се кршењем разумног рока сматра поступак који у првој инстанци траје десет година⁴⁴³. Такође, Суд је заузео став да „разумни рок“ почиње да тече од тренутка када запослени поднесе лек против одлуке којом му је престао радни однос (у конкретном случају одлуком којом му је изречена најтежа дисциплинска мера).⁴⁴⁴

Одредбом члана 11. Конвенције прокламује се и гарантује слобода удруживања, укључујући и право на образовање синдиката и приступање синдикатима ради заштите својих интереса. У односу на тему престанка уговора о раду на иницијативу послодавца, ова одредба је битна због заштите, пре свега, радничких представника, али и сви чланова синдиката који би, управо, због тог својства могли бити отпуштени.

Материјалноправне одредбе садржане у члановима 8, 9. и 10, такође, имају значаја за радне односе с обзиром да се њима непосредно штити право на приватни живот, слобода изражавања верских уверења и слобода изражавања.

Члан 8. штити право на приватни живот. Приватни и професионални живот су две сфере свакога појединца које се допуњују, надовезују, прожимају у сваком смислу. Овакав закључак произилази из праксе Европског суда. Појам приватног живота, притом, не искључује делатности професионалне односно пословне природе.⁴⁴⁵ Суд је сасвим супротног става да, заправо, приватни живот обухвата и право сваког појединца да успоставља и развија односе с другим људима.⁴⁴⁶ Ипак, већина људи прилику за развој односа са спољним светом и развој социјалних контаката има, управо, у професионалном животу.⁴⁴⁷ Ова правила препознао је и Суд изражавајући став да право на заштиту од неоправданог отказа ужива заштиту и са аспекта члана 8. Конвенције, јер отказ не само да ствара драматичне последице по радника и његову породицу у

⁴⁴³D. Vitkauskas and G. Dikov, *op.cit.*, стр. 87.

⁴⁴⁴Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Дарнел* против Велике Британије, представка 15058/89 наведено према Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр.161-163.

⁴⁴⁵Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Јанкауска* против Литваније, ст. 56. – 57, представка број 50446/09 детаљније погледати на [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-174617%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-174617%22]).

⁴⁴⁶Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Олександар Волков* против Украјне, став 165. представка број 21722/11 одлуку детаљније погледати на [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-115871%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-115871%22]).

⁴⁴⁷Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Нијетц* против Немачке, став 29. представка број 13710/88 одлука доступна на [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57887%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57887%22]). и *Антовић и Мирковић* против Црне Горе, члан 42, представка број 70838/13 одлука доступна на [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-178904%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-178904%22]).

финансијском смислу, већ и са аспекта искључења запосленог из социјалног живота. Примера ради, повреда члана 8. утврђена је у случају када је подносилац представке премештен на мање важан положај, у управном значењу мање важан град, и то зато што му супруга носи муслимански вео а и код подносиоца су утврђена одређена верска уверења,⁴⁴⁸ или у случају видео надзора (и то без обзира да ли је тајан или не).⁴⁴⁹

Отказ уговора о раду не може бити последица кршења права на приватност, чак иако би отказ био оправдан. Тако је, примера ради, у предмету *Bărbulescu* против Румуније,⁴⁵⁰ послодавац оптужио запосленог да користи интернет за приватне разговоре на пословном рачунару. Суд је заузео став да, без обзира што послодавац може да ограничи, он не може да искључи приватни живот запослених на радном месту. У истом предмету Суд је дао смернице државама да морају имати широку слободу процене у погледу правног оквира за регулисање услова у којима послодавац може управљати електронском или било којим другим видом комуникације својих запослених. Дакле, од државе се тражи активна улога у смислу обезбеђења запослених од евентуалних злоупотреба приликом увођења мера надзора над сваким обликом комуникације.

С развојем цивилизације није се развила толеранција између припадника различитих верских групација, те су свакодневна питања шта јесте а шта није слобода изражавања верских уверења, а нарочито се проблематизује питање где је граница те слободе и када вера прелази у фанатизам. Тако, према Конвенцији, послодавац чија се етика заснива на вероисповести или филозофском уверењу може наметнути посебне дужности запосленима и одлука о отказу због евентуалне повреде такве дужности не може се једноставно подвргнути судском надзору већ суд мора узети у обзир природу предметног радног места и на одговарајући начин одмерити укључене интересе у складу са начелом сразмерности.⁴⁵¹ У вези са „одмеравањем“ интереса битно је истаћи да лице коме престаје радни однос теже може пронаћи нови посао, имајући у виду

⁴⁴⁸Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Sodan* против Турске, чл.57. - 60. представка број 18650/05 одлука доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-160260%22>}}.

⁴⁴⁹Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Antović i Mirković* против Црне Горе, *op.cit.*, члан 44.

⁴⁵⁰Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Bărbulescu* против Румуније, ст. 74, 80, 119-120. представка број 61496/08 одлука доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-177082%22>}}.

⁴⁵¹Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Schiith* против Немачке, став 69. представка број 1620/03 одлука доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-100469%22>}}.

специфичности њихових квалификација. То је посебно случај када запослени има квалификације које му отежавају или онемогућају да се запосли негде другде осим у цркви (тј. у организацијама које оснива црква или верска заједница) која га је запошљавала.⁴⁵² Занимљив је пример Католичке цркве у Немачкој која је дала отказ (уз отказни рок) оргуљашу и диригенту црквеног хора због тога што је напуштањем жене и ступањем у ванбрачну заједницу са другом женом која је остала трудна, прекршио своју обавезу лојалности Католичкој цркви. Судови су пресудили на штету подносиоца захтева, ненападајући суштину црквене одлуке, али нису образложили зашто интереси цркве, као послодавца, надилазе интересе подносиоца захтева. ЕСЉП критиковао је одлуке суда јер нису успоставиле равнотежу између интереса цркве и интереса отпуштеног запосленог (у смислу поштовања права на поштовање приватног и породичног живота) него су одмеравали интерес цркве са интересом задржавања радног места. Занимљиво је да је суд утврдио да би се прихватањем дужности лојалности у тренутку потписивања уговора о раду, заправо од запосленог очекивало да се не разводи, односно уколико до развода дође да се запослени обавезује на апстиненцију, а што од запосленог није реално очекивати.

Суд је утврдио да нема повреде члана 8. у случају отказивања уговора о раду директору за односе са јавношћу који је открио да је у ванбрачној вези уз аргумент да су дужности лојалности наметнуте подносиоцу представке, и да је на њих слободно пристао, јер је намена ове дужности заштита веродостојности Мормонске цркве, због чега је узета у обзир и тежина коју прељуба у њој има а у вези са функцијом коју је подносилац представке обављао у цркви.⁴⁵³ Сличан став заузет је и у предмету *Fernández Martínez* против Шпаније. У овом случају Суд је сматрао да је оправдан отказ уговора о раду професора католичке веронауке и етике који припада Покрету за целибат, а који се ослободио целибата и оженио. Како су ови подаци изнети у медијима Суд је сматрао да лакша мера не би била учинковита у очувању веродостојности цркве,

⁴⁵²Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Fernández Martínez* против Шпаније, члан 144, представка број 56030/07, одлука доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145068%22%7D> и пресуда Европског суда за људска права у предмету *Schüth против Немачке*, став 3, представка број 1620/03, одлука доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-100469%22%7D>.

⁴⁵³Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Obst* против Немачке, представка број 425/03, одлука доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-100463%22%7D>.

нарочито имајући у виду да се подносилац представке свесно довео у ситуацију која је супротна начелима цркве⁴⁵⁴.

Надаље, Суд је заузео став да запослени морају поштовати унапред прописани распоред радног времена код послодавца без обзира на евентуалне обавезе због верских обичаја. Суд је, наиме, у неколико одлука сматрао да је отказ законит и да није разлог отказа верско уверење запослених него одбијање да се поштује унапред утврђени распоред радног времена. Тај став заузет је у пресуди *Refah Partisi* и други против Турске⁴⁵⁵ када се подносилац представке, наставник, жалио да радно време супротстављено његовом времену за молитву или у случају *Konttinen* против Финске⁴⁵⁶ када отпражник воза, због обавеза које је имао као припадник Адвентистичке цркве, није поштовао распоред радног времена. Отпуштање запосленог због изостанка са посла услед верских обичаја не може се квалификовати као повреда слободe вероисповести јер разлог за отказ, а превасходно за вођење дисциплинског поступка против запосленог, није верско уверење него одбијање поштовања радног времена. Исти став заузет је и у предмету *Cserjes* против Мађарске где је заузето схватање да несклад радних обавеза запослених и верских уверења не отвара питање повреде гаранције слободe вероисповести⁴⁵⁷.

Коначно, члан 14. Конвенције односи се на забрану дискриминације. У овом члану није садржана општа клаузула заштите од дискриминације, као што је случај са чланом 1. Универзалне декларације о правима човека из 1948. године, већ је заштита на основу члана 14. повезана са другим правима зајемченим у Конвенцији. Доношењем Протокола број 12 уз Европску конвенцију укључена је општа забрана дискриминације: "Свако право које закон предвиђа оствариваће се без дискриминације по било ком основу, на пример, полу, раси, боји коже, језику, вероисповести, политичком и другом уверењу, националном или друштвеном пореклу, повезаности са националном мањином, имовини, рођењу или другом статусу. Јавне власти неће ни према коме

⁴⁵⁴Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Fernández Martínez* против Шпаније став. 144, представка 56030/07 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-145068%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-145068%22]).

⁴⁵⁵Пресуда Европског суда за људска права у предмету представке број 41340/98 41342,3,4/98 доступне на [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-60936%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-60936%22]).

⁴⁵⁶Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Konttinen* против Финске, представка 24949/94 доступна на [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-3379%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-3379%22]).

⁴⁵⁷Пресуда Европског суда за људска права, представка 45599/99, нав. према: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 525-526.

вршити дискриминацију по наведеним основима што значи да ниједан закон укључујући радно и социјално законодавство не сме бити дискриминаторски“.

Повреда члана 14. а у вези са чланом 9. Конвенције констатована је у случају *Thlimmenos* против Грчке.⁴⁵⁸ У овом предмету, реч је о ризику посредне дискриминације, а тиче се лица коме је онемогућен приступ професији овлашћеног рачуновође, због чињенице да је, као члан верске заједнице посвећене пацифизму, одбило да служи војни рок, а што је у грчком праву квалификовано као тешко кривично дело. Кандидат за овлашћеног рачуновођу је, прецизније, био Јеховин сведок, који је у тренутку опште мобилизације одбио да носи војну униформу, због чега га је Стални војни трибунал у Атини осудио за тешко кривично дело. Та осуда била је, касније, разлог да Извршни одбор грчког Института овлашћених рачуновођа одбије да именује ово лице за овлашћеног рачуновођу, јер правила приступа овој слободној професији нису познавала разлику између кандидата осуђених за кривична дела учињена искључиво из верских уверења и кандидата осуђених због других кривичних дела. Европски суд за људска права је нашао да је кандидат био жртва дискриминације на основу вероисповести, јер, „за разлику од других осуда за тешка кривична дела, судска осуда због тога што је неко лице из верских или филозофских разлога одбило да обуче униформу не може подразумевати непоштење и моралну изопаченост која би, вероватно, подрила способност извршиоца кривичног дела да се бави том професијом“. Како је кандидат издржао казну затвора због одбијања да понесе војну униформу, Суд је нашао да је увођење нове санкције за исту радњу несразмерно. Његово искључење из професије овлашћеног рачуновође није, наиме, било израз тежње легитимном циљу и није постојао објективан и разуман разлог што ово лице није третирано различито од других лица осуђених за тешка кривична дела. По оцени Суда, држава је прекршила право кандидата да не буде дискриминисан у уживању слободе вероисповести, јер приликом доношења меродавних прописа није предвидела одговарајуће изузетке од правила да осуђиваност за тешка кривична дела представља сметњу за бављење професијом овлашћеног рачуновође. И у предмету *Vallauri* против Италије⁴⁵⁹, Суд је констатовао да су повређени су процесни аспекти заштите слободе изражавања, као и право кандидата на правично суђење. Наиме, Суд је закључио да је постојала повреда

⁴⁵⁸ Пресуда Европског суда за људска права, у предмету *Thlimmenos* против Грчке, представка 34369/97, доступна на https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECtHR_Thlimmenos%20v.%20Greece.pdf

⁴⁵⁹ Пресуда Европског суда за људска права, у предмету *Lombardi Vallauri* против Италије, представка број 39128/05, доступна на <file:///C:/Users/IMS%20-%20Geotehnika/Downloads/003-2900937-3189238.pdf>

права наставника Филозофије права који је на Правном факултету Католичког универзитета у Милану, дуже од 20 година, био ангажован на основу уговора о раду на одређено време закључиваних за сваку академску годину. На новом конкурс који је расписао Универзитет, Савет Правног факултета је одбио да разматра пријаву професора Валурија, зато што је декан Правног факултета обавестио чланове Савета да је Конгрегација за католичко образовање саопштила ректору Универзитета да су „неки од ставова овог учесника у конкурс очигледно супротни католичкој доктрини“ и да би требало да престане да подучава студенте на том универзитету, „зарад поштовања истине и за добро студената и самог Универзитета“.⁴⁶⁰

1.2.1.2. (Ревидирана) Европска социјална повеља

Европска социјална повеља усвојена је 1961. године у Торину, а на снагу је ступила након пет ратификација, 1965. године. Ревидирана европска социјална повеља (РЕСП) усвојена је 1996. године, а на снагу је ступила 1999. године, након три ратификације. Европска социјална повеља садржи деветнаест начела, а Ревидирана повеља тридесет и једно начело, што овај акт чини међународном конвенцијом са најсвеобухватнијим и најпотпунијим каталогом права друге генерације у свету. Европска социјална повеља је најсистематичнији акт у области некомунитарног радног и социјалног права. У преамбули је речено да је циљ Савета Европе постизање јединства међу државама чланицама, ради очувања и остварења идеала и принципа који представљају њихово заједничко наслеђе и ради олакшавања њиховог економског и друштвеног развоја, нарочито очувањем и даљим остваривањем људских права и основних слобода. Обезбеђивањем социјалних права, државе чланице желе да свом становништву побољшају животни стандард.⁴⁶¹

Ревидирана европска социјална повеља садржи гаранције низа социјалних права, од којих девет чини чврсто језгро и то су: право на рад, право на организовање, право на колективно преговарање, право деце и омладине на заштиту, право на социјалну сигурност, право на социјалну и медицинску помоћ, право породице на социјалну,

⁴⁶⁰Љ. Ковачевић, „Особености запошљавања наставника верске наставе и радног ангажовања код послодавца чија делатност почива на вери“, *op.cit.*, стр. 706-707, 711.

⁴⁶¹J. Hanlon, *European Community Law*, London, 2003, стр. 284.

правну и економску заштиту, право радника миграната и њихових породица на заштиту и помоћ и право на једнакост шанси и поступања у областима запошљавања и занимања без дискриминације по основу полне припадности⁴⁶². За ратификацију Европске повеље неопходно је да држава изабере пет од седам основних начела, а у погледу Ревидиране мора прихватити 16 од 31 социјалног права с тим да међу тих 16 буде прихваћено најмање шест од девет основних начела. Србија је ратификовала Ревидирану европску социјалну повељу 2009.године⁴⁶³. Дакле од девет основних права из чврстог језгра РЕСП, два се тичу радних односа. РЕСП садржи и гаранцију права на заштиту од неоправданог отказа, које на жалост не чини део каталога фундаменталних економских и социјалних права.

Европска социјална повеља пружа заштиту радницама од незаконитог отказа. Отказ који би послодавац дао жени током породилског одсуства или у случају када је отказни рок истекао током тог одсуства, сматра се незаконитим. Такође, Повеља предвиђа и право на разуман отказни рок. Експлицитна заштита од неоправданог отказа обухвата више захтева, од захтева који се тиче услова за оправдан отказ до адекватне заштите када до отказа дође и ово право треба што је могуће шире тумачити.⁴⁶⁴ Ваљало би напоменути да је Суд правде Европске Уније, у почетку, нерадо цитирао одредбе Повеље, да би, ипак, званично први пут то учинио у одлуци од 27.6.2006. године, што иде у прилог чињеници да је Повеља инспирисала Суд постојећим нивоом гаранција⁴⁶⁵. И РЕСП по угледу на Конвенцију 158 не предвиђа *numerus clausus* ваљаних отказних разлога него негативном енумерацијом помиње разлоге који се неће сматрати ваљаним, док се утврђивање ваљаних отказних разлога препушта националним прописима. У складу са чланом 23 Додатка РЕСП, оправдани отказни разлози не могу бити чланство у синдикату или синдикалне активности ван радног времена или у радно време, ако постоји пристанак послодавца, тражење службе уколико се делује или се деловало у својству радничког представника, подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца у којем се наводе кршења прописа или обраћање надлежним управним властима, раса, боја, пол, брачни статус, породичне обавезе, трудноћа, вера, политичко

⁴⁶²Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље („Службени гласник Републике Србије Међународни уговори“ бр. 42/2009), детаљније погледати Преамбулу РЕСП.

⁴⁶³Б. Лубарда, *Европско радно право, op.cit.*, стр. 42-45.

⁴⁶⁴EU network of independent experts on fundamental rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Brussel, 2006, стр. 265.

⁴⁶⁵J. Kenner, *EU Employment law: from Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, стр. 512.

мишљење, националност, родитељско одсуство и привремено одсуство због болести односно повреде.

У Додатном Протоколу уз Европску социјалну повељу странке се обавезују признати право наједнаке могућности и услове у погледу запослења и професије без дискриминације према полу, те предузети прикладне мере да се оно осигура приликом приступа запошљавању, као у погледу заштите од отказа и професионалне реинтеграције, професионалног усмеравања, преквалификације, доквалификације и рехабилитације, као и услова запослења и рада, укључујући зараде, професионални развој и унапређење⁴⁶⁶.

Ревидирана европска социјална повеља чланом 1 посредно штити запослене од отказа, јер обавезује чланице да „прихвате као један од циљева постизање пуне запослености и стабилности запослења“. Такође она уводи нова социјална права међу којима је право на заштиту у случају престанка радног односа⁴⁶⁷. Ради осигуравања делотворности остваривања права на рад, уговорне стране Повеље се обавезују признати једним од својих главних циљева и одговорности постизање и одржавање што је могуће вишег и стабилнијег нивоа запослености, при том настојећи остварити пуну запосленост. Осим тога, право на заштиту од неоправданог отказа је и непосредно гарантовано право, али није сврстано у најзначајнија права која се обавезно преузимају ратификацијом Повеље. Право на заштиту од отказа, притом, садржи три битна елемената. Овим правом најпре се гарантује да до престанка радног односа неће ни доћи без постојања ваљаног разлога везаног за способности односно понашања радника или оперативних потреба предузећа, установа односно службе⁴⁶⁸. Ваљани разлози за отказ ни у ком случају не могу бити чланство у синдикату или синдикалне активности ван радног времена, или пак у радно време, ако за то постоји сагласност послодавца; тражење службе ако се делује или се деловало у својству радничког представника; подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца у којем се наводе кршења прописа или обраћање надлежним управним органима власти; лична својства: раса, боја, пол, брачни статус, породичне одговорности, трудноћа, вера, политичко

⁴⁶⁶А. Bilić, В. Buklijaš, *op.cit.*, стр. 518-533.

⁴⁶⁷Б. Лубарда, *Европско радно право, op.cit.*, стр. 45

⁴⁶⁸European Committee of Social Rights, *concl.* 2003, France, стр. 191.

мишљење, национално или социјално порекло; родитељско одсуство и привремено одсуство са рада услед болести или повреде.⁴⁶⁹

Уколико би до престанка радног односа, ипак, дошло, ово примарно право допуњује се са још два елемента: правом на жалбу и компензацију⁴⁷⁰. Право на жалбу за случај престанка радног односа је право запосленог да се обрати непристрасном телу, уколико сматра да му је радни однос престао без ваљаног разлога. Уколико се у поступку који се пред непристрасним телом води и утврди да је радни однос престао без ваљаног отказног разлога, радник има право на адекватну надокнаду или другу одговарајућу компензацију.⁴⁷¹ Надокнада или друга адекватна помоћ у случају окончања запослења без оправданог разлога биће одређена националним законима или прописима, колективним уговорима односно на начин који одговара националним условима.⁴⁷²

1.2.2. Право Европских заједница, односно право Европске уније

1.2.2.1. Примарни извори радног права Европске уније

Комунитарно право јесу правна правила донета под утицајем органа Европских заједница, односно Европске уније. Иако Србија није држава чланица Европске уније, од марта 2012. године има статус кандидата. Позитивно право Србије је у поступку хармонизације и под великим је утицајем комунитарног права⁴⁷³. Извори комунитарног права се класификују на примарне (оснивачки уговори) и секундарне (правила, директиве, одлуке, мишљења и препоруке) изворе права, општа правна начела, судске прецеденте и европске колективне уговоре. Оснивачки уговори којима су основане Европске заједнице (Европска заједница за угаљ и челик, Европска заједница за атомску енергију и Европска економска заједница) су најзначајнији извор европског

⁴⁶⁹Ревидирана европска социјална повеља члан 24. став 3.
https://www.ombudsman.co.me/docs/Evropska_socijalna_povelja.pdf

⁴⁷⁰European Committee of Social Rights, concl. 2003, France, стр. 191.

⁴⁷¹European Committee of Social Rights, Concl. XII, 1991, Greece, стр. 104.

⁴⁷²Ревидирана европска социјална повеља, члан 24, став 4.
https://www.ombudsman.co.me/docs/Evropska_socijalna_povelja.pdf

⁴⁷³Радно право је у сагласности са најбитнијим директивама, на пример директивама 75/129/ЕЕЗ, 92/56/ЕЕЗ, и 98/59/ЕЗ.

комунитарног права. У оснивачке уговоре интегрисани су Јединствен европски акт, Уговор о Европској унији, Уговор из Амстердама и Уговор из Нице. Оснивачки уговори се непосредно не баве питањем престанка уговора о раду али прокламују основне вредности и принципе на којима се темељи радно право Европских заједница, односно Европске уније, међу којима су забрана дискриминације, поштовање људских права и фундаменталних слобода, висок степен запослености и социјална заштита.⁴⁷⁴ Такође, оснивачки уговори садрже низ одредби о правима радника од слободе кретања, права настањивања, стручном оспособљавању, једнакости награђивања мушкараца и жена и друге.⁴⁷⁵

Оснивачким уговорима је Европском парламенту и Савету експлицитно призната надлежност за уређивање питања заштите од отказа. Уговор о функционисању ЕУ предвиђа даради остваривања циљева⁴⁷⁶ подстицања запослености, побољшања услова живота и рада, социјалне заштите, дијалога социјалних партнера, развоја људских ресурса који омогућавају високу и трајну запосленост и борбу против друштвене искључености, Унија подржава и допуњава активности држава чланица у одређеним областима,⁴⁷⁷ а између осталог у области заштите радника у случајевима престанка уговора о раду.

Дакле, на нивоу Европске уније постоји правни основ да се донесе директива која би прописала минимум захтева у погледу заштите радника од отказа, али до данас није усвојен јединствени, правно обавезујући документ који би обезбедио униформисане радне стандарде у свим чланицама Европске уније. У литератури се указује да није реално у блиској будућности очекивати легислативу из ове области, с обзиром на различитости у националним изворима.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴Б. Лубарда, *Европско радно право, op.cit.*, стр. 81-90.

⁴⁷⁵Д. Р. Паравина, „Отказ радног односа у радном праву Југославије и на подручју Европске уније“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1996 стр. 604.

⁴⁷⁶Treaty of Functioning of the European Union, *Official Journal* C 326, 2012, стр. 47–390.

⁴⁷⁷Те области су побољшавање радне средине и безбедности радника, услови рада, социјалне сигурности и заштите, затим заштита радника у случајевима престанка уговора о рад, информисање и саветовање са радницима, заступање и колективна одбрана интереса радника и послодаваца, услови запошљавања држављања трећих држава који бораве у Унији, интеграција лица искључених са тржишта рада, равноправност мушкараца и жена, борба против друштвене искључености, модернизација система социјалне заштите. Treaty of Functioning of the European Union, *Official Journal* C 326, 2012, стр. 47–390.

⁴⁷⁸G. Heerma van Voss, B. ter Haar, „Common ground in European dismissal law“, *European Labour Law Journal*, Volume 3, број 3/2012, стр. 221-226.

Упркос што не постоји јединствен пропис који би на целовит и посебан начин обухватио питање заштите радника од отказа уговора о раду постоје директиве које се посредно дотичу овог питања. Забрана отпуштања могла би се посматрати у контексту забране отпуштања приликом трансфера предузећа, а у складу са чланом 4. Директиве 2001/23/ЕЗ,⁴⁷⁹ а европски минимални радни стандарди у поступку колективног отпуштања (који би се у одсуству минималних радних стандарда за индивидуални отказ могли применити) утврђени су директивом 98/59/ЕЗ.⁴⁸⁰ Затим члан 7. Директиве 2002/14/ЕЗ штити радничке преставнике од неоправданог отказа, а члан 10. Директиве 94/95/ЕЗ чланове савета запослених. Од неоправданог отказа заштићене су и труднице и породиље Директивом 2010/18/ЕУ⁴⁸¹. Сублимирајући предње могли би смо закључити да се на нивоу Европске уније забрањеним отказним разлозима сматрају чланство у синдикату или савету запослених, те породичне обавезе. Тачно је да ово није довољно за целовиту заштиту запослених, али јесте почетак у регулисању престанка радног односа. За разлику од материје индивидуалног отказа уговора о раду, материја колективног отпуштања детаљно је уређена Директивом 98/59/ЕЗ о хармонизацији права држава чланица у материји колективних отпуштања, која је заменила Директиву 75/128/ЕЗ. Директивом су регулисани најпре појам колективног отпуштања и модалитети.

Европски суд правде, представља међународни суд Европске уније, основан са циљем тумачења и примене Уговора о оснивању, као и контроли законитости аката Савета Европске уније и Европске комисије. Наведена надлежност установљена је као инструмент сарадње Европског суда правде и националних судова, која се најпре огледа кроз пружање правне помоћи. Тако је предвиђено да када национални судови у споровима из њихове надлежности, чији предмет подразумева примену комунитарног права, имају потребу за тумачењем комунитарних правила, њихове садржине или начина примене, могу да Европском суду правде упуте тзв. захтев за решавање прелиминарног правног питања.⁴⁸²

⁴⁷⁹*Dismissal, particularly for business reasons and employment protection*, Thematic Report, November, 2011. стр. 11.

⁴⁸⁰Б. А. Лубарда, *Европско радно право*, *op.cit.*, стр. 290-297.

⁴⁸¹*Dismissal, particularly for business reasons and employment protection*, *op.cit.*, стр. 56-58.

⁴⁸²А. Bronstein, *International and comparative labour law: Current challenges*, Geneva, 2009, стр. 205.

1.2.2.2. Повеље о основним правима

У праву Европске уније, за област радних односа неизоставне су две повеље: Повеља Заједнице о основним правима радника, коју је усвојио Европски парламент 1989. године и Повеља о основним правима у Европској унији, донета у Ници 2000. године, потписана од стране представника Европског парламента, Савета и Комисије. Ове повеље имају веома важну улогу у развоју комунитарног радног права, пре свега као смернице за остваривање циљева заједничке социјалне политике⁴⁸³. Идеја социјалних права постепено се развијала и сазревала, што је све више потврђивала и пракса Европског суда правде. Комунитарне повеље о социјалним правима инспирација су за концепт „социјалне Европе“, а представљају мултилатералне споразуме који немају карактер формалног извора комунитарног права, с тим што је Повеља о основним правима у Европској унији 2010. године постала део Лисабонског уговора и стекла правнообавезујућу снагу.

Повеља Заједнице о фундаменталним социјалним правима радника јесте резолуција, политичка декларација чије одредбе немају правнообавезујући карактер али се узимају за општа начела комунитарног права. У делу посвећеном унапређењу животних и радних услова, Повеља заједнице о основним социјалним правима радника⁴⁸⁴, под тачком 7, говори о остваривању унутрашњег тржишта које мора водити побољшању животног стандарда радника, при чему побољшање мора покрити развој неких аспеката радног законодавства као што је поступак колективног отпуштања и поступак у случају стечаја.

С друге стране, Повеља о основним правима у Европској унији донета је 2000. године у Ници и сматра се повељом од историјског значаја јер је то први међународни инструмент који изједначава социјална права са личним, политичким, економским основним правима човека. Повељу чине поглавља под називима: Достојанство, Слобода, Једнакост, Солидарност. Свако од поменутих поглавља садржи по неку одредбу која се тиче радног права. Поглавље „Достојанство“ забрањује принудни и ропски рад, поглавље „Слобода“ садржи одредбу која прокламује слободу избора

⁴⁸³Г. Обрадовић, М. Јефтић, *Значајни аспекти радног права Европске уније*, Београд, 2008, стр. 5.

⁴⁸⁴А. Bilić, В. Buklijaš, *op.cit.*, стр. 551-552.

занимања и право на ангажовање на раду, док поглавље „Једнакост“ истиче начело забране дискриминације⁴⁸⁵. У поглављу IV наводе се систематизована социјална индивидуална и колективна права радника. За нас је најзначајнији члан 30, који непосредно гарантује заштиту за случај незаконитог отпуштања⁴⁸⁶.

Суд правде је у самом почетку избегавао да цитира одредбе Повеље у својим одлукама. Међутим, годину дана након њене званичне прокламације, у европском праву долази до све чешћег позивања на Повељу, те се на крају (додуше тек након пет година) и Суд у својим одлукама позвао на Повељу.⁴⁸⁷

1.2.2.3. Секундарни извори права од значаја за заштиту од отказа

Секундарни извори права, тј. деривативно комунитарно право, у хијерархији извора права ЕУ долазе одмах након оснивачких уговора. Деривативни, општи извори права јесу правила (уредбе) и директиве (упутства). Одлуке, као секундарни извори, обавезују само лица назначена у самој одлуци. Правила су обавезујући акти са директном применом, те обавезују у целини државе и њене држављане на исти начин као и закон. Директиве су правнообавезујуће и садрже облигацију циља, док се средство за његово остваривање и форма извршења бирају у складу са могућностима држава чланица.⁴⁸⁸ За сада није донет ни један од поменутих аката секундарног извора права који би се тicao теме наше дисертације, иако је право на заштиту од неоправданог отказа признато је комунитарним правом, чланом 30 Повеље о основним правима у ЕУ⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵Б. Лубарда, *Европско радно право, op.cit.*, стр. 94-97.

⁴⁸⁶*Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European union, op.cit.*, стр. 265. и K. Riesenhuber, *European Employment Law*, Antwerp, 2012, стр. 60-61.

⁴⁸⁷J. Kenner, *op.cit.*, стр. 512.

⁴⁸⁸Б. А. Лубарда, *Европско радно право, op.cit.*, стр. 100-111.

⁴⁸⁹В. Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge, 2009, стр. 381-383. Више о нормативној садржини и домашају члана 30. Повеље у: Erika Kovács, *The legal nature of art. 30 CFREU – a human right, a fundamental right, a right?*, у: Mario Vinković (ed.), „New developments in EU labour, equality and human rights law. Proceedings from the international Jean Monnet conference ‘New Developments in EU Labour, Equality and Human Rights Law’, Osijek 21 and 22 May 2015“, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek Faculty of Law – Jean Monnet Chair in EU Labour, Equality and Human Rights Law, Osijek, 2015, стр. 11–36.

2. Извори радног права унутрашњег порекла

2.1. Хетерономни извори радног права

Унутрашње изворе права чине хетерономни и аутономни извори права, специфични за радно право⁴⁹⁰. Радни односи регулисани су законима, подзаконским актима, правилницима и другим општим актима послодавца и колективним уговорима.⁴⁹¹ Из компарације устава држава региона, могло би се закључити да, поред наше земље и једног ентитета Босне и Херцеговине, уставни не садрже изричите одредбе које се тичу отказа уговора о раду. У Уставу Републике Србије и Уставу Републике Српске предвиђа се, наиме, да запосленима може престати радни однос противно њиховој вољи само на начин и под условима који су утврђени законом и колективним уговором⁴⁹². С друге стране, Устави Федерације Босне и Херцеговине⁴⁹³, Републике Хрватске⁴⁹⁴, Републике Црне Горе⁴⁹⁵, Републике Македоније⁴⁹⁶ и Републике Словеније⁴⁹⁷, као и мађарски Устав⁴⁹⁸, Устав Републике Бугарске⁴⁹⁹, Устав Републике Румуније⁵⁰⁰ садрже углавном одредбе које се тичу слободе рада (забране принудног рада) или права на рад, те одредбе о основним правима у погледу накнада и

⁴⁹⁰Д. Симоновић, *op.cit.*, стр. 14.

⁴⁹¹В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op.cit.*, стр. 104.

⁴⁹²Устав Републике Српске ("Службени гласник Републике Српске", број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05), чл. 39.

⁴⁹³Устав Федерације БиХ ("Службене новине Федерације Босне и Херцеговине", број: 1/94), члан 2. (Федерација ће „осигурати примену највишег нивоа међународно признатих права и слобода ... посебно ...) основне слободе: ... слободу на рад...“).

⁴⁹⁴Ustav Republike Hrvatske ("Narodne novine" br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćeni tekst, 28/2001, 41/2001 – pročišćeni tekst, 55/2001 – ispravak, broj 76/2010) чл. 55, 56. и 57.

⁴⁹⁵Устав Црне Горе, ("Службени лист Црне Горе", бр. 1/2007 и 38/2013 - Амандмани I-XVI) чл. 62 и 64.

⁴⁹⁶Устав Републике Македоније ("Службени гласник Републике Македоније" бр. 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09 и 49/11) чл.32, доступан на: <https://www.sobranie.mk/WBStorage/Files/UstavnaRmizmeni.pdf> последњи пут приступљено 07.04.2021. године.

⁴⁹⁷Ustav Republike Slovenije („Uradni list Republike Slovenije“, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a), чл. 49, доступан на: <http://www.us-rs.si/media/ustava.republike.slovenije.pdf> последњи пут приступљено 07.04.2021. године.

⁴⁹⁸Magyarország Alaptörvénye, чл.12. доступан на: <http://www.mfa.gov.hu/NR/rdonlyres/B2568326-841E-43C2-89E5-5CEB1DCDF5AD/0/Alapt%C3%B6rv%C3%A9ny.pdf> последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

⁴⁹⁹Конституција на Република Българија(Обн., ДВ, бр. 56 от 13.07.1991 г., в сила от 13.07.1991 г., изм. и доп., бр. 85 от 26.09.2003 г.изм. и доп., ДВ, бр.18 от 25.02.2005 г., бр. 27 от 31.03.2006 г., бр.78 от 26.09.2006 г. - Решение № 7 на Конституционния съд от 2006 г., бр. 12 от 6.02.2007 г., изм. и доп. ДВ, бр. 100 от 18 Декември 2015г.), члан 48.

⁵⁰⁰Constitutia Romaniei Republicata („Monitorul Oficial“ број 767/2003) члан 41. и 42. доступно на: http://www.ucv.ro/pdf/site/constitutia_romaniei.pdf последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

других услова рада и забрани дискриминације. Такође, у уставима већине европских држава право на заштиту од неоправданог отказа није непосредно потврђено. Тако је и у акту са највишом правном снагом Русије⁵⁰¹, Немачке⁵⁰², Шпаније⁵⁰³, Италије⁵⁰⁴, Белгије⁵⁰⁵ и Француске⁵⁰⁶. Супротно Устав Португала⁵⁰⁷ гарантује сигурност запослења и забрањује отказ без оправданог разлога. Конкретнија упоредноправна решења изложићемо у наставку рада како будемо обрађивали поједине институте из ове области.

У нашем праву, најгрубље речено, позитивноправним режим престанка радног односа у домаћем праву заснива се на одредбама Устава (2006), Закона о раду (2005) за општи режим радних односа и на одредбама Закона о државним службеницима (2005) за посебни правни режим радних односа, другим посебним законима са чијим садржајима ћемо се упознати у наставку рада, као и на правилима садржаним у Закону о штрајку (1996), Законом о спречавању злостављања на раду (2010), Закону о забрани дискриминације (2009), те аутономним изворима радног права – пре свега у колективним уговорима о раду.⁵⁰⁸

Престанак радног односа против воље запосленог код нас је уставна категорија још од Устава из 1963. године, те уставно решење треба схватити као непосредну бригу

⁵⁰¹Конституција Российской Федерации, члан 37, гарантује слободу рада и право сваког да слободно располаже својим способностима за рад, да бира врсту активности и професије, те пружа гаранције у погледу сигурних услова рада, накнаде за рад, право на одмор, и право на заштиту од незапослености али не и право на заштиту од неоправданог отказа, доступно на:<http://www.constitution.ru/10003000/10003000-4.htm> последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

⁵⁰²Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, члан 12. (Сви Немци имају право на рад), доступно на:<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf> последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

⁵⁰³Constitución Española, члан 35. (Сви Шпанци имају дужност да раде и право на рад, слободан избор професије или трговине, напредовање кроз рад и довољну накнаду за задовољавање њихових потреба и породице, а приликом одређивања накнаде ни у ком случају не може се вршити дискриминација по основу пола), доступно на:http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

⁵⁰⁴Costituzione della Repubblica Italiana, члан 35.-37, доступно на:<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

⁵⁰⁵The Belgian Constitution (Legal Affairs and Parliamentary documentation Department of the Belgian House of Representatives D/2021/4686/04), члан 23, доступно на:https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

⁵⁰⁶Constitution de la République française, члан 5. доступно на: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

⁵⁰⁷Constituição de la Republica Portuguesa, члан 53, доступно на: <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf> последњи пут приступљено 08.04.2021. године.

⁵⁰⁸Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op.cit.*, стр. 720.

друштва као целине о питањима која не могу бити препуштена случајевима⁵⁰⁹. Први на листи националних извора права јесте акт са највишом правном снагом, Устав из 2006. године⁵¹⁰. Чланом 194. Устава обезбеђено је да ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права чине саставни део правног система Републике Србије, што је основ за примену наведених међународних извора. Такође, ниједан правни акт не може бити супротан ратификованим уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права. У области радног права свакако је најбитнији члан 60. Устава који обезбеђује законску (правну) заштиту у случајевима отказа уговора о раду, те правила у поступку отказа која не могу бити избегнута. Сва Уставом загарантована права су заштићена пред Уставним судом и могу бити предмет уставне жалбе.

Закон о раду (2005) регулише односе у потпуности у овој области, а односи се на све послодавце и све запослене у општем правном режиму, осим ако посебним законом није друкчије одређено. Матични закон регулише питања индивидуалних и колективних отпуштања, прихватљиве и неприхватљиве разлоге за отказ, процес и контролу отпуштања. Поред опште заштите од отпуштања, Закон о раду предвиђа посебну заштиту одређених категорија радника. Током трудноће, породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета, послодавац не може да раскине уговор⁵¹¹. Посебну заштиту уживају и раднички представници, с обзиром да законодавац изричито наводи да се оправданим отказним разлогом не сматра деловање у својству представника запослених. Тако, послодавац не може отказати уговор о раду, нити на други начин ставити у неповољан положај запосленог због његовог статуса или активности у својству представника запослених, чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима, а терет доказивања да отказ уговора о раду или стављање у неповољан положај није последица претходног наведеног је на послодавцу⁵¹². У случају колективног отпуштања, Закон регулише програм решавања вишка запослених, као и консултације са репрезентативним

⁵⁰⁹М. Миљковић, *op.cit.*, стр. 61.

⁵¹⁰Устав Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије" број 98/2006).

⁵¹¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл. 157. и 183.

⁵¹²Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл. 183 и 188.

синдикатом⁵¹³. Закон скривљеним повредама радне обавезе и нарушавањем радне дисциплине, као два отказна разлога, поставља темељ дисциплинској одговорности иако је изричито не помиње и ближе не уређује као посебну врсту правне одговорности запосленог. Како је отказ допуштен само из оправданих разлога, послодавац мора извести одређене процесне радње какоби их утврдио. Закон о раду као оправдане отказне разлоге на страни послодавца предвиђа: ако запослени не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради, ако је правоснажно осуђен за кривично дело⁵¹⁴ на раду или у вези са радом, ако се не врати на рад код послодавца у року од петнаест дана од дана истека рока мировања радног односа⁵¹⁵. Такође, послодавац може дати отказ запосленом који својом кривицом учини повреду радне обавезе под чиме се подразумева несавесно или немарно извршавање радне обавезе, злоупотреба положаја или прекорачење овлашћења, ако нецелисходно или неодговорно користи средства рада, ако не користи или ненаменски користи обезбеђена средства или опрему за личну заштиту на раду, ако учини другу повреду радне обавезе утврђену општим актом, односно уговором о раду. Послодавац може да откаже уговор о раду и запосленом који не поштује радну дисциплину, и то ако одбије да обавља послове и извршава налоге послодавца који су у складу са законом, ако не достави потврду о привременој спречености за рад или ако злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад, затим уколико дође на рад под дејством алкохола или других опојних средстава, односно употребе алкохола или других опојних средстава у току радног времена, које има или може имати утицај на обављање посла, ако је дао нетачне податке који су били одлучујући за заснивање радног односа, ако запослени ради на пословима са повећаним ризиком а одбије да буде подвргнут оцени здравствене способности, ако не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца⁵¹⁶. Уколико запослени ради на пословима са повећаним ризиком, послодавац га може упутити на одговарајуће анализе у овлаштене здравствене установе

⁵¹³Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл. 153-156.

⁵¹⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 184, отказ уговора о раду послодавац може дати запосленом најкасније до истека рока застарелости за кривично дело утврђено законом.

⁵¹⁵Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179. став 1. тачка 3.

⁵¹⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179. ст. 2. и 3.

коју одреди послодавца, о свом трошку. Запослени се мора подвргнути одговарајућем прегледу у супротном се сматра да постоји непоштовање радне дисциплине⁵¹⁷.

Запосленом може престати радни однос и ако за то постоје оправдани разлози који се односе на потребе послодавца⁵¹⁸. Сажето, када отказ уговора о раду иницира послодавац он то може учинити из разлога на страни запосленог (и то су две групе разлога: разлози везани за понашање и/или знање и способност радника) или разлог који се тиче оперативних захтева послодавца.

Чланом 180. Закона о раду, законодавац предвиђа да пре отказа о раду, у случајевима када је запослени правоснажно осуђен за кривично дело на раду или у вези са радом и ако се не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока мировања радног односа, послодавац мора запосленог писмено упозорити на постојање разлога за отказ уговор о раду и оставити му рок од најмање осам дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења. Ово упозорење треба да садржи следеће елементе: основ за давање отказа, чињенице и доказе који указују на то да су се стекли услови за отказ и рок за давање одговора на упозорење. Упозорење се мора доставити исто као и решење о отказу, дакле у просторијама послодавца или на адресу пребивалишта односно боравишта запосленог.

Законодавац уводи новину којом оставља могућност послодавцу да запосленом за повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине, ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос, уместо отказа уговора о раду, изрекне једну од следећих мера: привремено удаљење са рада без накнаде зараде, у трајању од једног до петнаест радних дана, новчану казну⁵¹⁹, опомену са најавом отказа у којој се наводи да ће послодавац запосленом отказати уговор о раду без поновног упозорења, ако у наредном року од шест месеци учини исту повреду

⁵¹⁷Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179. став 3. тачка 7.

⁵¹⁸Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179. став 5.

⁵¹⁹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179а, у висини до 20% основне зараде запосленог за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до три месеца, која се извршава обуставом од зараде, на основу решења послодавца о изреченој мери.

радне обавезе или непоштовање радне дисциплине⁵²⁰. Дакле, намера послодавца јесте градацијско кажњавање, односно да послодавац прибегне блажој санкцији када се год њоме може постићи сврха кажњавања, а да отказ уговора о раду остане као најдрастичнија мера за повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине.

Послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду запосленом који не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради писаним путем упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду. У упозорењу послодавац је дужан да наведе основ за давање отказа, чињенице и доказе који указују на то да су се стекли услови за отказ и да му остави рок од најмање осам дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења.⁵²¹ За запослене, који не остварују резултате рада или немају потребна знања и способности за обављање послова на којима раде, законодавац пружа већи степен заштите од отказа у односу на запослене којима би послодавац због других законом предвиђених разлога потенцијално могао отказати уговор о раду. Наиме, послодавац је обавезан да, пре изрицања било које мере, па и оне *ultima ratio* (отказа уговора о раду), да писано обавештење у вези са недостацима у раду, те упутствима и примереним роком за побољшање рада, а тек ако запослени не побољша рад у остављеном року, послодавац може приступити отказу уговора о раду. На овај начин законодавац предвиђа упозорење као *conditio sine qua non* за отказ уговора о раду услед неостваривања резултата рада или непоседовања потребних знања и способности за обављање послова. Задржана је одредба по којој запослени, уз изјашњење, може да приложи мишљење синдиката чији је члан, а послодавац је дужан да размотри приложено мишљење синдиката⁵²². Ипак мишљење синдиката ни на који начин не обавезује послодавца.

Иако предмет рада није отказ уговора о раду због потреба послодавца услед технолошких, економских или организационих промена, овде ћемо ипак поменути одредбу по којој послодавац који из поменутих разлога откаже уговор о раду не може на истим пословима да запосли друго лице у року од три месеца од дана престанка

⁵²⁰Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179а.

⁵²¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 180.

⁵²²Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 181.

радног односа⁵²³. Ако пре истека рока настане потреба за обављањем истих послова, предност за закључивање уговора о раду има запослени коме је престао радни однос⁵²⁴.

Оправданим разлогом за отказ уговора о раду не могу се сматрати лична својства запосленог: пол, језик, национална припадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго лично својство; привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења; као и одслужење или дослужење војног рока. Такође, посебну заштиту законодавац признаје посебним категорјама запослених, па оправдани отказни разлог не може бити ни коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета; чланство у политичкој организацији или синдикату, те деловање у својству представника запослених, у складу са законом; обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права запосленог⁵²⁵.

Уговор о раду отказује се решењем, у обавезном писаном облику, а саставни делови које решење мора имати јесу образложење (из разлога што се јасно мора утврдити да је отказни разлог из решења исти онај који је наведен у упозорењу) и поуку о правном леку. Достављање решења врши се у складу са правилима достављања у управном и парничном поступку, дакле, оно се мора доставити запосленом лично, у просторијама послодавца, односно на адресу пребивалишта или боравишта запосленог, а уколико ни један од наведених начина достављања није могућ, послодавац је дужан да о томе сачини белешку, те решење о отказу достави путем огласне табле и по истеку осам дана од дана објављивања на огласној табли, одлука о отказу сматраће се достављеном. Запосленом престаје радни однос даном достављања решења осим ако законом или решењем није одређен други рок. Запослени је дужан да наредног дана од дана пријема решења у писаном облику обавести послодавца ако жели да спор решава пред арбитром⁵²⁶.

⁵²³Осим у случају запосленог – особе са инвалидитетом или запосленог са здравственим сметњама којима је послодавац дужан да обезбеди обављање послова према радној способности.

⁵²⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 182.

⁵²⁵Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 184.

⁵²⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 185.

Послодавац је дужан да запосленом, у случају престанка радног односа, исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа у складу са општим актом и уговором о раду. Исплату горе наведених обавеза послодавац је дужан да изврши најкасније у року од 30 дана од дана престанка радног односа⁵²⁷.

Посебна заштита према позитивном праву пружена је радницима са породичним обавезама и представницима запослених. Наиме, за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду. За разлику од држава из окружења, према нашем позитивном праву, запосленој којој је уговором заснован радни однос на одређено време, радни однос се продужава до истека коришћења права на одсуство⁵²⁸. Послодавац не може да откаже уговор о раду, нити на други начин да стави у неповољан положај запосленог због његовог статуса или активности у својству представника запослених, чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима. Новина, и то јако позитивна, у нашем правном систему јесте одредба која предвиђа да је терет доказивања, да отказ уговора о раду или стављање у неповољан положај запосленог није последица статуса или активности, на послодавцу⁵²⁹. Према општим правилима парничног поступка странка која нешто тврди дужна је то и да докаже⁵³⁰. Имајући у виду специфичност радног спора, ова одредба је у пракси од великог значаја из разлога што је сада пребачен терет доказивања са запосленог на послодавца. Практично, за запосленог, који се у поступку појављује као тужилац, то значи да није на њему да доказује да је отказ резултат његових синдикалних активности. На запосленом је да пред судом учини вероватним ту чињеницу а терет доказивања да отказ није резултат синдикалног деловања је на

⁵²⁷Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 186.

⁵²⁸Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 187. Решење о отказу уговора о раду ништаво је ако је на дан доношења решења о отказу уговора о раду послодавцу било познато постојање околности из става 1. овог члана или ако запослени у року од 30 дана од дана престанка радног односа обавести послодавца о постојању околности из става 1. овог члана и о томе достави одговарајућу потврду овлашћеног лекара или другог надлежног органа.

⁵²⁹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 188.

⁵³⁰Закон о парничном поступку ("Службени гласник Републике Србије" бр. 125/2004 и 111/2009), члан 231.

послодавцу који дакле мора суд ван сваке разумне сумње убедити да отказ није последица синдикалног деловања.

Новина је и решење законодавца којим отказни рок везује за стаж послодавца. Запослени коме је уговор о раду отказан зато што не остварује потребне резултате рада, односно нема потребна знања и способности има право на отказни рок који се утврђује општим актом или уговором о раду, у зависности од стажа осигурања, а који не може бити краћи од осам нити дужи од 30 дана. Отказни рок почиње да тече наредног дана од дана достављања решења о отказу уговора о раду.⁵³¹

Запослени коме је радни однос престао има право да од послодавца захтева потврду која садржи датум заснивања и престанка радног односа и врсту, односно опис послова на којима је радио. На захтев запосленог послодавац може дати и оцену његовог понашања и резултата рада у самој потврди или у посебној потврди⁵³².

Меродавни прописи, као правне последице незаконитог престанка радног односа познају реинтеграцију (о којој суд никада не одлучује по службеној дужности него искључиво на захтев странке), компензациону накнаду (у износу од највише 18 зарада запосленог, односно у двоструком износу уколико се у току поступка докаже да постоје околности од стране послодавца које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ) да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио. Ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог⁵³³. Правне последице незаконитог престанка радног односа биће обрађене детаљније у наставку рада⁵³⁴.

⁵³¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 189. Запослени може, у споразуму са надлежним органом из члана 192. овог закона, да престане са радом и пре истека отказног рока, с тим што му се за то време обезбеђује накнада зараде у висини утврђеној општим актом и уговором о раду. По члану 36 код пробног рада отказни рок најкраће траје 5 радних дана.

⁵³²Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 189а.

⁵³³Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 191. Накнада штете утврђује се у висини изгубљене зараде, те припадајући порез и доприносе на зараду. Накнада се умањује за износ прихода које је

Joш једна категорија радника која ужива посебну заштиту од отпуштања су штрајкачи. Ова категорија није заштићена Законом о раду, него посебним законом који регулише област штрајка. Организовање штрајка или учествовање у штрајку под условима утврђеним Законом о штрајку (1996) не може да доведе до отпуштања, односно не може представљати законом, дозвољени отказни разлог⁵³⁵.

Закон о спречавању злостављања на раду (2010) предвиђа отказ као *ultima ratio* за запослене који узнемиравају своје колеге (после изречених мање строжих санкција, упозорења и са поновљеним узнемиравањем).⁵³⁶

Закон о забрани дискриминације (2009)⁵³⁷ забрањује дискриминацију по било ком основу, а посебно забрањује дискриминација у свим областима рада.⁵³⁸ Потоњи закон је важан јер пружа управну и судску заштиту и успоставља институцију

запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа, а што је резултат Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“ број 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“ број 31/93, „Службени лист СЦГ“ број 1/2003 – Уставна пovelја и „Службени гласник РС“ број 18/2020), члана 155.

⁵³⁴Погледати детаљније десети део рада Заштита права запослених у случају отказа уговора о раду због разлога везаних за њихове способности, Судска заштита, Правне последице незаконитог отказа.

⁵³⁵Закон о штрајку („Сл. лист СРЈ“ бр. 29/1996 и „сл. гласник“ бр. 101/2005 – др. Закон и 103/2012 – одлука УС), члан 14. Организовање штрајка, односно учествовање у штрајку под условима утврђеним законом не представљају повреду радне обавезе и не може за последицу имати престанак радног односа запосленог.

⁵³⁶Закон о спречавању злостављања на раду („Службени гласник РС“, број 36/2010), члан 23. Послодавац може запосленом који је одговоран за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радне дужности поред санкција прописаних законом, да изрекне једну од следећих мера: 1) опомена; 2) мера удаљења са рада од четири до 30 радних дана без накнаде зараде; 3) мера трајног премештаја у другу радну околину - на исте или друге послове, односно радно место, у складу са законом. Ако запослени, коме је због вршења злостављања изречена мера у року од шест месеци поново изврши злостављање, послодавац може да му откаже уговор о раду, односно изрекне меру престанка радног односа, у складу са законом.

⁵³⁷Закон о забрани дискриминације („Службени гласник Републике Србије“, бр. 22/2009 и 52/2021), члан 1.

⁵³⁸Закон о забрани дискриминације („Службени гласник Републике Србије“, бр. 22/2009 и 52/2021), члан 16. Законодавац забрањује дискриминацију у области рада, односно нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада, као што суправо на рад, на слободан избор запослења, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености. Заштиту од дискриминације осим лица у радном односу, уживају и сва друга лица која раде по флексибилним уговорима о раду, односно сва друга лица која по било ком основу учествују у раду. Не сматра се дискриминацијом прављење разлике, искључење или давање првенства због особености одређеног посла код кога лично својство лица представља стварни и одлучујући услов обављања посла, као и предузимање мера заштите према појединим категоријама лица (жене, труднице, породиље, родитељи, малолетници, особе са инвалидитетом и други).

Повереника за заштиту равноправности⁵³⁹ који је надлежан за кршење овог закона, а пракса указује да се дискриминација јавља углавном у области запошљавања.

2.2. Аутономни извори радног права

С појавом нових професионалних ризика појачава се улога државе и императивног радног законодавства, али истовремено јача и значај социјалних партнера, са тенденцијом контрактуализације радног права. Дакле, одређена питања која се законом уређују само поглавито, препуштају се социјалним партнерима на уређивање. Зато законодавство све више уводи бланкетне норме које упућују на колективне уговоре с тим што се међусобни однос закона и колективних уговора, као и међусобни однос колективних уговора уређује начелом *in favor laborem*. Аутономни извори права су специфични за радно право, а нарочито колективни уговори које не срећемо у осталим гранама права. Они се с обзиром на ниво закључивања могу поделити на опште, посебне и код послодавца⁵⁴⁰.

Иако је у нашем позитивноправном систему закључено је више колективних уговора, ипак не можемо говорити о развијености колективних преговора. Навешћемо само неке, на пример - Колективни уговори за Јавно предузеће „Пошта Србије“⁵⁴¹ Јавно предузеће „Службени гласник“⁵⁴², те посебне колективне уговоре за запослене у установама предшколског васпитања и образовања чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе⁵⁴³, за запослене у установама студентског стандарда чији је оснивач Република Србија⁵⁴⁴, за јавна предузећа у

⁵³⁹Закон о забрани дискриминације ("Службени гласник Републике Србије", бр. 22/2009 и 52/2021) повереник и поступак пред повереником регулисни су члановима 28-40 .

⁵⁴⁰G. Giugini, *op.cit.*, стр. 168-173.

⁵⁴¹Колективни уговор за Јавно предузеће „Пошта Србије“ ("Службени гласник Републике Србије" број 9/2018).

⁵⁴²Колективни уговор за Јавно предузеће „Службени гласник“ ("Службени гласник Републике Србије" број 77/2015, 79/2017 - Анекс I).

⁵⁴³Посебни колективни уговор за запослене у установама предшколског васпитања и образовања чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе ("Службени гласник Републике Србије" број 43/2017).

⁵⁴⁴Посебни колективни уговор за запослене у установама студентског стандарда чији је оснивач Република Србија ("Службени гласник Републике Србије" број 100/2015).

комуналној делатности на територији Републике Србије⁵⁴⁵, за државне органе⁵⁴⁶, за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика⁵⁴⁷, за Електропривреду Србије⁵⁴⁸, за социјалну заштиту у Републици Србији⁵⁴⁹, за установе културе чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе⁵⁵⁰, за делатност путне привреде Републике Србије⁵⁵¹, за хемију и неметале Србије⁵⁵², за грађевинарство и индустрију грађевинског материјала Србије⁵⁵³, за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије⁵⁵⁴, за радно ангажовање естрадно-музичких уметника и извођача у угоститељству⁵⁵⁵.

Наведени колективни уговори садрже одредбе које се директно или индиректно тичу области престанка радног односа, односно одредбе које се конкретније тичу отказа од стране послодавца. Тако послодавац који није испунио посебне здравствене услове за рад на радном месту са повећаним ризиком не може отпустити запосленог који одбије да ради на таквом радном месту⁵⁵⁶. Послодавац не може да откаже уговор о раду ни представнику запослених (председник синдикалне организације, синдикалне

⁵⁴⁵Посебни колективни уговор зајавна предузећа у комуналној делатности на територији Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије" број 27/2015, 36/2017 - Анекс I, 5/2018 - Анекс II).

⁵⁴⁶Посебни колективни уговор за државне органе ("Службени гласник Републике Србије" број 25/2015, 50/2015 - Анекс, 20/2018, 34/2018).

⁵⁴⁷Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије" број 21/2015).

⁵⁴⁸Посебни колективни уговор за Електропривреду Србије ("Службени гласник Републике Србије" број 15/2015, 38/2018).

⁵⁴⁹Посебни колективни уговор за социјалну заштиту у Републици Србији ("Службени гласник Републике Србије" број 29/2019).

⁵⁵⁰Посебни колективни уговор за установе културе чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе ("Службени гласник Републике Србије" број 10/2015).

⁵⁵¹Посебни колективни уговор за делатност путне привреде Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије" број 14/2018).

⁵⁵²Посебни колективни уговор за хемију и неметале Србије ("Службени гласник Републике Србије" број 77/2016).

⁵⁵³Посебни колективни уговор за грађевинарство и индустрију грађевинског материјала Србије ("Службени гласник Републике Србије" број 77/2016).

⁵⁵⁴Посебни колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Службени гласник Републике Србије" број 76/2016).

⁵⁵⁵Посебни колективни уговор за радно ангажовање естрадно-музичких уметника и извођача у угоститељству ("Службени гласник Републике Србије" број 23/2015).

⁵⁵⁶Посебан колективни уговор за здравствене установе чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе ("Службени гласник Републике Србије", број 1/2015), члан 66. Слично предвиђа и члан 19. Посебног колективног уговора за делатност путне привреде Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије", број 14/2018), те наводи да када представник запослених, односно Одбор за безбедност и здравље на раду, утврди да мере за безбедност и здравље запослених нису спроведене, запослени који због неспроведених мера у складу са законом одбије да обавља послове, не чини повреду радне обавезе и не може му се, по том основу, отказати уговор о раду. Слично и Колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", број 21/2015), члан 112, Колективни уговор за Електропривреду Србије ("Службени гласник Републике Србије", бр. 15/2015, 38/2018), члан 37. или Колективни уговор за Јавно предузеће „Пошта Србије”, Београд ("Службени гласник Републике Србије", број 9/2018), члан 121.

подружнице, синдикални повереник, чланови органа синдиката, председник окружног, градског, покрајинског и републичког одбора) за време обављања функције и по престанку функције, у складу са законом. Уговор о раду не може се отказати, осим због разлога наведених у Закону о раду, ни због достављања података или информација синдикату, а који су везани за обављање послова на којима запослени ради.⁵⁵⁷

Коначно, посебни колективни уговори предвиђају да организовање штрајка, односно учешће у штрајку који је организован у складу са Законом о штрајку, не представља повреду радне обавезе, не може бити основ за покретање поступка за утврђивање радне одговорности запосленог и не може за последицу имати престанак радног односа запосленог. Дакле и организовање, односно учешће у (законитом) штрајку такође представља забрањени - неоравдани отказни разлог.⁵⁵⁸

2.3. Потреба за стварањем когентних норми у области престанка радног односа - предности и недостаци аутономног регулисања предметних питања

Из претходног излагања, компарацијом садржине посебних колективних уговора закључених у нашој држави, можемо закључити да они не могу приуштити адекватну заштиту запосленима у овој области. Колективни уговори се не примењују на све запослене нити на све делатности, те би непостојање конгетних норми створило велике разлике које се не смеју толерисати у овој области. У свакодневном животу било које организације континуирано се јављају блажи или већи сукоби запослених и послодаваца који се, у принципу, превазилазе разговором и преговорима. Уколико се, ипак, на адекватан начин не може решити, сукоб се решава отказом. С обзиром на значај запослења, али и на права послодавца, потребно је наћи праву меру у регулацији радних односа, а нарочито престанка радног односа. Већ је у делу о дерегулацији и флексибилизацији радних односа било речи о проблему ригидних законских решења, али је указано и на мане флексибилизације. Дакле, битно је да отказ не буде незнатан

⁵⁵⁷Колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", број 21/2015), чл. 132. и 117. као и Колективни уговор за Електропривреду Србије ("Службени гласник Републике Србије", бр. 15/ 2015, 38/2018) чл. 82.и 37.

⁵⁵⁸Колективни уговор за Електропривреду Србије ("Службени гласник Републике Србије", бр. 15/2015, 38/2018), члан 81.

трошак послодавцу, јер би у том случају послодавац често прибегавао отпуштањима, те отказ не би био *ultima ratio*. Уколико је, пак, отказ трошак за послодавца запослени су у бољој позицији и то је подстицај за послодавца да пронађе канал за мирно решавање сукоба. Важност регулације сукоба везаних за отпуштања је нарочита у малим предузећима, где се радници у начелу не организују.⁵⁵⁹

С друге стране поступак отказа је питање које је од изузетног значаја за социјалне партнере, јер трошкови отказа утичу не само на доношење одлуке о отказу већ и на запошљавање. Тако је у упоредном праву указано на чињеницу да ригидна правила о отпуштању ометају запошљавање.⁵⁶⁰

Основи и случајеви отказа радног односа подлежу строгом режиму правних норми. Строга законска процедура престанка радног односа непосредно гарантује законитост отказа и оправданост разлога за давање отказа. Брана је злоупотреби права на отказ, неоправданом или немотивисаном отказу, отказу из обести или шикане те је потреба и нужност да закон пропише основе и случајеве престанка радног односа односно, уопште, правила о отказу, те да на тај начин искључи аутономију норми у овом питању.⁵⁶¹ Наш законодавац није утврдио минимална правила у области престанка радног отказа из разлога непоседовања знања и способности и изостанка резултата рада, осим што је предвидео упозорење пред отказ из овог разлога. То је разлог што у овом сегменту постоји ризик од злоупотребе послодавчевих овлашћења, а нарочито код иницирања престанка радног односа и услова за напредовање и стручно усавршавање. Чини се неопходним утврдити обавезу да се вредновање врши према унапред утврђеним и објективним мерилима, те да запослени буду претходно упознати са мерилима и начином вредновања резултата рада, што све може бити предмет колективних уговора. Такође, потребно је и у сам поступак отказа укључити запослене, односно савет запослених или синдикат.

⁵⁵⁹А. Alvarez Del Cuvillo, *op.cit.*, стр. 8.

⁵⁶⁰Р. Gimeno Diaz de Aauri, *op.cit.*, стр. 39.

⁵⁶¹М. Миљковић, *op.cit.*, стр. 62.

Део пети

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ КАО ОСНОВ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА

1. Уводна разматрања

Радни однос је добровољни однос између запосленог и послодавца, што значи да трајање и престанак тог односа преваходно зависи од њихових воља (слобода рада и слобода предузетништва).⁵⁶² Престанак радног односа, као правне везе два субјекта, подразумева гашење овлашћења његових субјеката да један од другог захтевају одређено чињење или нечињење на раду или у вези са радом, као и гашење њихових обавеза из радног односа.⁵⁶³ За престанак радног односа неопходно је постојање основа. Основи за престанак уговора о раду свде се на опште правне претпоставке за престанак радног односа, јер уколико оне не постоје нема ни престанка радног односа. Дакле, реч је о околностима које су тачно одређене у правном пропису, те чије непостојање односно неутврђење искључује могућност престанка радног односа.⁵⁶⁴ Радни однос може престати на основу воље његових субјеката и из разлога на које странке радног односа не могу утицати својом вољом, а који су такође предвиђени законом (ограничавање слободе рада и слободе предузетништва разлозима везаним за шире и јавне интересе).⁵⁶⁵ Да закључимо, радни однос престаје искључиво на начин предвиђен правним поретком, јер основ за престанак радног односа није ништа друго до животна чињеница којој правни поредак даје одређену тежину, односно околност коју је правни поретком учинио основом за престанак. Радни однос може престати на основу воље оба субјеката из тог односа, или једног од њих, а без потребе престанка другог субјекта радног односа, или пак на основу неке правне чињенице или природног догађаја, или на основу одлуке надлежног државног органа, али само на начин и из разлога прописаног законом, у складу са раније поменутиим начелом законитости престанка радног односа.⁵⁶⁶

⁵⁶²П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр.476.

⁵⁶³Б. Шундерић, *Радно право, op.cit.*, стр. 166.

⁵⁶⁴S. Dedić, J. Gradašević-Sijerčić, *op. cit.*, стр. 346.

⁵⁶⁵П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр.476.

⁵⁶⁶N. Tintić, *Osnovi radnog prava, op. cit.*, стр. 173.

У односу на различите класификације престанка радног односа⁵⁶⁷, уочљиво је да у већини њих постоји разлика у престанку радног односа по вољи субјеката радног односа и по сили закона. У оквиру престанка радног односа по вољи, постоје две подгрупе: споразумно (по вољи оба субјекта) и на основу воље једног од субјеката радног односа послодавца или запосленог. Независно од воље субјеката радни однос престаје из свих других разлога: због смрти запосленог, испуњавањем услова за старосну пензију, на захтев родитеља малолетног лица или одлуке надлежног органа и др.

Како год их класификовали, под основима или узорцима престанка радног односа разумеју се важећим правом утврђене правне претпоставке чијим се постојањем условљава могућност престанка радног односа. По утврђивању настанка било ког од важећим правом признатих основа доноси се одлука о престанку радног односа која може имати конститутивни и декларативни карактер.⁵⁶⁸

Престанак радног односа *quidem ipso jure*, дакле, независно од воље уговорних страна, везује се за следеће законске основе престанка уговора о раду, односно радног односа: истек времена на које је склопљен уговор о раду на одређено време, смрт запосленог, када запослени наврши 65 година живота и 15 година стажа осигурања ако се запослени и послодавац не договоре другачије, губитак радне способности, одсуство са рада у трајању дужем од шест месеца због казне затвора, ако запосленом буде изречена мера безбедности, васпитна или заштитна мера у трајању дужем од шест месеца, или забрана обављања послова ако послодавац не може да му обезбеди обављање других послова, те престанак рада послодавца.⁵⁶⁹

Како су запослени и послодавац на основу својих воља у уговорном односу, то значи да имају и могућност да једностраном изјавом воље, у складу са прописима, раскину радни однос.⁵⁷⁰ Престанак радног односа на основу воље субјеката може бити споразумни престанак радног односа, на основу обостране воље субјеката радног односа, који представља један од најбезболнијих начина за престанак радног односа. Међутим, до престанка радног односа може доћи на основу воље само једног од

⁵⁶⁷ О класификацијама смо већ говорили у првом делу рада.

⁵⁶⁸ Д. Р. Паравина, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 143.

⁵⁶⁹ Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл. 175. и 176.

⁵⁷⁰ П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 476

субјекта радног односа - на основу воље послодавца и на основу воље запосленог⁵⁷¹. Реч је, дакле, о престанку уговора вољом једне стране. Отказ је слободна једнострана изјава воље једне стране чије правно дејство није условљено пристанком друге стране о раскидању постојећег радног односа.⁵⁷² Ипак, за разлику од престанка уговора облигационог права, овде је битно која страна даје отказ. Ни ту није крај. Без обзира која страна формално даје отказ, још је важније ко га суштински даје, ко га је проузроковао, тј. ко је за отказ “крив” (пре свега због тзв. изнуђеног отказа). Због позиције послодавца, као јаче стране у оквиру радног односа, отказ уговора о раду на иницијативу послодавца је најпотпуније регулисани основ за престанак радног односа у радном законодавству. Притом послодавцу, као и запосленом, стоји на располагању редовни и ванредни отказ.⁵⁷³

У упоредном праву постоје слична решења. Тако, примера ради, законодавство Аустрије предвиђа да се радни однос може раскинути споразумно, једностраном вољом једне уговорне стране - отказом или оставком, истеком пробног рада или периода који је утврђен у уговору (на одређено време), и због економских тешкоћа послодавца. У Шведској поред споразумног и једностраног раскида (законодавац разликује отказ са обавештењем и без обавештења, у зависности од оправданог односно неоправданог разлога), радни однос престаје и пензионисањем, неиспуњавањем материјалних обавеза послодавца према запосленом, те истеком пробног периода у случају негативног исхода пробног рада.⁵⁷⁴ С друге стране, шпанско законодавство предвиђа седам отказних разлога, међу којима и „зле намере и злоупотребу поверења“.⁵⁷⁵

⁵⁷¹S. Dedić, J. Gradašević-Sijerčić, *op. cit.*, стр. 352.

⁵⁷²П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 476

⁵⁷³S. Dedić, J. Gradašević-Sijerčić, *op. cit.*, стр. 352.

⁵⁷⁴*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, op. cit.*, стр. 14-16.

⁵⁷⁵B. L. Adell, R. J. Adams „Thefts as cause for employment discipline: some comparative observations“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1993, стр. 93.

2. Појам отказа уговора о раду

Једно од осетљивијих питања радног права јесте питање отказа уговора о раду, односно једностраног раскида радног односа, а нарочито од стране послодавца. Отказ уговора о раду није само осетљиво питање у радном праву. То је значајно социјално и егзистенционално питање, које оставља последице на професионални, породични, материјални и здравствени статус појединца. Реч је, дакле, о комплексном питању са становишта различитих наука. Као што смо више пута у раду истакли, радно право настало је као заштитно право пре свега економски слабије стране. Област престанка радног односа јесте најосетљивија и деликатнија област радног права, нарочито за запослене који су правним (али и другим) последицама престанка радног односа умногоме више погођени него послодавци. Стога су и правна правила ове области усмерена, пре свега, на заштиту запослених. Наравно, то не значи да она не штите и интересе послодавца, али њихова примарна сврха јесте заштита радника. Тако, да би послодавац дао отказ он мора имати оправдани разлог и проћи кроз законом предвиђени поступак, за разлику од запосленог који без икаквог објашњавања и било какве процедуре може дати отказ, али у законском отказном року. У сваком случају, колико год да је економски надмоћнији, послодавац нема апсолутну аутономију приликом отказа уговора о раду, већ он може бити последица само разлога објективне природе, док на страни запосленог могу постојати како објективне тако и субјективне побуде за отказ уговора о раду.⁵⁷⁶

Отказ се може дефинисати као једнострана изјава воље, дата у складу са законом, једне уговорне стране учињена другој уговорној страни, у циљу престанка трајног односа који између њих постоји, чије правно дејство није условљено пристанком друге стране о раскидању постојећег радног односа, у случајевима када је овај однос заснован на неодређено време.⁵⁷⁷ Ипак, постоје и аутори који отказ

⁵⁷⁶Д. Симоновић, *op. cit.*, стр. 113.

⁵⁷⁷Тако: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 132, Р. Брковић, *op. cit.*, стр. 44-45, П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, 2015, стр. 333, Д. Р. Паравина, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 145. Отказ се дефинише и као једнострана изјава воље једног од субјеката усмерена на раскидање радног односа заснованог на неодређено време чије правно дејство није условљено сагласношћу воље другог субјекта, односно стране уговорнице. Када отказ даје послодавац, као економски јачи, запосленом, као економски слабијем субјекту, наведена дефиниција отказа уговора о раду већ одавно је на међународном и националном плану предата прошлости, А. Балтић, М. Деспотовић, *op. cit.*, стр. 283.

дефинишу као једностранни правни посао или једностранни правни акт.⁵⁷⁸ Дакле, слобода уговарања подразумева и слободу отказивања уговора, те радни однос може престати, између осталог, и изјавом воље једне уговорне стране. Појму отказ би требало дати комунитарно значење тако да тај појам обухвата одлуку односно акт, обавештење или решење о отказу а не да појам означава фактичко престајање радног односа.⁵⁷⁹

Када говоримо о отказу, о једностраном раскиду уговора о раду односно радног односа, говоримо о отказу уговора о раду на неодређено време. Уговор о раду на одређено време може бити отказан само ако у самом уговору буде предвиђена таква клаузула.⁵⁸⁰

Отказ је неспорно право обе уговорне стране. Међутим, законодавац не ограничава воље обеју страна. Због неспорне разлике у економској моћи настоји се ограничити подручје аутономије воље послодавца те на тај начин обезбедити одговарајућа заштита запосленом. Предње се постиже пре свега увођењем ваљаног разлога за отказ који мора бити објективан, везан за способност или понашање запосленог или за оперативне потребе послодавца. Само са таквим разлогом отказивања радног односа од стране послодавца сматраће се оправданим.⁵⁸¹

Отказом уговора о раду гасе се уговорне обавезе обеју страна. Тако престаје послодавчева обавеза исплате зараде и обавеза запосленог која се тиче извршавања радних задатака. Поред ових главних обавеза, гасе се и сва споредна права и обавезе из радног односа.⁵⁸²

Напред смо већ навели да је важније питање од формалног раскида уговора ко је фактички иницијатор (разликовање иницијативе за отказ од приписивања отказа). Фактички иницијатор, лице коме се може приписати отказ, јесте оно које би требало да сноси одговорност за отказ и последице отказа, те је јасно из ког разлога нам је

⁵⁷⁸N. Tintić, *Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi II, op. cit.*, стр. 185, G. Couturier, *Droit du travail*, Paris, 1990, стр. 177.

⁵⁷⁹ J. Heinsius, "The European Directive on Collective Dismissals and its implementation deficits", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2009, стр. 263.

⁵⁸⁰Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 731.

⁵⁸¹Д. Р. Паравина, *Радно право, op. cit.*, стр. 145. У Уставу, се такође, предвиђа да запосленима може престати радни однос против њихове воље под условима и на начин утврђен законом и колективним уговором. Са ослонцем на цитирано уставно начело законима и колективним уговорима утврђени су услови под којима послодавац може дати отказ, поступак отказивања, надлежни органи, образлагање одлуке отказни, рокови и отпремнина.

⁵⁸²A. Adlercreutz, B. Nystrom, *op. cit.*, стр. 115.

значајано да то утврдимо. У односу на овај критеријум, разликујемо отказ на иницијативу запосленог и отказ на иницијативу послодавца.

У односу на отказни разлог, отказ може бити редновни и ванредни, а од важности је због правила о отказном поступку и због различитих правних последица (запослени нема право на отказни рок код ванредног отказа, као ни право на новчану накнаду по основу осигурања за случај незапослености).

3. *Врсте отказа уговора о раду*

3.1. Отказ уговора о раду од стране послодавца и од стране запосленог: асиметрија овлашћења субјеката радног односа за иницирање престанка радног односа

У зависности од иницијатора (а не формалног подносиоца) отказа, отказ делимо на онај инициран од стране послодавца и отказ инициран од стране запосленог. То, даље, логично води закључку да отказ инициран од стране запосленог може бити приписан и послодавцу и запосленом, као и обратно. А зашто је битно утврдити ко је фактички иницијатор отказа? Из практичних разлога и због правних последица које услед тога могу настати. Видећемо у наставку рада да у случају када је запослени крив за отказ, да он не стиче тј. губи право по основу осигурања за случај незапослености. Уколико се отказ приписује послодавцу, независно од тога ко га иницира, отпуштени запослени стиче права по основу осигурања за случај незапослености, као и друга права у вези са престанком радног односа, на пример права да захтева поништај отказа, враћање на рад, отпремнину и накнаду штете.

Отказ инициран од стране послодавца се приписује послодавцу уколико се уговор отказује из економских разлога (технолошке измене, организациони, структурни и други слични разлози), што даје право запосленом на отказни рок и накнаду за отпуштање, права по основу осигурања за случај незапослености, као и право на предност при запошљавању код истог послодавца, ако у краћем року по отпуштању послодавца прибегава запошљавању на истим пословима⁵⁸³. Ипак, у случају када послодавац иницира отказ услед учињене повреде радне обавезе од запосленог (а што

⁵⁸³Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 732.

је као последицу имало изрицање дисциплинске казнетј.отказа), отказ се приписује запосленом, који, у том случају нема права на отказни рок, нити права на осигурања за случај незапослености⁵⁸⁴. Отказ инициран од стране послодавца се приписује запосленом и када запослени нема професионалне способности – неостварује предвиђене резултате рада потребне за обављање посла на којем ради⁵⁸⁵.

У раду је већ речено да запослени може отказати уговор о раду уз поштовање отказног рока, али без навођења разлога. Ипак, препоручљиво је, а због горе поменуте проблематике навести разлог за отказ у изјави о отказу. Навођење разлога је од значаја за питање приписивања отказа и стицање других права по основу осигурања за случај незапослености.

Отказ који иницира запослени се приписује запосленом и ако отказује уговор о раду на неодређено време и поред тога што послодавац испуњава обавезе из радног односа. Такође, запосленом се приписује отказ услед одбијања понуде за измену односно за закључење анекса уговора о раду о небитним елементима уговора⁵⁸⁶. С друге стране, када запослени иницира отказ услед неизвршавања обавеза послодавца из уговора о раду отказ се приписује послодавцу. Зато је битно да у отказу запослени наведе разлог отказа (иако он на то није обавезан законом) јер му следе сва права из радног односа као у случају да му је незаконито престао радни однос⁵⁸⁷.

Да послодавац и запослени нису фактички равноправни полазишна је идеја радног права. Ту фактичку неједнакост радно право доводи у равнотежу, управо, асиметријом овлашћења послодавца и запослених у области престанка радног односа. Потреба за асиметријом овлашћења у области престанка радног односа може се лако објаснити тежином последица које погађају субјекте радног односа, а које у значајнијој мери погађају запослене. Престанак радног односа изазива негативне последице и послодавцима, јер се отказ запосленог негативно одражава на организацију рада послодавца. Међутим, с обзиром на стопу незапослености и стање на тржишту рада, јасно је да ће лакше послодавац наћи новог запосленог него отпуштени запослени нови

⁵⁸⁴Осигурани ризик је невољна и нескривљена незапосленост. Вид. детаљније: Б.А Лубарда, *Увод у радно право, op. cit.*, стр. 521.

⁵⁸⁵Б. А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр.732.

⁵⁸⁶Ово стога што се измена небитних елемената уговора о раду сматра модификацијом начина извршавања рада као битног елемента уговора о раду. Б. А. Лубарда, *Радно право.Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 732.

⁵⁸⁷Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 178 став 2.

посао. Дакле, теже последице отказа сноси запослени, јер губитак посла утиче на обезбеђивање основних или пак искључивих средстава за издржавање за себе и чланова своје породице.⁵⁸⁸ Осим економских последица, отказ код запосленог производи и читав низ других последица. Запослени се развија кроз рад, социјализује, изграђује се као личност и друштвено биће. Често се запослени идентификују са послом и радном средином, а нарочито уколико проведу дуг временски период код истог послодавца.⁵⁸⁹

Запослени, у складу са начелом слободе рада, има право да оконча радни однос без икаквих ограничења, јер би у супротном постојао принудни рад. Ова слобода коригована је одредбом члана 178. Закона о раду на начин да је запослени ограничен формом и отказним роком. Дакле, запослени има право да послодавцу откаже уговор о раду, али отказ доставља послодавцу у писаном облику, најмање 15 дана пре дана који је запослени навео као дан престанка радног односа (отказни рок). Општим актом или уговором о раду може да се утврди дужи отказни рок, али не дужи од 30 дана.

Послодавац, с друге стране, не само да је везан отказним роком и писаном формом, него је ограничен и отказним разлогом и отказним поступком⁵⁹⁰. На тај начин спречавају се арбитрерни откази. Да би послодавац отказао уговор о раду, он мора имати ваљан разлог за то. Ваљани разлози предвиђени су законима, или су то сви они разлози које закон не наводи као забрањене. Дакле, законодавство сваке земље одређује који су то ваљани отказни разлози или их негативно дефинише на начин да одређује из којих разлога је отказ забрањен, или пак прихвата оба решења. Осим отказних разлога, законодавци предвиђају и поступак отказа који је увек сложенији када је послодавац иницијатор отказа уговора о раду.⁵⁹¹ Разлог због чега радно законодавство код једностраног раскида радног односа утврђује извесна правила треба потражити у чињеници да је запослени подређен послодавцу, како правно, тако и фактички, односно економски. С друге стране потребно је заштитити и процес рада послодавца због чега је запослени приликом давања отказа ограничен отказним роком. Дакле, правила постоје да би се заштитили интереси оне странке у радном односу којој је отказ дат (оправдано узајамно ограничавање слободе рада и слободе предузетништва). Међутим, асиметрија

⁵⁸⁸Б.Шундерић, Љ.Ковачевић, *op. cit.*, стр. 355.

⁵⁸⁹ Alan Hyde, "The idea of the idea of labour law: a parable" у: Guy Davidov, Brilian Langille (eds), *The Idea of labour law*, Oxford, 2011, стр. 88

⁵⁹⁰Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) чл. 179-187, а свакако ће о отказним разлозима и поступку отказа бити више речи у наставку рада.

⁵⁹¹М. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 133.

овлашћења и ограничења је јасно уочљива и лежи у чињеници да је запослени у радном односу слабија страна.⁵⁹² Како је послодавац „јача“ страна овог уговорног односа то су правила у вези са престанком радног односа, углавном, тако постављена и усмерена да штите превасходно интересе „слабије“ стране. Такође, код отказа уговора о раду од стране послодавца и држава има одређене интересе. Услед престанка радног односа, број незапослених расте, а са тим у вези расту и обавезе државе да незапосленима обезбеди извесну социјалну и економску сигурност.⁵⁹³

Послодавац право на отказ треба да користи у складу са економским и производним интересима, без злоупотребе. Супротно, запослени не би требало да злоупотребљавају своја права, са становишта уредног извршавања послова и задатака у процесу производње и пружања услуга.⁵⁹⁴

3.2. Врсте отказа у зависности од разлога за отказ

3.2.1. Лично и професионално условљени отказ уговора о раду

Зависно од оправданих разлога за редован отказ, а у складу са међународним стандардима, могуће је разликовати лично условљен отказ и пословно условљен отказ.

Лично условљени отказни разлози везују се за случајеве понашања радника, односно, прецизније речено, за случајеве скривљеног понашања запослених. Наиме, ако запослени не извршава обавезе из уговора о раду (из разлога који није оправдан и објективан) послодавац може редовно отказати уговор о раду. С друге стране, разлози

⁵⁹² Правно је подређен нормативној власти послодавца, те о правима, обавезама и одговорностима запосленог одлучује послодавац. Запослени је и економски подређен, јер ради средствима која су у својини послодавца и тако обезбеђује себи средства за живот. П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 477-480.

⁵⁹³ По основу права на рад, које је прописима зајемчено, држава је у обавези да омогући својим грађанима остваривање овог елементарног социјално-економског права у форми запослења или рада на други начин, а онима који су незапослени, а који могу и желе да раде, да обезбеди извесну социјалну и економску сигурност. Природно је да се право на рад остварује на прави начин – у форми запослења или другог рада и да се тако обезбеђује социјална и материјална сигурност људи. Права за случај незапослености јесу „сурогат“ права на рад. Сем тога, незапосленост може да има и веома озбиљне последице по социјалну и политичку стабилност једног друштва. Дакле, заинтересовани су сви (запослени, послодавци и држава) да се питање престанка радног односа правно регулише тако да се може помирити интерес запосленог да очува своје запослење са потребама процеса рада и интересима послодавца, као власника капитала. П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 477-480.

⁵⁹⁴ М. Миљковић, *op. cit.*, стр. 61.

за пословно условљен редовни отказ могу се наћи и на страни запослених и на страни послодавца. Пословно условљен отказни разлог на страни послодавца ослоњен је на престанак потребе за радом запослених због економских, техничких или организационих или других сличних разлога, или једном речју, због тешкоћа у којима се нађе послодавац. На страни запослених, пословно условљен разлог ослања се на професионална (не)знања запослених или неспособности за рад, због чега не оставрује очекиване предвиђене резултате рада. У оба случаја, реч је, дакле, о објективним разлозима. Дакле, оправдани отказни разлози деле се на пословно условљене – професионална знања и резултати рада и престанак потребе за радом запослених и лично условљене – скривљено понашање запосленог (отказ као дисциплинска мера).⁵⁹⁵ Тако рецимо законодавац Шаније предвиђа ову поделу тако што познаје отказ из лично условљених разлога, тј. отказ из дисциплинских разлога, док пословно условљен отказ означава отказ: из објективних разлога и из разлога економске потребе послодавца.⁵⁹⁶ Дисциплинско отпуштање је, наиме, везано за озбиљну и намерну повреду радне обавезе, док је објективно отпуштање узроковано невољним елементима. Дакле и код објективног отпуштања долази до повреде радне обавезе, али ненамерне, невољне, за разлику од претходне која је увек субјективне природе, односно са намером.⁵⁹⁷

3.2.2. Редовни и ванредни отказ

Поред поделе отказа у односу на иницијатора, срећемо и поделу отказа на редован и ванредни отказ, у зависности од тога који је разлог за отказ и отказни рок. Ова подела која се предвиђа експлицитно Законом о раду Р. Хрватске⁵⁹⁸ или имплицитно Законом о раду Р. Србије, а свој основ има у Конвенцији МОП број 158 и Препоруци МОП број 166. И ова подела, као и претходна, има практичан значај, због различитих правних последица отказа (право на отказни рок, право на новчану накнаду

⁵⁹⁵S. Dedić, J. Gradašćević-Sijerčić, *op. cit.*, стр. 352.

⁵⁹⁶*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, op. cit.*, стр. 42.

⁵⁹⁷A. Belen Munoz Ruiz, “Notas on Spanish Labour and Employment Regulations: termination with and without case under the Workers’ Statute”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, бр.1-2/2012, стр. 83.

⁵⁹⁸Zakon o radu („Narodne novine“ broj 93/2014, 127/2017, 98/2019), члан 115.

по основу осигурања за случај незапослености). Обе врсте отказа могу дати и послодавац и запослени.

Редовни отказ је једнострана одлука послодавца (или запосленог) о раскидању уговора о раду, у случају постојања оправданог разлога (или без обзира на разлог), уз право запосленика (односно послодавца) на отказни рок⁵⁹⁹. Дакле, за правилност одлуке о редовном отказу на иницијативу послодавца битна су кумулативно два услова: да је престанак радног односа ослоњен на ваљан законом предвиђен разлог и да је престанак радног односа праћен отказним роком, док код отказа на иницијативу запосленог имамо само један услов, а то је отказни рок. Уколико је подносилац отказа запослени, отказ није условљен ваљаним разлогом, али, већ смо у раду истакли, да је пожељно и да запослени наведе разлог за отказ, јер би се, уколико је реч о изнуђеном отказу радник пред судом могао изборити за своја права.

Редовни отказ гарантује право на отказни рок, а код неких врста оправданих отказних разлога гарантују се и нека друга права, попут упозорења и периода за откалањање уочених недостатака. Отказни рок је битан, јер у њему теку сва права из радног односа, а сам радни однос престаје тек истеком прописаног или уговореног отказног рока⁶⁰⁰. Како било, важно је истаћи да је и ова врста отказа крајња мера која је допуштена ако се на други начин не могу решити проблеми између послодавца и запосленог (као крајња мера се и јавља након што се запосленом оставља простор да отклони недостатке у раду).

Моментални или како се чешће у теорији означава ванредни отказ је једнострани правни акт послодавца или запосленог којим се, а због изузетно тешке повреде обавезе из радног односа или друге изузетно важне чињенице, окончава радни однос у ситуацији када није оправдано ни реално очекивати од уговорних страна да остану у уговорном односу⁶⁰¹. Дакле, наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе уговорне стране, није могућ.⁶⁰² Ванредни отказ везује се, дакле, за једнострано раскидање уговора о раду због повреде радних обавеза (од стране запослених или послодавца). У случају када послодавац даје отказ, а због тежих повреда радних обавеза из уговора о раду које су такве природе да није основано

⁵⁹⁹P. Gimeno Diaz de Atauri, *op. cit.*, стр. 34.

⁶⁰⁰I. Crnić, *Otkaz ugovora o radu*, Zagreb, 2013, стр. 29-30.

⁶⁰¹Не треба заборавити да је уговор о раду уговор који се закључује *intuitu personae*.

⁶⁰²I. Crnić, *op. cit.*, стр. 60.

очекивати од послодавца да запослени настави радни однос, послодавац може отказати уговор о раду без обавезе поштовања отказног рока. Велику полемику изазива питање да ли код озбиљног кршења уговора о раду моментално долази до раскида уговора. Врховни суд Велике Британије је у случају *Geys v Société Générale* заузео је став да се уговор не раскида аутоматски⁶⁰³.

При томе је послодавац дужан да омогући запосленом да изнесе своју одбрану, осим ако не постоје околности због којих није оправдано очекивати од послодавца да то учини. Међутим, у случају спора пред надлежним судом, послодавац је дужан да докаже постојање разлога за отказ. У Белгији озбиљан разлог за отказ без било какве најаве јесте сваки онај разлог који искључује било какву могућност за даљу професионалну сарадњу.⁶⁰⁴

Исти разлог за отказ, али у зависности од квалификације односно тежине, може бити узрок редовном односно ванредном отказ. Тако понашање запосленог за последицу може имати и редовни и ванредни отказ. У Немачкој, редовни отказ са отказним роком може бити „активиран“ за блаже облике повреда радних обавеза запосленог. Тада се може очекивати да запослени настави са радом код послодавца и да после упозорења не прави исте или сличне пропусте. Такође, постоји и скраћена врста отказног поступка у случајевима када је оправдано раскинути уговорну везу пре отказног рока. То је ситуација када запослени незаконито присвоји имовину послодавца и када се од послодавца не може очекивати да и даље верује запосленом и остане у уговорном односу са њим.⁶⁰⁵

С друге стране, у Шведској се разликује отказ уз отказни рок када је отказ дат из објективних разлога, дакле разлога који се не могу приписати у кривицу запосленом, и без отказног рока, који се јавља као последица учињене озбиљна повреде радне обавезе или правила понашања, а које се не могу приписати објективним околностима.⁶⁰⁶ Надаље, швајцарско право познаје две врсте отказа: због неспособности за рад и због злоупотребе права. Реч је отказима са различитим ефектима. У првом случају, пружа се апсолутна заштита од отказа. Ту је, заправо, реч о редовном отказу и ни на који начин

⁶⁰³A. Burrows, „What is the effect of a repudiatory breach of a contract of employment?“ *Industrial Law Journal*, број 3/2013, стр. 281–288.

⁶⁰⁴B. L. Adell, R. J Adams, *op. cit.*, стр. 93.

⁶⁰⁵S. Wekel, „German Labour Courts Struggle with Trifles“, *Labour Law Journal*, број 2/2010, стр. 280-283.

⁶⁰⁶*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, op. cit.*, стр. 41.

не може доћи до ванредног, те се морају поштовати сва правила и процедуре. У другом случају, уговор се може раскинути по правилима за редовни или ванредни отказ, с тим што уколико дође до ванредног отказа гарантује се право на обештећење.⁶⁰⁷

Било редовни, било ванредни, отказ на иницијативу послодавца мора бити ослоњен на ваљане отказне разлоге (пословни разлози, скривљено понашање запосленика, рад запосленог), мора бити дат у писменој форми и мора бити образложен, како би био ваљан и законит.⁶⁰⁸

3.3. Посебне врсте отказа

3.3.1. Одобрени отказ

Посебне врсте отказа јесу све оне врсте отказа које наше позитивно право не познаје, али које се дешавају у пракси, и препознате су у упоредном праву и у нашој правној теорији. Одобрени отказ настаје као заштитни радноправни институт у недостатку оправданих отказних разлога за отказ. Настаје, дакле, као брана апсолутном праву послодавца на отказ уговора о раду. У овом случају, послодавац може дати отказ запосленом, али само уз сагласност надлежног органа (управни, државни) или тела (трипартитна тела), у супротном отказ се сматра ништавим. Може се рећи да је овај институт данас превазиђен и да се евентуално користи у циљу посебне заштите најрањивијих категорија запослених у овој области (области престанка радног односа), на пример представника запослених или лица с инвалидитетом.

У случају отпуштања представника запослених ово је посебан вид заштите која је неопходна због улоге коју ова лица имају у представљају, заштити и унапређивању интереса запослених. Заштита од отказа је први пут и уређена у контексту забране антисиндикалне дискриминације.⁶⁰⁹ У нашем законодавству, до измена Закона о раду од 2014. године, послодавцу је било забрањено да откаже уговор о раду члановима савета запослених, представницима запослених у управном и надзорном одбору

⁶⁰⁷А. Berenstein, Р. Mahon, J.-P. Dunand и М. Schaffter Vacheran, *op. cit.*, страна 145.

⁶⁰⁸Закон о раду Р. Хрватске предвиђа да се ванредни отказ може дати само у року 15 дана од дана сазнања за чињеницу на којој се отказ темељи. Закон о раду („Narodne novine“ број 93/2014, 127/2017, 98/2019), члан 116.

⁶⁰⁹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 169.

послодавца, председнику синдиката код послодавца и именованом или изабраном синдикалном представнику за време обављања функције и годину дана по престанку. Могућност отказа постојала је у случају када представник запослених одбије послодавчеву понуду за премештај на други посао или за примену неке друге мере за запошљавање вишка запослених али само уз одобрење односно сагласност министарства надлежног за послове рада. У таквим околностима, послодавац би у писменом облику сачинио образложен захтев за давање одобрења односно сагласности са отказом коју би потписао министар или лице које он овласти. Без ове сагласности послодавац није могао донети решење о отказу, односно без сагласности отказ би био незаконит. Нажалост, законске новине од 2014. изоставиле су заштитни механизам који се тица сагласности министарства са отпуштањем представника запослених.

У француском праву, за отказ представника запослених потребна је сагласност инспектора рада, без обзира на отказни разлог. Уз то, у зависности од отказног разлога, поред инспектора у отказну процедуру укључују се и савет запослених и привредни суд. Тако, ако се даје отказ због способности и понашања запосленог мора се консултовати и савет запослених, а ако је реч о економском разлогу о отказу одлучује привредни суд, уз одобрење министарства. У сваком случају, када инспектор прими захтев за одобрење отказа, приступа се контрадикторном испитивању послодавца и запосленог. Додатно, ако је реч о дисциплинском отказу неопходно је да се инспектор најпре увери да отказ није повезан са функцијом представника запосленог, нити са чланством запосленог у синдикату. Тек потом се инспектор упушта у сврсисходност отпуштања, односно испитује да ли су разлози довољно озбиљни да оправдају отпуштање. Да је одобрење за отказ од суштинског значаја говори и чињеница да инспектор има овлашћење да ускрати одобрење за отказ чак и ако је представник запослених учинио скривљену повреду радне обавезе, уколико је таква одлука инспектора неопходна за заштиту општег интереса. Тако је Државни савет сматрао оправданим ускраћивање одобрења због очувања представљања запослених у једном предузећу. С друге стране, одобрење се не може ускратити уколико би за последицу имало прекомерно оштећење послодавчевих интереса.

Одобрени отказ се у упоредном праву среће код још једне категорије запослених, лица са инвалидитетом. Аустријско и немачко право условљавају отказ уговора о раду сагласношћу надлежног регионалног јавног тела које се стара о интересу запослених са

инвалидитетом да сачувају запослење. Ако ово тело ускрати сагласност запослени је аутоматски заштићен од отказа без потребе да против послодавац покреће одговарајући поступак, односно без овакве сагласности послодавац не може дати отказ, а уколико би га дао отказ би био незаконит.⁶¹⁰ Дакле, из претходног излагања можемо закључити да се одобрени отказ повезује за заштитом посебних категорија запослених о чему ће, такође, више речи бити у наставку рада.

3.3.2. Изнуђени отказ

У раду је већ речено да запослени може отказати уговор о раду уз поштовање отказног рока, али без навођења разлога. Такође, речено је и да се формални и фактички иницијатор отказа не морају поклапати, односно да, на пример, може запослени отказати уговор о раду али да се отказ може приписати послодавцу као фактичком иницијатору. Такође смо навели да запослени не мора навести разлоге за отказ, али да је управо због проналажења “кривца” за отказ то пожељно. Због ове врсте отказа, препоручљиво је, наиме, да запослени када отказује уговор о раду, наведе разлог за отказ. Навођење разлога за иницирање отказа од запосленог јесте пожељно јер се отказ може приписати послодавцу, а што за последицу има, као што смо већ објаснили, низ права на страни запосленог. Примера ради, у праву Новог Зеланда ова конструкција служи да суд оставку запосленог (дакле отказ који је дао запослени) третира као отказ уговора о раду (на иницијативу послодавца).⁶¹¹ Наведена могућност постоји, пре свега, у случајевима у којима је запослени иницирао престанак радног односа због рада у непријатељском, понижавајућем или увредљивом радном окружењу, односно због неких других разлога који одређену радну средину чине неподношљивом, наравно под условом да у судском поступку буде утврђено постојање битних елемената злостављања на раду.⁶¹² Понашање послодавца се не исцрпљује узнемиравањем запосленог. Оно се може односити и на повреде било којих других права из радног

⁶¹⁰Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 170-172.

⁶¹¹G. Anderson, *op. cit.*, стр. 140.

⁶¹²У упоредном праву ти случајеви се квалификују као посебна врста отказа чије је иницирање, заправо, изнуђено, будући да је запослени жртва сексуалног или психичког узнемиравања на раду. Реч је о такозваном конструктивном отказу, који познају државе са англосаксонском правном традицијом. Конструктивни отказ постоји онда када је запослени у знак протеста послодавцу дао отказ због његовог понашања. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 140.

односа (повреде свих основних права, попут неисплаћивања зараде, ускраћивање коришћења годишњег одмора или захтевања обављања задатака који не одговарају способностима запослења, исплата ниже зараде, одлагање исплате зараде, неосновано удаљавање запосленог са рада, озбиљно мењање садржаја обавезе запосленог или распореда његовог радног времена или места рада). У сваком случају, послодавац ствара (и одржава) отежане или чак неподношљиве услове рада. Из тих разлога повлачење запосленог из радног односа постаје неизбежно. До изнуђеног отказа може доћи и у случају изрицања несразмерно високе дисциплинске мере или арбитрерног и каприциозног поступања према запосленом.

Изнуђени отказ подразумева, дакле, случајеве отказа у којима је једна уговорна страна приморана да другој да отказ због тога што друга страна озбиљно крши уговорне обавезе што резултира нарушавањем узајамног поверења. Практичан значај овог института јесте у последицама изнуђеног отказа. У упоредном праву преовладава решење да такав отказ производи исте последице као и незаконит отказ од стране послодавца, што, даље, значи да запослени има право да захтева враћање на рад и накнаду штете, као и новчану накнаду за случај незапослености.⁶¹³

Овде је, међутим, дискутабилна реинтеграција запосленог, с обзиром на то да до изнуђеног отказа долази због “непријатељства” послодавца и запосленог, које мора бити већих размера чим је резултирало отказом уговора од стране запосленог. Чини се примеренијим решење по коме би запосленом следовала новчана накнада. Законом о раду (2005) било је предвиђено да ако запослени откаже уговор о раду, због од стране послодавца учињене повреде обавеза утврђених законом, општим актом или уговором о раду, има сва права из радног односа као у случају да му је незаконити престао радни однос.⁶¹⁴ На жалост у међувремену су усвојене новеле Закона о раду, укључујући новелу од 2014. године, којом је ово решење напуштено.

⁶¹³Интересантан пример наилазимо у француском законодавству, које квалификује као изнуђени отказ отказ од стране запосленог због довољно озбиљних повреда које је учинио његов послодавац. Запослени, у начелу, треба да докаже постојање чињеница на које се позива да би „оправдао“ изнуђени отказ. Од овог правила постоји изузетак-тиче се отказа који запослени даје после незгоде на раду до које је дошло због неприлагођавања места рада препорукама службе медицине рада. У том случају, запослени не мора да доказује чињеницу на коју се позива, јер према Законику о раду послодавац има обавезу да обезбеди безбедност и здравље запослених. Зато послодавац треба да докаже да је организовао радно место сагласно препорукама службе медицине рада (све мере које служба предложи, имајући у виду старост, физичку издржљивост, стање физичког и менталног здравља запосленог). Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 141-142.

⁶¹⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије"бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13), члан 178.

3.3.3. Незаконит отказ

Институт незаконитог отказа има вишеструку димензију: правну, економску, социјалну, етичку. Неправилност отказивања уговора о раду повређује императивно право, али је такав отказ противан и социјалним нормама, добрим радним обичајима, етичким постулатима.⁶¹⁵ Али, најпре, да видимо шта је незаконит отказ. Незаконит отказ је онај отказ (који је оправдан или неоправдан) код кога је дошло до повреда правила о отказном поступку. Дакле, повреда правила поступка, повреда процесног права чини отказ незаконитим. То, даље, значи да отказ може бити дат из законом предвиђених отказних разлога, али услед пропуста у отказном поступку, такав раскид уговора биће незаконит. Дакле, није реч о суштинској грешци него формалној. Према нашем позитивном праву, у такве, формалне грешке, спадају ако решење није донело овлашћено лице или је донето по протеклу преклузивних рокова, ако је решење о отказу донето истог дана кад и упозорење, без остављања законског рока за изјашњење о разлозима који су запосленом стављени на терет, ако решење о отказу није уручено лично запосленом, ако разлози за отказ из упозорења нису исти као разлози за отказ из одлуке о отказу, или, пак, ако решење о отказу не садржи идентификацију повреде радне обавезе у погледу начина, времена и места извршења⁶¹⁶.

С друге стране, у Немачкој, отказ је незаконит уколико у току поступка није консултован савет запослених.⁶¹⁷ Дакле, могуће је да је отказ дат из законом предвиђеног разлога, али услед пропуста у поступку давања отказа (у предњем случају, консултовање савета запослених) раскид уговора је незаконит. Из тога закључујемо да није реч о суштини него форми, те се поставља питање целисходности поништења решења о отказу. Како незаконит отказ подразумева повреду објективног права, основне правне последице су поништење решења о престанку радног односа, враћање отпуштеног радника на рад и накнада штете. У немачком праву, чак и када суд утврди незаконитост отказа, на захтев послодавца могуће је да дође до раскида уговора са

⁶¹⁵Д. Симоновић, *op. cit.*, стр. 113.

⁶¹⁶М. Поповић, *op. cit.*, стр. 116.

⁶¹⁷*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, op. cit.*, стр. 41.

позивањем на чињеницу да се не може више очекивати сарадња двеју страна, али се у том случају досуђује паушална накнада чији су минимални износи утврђени законом (до 12 месечних зарада), с тим да се накнада увећава уколико је запослени био у радном односу дуже време код послодавца и ако је навршио одређену животну доб. Имајући у виду да радни спорови и у Немачкој (и то упркос специјализацији судства) дуго трају, најчешће се закључују поравнања у поступку пред првостепеним судом, па је отуда исплата накнаде чешћа од реинтеграције. Ако, пак, не дође до поравнања и ако првостепени радни суд нађе да је отказ незаконит, отпуштени радник има право да настави са радом код послодавца до доношења правоснажне пресуде апелационог радног суда, а и пракса Савезног радног суда иде у прилог реинтеграцији како у случајевима отказа из разлога понашања, тако и из наводних економских разлога.⁶¹⁸

3.3.4. Тзв. бланко отказ

Бланко отказ забрањен је позитивним правом. Законодавац изричито предвиђа да послодавац не може условљавати заснивање радног односа претходним давањем изјаве о отказу уговора о раду од стране кандидата.⁶¹⁹ Овакав отказ противан је, дакле, принудним прописима. Ради се о манипулацији запосленог од кога се при заснивању радног односа тражи тзв. предујам отказа који ће се активирати у неком будућем времену, ако и када то послодавац буде желео. У зависности од процене и воље послодавца зависи да ли ће се фиктивни отказ „активирати“, а ако се „активира“ запослени може пред судом поднети тужбу за утврђење ништавости.⁶²⁰

У судској пракси указује се на потребу разликовања бланко отказа од споразумног престанка радног односа. Наиме, дешава се да послодавци приликом закључења уговора о раду дају запосленима да потпишу бланко отказ, који накнадно активирају као споразумни престанак уговора о раду. Како од стране законодавног тела није препозната потреба да се детаљније регулише овај сегмент радног права, остаје на судској пракси да заузме одређене ставове и попуни правне празнине у овој области. Тако је, примера ради, Апелациони суд у Новом Саду заузео став да „изјава запосленог

⁶¹⁸Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр.746.

⁶¹⁹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 26 став 4.

⁶²⁰В. Марковић, *op. cit.*, стр. 18-19.

дата унапред, потписивањем бланко раскида уговора о раду без датума престанка, дата приликом заснивања радног односа на захтев послодавца не производи правно дејство и таква изјава, односно бланко раскид уговора о раду је ништав и то у смислу члана 103. Закона о облигационим односима⁶²¹. Сличан став заузет је у једној пресуди Врховног касационог суда, у којој је изјава запосленог према којој запослени жели да му радни однос престане са даном 31.12.2010. године, такође, ништава, имајући у виду да је запослени тужио послодавца због незаконитог отказа. Наиме, послодавац је дао запосленом отказ уговора о раду, а навео да је реч о споразумном престанку радног односа, имајући у виду изјаву запосленог да жели да му престане радни однос. Спорна изјава дата је бланко, приликом закључења уговора о раду, а запослени ју је том приликом потписао јер му је послодавац рекао да је потребно да се то писмено потпише како би га пријавио код надлежног органа.⁶²² Међутим, Врховни касациони суд заузео је и став да је на запосленом терет доказивања да је приликом заснивања радног односа потписао и бланко отказ уговора о раду,⁶²³ па је питање на који начин запослени може да докаже ову чињеницу. С тим у вези не би било лоше да законодавац у неким будућим новелама усвоји решење по којем би се споразумни раскид уговора о раду или једностранни раскид од стране запосленог оверавали код јавног бележника или пред органом управе. Тако се бланко потписи не би могли искористити против воље запосленог. Такође, будуће новеле би могле у оваквом понашању послодавца препознати прекршај и као такав га и санкционисати.

⁶²¹Пресуда Апелационог суда у Новом Саду број ГЖ1. 413/15 од 14.05.2015. године.

⁶²²Погледати одлуку Врховног касационог суда број Рев 2 2175/2015 од 02.06.2016. године.

⁶²³ Одлука Врховног касационог суда, број Рев 2 166/2015 од 11.02.2016. године.

Део шести

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ НА ИНИЦИЈАТИВУ ПОСЛОДАВЦА

1. Уводна разматрања

Радни однос, као двостран однос заснован на уговору о раду, може бити отказан од било које уговорне стране.⁶²⁴ Међутим, до престанка радног односа без пристанка (сагласности) запосленог може доћи само ако се претходно тачно и недвосмислено утврди постојање чињеница и услова утврђених законом. Нажалост, у пракси најчешћи законом утемељени случај престанка радног односа без воље радника је отказ на иницијативу послодавца.⁶²⁵

Стога су и правна правила ове области усмерена, пре свега, на заштиту запослених. Наравно, то не значи да она не штите и интересе послодаваца, али примарна сврха јесте заштита радника. Тако, да би послодавац дао отказ он мора имати унапред законом или другим општим актом предвиђени оправдани разлог⁶²⁶ и проћи кроз законом предвиђени поступак, за разлику од запосленог који без икаквог објашњавања и било какве процедуре може дати отказ, али у законском отказном року.⁶²⁷ Ипак, у пракси су и поред свих законских заштита које имају за циљ спречавање самовоље и

⁶²⁴ В. Брајић, *Радно право, Радни односи, други односи рада и социјално осигурање, оп. cit.*, стр. 400.

⁶²⁵ S. Dedić, J. Gradašević-Sijerčić, *op. cit.*, стр. 351.

⁶²⁶ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1596/17 од 21.12.2017. године. Послодавац запоселеном може отказати уговор о раду само из разлога прописаних законом, општим актом послодавца или уговором о раду. Из образложења: "... Према утврђеном чињеничном стању, тужени је извршавајући правноснажну пресуду, вратио тужиоца на рад закључујући са њим анекс уговора о раду. Међутим, како је одлуком Врховног касационог суда та пресуда укинута, и предмет враћен на поновно суђење, тужени је донео оспорено решење, којим је отказан уговор о раду и анекс уговора о раду. Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, побијаном пресудом је одбијен тужбени захтев за поништај решења туженог о отказу уговора о раду, јер су судови закључили да је укидањем правноснажне пресуде од стране Врховног касационог суда, отпао основ за закључење уговора о раду, због чега је исти у смислу чл. 51. и 52. Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“ број 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“ број 31/93, „Службени лист СЦГ“ број 1/2003 – Уставна повеља и „Службени гласник РС“ број 18/2020), ништав. Основано се ревизијом тужиоца указује да се наведени закључак судова заснива на погрешној примени материјалног права. Наиме, оспореним решењем тужени је тужиоцу отказао уговор о раду, а разлози за отказ уговора о раду од стране послодавца прописани су одредбом члана 179. Закона о раду („Службени гласник РС“ број 24/05) и односе се на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца. Укидање одлуке суда којом је запослени враћен на рад, није као отказни разлог предвиђен овом одредбом, а није предвиђен ни закљученим анексом уговора о раду, да би законито могао бити употребљен. Тужени је са тужиоцем закључио анекс уговора о раду на неодређено време (члан 1. уговора) у коме су и наведени разлози за евентуални отказ (члан 10), без икаквих ограничења или услова везано за одлуку суда по ревизији коју је тужени као послодавац изјавио Врховном касационом суду".

⁶²⁷ З. Ивошевић, *Радно право*, Београд, 2012, стр. 263.

арбитрности запослени и даље у далеко неповољнијем положају. Субјекти радног односа не могу се одрећи права на отказ јер нити послодавац може бити принуђен да задржи запосленог у радном односу (запосленог чије је, на пример, понашање неподношљиво, или који нема потребна знања за обављање посла) нити запослени може бити принуђен да ради за послодавца (запослени, на пример, може наћи новог послодавца који му пружа боље услове рада). Код отказа уговора о раду, за разлику од било ког другог основа престанка радног односа, долази до својеврсног конфликта. У пракси отказ је готово увек праћен неким сукобом, па не чуди чињеница да је развој права о отказу отишао до те мере да у неким правним системима чини подграну радног права - отказно право.⁶²⁸

2. Разлози за отказ уговора о раду од стране послодавца

2.1. Општа разматрања

Да би послодавац отказао уговор о раду запосленом он мора имати ваљан разлог и мора га навести у решењу о отказу⁶²⁹. То је први и основни услов за једнострани раскид уговора о раду на иницијативу послодавца, за разлику од запосленог који не мора имати разлог за отказ нити га мора наводити (мада смо у раду већ напоменули да је због евентуалног судског спора то пожељно, јер формални иницијатор отказа не мора бити и фактички). У страним правима, ваљани отказни разлози најчешће су таксативно наведени и тичу се понашања и способности запосленог, односно оперативних потреба послодавца. Тако је, примера ради, у Бугарској, Белорусији, Мексику, Панами, Португалу, Русији, Хрватској, Чешкој, Шпанији. Мање одређени отказни разлози су најчешће дефинисани као “оправдани” или “стварни и озбиљни” разлози за отказ и предвиђени су, на пример, законодавством Туниса (што и није најбоље решење јер се у случају спора за сваки конкретан случај мора утврдити шта је оправдани односно

⁶²⁸Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 131.

⁶²⁹Незаконито је решење којим послодавац раскида уговор о раду са радником ако у решењу не наведе коју радну обавезу је радник повредио. Пресуда Кантоналног суда у Травнику ГЖ 464/05 од 17.11.2005. године.

стварни и озбиљни разлог за отказ).⁶³⁰ Ваљане разлоге за отказ предвиђа наше позитивно право, позитивно или негативно одређене, или пак и једне и друге, што је, сложићемо се са професором Јовановићем⁶³¹. У складу са нашим позитивним правом, оправдани отказни разлози могу бити лично или професионално условљени. Лично условљени отказни разлози тичу се понашања запосленог, а професионално условљени тичу се професионалних знања и резултата рада запосленог и потреба послодавца. Две групе разлога су на страни запосленог и једна на страни послодавца.

Закон о раду, наиме, предвиђа да послодавац може отказати уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог и његово понашање. Такође, законодавац наводи и који су то конкретни разлози, те тако набраја да је оправдани отказни разлог ако запослени не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради; ако је правноснажно осуђен за кривично дело на раду или у вези са радом; ако се не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока мировања радног односа, односно неплаћеног одсуства. Такође, законодавац наводи и да послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који својом кривицом учини повреду радне обавезе, и то: ако несавесно или немарно извршава радне обавезе; ако злоупотреби положај или прекорачи овлашћења; ако нецелисходно и неодговорно користи средства рада; ако не користи или ненаменски користи обезбеђена средства или опрему за личну заштиту на раду; ако учини другу повреду радне обавезе утврђену општим актом, односно уговором о раду. Послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који не поштује радну дисциплину, и то: ако неоправдано одбије да обавља послове и извршава налоге послодавца у складу са законом; ако не достави потврду о привременој спречености за рад у складу са законом; ако злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад; због доласка на рад под дејством алкохола или других опојних средстава, односно употребе алкохола или других опојних средстава у току радног времена, које има или може да има утицај на обављање посла; ако његово понашање представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду и у вези са радом, независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак за кривично дело; ако је дао нетачне податке који су били одлучујући за заснивање радног односа;

⁶³⁰*Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, стр. 33-34. У неким земљама се оправдани разлог предвиђа само за отказ без упозорења, као на пример у Катару, Турској и Тајланду.

⁶³¹П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, стр. 322-323.

ако запослени који ради на пословима са повећаним ризиком, на којима је као посебан услов за рад утврђена посебна здравствена способност, одбије да буде подвргнут оцени здравствене способности; ако не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца.

Запосленом може да престане радни однос ако за то постоји оправдан разлог који се односи на потребе послодавца и то: ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла или ако одбије закључење анекса уговора о раду и то ради премештаја на други одговарајући посао, због потреба процеса и организације рада; ради премештаја у друго место рада код истог послодавца; ради упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца; ако је запосленом који је вишак обезбедио остваривање мера за запошљавање: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере и ради промене елемената за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и других примања запосленог који су садржани у уговору о раду⁶³². Сви наведени разлози могу се сврстати у три групе отказних разлога: способност и понашање запосленог и потребе послодавца. Листу оправданих отказних разлога предвиђају и законодавства Бугарске (16 отказних разлога због којих се може отказати уговор о раду али са претходним обавештењем чак 11 отказних разлога због којих се може отказати уговор о раду без обавештења), Чешке и Кипра (седам отказних разлога од којих су три односно у Кипру 4 из „пословних“ разлога), Естонија, Летонија, Румунија, Словачка и др.⁶³³

Наш законодавац изричито наводи да се оправданим разлогом за отказ уговора о раду, у смислу горе наведеног не може сматрати привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења; коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета; одслужење или дослужење војног рока; чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална припадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго лично својство запосленог; деловање у

⁶³²Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179.

⁶³³*Dismissal, particularly for business reasons and Employment Protection, op. cit., стр. 54-55.*

својству представника запослених, у складу са законом; обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду.⁶³⁴

Још један отказни разлог који познаје наше законодавство јесте у вези са заштитом односно превенцијом инвалидности, односно одбијање посла понуђеног у заштити инвалида или превенције инвалидности. Законодавац обавезује послодавца да запосленом према радној способности обезбеди обављање посла, међутим уколико га запослени одбије послодавац може отказати уговор о раду.⁶³⁵ Најпре, заштита особа са инвалидитетом предвиђена је у Уставу, који предвиђа право инвалида на посебну заштиту на раду и на посебне услове рада, у складу са законом⁶³⁶. Заштита особа са инвалидитетом у радном односу, обухвата заштиту запослених особа са инвалидитетом, који су као такви засновали радни однос и заштиту лица који су то постали у току запослења тзв. инвалиди рада. Сходно прописима из области радног права и права социјалног осигурања, постоје две подгрупе инвалида рада: особе са инвалидитетом код којих је дошло до потпуног и трајног губитка радне способности и особа са инвалидитетом код којих постоји преостала радна способност.⁶³⁷

Навели смо је већ, да је један од основа престанка радног односа по сили Закона о раду независно од воље послодавца и запосленог, када код запосленог дође до губитка радне способности.⁶³⁸ Када је тај губитак потпун и трајан, правни положај ове категорије регулисан је Законом о пензијском и инвалидском осигурању⁶³⁹ у смислу њиховог права на инвалидску пензију. За особе са инвалидитетом код којих постоји преостала радна способност, могуће је да се преквалификацијом или доквалификацијом оспособе за рад на другом послу. Отуда, послодавац је дужан да запосленој особи са инвалидитетом омогући обављање његових ранијих послова, сходно преосталој радној

⁶³⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 183.

⁶³⁵Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл. 81,101,102. Ако пак послодавац не може да обезбеди одговарајући посао, запослени се сматра вишком.

⁶³⁶Устав Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“, број 98/2006), чл.60.

⁶³⁷П. П. Јовановић, „Заштита инвалида у радној средини“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2015, стр. 939.

⁶³⁸Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан176.

⁶³⁹Законом о пензијском и инвалидском осигурању („Службени гласник Републике Србије“, бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 106/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/12, 62/13, 108/13, 75/14, 142/2014).

способности (ако то потребе процеса рада дозвољавају), односно да обезбеди рад на другом одговарајућем послу, или да обезбеди преквалификацију или доквалификацију како би запослени могао да ради са пуним радним временом на том другом послу. Уколико особа са инвалидитетом одбије да ради на другом послу у складу са својом преосталом радном способношћу, тада послодавац може да откаже уговор о раду таквом запосленом. У сваком случају, други посао на који се упућује запослени са инвалидитетом треба да одговара његовој преосталој радној способности, знању и стручној спреми. У важећем Закону о раду постоји одредба по којој - ако послодавац не може запосленом са инвалидитетом да обезбеди одговарајући посао, сматра се вишком запослених, те му као таквом може престати радни однос. Оваква одредба нулира одредбе о посебној заштити особа са инвалидитетом. Одредба по којој се особа са инвалидитетом сматра вишком запослених, (ако послодавац не може запосленом са инвалидитетом да обезбеди одговарајући посао) ставља у исту раван особе са инвалидитетом као и остале раднике. Ако по принципу позитивне дискриминације стимулишемо запошљавање особа са инвалидитетом, по истом принципу требало би да стимулишемо послодавце и да очувају запослење инвалида рада. Код вишкова запослених, након престанка радног односа, на истим пословима на којима су они проглашени вишком, послодавац не може да запосли друго лице у року од три месеца од дана престанка радног односа, осим ако је у питању особа са инвалидитетом коме је дао отказ као вишку запослених. Овде су, заправо, дискриминисане особе са инвалидитетом са преосталом радном способношћу (немају исте шансе у истој ситуацији као други вишкови), који би се могли вратити на посао код истог послодавца (чак са приоритетним правом поновног запослења – као и остали вишкови запослених), ако би се код послодавца у року од три месеца појавила потреба за њиховим радом.⁶⁴⁰

Битно је навести да је отказ могуће дати само из ових, законом предвиђених, разлога. Дакле, реч је о ограниченом броју оправданих отказних разлога, те друге није могуће предвиђати аутономним актима (у складу са начелом *in favor laborem*).⁶⁴¹ Управо због предњег, одредба којом су наведени неоправдани разлози чини се непотребном и додатно уноси конфузију, јер с обзиром да су предвиђени неоправдани

⁶⁴⁰П. П. Јовановић, „Заштита инвалида у радној средини“, *op. cit.*, стр. 940-942.

⁶⁴¹П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, стр. 334.

разлози, долази се до закључка да су сви други оправдани.⁶⁴² Сви разлози за отказ уговора о раду су факултативни. То значи да послодавац може али не мора отпустити запосленог. За случај да га не отпусти, запослени може обављати исти или бити упућен на други посао, може се оспособити за друге послове или омогући рад код неког другог послодавца.⁶⁴³ Занимљиво је да у упоредном праву можемо срести решења по којима послодавац може из било ког разлога отпустити запосленог, јер не постоје забране од неоправданог отказа⁶⁴⁴.

2.2.Оправдани отказни разлози на страни запосленог

Отказни разлог је оправдан самим тим што је предвиђен законом и што је настао. Нешто што законом није предвиђено као отказни разлог, не може послужити као основ за престанак радног односа, макар било и оправдано. Отказни разлог се правда легалношћу, а не целисходношћу⁶⁴⁵. Супротно би било да су предвиђени само негативно одређени отказни разлози. Тада све што није забрањено јесте дозвољено. Према нашем тренутном позитивном праву проблем је шта чинити са околностима које нису предвиђене као оправдани отказни разлог, а нису ни забрањене.

Оправдани отказни разлог је у функцији помирења друштвене стварности и правне реалности, он, дакле, доводи у склад правни поредак са многобројним потребама које извиру из друштва, повезује правни поредак са стварним догађајима⁶⁴⁶. Тако је, примера ради, пракса аустралијских судова заузела је став да се у судским поступцима не сме вршити концентрација доказивања у односу на пропуст запосленог па тек онда проналазити оправдани отказни разлог, јер резултат отпуштања не само да

⁶⁴²З. Ивошевић, *Радно право, op. cit.*, стр. 264.

⁶⁴³С. Новаковић, “Престанак радног односа независно од воље запосленог и воље послодавца”, *Правни живот*, број 12/2008, стр. 117.

⁶⁴⁴Као на пример у Данској. *Termination of employment relationships, op. cit.*, стр. 14.

⁶⁴⁵З. Ивошевић, “Отказ уговора о раду од стране послодавца”, у: Зоран Ивошевић (ур.), *Заштита права у области рада*, Београд, 2012, стр. 192.

⁶⁴⁶А. Ravnić, *Osnovi radnog prava*, Zagreb, 2004, стр. 564.

мора бити законит у смислу законом прописаних отказних разлога, него он и фактички мора бити фер.⁶⁴⁷

Оправдани отказни разлози који се односе на радну способност запосленог и његово понашање јесу две групе отказних разлога. Поред њих, у теорији и пракси постоји и трећа група отказних разлога на страни послодавца, а то је његова економска, организацијска потреба. Оправдани отказни разлози могу бити и професионално или лично условљени. Лично условљени отказни разлози тичу се понашања запосленог, а професионално условљени тичу се професионалних знања и резултата рада запосленог и потреба послодавца. На основу предњих подела можемо рећи да су отказни разлози који се тичу радне способности запосленог, отказни разлози који су професионално условљени на страни запосленог, они који се тичу понашања лично условљени на страни запосленог и на страни послодавца, професионално условљен отказни разлог-економска потреба послодавца. Позитивноправна решења можемо разврстати на следећи начин у ове три групе отказних разлога. Отказни разлози који су професионално условљени на страни запослених су неостваривање резултата рада, непоседовање потребних знања и способности за обављање послова на којима ради.

С друге стране, отказни разлози који су професионално условљени на страни послодавца су: ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла или ако одбије закључење анекса уговора о раду.

Отказни разлози који су лично условљени на страни запосленог су: ако је запослени правноснажно осуђен за кривично дело на раду или у вези са радом, ако се не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока мировања радног односа, односно неплаћеног одсуства, ако својом кривицом учини повреду радне обавезе, ако не поштује радну дисциплину односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца. У нашем раду посветићемо се професионално условљеним отказним разлозима на страни запосленог.

⁶⁴⁷М. Pittard, "Crimes at work: the consequences for employment", *Employment Law Bulletin*, бр. 8/2007, стр. 91.

2.3. Неоправдани (зобрањени) отказни разлози

Пре него што се посветимо престанку радног односа због професионално условљених отказних разлога на страни запосленог (конкретније, отказа јер запослени не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради), осврнућемо се и на забрањене отказне разлоге. Неоправданим разлозима отказа, пре свега, сматрају се лична својства или околности које се не могу јавити ни као услов за заснивање радног односа, па, логично, не могу бити ни оправдани разлог за отказ. У питању су дискриминишући основи, попут расе, боје коже, пола, полне оријентације, националне припадности, социјалног порекла, инвалидитета, породичних обавеза, вероисповести, политичког или другог уверења, чланства у политичкој организацији и синдикату.

Наш законодавац изричито, поред оправданих отказних разлога, наводи и неоравдане, односно наводи разлоге који никако не смеју бити разлог за отказ уговора о раду, иако се таква решења критикују од стране поједих аутора као сувишна. Тако законодавац изричито предвиђа да привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења; коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета; одслужење или дослужење војног рока, чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална припадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго својство запосленог, деловање у својству представника запослених у складу са законом, обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом општим актом и уговором о раду⁶⁴⁸. Ова одредба би била делотворна да је отказивање уговора о раду од старне послодавца постављено системом генералне клаузуле, а овако се чини излишном. Критикује се и као збуњујућа (а посебно када не би било одредбе која наводи оправдане отказне разлоге) јер све што није неоравдано значи да је оправдано па би се тако могао дати отказ запосленом који у

⁶⁴⁸Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 183.

току кориштења годишњег одмора не долази на посао.⁶⁴⁹ Неоправдани отказни разлог је и узбуњивање⁶⁵⁰ и учешће у штрајку⁶⁵¹.

У упоредном праву забрањени отказни разлози су слични нашем решењу, и тичу се синдикалног активизма, личних својстава (попут расе, вере, пола и друго), војне и цивилне службе, напуштања посла због послодавчевог непоштовања прописа о заштити живота, здравља и безбедности на раду, породилског одсуства, породичних обавеза. Поред наведених могу се наћи и неки специфични разлози, као на пример у италијанском праву - закључење брака, или аустријског права, где је неоправдан отказ дат запосленом који је члан медијацијског тела или пак белгијског права где је забрањено дати отказ запосленом који је уједно и лекар код послодавца.⁶⁵² У Швајцарској се сматра злоупотребом отказа синдикалног представника, другог представника запослених или било ког активисте синдиката. Такође, забрањено је отпустити запосленог због учешћа у војној вежби или у грађанској служби, и то чак четири недеље пре и после те службе, затим за време болести, трудноће и 16 недеља након порођаја, те радника који се по налогу федералних власти укључи у неки страни пројекат⁶⁵³.

3. Посебна заштита од отказа уговора о раду

3.1. Посебна заштита трудница и запослених са породичним обавезама

Посебна заштита од отказа уговора о раду јесте заштита која се изричито пружа најрањивијим категоријама запослених односно запосленима који су у пракси најчешће дискриминисани, а то су радници са породичним обавезама, раднички представници и узбуњивачи.

⁶⁴⁹З. Ивошевић, *Отказ уговора о раду од стране послодавца, op. cit.*, стр. 192

⁶⁵⁰Закон о заштити узбуњивача („Службени гласник Републике Србије“ број 128/2014), члан 21.

⁶⁵¹Закон о штрајку („Службени лист СРЈ број 29/96“ и „Службени гласник Републике Србије“ број 101/2005 – др. закон и 103/2012 – одлука УС), члан 14.

⁶⁵²*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, op. cit.*, стр. 47-53.

⁶⁵³А. Berenstein, Р. Mahon, J.-P. Dunand, М. Schaffter Vacheran, *op. cit.*, стр. 147-151.

Равноправност жена и мушкараца опште је људско право и вредност установљена међународним и домаћим правним актима. Равноправност жена и мушкараца гарантује се, почев од међународних конвенција и других докумената о људским правима, међународних и регионалних докумената који нас политички обавезују, до устава и закона. У сваком случају равноправност полова, као таква, неупитна је и декларативно је прихваћена. Међутим, и поред овога, постоји велики јаз између нормативног и стварног. Биолошки пол, односно социолошки род, су у многим областима друштвеног живота основ за разликовање и дискриминацију. Посебно специфично за ову област људских права је то што је она трансверзална, тј. прожима све области друштвеног живота, те управо због тога, примена стандарда за равноправност полова врло је комплексан и слојевит процес. Имајући у виду и наш менталитет, те да смо традиционално друштво, склоно предрасудама и стереотипима, чини овакав процес још захтевнијим⁶⁵⁴. У том смислу од посебног је значаја Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена, која предвиђа да државе предузимају подесне мере ради измене друштвених и културних обичаја, у циљу отклањања предрасуда⁶⁵⁵.

Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена је посебан међународни инструмент за елиминацију дискриминације и заштиту женских права. С новим аспектима у третирању дискриминације, уочавањем родно неутралних правних норми и њених последица, те у том контексту диференцирање непосредне и посредне дискриминације, представља квалитативни скок⁶⁵⁶. Посредна дискриминације је у пракси нарочито проблематична, јер је прикривена, подмукла и на први мах непрепознатљива. Тако је на пример у предмету *Hill u Stapleton* против *The Revenue Comissioners and The Department of Finance* Европски суд правде утврдио постојање посредне дискриминације. Наиме, у јавним службама уведена је могућност подела радног места с пуним радним временом, чиме се оно могло привремено поделити између две запослене особе, које би одрађивале 50% радних сати и добијале 50% редовне плате. На пуно радно време враћали би се када би се за то указала прилика. Запослени са пуним радним временом напредовали су за један платни разред годишње,

⁶⁵⁴С. Крунић, „Равноправност жена и мушкараца: обавезе, препреке и могућности“, Зборник радова, *Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву*, 2011, стр. 409.

⁶⁵⁵Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ“ Међународни уговори, број 11/1981), члан 5.

⁶⁵⁶Н. Жунџић, Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена и њена улога у артикулацији концепта дискриминације и афирмацији политичких права жена“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 76/2017, стр. 172-173.

а запослени који су делили радна места, платни разред се преполовио, па су морали радити две године да би остварили еквивалент једног платног разреда. Испоставило се да су у подели радног места учествовале углавном жене. Иако су власти настојале да докажу да је такво различито поступање оправдано јер се заснивало на начелу напредовања у односу на ефективну дужину радног стажа, тврдња није била подкрепљена објективним. Суд је закључио да послодавац не може оправдати дискриминацију проистеклу из поделе радног места искључиво аргументом да би избегавање такве дискриминације изазвало повећање трошкова“.⁶⁵⁷

Конвенцијом се, дакле, даје нови угао посматрања дискриминације жена, гарантују нова права и пројектује другачија перцепција правног регулисања дискриминације жена. Јасно је да промена правних норми и институционалног оквира није довољан и гарантован услов да дискриминација буде искорењена. Зато Преамбула Конвенције укључује и образлаже социокултурну димензију деконструисаних традиционалних улога жена и мушкарца у приватној и јавној сфери друштва и њену ресоцијализацијску улогу у процесу долажења до пуне равноправности мушкарца и жена⁶⁵⁸.

Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена као дискриминацију означава сваку разлику, искључење или ограничење у погледу пола, што има за последицу или циљ да угрози или онемогући признање, остварење или вршење од стране жена, људских права и основних слобода на политичком, економском, друштвеном, културном, грађанском или другом пољу, без обзира на њихово брачно стање, на основу равноправности мушкараца и жена⁶⁵⁹. Државе чланице осуђују дискриминацију у свим видовима, те се у циљу откалањања дискриминације обавезују да ускладе националне уставе и законе са Конвенцијом, те обезбеде практичну примену принципа равноправности мушкараца и жена.⁶⁶⁰ Наравно, усвајање посебних мера од стране држава чланица, укључујући и мере садржане у овој Конвенцији а које имају за

⁶⁵⁷ESP, Hill и Stapleton против The Revenue Commissioners and The Department of Finance, предмет C-243/95 [1998.] ECR I-3739, 17. 07. 1998.године.

⁶⁵⁸Н. Жунић, *op. cit.*, стр. 172-173.

⁶⁵⁹Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ“ Међународни уговори, број 11/1981), члан 1.

⁶⁶⁰Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ“ Међународни уговори, број 11/1981), члан 2. То би значило и да се усвоје одговарајуће законске мере, па и санкције када је потребно, да се преко националних судова и других јавних институција обезбеди ефикасна заштита, да се ставе ван снаге унутрашње казнене одредбе којима се врши дискриминација и слично.

циљ заштиту материнства не сматрају се дискриминацијом.⁶⁶¹ Позитивна дискриминација је у неку руку неопходна, јер једнако поступање према лицима која нису у једнаким положајима такође јесте дискриминација. Тако је у предмету пред Европским судом за људска права *Stec* и други против Велике Британије Суд у начелу заузео став да је разликовање међу запосленима према личним својствима допуштена када постоје јаки разлози за њу. Подносиоци су се жалили да су дискриминисани, с обзиром на различиту старосну границу за пензионисање мушкараца и жена. У том контексту, утврђено је да је старосна граница по свом пореклу један од облика „посебних мера“ донесених у сврху ублажавања финансијских потешкоћа које би могле да задесе жене с обзиром на њихову традиционалну улогу у кући због које нису економски независне.⁶⁶²

У погледу радног права, значајна је одредба по којој државе чланице морају да обезбеде све подесне мере ради отклањања дискриминације жена да би им обезбедиле једнака права као и мушкарцима у погледу образовања, каријере и професионалног усмеравања, отклањања традиционалног схватања о улогама мушкараца и жена на свим степенима образовања, једнаке могућности коришћења бесповратне помоћи за образовање и бављења спортом и физичког образовања⁶⁶³. Све подесне мере морају се предузети и у области запошљавања, укључујући право на једнаку награду за рад једнаке вредности, здравствену и социјалну заштиту.⁶⁶⁴ Тако је, на пример, у предмету *Defrenne* против *Sabene*, Европски суд правде заузео став да се ради о јасном примеру полне дискриминације јер је подносиатељка представке плаћена за исти посао мање од свог (мушког) колеге. У доношењу пресуде Европски суд правде је истакао и привредну и социјалну димензију Уније у сузбијању дискриминације, као допринос напредовања ЕУ према тим циљевима.⁶⁶⁵ Конвенцијом се изричито забрањује давање

⁶⁶¹Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ“ Међународни уговори, број 11/1981), члан 4. став 2.

⁶⁶²Пресуда Европског суда за људска права, у предмету *Stec* и други против Уједињенох Краљевства, представка број 65731/01 и 65900/01 доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5B%22001-70087%22%5D%5D%7D>

⁶⁶³Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ“ Међународни уговори, број 11/1981), члан 10.

⁶⁶⁴Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ“ Међународни уговори, број 11/1981), члан 11.

⁶⁶⁵Пресуда Европског суда за људска права, у предмету *Defrenne v. Sabene*, представка број 43/75 доступна на <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20Defrenne%20v%20Sabena%20-%28No.3%29.pdf>

отказа због трудноће, породилског одсуства и дискриминација приликом отпуштања с посла због брачног стања⁶⁶⁶.

Посебну заштиту радницама на породилском одсуству, односно радницама одсутним због неге детета или посебне неге детета гарантује и Препорука МОП број 165 о радницама са породичним обавезама⁶⁶⁷. У складу са одредбама Препоруке, радници са породичним одговорностима јесу и мушкарци и жене чија деца или други чланови уже породице имају потребу за посебном бригом или подршком. Циљ ове Препоруке је да радници због породичних обавеза не смеју бити ограничени у односу на остале раднике на учествовању у економским активностима. Радници са породичним одговорностима, наиме, треба да уживају једнаке могућности и третман са другим радницама у погледу запошљавања, приступа запошљавању, напредовању и, наравно, сигурности запослења. Брачн статус, породична ситуација или породичне обавезе не би требало да буду оправдани разлози за престанка радног односа.⁶⁶⁸ У Кини се чак ова заштита протеже и на склапање брака.⁶⁶⁹

У нашем позитивном праву се предвиђа изричита забрана отказа из ових разлога, тако да је отказ ништав ако је на дан давања отказа послодавцу било познато постојање разлога или ако запослени у року од 30 дана (или 15 дана у Хрватској⁶⁷⁰) од достављања решења о отказу обавести послодавца о постојању наведених околности⁶⁷¹ (на пример трудноће, достављањем потврде овлашћеног лекара). Радни однос заснован на одређено време са запосленом која је трудна престаје или истеком времена на који је заснован (Хрватска⁶⁷²) или као што је предвиђено нашим и црногорским⁶⁷³ позитивним правом, истеком права на породилско одсуство (дакле продужава се за време трајања права на породилско одсуство). У швајцарском праву предвиђено је да се уговор о раду

⁶⁶⁶Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена („Службени лист СФРЈ“ Међународни уговори, број 11/1981), члан 11.

⁶⁶⁷Workers with Family Responsibilities Recommendation, 1981 (No. 165), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R165 последњи пут приступљено 10.06.2018. године

⁶⁶⁸A. Berenstein, P. Mahon, J.-P. Dunand, M. Schaffter Vacheran, *op. cit.*, стр. 130. Тако је и у Аргентини, Аустрији, Аржејбејдану, Барбадосу, Венецуели, Индонезији, Костарици, Колумбији, Парагвају, Перуу, Уругвају, Чилеу, погледати детаљније у *Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, стр. 53.

⁶⁶⁹*Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, стр. 53.

⁶⁷⁰Закон о раду („Narodne novine“, бр. 93/2014, 127/2017, 98/2019), члан 71.

⁶⁷¹В. Марковић, *op. cit.*, стр. 105.

⁶⁷²Закон о раду („Narodne novine“, бр.93/14, 127/17, 98/19), члан 71.

⁶⁷³Закон о раду („Службени лист Црне Горе“ број 74/2019) члан 123. и Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 187.

на неодређено време не може раскинути током трудноће али ни 16 недеља после трудноће.⁶⁷⁴

3.2. Посебна заштита радничких представника

С обзиром на улогу коју раднички представници имају, или би бар требало да имају, јасна је потреба за већим степеном њихове заштите. Тако према стандардима МОП-а посебна заштита радничких представника подразумева утврђивање детаљне и прецизне дефиниције разлога који оправдавају престанак радног односа ове категорије запослених. Такође, стандарди предвиђају да се пре доношења коначне одлуке о отпуштању радничких представника тражи консултација, саветодавно мишљење или сагласност јавног или приватног независног тела или неког заједничког тела пре него што отказ буде коначно дат. Битно је напоменути да се ова заштита протеже и на бивше представнике запослених.⁶⁷⁵ И законодавства страних држава гарантују заштиту од антисиндикалне дискриминације, што укључује заштиту од неоправданог отказа у државама попут Етиопије, Маурицијуса, Мадагаскара или Панаме.⁶⁷⁶

У претходном делу рада, већ је речено да Препорука МОП број 143 о радничким представницима под појмом радничких представника подразумева лица која су као таква призната националним законодавствима или праксом, што подразумева и представнике синдиката и изабране представнике, а када постоје и једни и други, национална законодавства требало би да подстакну њихову сарадњу на свим релевантним областима. У складу са Препоруком, национални прописи би требало да обезбеде делотворну заштиту представницима на основу њиховог статуса, као и због чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима.⁶⁷⁷ Свака санкција изречена члановима синдиката, представницима синдиката или изабраним

⁶⁷⁴А. Berenstein, P. Mahon, J.-F. Dunand, M. S. Vacheran, *op. cit.*, стр. 147-151.

⁶⁷⁵Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 170 и Препорука број 143, параграф 6.

⁶⁷⁶*Protection against unjustified dismissal*, *op. cit.*, стр. 43-45. Уколико се даје отказ овој категорији запослених поједине државе предвиђају ригорознији и детаљно уређен отказни поступак, као на пример Грчка, Костарика, Кенија, Португал, Русија, Француска.

⁶⁷⁷Workers' Representatives Recommendation, 1971 (No. 143), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R143 последњи пут приступљено 10.06.2018. године.

представницима запослених, а која је у вези са њиховим синдикалним активностима, а нарочито она која би их одвратила од законите одбране својих професионалних интереса јесте неоправдана.⁶⁷⁸

Иако су стандарди међународног права успостављени у циљу заштите радничких представника, те афирмације идеје о слободи синдикалног организовања, Европски суд за људска права забрањује другу крајност – обавезу приступања синдикату, јер би убити ова крајност представљала негацију слободе удруживања.⁶⁷⁹

У нашем законодавству, до измена Закона о раду 2014. године, послодавцу је било забрањено да откаже уговор о раду члановима савета запослених, представницима запослених у управном и надзорном одбору послодавца, председнику синдиката код послодавца и именованом или изабраном синдикалном представнику за време обављања функције и годину дана по престанку. Представници су се могли позвати на правну заштиту само ако су законито поступали у вршењу своје дужности, а при томе сматрали да су угрожени њихови статус или права. Забрана отказа је могла бити дерогирана ако представник не поступа у складу са меродавним прописима али и тада за допуштеност отказа мора постојати оправдани отказни разлог. Могућност отказа постојала је и у случају када представник запослених одбије послодавчеву понуду за премештај на други посао или за примену неке друге мере за запошљавање вишка запослених, али само уз сагласност министарства надлежност за послове рада. У том случају, послодавац је у писменом облику сачињавао образложен захтев за давање сагласности са отказом коју би потписао министар или лице које он овласти, а без ове сагласности послодавац није могао донети решење о отказу⁶⁸⁰.

Нажалост новине од 2014. године изоставиле су заштитни механизам који се тица сагласности министарства са отпуштањем представника запослених. У многим правним

⁶⁷⁸Овај став Европски суд за људска права заузео је у пресуди *Ognevenko* против Русије, Представка број 44873/09 доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-187732%22%5D%7D> последњи пут приступљено 14.04.2021. године.

⁶⁷⁹Погледати детаљније пресуду Европског суда за људска права *Young, James i Webster* против Уједињеног Краљевства, Представка број 7601/76; 7806/77, став 55. у вези с присилом у облику претње отказом, одлука доступна на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57608%22%5D%7D> последњи пут приступљено 14.04.2021. године као и пресуду *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда, Представка број 16130/90, став 36, који укључује ризик од губитка професионалне лиценце <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57844%22%5D%7D> последњи пут приступљено 14.04.2021. године

⁶⁸⁰Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013), члан 188.

системима потребно је одобрење надлежног органа представља услов пуноважаности отказа без обзира на врсту отказног разлога. И за судску праксу најважније, терет доказивања да отказ није последица статуса или активности је на послодавцу а није од значаја да ли је послодавац знао или не да је запослени синдикални представник. Одредбе о посебној заштити се примењују без обзира на репрезентативност синдиката.⁶⁸¹

3.3. Посебна заштита узбуњивача

Заштита узбуњивача представља једну од законом постављених граница подређивања запосленог управљачкој власти послодавца. Она има за циљ подстицање запослених који су упознати са незаконитим поступањем послодавца да одбране јавни интерес. Дакле, овде се не мере интереси запосленог и послодавца, него послодавца и државе, те се даје предност лојалности држави и јавним интересима. Зато лице које обелодани информације не подлеже одговорности и ужива заштиту од неоправданог отказа.⁶⁸²

Како је реч о институту радног права релативно новијег датума, у теорији и пракси не постоји јединствено одређење појма узбуњивача. Најуопштенија, и најчешће коришћена дефиниција, узбуњиваче одређује као откриваче од стране, бившег или садашњег, члана организације нелегалне, неморалне или нелегитимне праксе под контролом послодавца, особама или организацијама које би могле да предузму одређену акцију у циљу даљег спречавања и заустављања таквих радњи⁶⁸³. Према нашем позитивном праву узбуњиваче се дефинише као откриваче информације о кршењу прописа, људских права, вршењу јавног овлашћења противно сврси због које је поверено, опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, као и ради спречавања штете великих размера, а узбуњивач као физичко лице које изврши узбуњиваче у вези са својим радним ангажовањем, поступком запошљавања,

⁶⁸¹В. Марковић, *op. cit.*, стр.106.

⁶⁸²Resolution 1729 (2010) on a protection of „whistle-blowers“, тачка 6.1.3.1.

⁶⁸³J. P. Near, M. P. Miceli, „Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing“, *Journal of Business Ethics*, број 4/1985, стр. 4.

коришћењем услуга државних и других органа, носилаца јавних овлашћења или јавних служби, пословном сарадњом и правом власништва на привредном друштву⁶⁸⁴.

Дакле, узбуњивање може бити оправдано само ако се запослени налази пред изазовом испуњења обавезе одбране вредности које су важније од лојалности (јавно здравље, животна средина, итд.)⁶⁸⁵, јер узбуњивање представља обавештавање надлежних органа о информацији која разумно указује на озбиљно лошу праксу у оквиру неке организације. Међутим узбуњивање трпи ограничење. Када узбуњивач препозна лошу праксу код послодавца, он је дужан да о истом најпре обавести самога послодавца. Дакле, неопходно је да спољашњем узбуњивању, претходи интерно узбуњивање. Тек уколико послодавац не предузме адекватне кораке у отклањању лоше праксе, следи обавештавање надлежних органа, а евентуално и медија⁶⁸⁶. Ограничења постоје и у смислу евентуалне злоупотребе овлашћења запосленог код послодавца. Тако је, примера ради, Врховни суд Републике Хрватске заузео став да право на узбуњивање не даје раднику за право да он за време радног времена, злоупотребљавајући чињеницу доступности послодавчеве архиве, улази у њу, неовлаштено је прегледа и изузима поједине документе, преснимава их за своје потребе.⁶⁸⁷

Још једно ограничење које трпи овај правни институт јесте циљ и сврха узбуњивања. Покретање поступка узбуњивања не може се користити у циљу заштите индивидуалних права из радног односа јер је императив узбуњивања јавни интерес. Замислимо је, у пракси, да до повреде индивидуалних права из радних односа дође кршењем императивних прописа на начин који би евентуално могао имати јавни значај. Међутим послодавац и државни органи, који би били адресати информације, били би у обавези да процесуирају пријаве о повредама индивидуалних права из радног односа кроз поступак узбуњивања, што би представљало нерационално и нецелисходно трошење ресурса у ситуацији када су релевантним законима из области радних односа

⁶⁸⁴Закон о заштити узбуњивача („Службени гласник Републике Србије“ број 128/2014), члан 2.

⁶⁸⁵Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 106.

⁶⁸⁶Committee on Legal Affairs and Human Rights, *The protection of “whistle-blowers” – Report*, 14 September 2009, ст. 17. Исто и М. Reufels, К. Molle, “Labour law within the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Jurisprudence*, број 4/2012, стр. 1575. И нашим позитивним правом узбуњивање може бити унутрашње, односно откривање информације послодавцу и спољашње, односно откривање информације овлашћеном органу али и узбуњивање јавности, односно откривање информације средствима јавног информисања или на други начин којим се обавештење може учинити доступним јавности. Закон о заштити узбуњивача („Службени гласник Републике Србије“ број 128/2014), члан 12.

⁶⁸⁷И. Стрић, *op. cit.*, стр. 184.

прописани посебни поступци за заштиту права из радног односа, о којима ће бити реч детаљније у наставку рада. Такође, применом правила Закона о заштити узбуњивача предвиђено је да се поступак узбуњивања може покренути у субјективном року од годину дана, а у оквиру објективног рока од десет година што би дерогирало одредбе Закона о раду који предвиђа преклузивни рок од 60 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права, за покретање радног спора. Како за заштиту ове врсте интереса постоји законом прописана судска заштита, доступна узбуњивачу, не постоји адекватна превага јавног интереса над индивидуалним, која би дала легитимитет узбуњивању у односу на обавезу лојалности послодавцу и дужност поштовања обавеза из радног односа.⁶⁸⁸

Нашим позитивним правом предвиђено је да узбуњивач има право на заштиту прописану Законом о заштити узбуњивача под кумулативним условима: да изврши узбуњивање код послодавца, овлашћеног органа или јавности на начин прописан законом, да открије информацију у року од једне године од дана сазнања за извршену радњу због које врши узбуњивање, а најкасније у року од десет година од дана извршења те радње и ако би у тренутку узбуњивања, на основу расположивих података, у истинитост информације, поверовало лице са просечним знањем и искуством као и узбуњивач⁶⁸⁹.

Ови услови никако не значе да је лице дужно да открије информацију. Узбуњивање је по правилу могућност, и то само у оном случају када запослени не може на уобичајени начин да реши одређени проблем. Наравно, специфичне професије, имају општу обавезу да открију незаконитости које су им познате⁶⁹⁰, баш као што специфичне професије не смеју открити податке о незаконитостима, односно дужни су их чувати као тајну, док их надлежни орган не ослободи те дужности⁶⁹¹. Дужност узбуњивања не предвиђају ни упоредноправна решења, као ни посебни закони о откривању информација у јавном интересу, али то не искључује право послодавца, да самостално или у консултацији са саветом (или другим представницима) запослених,

⁶⁸⁸А. Лазаревић, *(Не)могућност заштите личних права запослених посредством узбуњивања*, семинарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, стр. 33-35.

⁶⁸⁹Закон о заштити узбуњивача („Службени гласник Републике Србије“ број 128/2014), члан 5.

⁶⁹⁰Закон о државним службеницима („Службени гласник Републике Србије“ бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 и 104/09), члан 23а, предвиђа да је државни службеник или намештеник дужан писмено обавести непосредно претпостављеног или руководиоца ако у вези са обављањем послова радног места дође до сазнања да је извршена радња корупције од стране функционера, државног службеника или намештеника у државном органу у којем ради.

⁶⁹¹Законик о кривичном поступку Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“ број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука УС), члан 93.

предвиде обавезу узбуњивања за запослене који обављају руководне послове. У енглеској судској пракси афирмисан је став да запослени који за послодавца обављају руководеће послове имају обавезу да надзиру, спречавају и пријављују незаконитости чак и онда када то није изричито утврђено.

Већина европских држава нема свеобухватне прописе о заштити, а целовито уређивање заштите узбуњивача изостаје и на међународном нивоу⁶⁹². Занимљиво је да ни МОР ни до данас није усвојила инструмент којим би регулисала положај овако осетљиве категорије лица. Један аспект заштите узбуњивача, уређен је Конвенцијом МОР број 158, којом је, као забрањен отказни разлог наведено подношење притужбе или учешће у поступцима против послодаваца који се односе на наводне повреде закона или подзаконских аката или обраћање надлежним државним органима.⁶⁹³

Резолуцијом Савета Европе о заштити узбуњивача изричито се гарантује заштита узбуњивача од неоправданог отказа, као и од других облика послодавчеве одмазде,⁶⁹⁴ а исто је предвиђено и нашим позитивним правом⁶⁹⁵. Позитиван је пример америчке судске праксе, у којој је заузет став, да се отказ узбуњивачу аутоматски третира као неправедан отказ а да се супротно мора доказати, јер, ако радник изврши заштићено откривање информација по правилу ће бити изложен штетном поступању послодавца⁶⁹⁶.

Није, дакле, спорно да мора постојати заштита узбуњивача, али се поставља питање опсега те заштите. Заштита узбуњивача пропорционална је законској обавези узбуњивача. У том смислу, узбуњивач који прескочи интерно, односно унутрашње узбуњивање, није заштићен од отказа. Тако на пример јесте оправдани отказни разлог када запослени износи у јавност чињенице, проблеме и вулгарности у вези са радом код послодавца али није оправдан отказни разлог ако се у јавност изнесу подаци у доброј вери, и имају значење информисања јавности о неправилностима у деловању.⁶⁹⁷ Ово стога што послодавац има обавезу лојалности послодавцу, те се сматра оправданим да

⁶⁹²Љ. Ковачевић, "Циљ и смисао радноправне заштите узбуњивача", *Казнена реакција у Србији, тематска монографија*, 2011, стр. 228-229.

⁶⁹³Конвенција МОР број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори, број 4/84), члан 5, тачка ц.

⁶⁹⁴Resolution 1729 (2010) on a protection of „whistle-blowers“, тачка 6.1.3.1.

⁶⁹⁵Закон о заштити узбуњивача („Службени гласник Републике Србије“ број 128/2014), члан 21.

⁶⁹⁶J. Bowers, J. Lewis, „Whistling for Dismissal and Detriment Remedies: *Royal Mail Ltd v Jhuti*“, *Industrial Law Journal*, број 1/2018, стр. 121-134.

⁶⁹⁷I. Crnić, *op. cit.*, стр. 184-185.

запослени који прво приметити радње штетне јавном интересу обавести свог послодавца, а тек накнадно надлежне органе и медије. Дакле, радноправна заштита узбуњивача мора почивати на уважавању легитимних интереса запослених и послодаваца. У том смислу неопходно је да, постоји паралелна заштита послодаваца (од злонамерних оптужби) и запослених (од послодавчеве одмазде). Отуда би се заштита запослених ограничила само на случајеве откривања информација у доброј вери, а темељила на ништавости неоправданих одлука о правима, обавезама и одговорностима запосленог које је послодаваца донео само зато што је запослени обелоданио неку његову незакониту радњу.⁶⁹⁸

⁶⁹⁸Љ. Ковачевић, „Циљ и смисао радноправне заштите узбуњивача”, *op. cit.*, стр. 231-232.

Део седми

НЕОСТВАРИВАЊЕ РЕЗУЛТАТА РАДА КАО ОПРАВДАНИ ПРОФЕСИОНАЛНО УСЛОВЉЕНИ ОТКАЗНИ РАЗЛОГ

1. *Номотехнички и концепцијски приступ уређивању отказних разлога везаних за способности запосленог*

1.1. Стављање на располагање послодавцу радних способности као основна обавеза запосленог (облигација средства) и неостваривање резултата рада

У општем режиму радних односа, запослени и послодавац ступају у међусобни однос на основу уговора о раду, по коме једна страна обавља посао у складу са својим опредељењем и квалификацијама, а друга страна се обавезује да награди тај рад и приушти друга права у складу са установљеним нормама⁶⁹⁹. Уговор о раду може се дефинисати као уговор о личном извршавању рада, јер се закључује с обзиром на лична својства, нарочито квалификације, запосленог, као друге уговорне стране⁷⁰⁰. Запослени се добровољно подређује послодавцу и под његовом влашћу врши основну обавезу – обавља одређени посао. Основна обавеза запосленог по основу уговора о раду јесте лично извршавање престације рада, односно стављање својих радних способности на располагање послодавцу. Даље следе и друге обавезе, попут поштовања распореда радног времена и места извршавања рада, устаљених правила понашања и друго али основна обавеза јесте извршавање престације рада⁷⁰¹. Ипак значајно је рећи да код уговора о раду говоримо о облигацији средства, за разлику од уговора о делу, код кога постоји обавеза циља, те се ова чињеница и код отказа уговора о раду мора узети у обзир. Код уговора о делу је, наиме, битно крајње дело односно крајњи резултат посленика, међутим уговор о раду укључује обавезу средства због чега отказ не може бити аутоматска последица изостатнка резултата рада⁷⁰². Могло би се рећи да се уговором о раду запослени обавезује да ће радити, а уговором о делу да ће нешто урадити. То, ипак, не значи да резултат рада није битан и код уговора о раду и да неоправдано може да изостаје, јер управо то што је уговор о раду уговор *intuitu*

⁶⁹⁹В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op. cit.*, стр. 105.

⁷⁰⁰L. Wedderburn, *op. cit.*, стр. 148.

⁷⁰¹V. Vannes, *op. cit.*, стр. 6-8, 10-23.

⁷⁰²N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi II, op. cit.*, стр. 610.

personae значи да се закључује са запосленим који има одговарајућа својства, која су предуслов за одређени резултат рада. Дакле, у зависности од конкретног посла, опредељују се посебни услови за заснивање радног односа, односно посебне квалификације и специјализације, те даље посебне способности, знања и вештине радника⁷⁰³.

Можемо закључити, након претходних излагања, да се запослени обавезује да извршава одређени посао, а након компарације уговора о раду и уговора о делу, прецизније би било рећи да се запослени обавезује да послодавцу стави на располагање своје способности, знања и умеће, посебну квалификацију и специјализацију, а према посебним условима који су тражени за заснивање радног односа. Посебни услови траже се у зависности од конкретног посла и радних их мора имати како приликом заснивања, тако и за све време трајања уговора, јер се од запосленог очекује да располаже свим тим способностима, знањима и вештинама⁷⁰⁴.

По правилу, уколико запослени располаже трженим знањима, односно има одговарајуће способности, резултати рада неће изостати. Поставља се, међутим, питање шта уколико они, ипак, изостану. Тада је, најпре, потребно констатовати разлог изостанка резултата рада. Изостанак резултата рада код запосленог који има одговарајућа знања и способности, најпре, може бити последица неких објективних околности на које запослени не може утицати. Тако се, на пример, не може очекивати од комерцијалисте да оствари планирану продају одређеног производа који у том периоду не одговара односу понуде и тражње на тржишту.⁷⁰⁵ У овом смислу, реч је о околностима које нису последица субјективних слабости радника, као што су нпр. болест, потешкоће материјалне или социјалне природе, лош и неадекватан алат, лош материјал или услови рада, лоши међуљудски односи⁷⁰⁶ и све оно на шта запослени не може утицати. У том случају запослени не сноси ни какву одговорност, нити трпи било какве последице изостанка резултата рада. И не само да не може сносити одговорност за поједине објективне разлоге, већ законодавац изричито забрањује да запослени за то

⁷⁰³В. М.Догадов, А. С. Пашков, Ф. М.Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op. cit.*, стр. 103-104.

⁷⁰⁴*Ibid.*

⁷⁰⁵Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 341.

⁷⁰⁶З. Crnić, Z. Momčilović, *Prestanak radnog odnosa - zaštita prava radnika*, Zagreb, 1983, стр. 57.

буде одговоран. Болест, као објективна околност изостанка резултата рада, је чак забрањени отказни разлог⁷⁰⁷.

Надаље, резултати рада могу изостати због недовољног рада, односно незалагања. Дакле, наредна ситуација јесте та да запослени има знање и способности, уме да ради, нема утицаја објективних околности на остваривање резултата, али очекивани резултати ипак изостају. Узрок изостанка јесте немар, незалагање, то што се запослени не труди. У овом случају, изостанак резултата приписује се лењости⁷⁰⁸, и тада постоји основ за отказ уговора о раду због неостваривања резултата рада. Наредна ситуација је када радник, такође, има потребне способности и на њега такође не утичу објективне околности (као у претходно наведеној ситуацији), али резултати овде изостају због кривице запосленог, дакле постојања намере. Овакве околности, такође, доводе до отказа уговора о раду, али из дисциплинског разлога, односно у овом случају као узрок се јавља неприхватљиво понашање радника⁷⁰⁹.

1.2. Евалуациона овлашћења послодавца као битан елемент његове управљачке власти

Приликом заснивања радног односа запослени добровољно пристаје да ради под влашћу послодавца. Успостављање хијерархијског односа између послодавца и запосленог у процесу рада је једно од основних обележја уговора о раду и неизбежно је у радним односима⁷¹⁰. Уговор о раду јесте уговор о личном извршавању рада, јер се закључује с обзиром на лична својства запосленог као друге уговорне стране, уговору *intuitu personae*⁷¹¹. Из овог обележја произилазе и два елемента радног односа: лично обављање посла и субординација. Субординација је незамислива без постојања обавезе личног обављања рада, јер је за подређеност, за извршавање рада по упутствима и под контролом послодавца неопходно лично обављање радних

⁷⁰⁷Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 183.

⁷⁰⁸М. Ивошевић, „Отказ уговора о раду од стране послодавца“, у: З. Ивошевић (ур.), *Заштита права у области рада*, Београд, 2013, стр. 307. Исто: З. Ивошевић, „Отказ уговора о раду од стране послодавца“, у: З. Ивошевић (ур.), *Заштита права у области рада*, Београд, 2012, стр. 179.

⁷⁰⁹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179. став 2.

⁷¹⁰В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op. cit.*, стр.104.

⁷¹¹L. Wedderburn, *op. cit.*, стр.144.

задатака⁷¹². Као што смо рекли, запослени се добровољно подређује послодавцу и под његовом влашћу обавља одређени посао. И не само да је у обавези да извршава поверени рад, већ је и у обавези да поштује правила рада⁷¹³.

Суштинско обележје правне субординације огледа се у управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца, односно у подређивању запосленог овим овлашћењима⁷¹⁴. Послодавчева власт изражава се, прецизније, у овлашћењима да доноси одлуке, да уређује односе и да изриче санкције у току трајања радног односа,⁷¹⁵ јер је то неопходно за добро функционисање предузећа и пословање. Послодавац, дакле, издаје наређења, организује и управља процесом рада, прати начин извршавања задатка, оцењује, коригује уколико је потребно, те у коначници изриче дисциплинске мере за скривљене повреде радних обавеза.

Рад у оквиру радног односа јесте, дакле, рад који обавља лично запослени, пошто је лично извршавање рада неопходно за правну подређеност послодавцу. Даље то је рад који се обавља по упутствима и под контролом послодавца⁷¹⁶. Запослени је подређен власти послодавца⁷¹⁷ која се даље материјализује кроз доношење одлука, уређивање односа и изрицање санкција у току трајања радног односа⁷¹⁸. Управљачка власт представља право на организацију рада и управљање радом, а у ширем смислу обухвата и нормативну власт (на основу које послодавац доноси акте којима касније „управља“) и дисциплинску власт (на основу које кажњава запослене када не поштују одлуке послодавца)⁷¹⁹.

Након што послодавац изда задатке запосленима, следе контрола и евентуално санкционисање. Стога, логичка последица вршења управљачких овлашћења јесте и оцењивање запослених. Послодавац је овлашћен да вреднује допринос који сваки запослени појединачно остварује.⁷²⁰ Евалуација, као један од сегмената управљачке власти, неоправдано је запостављена у теорији, али и позитивном праву. Када се говори

⁷¹²L. Wedderbun, *op. cit.*, стр. 128.

⁷¹³V. Vannes, *op. cit.*, стр. 6-8, 10-23.

⁷¹⁴J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 95.

⁷¹⁵Б. Шундерић, *Радни однос*, *op. cit.*, стр. 26.

⁷¹⁶L. Wedderbun, *op. cit.*, стр.128.

⁷¹⁷J. Rivero, J.Savatier, *op. cit.*, стр. 95.

⁷¹⁸Б. Шундерић, *Радни однос*, *op. cit.*, стр. 26.

⁷¹⁹J. Rivero, J.Savatier, *op. cit.*, стр. 257.

⁷²⁰Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 553.

о изостанку резултата, има се у виду неоставривање резултата рада који се обично остварују, у оквиру реално очекиваних пројекција, који одговарају условима рада у одређеној радној средини⁷²¹. Послодавац, при том, врши своја евалуциона овлашћења и пре заснивања радног односа, јер му је поверен читав низ овлашћења која треба да му омогуће да на најбољи начин оцени способности кандидата за запослење⁷²².

У зависности од концепције о пореклу послодавчеве управљачке власти, препознају се и различита изворишта евалуционих овлашћења. Присталице институционалне теорије, тако, сматрају да евалуциона овлашћења произилазе из одговорности послодавца за добро функционисање предузећа, док присталице уговорних концепција сматрају да потичу из уговора о раду и субординације. Које год схватање да прихватимо, једно је сигурно - евалуционо овлашћење је логична последица вршења осталих овлашћења послодавца, јер да би послодавац надзирао рад запослених, кажњавао их за повреде или пак награђивао за постигнуте резултате он, најпре, мора да упоређује и вреднује њихов рад.⁷²³

Наш законодавац не утврђује одредбе о оцењивању запослених, нити њиховом резултата рада. Ипак, приликом утврђивања радног учинка мора доћи до својеврсне оцене, а радни учинак предвиђен је Законом за утврђивање обрачуна зараде⁷²⁴. Евалуирање рада запослених има за циљ откривање и отклањање недостатка у рада, а утиче и на објективно доношење одлуке о напредовању и стручном усавршавању запослених⁷²⁵. Због вишенаменског карактера и значаја оцењивања, става смо да је законодавац морао пронаћи воље за уређење овог питања. У недостатку правне регулативе о питању евалуирања запослених, јасно је да оно може бити злоупотребљено чак и ако би формалноправна процедура била поштована. Оцењивање запослених је ван домашаја било какве контроле, јер правила оцењивања прописује сам послодавац. На тај начин оцена наизглед објективна може бити мотивисана

⁷²¹Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 340.

⁷²²Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *op. cit.*, стр. 550.

⁷²³*Ibid.*, стр. 554-555.

⁷²⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 106, као и члан 111, који предвиђа да „запослени има право на минималну зараду за стандардни учинак и пуно радно време“.

⁷²⁵Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 128.

недопуштеним својствима запосленог односно мотивисана неким субјективним побудама послодавца⁷²⁶.

Како бисмо предње речено објаснили на конкретном примеру анализираћемо Правилник о оцењивању радника у Основном суду у Сокоцу. Према важећем правилнику предмет оцењивања јесте квалитетно, благовремено, ефикасно и стручно обављање послова, обавезно стручно усавршавање, преданост и марљивост у раду, домаћински однос према средствима рада, рационално коришћење радног времена, исказивање личних особина на послу као што су однос и понашање према странкама и радним колегама. Оваква одредба, ничим конкретизирана и прилагођена радним местима запослених у суду могла се наћи и у Закону о раду, уз обавезу да се за сваки посао и сваки поменути критеријум прецизира начин оцењивања. Одредба која међутим, на први поглед, има релативно прихватљиве и објективне критеријуме, суштински даје потпуно дискреционо право послодавцу приликом евалуирања рада запослених. По свим наведеним критеријумима, у конкретном случају, послодавац ће дати оцену на основу субјективног утиска, без икаквог објективног доказа за сваки основ оцењивања. Могли бисмо, наравно, анализирати сваки критеријум, али узећемо у обзир, примера ради, само први, квалитетно обављање послова. Постављен на овај начин, можемо рећи да овај критеријум нема апсолутно никакав објективни значај. Другачије би било када би се, актом о организацији и систематизацији, за свако предвиђено радно место поставио стандард. Тако би се, на пример, за радно место дактилографа у обзир могла узети брзина и квалитет куцања и отпреме; за радно место референта на писарници количина и тачност унетих података или, на пример, за судског извршитеља број излазака на лице места у току одређеног периода и слично. У сваком случају, уз мало воље, могуће је предвидети и објективизирати многе критеријуме. Наравно, увек остају критеријуми попут односа према раду или радним колегама који су субјективни. Из тог разлога требало би предвидети да објективни критеријуми буду бодовани знатно више од ових које је готово немогуће објективизирати.

Већ смо навели да законодавац у Закону о раду вредновање резултата не уређује у оквиру отказног разлога које се тиче неостваривања резултата рада али да га помиње

⁷²⁶Правилник о оцењивању радника у Основном суду у Сокоцу, број 089 0 СУ 11 000456, од 14.04.2011. године, члан 4.

приликом утврђивања зараде. Поред тога, извесну пажњу вредновању резултата рада законодавац посвећује и приликом нормирања напредовања и награђивања запослених. Супротно, у посебном режиму радних односа, код државних службеника, ово питање јако је лепо уређено. Код оцењивања јављају се два модела, традиционални и систем заснован на дијалогу. Критеријуми код првог система су способност, радни учинак, стручност, креативност, самоиницијативност, квалитет и квантитет обављених послова, придржавање задатих рокова. С друге стране, систем заснован на дијалогу претпоставља договор руководиоца и државних службеника о радним циљевима, који се постиже на почетку периода оцењивања. На тај начин, развија се мотивација на раду, а оцењивање се врши искључиво на основу степена испуњености договорених радних циљева (Велика Британија, Ирска, Француска)⁷²⁷.

2. Неостваривање резултата рада

2.1. Појам резултата рада

Неостваривање резултата рада јесте професионално условљени отказни разлог на страни запосленог. С обзиром да послодавац прима у радни однос запосленог како би остварио одређене резултате рада, од којих зависи добит послодавца и зарада запосленог, изостанком разлога запослени угрожава своје али и интересе послодавца, па га, разумљиво, овај из тог разлога може отпустити.⁷²⁸

Резултат рада је оно што настаје као производ уложеног знања, способности и труда, јер послодавац тражи исказане резултате, одређен квалитет и квантитет рада, знање и способност. Резултати рада могу бити материјално продуктиван рад, духовно продуктиван и рад усмерен на вршење корисних услуга.⁷²⁹ То, даље, значи да су резултати рада резултати добијени, пре свега, на основу квалитета и квантитета рада. Наш законодавац не садржи одредбе о резултатима рада, али се у делу Закона који је

⁷²⁷А. Рабреновић, “Оцењивање државних службеника као основ за напредовање, награђивање и отпуштање”, *Правни живот*, број 11/2009, стр. 517-519.

⁷²⁸П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 335.

⁷²⁹Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 338.

посвећен заради говори о радном учинку⁷³⁰. Резултати рада прате се, најпре, непосредним прегледом рада и производа рада, те контролом квалитета и квантитета обављеног посла. Како остварени резултати рада зависе од стручних и радних способности запосленог, искључивањем објективних околности, може се донети одговарајућа оцена резултата и одлука о њиховом изостанку.⁷³¹ Када се говори о изостанку резултата, има се у виду неостваривање резултата рада који се обично остварују, у оквиру реално очекиваних пројекција, које одговарају условима рада у одређеној радној средини⁷³². Праћење резултата рада, притом, даје обостране користи. За запослене, значај праћења резултата се огледа у компарацији резултата између запослених, што доприноси радно-професионалном успеху, док бољи обим и квалитет рада доприноси не само вишој заради, бржем напредовању на раду, већ и већој стабилности и очувању запослења у случају колективних отпуштања. За послодавца, то значи праћење рада, води очувању конкурентности, нагрђивању успешнијих радника, те задржавању најбољих радника за случај утврђивања вишка запослених.⁷³³

У оквиру отказног разлога који се тиче неостваривања резултата рада, питање које нам се намеће, јесте шта је узрок неостваривања резултата рада? Дакле, рекли смо да неостваривање резултата рада, односно норматива и стандарда рада предвиђених за послове радног места, представља оправдан разлог отказа уговора о раду. Да би дошло до отказа, најпре, послодавац мора констатовати неостваривање резултата рада. И ту се одмах суочавамо са проблемом, односно законодавчевом недореченошћу. Шта, у сваком конкретном случају, значи законска синтагма “неостваривање резултата рада”? На овом месту је битно истаћи да законодавац не наводи који су то, односно какви су резултати рада чије неостваривање представља оправдани разлог за отказ уговора о раду.

Закључујемо да недостаје стандард резултата рада, на пример очекиван, просечан, задовољавајући, уобичајени и слично.⁷³⁴ Законодавац у одредбама које се тичу минималне зараде,⁷³⁵ на пример, говори о стандардном учинку, па се не види разлог да

⁷³⁰Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 106.

⁷³¹Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57.

⁷³²Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 340.

⁷³³Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 569.

⁷³⁴Д. Симоновић, *op. cit.*, стр. 114.

⁷³⁵Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 111.

се и у другим случајевима бар на тај један уопштени начин не дефинише резултат рада, иако би, опет, било потребно неким другим актом дефинисати шта тај стандард подразумева у сваком конкретном случају, односно за сваки посао. Овде би се могло отићи и корак даље, те би законодавац могао да обавезе сваког послодавца да општим актом конкретизује који је стандард рада за сваки појединачни посао. Евидентно је да недостатак прецизних критеријума постоји, те да се морају прецизирати резултати рада запосленог, као појединца, који су очекивани, или супротно, прецизирати због чега запослени може добити отказ.

Такође, задатак који се поставља запосленом мора бити објективно изводљив, могућ у одређеном временском периоду, а што се испитује у сваком конкретном случају. Даље, да би отказ из овог отказног разлога био законит потребно је да запослени објективно могућ задатак није остварио својом кривицом-нечињењем или недовољним чињењем, а што је и став наше судске праксе.⁷³⁶

Очекивани, стандардни резултат рада зависи од сваке конкретне радне средине и услова рада у њој. Приликом одређивања уобичајеног резултата полази се од просечно оствареног резултата у одговарајућој радној средини и на пословима на којима ради запослени чији се рад мери, са одговарајућим средствима рада и под конкретним условима за рад. Резултати рада морају бити објективни, не могу се превисоко постављати, нити се може захтевати од запосленог да оставри немогуће⁷³⁷.

Међутим, и стандард „очекивани“ (у конотацији очекивани резултати рада) трпи критике, јер се поставља питање његовог тумачења. Очекивани резултат може бити

⁷³⁶Пресуда Врховног касационог суда Рев2 341/2017, од 7.2.2018. године. Тужиоцу је отказан уговор о раду због повреде радне обавезе– неизвршавање планова промета и разлике у цени од 50% у односу на усвојени план у три месеца у току године. Међутим, према налазу вештака, одређен је висок план продаје који не може да се оствари. Нижестепени судови су усвојили тужбени захтев и поништили решење о отказу. Послодавац може, запосленом да откаже уговор о раду, ако за то постоји оправдан разлог који се односи на радну способност и његово понашање и то ако не остварује резултате рада или нема потребно знање и способности за обављање послова на којима ради. Међутим у конкретном случају задатак који је постављен тужиоцу није био објективно могућ. Из налаза и мишљења вештака економско-финансијске струке произлази да се план тужиоца који се односи на продају објективно није могао остварити са 100% и у најбољем случају продаје целокупне робе са лагера, те да је реално тужилац могао у посматраном периоду остварити део планираног постотка у висини од 62,99%. Чак и под условом да је план туженог био објективно могућ, нису постојали услови за отказ уговора о раду тужиоцу јер тужени као послодавац, на коме је терет доказивања да је учињена повреда радне обавезе, није доказао да су на страни тужиоца постојали пропусти да поверене послове обавља савесно, квалитетно и уредно, да обилази купце и нуди робу, да врши набавку робе од добављача са којим послодавац има закључен уговор. Како на страни тужиоца нема кривице за реализацију превисоко постављеног плана од стране тужиоца, решење о отказу је морало бити поништено".

⁷³⁷Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 340.

результат заснован на субјективном очекивању послодавца. Комплексност питања изискује и неопходност успостављања комплексног система у решавању поменутих празнина. Чини се занимљивим идеја судије Живковића, по којој би се могли успоставити нормативи и стандарди за одређену делатност и нормативи и стандарди у средини у којој запослени ради. Нормативи и стандарди прописани за одређену делатност служили би као коректив послодавца, тј. као помоћна мерила која би фактички контролисала да ли су нормативи и стандарди у средини у којој запослени ради - одговарајући.⁷³⁸

2.2. Нормирање и вредновање радног учинка као предуслов за констатовање неостваривања резултата рада

Резултати рада се мере одређеним учинком, односно нормом, која се утврђује на основу норматива и стандарда рада, односно на основу колективних и индивидуалних параметара утврђених колективним уговором⁷³⁹. Норма се, пак, утврђује на основу неколико параметара, у зависности од сваког конкретног посла. Два су, свакако, основна и заједничка параметра за сваки посао: квалитет и квантитет обављеног посла. Наравно, у зависности од сваког конкретног посла то још могу бити и однос запосленог према радним обавезама, његов однос према странкама, сировинама, његова тачност и др⁷⁴⁰. Однос обима и квалитета обављеног посла у односу на утврђене нормативе и стандарде даје вредносна оцену резултата рада.⁷⁴¹ Мерење резултата рада свакодневна је и уобичајена процедура послодаваца, јер је радни учинак битан фактор током трајања радног односа из више разлога. На пример, радни учинак се утврђује при обрачуну зараде и послодавац, управо, на основу тих података може доћи до оних њему релевантних за питање отказа због неостваривање резултата рада.⁷⁴²

⁷³⁸*Ibid.*, стр. 339-340.

⁷³⁹П. Јовановић, *Радно право*, 2003, *op. cit.*, стр. 296.

⁷⁴⁰За пример норми утврђених за судије вид: Критерији за осјенјивање рада судија у ВиН https://vstv.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet?p_id_doc=43357, последњи пут приступљено 15.06.2020. године.

⁷⁴¹Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 339.

⁷⁴²М. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 307, исто З. Ивошевић, "Отказ уговора о раду од стране послодавца", *op. cit.*, стр. 179.

Наш законодавац радни учинак предвиђа за утврђивање обрачуна зараде, те је у складу са тим јасно да радни учинак мора бити унапред утврђен за сваки посао. Дакле, неким општим правним актом за сваки посао мора бити унапред утврђен норматив или стандард рада. Проблем јесте што тај акт најчешће доноси послодавац, тј. јача страна радног односа има дискреционо право на уређење критеријума, те, управо, из тог разлога они често нису објективизирани. Приликом утврђивања стандарда, по правилу, узео се у обзир неки објективни критеријуми, најпре квалитет и обим обављеног посла, однос запосленог према радним обавезама и слично.⁷⁴³ Оно што је велики пропуст законодавца јесте што није интервенисао да се ови критеријуми објективизирају него је, углавном, реч о привидној објективизацији, као што смо раније објаснили на примеру Правилника о оцјењивању радника у Основном суду у Сокоцу. У односу на учинак који се узима приликом обрачуна зараде може се донети одлука и о отказу због неостваривања резултата рада. Наравно, у неким сложенијим случајевима и у случају спора може се тражити мишљење вештака.⁷⁴⁴

Дакле, да бисмо оценили резултат рада морамо имати неке критеријуме и методе вредновања, а што, због законске регулативе, опет, намеће разна питања у пракси. Јасно је да критеријуми и методи морају бити објективни, јасни, унапред познати запосленима, те да не смеју бити дискриминишући, нити вређати достојанство запосленог на други начин, као ни његова друга права и слободе. Међутим, законодавац није предвидео чак ни стандард као решење. Даље, поставља се питање како пронаћи најприхватљивије критеријуме и методе за вредновање резултата рада. Овде нарочито треба имати у виду интелектуалне послове, ослоњене на величине које се не могу егзактно измерити.⁷⁴⁵

У нашем позитивном праву, у општем режиму радних односа, ни законом ни колективним уговором није директно прописана обавеза послодавца да нормира радни учинак за конкретан посао, нити да оцењује радне способности запослених. Ипак, вредновање радних способности није потпуна непознаница, јер постоје одредбе које се индиректно дотичу истих. Како се у правилима о зарадама говори о радном учинку запослених, који се одређује на основу квалитета и квантитета обављеног посла и

⁷⁴³Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 372.

⁷⁴⁴М. Ивошевић, *op. cit.*, стр. 307.

⁷⁴⁵Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *op. cit.*, стр. 556-557.

односа запосленог према радним обавезама, те се предвиђа да општи акти уреде зараду по основу радног учинка имплицитна обавеза вредновања, ипак, постоји⁷⁴⁶. Према некада важећем Општем колективном уговору послодавци су користили код утврђивања обима и квалитета посла, поред норматива и стандарда рада, још и оно што је утврђено програмом рада, при чему је програм рада био својеврсан планирани резултат⁷⁴⁷. Слично решење постоји у Сједињеним Америчким Државама, које су прихватиле метод ранговања. Овим методом запослени се рангирају од најбољег до најслабијег. Параметри за рангирање јесу планирани резултати и упоређивање успеха запослених. Овај метод, међутим, трпи критику, због неправичности према запосленима који остварују прихватљиве резултате а на дну су лествице. Такође, рангирање на овај начин занемарује лична својства радника, те постоји ризик дискриминације осетљивих категорија запослених (нпр. старији радници, труднице).⁷⁴⁸

За неке професије постоји детаљна подзаконска регулатива радног учинка која би могла да послужи као *modus operandi*. Примера ради, за носиоце правосудних функција детаљно је регулисан радни учинак, тј. за сваку судијску позицију у зависности од реферата у којем конкретни судија поступа прописан је број одлука који судија мора донети. Уколико тај број изостане, судија неће оставити норму, што ће се одразити на оцену. Поред квантитета, други најзначајни критеријум јесте и квалитет судијских одлука (односно њихова “судбина” на другом степену).⁷⁴⁹

⁷⁴⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 107.

⁷⁴⁷Општи колективни уговор ("Службени гласник Републике Србије", број 50/2008), члан 23.

⁷⁴⁸Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *op. cit.*, стр. 557.

⁷⁴⁹Правилник о критеријумима, мерилима, поступку и органима за вредновање рада судија и председника судова (“Службени гласник Републике Србије” број 81/2014, 142/2014, 41/2015 и 7/2016) и Смернице за рад комисија за спровођење поступка вредновања и утврђивања оцене рада судија и председника судова <https://vss.sud.rs/sites/default/files/attachments/%D0%A1%D0%BC%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B8%D1%86%D0%B5%20%D0%B7%D0%B0%20%D1%80%D0%B0%D0%B4%20%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%81%D0%B8%D1%98%D0%B0%20%D0%B7%D0%B0%20%D1%81%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%92%D0%B5%D1%9A%D0%B5%20%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%83%D0%BF%D0%BA%D0%B0%20%D0%B2%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B0%20%D0%B8%20%D1%83%D1%82%D0%B2%D1%80%D1%92%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B0%20%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%B5%20%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%B0%20%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B8%D1%98%D0%B0%20%D0%B8%20%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B4%D1%81%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B0%20%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%BE%D0%B2%D0%B0.pdf> последњи пут приступљено 15.06.2020. године или у Босни и Херцеговини, Критерији за оценјивање рада судија у BiH

Такође, за разлику од општег режима, у посебном режиму радних односа, јако је лепо регулисано оцењивање државних службеника. Као циљ оцењивања наведени су откривање и отклањање недостатака у раду државних службеника, али и подстицање на боље резултате рада и стварање услова за правилно одлучивање о напредовању и стручном усавршавању. Оцењивање се заснива на вредновању резултата постигнутих у извршавању послова радног места и постављених циљева, самосталности, стваралачких способности, предузимљивости, прецизности, савесности, међусобне сарадње, и осталих способности које захтева радно место.⁷⁵⁰ Мерила и поступак оцењивања ближе одређује влада уредбом.⁷⁵¹ Редовно оцењивање је обавезно до краја фебруара за претходну годину, а ванредно оцењивање се практикује када се државни службеник оцени са најнижом оценом.⁷⁵²

У сваком случају, став је судске праксе да критеријуми на основу којих се цене резултати рада морају бити објективни и компетентни. Врховни суд Србије је, тако, заузео став да „раднику не може престати радни однос због неуспешног обављања послова радног места, ако таква неуспешност није утврђена на објективан и компетентан начин.“⁷⁵³ Резултати рада морају бити и реално остварљиви. Оно што се захтева од запосленог мора бити усклађено са економским стањем у сектору у којем ради, а коначна оцена о резултатима даје се у светлу способности одређеног лица. Примера ради, продаја производа који се иначе тешко продаје на тржишту у вредности од пет милиона динара, не представља нереалан циљ, али би се могла квалификовати као таква у односу на одређеног продавца, којем се као то намеће као први задатак у оквиру првог запослења.⁷⁵⁴

У упоредном праву законодавци утврђују правни оквир за вредновање рада запослених, а што подразумева постављање минималних критеријума и начела. Тако се,

https://vstv.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet?p_id_doc=43357 последњи пут приступљено 15.06.2020. године.

⁷⁵⁰Закон о државним службеницима (“Службени гласник Републике Србије” број 79/2005, 81/2005, испр, 83/2005 испр, 64/2007, 67/2007 испр, 116/2008, 104/2009, 99/2014 и 94/2017), члан 82. Слично предвиђају и Закон о државним службеницима Р. Српске (“Службени гласник Републике Српске”, број 118/2008, 117/2011, 37/2012 и 57/2016) члан 55. и Закон о државним службеницима Р. Хрватске (“Narodne novine”, број 49/2012), члан 83.

⁷⁵¹Закон о државним службеницима (“Службени гласник Републике Србије” број 79/2005, 81/2005, испр, 83/2005 испр, 64/2007, 67/2007 испр, 116/2008, 104/2009, 99/2014 и 94/2017), члан 84.

⁷⁵²Закон о државним службеницима (“Службени гласник Републике Србије” број 79/2005, 81/2005, испр, 83/2005 испр, 64/2007, 67/2007 испр, 116/2008, 104/2009, 99/2014 и 94/2017) чл. 83. и 84а.

⁷⁵³Пресуда Врховног суда Србије Рев 3414/92.

⁷⁵⁴Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *op. cit.*, стр. 562.

на пример, захтева да се оцењивање врши на основу објективних и транспарентних критеријума и то путем техника и метода који одговарају сврси и циљу вредновања. Запослени, при том, морају бити обавештени о мерилима и начину вредновања.⁷⁵⁵ Као што смо већ навели, наше позитивно право у општем режиму радних односа не предвиђа ни оцењивање ни нормирање, те сасвим тим ни методе, поступак, рокове, састав комисије која би вршила вредновање, а што је, чини се, велики пропуст законодавца.

Такође, још један предуслов за остваривање резултата рада јесте да је запослени распоређен на одговарајући посао. Адекватно распоређивање не само да штити интересе послодавца, него штити интересе самог запосленог јер само тако може да оствари највећи радни допринос.⁷⁵⁶ Закон о раду, на жалост, више не уређује институт вредновања радних способности.

Када смо објаснили да је за отказ уговора о раду неопходно констатовање изостанка радног учинка односно резултата рада, долазимо до наредног питања, а то је да ли је само један изостанак (очекиваних/задовољавајућих) резултата рада довољан за престанак радног односа? Чини се да један изостанак резултата не чини отказ легитимним. У прилог тврдњи да један изостанак радног учинка није довољан за престанак радног односа јесте и теоријско схватање по коме је потребно трајније неостваривање резултата рада и то из субјективних разлога⁷⁵⁷. Ова тврдња може се подупрети и општим правилима уговорног права. Једнострано раскид уговора (о раду) није оправдан због незнатног неизвршења уговорне обавезе (незнатно неоставривање резултата рада у краћем периоду).⁷⁵⁸ Такође, у прилог предњем говори и изричито законско решење по којем се пре отказа по овом основу запослени мора писмено

⁷⁵⁵Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 128.

⁷⁵⁶Значај института распоређивања запослених произлази из значаја слободе предузетништва и слободе рада, а огледа се у следећем: ангажовању запосленог саобразно потребама процеса рада и организације рада; конкуренцији стручности и способности у току трајања радног односа; искључивању „монопола“ на радно место и професионалној покретљивости запослених; испољавању и радносоцијалној верификацији стварних стручних и радних способности запослених. П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 474.

⁷⁵⁷Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 371.

⁷⁵⁸Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 734.

упозорити на постојање свих околности, те да му се пре отказа морају дати упутства како би побољшао рад, и да му се мора оставити примерени рок за побољшање рада.⁷⁵⁹

2.3. Констатовање неостваривања резултата рада и услови за законитост отказа

2.3.1. Праћење резултата рада запосленог и констатовање изостанка резултата

Евалуација запослених спадала је у искључиву надлежност послодавца. Препознавши опасност злоупотребе ових овлашћења, наш законодавац јесте предузео неке, али, чини се, мале кораке у овој области. Развој радног права за последицу је, наиме, имало успостављање одређених начела у овој области. Реч је о начелу вредновања, где вредновање мора бити засновано на унапред утврђеним објективним критеријумима који одговарају циљу вредновања⁷⁶⁰. Наш законодавац само наговештава праћење и оцену запослених када уређује предвиђени отказни разлог, али ближе неодређује вредновање, већ у целини препушта уређење овог питања једностраном акту послодавца или, пак, колективном уговору. Да би отказ био законит послодавац мора да утврди на поуздан начин постојање овог отказног разлога, односно да на објективан и поуздан начин утврди чињенице на којима заснива оправданост отказа⁷⁶¹.

Резултати рада прате се, најпре, непосредним прегледом рада и производа рада, те контролом квалитета и квантитета обављеног посла. Како остварени резултати рада зависе од стручних и радних способности, искључивањем објективних околности, може се донети одговарајућа оцена резултата и одлука о њиховом изостанку.⁷⁶² Битно је да је запослени унапред упознат са мерилима и праћењем резултата рада, а у прилог томе

⁷⁵⁹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 180.

⁷⁶⁰Циљ вредновања резултата није да се констатује њихов изостанак, те отпусти запослени због незадовољавајућег радног учинка, већ унапређење рада, постизање веће продуктивности, елиминација недостатака у раду, награђивање, напредовање, усавршавање. Предмет вредновања могу бити само резултати, способности, вештине и умећа запослених од значаја за обављање послова. Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *op. cit.*, стр. 559.

⁷⁶¹Б. Живановић, *op. cit.*, стр. 117.

⁷⁶²Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57.

говори пракса Врховног суда Србије.⁷⁶³ Следом наведеног долазимо до начела транспарентности које претпоставља право сваког запосленог да зна ко, у које сврхе, у ком контексту и у ком временском периоду прикупља његове личне податке. Корелат овом праву јесте обавеза послодавца да јасно дефинише листу података који се прикупљају и чувају у вези са евалуацијом запослених.⁷⁶⁴ Осим тога, послодавац, мора да заштити поверљивост свих добијених података до којих је дошао у поступку евалуације, те да омогући брисање за процену професионалних способности непотребних података и исправку оних нетачних.⁷⁶⁵

Дакле, у пракси је примена отказног разлога који се тиче неостваривања резултата рада условљена претходним праћењем остварених резултата рада, финансијских резултата пословања, односа запосленог према послу који обавља, његовог залагања на раду, и утицаја осталих фактора који доприносе остварењу предвиђених радних резултата.⁷⁶⁶ Оно што је кључно јесте да се изостанак резултата јавља услед субјективних околности на страни запосленог. И супротно, одсуство резултата рада (као оправдани отказни разлог) не може бити последица објективних околности које могу утицати директно или индиректно на резултат, а које нису последица субјективних слабости радника, као што су нпр. болест, потешкоће материјалне или социјалне природе, лош и неадекватан алат, лош материјал, неодговарајући услови рада, лоши међуљудски односи...⁷⁶⁷ Наравно, увек постоји могућност да недовољни резултати рада буду последица неког објективног разлога, било на страни запосленог (на пример болест), било на страни послодавца (на пример недостатак сировина). Уколико, пак, постоји неки објективни разлог за одсуство крајњег циља, оправданог отказног разлога нема, јер последица није изазвана незалагањем запосленог.⁷⁶⁸ Значи, само разлог субјективне природе може бити узрок неостваривања резултата рада, те је у сваком појединачном случају неопходно искључити утицај објективних околности. Такав став заузео је и Врховни суд Србије. Наиме у једном случају тужилац је отпуштен због изостанка резултата рада, а сам

⁷⁶³Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4735/93 од 19.01.1994. године, наведено према Б. Живковић, “Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла”, *Радно и социјално право*, број 1/2008, стр. 340.

⁷⁶⁴Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *op. cit.*, стр. 560.

⁷⁶⁵Ж. Мирјанић, *Увод у радно право, књига друга*, Бања Лука, 2020, стр. 39.

⁷⁶⁶Врховни суд Србије, Рев. II 1885/06 од 27.03.2007. године.

⁷⁶⁷Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57.

⁷⁶⁸З. Ивошевић, “Отказ уговора о раду од стране послодавца”, *op. cit.*, стр. 179.

изостанак је утврђен на основу финансијског извештаја. Тужилац је био запослен у угоститељском објекту. Како је изостао очекивани приход, тужени је тужиоцу отказао уговор. У поступку пред судом утврђено је да тужилац није кажњаван због неадекватног односа према раду, да гости кафића на тужиоца нису имали примедби, али да су, уствари, објективни разлози утицали на неостваривање финансијског плана. Угоститељски објекат који је био познат по точеном пиву остао је без апарата за точење, цене пића су биле одређене превисоко и није имао музички уређај. Дакле, изостанак резултата не може се посматрати само на основу финансијског резултата, већ и у односу запосленог према пословима, и његовом залагању, као и у односу на све друге факторе који могу имати утицај на резултате рада, а на које запослени па ни послодавац не могу утицати⁷⁶⁹.

Надаље, битно је истаћи и чињеницу да задаци који се стављају пред запосленог морају објективно бити оствариви. О томе, примера ради, сведочи случај тужиоца, који је радио у Сектору за продају осигурања. Годишњи циљеви сваке експозитуре утврђују се на основу места где се експозитура налази и куповне моћи грађана, затим се праве планови који се достављају директорима експозитура на сугестије и корекције, након чега се у централи доноси коначан план. У конкретном случају, тужилац је скренуо пажњу директору да су циљеви плана преамбициозно постављени. Даље, у току године тужилац је добио упозорење пред отказ, јер ни у једном месецу није остварен план, односно изостали су резултати, те му је остављен рок у којем може да надокнади губитке и избегне отказ. Међутим, ни у том периоду тужилац не успева да оставри план а нарочито из разлога што су цене у односу на конкурента биле високе. Суд је поништио решење о отказу као незаконито закључивши да задатак који се поставља запосленом мора бити објективно изводљив односно могућ у конкретном временском периоду.⁷⁷⁰

Праћење резултата рада везује се за одређени временски период. У светлу нашег законодавног система, који говори о радном учинку приликом обрачуна зараде, можемо закључити да би нека реална временска јединица у којој се резултати рада мере била један месец. У контексту овога, ваљало би напоменути да неостваривање резултата рада није оправдани отказни разлог уколико се запосленом ставља на терет

⁷⁶⁹Б. Живковић, “Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла”, *op. cit.*, стр. 341-342.

⁷⁷⁰М. Поповић, *op. cit.*, стр. 50-51.

да није остварио очекиване резултате у релативно кратком временском периоду после почетка рада на новом послу, а при томе је било потребно одређено време ради његове обуке за обављање одговарајућих радних задатака.⁷⁷¹

Као што је речено, код отказног разлога који се тиче неостваривања резултата рада неопходно је, најпре, констатовати да запослени не остварује резултате рада, те, потом, проћи кроз законом предвиђену процедуру давања отказа, како би отказ био законит. Како законодавац саму процедуру није ближе уредио (осим када је реч о обавезном обавештењу о неостваривању резултата), празнину је могуће попунити колективним уговором или општим актом код послодавца. Тако би, на пример, било пожељно овим актима прецизирати начин на који се бира комисија која оцењује резултате рада, њихову стручну спрему или подобност да надзиру и оцењују рад запослених, могли би се усвојити неки параметри за рад комисије, предвидети партиципација запослених у праћењу рада, прецизирати мерила, критеријуми и оцене по којима се прате резултати и оцењују запослени. Овде би ваљало правити разлику да ли ће се све претходно уредити колективним уговором или општим актом послодавца. Сматрамо да би законодавац требало да прецизира, да уколико се ова питања регулишу општим актом послодавца (а не колективним уговором) да такав акт мора бити нарочито детаљан и прецизан. Проблем објективности оцене резултата рада потиче пре свега од чињенице да у домаћем праву не постоји обавеза периодичне евалуације резултата рада, нити прописаног евидентирања и архивирања документације о оцењивању.

Законодавчев пропуст био је делимично ублажен закључењем Општег колективног уговора из 2008. године, којим је било предвиђено да непосредни руководилац запосленог који у периоду од три месеца не остварује резултате рада или не покаже потребна знања и способности, покрене поступак за утврђење резултата рада односно знања и способности. По пријему захтева директор би образовао комисију од три члана, најмање истог степена стручне спреме одређене врсте занимања као и запослени. Послодавац је могао отказати уговор тек након негативног закључка ове комисије.⁷⁷²

⁷⁷¹Пресуда Окружног суда у Ваљеву, наведено према В. Марковић, *op. cit.*, стр. 60.

⁷⁷²Општи колективни уговор („Службени гласник Републике Србије“ бр. 50/2008, 104/2008 и 08/2009), члан 48.

2.3.2. Обавештење запосленог о неостваривању резултатат рада

Како би отказ у случају неостваривања резултата рада био законит неопходно је да послодавац обавести запосленог да не остварује резултате рада. Наш законодавац изричито предвиђа да се пре отказа из овог разлога запослени мора писмено упозорити на постојање ових околности, те да му се пре отказа морају дати упутства како би побољшао рад, и да му се мора оставити примерени рок за побољшање рада.⁷⁷³

Обавештењем о неостваривању резултата рада законодавац је дао другу шансу запосленом и пружио један вид процесне, али и суштинске заштите запосленом. Отказ се, дакле, не може добити пре обавештења о пропустима и пре него што се запосленом оставља додатни рок да се пропусти отклоне. Међутим, послодавац у овом акту мора и конкретизовати шта очекује од запосленог, те му објаснити на који начин може остварити послодавчева очекивања, односно мора навести тачне пропусте у раду запосленог и начин на који се они исправили.

Овим се брани став да се отказ не може дати првим изостанком очекиваних резултата, те се надомешћује недостатак прецизних законских одредби о резултатима рада који доводе до отказа. Тако је и у складу са међународним стандардима: да би послодавац отказа уговор о раду због овог отказног разлога неопходно је да претходно писмено упозори запосленог о неостваривању предвиђених резултатат, уз остављање рока за побољшање радног учинка⁷⁷⁴.

И не само код отказа (јер је отказ крајња мера), када запослени не остварује резултате рада, пре изрицања било какве друге мере, послодавац мора претходно дати писано обавештење у вези са недостацима у раду запосленог, са упутствима и примереним роком за побољшање рада. Тек ако након истека тог рока уз примену послодавчевих упутстава запослени непобољша рад, послодавац може приступити изрицању мера⁷⁷⁵.

⁷⁷³Закон о раду ("Сл. Гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018) члан 180.

⁷⁷⁴L. Betten, *op. cit.*, стр. 225-227.

⁷⁷⁵Закон о раду ("Сл. гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018) члан 180а.

2.3.3. Упутство за побољшање радног учинка

Упутство за побољшање радног учинка саставни је део претходног обавештења⁷⁷⁶. Да би отказ због неостваривања резултата рада био законит неопходно је да послодавац запосленог претходно на одговарајући начин инструкује о послу и да му да рок за побољшање рада и резултата рада. Дакле само под условом да је послодавац дао упозорење у коме је навео запосленом о могућности давања отказа због неостваривања резултата рада и у коме су наведене инструкције о раду, а запослени и после остављеног рока предвиђеног за побољшање и даље обавља рад на незадовољавајући начин.⁷⁷⁷

Послодавац мора дати писмена и јасна упутства запосленом, а отказни разлог може бити оправдан само уколико запослени не би поступио стриктно по тим упутствима. Међутим, могуће је да инструкција послодавца изостане. То би било дозвољено само у оним ситуацијама када се ради о рутинским, једноставним пословима на којима се

⁷⁷⁶Пресуда Врховног касационог суда Рев2 533/11 од 06.10.2011. године. Послодавац може запосленом отказати уговор о раду ако и после датих инструкција и остављеног рока да побољша резултате рада, настави да обавља посао на незадовољавајући начин. Из образложења "Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је био у радном односу на неодређено када му је тужени отказао уговор о раду, због неостваривања резултата рада, односно због немања потребног знања и способности за обављање послова на којима ради, уз паушално образложење, без навођења конкретних разлога и чињеница на основу којих је отказни разлог утврђен. У упозорењу о постојању разлога за отказ уговора о раду наведено је да тужилац није показао резултате рада на пословима на којима је распоређен, да је на основу праћења извршења послова запосленог од стране непосредних руководиоца утврђено да тужилац није у могућности да извршава постављене задатке и не показује очекивану заинтересованост за рад у циљу ефикасног извршавања послова, те му је остављен рок од пет дана да достави изјашњење о наводима из упозорења. Тужилац и тужени су закључили и споразум у којем је констатовано да је тужиоцу престао радни однос због неостваривања резултата рада, да је тужилац упознат са наводима из упозорења и да је слободном вољом без принуде, претње и присиле потврдио да је сагласан са наводима из упозорења и да се одриче права на жалбу на решење о престанку радног односа као и да прихвата да му се исплати припадајућа новчана накнада у износу од 214.364,00 динара. У споразуму је констатовано да споразум представља искључиво споразум о утврђивању датума престанка радног односа и права на новчану накнаду а не споразум о престанку радног односа јер исти престаје запосленом отказом уговора о раду. Суд је утврдио да је решење о отказу незаконито јер посебна комисија која би вршила процену посебних знања и вештина запослених није била формирана код туженог. даље да би отказ из овог разлога био законит, неопходно је утврдити да резултати рада изостају због недовољног рада запосленог и његовог незалагања односно због одсуства потребних знања, способности или неукости запосленог, што је у конкретном случају изостало, те да је побијаним решењем паушално образложен разлог престанка радног односа, без навођења конкретних разлога и чињеница, да није остварена сврха упозорења будући да му је уручено истог дана када и решење о отказу уговора о раду, да је упозорење достављено синдикату након доношења решења о отказу уговора о раду".

⁷⁷⁷В. Марковић, *op. cit.*, стр. 59. Овај став заузет је и у судској пракси, погледати пресуду Врховног касационог суда Рев2 2191/16 од 19.10.2017. године.

операције једнолично понављају. Како је циљ инструкције подучавање, инструкције би се за тако једноставне послове са правом могле сматрати сувишним.⁷⁷⁸

Дакле, законодавац налаже послодавцу да по утврђеном недостатку у раду писмено упозори запосленог на постојање недостатка, затим да му изда упутства за отклањање недостатака, односно да му да упутства како би побољшао рад и да му остави адекватан рок остварење очекиваног учинка.⁷⁷⁹ Ово упозорење или опомену требало би разграничити од упозорења пред отказ. Сврха овог упозорења јесте да запосленог подсети да његов рад не даје одговарајући резултат, или да нема знања и способности која су му потребна, те да, ако жели да одржи уговор о раду на снази, треба да се поправи. Основна функција овог упозорења јесте да се запослени упуту шта и како треба да ради. Уз упутство, запослени би требало да отклони мане у раду у одговарајућем временском периоду. С друге стране, основна функција упозорења пред отказ јесте стварање услова за одбрану запосленог, тј. за његово изјашњавање о чињеницама које му се стављају на терет.⁷⁸⁰

2.3.4. Разумни рок за побољшање резултата рада

У складу са Законом, када послодавац запосленом да упозорење, мора му дати и упутства за побољшавање рада, те јасно ставити до знања запосленом шта од њега очекује и оставити му рок у коме може испунити та очекивања. Сматрамо да је законодавац могао и прецизирати, односно, бар, поставити минималну границу трајања рока за унапређење резултата, односно одредити ту рок као “разуман”⁷⁸¹. С тим у вези, ваља имати у виду да је пре ступања на снагу новеле Закона о раду од 2014. године, а по узору на стандарде МОР, Врховни касациони суд у својим одлукама заузео је став да радни однос запосленог не треба да престане због незадовољавајућих резултата рада, сем ако је послодавац дао раднику писано упозорење са одговарајућим упутством, те му оставио разуман рок, а радник наставља да извршава дужности на незадовољавајући

⁷⁷⁸Б. Живковић, “Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла”, *op. cit.*, стр. 351.

⁷⁷⁹ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, 2015, стр. 340.

⁷⁸⁰Б. Живковић, “Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла”, *op. cit.*, стр. 348-349.

⁷⁸¹Уз напомену да би чак и тада постојала празнина, јер би се у сваком конкретном случају морало утврђивати шта је разуман рок.

начин и након протекла остављеног рока. Наравно, и у том случају, је неопходно да послодавац на објективан и поуздан начин утврди изостанак резултата рада.⁷⁸²

Претходно смо већ истакли да је садржај упозорења по својој суштини упутство за побољшање рада, односно да је основна функција упозорења да се запослени упуте шта и како треба да ради. За побољшање рада послодавац одређује одређени временски период у коме би запослени требало да отклонити мане у раду, уколико се придржава датих упутстава. Тај временски период мора бити неко разумно време у коме је реално очекивати побољшање. Време провере је, дакле, време у коме се посебно прати рад запосленог испитује да ли су уочени недостаци у раду отклоњени.⁷⁸³

Дакле само трајање „разумног рока“ није и не може бити одређено законом, јер се не може очекивати да је разуман рок у којем запослени може да поправи радни учинак једнак за све делатности. Могло би се евентуално очекивати да се колективним уговором нешто оквирније одреди одговарајући рок уместо стандарда „разумног рока“. За сада је на процени суда да ли је у сваком конкретном случају остављен или не разумни рок.⁷⁸⁴

Занимљиво решење садржао је Закон о удруженом раду, по којем је било предвиђено да се запосленом понуди посао који одговара његовим способностима. Дакле, уколико радник трајније не остварује резултате рада (прецизније, ако трајније не остварује резултате који се обично остварују) било је потребно претходно понудити запосленом рад на пословима који одговарају његовим способностима, а уколико би овај то одбио тек онда се могла донети одлука о отказу.⁷⁸⁵ Такође, интересантан је увид и у став Врховног суда Србије да је законит отказ због неостваривања резултата рада у случају у којем је послодавац, приликом констатовања мањка, оставио запосленом

⁷⁸²М. Поповић, *op. cit.*, стр. 21-22.

⁷⁸³Б. Живковић, „Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла“ *op. cit.*, стр. 348-349.

⁷⁸⁴М. Поповић, *op. cit.*, стр.49. Према утврђеном чињеничном стању, након закључења анекса уговора о раду тужилац код туженог са места извршног директора бива распоређен на радно место аналитичара производног контролинга. Након месец дана обављања послова, тужилац добија обавештење о постојању разлога за отказ уговора о раду јер је послодавац утврдио да су учинак, квалитет рада и однос запосленог према радним задацима испод захтеваног нивоа, те да резултирају континуираним неиспуњавањем резултата рада и компромитовањем ефикасности и захтеваних резултата рада у укупном процесу контролинга, те се запосленом оставља рок од 10 радних дана да побољша свој рад. Врховни касациони суд оценио је као правилном оцену нижестепених судова да у конкретном случају нису испуњени услови за отказ због изостанка резултата рада јер тужиоцу, није остављен примерен рок за побољшање рада.

⁷⁸⁵З. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57.

време за исправљање грешке и побољшање резултата, па и након тога у поновљеној контроли утврдио мањак.⁷⁸⁶

3. Однос отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада и других отказних разлога

3.1. Разграничење отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада од отказа због несавесног и немарног извршавања радне обавезе

До отказа уговора о раду може доћи због неостваривања резултата рада као једног отказног разлога, а и због несавесног и немарног извршавања радне обавезе, као другог и то дисциплинског отказног разлога. Два поменута отказна разлога имају великих сличности, али међу њима и постоје разлике. Оба разлога имају исту последицу - слаб квалитет и/или квантитет рада, односно неостваривање резултата рада. Ипак из практичних разлога, потребно их је разликовати, јер се у првом случају против против запосленог неће водити дисциплински поступак, мада овај закључак релативизује чињеница да Закон о раду предвиђа некакав атхезиони „дисциплински“ поступак који се води у оквиру отказног поступка. У теорији, чини се, постоји дилема око отказног разлога неостваривања резултата рада, у смислу да ли је то један, посебан отказни разлог, или се неостваривање резултата рада јавља као последица других отказних разлога. У овом другом случају, може се јавити као последица непоседовања знања и способности, или као последица несавесног и немарног извршавања радне обавезе. На тај начин, негирали бисмо да неостваривање резултата рада може бити последица и незалагања, недовољног рада или нечег трећег.

Ако неостваривање резултата рада посматрамо као последицу непоседовања знања и способности онда су нам за тај отказни разлог потребна кумулативно оба законска елемента. Овакво схватање подржава професор Лубарда⁷⁸⁷. Међутим, у пракси би ово довело до практичних проблема. Ако је један отказни разлог неостваривање резултата рада због непоседовања знања и способности, поставља се питање како дати

⁷⁸⁶Б. Чолић, “Отказ уговора о раду и могући облици заштитеправа запослених“, *Радно и социјално право*, број 1-6/2006, стр. 294.

⁷⁸⁷Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 734.

отказ запосленом који неостварује резултате рада а има знања и способности, и обратно, како отказати уговор о раду запосленом који остварује резултат рада а нема знања и способности, а да отказ не буде незаконит. О овој теми биће више речи у наставку рада.

Неостваривање резултата рада може се јавити и као последица несавесног и немарног извршавања радне обавезе, у ком случају говоримо о повреди радне обавезе савесног и благовременог извршавања рада, због чега је потребно водити дисциплински поступак и где би отказ фактички био дисциплинска казна. У овом случају запосленом се отказује радни однос због његовог понашања које угрожава процес рада и законите интересе послодавца, те се, дакле, неостваривање резултата рада јавља као последица понашања запосленог, односно фактички је изостанак резултата последица кршења радне дисциплине. У том случају послодавац може отказати уговор о раду након спроведеног дисциплинског поступка, ако оцењује да је то најадекватнији начин решења проблема. Наравно, код кршења радне дисциплине отказ није нужна санкција и зависи како од квантитета повреде радне обавезе, тако и од квалитета рада запосленог. Професор Брајић, међутим, примећује да, у условима друштвене својине, у клими неодређеног власништва и општих и заједничких интереса, послодавци нису водили рачуна о сразмерности повреде радне дисциплине и квалитета рада запосленог, а што је неретко доводило до неадекватне заштите процеса рада и друштвене својина. У таквим околностима раднику који је био веома потребан за предузеће и успешан у раду могла је бити изречена мера престанка радног односа и ако није била адекватна.⁷⁸⁸ У контексту нових својинских односа, става смо да примат имају резултати рада, а не понашање запосленог, мада је јасно да једно без другог не иде.

Када говоримо о неостваривању резултата рада који се јавља као последица понашања запосленог, говоримо о скривљеном понашању запосленог, који за последицу има дисциплинску одговорност. Дисциплинска одговорност запослених је врста правне одговорности за скривљену повреду радне обавезе, односно обавезе понашања, која има за циљ да обезбеди поштовање правила унутрашњег реда и поретка

⁷⁸⁸В. Брајић, *Радно право, радни односи, други односи рада и социјално осигурање, ор. cit.*, стр. 406.

рада у овим институцијама, а чији основ лежи у субјективном елементу, кривици запосленог.⁷⁸⁹

Дакле, разлика неостваривања резултата рада од несавесног и немарног извршавања радне обавезе разликује се у субјективном односу према раду. У првом случају, запослени се труди, али не успева да оствари резултат рада. Управо зато законодавац предвиђа упозорење (са инструкцијама и роком). У пракси, могуће је очекивати да запослени ненамерно не ради нешто како треба, те да накнадно, поступајући по датим инструкцијама, поправи свој рад. У другом случају запослени може да оствари резултат рада, али је немаран, због тога га не остварује, или пак резултат не изостаје јер (код нпр. тимског рада) други запослени преузимају више обавеза на себе.

Према ставу Врховног суда Србије,⁷⁹⁰ без обзира на то што је изостао очекивани учинак рада, нема месту за изрицање дисциплинске мере, јер је за дисциплинску одговорност потребна кривица, дакле умишљај или свесни нехат, те би се супротно могло подвести под отказни разлог неостваривања резултата рада.⁷⁹¹ Код дисциплинског отказног разлога, запослени мора бити свестан да је такво понашање противправно и да може проузроковати санкције, основ дисциплинске одговорности је кривица запосленог, запослени мора учинити нешто намерно или крајњом непажњом, да из тога произилази субјективни елемент.⁷⁹²

Основ дисциплинске одговорности је, дакле, кривица. Поред тога, неопходно је да постоји повреда радне обавезе на раду или у вези са радом, утврђене општим актом или уговором о раду или непоштовање радне дисциплине. Повреда радне обавезе на раду или у вези са радом подразумева најпре повраду обавезе извршавања рада: одбијање извршења радног налога; неблаговремено, несавесно и немарно извршавање радних обавеза; неостваривање норматива и стандарда рада; одбијање обављања послова радног места на коме је распоређен; одбијање образовања, стручног оспособљавања и усавршавања; повреда обавезе извршавања рада у вези са радним временом (неоправдано изостајање, неоправдано закашњење, неоправдано напуштање посла и

⁷⁸⁹Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 604, 621.

⁷⁹⁰Одлука Врховног суда РевII 1828/05 од 2.3.2006.

⁷⁹¹Б. Чолић, *op. cit.*, стр. 294.

⁷⁹²Одлука Врховног суда Републике Српске 118-0- Рев-07-000 577 од 4.3.2009. године

слично); необавештавање послодавца у року од 24 часа о одсуству са рада због болести или другог оправданог разлога, повреда обавезе доласка на рад одморан, те даље повреду обавезе према имовини послодавца, повреде обавезе лојалности послодавцу, повреда обавезе неконфликтности интереса, повреда обавезе дисциплине понашања.⁷⁹³ Дакле, из претходне класификације професора Лубарде можемо уочити да су чак две повреде радне обавезе (несавесно и немарно извршавање радних обавеза и неостваривање норматива и стандарда рада) у тесној вези са отказним разлогом неостваривања резултата рада, те их је нарочито због поступка и законитости отказа неопходно разликовати.

У складу са начелом управљања и присвајања по основу својине и рада, послодавац има нормативну власт: овлашћење на доношење правилника о раду и других општих аката, извршну власт, односно овлашћење да управља радом и то тако да обезбеди ред и продуктивност рада. Коначно, као би успео у управљању, послодавац мора контролисати рад и понашање запосленог, те у циљу предњег, послодавац има и дисциплинску власт: овлашћење да изриче дисциплинске мере или санкције према запосленом због повреде радне дисциплине, односно радних обавеза и реда.⁷⁹⁴ Међутим, баш као и нормативна и извршна, и дисциплинска власт послодавца трпи ограничења, те послодавац може, само у предвиђеном дисциплинском поступку, утврђивати кривицу запосленог, те у зависности од природе повреде радне обавезе или правила понашања изрећи предвиђену дисциплинску санкцију.

Истина, наш законодавац неправилно не посредно разлику лакших и тежих повреда радних обавеза у општем режиму радних (за разлику од посебног) али то чини посредно прописујући дисциплинске санкције. Наиме, законодавац предвиђа отказ уговора о раду, као дисциплинску санкцију, као *ultima ratio* санкцију, дакле за теже повреде радне обавезе односно радне дисциплине. У ситуацијама када постоје олакшавајуће околности, или у ситуацијама у којима повреда радне обавезе или радне дисциплине није такве природе да запосленом треба да престане радни однос, законодавац као дисциплинске санкције предвиђа: удаљење са рада без накнадеу трајању од једног до 15 радних дана, новчану казну висини до 20% основне зараде

⁷⁹³Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 623-627. и даље 628-642.

⁷⁹⁴J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 180-183.

запосленог или опомену пред отказ⁷⁹⁵. Овакво прогресивно кажњавање има за циљ да упозори запосленог на *ultima ratio* санкцију, која је, по правилу, резервисана за теже повреде радних обавеза. Дакле, у сваком конкретном случају мора се ценити озбиљност повреде радне обавезе, јер није свако непоштовање дисциплине рада отказни разлог. Сасвим супротно, у духу градацијског кажњавања само непоштовање дисциплине које се не може толерисати, зато што је по разумној оцени неподношљиво, може бити основ за отказ уговора о раду.⁷⁹⁶

У пракси се поставља питање до које мере би општим актима послодавца требало предвидети које понашање запосленог има значај теже повреде радне обавезе, јер јасно је да је немогуће предвидети сваку могућу ситуацију. Стога је јасан и став судске праксе да то што правилником о раду туженог (дакле, послодавца) није уопште прописано које понашање запосленог има значај теже повреде радне обавезе, не ограничава послодавца да одређену радњу запосленог оцени као тежу повреду радне обавезе. Став је Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине да се у сваком конкретном случају мора испитати да ли је повреда радне обавезе такве природе да не би било основано очекивати од послодавца да настави радни однос са запосленим. Дакле, реч је фактичком питању које зависи од околности случаја⁷⁹⁷.

Занимљив је, такође, став Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине према којем је без основа је позивање запосленог (који у току поступка не спори да је извршио радњу која је интерним актом послодавца прописана као тежа повреда радне дужности за коју се може изрећи дисциплинска мера престанак радног односа) на понашање послодавца пре учињене повреде теже радне дужности, односно то што је послодавац испровоцирао понашање запосленог, јер је дискреционо правао послодавца да то узме или не узме као олакшавајућу околност приликом изрицања дисциплинске мере.⁷⁹⁸

⁷⁹⁵Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018), члан 179а.

⁷⁹⁶Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 356-357.

⁷⁹⁷Пресуда Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине број 070-0-РЕВ-07-001564 од 27.11.2008. године. У конкретном случају тужилац-запослени је наговарао друге запослене да напуштају радно место за време рада, да напусте рад код туженог, те једном запосленом упућивао погрде речи и плувао га.

⁷⁹⁸Пресуда Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине број 70 0 РС 001383 11 РЕВод 23.05.2013. године.

3.2. Однос неостваривања резултата рада као отказног разлога са резултатима рада као критеријума за утврђивање вишка запослених

Неостваривање резултата рада Законом је предвиђени отказани разлог и то професионално условљен на страни запосленог. Међутим неостваривање резултата рада је и критеријум за пословно условљени отказ на страни послодавца. Како овај критеријум за последицу има отпуштање запослених који остварују најслабије резултате рада на пословима на којима се због технолошких, економских и организационих промена код послодавца смањује број запослених.

Домаћи законодавац није ближе уредио питања везана за критеријуме за утврђивање вишка запослених, већ је исто у целости оставио послодавцима, прописавши да критеријуми представљају обавезну садржину програма решавања вишка запослених. При том је послодавац приликом утврђивања критеријума ограничен само таксативно прописаним недопуштеним критеријумима⁷⁹⁹. Критеријуми на основу којих ће се утврдити вишак запослених јесу деликатно питање које не би требало бити постављено, ни остављено, само послодавцима, па чак ни социјалним партнерима, него би се питањем критеријума за утврђивање вишка запослених требало решити законом. Осетљивост избора критеријума произилази из чињенице да тај избор директно решава професионалну судбину запослених код одређеног послодавца.⁸⁰⁰

Код утврђивања критеријума за утврђивање вишкова запослених треба имати у виду осетљивост овог питања, те да се у овој области преплићу и интереси три скупине: запослених, послодаваца али и државе. Приликом утврђивања вишкова решавају се интереси послодавца који пре свега жели да очува солвентност те се послодавац утврђивањем критеријума води економским интересом да на раду задржи најпродуктивније и најлојалније запослене. Запослени, различитих личних својстава (различитих година, породичних и здравствених прилика, социјалног статуса) су у међусобној конкуренцији те се приликом критеријума мора водити рачуна да они буду такви да, посредно, а нарочито непосредно, не дискриминишу поједине категорије

⁷⁹⁹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018), чл.155 и 157.

⁸⁰⁰Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 563 и 564.

запослених. И у интересу државе јесте да колективним отпуштањем не буду погођене превасходно најтеже запошљиве категорије запослених, чиме се огроман терет преноси на државу, кроз повећана социјална давања и генерални пораст незапослености. Дакле, комплексност интереса које треба избалансирати приликом одабира критеријума јасно ставља до знања да не постоји један универзално прихватљив критеријум.⁸⁰¹ Међутим, сасвим супротно, како је законско утврђивање критеријума изостало, у пракси се најчешће као критеријум јавља управо само један, универзално постављен - резултат рада.

У нашем праву, резултат рада, као основни критеријум датира још из 1997. године, уз допунске социјално-економске критеријуме и критеријум радног стажа код послодавца⁸⁰² а задржан је и у Општем колективном уговору из 2008. године.⁸⁰³ Критеријум резултата рада код утврђивања вишка запослених конципиран је тако да приоритет за останак на раду имају радници који су континуирано остваривали најбоље резултате рада. Дакле, у одређеном периоду који претходи започињању поступка решавања вишка запослених посматрају се резултати рада и задржавају они запослени који имају најбоље резултате. Циљ овако постављеног критеријума је вишеструк. Осим што се чува конкурентност, јер најпродуктивни запослени могу компензовати редукцију радне снаге, овакав поступак при утврђивању вишка запослених утиче на мотивацију. Запослени се мотивишу да у рад уложе свој максимум имајући у виду да најбољи запослени неће осетити негативне ефекте организационих промена код послодавца⁸⁰⁴. Имајући у виду чињеницу да се мерење резултата рада врши у односу на релативно кратак временски период, фаворизују се млађи запослени на штету старијих, чија продуктивност са годинама опада и који по правилу имају мање шанси за ново запослење, а игнорише се вредност њиховог вишедеценијског рада. С тим се посебно указује и на проблем изостанка законске обавезе послодавца у приватном сектору да периодично евалуирају рад запослених и евидентирају документацију о оцењивању,

⁸⁰¹Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 261.

⁸⁰²Општи колективни уговор ("Службени гласник Републике Српске", бр. 22/97, 21/98, 53/99 - одлука УСРС, 12/2000 - испр. одлуке и 31/2001), чл. 9-12.

⁸⁰³Општи колективни уговор ("Службени гласник Републике Српске", бр. 50/2008, 104/2008 - Анекс I и 8/2009 - Анекс II), чл. 38-41.

⁸⁰⁴А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем запослених и методи за њихово решавање*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, стр. 262-263.

што овај минимализује вредност овог критеријума.⁸⁰⁵ Разлог лежи у чињеници што у недостатку обавезне периодичне евалуације и чувања података о истом послодавац фактички може да мери резултат рада само кад му је то неопходно, односно конкретно, уколико се укаже потреба за утврђивањем програма решавања вишка запослених.

Неостваривање резултата рада, односно одсуство знања и способности представља посебан законски основ за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца, који се не односи на потребе послодавца, већ способности запосленог. Стога се поставља оправдано питање у каквој је корелацији критеријум резултата рада приликом исказивања вишкова запослених са наведеним отказним разлогом? Овде се поставља и питање прикривања отказа због способности запосленог, јер отказ из овог разлога подразумева и одређени отказни поступак.

Иако је линија између ова два отказна разлога танка, због чега критеријум резултата рада и носи ризик прикривених отказа мотивисаних способностима запослених, ипак, треба имати у виду чињеницу да критеријум резултата рада није усмерен на отказивање уговора о раду запосленима који не остварују резултате рада, односно немају потребна знања и способности за обављање послова које обављају. Сасвим супротно, могуће је да сви запослени остварују резултате рада а да се они са најслабијим резултатима отпуштају. Резултати рада, као критеријум, приликом исказивања вишкова не морају бити негативно изражени, за разлику од резултата који служе за отказ уговора о раду због способности запосленог. На основу оцена резултата рада формирају се ранг-листе, те се они са најмање бодова на ранг - листи отпуштају, што фактички може значити да и ти запослени остварују резултате рада. Приликом исказивања вишкова запослених, акценат је стављен на то да се међу извршиоцима истих послова одаберу најбољи, који ће имати приоритет да остану на раду. То значи да међу извршиоцима на које се примењује критеријум резултата рада сви могу да остварују натпросечне резултате, у ком случају ће најслабији међу натпросечнима бити проглашени вишком, што показује да између отказа по критеријуму резултата рада и отказа због неостваривања резултата рада не постоји подударност.⁸⁰⁶

⁸⁰⁵Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 566-567.

⁸⁰⁶А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем запослених и методи за њихово решавање*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, стр. 268-269.

Наравно да се ова два института преплићу у ситуацији када се применом критеријума резултата рада за вишак запослених утврде запослени који остварују исподпросечне резултате рада, али и ту треба имати у виду циљ примене овог критеријума: да на раду остану најбољи, а не да се отпуштају најлошији извршиоци, чиме се поставља јасна граница са отказом због неостваривања резултата рада.

Примера ради, посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика предвиђа професионална (резултате рада) и ванпрофесионална мерила (социјално-економски критеријуми). Критеријуми професионалног типа јесте у суштини резултат рада али доста објективизиран и предвиђен по ставкама као дужина рада при чему постоји скала бодовања за сваку годину рада, за различите уговоре по којима је оствариван рад и слично⁸⁰⁷, затим образовање радника или прецизније речено додатно образовање⁸⁰⁸, преданост у раду који се манифестује кроз остварене резултате ученика на такмичењима⁸⁰⁹ и педагошки

⁸⁰⁷За рад у радном односу предвиђен је следећи начин доделе бодова: за сваку годину рада оствареног у радном односу – 1 бод и за сваку годину рада оствареног у радном односу у установама образовања – 1 бод. Време проведено на раду по основу уговора о привременим и повременим пословима, о делу, о стручном оспособљавању и усавршавању, о допунском раду, као и посебан стаж осигурања у складу са прописима пензијског и инвалидског осигурања (нпр. рођење трећег детета, спортски стаж, време за које је осигураник самостално уплаћивао доприносе и сл.), као и време обављања самосталне делатности се не сматра радом у радном односу. Оваква одредба колективног уговора могла би се оспоравати као дискриминаторна, јер у неравноправан положај доводи, на пример, породиље. Запосленом се рачуна цела година проведена на раду у радном односу без обзира на то да ли је радио са пуним или непуним радним временом. Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20), члан 34.

⁸⁰⁸Критеријум образовања бодује се на следећи начин: за високо образовање на студијама другог степена (мастер академске студије, специјалистичке академске студије или специјалистичке струковне студије) у складу са Законом о високом образовању, почев од 10. септембра 2005. године и на основним студијама у трајању од најмање четири године, по пропису који је уређивао високо образовање до 10. септембра 2005. године – 20 бодова. За високо образовање на студијама првог степена (основне академске, односно основне струковне студије), студијама у трајању од три године или вишим образовањем – 15 бодова, за специјалистичко образовање након средњег образовања – 13 бодова, за средње образовање у трајању од 4 године – 12 бодова, за средње образовање у трајању од 3 године – 10 бодова, за основно образовање и оспособљеност за рад у трајању од једне или две године – 5 бодова. Бодовање се врши према стеченом одговарајућем образовању. Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20), члан 34.

⁸⁰⁹Критеријум „такмичења“ односи се на наставнике који посвећују додатно време надареним ученицима. Број бодова које наставник добија за општинско такмичење и смотру за освојено прво место јесте 2 бода, за освојено друго место – 1,5 бод, за освојено треће место – 1 бод; број бодова за окружно/регионално, односно градско такмичење и смотру: за освојено прво место – 4 бода, за освојено друго место – 3 бода, за освојено треће место – 2 бода; број бодова за републичко такмичење и смотру: за освојено прво место – 8 бодова, за освојено друго место – 6 бодова, за освојено треће место – 4 бода; број бодова за међународно такмичење: за освојено прво место – 15 бодова, за освојено друго место – 12 бодова, за освојено треће место – 10 бодова. По основу такмичења бодује се наставник који је ученика припремао за такмичење и који је остварио релевантне резултате. Приликом бодовања запослених у обзир се узима резултат постигнут на такмичењима и смотрама који су организовани у складу са стручним упутством министарства о организовању такмичења и смотри ученика и коју су утврђени наведеним календаром. Вреднује се само један резултат остварен у највишем рангу такмичења и смотри. Бодовање по

допринос у раду кроз ауторство.⁸¹⁰ Дужина радног стажа је посебан тип мерила између професионалног и ванпрофесионалног критеријума. Посебан колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика сврстава га у критеријум професионалног типа, међутим он у себи прикрива социјално-економски моменат, те као такав егзистира у упоредном праву. Примера ради у британском праву користи се као критеријум старешинства кроз колективне уговоре, под условом да није основни критеријум, односно једини применљив јер би тада био дискриминаторни по годинама. Као доминантан, користи се у Шведској и изузетак у примени овог критеријума су послодавци који запошљавају мање од десет запослених.⁸¹¹

Поред резултата рада, приликом решавања вишкова запослених јављају се и одређени социјално-економски критеријуми, који се, чини се, оправдано користе углавном као допунско-диспозитивни критеријуми, помоћно мерило у ситуацији када запослени остварују једнаке резултате рада. Неспорно је да ова врста критеријума има за циљ да у највећој могућој мери спречи негативне последице технолошких, економских и организационих промена код послодавца, међутим примена овог критеријума игнорише резултат рада, ствара негативну селекцију и послодавцима онемогућава да задрже на раду најуспешније запослене, са којима имају више шансида очувају солвентност и конкурентност ради које прибегавају колективном отпуштању.⁸¹² Социјално-економски критеријум обухвата више различитих критеријума као што су на пример породице односно број чланова породице који остварују зараду, здравствено стање запосленог и чланова његове породице, број деце на школовању и друга слична мерила. Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика предвиђа професионална (резултате рада) и ванпрофесионална

оствареним резултатима на такмичењу и смотри врши се уколико у тој категорији запослени имају могућност учешћа у такмичењу. Приликом бодовања вреднују се резултати остварени у току целокупног рада оствареног у образовању. Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20), члан 34.

⁸¹⁰Рад на изради уџбеника који су одобрени решењем министра, у складу са прописима из области образовања и васпитања: аутор – 7 бодова, сарадник на изради уџбеника – илустратор – 5 бодова, рецензент – 4 бода; објављен рад из струке у стручној домаћој или страниј литератури – 1 бод. Без обзира на број објављених радова по овом основу добија се само један бод. За педагошки допринос раду бодови се добијају само по једном основу. Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20) члан 34.

⁸¹¹A. Muller, "Regulation of Collective Redundancies: European Union Countries at the Mirror of Global Standards and Trends" у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, стр. 535.

⁸¹²Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 566-573.

мерила (социјално-економски критеријуми). Као ванпрофесионални критеријуми утврђенису имовно стање, здравствено стање на основу налаза надлежне здравствене установе, односно надлежног фонда пензијског и инвалидског осигурања и број деце предшколског узраста, односно број деце на редовном школовању до 26 година старости⁸¹³. Уколико више запослених има исти број бодова, предност има запослени који је остварио већи број бодова по основу рада оствареног у радном односу, образовања, такмичења, педагошког доприноса у раду, имовног стања, здравственог стања, броја деце, и то наведеним редоследом.⁸¹⁴

3.3. Однос неостваривања резултата рада као отказног разлога са неостваривањем резултата рада због здравствених разлога

Узрок изостанка резултата рада може бити разноврсан, тј. може бити субјективне (са или без кривице запосленог) или објективне природе. Када изостану резултати рада најбитније је утврдити узрок њиховог изостанка. Изостанак резултата рада код запосленог може бити последица неких објективних околности на које запослени не може утицати. То су, дакле, околности које нису последица субјективних својстава запосленог али ни послодавца.⁸¹⁵ У том случају запослени не сноси ни какву одговорности нити трпи било какве последице изостанка резултата рада. Међутим, изостанак резултата рада може бити последица неког субјективног својства и у том случају разликујемо две ситуације. Прву, у којој је субјективно својство забрањен отказни разлог и другу, у којој субјективно својство *a priori* није забрањен па од сваког конкретног случаја зависи да ли јесте или није оправдани отказни разлог. С тим у вези, најпре, треба имати у виду да је неостваривање резултата рада због привремене спречености за рад услед болести, повреде на раду или професионалног обољења је

⁸¹³Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20), члан 34.

⁸¹⁴Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20) члан 35.

⁸¹⁵Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57. Субјективна својства запосленог која могу утицати на резултат рада јесу болест, потешкоће материјалне или социјалне природе, а субјективна својства послодавца су, на пример, лош и неадекватан алат, лош материјал или услови рада, лоши међуљудски односи.

експлицитно Законом забрањен отказни разлог⁸¹⁶. То, даље, значи да неостварени резултати рада, у зависности од узрока, могу, наиме, бити оправдани, али и забрањени отказни разлог. Неостваривање резултата рада представља посебан законски основ за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца када се тиче способности запосленог. С друге стране, ако резултати изостају због објективних разлога, у које се, наравно, убраја и здравствено стање запосленог (али као прецизирано због професионалне болести и повреде на раду), реч је о забрањеном отказном разлогу⁸¹⁷.

Здравствено стање запосленог је лично својство запосленог. Као такво мора бити изузето од задирања послодавца у приватност запосленог, а с друге стране здравствено стање је лично својство које може бити од изузетног значаја и непосредне важности за посао који запослени обавља. Здравствено стање је до доношења Закона о раду из 2005. године представљало општи услов за заснивање радног односа, заједно са навршених 15 година живота. Данас, радно законодавство као општи услов познаје само минималну старосну границу, а здравствено стање улази у домен права на приватност. Међутим, здравствена способност као легитиман услов за заснивање радног односа јавља се код оних послова када природа посла налаже посебну здравствену способност⁸¹⁸.

Дакле, претпоставка је да је сваки радник здравствено способан за рад. Међутим, током трајања радног односа здравствена способност се може променити. Код такве ситуације, односно промене здравствене способности постоје две различите ситуације у односу на узрок. Прва је када дође до болести или повреде запосленог (независно од рада) а друга је када дође до професионалног обољења или до повреде на раду⁸¹⁹.

Под повредом на раду подразумева се повреда у узрочној вези са радом (временској и просторној повезаности). У упоредном праву се и овде прави дистинкција. Ако до повреде дође на раду, на месту рада, постоји законска презумпција да је то повреда на

⁸¹⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018), члан 183.

⁸¹⁷Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018), чл. 179. и 183.

⁸¹⁸Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018), члан 38.

⁸¹⁹Тако се за одређивање накнаде код привремене спречености за рад гледа узрок исте, па уколико је узрок повреда на раду или професионална болест накнада зараде износи 100% основице просечне зараде у претходна три месеца, а уколико је узрок у болести односно повреди ван рада накнада износи 65% основице. Закон о здравственом осигурању („Службени гласник Републике Србије“ број 25/2019) члан 95.

раду. Дакле, практично радник нема потребе да је доказује. С друге стране ако до повреде дође на уобичајеном путу од места становања до места рада радник има обавезу да докаже (на њему је терет доказивања) да је и то повреда на раду. Пракса дакле и повреду на путу до посла и са посла сматра повредом на раду али под условом да је запослени докаже.⁸²⁰

Професионална болест и повреда на раду може у зависности од правних система повлачити различите последице. Тако у домаћем, црногорском и хрватском праву она суспендује уговор о раду за све време трајања.⁸²¹ У односу на отказ то би значило да се за време привремене спречености за рад због професионалне болести односно повреде на раду не може отказати уговор о раду јер је уговор суспендован. Концепција ограниченог трајања суспензије јавља се и у швајцарском праву у којем се отказивање уговора о раду током суспензије због привремене неспособности за рад сматра се ништавим.⁸²²

И супротно, концепт отказа према којој се као разлог за отказ, додуше као *ultima ratio* може прихватити привремена неспособност за рад услед болести односно повреде на раду прихваћен је у немачком и француском праву. У француској се прави разлика између узрока болести односно повреде. Тако, уколико је привремена спреченост за рад проузрокована професионалном болести, односно повредом на раду, запослени има право на суспензију уговора о раду, а по завршеном медицинском лечењу запосленом припада право на распоређивање. Дакле, у Француској се запосленом, уколико је узрок привремена спреченост за рад услед професионалне болести или повреде на раду не може дати отказ. Супротно у немачком праву као оправдани отказни разлог јавља се и болест запосленог али само ако је отказ последње средство којем послодавац може прибећи, при чему се одмеравају интереси послодавца и интереси запосленог. Занимљиво је да терет доказивања приликом одмеравања ових интереса пада на запосленог који је дужан да докаже да у будуће неће често одсуствовати са рада.

⁸²⁰ J-P. Chauchard, *Droit de la securite sociale*, Paris, 2010, стр. 451-458.

⁸²¹ Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018) члан 183, Закон о раду Црне Горе („Службени лист Црне Горе“ број 74/2019) члан 143а, Закон о раду Republike Hrvatske („Narodne novine“ br. 93/14, 127/17, 98/19), члан 109.

⁸²² A. Berenstein, P. Mahon, *Labour Law in Switzerland*, Kluwer Law International, 2001, стр. 130.

Оправдање за овакво решење лежи у веровању да запослени ипак најбоље зна своје здравствено стање.⁸²³

Разлика у узроку привремене спречености за рад огледа се и у привременој мери у судском поступку. Тако је, примера ради, суд одбио предлог за одређивање мере обезбеђења, у којем је тражено да се запослени врати на рад до окончања судског поступка, у којем се доказује незаконит отказ (јер је запослени добио отказ као технолошки вишак за време док је био на боловању али не због професионалне болести ни повреда на раду).⁸²⁴

Из претходног се поставља питање корелације неостваривања резултата рада, као отказног разлога, са неостваривањем резултата рада због здравствених разлога, као забрањеног отказног разлога. Оно што је у раду већ више пута истакнуто то је да се када се констаује изостанак резултата, мора, најпре, утврдити узрок изостанка резултата. Тек након што се искључе објективни узроци може се расправљати о неостваривању резултата, као отказном разлогу и то водећи рачуна да ли је неостваривање резултат везано за способност или понашање запосленог. Тако је и Врховни суд Федерације Босне и Херцеговине заузео став да немогућност извршавања обавеза из радног односа услед болести се не може поистоветити са неиспуњавањем обавеза из уговора о раду.⁸²⁵

Дакле, можемо закључити да су изостанак резултата због болести и способности запосленог међусобно искључиви, док је танка линија разграничења изостанка резултата рада због способности и понашања запосленог, а с обзиром на различите отказне процедуре неопходно их је разликовати.

⁸²³М. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 127.

⁸²⁴Пресуда Основног суда у Сокоцу број: 89 I Rs 049794 21 Мо од 28.06.2021. године. Одлучујући о предлогу за меру обезбеђења Суд је утврдио да међу парничним странкама нема спорних чињеница, већ је спорно да ли је отказ уговора о раду очигледно незаконит (што је услов за меру обезбеђења) имајући у виду неспорну чињеницу да је у моменту доношења решења о отказу радник био привремено спречен за рад. Суд је става да је очигледно незаконит отказ правни стандард који се мора тумачити у складу са позитивноправним одредбама а члан 183. став 2. Закона о раду ("Службени гласник Републике Српске" број 1/16 и 66/18) децидно наводи да послодавац не може раднику отказати уговор о раду услед технолошких, економских или организационих промена за време трудноће, породилског одсуства, родитељског одсуства и скраћеног рада ради неге детета. Посебна заштита предвиђа се и за радника који је повређен на раду или радника који је оболео од професионалне болести (члан 115) али оваква заштита није предвиђена за рад који је привремено спречен за рад услед непрофесионалне болести и повреде ван рада.

⁸²⁵Пресуда Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине број 65 0 РС 183774 11 РЕВ од 28.06.2011. године.

ОДСУСТВО ПОТРЕБНИХ ЗНАЊА И СПОСОБНОСТИ КАО ОТКАЗНИ РАЗЛОГ

1. Утврђивање потребних знања и способности у поступку запошљавања

1.1. Способности, знања и вештине као посебан услов за заснивање радног односа

У претходном делу рада било је речи о разлици између уговора о раду (и обавези средства) у односу на уговор о делу (и обавезу циља). Како уговор о раду подразумева обавезу средства, запослени се обавезује да послодавцу стави на располагање своје способности, знања и умеће, посебну квалификацију и специјализацију, а према посебним условима који су тражени за заснивање радног односа⁸²⁶. У складу са одредбама Закона о националном оквиру квалификација Републике Србије квалификација представља формално признање стечених компетенција, односно интегрисаног скупа знања, вештина, способности и ставова.⁸²⁷ Посебни услови за заснивање радног односа захтевају се за рад на одређеном послу, односно радном месту. Предвиђа их најчешће послодавац својим правилником о организацији и систематизацији послова, мада за одређене послове то чини и сам законодавац посебним законима. Посебни услови садрже различите личне и професионалне захтеве, али је најбитније истаћи да ти захтеви могу бити одређени само ако су неопходни за обављање послова за које одређено лице конкурише, односно морају бити непосредно повезани са тим пословима.⁸²⁸

Радна способност је родни појам који обухвата знања, способности и резултате рада. Способност је спремност да се примене знања и вештине у обављању послова. Иако способност подразумева знање, она се не своди само на њега⁸²⁹. Радна способност јесте основна карактеристика човека, везана за психофизичка и друга биолошка својства (општа радна способност), као и за знања, умећа и друга радом или школовањем стечена својства. У радноправном смислу, радна способност представља услов за

⁸²⁶Догадов В. М, Пашков А. С, Левиант Ф. М, Кузнецов А. М. и други, *op. cit.*, стр. 103-104.

⁸²⁷Закон о националном оквиру квалификација Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“ бр. 27/2018 и 6/2020), члан 2.

⁸²⁸Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 114-115.

⁸²⁹Б. Живковић, “Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла”, *op. cit.*, стр. 345

заснивање и трајање радног односа, те претпоставља здравствену способност, одговарајућа знања, као и вештине стечене образовањем и искуством.⁸³⁰

Да би лице засновало радни однос потребно је да испуњава одређене услове. Ти услови јесу правне претпоставке радноправне способности за ступање на рад и могу бити општи и посебни.⁸³¹ Општи услов за заснивање радног односа важи за све послове, односно радна места и за сва лица која желе да заснују радни однос и тиче се година живота (навршених 15 година)⁸³². Закон о раду из 2001. године предвиђао је као општи услов и општу здравствену способност⁸³³. С друге стране, посебани услови важе за одређене послове, односно радна места и одређене раднике. Прописују се због природе посла, односно као услов који је нужен за успешно извршавање задатака конкретног посла, односно радног места.⁸³⁴ Приликом одређивања посебних услова неопходних за обављање задатака мора се водити рачуна о сразмерности. Наиме, као посебни услови могу се прописати само услови који су неопходно потребни за обављање посла. Посебни услови, при том, могу бити професионални или лични. Најважнији професионални услови рада тичу се професионалних знања, стручне спреме и радног искуства.⁸³⁵

Знање представља одређене садржаје који се стичу образовањем или практичним радом, а односи се на познавање одређених чињеница које су неопходне за извршавање одређеног посла. С друге стране, стручна спрема подразумева школску спрему и друге облике стручног усавршавања, стручног образовања и стицања стручних знања и

⁸³⁰П. Јовановић, „Радноправни третман здравствене, радне способности и личног интегритета запослених“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2014, стр. 39.

⁸³¹А. Балтић, М. Деспотовић, *op. cit.*, стр. 159.

⁸³²Закон о раду („Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 24.

⁸³³Закон о раду („Службени гласник Републике Србије“, бр. 70/2001 и 73/2001-испр.) члан 13. Општа здравствена способност подразумевала је физичко и душевно здравље, које је лицу омогућавало да у нормалним условима и уз нормално физичко и умно напрезање, ради на одређено радно место без опасности по своје или туђе здравље и имовину. А. Николић, *Радни односи у Србији*, Београд, 1990, стр. 22.

⁸³⁴Од правила да су посебни услови за заснивање радног односа нужни услови за успешно извршавање задатака конкретног посла, односно радног места постоје изузеци. На пример, у позитивном праву, услов који кандидат за запослење мора испунити да би могао да обавља одређене послове у посебном режиму радних односа јесте домаће држављанство. Држављанство, осим што може представљати посебан услов за заснивање радних односа, може представљати и сметњу за заснивање радног односа. То је случај када је запошљавање странаца ограничено квотама (нпр. због високе стопе незапослености у држави пријема), или забрањено у погледу послова који укључују посредно учешће у вршењу државне власти или доприносе заштити јавног интереса. Љ. Ковачевић, „Границе утврђивања посебних услова за заснивање радног односа“, *Право и привреда*, број 7-9/2010, стр. 440-401.

⁸³⁵М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 54-85

вештина за обављање послова одређене сложености.⁸³⁶ Радно искуство подразумева одређене стручности, способности, радне навике и знања који се стичу на одговарајућим пословима и учењем.⁸³⁷ Поред професионалних знања, стручне спреме и радног искуствау професионалне посебне услове за заснивање радног односа спадају и положен стручни испит⁸³⁸ (приправнички, специјалистички, правосудни, возачки), објављени научни и стручни радови⁸³⁹ и други захтеви у погледу одређених знања и умећа, вештине, организационе способности и тако даље⁸⁴⁰. Вештине се могу класификовати на различите начине, а нама блиска класификација била би она која предвиђа основне, стручне и вештине специфичне за одређени посао у оквиру професионалних вештина. Код овакве спецификације, основне вештине тичу се писмености, изражавања, нумеричких вештина, и сличних, потребних за успешно обављање великог броја послова, од најпростијих до најсложенијих. Стручне вештине су оне потребне за одређено занимање, а вештине специфичне за одређени посао су још уже примене за тачно одређено радно место код одређеног послодавца. Поред

⁸³⁶За разлику од стручне, школске спреме представља скуп знања одређеног обима и врсте а која се стиче у установама које се баве образовањем и васпитањем у складу са унапред утврђеним планом и програмом. Садржину школске спреме чине знања која се разликују по врсти, степену и смеру. С друге стране струка представља скуп послова који се групишу с обзиром на сродност садржаја рада (правник, економиста, лекар). Од стручне спреме потребно је разликовати појам занимања. Под занимањем се подразумевају одређени послови које запослени обавља ради стицања зараде (нпр. у оквиру правне струке постоје занимања судија, инспектор, правобранилац). Стручна спрема се разврстава у степене према сложености послова и потребном образовању за њихово обављање. Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 115-116.

⁸³⁷За разлику од радног стажа, који представља време проведено у радном односу без обзира на врсту послова које је обављало. Радно искуство је услов који се најчешће манифестује кроз захтев да је кандидат за запослење извршавао исте или сличне послове ради чијег вршења заснива радни однос. На пример, за вишег судијског сарадника се, поред положеног правосудног испита, тражи и две године радног искуства после положеног правосудног испита у правној струци. Закон о уређењу судова ("Службени гласник Републике Србије", број 46/91, 60/91, 18/92, 71/92, 63/01, 42/02, 27/03 и 29/04), члан 59.

⁸³⁸Стручни испит представља доказ о томе да је лице учењем и практичним радом стекло знања која су услов за самостално извршавање одређених послова, а предвиђа се за велики број занимања. Тако се, примера ради за судијског сарадника као посебан услов предвиђа положен правосудни испит. Закон о уређењу судова ("Службени гласник Републике Србије", број 46/91, 60/91, 18/92, 71/92, 63/01, 42/02, 27/03 и 29/04), члан 59.

⁸³⁹Тако за доцента може бити изабрано лице које има: научни степен доктора наука из уже научне области за коју се бира; научне, односно стручне радове објављене у научним часописима или зборницима, са рецензијама; способност за наставни рад. За редног професора поред наведених услова лице мора објавити већи број научних радова који утичу на развој научне мисли у ужој области објављених у међународним или водећим домаћим часописима, са рецензијама; већи број научних радова и саопштења изнетих на међународним или домаћим научним скуповима; објављени уџбеник или монографију; оригинално стручно остварење (пројекат, студију, патент, оригинални метод, нову сорту и сл.), односно учествовање или руковођење у научним пројектима; остварене резултате у развоју научно-наставног подмлатка на факултету, а посебно кроз менторство у магистарским тезама или докторским дисертацијама, као и учешће у комисијама за оцену или одбрану магистарских теза или докторских дисертација. Посебне услове за ванредног професора, асистенте и др. погледати Закон о универзитету ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/02), чл. 72-76.

⁸⁴⁰Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 116.

професионалних, постоје и тзв. меке вештине које заправо омогућавају примену вештина неопходних за обављање одређеног посла, вештине личних карактеристика радника (интегритет, мотивисаност), вештине мишљења, интеракције, управљања сопственим ресурсима.⁸⁴¹

Тако је, примера ради, правилником о стручним оспособљеностима, знањима и вештинама које се проверавају у изборном поступку, начину њихове провере и мерилима за избор на радна места државних службеника на положајима предвиђено је да се за пријем у радни однос цене стручне способности, знање и вештине. Стручне оспособљености вреднују се тако што се проверавају способности кандидата за успешан рад на радном месту. Знање се вреднује тако што се проверава познавање области из делокруга органа и стручно знање из области рада на радном месту. Познавање права Европске уније и познавање страног језика могу да се проверавају у зависности од делокруга органа, односно послова радног места. Вештине кандидата вреднују се тако што се проверавају аналитичко резонување и логичко закључивање, вештина комуникације, организационе способности, вештина руковођења и вештина рада на рачунару.⁸⁴²

Другу групу посебних услова чине они услови који се тичу особина или личних својстава кандидата за запослење: пол, старосна доб, здравствена способност, физичка способност, однос према држави и неке друге особине⁸⁴³. Ова лична својства, могу се, само изузетно, увести као посебан услов, када то захтевају разлози професионалне нужности.

Дакле, као општи услов за заснивање радног односа предвиђено је лично својство запосленог, 15 година живота. Међутим у односу на овај општи услов могуће је посебним услов одредити доњу односно горњу границу за обављање одређених занимања. На пример, за пријем у професионалну војну службу, као посебни услов

⁸⁴¹ J. Hillage, E. Pollard, *Employability: Developing a framework for policy analysis*, Department for Education and Employment, London, 1998, x, <https://www.voced.edu.au/content/ngv%3A40352>, последњи пут приступљено 26.11.2021. године.

⁸⁴² Правилник о стручним оспособљеностима, знањима и вештинама које се проверавају у изборном поступку, начину њихове провере и мерилима за избор на радна места ("Службени гласник Републике Србије", бр. 64/2006, 81/2006, 43/2009, 35/2010 и 30/2015), члан 2.

⁸⁴³ Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 296-298.

предвиђени су старосна доб (и то и доња и горња граница) и однос према држави, те посебна здравствена и психофизичка способност⁸⁴⁴.

Неопходно је истаћи и да у систему поделе рада постоје послови који захтевају одређене физичке, телесне и психичке особине, те да за такве послове важе посебна правила. На пословима на којима постоји повећана опасност од повређивања, професионалних или других обољења (послови са повећаним ризиком) може да ради само запослени који, поред посебних услова утврђених правилником, испуњава и услове за рад у погледу здравственог стања, психофизичких способности и доба живота, у складу са законом.⁸⁴⁵ Код послова са повећаним ризиком забрањује се запошљавања лица млађих од 18 година живота (послови на којима се обавља нарочито тежак физички рад, или рад под земљом, водом или на великој висини, као и послове који укључују излагање штетном зрачењу или средствима која су отровна, канцерогена, проузрокују наследна обољења, те ризик по здравље због хладноће, топлоте, буке или вибрације.⁸⁴⁶ За професионално војно лице може бити примљено лице које није старије од 30 година ако се прима у својству професионалног војника односно од 35 година ако се прима у својству подофицира, или 40 година ако се прима у својству официра⁸⁴⁷.

Тако се, на пример, за послове са повећаним ризиком (пилот, ронилац, лице које носи оружје) могу захтевати одређене психофизичке способности, физичка снага, кондиција, висина, обим грудног коша и капацитет плућа, нарочита хладнокрвност, комуникативност, брзина запажања, или за обављање послова у којима запослени долази у додир са храном могу се тражити подаци о инфективним и другим преносивим болестима.⁸⁴⁸ Дакле, здравствена способност, иако лично својство може бити стваран и одлучујући услов за обављање одређених послова. На приме, за рониоца

⁸⁴⁴За професионално војно лице може бити примљен држављанин Републике Србије који испуњава следеће услове: да је пунолетан; да је здравствено и психофизички способан за службу у Војсци Србије; да има прописано образовање; да му раније није престајао радни однос у државном органу због теже повреде дужности из радног односа; да није осуђиван на казну затвора од најмање шест месеци; да није старији од 30 година ако се прима у својству професионалног војника; да није старији од 35 година ако се прима у својству подофицира, односно 40 година ако се прима у својству официра; да је безбедносно проверен и да нема безбедносних сметњи за пријем у професионалну војну службу, у складу са прописима којима је уређено вршење безбедносне провере у Министарству одбране; да је одслужио војни рок са оружјем. Закон о Војсци Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије", број 116/2007, 88/2009, 101/2010, 10/2015, 88/2015 – одлука УС, 36/2018 и 94/2019), члан 39.

⁸⁴⁵Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 82.

⁸⁴⁶Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *ор. cit.*, стр. 622.

⁸⁴⁷Закон о Војсци Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије", број 116/2007, 88/2009, 101/2010, 10/2015, 88/2015 – одлука УС, 36/2018 и 94/2019), члан 39.

⁸⁴⁸Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *ор. cit.*, стр. 117.

се прописује читав низ посебних услова који се тичу здравствене способности: да су му потпуно здрави органи за дисање, варење и мокраћни органи, као и срце, крвни судови и чуло слуха, да има витални капацитет грудног коша најмање 3.500 cm³ и које може задржати дисање најмање један минут, али тако да му се после задржаног дисања пулс нормализује најкасније за три минута, да му је живчани систем уравнотежен, да има оштрину вида најмање 0,8 на једном оку и 0,5 на другом оку и да не болује од далтонизма, да су му крвни притисак и седиментација у нормалним границама, мокраћа без патолошких промена, а серолошке провере крви на сифилис негативне. Или на пример лица која су склона или болују од несвестице, падавице и грчева мишића не смеју се запошљавати на пословима утовара и истовара терета из возила, на пољопривредним пословима који се обављају на вршалици.⁸⁴⁹

Могуће је као посебан услов захтевати и пол. Ту је пре свега реч о разлозима аутентичности, када се послодавцу омогућава да запосли радника одређеног пола, на пример у ситуацији реч о женској улози у позоришној представи, балету и слично,⁸⁵⁰ ими, примера ради, када се запошљава манекен/манекенка за представљање колекције мушке или женске одеће. Осим разлога аутентичности, оправдавање потребе за запошљавањем одређеног пола налази се и у друштвеним очекивањима, односно разлозима пристојности и приватности. Тако се примера ради дуги низ година оправдавала чињеница да на пословима бабица раде жене, што је данас превазиђено. У истом контексту се оправдава чињеница да се као посебан услов за запошљавање у одређеној установи тражи одређени пол, на пример у казнено-поправним заводима за мушкарце или за жене, или установа у којима су смештена лица која захтевају специјалну негу или надзор, ако су она искључиво мушког, односно искључиво женског пола, или ако се од радника очекује да ради или живи у домаћинству послодавца или послодавчевог клијента.⁸⁵¹

Припадање одређеној верској заједници, као посебан услов за заснивање радног односа, сматра се оправданим када је реч о раду у верској заједници односно

⁸⁴⁹Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, стр. 608.

⁸⁵⁰Б. А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 126-130. Мада се у уметности све више одступа од нужности одређеног пола за одређену улогу, због могућности да мушкарац одигра женску улогу и обратно, а имајући у виду маске и друге сценске ефекте.

⁸⁵¹Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, стр. 637-639.

институцији у којима је задатак организовање колективног исповедања вере⁸⁵². Тако се, на пример, као посебан услов за запошљавање на послу наставника верске наставе наводи одобрење надлежне црквене власти. Овакво условљавање сматра се „конкретизацијом слободе деловања цркве и права на верску слободу, која укључује право родитеља на верско васпитање деце“. Аутономија верских заједница у одабиру лица која ће бити ангажована претпоставља не само право на одабир и ангажовање наставника, већ и право на „суд“ односно процену да ли су понашање и начин живота одређеног лица сагласни учењу цркве или верске заједнице. У овоме се огледа посебна специфичност вероучитеља, код којих не само да се процењују професионална својства, него се сасвим легитимно процењују и приватна тј. лична својства јер за разлику од рада наставника свих других школских предмета, наставници верске наставе су они дужни да преносе веру својим ученицима, али и да читавој заједници у којој живе и раде сведоче одређену веру. Закључењем уговора о раду за обављање посла наставника верске наставе, запослени пристаје на то да живи и понаша се у складу са одређеним верским учењем, односно пристаје на то да његово понашање, чак и у приватном животу, буде подложно процени црквене власти, која је надлежна да да, али и повуче одобрење за ангажовање одређеног лица, уколико је његово понашање противно начелима цркве или верске заједнице, а да се при том то не сматра нарушавањем права на поштовање приватног и породичног живота. Дакле, рад код послодавца зависи од одобрења надлежне верске заједнице, те стога, уколико би верска заједница евентуално повукла дато одобрење за радно ангажовање вероучитеља, послодавац би морао отказати уговор о раду, без обзира на разлог који је претходио повлачењу одобрења.⁸⁵³ Без обзира на све предње наведено, и на наставнике верске наставе се примењују меродавни прописи о образовању и запосленима у јавним службама, као и матични закони за област запошљавања и радних односа, а одређена верска заједница има овлашћење да утиче на запошљавање (и отпуштање) ових лица. Према нашем позитивном праву Законом о основама система васпитања и образовања, Законом о запосленима у јавним службама и Законом о раду није уређен поступак запошљавања наставника верске наставе. Ипак одредбама Закона о основама система

⁸⁵²Б. А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 126-130.

⁸⁵³Љ. Ковачевић, „Особености запошљавања наставника верске наставе и радног ангажовања код послодавца чија делатност почива на вери“, *op. cit.*, стр. 718-719.

васпитања и образовања предвиђено је да наставници верске наставе, њих око 1900, раде у особеном режиму радних односа.⁸⁵⁴

И индивидуалне карактеристике (не урођена и стечена лична својства) се могу појавити као посебни услови за заснивање радног односа. Реч је о социјалним компетенцијама, односно о способностима које радницима омогућавају да дају позитиван допринос, као на пример интерперсоналне вештине радника за подударање система вредности радника и предузећа, за способност усвајања нових знања и вештина, за мотивисаност радника у смислу спремности да уложе напор како би успешно извршили задатак.⁸⁵⁵

1.2. Давање нетачних информација о способностима, умећима и вештинама за рад приликом заснивања радног односа

Поступак запошљавања има за циљ избор и ангажовање кандидата за које се може очекивати да ће на најбољи начин обављати понуђене послове и доприносити стварању добити, односно ангажовање кандидата који ће се највише исплатити послодавцу.⁸⁵⁶ Сходно томе, приликом заснивања радног односа, кандидати су дужни да презентирају истините податке о себи, својим знањима, способностима и вештинама, односно податке којима доказују да испуњавају предвиђене услове за заснивање радног односа.⁸⁵⁷ Уговор о раду је уговор *intuitu personae* и у зависности од конкретног посла, односно радног места опредељују се и посебни услови за заснивање радног односа, посебна квалификација и специјализација, односно способности, знања и вештине. Због тих посебних способности неког лица, послодавац се и одлучује да баш са њим заснује

⁸⁵⁴ Министар надлежан за послове образовања и васпитања прописује степен и врсту образовања наставника верске наставе, на предлог органа надлежног за послове односа са црквама и верским заједницама, по прибављеном мишљењу традиционалних цркава и верских заједница. посебан услов за заснивање радног односа с наставницима верске наставе представља укљученост одређеног лица у листу наставника верске наставе коју утврђује министар надлежан за послове образовања и васпитања, на предлог традиционалних цркава и верских заједница. Ова листа се пре почетка сваке школске године, доставља Комисији за верску наставу у школи. Љ. Ковачевић, „Особености запошљавања наставника верске наставе и радног ангажовања код послодаваца чија делатност почива на вери“, стр. 720-724.

⁸⁵⁵ D. Maslić Seršić, J. Tomas, „Zapošljivost kao suvremena alternativa sigurnosti posla: teorije, nalazi i preporuke u području psihologije rada“, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 22, број 1/2015, 102.

⁸⁵⁶ Љ. Ковачевић, „Границе утврђивања посебних услова за заснивање радног односа“, *Право и привреда*, број 7-9/2010, стр. 442.

⁸⁵⁷ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 344.

радни однос⁸⁵⁸. Међутим, поставља се питање шта када је тражилац запослења дао нетачне информације о способностима, умећима и вештинама за рад приликом заснивања радног односа. Није ретка ситуација да се тражиоци запослења случајно или намерно прецене, односно дају нетачне информације о својим способностима, умећима и вештинама за рад приликом заснивања радног односа. Пракса поставља питање које су то нетачне информације које би се могле сматрати „битним“ за заснивање радног односа, те, које би то информације могле бити узрок отказа уговора о раду, у случају да их послодавац прећути или саопшти нетачне информације.

Како је немогуће на ово питање одговорити законском одредбом, неопходно је да га сви послодавци општим актима уреде, у зависности, наравно, од организације рада, врсте делатности, сложености процеса производње и друго. Као неки општи примери могли би се навести подаци о стручној спреми, односно квалификацији, висини стручне спреме, специјалним знањима, радном искуству који би у свакој радној средини, у случају да су нетачни, били оправдани разлог за доношење одлуке о престанку радног односа. Такође, сви нетачни подаци који би утицали на одлуку о заснивању радног односа да су били познати послодавцу јесу основ за отказ. Ту, наравно, треба имати у виду законска ограничења која постоје, а, која се тичу заштите права на приватност, те правила о забрани дискриминације.

Пример из праксе Босне и Херцеговине указује на неопходност индивидуализације сваког конкретног случаја. Наиме случај КВ бравара завршио је пред Уставним судом Босне и Херцеговине, због наводне дискриминације, те отказа уговора о раду као последице дискриминације. КВ бравар радио је код послодавца одређено време, да би накнадно закључио уговор са истим послодавцем, али као ВКВ бравар специјалиста. Диплома, односно разлике у степенима стручне спреме, нису се директно тичале квалитета обављања посла, односно радних задатака. Намера запосленог је, заправо, била да пређе у виши платни разред. Међутим запослени није имао пети степен стручне спреме, него је дао нетачне информације, односно кривотворио је диплому. Закључак првостепеног суда био је да приложена диплома са неистинитим подацима не представља податак важан за обављање послова за које је запослени закључио уговор о раду. Врховни суд је, поступајући по ревизији, заузео став да чак ни у случају када запослени да о себи и својим знањима и способностима неистините податке послодавац

⁸⁵⁸ В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op. cit.*, стр. 103-104.

не може аутоматски дати отказ, зато што то законодавац не предвиђа ултимативно. Став ревизијског суда у конкретном случају јесте да је, како Закон о раду не предвиђа *ex lege* престанак уговора о раду за случај давања неистинитих информација о способностима, умећима и вештинама за рад односно кривотворења дипломе, неопходно индивидуализирати сваки случај и оценити значај и тежину почињене повреде. Уставни суд овакво резонување судова сматрао је неприхватљивим, и како се апелант жалио да је отказом дискриминисан, Уставни суд у овом случају није пронашао елементе који би указивали на неправичну примену материјалноправних прописа, те је апелацију оценио као неосновану⁸⁵⁹.

Испуњење посебних услова је од значаја за пуноважност заснивања радног односа. Ако услови нису испуњени радни однос је ништав. Дакле, да је у претходној ситуацији приликом заснивања радног односа, послодавац тражио да сви кандидати за заснивање радног односа имају пети степен стручне спреме, и да је запослени са кривотвореном дипломом засновао радни однос, такав радни однос био би ништав. Међутим ту би се јавило фактичко обављање рада, са свим последицама које фактички рад има.⁸⁶⁰

Овај случај је јасан показатељ проблема који намеће пракса и у којој се разликују две ситуације. У обе се јавља проблем давања нетачних информација о способностима, умећима и вештинама за рад, али у једној последице нема, јер лице успешно обавља посао, а у другој важи супротно. Дакле, овде се јављају две ситуације, у једној од њих може, а у другој не може доћи до конвалидације уговора. Ипак, у оба случаја, долази до повреде обавезе лојалности запосленог послодавцу, али се поставља питање сврсисходности отказа када запослени заснује радни однос, јер је прећутао неки податак или дао о себи нетачне или непотпуне податке, али временом, својим залагањем, ангажманом и способношћу оставрује резултате рада, те нема практичне потребе за раскидом уговора о раду. Ту би, чини се, имало места конвалидацији уговора,⁸⁶¹ док би се у другом случају, када лице фактички нема знања и способности или не остварује резултат рада могло добити отказ уговора о раду, у складу са предвиђеним отказним разлогом. С тим у вези, занимљиво је да је Врховни суд Србије

⁸⁵⁹Пресуда Уставног суда БиХ, број АП 1296/05 од 20.10.2006. године.

⁸⁶⁰М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 89. Радноправни поредок признаје одређена права радницима на основу фактичког рада, а пре свега право на накнаду за обављени рад, права у вези са заштитом здравља и безбедности на раду, као и одређена права по основу социјалног осигурања, јер би било неприхватљиво да се фактички рад третира као да радни однос није ни постојао.

⁸⁶¹Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 26.

заузео став да давање отказа из разлога давања нетачних података приликом заснивања радног односа, а што спада у групу отказних разлога повреде радне дисциплине, не застарева, јер се ради „о сталној и продуженој повреди.“⁸⁶²

1.3. Претходна провера радних способности кандидата за запослење

Евалуциона овлашћења, о којима је било речи у претходном поглављу дисертације, послодавац врши и пре заснивања радног односа. Основни интерес послодавца је да запосли лице које може дати највећи радни допринос и омогућити остваривање профита послодавцу. Зато послодавац има широка овлашћења при избору кандидата за запослење.⁸⁶³ У поступку који претходи одлучивању о пријавама кандидата могуће је спровести претходну проверу радних способности, уз услов да је претходна провера утврђена општим актом.⁸⁶⁴

Будући да одговара за добро функционисање радне средине, имајући у виду слободу предузетништва, као и слободу уговарања, јасно је, наиме, да послодавцу припада широко право на слободан избор сарадника, али она није неограничена. Та ширина огледа се у чињеници да, приликом избора кандидата за запослење, послодавац може „да одреди све захтеве које пожели, све док се они не испољавају у својствима која се сматрају неприхватљивим“.⁸⁶⁵ Другим речима, послодавац је надлежан за оцену способности кандидата у мери док се оцена способности не тиче својства које је изричито забрањено.

Најпре, законодавство, а потом и пракса, настоје да ограниче послодавца у поступку избора кандидата за запослење. Томе, пре свега, доприноси обавеза послодавца да правилником о организацији и систематизацији послова унапред утврди

⁸⁶²Пресуда Врховног суда Србије Рев2 16/07 од 17.01.2007.

⁸⁶³П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 468

⁸⁶⁴Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 120-121.

⁸⁶⁵Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *op.cit.*, стр. 548-568.

послове за које ће вршити претходну проверу радних способности, као и начин, методе и надлежност за оцењивање способности кандидата⁸⁶⁶.

Предмет проверене могу бити општа знања која су кандидати стекли редовним школовањем, већ само оне радне способности (стручност, умешност) које им омогућају да успешно извршавају послове за чије вршење су се пријавили на оглас. У зависности од тога који се елементи радне способности проверавају, могу се применити различити методи провере: писмени испит, практични рад, решавање задатака, тест, аудиција.⁸⁶⁷ За проверу радних способности треба користити само методе (технике) које су поуздане, ваљане и корисне.⁸⁶⁸ Међутим, у пракси се сусрећемо са низом различитих тестова и процена личности, те би законодавац морао интервенисати у правцу да се током вредновања способности могу прикупљати само подаци који су неопходни за оцену кандидатових професионалних потенцијала. Претходну проверу радних способности, по правилу врши комисија састављена од запослених који имају најмање исти степен стручне спреме одређене врсте занимања као и кандидат чије се способности проверавају.⁸⁶⁹

⁸⁶⁶П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 191. У посебном режиму радних односа Правилником о стручним оспособљеностима, знањима и вештинама које се проверавају у изборном поступку, начину њихове провере и мерилима за избор на радна места ("Службени гласник Републике Србије", бр. 64/2006, 81/2006, 43/2009, 35/2010 и 30/2015) предвиђено је да, ако се попуњава извршилачко радно место, конкурсна комисија у сарадњи са организационом јединицом у органу, односно државним службеником који је задужен за кадрове у органу, самостално одређује какве се стручне оспособљености, знања и вештине вреднују, као и начин на који се проверавају, члан 4.

⁸⁶⁷Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 120.

⁸⁶⁸S. Cartwright, C. L. Cooper, *Introduction*, у: Susan Cartwright, Cary L. Cooper (eds), „The Oxford handbook of personnel psychology”, Oxford University Press, Oxford, 2008, стр. 1.

⁸⁶⁹Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 120-121. Облици писмене провере стручних оспособљености, знања и вештина су тест, писмени рад и симулација ("узорак рада"). Тест може да служи вредновању стручних оспособљености и знања и вредновању вештина. Ако тест служи вредновању стручних оспособљености и знања, кандидати одговарају на питања тако што бирају један од више понуђених одговора. Вештину аналитичког резоновања и логичког закључивања, организационе способности и вештину руковођења проверавају психолози запослени у Служби за управљање кадровима посредно, путем стандардизованих тестова. Писмени рад захтева кратку анализу и извођење закључка на тему коју зада конкурсна комисија. Конкурсна комисија унапред одређује тему и време које кандидатима стоји на располагању за израду писменог рада. Симулација ("узорак рада") захтева да се у облику писменог састава реши задати типични проблем који се јавља на радном месту. Конкурсна комисија унапред саставља кратак опис типичног проблема и одређује време које кандидатима стоји на располагању за његово решавање. Симулација се може користити и да се практичним радом провери вештина рада на рачунару. Стручне оспособљености, знања и вештину комуникације конкурсна комисија проверава и кроз разговор с кандидатима. Конкурсна комисија дужна је да пре почетка разговора с кандидатима одреди који су јој подаци о кандидатима потребни и питања која се кандидатима постављају да би се дошло до тих података. Свим кандидатима постављају се иста питања и по истом редоследу. Конкурсна комисија може да у току разговора постави додатна питања ако су неопходна додатна објашњења или обавештења. Разговор може да садржи симулацију типичног проблема који се јавља на радном месту који кандидат треба да реши. Свим кандидатима се задаје исти типичан проблем. Правилником стручним

У домаћем законодавству и у овом сегменту постоји правна празнина. Претходна провера није обавезна фаза поступка заснивања радног односа, послодавац јој може прибећи само ако је то унапред утврђено колективним уговором или послодавчевим једностраним општим актом (на пример правилником о организацији и систематизацији послова, којим би, истовремено, требало определити и послове за које се може вршити претходна провера радних способности, јер се увођење претходне провере од случаја до случаја чини неприхватљивим). Такође, пожељно би било навести у огласу/конкурсу назнаку да ће се у поступку заснивања радног односа вршити претходна провера радних способности.⁸⁷⁰

Претходна провера радних способности отвара и дилему која се јавља приликом заснивања радног односа приправника. Поставља се, наиме, питање да ли послодавац може и током разговора са кандидатом са којим намерава да закључи уговор о приправничком раду, проверавати његове вештине и знања. Сходно природи уговора о приправничком раду, а то је обука и оспособљавање за самосталан рад, спорно је да ли послодавац има право да проверава радне способности приправника. Послодавац, несумњиво, може да проверава знања стечена током школовања, али провера радних способности довела би приправнике у неравноправан положај, имајући у виду чињеницу да приправници не поседују радно искуство које се неретко поставља као један од посебних услова за заснивање радног односа.⁸⁷¹

Такође, са проценом и вредновањем способности кандидата за запослење под окриљем претходне провере радних способности не треба мешати вредновање радних способности током пробног рада, а чија се сличност огледа у истом циљу посматрано из угла послодавца. Међутим, у случају пробног рада, послодавац проверава способности лица које је већ изабрао као најбољег кандидата за заснивање радног односа и с којим је закључио уговор о раду на неодређено или на одређено време, али са клаузулом о пробном раду. Ова клаузула послодавцу омогућава да провери да ли

оспособљеностима, знањима и вештинама које се проверавају у изборном поступку, начину њихове провере и мерилима за избор на радна места ("Службени гласник Републике Србије", бр. 64/2006, 81/2006, 43/2009, 35/2010 и 30/2015), чл. 6-9.

⁸⁷⁰Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа, op. cit.*, стр. 733-734.

⁸⁷¹На то указује и одлука Суда удруженог рада Војводине у којој се наводи да „се институција претходне провере радних способности не може примењивати приликом заснивања радног односа приправника, јер, по правилу, приправник не поседује радну способност стечену радом и он се управо запошљава да би је стекао током трајања приправничког стажа. Нав. према Ф. Бојић, „Уговор о приправничком раду vs уговор о стручном оспособљавању – криза института приправништва у савременом друштву“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2015, стр. 389.

запослени има потребне способности, вештине и умећа, док запослени може да се увери да ли му одговарају поверени радни задаци и услови рада код послодавца.⁸⁷²

1.4. Пробни рад као начин утврђивања потребних знања и способности

Пробни рад могао би се подвести под претходну проверу радних способности, међутим, за разлику од претходних провера, код пробног рада, запослени и послодавац су већ закључили уговор о раду. За време пробног рада, запослени је у радном односу, има сва права из радног односа, али, како је његов рад на проби, опстанак уговора зависи од резултата. Запосленом који за време пробног рада није показао одговарајуће радне и стручне способности престаје радни однос даном истека рока одређеног уговором о раду⁸⁷³. Дакле послодавац и запослени су закључили уговор о раду, али са клаузулом о пробном раду. Уколико послодавац није задовољан, он има сва законом гарантована права да раскине уговор, без икакве процедуре. То је и суштина пробног рада, јер се уговор раскида самим истеком рока на који је уговорен пробни рад. Идеја пробног рада јесте да послодавац преузме мањи ризик у погледу квалитета и квантитета рада запосленог, јер током пробног рада проверава потребне вештине, умећа и способности за рад.⁸⁷⁴ Сличан став заузет је и у судској пракси Републике Хрватске. Тако се у одлуци другостепеног суда наводи да је смисао пробног рада провера не само радних способности, у смислу стручних способности, техничких особина и вештина у раду, него и других квалитета и способности а које указују на однос према раду, средствима рада, однос према другим запосленима, према корисницима услуга и послодавцу, те радна дисциплина.⁸⁷⁵ С друге стране, запослени има могућности да се увери да ли му одговарају поверени радни задаци и услови рада код послодавца.⁸⁷⁶ У радном законодавству Сенегала, на пример, истиче се вишеструка улога пробног рада. На првом месту се тако, проверавају знања и способности

⁸⁷²Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, 735-736.

⁸⁷³Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 36.

⁸⁷⁴N. Tintić, *Osnovi radnog prava*, *op. cit.*, стр. 147.

⁸⁷⁵Presuda Županijskog suda u Osijeku broj Gž R-194/2017 од 26.09.2017. године.

⁸⁷⁶Б.Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 121.

запосленог, али исто тако запослени се упознаје са условима рада, заштитом здравља и безбедности на раду и друштвеним окружењем односно социјалном климом.⁸⁷⁷

С обзиром на циљ и сврху пробног рада, евалуциона овлашћења послодавца нису само послодавчево право, него и обавеза. Послодавац има обавезу да вреднује рад запосленог како би знао да ли запослени задовољава или не постављене критеријуме задате на пробном раду.⁸⁷⁸ Поставља се питање да ли запослени који је задовољио током пробног рада може бити отпуштен због неостваривања резултата рада. Одговор је, разуме се, потврдан. Разлог томе лежи у чињеници да не постоји заувек технолошки дефинисани процес рада. Процес рада се стално мења и усавршава, те је могуће да запослени који је задовољио на пробном раду, у будућности, услед промена процеса производње или технике рада, више не задовољава потребан критеријум. Из тог разлога су се и развиле нове тенденције сталног учења, односно то је један од мотива због кога се инсистира на усавршавању радника, односно на новим знањима и вештинама⁸⁷⁹.

Период пробног рада служи да запослени покаже професионалне способности, вештине и умећа, док истовремено и запослени има могућност да оцени да ли му одговара запослење и услови рада код конкретног послодавца. Законом се одређује период трајања пробног рада и по правилу се не може продужити, јер би на тај начин послодавац могао држати запосленог у неизвесности и евентуално злоупотребљавати положај запосленог⁸⁸⁰. Циљ ограничавања временског периода јесте спречавање неоправдано дугих уговора о пробном раду, јер би се на тај начин злоупотребљавала сврха овог института. Дужина пробног рада мора бити сразмерна циљу. Ипак, дужина пробног рада не може бити иста за сваки посао, односно радно место, мада је то генерално решење и код нас и у упоредном праву.

Пробни рад, према нашем позитивном праву, може трајати најдуже шест месеци⁸⁸¹. У упоредном праву срећу се различита решења. У Португалији, на пример, она зависи од занимања запослених, те је, тако, опште правило да пробни рад може трајати до 90 дана, код специјалних квалификација 180 дана, док код руководећих

⁸⁷⁷*Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, стр. 15

⁸⁷⁸Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр.147.

⁸⁷⁹Б. Живковић, "Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла", *op. cit.*, стр. 337.

⁸⁸⁰*Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, стр. 15–17. Тако, примера ради, пробни рад у Бразилу може трајати до 90 дана, у Колумбији два месеца, а у Мађарској свега 30 дана. С друге стране, постоје државе у којима пробни рад траје и по неколико година, а као пример издвојили бисмо Канаду.

⁸⁸¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан36.

позиција може износити чак 240 дана⁸⁸². У Шпанији се као критеријум трајања пробног рада узима величина предузећа, па тако код оних са више од 25 запослених пробни рад може трајати три месеца⁸⁸³. У Холандији се води рачуна да ли се пробни рад односи на закључивање уговора о раду на неодређено време, када пробни рад може трајати два месеца, док код свих осталих уговора пробни рад може трајати свега месец дана⁸⁸⁴. Према позитивном решењу Кипра пробни рад може трајати чак 24 месеца⁸⁸⁵, што би се могло критиковати као за радника непрактично решење. Ако је циљ пробног рада провера професионалних знања и способности запосленог, с једне, и провера услова рада, с друге стране, поставља се питање сврхе предугих периода у којима се дозвољава обављање пробног рада.

Међутим, чак и када нема намере послодавца за злоупотребу овог института, предуги пробни период може довести до последица које су исте као у случају злоупотребе. Наиме морамо узети у обзир да су услови за заснивање радног односа у великој мери условљени развијањем и природом послодавца. Ако узмемо за пример пробни рад који према важећем законодавству Кипра може трајати чак 24 месеца, јасно је да се у том временском периоду могу променити одређене релевантне околности које за последицу имају промену посебних услова за заснивање радног односа.⁸⁸⁶ Тако лице које је испунило све услове за заснивање радног односа, које задовољава и постављене критеријуме током пробног рада, услед неких објективних околности које могу довести до измене у пословању послодавца може доћи у ситуацију да му се раскида уговор о пробном раду, икако би се у тој ситуацији пре могло говорити о отказу због организационих промена. Разлика престанка уговора о пробном раду и престанка радног односа услед организационих промена код послодавца, наравно, у пракси има велики значај из разлога последица односно права која запослени нема у првом и има у другом случају. Такође, морамо приметити да се дужина пробног рада не може уређивати на једнак начин за сваку врсту послова. Да ли је дужина пробног рада неоправдано кратка или дуга зависи од сложености послова односно од радног места за које се уговара пробни рад. Тако је, примера ради, став француске судске праксе да се

⁸⁸²*Dismissal, particularly for business reasons and Employment Protection*, Thematic Report, 2011, стр. 44.

⁸⁸³*Ibid.*

⁸⁸⁴*Dismissal, particularly for business reasons and Employment Protection*, Thematic Report, 2011, стр. 45.

⁸⁸⁵*Ibid.*

⁸⁸⁶Б. Шундерић, “Утицај релативности услова за заснивање радног односа на његов престанак“, *Радно и социјално право*, број 4-7/2000, стр. 40-42.

за послове стенографа и дактилографа шестомесечни период пробног рада сматра неоправдано дугим.⁸⁸⁷

Приликом престанка радног односа запосленом који није задовољио пробни рад послодавац нема никаквих обавеза према запосленом (осим, наравно, исплате зараде и припадајућих пореза и доприноса, те уписа радног стажа у радну књижицу). С друге стране, запослени којем радни однос престаје као „вишкун“ има право на отпремнину, што је велика разлика у обавезама за послодавца у односу на отказ уговора у који је унета клаузула о пробном раду.

Једна од скорашњих измена и допуна Закона о раду тиче се управо пробног рада. Наиме, законодавац изричито предвиђа да је образложење решења о отказу уговора о раду за време трајања пробног рада услов за законитост отказа уговора о раду за време трајања пробног рада. Овакво императивно законско налагање образложења вероватно је проистекло из праксе у којој послодавци нису образлагали отказ уговора о раду дат током пробног рада, мада се образложење и овде подразумевало⁸⁸⁸. Поставља се питање отказног рока код отказа уговора о пробном раду. По правилу код рада на пробу, отказног рока нема (тако је на пример у Аустрији, Бугарској, Грчкој, Кипру, Мађарској,

⁸⁸⁷Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 148.

⁸⁸⁸То је у корелацији са одредбом члана 192. Закона о раду која предвиђа образложење за сваки појединачни радноправни акт (решење), што се методом тумачења права *analogia legis* може применити и за случај отказа уговора о раду којим је уговорен пробни рад. Члан 36. став 3. Закона о раду није прописивао обавезу послодавца да у решењу о отказу уговора о раду за време трајања пробног рада образложи разлоге отказа, став је судске праксе да таква обавеза послодавца постоји, па је решење о отказу без образложења незаконито. Из образложења пресуде Врховног касационог суда произилази да је основно спорно питање у овој парници да ли је постојала обавеза тужене као послодавца да у образложењу решења о отказу уговора о раду наведе разлоге за отказ. Према одредби члана 185. став 1. Закона о раду, уговор о раду се отказује решењем у писменом облику и обавезно садржи образложење и поуку о правном леку. Пошто је уговор о раду са уговореним пробним радом само једна врста уговора којим се заснива радни однос то поменута одредба члана 185. став 1. мора да се примењује и на отказ уговора о раду са пробним радом без обзира што у одредби члана 36. став 3. изричито не стоји да се уговор о раду којим је уговорен пробни рад отказује решењем које мора да садржи образложење. Ако решење о отказу уговора о раду мора да садржи образложење по правној природи, суштини образложења било којег правног акта, па самим тим и решења о отказу уговора о раду, образложењем се дају разлози за доношење таквог решења односно за оно што је садржано у изреци тог решења. Како запослени против решења о отказу уговора о раду може да користи правна средства уколико то решење не би садржало образложење са разлозима отказа онда запослени практично би био лишен могућности да правно средство користи, па је управо и решење о отказу уговора о раду без образложења и само због те чињенице незаконито. Нема сумње да је одредба члана 36. став 3. раније важећег Закона о раду („Службени гласник Републике Србије“ бр. 24/2005 и 61/2005) била недоречена, па самим тим и недовољно разумљива, али се у таквој ситуацији одредбе закона тумаче у складу са свим осталим одредбама закона циљним тумачењем. Потврда да је и решење о отказу 2 уговора о раду у овом случају морало да садржи образложење у којем би се навели разлози отказа је уследила и каснијим допунама Закона о раду (“Службени гласник Републике Србије” број 72/2014) јер је управо та законска одредба допуњена тако што је наведено да је послодавац дужан да образложи отказ уговора о раду са уговореним пробним радом. Због наведеног ревизија је и одбијена као неоснована”.

Румунији, Чешкој, Шпанији)⁸⁸⁹. У државама у којима је предвиђен, отказни рок је по правилу кратак и износи свега неколико дана (на пример у Словачкој три дана, у Белгији и на Малти седам дана, док у Данској и Норвешкој износи 14 дана).⁸⁹⁰ Према важећем решењу у нашем законодавству, пре истека времена за који је уговорен пробни рад, послодавац или запослени може да откаже уговор о раду са отказним роком који не може бити краћи од пет радних дана.⁸⁹¹ Компарацијом страних и домаћег права, долазимо до закључка да решења из нашег правног система неодступају од упоредноправних. Такође не би било целисходно код пробног рада предвиђати неке предуге отказне рокове имајући у виду да је и сам пробни рад ограниченог трајања.

1.5. Заблуда о битним својствима суконтрахента

Уговор о раду је уговор *intuitu personae*, уговор који се закључује с обзиром на личност сауговорача. Послодавац, у складу са слободом предузетништва, бира између кандидата за запослење, оног који својим карактеристикама највише одговара оглашеном послу. Уговор о раду претпоставља обавезу средства, што значи да се запослени обавезује да послодавцу стави на располагање своје способности, знања и умеће, према посебним условима који су тражени за заснивање радног односа. Како је уговор о раду и двостранообавезујућ уговор, онда се и за све време трајања уговора од запосленог очекује да располаже свим тим способностима, знањима и вештинама⁸⁹².

Имајући у виду да је циљ послодавца да запосли лице које може дати највећи радни допринос, послодавцу припадају широка али не и неограничена овлашћења при избору међу кандидатима за запослење.⁸⁹³ Избор између кандидата послодавац врши на основу својстава кандидата, односно радне способности и других карактеристика битних за обављање конкретног посла, односно радног места. Дакле, послодавац врши избор на основу одређених критеријума. Али какве последице има кад послодавац стекне погрешан утисак о постојању или непостојању неког битног својства запосленог. Питање које се намеће је слично претходно обрађеном, када запослени да нетачне

⁸⁸⁹*Dismissal, particularly for business reasons and employment protection, op. cit.*, стр. 47.

⁸⁹⁰*Ibid.*

⁸⁹¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 36. став 3.

⁸⁹²В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op. cit.*, стр. 103-104.

⁸⁹³П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 468.

информације о својим способностима, умећима и вештинама за рад приликом заснивања радног односа, јер је суштина иста. Последица заблуде о битним својствима суконтрахента и последица када запослени о себи даје нетачне информације, наиме, иста, јер ни у једној од ове две ситуације послодавац нема праву представу о битним својствима запосленог, у смислу његових знања, способности и умећа, с тим што у овом случају послодавац сам стиче погрешан утисак, без кривице запосленог те нема повреде обавезе лојалности.

Дакле, овде није важан узрок заблуде о битном својству запосленог. Није ретка ситуација да се тражиоци запослења случајно или намерно прецене, односно дају информације које неодговарају фактичком стању сопствених способности, умећа и вештина за рад. У принципу, код заблуде о битном својству сауговорача мора се радити о неком својству због кога запослени неће моћи на задовољавајући начин извршавати радне задатке. С тим у вези, из чињенице да се уговор о раду закључује *intuitu personae* произлази и право послодавца да сазна и одређене податке о, на пример, здравственом стању запослених, или пак неком другом личном својству.⁸⁹⁴ Наравно, овакви подаци траже се у складу са начелом оправданости и професионалне нужности. Тако послодавац може да тражи од запослених предметне податке само ако су испуњена два кумулативно одређена услова: да су подаци непосредно повезани са повереним пословима и да су неопходни за процену професионалних способности радника.⁸⁹⁵

Ипак, када послодавац изабере кандидата на основу неког својства које изабрани кандидат не поседује поставља се питање последица за кандидате који та својства имају, а нису изабрани. За кандидата за запослење који није изабран, последица је јасна. Он није засновао радни однос, што у зависности од околности сваког конкретног случаја има далекосежне последице, како економске и егзистенционалне, тако личне, социјалне, психичке. Правне последице око избора односно неизбора кандидата нису

⁸⁹⁴Наравно, то не значи да послодавац може сачињавање неке исцрпне листе изузетних случајева у којима је послодавцу допуштено њихово прикупљање. Љ. Ковачевић, „(Не)допуштено коришћење права на одсуство због привремене спречености запосленог за рад“, *Право и привреда*, број 7-9/2012, стр. 500-503.

⁸⁹⁵То, прецизније, значи да је послодавцима допуштено да траже од запосленог или кандидата за запослење податке о здравственом стању само ако је то потребно ради процене њихове способности за обављање (садашњег или будућег) посла, односно ради испуњавања захтева из области безбедности и здравља на раду, као и ради остваривања социјалних давања. Поред забране прикупљања података о здравственом стању запослених, заштита права на поштовање приватног живота подразумева да здравствено стање запосленог не може бити оправдан разлог за престанак радног односа, и, *a fortiori*, не може бити разлог за дисциплинско кажњавање запосленог. Љ. Ковачевић, „(Не)допуштено коришћење права на одсуство због привремене спречености запосленог за рад“, *op. cit.*, стр. 500-503.

уређене у нашем праву у општем режиму радног односа. Наиме, према позитивном праву не постоји обавеза послодавца да прими у рад најбољег кандидата, јер је послодавац слободан у одлуци кога ће запослити, те заблуда о својствима кандидата за запослење не може произвести последице које би могла да је јавни конкурс регулисан на начин да обавезује послодавца да у радни однос прими најбоље рангирано лице (у ком случају би по правилима облигационог права постојало право на накнаду штете или евентуално, аналогно решењу о незаконитом отказу у радном праву, право на компензациону накнаду и својеврсну реинтеграцију односно запослење најбоље рангираног од дана наведеног у конкурсу). С друге стране, имајући у виду начела радног права, а нарочито слободу предузетништва, става смо да није реално очекивати да се у општем режиму радних односа уведе оваква обавеза.

За кандидата који је запослен, али зато што је послодавац био у заблуди о битном својству овог радника, важе општа правила облигационог права, у смислу да је такав уговор ништав. Како је рад, ипак, фактички обављан, у радноправном смислу, важиће правила о фактичком раду.⁸⁹⁶ Уколико, пак, постоји заблуда на страни запосленог о битним својствима послодавца, запослени по поједностављеним правилима може отказати уговор о раду послодавцу,⁸⁹⁷ наравно уз поштовање правила о отказном року.

2. Утврђивање потребних знања и способности током трајања радног односа

2.1. Надлежност и критеријуми за утврђивање потребних знања и способности

Током трајања радног односа, у редовном стању ствари, послодавац константно прати рад запослених, јер прати функционисање предузећа. Уколико у раду појединца примети нека одступања, у складу са слободом предузетништва, има право да провери способности, односно знања запосленог. Могло би се рећи да је то провера *ad hoc*. С друге стране, у неким професијама периодична провера знања и способности је редовна

⁸⁹⁶М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 89.

⁸⁹⁷Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 178.

процедура којој се прибегава најчешће на годишњем нивоу.⁸⁹⁸ У вези са претходним, поставља се питање надлежности, критеријума и процедуре за утврђивање потребних знања и способност запослених.

Послодавац, наиме може образовати комисију која ће утврдити знања и способности запосленог, а може их утврдити и сам. Ако се образује комисија, треба водити рачуна да чланови комисије, који ће вршити стручну процену треба да имају најмање исти степен и врсту стручне спреме као и запослени чија се знања и способности проверавају. Такође, ваљало би да комисија буде у непарном саставу, због гласања приликом доношења одлука.⁸⁹⁹ Циљ ове комисије био би да утврђује чињенице и одлучује да ли оне представљају разлог за отказ уговора о раду. Комисија би могла доносити мишљење, односно закључак који ће послодавац искористити за образложење – разлог отказа.

Дакле, могуће решење било би да констатовање одсуства знања и способности буде у надлежности неке *ad hoc* комисије која би се формирала за сваки конкретан случај. Било би пожељно да се општим актом послодавца утврди да ће у случају сумње у знања и способности запосленог послодавац и запослени формирати ову комисију. С тим у вези, отвара се и питање зашто би предност требало дати *ad hoc* комисији. Верујемо да је то зато што би се у сваком конкретном случају чланови комисије морали разликовати, најпре, због стручне спреме. Ова комисија требало би да изврши поменуту оцену и то на јасно и недвосмислено утврђеном чињеничном стању.⁹⁰⁰ Било би пожељно дефинисати и у ком поступку и на основу којих мерила би се ови отказни разлози утврђивали као чињенице, јер би се на тај начин умањила могућност произвољног доношења одлуке и необјективног поступања, те би и заштита запослених била на вишем нивоу, јер уколико послодавац сам бира чланове комисије јасно да су могуће различите злоупотребе у пракси.

У пракси се може поставити и питање по којим критеријумима треба одредити да је запослени неспособан да обавља посао за који је закључио уговор о раду? Критеријуми могу бити утврђени на најразличитије начине. Чини се да би као *modus operandi* могли

⁸⁹⁸Такође, на пример, предвиђено Правилником о поступку и критеријумима за оцјену рада службеника судске полиције Републике Српске, који у склопу редовног годишњег оцењивања имају писмени тест знања, проверу физичких способности и способности руковања ватреним оружјем. Члан 14. став 1. тачке њ) е) и ж).

⁸⁹⁹ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 335-336.

⁹⁰⁰ Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57.

послужити критеријуми који постоје у случају исказивања вишка запослених. Тако се, на пример, у прегледу упоредноправних решења код утврђивања критеријума за утврђивање вишкова запослених могу наћи практична решења по којима послодавац у француском праву критеријуме утврђује у колективном уговору, компанијском споразуму или у договору са Социјално-економским комитетом. Послодавци, односно социјални партнери, при том, немају неограничену слободу утврђивања критеријума, већ су дужни да се придржавају критеријума прописаних Закоником о раду. С друге стране, италијански законодавац прописује да се критеријуми утврђују колективним уговорима, а тумачењем је заузет став да је реч о споразумима закљученим на нивоу предузећа које закључују послодавац и синдикати.⁹⁰¹ Занимљиво је да се наш законодавац, осим што не регулише критеријуме за утврђивање знања и способности, не бави ни критеријума колективног отпуштања, већ прописује да критеријуми представљају обавезну садржину програма решавања вишка запослених, истина, уз предвиђање недопуштених критеријума⁹⁰².

Критеријуми за утврђивање вишка запослених углавном су предвиђени посебним колективним уговорима. Узећемо за пример критеријуме за утврђивање запослених за чијим је радом престала потреба у основним и средњим школама. Најпре, Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика⁹⁰³ предвиђа вредновање у бодовима. Као критеријуми који се бодују предвиђени су рад остварен у радном односу, образовање, такмичења и педагошки допринос у раду као критеријуми професионалног типа, док су као ванпрофесионални критеријуми утврђени одређени социјални моменти, као на пример имовно стање, здравствено стање на основу налаза надлежне здравствене установе, односно надлежног фонда пензијског и инвалидског осигурања и број деце предшколског узраста, односно деце на редовном школовању до 26 година старости. Овим Колективним уговором предвиђа се и обавеза запосленог да прибави и послодавцу достави доказе за сваки од наведених критеријума, као последица за неактивност запосленог. За критеријум за који запослени не достави потребну документацију у остављеном року за утврђивање листе запослених за чијим је

⁹⁰¹А. Лазаревић, *op. cit.*, стр. 143-144.

⁹⁰²Закон о раду ("Сл. Гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 155 и 157.

⁹⁰³Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20).

радом у потпуности или делимично престала потреба, бодује се, наиме, са нула бодова.⁹⁰⁴

На основу поменутих критеријума и прецизно израђене скале бодовања, сачињава се ранг - листа. За запосленог за чијим је радом престала потреба утврђује се запослени који оствари најмањи број бодова. Уколико више запослених има исти број бодова, предност има запослени који је остварио већи број бодова по основу рада оствареног у радном односу, образовања, такмичења, педагошког доприноса у раду, имовног стања, здравственог стања, броја деце, и то наведеним редоследом.⁹⁰⁵ На основу приказа овог посебног колективног уговора можемо видети у ком смеру би се требала кретати решења домаћег законодавца, односно социјалних партнера, јер је, дакле, у пракси, очигледно могуће на објективан начин решити ово питање, те се законодавна решења попутних „уобичајених резултат рада“ или „стандардних резултата рада“ могу критиковати као паушална.

Ипак, када су предвиђени, уобичајени резултати рада одређују се на основу технолошких стандарда у редовним условима рада. При томе се не могу користити само статистички подаци, већ се морају узети у обзир и квалитет рада а нарочито услови рада, тешкоће у набавци сировина и слично, као и одређене околности на страни запосленог као што су болест, инвалидност и слично.⁹⁰⁶ Дакле, тек када би се искључиле све ове објективне околности на страни запосленог и на страни послодавца могло би се приступити „мерењу“ резултата рада. Ако, пак, било која објективна околност утиче на изостанак резултата рада онда се не може говорити о неостваривању резултата као отказном разлогу.

Да би се запосленом могао отказати уговор о раду из овог разлога судска пракса заузела је став да код послодавца, најпре, морају бити утврђени нормативи и стандарди у погледу обима и квалитета као и други критеријуми утврђени колективним уговором или правилником о раду на основу којих би се вршило мерење радног учинка као и запосленом остави додатни рок за побољшање рада и резултата рада у складу са актом

⁹⁰⁴Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20), члан 34.

⁹⁰⁵Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20) члан 35.

⁹⁰⁶ В. Марковић, *op. cit.*, стр. 61.

послодавца⁹⁰⁷ Поједини аутори дају предност регулисања овог питања колективним уговорима јер би се тиме не само обезбедила објективност у поступку него би се и синдикатима у овом сегменту заштите права радника дала знатно већа улога.⁹⁰⁸

2.2. Констатовање изостанка потребних знања и способности и услови за законитост отказа

Кроз праћење рада предузећа, послодавац прати и рад запослених. Уколико послодавац примети у раду нека одступања, има право да ванредно провери способности, односно знања запосленог. Такође, у неким професијама провера знања и способности је редовна процедура најчешће на годишњем нивоу.⁹⁰⁹ Како било, неспорно је да до провере знања и способности свакако долази. Ту проверу, у зависности од конкретног посла, односно радног места, може обавити непосредно послодавац, а може и образовати комисију у чијој је надлежности провера знања и способности запосленог.⁹¹⁰ Независно од тога у чијој је надлежности провера знања и способности, јасно је да се она обавља по унапред утврђеним критеријумима. Изграђене критеријуме прате и прецизно израђене скале бодовања. Компарацијом остварених резултата запосленог и постављених скала добија се коначни резултат. У том смислу може се доћи до података да запослени нема потребна знања и способности.

Овде ваља направити разлику у односу на отказни разлог који се тиче изостанка резултата рада. Изостанак резултата рада може бити условљен неком објективном околношћу, која се мора искључити да би било говора о оправданом отказном разлогу.⁹¹¹ Дакле, тек када се искључе све ове објективне околности на страни

⁹⁰⁷Видети пресуду Апелационог суда у Новом Саду број ГЖ 1 2034/12 од 10.09.2012. године.

⁹⁰⁸Нав. према О. Брајић, „Одредбе закона о одрживом запослењу и отказу“, *Радно право у условима транзиције*, (прир. Р. Брковић), Крагујевац, 2003, стр. 20-27.

⁹⁰⁹Тако је, на пример, предвиђено Правилником о поступку и критеријумима за оцјену рада службеника судске полиције Републике Српске, који у склопу редовног годишњег оцењивања имају писмени тест знања, као и проверу физичких способности и способности руковања ватреним оружјем (члан 14 став 1 тачке њ) е) и ж)).

⁹¹⁰П. Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2015, стр. 335-336.

⁹¹¹Дакле, да би се говорило о изостанку резултата рада који се може приписати послодавцу и као такав представљати оправдани отказни разлог морају се узети у обзир нарочито услови рада, тешкоће у

запосленог и на страни послодавца може се приступити „мерењу“ резултата рада. Ако, пак, било која објективна околност утиче на изостанак резултата рада онда се не може говорити о неостваривању резултата као оправданом отказном разлогу. Међутим, код оцене знања, мишљења смо да нема објективних околности које би могле утицати до те мере на имање или немање знања, јер се знање или има или нема.

Када је, пак, реч о способностима, ваља имати у виду да су оне у некој средини између знања, на која објективне околности не утичу у некој драстичној мери, и резултата рада, код којих се објективни чиниоци морају искључити. Радна способност јесте основна карактеристика човека, везана за психофизичка и друга биолошка својства (општа радна способност), као и за знања, умећа и друга радом или школовањем стечена својства. У радноправном смислу, радна способност представља и услов за заснивање и трајање радног односа.⁹¹² Способност је спремност да се примене знања и вештине у обављању послова. За оцену способности потребно је да лице има знање, али и да има остварени резултат, те је радна способност симбиоза два елемента: знања и оствареног резултата. Због предњег, код оцене способности могуће је да неке објективне околности утичу на крајњи исход провере и оцене способности запосленог. Зато се, на пример, у немачком праву, код оцене радне способности у контексту, утврђивања постојања ваљаног отказног разлога, тражи да запослени нема радних способности (дакле тренутно) али да је готово извесно да их запослени неће имати ни у будућности.⁹¹³

Такође, битно је истаћи да постоје професије у којима се тест односно оцена способности везује за физичку спремност (на пример, занимања у полицији, војсци, рониоци, пилоти, све професије код којих се приликом оцене узима у обзир физичка спремност радника) а где се могу јавити значајна одступања у односу на резултате теста способности, и то у односу на неке објективне околности (малаксалост или било који тип болести, или на пример, чињеница да је радник који се подвргава тестирању претходног дана радио у ноћној смени због чега не може остварити резултат као лице које је одморно, и слично). За разлику од физичких способности, знање није до те мере подложно неким спољњим објективним чиниоцима. У зависности од објективних

набавци сировина и слично, као и одређене околности на страни запосленог, као што су болест, инвалидност и слично. В. Марковић, *op. cit.*, стр. 61.

⁹¹² П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, 2003, стр. 281.

⁹¹³ Т. Eger, „Opportunistic termination of employment contracts and legal protection against dismissal in Germany and the USA“, *International Review of Law and Economics*, број 23/2004, стр. 389

околности оно може бити мање или веће, али не у толикој мери да би оне могле утицати на незнање као оправдани отказни разлог, те се у литератури не налазе ставови који указују да се приликом оцене знања мора искључити неки објективни утицај на знање.

У циљу ограничења евалуационих овлашћења послодавца, развија се начело вредновања, по ком вредновање мора бити засновано на унапред утврђеним објективним критеријумима који одговарају циљу вредновања⁹¹⁴. Способност запосленог да примени потребна знања може се пратити и преко резултата рада, јер остварени резултати рада зависе од стручних и радних способности и знања, те се искључивањем објективних околности, може донети одговарајућа оцена резултата и одлука о њиховом изостанку.⁹¹⁵

Следеће питање које се јавља јесте у ком временском периоду се запослени евалуира, односно да ли је за оправдани отказни разлог који се тиче изостанка знања и способности потребан један изостанак или више, односно оставља ли се рок запосленом за евентуална стручна усавршавања како би се отклонио узрок овог отказног разлога. У законодавству нећемо наћи одговор на ова питања. Међутим, аналогијом отказног разлога који се тиче неостваривања резултата рада са отказним разлогом који се односи на изостанак знања и способности можемо доћи до неких прагматичних закључака.

У случају неостваривања резултата рада, а у складу са Законом, неопходно је да послодавац, најпре, обавести запосленог о изостанку резултата, јер законодавац изричито предвиђа да се пре отказа по овом основу запослени мора писмено упозорити на постојање ових околности, те да му се пре отказа морају дати упутства како би побољшао рад, и да му се мора оставити примерени рок за побољшање рада.

Слично решење могло би да важи и за други отказни разлог, односно за изостанак знања и способности. Ипак, законодавац могао да понуди као ново решење то да запослени који нема знање треба да иде на додатну едукацију, или, уколико нема

⁹¹⁴Предмет вредновања могу бити само резултати, способности, вештине и умећа запослених од значаја за обављање послова. Овде треба имати у виду да сам циљ вредновања резултата рада није да се констатује изостанак истих и отпусти запослени, него да се по утврђењу изостанка резултата рада, односно утврђењу недовољних резултата, унапреди рад запосленог, постигне већа продуктивност, елиминишу недостаци у раду, те награђивање, напредовање, усавршавање запосленог). Љ. Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *op. cit.*, стр. 559.

⁹¹⁵Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57.

способности, да се утврди да ли има знање а неуме практично да их примени, где би последица била иста, тј. подразумевала би неки вид обуке. Међутим, овде би се могло поставити питање како је поред тако високе стопе незапослености и јавног оглашавања слободних послова, радни однос засновано лице које нема потребна знања и способности. Да ли се у поступку запошљавања јавни конкурси спроводе само формално, чиме се сврха овог института изиграва, или се конкурсне процедуре не спроводе на одговарајући начин. Код неких професија јасно је да може доћи до тога да кандидат за запослење „заблиста“ на тестовима знања, а да их касније не може практично применити на месту рада. Дакле, како у животним околностима има свега, питање је на који начин решити проблем запошљавања неодговарајућих кандидата за заснивање радног односа.

Предвиђањем обавезе обавештења запосленог о неостваривању резултата рада законодавац је дао „другу шансу“ запосленом и пружио један вид процесне, али и суштинске заштите запосленог. Отказ се, дакле, не може добити пре обавештења о пропустима и пре него што се запосленом да додатни рок да се пропусти отклоне. Међутим, послодавац би у обавештењу морао и конкретизовати шта очекује од запосленог, тему објаснити на који начин може остварити послодавчева очекивања, односно мора навести тачне пропусте у раду запосленог и описати, односно објаснити начин на који се они могу исправити. Овим се брани став да се отказ не може дати првим изостанком очекиваних резултата, те се исправља недостатак везан за изостанак прецизних законских одредби о резултатима рада који доводе до отказа⁹¹⁶. Међутим, поставља се питање сврсисходности давања друге шансе лицу које знање и способности нема, а нарочито имајући у виду већ поменути институт јавног оглашавања слободних послова.

Јавно оглашавање је институт од вишеструког значаја. На страни тражилаца запослења представља конкретизацију права на рад, слободе рада и начела једнаких шанси и поступања; на страни послодавца представља могућност проналаска одговарајућег кадра за своје потребе, јер због своје природе такмичења, омогућава привлачење великог броја интересената и селекцију у правцу најбољег, а посредно овај институт остварује и општедруштвени интерес - да свако ради на оном радном месту на којима може дати највећи допринос заједници, јер конкурс омогућава конкурентност на

⁹¹⁶L. Betten, *op. cit.*, стр. 225-227.

бази професионалних својстава. Када се право на рад остварује селекцијом, и када се елиминишу мање добри, може се гарантовати квалитет рада. У складу са претходним, све радње у поступку заснивања радног односа морале би бити резултат једне објективне ситуације и спроведене у складу са позитивно-правним режимом. Према томе, ваљало би регулисати не само обавезу јавног оглашавања, него мерила и критеријуме за селекцију кандидата, како би избегли апсурдне ситуације да поред велике стопе незапослених послодавци запосле оне који немају одговарајућа знања и способности. Управо у складу са Директивом 2000/7810 начело једнаких шанси и поступања у запошљавању осим што се односи на услове за запошљавање, укључује и мерила за избор односно селекцију кандидата приликом заснивања радног односа⁹¹⁷.

Ипак, ако би се прихватило решење да се и запосленом који нема знања и способности да „друга шанса“ за очување запослења, онда би било логично да му се та „друга шанса“ да кроз писмено упутство, као саставни део претходног обавештења. Дакле, како законодавац налаже послодавцу да по утврђеном недостатку у раду писмено упозори радника на постојање недостатка, затим да му изда упутства за отклањање недостатака, односно да му да упутства како би побољшао рад и да му остави адекватан рок за остварење очекиваног учинка⁹¹⁸ код отказног разлога који узрок има у незнању или неспособности, могло би се очекивати да послодавац писмено упозори радника на постојање разлога за отказ, затим да му изда упутства за отклањање недостатака ондосно да му да упутства како би побољшао рад, односно у ком сегменту би се требао додатно едуковати или на којим способностима би требало да поради и, најзад, да му остави адекватан рок за остварење очекиваног. У том смислу интересантан је увид у став Врховног касационог суда, по ком је тужени, односно послодавац, тужиоцу – запосленој, којој је радни однос престао због изостанка радних и стручних способности, био дужан оставити рок, како би запослена била у прилици да побољша резултате рада.⁹¹⁹ Дакле, пракса је заузела став да се аналогијом, оно што важи за неостваривање резултата рада примењује и за изостанак знања и/или способности.

⁹¹⁷ М. Јовановић, „Кључни радноправни аспекти јавног конкурса за заснивање радног односа“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2016, Београд, стр. 73-74, 77.

⁹¹⁸ П. Јовановић, *Радно право, ор. cit.*, 2015, стр. 340.

⁹¹⁹ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1146/16 од 8.9.2016. године, наведено према М. Поповић, *ор. cit.*, стр. 116.

„Другу шансу“ требала би се посматрати и из угла стабилности запослења. Како нове тенденције иду у корист концепта целоживотног учења, за стабилност запослења је најбитније инвестирање у личне квалификације запосленог, професионалне способности и знања. На тај начин се запосленима ствара могућност за сопствени развој и обезбеђује сигурност запослења а не сигурност посла.⁹²⁰ Сигурност запослења јавља се као последица нових тенденција према којој професионална мобилност нема алтернативу.⁹²¹

Коначно, ваља се присетити да је занимљиво решење садржао Закон о удруженом раду, по којем је било предвиђено да се запосленом понуди посао који одговара његовим способностима. Тим законом било је предвиђено да, уколико је узрок изостанка резултата рада запосленог његова (не) способност, да послодавац претходно понуди рад запосленом на неким другим пословима који би одговарали способностима запосленог, а тек уколико би запослени други посао одбио, онда се могла донети одлука о отказу.⁹²²

2.3. Последице неостваривања резултата рада

Неостваривање резултата рада, а због изостанка знања односно способности не повлачи по аутоматизму најтежу последицу, мада би овде требало направити разлику да ли је изостанак резултата везан за изостанак знања или способности у смислу умећа обављања неких активности које нису високоинтелектуалне (шаблонских послова у производњи и слично) или способности да се примене стечена знања у пракси. У другом случају, не би се косило са институтом јавног оглашавања слободних послова да се запосленом да „друга“ шанса, те да се фактички запосленом „покаже“ како да стечена знања и примени, док смо става да, у духу једнаких шанси за запошљавање и духу јавног конкурса, као „такмичења знања и способности“, за први случај не треба остављати додатан период, јер се на тај начин оштећују други кандидати за запослење.

⁹²⁰A. Van Bever, “Open norms and the foundations of employment law: a legal examination of hidden patterns in employment relationships”, *European Labour Law Journal*, број 2/2012, стр. 183.

⁹²¹L. Rodgers, “The UK employment law review and changes to unfair dismissal”, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, бр. 1-2/2012, стр. 151.

⁹²²Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57.

Свакако, у аналогји са неостваривањем резултата рада, где је законодавац отказ предвидео само као могућност,⁹²³ не и као обавезу, имплицира да послодавац дискреционо може одлучити о томе да ли ће, када се стекну услови за отка, отказ заиста и дати запосленом. За разлику од изостанка резултата рада, где је законодавац прописао одређену процедуру за законитост отказа, код немања знања и способности то није случај. Ипак, става смо да, у зависности од ситуације, тј. зависно од чињенице да ли лице има знање и вештине које не уме да конкретно примени или их нема уопште, законодавац треба да предвиди разлику и да, у том контексту, у првом случају утврди обавезу послодавца да запосленом да упозорење са додатним роком, а у другом не.⁹²⁴ Овде нарочито треба имати у виду да код уговор о раду у погледу извршавања престације рада постоји облигација средстве отказ не може бити аутоматска последица изостатнка резултата⁹²⁵.

2.4. Обавеза и право запосленог на стручно усавршавање у контексту стицања и очувања потребних знања и способности

У контексту претходних излагања, у погледу узрока неостваривања резултата рада, те изостанка знања и способности, поставља се и питање права и обавезе запосленог да се стручно усавршава. Стручно усавршавање је планска активност послодавца усмерена на побољшање способности, вештина, ставова и понашања запослених, и то везано како за актуелне, тако и за будуће потребе послодавца.⁹²⁶ Оно није само себи циљ и од посебног је значаја, имајући у виду блиски однос образовања и рада, те за последицу има очување запослења. Зато су у теорији и пракси прихватљива сва решења која омогућују континуирано усавршавање запослених смењивањем рада и образовања. Такође, оно има двоструку функцију, јер, осим што је у функцији заштите интереса запосленог (јер, поред очувања запослења, утиче и на развој каријере, а самим тим и на развој личности запосленог, у интересу је и послодавца), јер утиче на

⁹²³Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018), члан 179.

⁹²⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018) члан 180.

⁹²⁵N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: Radni odnosi II, op. cit.*, стр. 610.

⁹²⁶Б. А. Лубарда, *Radno pravo. Rasprava o dostojanstvu na radu u socijalnom dijalogu, op. cit.*, стр. 523.

продуктивност, економичност, организацију и исплативост рада. Узрок у променама које се могу јавити у току трајања радног односа последица су природне и друштвене законитости развоја које неминовно утичу на врсту и број занимања, врсту послова и радних места, у чему, свакако, доминира технички и технолошки развој. Аутоматизација потискује и преузима једноставне и монотоне послове опслуживања машина и других средстава, прикупљања и обраде података, због чега технички и технолошки развој највише погађа ниско квалификовану радну снагу.⁹²⁷ Тако се сматра да ће се у земљама ЕУ, услед процеса аутоматизације рада под утицајем дигитализације, у наредних двадесет година изгубити 40-60% рутинских и једноставнијих послова, који су лако замењиви технологијом, нарочито у производним делатностима. Примера ради, у делатности аутоиндустрије, у којој се ниво аутоматизације креће до невероватних 90%, предвиђа се да ће сваки други посао нестати. И супротно, појављују се нова занимања, нови послови повезани са дигиталним пословањем и комуникацијом. Осим тога појављује се особени режим радних односа, са посебним местом рада-„од било куда“, те се појављује једна сасвим нова категорија запослених – дигитални радници, као и тзв. дигиталне платформе као место сусрета понуде и потражње радне снаге.⁹²⁸

Дигиталне платформе су посредници јер омогућавају послодавцима корисницима да приступе неограниченој и неодређеној групи људи, потенцијалним радницима, који су спремни да изврше тражени посао уз одређену надокнаду. Овакав облик рада из угла послодавца корисника одређује као рад који у традиционалном поимању радног односа заправо извршава запослени. Међутим, послодавци на овај начин ангажују радну снагу путем отвореног јавног позива упућеног неодређеној и великој групи радника, те послодавац у сваком моменту може да пронађе радника за потребан рад чија се цена снижава међусобном конкуренцијом самих радника. Рад се обавља посредством интернета и засновано је на раду путем информационо - комуникационих тј. дигиталних уређаја те послодавац и дигитални радник немају непосредан контакт, те самим тим ни било какав уговор ни основ њиховог односа, те

⁹²⁷ Све шира примена рачунара као универзалног алата доводи до груписања или чак укидања многих послова, те се очекује да ће до краја 21. века укинати преко половине послова у производњи, а између 30% и 40 % послова у установама. П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, стр.280-284.

⁹²⁸ С. Јашаревић, „Утицај дигитализације на радне односе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2016, стр. 1105-1106.

како није заснован овај однос се не може ни раскинути, у смислу отказа уговора о раду⁹²⁹.

У тесној вези са стручним образовањем радника јесу и њихова доквалификација и преквалификација. Доквалификација представља облик додатног, вишег стручног образовања лица у оквиру већ стечене врсте стручног образовања, док је преквалификација стицање друге врсте стручног образовања, при чему се може, али и не мора мењати ниво, односно степен стручног образовања. Право на доквалификацију и преквалификацију везују се, управо, за случај престанка радног односа, односно за случај када престане потреба за радом запосленог са раније стеченим степеном стручног образовања, односно нивоом квалификације. У случају доквалификације, реч је о промени степена, а код преквалификације постоји потреба за другом врстом стручног образовања истог или више степена. Тек уколико радник одбије до/преквалификацију тада му престаје радни однос.⁹³⁰ С тим у вези, ваља имати у виду да је Врховни суд Републике Српске одбио ревизију као неосновану у случају радника коме је престао радни однос због одбијања да се стручно оспособи и немогућности да буде распоређен на друго радно место. Првостепеном пресудом поништено је решење о отказу и наложено је враћање радника на рад а другостепеном је тужбени захтев одбијен.⁹³¹

Битно је рећи и да је позитивним прописима у нашој држави, предвиђена могућност да се запосленом ограничи слобода (не) рада. Лицу које пристане на стручно усавршавање, може бити ограничена слобода нерада, јер, по правилу, када послодавац финансира стручно усавршавање он за узврат очекује корист. Тако, на пример Закон о државним службеницима предвиђа да је државни службеник дужан да остане у радном односу најмање у трајању усавршавања, школовања или специјализације а најдуже у двоструком трајању⁹³² док Закон о Војсци предвиђа двоструко време трајања обавезног рада по усавршавању, односно троструко ако се лице усавршавало у иностранству.⁹³³

⁹²⁹Д. Божичић, „Дигиталне платформе и њихов утицај на односе поводом дигиталног рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1/2020, стр. 455-456.

⁹³⁰П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр.285-286.

⁹³¹Одлука Врховног суда Републике Српске, број 118 0 Рев 06 000 988 од 13.03.2007. године

⁹³²Закон о државним службеницима (“Службени гласник Републике Србије”, број 79/2005, 81/2005, испр, 83/2005 испр, 64/2007, 67/2007 испр, 116/2008, 104/2009, 99/2014 и 94/2017), члан 99.

⁹³³Уредба о стањима у служби професионалних војних лица и о унапређивању официра и подофицира („Службени гласник Републике Србије“ број 112/2008, 09/09, 17/10).

Оправдање предходно наведеним законским решењима, јесу савремене тенденције стручног усавршавања, које су изродиле нов концепт стручног усавршавања - доживотно учење/образовање, које има за циљ развој људских ресурса, и које је постало неопходан услов за повећање ефикасности савременог друштва у којем је стицање нових знања предуслов за остваривање права на рад. Савремене тенденције радног права иду за тим да је стручно усавршавање и право и обавеза, те да се запослењем не губи потреба за даљим и континуираним усавршавањем, него супротно. Циљ доживотног стручног усавршавања јесте да спречи или ублажи последице сталног развијања нових, али и застаревања постојећих знања и вештина.⁹³⁴

Право на образовање и усавршавање, није само право него је и обавеза запосленог и представља део права на рад као индивидуалног права човека тј. права које му припада као појединцу и које самостално остварује. Право на рад је садржински комплексно право које се састоји од већег броја права везаних за рад: права на школовање, образовање и стално усавршавање. Како је условљено оспособљавањем за запослење, право на рад није остварљиво без гарантованих услова за одговарајуће оспособљавање, односно стицање знања и способности.⁹³⁵

3. Однос отказа уговора о раду због непоседовања потребних знања и способности и других отказних разлога

3.1. Разграничење престанка уговора о раду због непоседовања потребних знања и способности од престанка уговора о раду због неостваривања резултата рада: један или два отказна разлога?

Отказни разлози који су професионално условљени на страни запослених, као што смо већ навели, су неостваривање резултата рада и непоседовање потребних знања и способности за обављање послова на којима ради. Законодавац предвиђа да се запосленом може отказати уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се

⁹³⁴М. Ковач-Орландић, „Право на стручно усавршавање и концепт доживотног учења“, *Радно и социјално право*, број 2/2011, стр. 54.

⁹³⁵С. Јашаревић, „Социјално-економска права у вези са радом у међународним и европским стандардима“, *Радно и социјално право*, број 1/2008, стр.185-186.

односи на радну способност запосленог и његово понашање, и то ако не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради. Прво питање које се с тим у вези поставља јесте да ли је овде реч о једном или два отказна разлога. У теорији радног права наићићемо на опречна схватања. Неостваривање односно изостанак резултата рада, према једном становишту, јесте последица недовољног рада, а где недовољан рад има узрок у незалагању. На овом месту говоримо о запосленом који има знање и способности, дакле, уме да ради, али очекивани резултати изостају због немара, зато што се не труди, односно не залаже довољно или уопште. Једноставно речено, изостанак резултата последица је лењости⁹³⁶. Да, ипак, није реч о једном отказном разлогу потврђују и ставови професора Шундерића и професорке Ковачевић, који наводе да непоседовање знања и способности не треба мешати са неостваривањем резултата рада, иако, управо, та непоседовања могу довести, односно резултирати изостанком резултата. Неостваривање резултата рада везује се за неостваривање циља, и неопходно је поуздано и објективно утврдити да запослени не обавља послове у предвиђеном обиму и са предвиђеним квалитетом, и то због недовољног рада и незалагања⁹³⁷, а не због незнања или неспособности за рад.

Друго становиште, потпуно супротно, каже да неостваривање резултата рада треба да буде последица непоседовања потребних знања и способности запосленог за обављање послова на којима ради⁹³⁸. У том смислу би неостваривање резултата рада и немање потребних знања и способности били би један тј. исти отказни разлог, односно према мишљењу професора Лубарде, неостваривање резултата рада је отказни разлог, који је проузрокован немањем потребних знања и способности. Уколико би, пак, изостанак резултата рада био последица несавесног и неблаговременог рада, тада би, према мишљењу овог аутора требало говорити о повреди радне обавезе (повреда обавезе савесног и благовременог извршавања рада) и било би неопходно водити дисциплински поступак против запосленог (отказ би био дисциплинска казна), а што у првом случају (када резултати изостану због незнања и неспособности) није потребно.⁹³⁹ Међутим, у пракси би ово довело до практичних проблема. Ако је један

⁹³⁶ М. Ивошевић, „Отказ уговора о раду од стране послодавца“, *op. cit.*, стр. 307. Исто З. Ивошевић, „Отказ уговора о раду од стране послодавца“, *op. cit.*, стр. 179.

⁹³⁷ Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 371.

⁹³⁸ Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 734.

⁹³⁹ *Ibid.*

отказни разлог неостваривање резултата рада због непоседовања знања и способности, поставља се питање како дати отказ запосленом који неостварује резултате рада а има знања и способности, и обратно, како отказати уговор о раду запосленом који остварује резултат рада а нема знања и способности, а да отказ не буде незаконит. О овој теми биће више речи у наставку рада.

Ако погледамо законодавно решење, могли би закључити да, ипак, није реч о једном отказном разлогу. Тачно је да су оба отказна разлога обједињена истом тачком члана 179. Закона о раду, али законодавац наводи „да се запосленом може отказати уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог [...] и то ако не остварује резултате рада *или* нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради“. Дакле, за оправдани отказ потребан је или један или други разлог, јер је сама законска одредба раздвојила изостанак резултата рада од немања знања. Дакле, у складу са домаћим позитивним правом, нити је потребно да буду испуњена кумулативно оба разлога, нити је изостанак резултата рада последица немања знања и способности, већ је реч о два самостална, међусобно независна отказна разлога.

Из претходног бисмо могли закључити да је, заправо, реч о два, суштински различита разлога, која могу имати исту последицу - лоше пословање послодавца. Битно је, дакле, истаћи да је реч о два различита отказна разлога (иако има и другачијих схватања), јер смо става да би они требало да производе и различите последице. У случају неостваривања резултата рада, говоримо о запосленом који може, али неће да ради, док у другом случају запослени хоће али не може да ради на одговарајући начин. Недостатак вештина, односно одсуство знања и способности потребно је разликовати од неостваривања резултата рада, а нарочито оног које је последица непоштовања дисциплине, те предствала дисциплински отказни разлог.⁹⁴⁰ Чини се легитимним да се према овим лицима поступа на различите начине, те је, управо, то разлог због кога ваља инсистирати на разликовању ова два отказна разлога.

У пракси се среће и ситуација у којој запослени остварује захтеване, очекиване резултате рада, али не показује способност (односно нема знања) да изврши одређене задатке из спектра послова које обавља. На пример, запослени је у садржају послова за посматрани период имао једноставне задатке, који се стално понављају. Како је реч о

⁹⁴⁰*Protection against unjustified dismissal, op. cit.*, стр. 38.

рутинским задацима, с обзиром на обим реализације, успео је да оствари очекивану норму. Међутим, у истом периоду није извршио неке друге задатке из описа његовог посла, који су били сложенији и захтевали спремност да се употребе одређена знања и вештине које он није имао. У оваквој ситуацији, за запосленог се не би могло рећи да нема стандардни учинак, међутим, у истом периоду он није имао потребна знања и/или способности за обављање послова на којима ради,⁹⁴¹ те се на хипотетичком примеру лако види због чега је неопходно подржати став да је реч о два самостална отказна разлога.

3.2. Разграничење престанка уговора о раду због непоседовања потребних способности од престанка радног односа због губитка радне способности

Није тешко разграничити престанак уговора о раду због немања потребних способности од престанка радног односа због губитка радне способности. Реч је, наиме, о потпуно две различите правне ситуације, које немају тачке преплитања, те их стога не треба мешати. Овде се, фактички, поставља питање разграничења недостатка радне способности за обављање послова и радне способности, односно губитка радне способности као последице промене у здравственом стању проузроковане повредом на раду, професионалном болешћу, повредом ван рада или болешћу која подразумева потпуну и трајну неспособност за рад.

Губитак радне способности настаје када запослени, услед трајних промена у здравственом стању проузрокованих повредом на раду, професионалном болешћу, повредом ван рада или болешћу које се не могу отклонити лечењем или мерама медицинске рехабилитације, изгуби радну способност за обављање послова које је обављао пре настанка инвалидности, као и за обављање других послова који одговарају његовој стручној спреми односно радној способности стеченој радом⁹⁴². Ваља напоменути и да је реч о општој неспособности за рад, дакле о неспособности за

⁹⁴¹Б. Живковић, “Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла”, *op. cit.*, стр. 346.

⁹⁴²С. Новаковић, “Престанак радног односа независно од воље запосленог и воље послодавца”, *Правни живот*, број 12/2008, стр. 532.

обављање ма којег посла, а не посла за који одређено лице поседује квалификације, вештине, умећа и друге способности.⁹⁴³

У присуству губитка радне способности проузрокованих повредом на раду, професионалном болешћу, повредом ван рада или болешћу које се не могу отклонити лечењем или мерама медицинске рехабилитације, запослени остварује право на инвалидску пензију, или друга права из пензијског и инвалидског осигурања односно здравственог осигурања, у зависности од врсте обима и трајања неспособности⁹⁴⁴ уз испуњеност и других материјалноправних услова за остваривање одређених социјалних престација. Инвалидност се утврђује у односу на здравствено стање и радну способност запосленог у време када је стекао својство осигураника обавезног пензијског и инвалидског осигурања.⁹⁴⁵ Уколико није дошло до потпуног губитка, али јесте до измене или смањене радне способности, онда се ствара обавеза за послодавца обезбеди обављање послова према преосталој радној способности⁹⁴⁶. И Врховни касациони суд заузео је став да смањење радне способности запосленог не може бити разлог за престанак радног односа по вољи послодавца.⁹⁴⁷

⁹⁴³Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 103-104,106. У нашем позитивном праву инвалидност је дефинисана као потпуни губитак радне способности због промена у здравственом стању проузрокованих повредом (на раду или ван рада) или (професионалном) болешћу. У упоредном праву инвалидност може бити потпуна за све послове, али постоји и инвалидност у струци. Инвалидитет је призната физичка или ментална мана, подразумева ограничење, смањење или губитак способности за обављање физичке активности или психичке функције, односно смањене могућности за задовољавање личних потреба.

⁹⁴⁴Закон о пензијском и инвалидском осигурању („Службени гласник Републике Србије“ број 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019-одлука УС, 86/2019 и 62/2021), члан 21.

⁹⁴⁵Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 103. Разлог у овоме јесте што је инвалидност појам социјалног права и основни социјални ризик. Инвалидност, уз испуњавање формалних и материјалних услова омогућава остваривање права на инвалидску пензију.

⁹⁴⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017), чл. 101 и 102.

⁹⁴⁷Из пресуде Врховног касационог суда Рев2 1023/2015 од 16.3.2016. године. Према утврђеном чињеничном стању решењем Националне службе за запошљавање тужиоцу је утврђен први степен тешкоћа и препрека на раду. У решењу је наведено да код тужиоца постоји способност на лакше пословање али да није способан за дизање и ношење терета, дуго стајање и вожњу виљушкара (радно место на коме је тужилац обављао послове). Тужени је размотрио могућности распоређивања тужиоца на други одговарајући посао, па је утврдио да не постоји могућност распоређивања на друге одговарајуће послове, због чега је тужиоцу отказао уговор о раду као вишку запослених на основу члана 179. став 1. тачка 9. Закона о раду. На тако утврђено чињенично стање, правилно је примењено материјално право када је тужбени захтев усвојен. Отказ по основу престанка потребе за радом може се дати запосленом ако услед технолошких, економских и организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла. Из тог правила произилази да се отказ по овом основу не може дати због погоршања здравственог стања или радне способности запосленог. Код туженог није дошло до укидања радног места на коме је тужилац радио, умањења броја запослених, измене систематизације, унапређења технолошког процеса или финансијско-привредних проблема, па како здравствена и радна способност не може бити

Привремена или трајна, неспособност запосленог да обавља послове које му је поверио послодавац услед болести или повреде повлачи низ последица за суконтрахенте. Запослени који је спречен за рад, остварује право на плаћено одсуство са рада (тзв. боловање). Циљ „боловања“ јесте очување здравља и продуктивности запосленог, односно оздрављење и рехабилитација, када је могућа. С друге стране, послодавац се суочава са негативним ефектима одсуства запосленог. Он, најпре, мора обезбедити замену одсутног запосленог (прерасподелом послова, привременим премештајем других или запошљавањем и обучавањем нових запослених). Уз то, послодавац сноси ризик смањене продуктивности и конкурентности због новонасталих трошкова. Ови проблеми се усложњавају у случају дуготрајног одсуства запосленог са рада, уколико је промена у здравственом стању таква да се не може отклонити лечењем и рехабилитацијом, те настаје основ за престанак радног односа.⁹⁴⁸

Разлог за отказ не може бити привремена неспособност запосленог за рад, већ мора постојати извесност да запослени ни у будућности неће моћи да обавља одређени посао.⁹⁴⁹ Наступањем потпуне неспособности за рад долази до престанка радног односа. Послодавац је дужан да донесе решење о отказу након што му буде достављено правоснажно решење Фонда запензијско и инвалидско осигурање којим се утврђује потпуна неспособност. Губитак радне способности настаје када запослени услед промена у здравственом стању изгуби радну способност за обављање послова које је обављао пре настанка инвалидности, као и за обављање других послова који одговарају његовој стручној спреми, односно радној способности стеченој радом.⁹⁵⁰ Начин и поступак утврђивања потпуног и трајног губитка способности запосленог за рад регулисан је Законом о пензијском и инвалидском осигурању.

Послодавцима у Републици Србији изричито је забрањено да отпуштају запослене због привремене спречености за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења. Чињеница да здравствено стање запосленог и његова привремена спреченост за рад не могу бити оправдан разлог за отказ уговора о раду, не

критеријум за проглашење запосленог технолошким вишком (јер је то једини суштински разлог престанка радног односа), то је решење незаконито.

⁹⁴⁸Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 106-107.

⁹⁴⁹R. Dimitriu, „Flexibilizing the termination of the employment contract: Pros and cons“, *Accounting and management information systems*, број 4/2011, стр. 556.

⁹⁵⁰П. П. Јовановић, „Заштита инвалида у радној средини“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2015, стр. 940-941.

спречава послодавца да отпусти запосленог који предузима радње у циљу одобравања боловања противно његовој намени, као и запосленог који ово одсуство не користи за лечење и оздрављење. Послодавцу је, при том, препуштено да, од случаја до случаја, одлучи када ће одређени разлог повући за собом отпуштање запосленог, будући да, поред озбиљних последица које производи за запослене (губитак извора основних или претежних средстава за живот), престанак радног односа производи и одређене негативне последице по послодавца (трошкови посредовања у запошљавању, запошљавања и обуке новог радника и сл.). Наш законодавац, притом, квалификује злоупотребу права на боловање као посебан, односно самосталан отказни разлог („ако запослени злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад“), иако има основа да се она, заједно са другим облицима нелојалног понашања запосленог, разуме и као повреда радне обавезе. Злоупотреба права на одсуство због привремене спречености за рад се, притом, не може претпостављати, већ послодавац мора да изведе одређене процесне радње како би утврдио постојање разлога за отказ. У том смислу, ваља истаћи и обавезу послодавца да пре отказа уговора о раду писаним путем упозори запосленог на постојање разлога за сумњу о злоупотреби права на одсуство. Такво решење може се разумети и као гаранција поступности у кажњавању запосленог, барем, када је реч о понашању чија је природа таква да запослени може да настави рад код послодавца. У тим случајевима, упозорење има карактер превентивне мере, која треба да спречи понављање недопуштеног понашања.⁹⁵¹

Када је реч о отказном разлогу због изостанка знања или способности, овде није реч о губитку радних способности, у смислу здравственог стања, већ је реч о одсуству знања, вештина, интелектуалне и физичке снаге којима би се да постоје постигао циљ резултат рада, те је лако разликовати ова два основа престанка радног односа.⁹⁵²

⁹⁵¹Љ. Ковачевић, „(Не)допуштено коришћење права на одсуство због привремене спречености запосленог за рад“, *op. cit.*, стр. 502.

⁹⁵²З. Ивошевић и М. Ивошевић, *Коментар закона о раду, op. cit.*, стр. 54.

Део девети
ОСОБЕНОСТИ ОТКАЗНОГ ПОСТУПКА У СЛУЧАЈУ ОТКАЗНИХ РАЗЛОГА
КОЈИ СЕ ТИЧУ СПОСОБНОСТИ ЗАПОСЛЕНОГ

1. Утврђивање чињеница и констатовање разлога за отказ уговора о раду

1.1. Уводна разматрања

Да би радни однос престао на основу отказа неопходно је да послодавац утврди постојање оправданог разлога за отказ у посебном поступку, у којем предузима неопходне радње односно доноси одређене акте. Дакле, поред материјлноправних правила у чијем се средишту налази захтев за заштитом запослених од неоправданог отказа, незаобилазна су и процесноправна правила која, такође, доприносе заштити сигурности запослења. Отказни поступак усмерен је, најпре, на стварање услова за делотворно остваривање права запосленог на одбрану и спречавање неоправданог отказа уговора о раду, а, такође, доприноси и додатном преиспитивању послодавчеве одлуке о отказу.⁹⁵³

Правила отказног поступка углавном су заједничка свим отказним разлозима, уз мања одступања код појединих отказних разлога. Код престанка радног односа потребно је, наиме, разликовати три међусобно повезана момента: а) наступање основа, односно узрока за престанак радног односа; б) утврђивање основа и доношење одлуке у предвиђеном поступку; в) извршење одлуке о престанку радног односа, односно разрешење запосленог дужности. Сви ти моменти представљају правни механизам престанка радног односа⁹⁵⁴.

Такође, примера ради у шанском праву, сваки сукоб који настане на релацији послодавац – запослени каналише се кроз ефикасне механизме решавања сукоба. Ти механизми, слични претходно наведеним, подразумевају: а) да је за отказ уговора о раду неопходно имати праведни разлог за отказ (дакле, основ), б) затим, пролазак кроз законом предвиђени отказни поступак, те в) наступање свих оних последица за непоштовање законских норми. Од поменутих, у шанском праву акценат је на узроку отпуштања, који мора бити оправдан и представља кључни елемент за законитост

⁹⁵³ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 156.

⁹⁵⁴ Д. Р. Паравина, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 143.

отказа уговора о раду од стране послодавца.⁹⁵⁵ Сасвим логично, да бисмо говорили о отказу, најпре, је потребно да се уочи оправдани отказни разлог, односно да се констатује разлог за отказ. Један од оправданих разлога за отказ на иницијативу послодавца који се приписује запосленом је неостваривање просечних резултата рада, односно немање потребних знања и способности за обављање послова на којима запослени ради. Неостваривање резултата рада према унапред постојећим стандардима или одсуство потребних знања и способности, као отказне разлоге, утврђује послодавац у одговарајућем поступку. Најпре је неопходно да непосредни руководиоца запосленог или сам послодавац уоче постојање ових отказних разлога.

Сигурно је да ће се резултати рада које остварује запослени утврђивати, најпре, непосредним прегледом рада и резултатом рада, а, потом, и контролом квалитета и квантитета рада. За неоставривање резултата рада преко је потребно искључити све објективне околности које су у датом временском периоду директно или индиректно утицале на резултате рада (које, дакле, нису субјективна слабост запосленог попут болести, или кривице послодавца, као на пример неадекватан алат за рад, лош материјал, ненормални услови за рад).⁹⁵⁶ Неукост, као узрок немања потребних знања и способности, је неретко, како професор Ивошевић наводи, „видљива“ из авиона. Без обзира на то, и овај разлог мора бити утврђен. Послодавац то, најпре, чини на основу извештаја непосредног надређеног, односно руководиоца запосленог или другог организатора његовог рада, изјава запослених из истог дела процеса рада и података о празном учинку који служи за обраду зараде⁹⁵⁷, а, потом, је могуће и организовати комисију, која ће дати стручно мишљење. Послодавац није дужан да, као што је то био случај према претходном Закону о радним односима, накнадно води посебан поступак за утврђивање неспособности за рад запосленог, али је, свакако, дужан да у образложењу решења наведе на основу чега је утврдио да запослени нема способности за обављање послова на којима ради⁹⁵⁸.

Послодавац, дакле, може образовати комисију која ће утврдити знања и способности запосленог, а може исто утврдити и сам. Ако се образује комисија треба

⁹⁵⁵A. Alvarez del Cuvillo, *op. cit.*, стр. 9.

⁹⁵⁶Z. Crnić, Z. Momčilović, *op. cit.*, стр. 57.

⁹⁵⁷З. Ивошевић, “Отказ уговора о раду од стране послодавца”, у: Зоран Ивошевић (ур.), *Заштита права у области рада*, Београд, 2012, стр. 192.

⁹⁵⁸П. Михајловић, “Престанак радног односа по сили закона и отказом уговора о раду од стране послодавца”, *Правни живот*, бр. 3-4, 2004, стр. 174.

водити рачуна да чланови (пожељно би било да буде непаран број чланова) који ће вршити стручну процену треба да имају најмање исти степен и врсту стручне спреме као и запослени чија се знања и способности проверавају.⁹⁵⁹ Ова комисија требало би да донесе мишљење, односно закључак који ће послодавац искористити за образложење приликом одлучивања о престанку радног односа.

Било би пожељно дефинисати у ком поступку и на основу којих мерила се ови отказни разлози могу утврђивати као чињенице, јер би се на тај начин умањио ризик произвољног доношења одлуке и необјективног поступања, те би и заштита запослених била на вишем нивоу.

1.2. Рок застарелости

Рок застарелости јесте онај период у коме послодавац има могућност да откаже уговор о раду. Функција овог рока јесте, најпре, правна сигурност запосленог. Дакле, послодавац није неограничен у својој моћи раскидања уговора. Када сазна за чињенице, које представљају законом оправдани отказни разлог, послодавац има могућност да раскине уговор о раду. Али, то право није неограничено. Наиме, послодавац не може злоупотребљавати своје право да откаже уговор о раду и држати запосленог у неизвесности бесконачно дуго. Такође, протеком времена замислива је ситуација у којој би послодавац могао да уцењује радника „јер му је опростио“ изостанак резултата, и слично.

Рок застарелости има и другу функцију, а то је обезбеђивање временског периода који је потребан послодавцу да утврди одговарајуће чињенице. Дакле, управо ова функција оправдава трајање рока застарелости јер је потребно време да се утврде чињенице и обезбеде докази. Управо зато се рок застарелости најчешће предвиђа за оне законом утврђене и оправдане отказне разлоге код којих је потребно да послодавац утврди одређене чињенице, тј. чињенице које су разлог за отказ.

Код рока застарелости разликујемо два момента: онај који почиње да тече од момента сазнања за чињенице које представљају разлог за отказ, и онај који почиње да

⁹⁵⁹ П. Јовановић, *Радно право, op. cit.*, стр. 335-336.

тече од дана наступања тих чињеница.⁹⁶⁰ Према нашем позитивном праву, објективни рок износи годину дана, а субјективни шест месеци⁹⁶¹. Објективни рок почиње да тече од настанка чињеница које су разлог за давање отказа, а субјективни од дана сазнања за те чињенице. Овде се поставља питање када настају чињенице за које су основ отказног разлога неостваривања резултата рада, односно изостанка знања и способности. То би било оно време у коме запослени није остварио резултате рада, односно није показао знања и способности, али не рачунајући време које је претходило давању послодавчевих инструкција за рад. Оно што је претходило инструкцији јесте основ за давање упозорења и праћење рада запосленог, а изостанак резултата након инструкције јесте чињеница која запоследицу може имати отказ.⁹⁶²

Послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог и његово понашање и то ако не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради, те запосленом који својом кривицом учини повреду радне обавезе⁹⁶³ или не поштује радну дисциплину у року од шест месеци од дана сазнања за чињенице које су основ за давање отказа, односно у року од годину дана од дана наступања чињеница које су основ за давање отказа⁹⁶⁴. Послодавац може запосленом да откаже уговор о раду најкасније до истека рока застарелости за кривично дело утврђено законом, ако је правноснажно осуђен за кривично дело на раду или у вези са радом⁹⁶⁵. Ако је у питању радња продуженог трајања почетак рока застарелости се идентификује према времену предузимања или непредузимања задње радње извршења⁹⁶⁶.

⁹⁶⁰*Ibid.*, стр. 339-340.

⁹⁶¹“Отказ уговора о раду[...]послодавац може дати запосленом у року од 6 месеци од дана сазнања за чињеницекоје су основ за давање отказа, односно у року од годину дана од дана наступања чињеница које су основ за давање отказа”. Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017и 95/2018), члан 184.

⁹⁶²Б. Живковић, “Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла*op. cit.*, стр. 352.

⁹⁶³И то ако несавесно или немарно извршава радне обавезе; ако злоупотреби положај или прекорачи овлашћења; ако нецелисходно и неодговорно користи средства рада; ако не користи или ненаменски користи обезбеђена средства или опрему за личну заштиту на раду; ако учини другу повреду радне обавезе утврђену општим актом, односно уговором о раду.

⁹⁶⁴Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018)члан 184, у вези са чланом 179.

⁹⁶⁵Закон о раду "Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл.184 и 179. Врховни суд Србије заузео је став да само правоснажна осуђујућа кривична пресуда представља ваљани отказни разлог и да се послодавац тек по правоснажности одлуке може позвати на овај отказни разлог. Пресуда Врховног суда Србије број Рев I 393/2006, од 19.09.2006.године.

⁹⁶⁶Пресуда Врховног суда Србије број Рев II 1083/05 од 01.09.2005. године.

1.3. Упозорење пред отказ

Напред смо већ рекли да је наш законодавац заштитио запосленог који не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности, на тај начин што не допушта отказ уговора о раду иако постоји недостатак у вези са радом запосленог без претходног упозорења. Послодавац може запосленом (који не остварује резултате рада, односно нема потребна знања или способности) да откаже уговор о раду или изрекне неку другу меру,⁹⁶⁷ али само ако му је претходно дао писано обавештење у вези са недостацима у његовом раду, упутствима и примереним роком за побољшање рада, а запослени не побољша рад у остављеном року⁹⁶⁸. Дакле, законодавац, налаже послодавцу да, по утврђеном недостатку, писмено упозори радника на постојање недостатка, затим да му изда упутства за отклањање недостатака, односно да му да упутства како би побољшао рад и да му остави адекватан рок за унапређење рада. Сврха упозорења не исцрпљује се са предње наведеним. Оно, такође, служи да запосленом омогући одбрану, уколико против њега буде покренут поступак.⁹⁶⁹

Упозорење пред отказ јесте инструмент права на одбрану запосленог. У складу са законом, послодавац не може отказати уговор о раду пре него што писменим путем упозори запосленог на постојање разлога за отказ и остави му рок од најмање осам радних дана како би се изјаснио на наводе из упозорења. У упозорењу, послодавац је дужан да наведе основ, чињенице и доказе који указују на то да су се стекли услови за отказ, као и рок у коме запослени може дати одговор на упозорење⁹⁷⁰.

У складу са међународним стандардима, да би послодавац отказао уговор о раду због отказног разлога који се тиче способности запосленог неопходно је да претходно писмено упозори запосленог о неостваривању предвиђених резултатат, уз остављање

⁹⁶⁷Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 179а.

⁹⁶⁸Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 180а. Исто предвиђа и Препорука МОП бр. 166 „Радни однос неће престати [...] сем ако послодавац не да раднику одговарајуће инструкције и писмено упозорење а радник и даље настави да обавља дужност на незадовољавајући начин у оквиру рока одређеног за побољшање.“

⁹⁶⁹П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 340.

⁹⁷⁰Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 180.

рока за побољшање радног учинка⁹⁷¹. Упозорење се, дакле, даје у писаној форми, баш као и отказ. Оно, такође, мора садржати основ за давање отказа, чињенице и доказе на којима се темељи основ за давање отказа, као и рок за давање одговора на упозорење.

Уколико је реч о лакшим повредама радне обавезе или непоштовању радне дисциплине, односно ако постоје било какве олакшавајуће околности, послодавац ће у упозорењу навести да ће се уговор о раду раскинути уколико запослени понови исту повреду, без претходног упозорења⁹⁷². Дакле, и код упозорења имамо учињену повреду, међутим та повреда није довољно тешка да би резултирала отказом. Упозорење се доставља и синдикату, а синдикат има обавезу да у року пет радних дана да своје мишљење.

И међународни радни стандарди предвиђају један вид заштите запосленог код намераваног отказа од послодавца и то, кроз право запосленог на одбрану. Према схватању професора Лубарде, овај међународни стандард наш законодавац конкретизује, управо, кроз упозорење, јер не само да у додатном року запослени има право на одбрану, већ и прилику да уочене недостатке у раду отклони. Свакако, право на одбрану постоји и пре редовног и ванредног отказа, осим у случају специфичних околности због којих није оправдано то очекивати од послодавца.⁹⁷³

С друге стране, у Аустралији, послодавац не може отказати уговор о раду запосленом (из личних разлога на страни запосленог, понашања или знања и способности) ако му претходно није омогућио да се брани (осим ако то није неразумно очекивати).⁹⁷⁴ Сврха упозорења јесте право на одбрану. Упозорењем се запослени позива на одговорност, али му се у упозорењу наводи постојање отказних разлога околности и чињенице за добијање отказа, а све у циљу да би се запослени могао спремити за одбрану⁹⁷⁵. У Финској и Луксембургу послодавац мора организовати саслушање запосленог, док је на Исланду послодавац у обавези од 2008. године да запосленог обавести о разлозима отказа, који морају бити „покривени“ колективним уговором за одговарајући сектор.⁹⁷⁶ Да значај упозорења није занемарљив ни за послодавце, истичу и шпански теоретичари, који не само да истичу значај упозорења

⁹⁷¹L. Betten., *op. cit.*, стр. 225-227.

⁹⁷²С. Новаковић, *op. cit.*, стр. 118.

⁹⁷³Б. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 745.

⁹⁷⁴*Protection against unjustified dismissal*, *op. cit.*, стр. 66.

⁹⁷⁵Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перих, *Дисциплинска одговорност запослених*, Ниш, 2016, стр. 99.

⁹⁷⁶*Dismissal, particularly for business reasons and employment protection*, *op. cit.*, стр. 20.

због свега предњег већ указују и на чињеницу да уколико дође до судског поступка послодавац може упозорење истицати као доказ у своју одбрану⁹⁷⁷. У Великој Британији запослени који су у радном односу дуже од годину дана код једног послодавца имају право на писмено упозорење пред отказ у дисциплинском поступку. У Данском праву упозорење је регулисано колективним уговорима, док је у Италији и Финској предвиђена фаза мирења уместо упозорења пред отказ.⁹⁷⁸

С друге стране, у нашем праву, код отказивања уговора о раду запосленом у васпитним и образовним установама предвиђено је да упозорење садржи основ за давање отказа уговора о раду, чињенице и доказе на којима је поткрепљен основ, као и рок за давање одговора на упозорење.⁹⁷⁹

Када постоје олакшавајуће околности у упозорењу се може навести да ће запослени добити отказ уколико учини исту или сличну повреду а без поновног упозорења. Поставља се питање дужине трајања оваквог упозорења. Неки аутори сматрају да би рокове из упозорња требало изједначити са роковима застарелости отказног рока (дакле шест месеци, односно годину дана)⁹⁸⁰.

У правном закључку грађанског одељења Врховног суда Србије заузет је став да форма упозорења о постојању разлога за отказ није прописана као предуслов пуноважности отказа, већ је одлучујуће да ли је запослени упозорен на постојање разлога за отказ, те да ли му је дато да се о томе изјасни и да ли му је омогућено право на одбрану.⁹⁸¹ Врховни суд заузео је став да послодавац може отказати уговор о раду, ако запослени и после датих инструкција и остављеног рока настави да обавља посао на незадовољавајући начин⁹⁸².

⁹⁷⁷ Р. Gimeno Diaz de Atauri, *op. cit.*, стр. 39.

⁹⁷⁸ *Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union*, стр. 128.

⁹⁷⁹ С. Мартиновић, "Престанак радног односа запосленог у установи за образовање и васпитање", *Правни живот*, број 12/2008, стр. 546.

⁹⁸⁰ Б. Живановић, „Радни однос на одређено време“, *Радно и социјално право*, број 1/2013, стр. 129.

⁹⁸¹ Б. Чолић, *op. cit.*, стр. 291. Истина, овде се говори о упозорењу на постојање дисциплинских разлога за отказ, али се аналогно може применити и на наше отказне разлоге.

⁹⁸² Б. А. Лубарда, *Увод у радно право*, Београд, 2013, стр. 295.

2. Одлучивање о отказу

2.1. Одлучивање о отказу као апсолутно право послодавца

Радни однос предствља сусрет слободе предузетништва и слободе рада.⁹⁸³ Послодавац, као власник средстава за рад управља радом и резултатима рада по основу овлашћења која има као титулар права својине, јер то право подразумева овлашћење коришћења, управљања и располагања објектом својине.⁹⁸⁴ Својинска и управљачка овлашћења су разлог због кога се сматра да је послодавац више од уговорне стране, тј. да је природни законодавац у предузећу.⁹⁸⁵ Власник средстава, сасвим логично, има право да располаже средствима за рад и води предузеће, у складу са својим економским интересима,⁹⁸⁶ те да ангажује раднике који ће ефикасно радити, а да се „реши“ запослених који су му на терету.⁹⁸⁷ Слобода предузетништва подразумева, дакле, слободу сваког лица да обавља слободну изабрану активност, што укључује и могућност управљања предузећем по својој вољи, слободу избора сарадника, слободу закључења уговора, слободу раскида уговора. Послодавчево право да иницира престанак радног односа, осим што представља битан елемент његове слободе уговарања и слободе предузетништва, представља и битан елемент његове управљачке власти. Управљачка овлашћења послодавца и његова одговорност за правилан рад предузећа подразумевају, наиме, доношење одлука од значаја за добро функционисање предузећа, укључујући и одлуке о отказу уговора о раду⁹⁸⁸. Послодавац има, дакле, право да раскине уговор о раду и, по правилу, ово право користи у складу са економским и производним интересима. То значи да послодавац приликом отказа не злоупотребљава своје право на раскид уговора, већ о отказу одлучује рационално и селективно а не само зато што на то има право.⁹⁸⁹ Лимити сваке послодавчеве власти, па и његовог овлашћења да иницира престанак радног односа, морају бити праведни, легални и легитимни.⁹⁹⁰

⁹⁸³Б. Шундерић, Љ.Ковачевић, *op. cit.*, стр. 355.

⁹⁸⁴П. П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 137.

⁹⁸⁵Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр.135.

⁹⁸⁶В. Брајић, „Слобода воље у радним односима“, *op. cit.*, стр. 817.

⁹⁸⁷В. Вучковић, „Престанак радног односа“, *op. cit.*, стр. 174.

⁹⁸⁸Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 54, 143.

⁹⁸⁹М. Миљковић, *op. cit.* стр. 61.

⁹⁹⁰П. Јовановић, „Интересна обележја радног односа“, *op. cit.*, стр. 23-24.

У борби правне субординације и добровољности, као битних елемената радног односа, долази до баланса који називамо хијерархија. Успостављање хијерархијског односа између руководства и запослених у процесу рада је једно од основних обележја уговора о раду и неизбежно је у радним срединама.⁹⁹¹ Суштинско обележје правне субординације огледа се у нормативној, управљачкој, и дисциплинској власти послодавца, односно у подређивању запосленог овим послодавчевим овлашћењима.⁹⁹² Управљачка власт послодавца је најјаснији показатељ правне субординације послодавца, јер у себи садржи функционалну активност послодавца⁹⁹³. Поред фактичке власти, испољене у економској доминацији, послодавцу, наиме, припада и правом признато овлашћење за организацију и усмеравање рада.⁹⁹⁴ Управљачка власт, дакле, претпоставља право на организацију рада, а, у ширем смислу, обухвата и нормативну власт (на основу које послодавац доноси акте којима касније „управља“ предузећем али и радом запослених) и дисциплинску власт (на основу које кажњава запослене када не поштују одлуке послодавца).⁹⁹⁵ Нормативна власт, као допуна и гаранција управљачке власти послодавца подразумева његово право да ствара норме којима уређује радни однос, односно права, обавезе и одговорности из радног односа. Уређивање права, обавеза и одговорности из радног односа на овај начин јесте атипичан начин регулисања радног односа, будући да чињеница да субјекти радног односа нису равноправни и јача положај економски доминантне стране.⁹⁹⁶ Дисциплинска власт је овлашћење послодавца да изриче санкције запосленима који учине повреду радних обавеза, или не поштују радну дисциплину односно правила радног реда. Као и нормативна, гаранција је и допуна управљачке власти послодавца и представља њену последицу за случај да се не поштују одлуке послодавца.⁹⁹⁷ Правила о дисциплинској одговорности усмерена су на кажњавање и корекцију понашања запослених који угрожавају функционисање одређене радне средине, док у случају најтежих повреда радних обавеза, омогућавају отпуштање запосленог чије је понашање такво да не може да настави са радом у одређеној радној средини. Дисциплинско кажњавање је много

⁹⁹¹В. М. Догадов, А. С. Пашков, Ф. М. Левиант, А. М. Кузнецов и други, *op. cit.*, стр. 104.

⁹⁹²J. Rivero, J. Savatier *op. cit.*, стр. 95.

⁹⁹³А. Jeammaud, А. Lyon - Sean, *op. cit.*, стр. 56-57.

⁹⁹⁴Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 118-120.

⁹⁹⁵J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 257.

⁹⁹⁶П. Јовановић, „Отворена питања у праву и пракси колективног преговарања и социјалног дијалога“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2010, стр. 433.

⁹⁹⁷J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 257.

делотворније од општих механизма облигационог права, односно кажњавања за непоштовање уговора. Ово тим пре што омогућава постепено, тј. градацијско кажњавање запослених, од лакших ка тежим дисциплинским мерама. У хијерархији дисциплинских мера, отказ заузима највише место, односно отказ је *ultima ratio*. Градацијско кажњавање је својеврсна предност у односу на отказ, као одговор за непоштовање обавеза уговора, односно основних обавеза и дужности запослених.⁹⁹⁸ Из наведеног произилази да послодавац, управо, на темељу правне субординације има право да отпусти запосленог, али и да то право рационално користи по принципу давања шанси блажим у односу на теже мере и, наравно, увек у складу са законом и ценећи све околности сваког конкретног случаја (индивидуализација дисциплинске мере).

Ако послодавац утврди да запослени неостварује резултате рада или нема потребна занања и способности може да му откаже уговор о раду,⁹⁹⁹ и, према нашем позитивном решењу, то јесте апсолутно право послодавца. Негативно одређено, наше право не познаје партиципацију запослених приликом одлучивања о отказу. Уколико је запослени члан синдиката послодавац је, до измена Закона о раду из 2014. године морао да тражи мишљење синдиката, али га то мишљење ни на који начин није обавезивало, нити ограничавало. У складу са изменама Закона о раду од 2014. године, запослени може, уколико жели, уз своју изјаву, приложити и мишљење синдиката, које ће послодавац “размотрити”¹⁰⁰⁰.

Послодавац по правилу своју одлуку доноси у писаној форми, међутим страна права познају другачија решења. Тако, примера ради, Белгија и Шведска немају законодавних решења о форми отказа, док се обавезна писмена форма среће у Великој Британији, али само за случај отказа из економских разлога.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁸Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, *op. cit.*, стр. 143-148.

⁹⁹⁹П. Михајловић, “Престанак радног односа по сили закона и отказом уговора о раду од стране послодавца”, *op. cit.* стр. 174.

¹⁰⁰⁰Закон о раду (“Службени гласник Републике Србије” број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 181.

¹⁰⁰¹*Termination of employment relationships, op. cit.*, стр. 128.

2.2. Партиципација запослених у одлучивању о отказу

Наше позитивно право познаје право на информисање и консултовање као вид партиципације запослених у одлучивању послодавца. С тим у вези, послодавац има обавезу да представницима запослених преноси потребне податке, како би могли да се упознају са одређеним питањем, а, затим, да то питање и разматрају¹⁰⁰². С друге стране, консултовање омогућава запосленима да, са послодавцем размењују идеје, мишљења и предлоге, те да дискутују о битним питањима, па и питањима од значаја за очување запослења. Уколико постоји обавеза консултовања радничких представника (као, на пример, у Француској или Немачкој) свака одлука донета без консултације запослених биће неважећа. Информисање и консултовање запослених доприносе доношењу правичне одлуке јер се у току овог поступка објашњавају и супротстављају легитимни ставови¹⁰⁰³. Међутим, мишљење и консултовање није обавезујуће, те то у пракси нема велике важности, јер ће послодавац донети одлуку какву жели.

Према нашем законодавству, иако је до 2014. године, било обавезно прибављање мишљења синдиката о отказу, судска пракса није усвојила ово решење као апсолутно обавезно, те отказе донете супротно наведеној обавези судови, чини се погрешно, нису сматрали незаконитим. С друге стране, према важећем Закону о раду не постоји обавеза консултовања синдиката о отказу, већ запослени може, уколико то жели, да уз своју изјаву приложи и мишљење синдиката, које ће послодавац “размотрити”.

У позитивном законодавству када је реч о мишљењу синдиката у току отказног поступка, акценат је на запосленом који може да приложи мишљење синдиката. Запослени уз изјашњење на наводе о постојању оправданих разлога за отказ сам прибавља и доставља мишљење синдиката. Уколико га приложи, послодавац је дужан да размотри достављено мишљење и узме га у обзир приликом одлучивања о престанку радног односа. Измена ове одредбе, и ослобађање послодавца да упозорење о постојању разлога за отказ достави синдикату чији је запослени члан, у потпуности је усаглашено са постојећом судском праксом, јер ни до измене судови нису поништавали

¹⁰⁰²Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, ор. cit.*, стр. 163.

¹⁰⁰³*Ibid.*, стр. 164.

решење о отказу због недостављања овог упозорења синдикату, закључујући да послодавац није везан овим мишљењем.¹⁰⁰⁴

Закон о раду, дакле, не предвиђа довољан простор за партиципацију, за разлику од упоредног права. У упоредном праву се, по правилу, прави разлика у погледу партиципације, у зависности од тога да ли се ради о поступку за случај редовног или поступку за случај ванредног отказа. У немачком и хрватском праву се, тако, предвиђа да је послодавац дужан да о намераваном отказу обавести савет запослених, који има рок од осам дана у случају редовног, или пет дана у случају ванредног отказа да достави мишљење о намераваном отказу. Савет запослених може да изрази своје противљење отказу, ако сматра да послодавац нема оправдан разлог или да није спроведен поступак отказивања предвиђен законом. Уколико савет запослених истакне своје противљење у писаном облику, послодавац који је отказао уговор уз отказни рок је дужан на противљење савета запослених достави запосленом, што запосленом може да олакша стратегију одбране у радном спору пред судом. Поред тога, противљење савета омогућава отпуштеном раднику да остане у радном односу код послодавца до правоснажног окончања радног спора. Само ако послодавац успе да докаже да би то представљало неподношљив економски терет, може ускратити наставак рада током трајања судског спора.

Осим тога, Врховни суд Републике Хрватске заузео је став да, када послодавац обавести савет запослених о намераваном ванредном отказу уговора о раду, а он се изричито, писмено неуспротиви отказу, већ усмено да сагласност за отказ, уз предлог да, уместо ванредног отказа, закључи са запосленим споразум о престанку радног односа, не може се применити законска презумпција о сагласности са отказом. Тиме што је савет запослених, наиме, предложио да се закључи споразум о престанку радног односа, тј. сматра се да није дата сагласност за отказ уговора од стране послодавца.¹⁰⁰⁵

С друге стране, у упоредном службеничком праву за питање партиципације у заштити од отказа радног односа у јавном сектору важну улогу има савет особља, како у погледу редовног, тако и у погледу ванредног отказа (аналогно улози савета

¹⁰⁰⁴С. Ковачевић Перић "Улога синдиката у поступку отказа уговора о раду", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 86/2020, стр. 134.

¹⁰⁰⁵Г. Стмић, *op. cit.*, стр. 135-138. Више о учешћу савјета радника у позитивном праву Хрватске, али и Босне и Херцеговине погледати у Ж. Миријанић, "Савјет радника као предмет законског уређивања", *Радно и социјално право*, број 2/2015, стр. 33-36.

запослених у општем режиму отказа од стране послодавца).¹⁰⁰⁶ У Немачкој и Аустрији, приликом отказа уговора о раду, неизбежна је акција синдиката или радничких представника. У Аустрији, на пример, запослени не штити сам своја права пред судом, већ то уместо њега чини савет запослених. Тек након што савет евентуално одбије да помогне запосленом, он лично може покренути поступак за заштиту права¹⁰⁰⁷. Овакво решење могло би се критиковати са становишта онемогућавања приступа суду. Партиципација запослених приликом доношења одлуке о отказу предвиђа се и у Португалу и Шпанији,¹⁰⁰⁸ а ако се отказ даје члану синдиката онда и у Бугарској, Русији и Финској.¹⁰⁰⁹

2.3. Одлука о отказу уговора о раду

Послодавчева одлука о престанку радног односа материјализује се доношењем решења. Према нашем позитивном законодавству писмена форма решења о престанку радног односа је обавезна. И у упоредном праву је правило да је писмена форма отказа обавезна (Белгија, Бугарска, Кипар, Грчка, Литванија, Мађарска, Румунија, Словачка, Француска, Чешка). Занимљиво је да у Немачкој отказ може бити дат у електронској форми, путем мејла, док се у Естонији предвиђа да може бити само репродукован у писмену форму. У Луксембургу, усмени отказ производи дејство, али ствара ситуацију „формалног недостатка“, тј. запослени којем је отказ дат из оправданог разлога усмено, иако отказ производи правно дејство, има право на накнаду штете у висини једне месечне зараде.¹⁰¹⁰

Након што наступи разлог за отказ, неопходно је да га послодавац констатује, а потом и да донесе одговарајући акт о престанку радног односа односно уговора о раду. Реч је о конститутивном акту, којим се, одређеном лицу, одузима својство запосленог и то непосредно на основу самог акта којим је испитано односно оцењено да је наступио

¹⁰⁰⁶Б. А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 747.

¹⁰⁰⁷*Protection against unjustified dismissal*, *op. cit.*, стр. 69.

¹⁰⁰⁸*Termination of employment relationships*, *op. cit.*, стр. 128.

¹⁰⁰⁹*Protection against unjustified dismissal*, *op. cit.*, стр. 70.

¹⁰¹⁰*Dismissal, particularly for business reasons and Employment Protection*, *op. cit.*, стр. 20.

разлог за престанак радног односа.¹⁰¹¹ Наш законодавац, притом, предвиђа да се отказ доноси у форми решења, у писаном облику и да овај појединачни правни акт мора обавезно садржати образложење и поуку о правном леку.¹⁰¹² Овде постоји правна празнина. Верујемо, наиме, да се аналогно Закону о парничном поступку, који одређује садржај судске одлуке (пресуде или решења), или Закона о управном поступку, који уређује садржај одлуке управног органа (решења, закључка и сл.) могао одредити облик решења отказа уговора о раду. У пракси најчешће тако и изгледају, те дакле одлука о отказу садржи увод, изреку, образложење и поуку о правном леку.

Увод одлуке о отказу уговора о раду, сходно Закону о управном поступку¹⁰¹³ садржи назив и адресу органа који доноси решење и позивање на пропис о његовој надлежности, број и датум решења, лично име или назив странке и њених заступника, и њихово пребивалиште или седиште, те кратко назначење предмета. Ако решење не доноси руководилац, већ овлашћено службено лице, онда увод садржи и име лица које доноси одлуку о отказу уговора о раду и правни основ овлашћења.

У диспозитиву решења треба да стоји да се отказује уговор о раду и број уговора, као и датум закључења уговора о раду, те датум престанка радног односа.¹⁰¹⁴

Образложење мора да буде разумљиво и да садржи кратко излагање захтева странке, чињенично стање и доказе на основу који је оно утврђено, разлоге који су били одлучујући код оцене сваког доказа на основу којих је утврђено чињенично стање, меродавне прописе и разлоге који упућују на одлуке из диспозитива и зашто није уважен неки захтев или предлог.¹⁰¹⁵ Што се тиче отказног разлога неостваривања резултата рада и одсуства знања и способности, неопходно је да послодавац у образложењу наведе на основу чега је утврдио да запослени нема знања и способности,

¹⁰¹¹S. Dedić, J.Građašević Sijerčić, *op. cit.*, стр. 346-347. Акт о престанку радног односа односно о раскиду уговора о раду има деклараторни значај уколико само утврђује наступање извесних чињеница, односно узрока наведених у правном пропису на основу којих непосредно престаје радни однос. у питању је само констатовање да је одређени основ или узрок из правног основа наступио и да због тога мора престати радни однос однос но да се мора раскинути уговор о раду. У овим случајевима нема места за било какво испитивање и утврђивање а собзиром да се мора доделити акт о престанку радног односа. Ти се случајеви означавају као престанак радног односа по сили закона.

¹⁰¹²Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 185.

¹⁰¹³Закон о општем управном поступку („Службени гласник Републике Србије“ број 18/2016), члан 141.

¹⁰¹⁴Б. Живковић, „Решење о престанку радног односа и отказ уговора о раду“, *Билтен Врховног касационог суда Србије*, број 3/2013, стр. 123.

¹⁰¹⁵Закон о општем управном поступку („Службени гласник Републике Србије“ број 18/2016), члан 141.

односно на основу чега је утврдио да изостаје резултат рада,¹⁰¹⁶ што значи да не би било довољно само паушално навођење да запослени не остварује резултате рада, односно да нема знања и способности. Навођење разлога за отказ, уз конкретизовање чињеница које су довеле до отказа уговора о раду, предвиђа се и у Бугарској, Чешкој и Словачкој.¹⁰¹⁷

Дакле, решење о отказу треба да садржи увод, изреку, образложење и поуку о правном леку. Ипак, Закон о раду није одредио шта би сваки од ових делова решења о отказу требало да садржи. Та питања разрешава пракса. Тако, у складу са судским одлукама, изрека решења могла би да се сведе на констатовање да запослени добија отказ из неког од законом предвиђених оправданих разлога, док би у образложењу детаљно требало описати о ком је оправданом законском разлогу реч, које чињенице су утврђене и које се подводе под конкретни отказни разлог, те, по потреби, како је утврђен тај разлог, који су докази изведени и слично¹⁰¹⁸.

Решење о отказу мора садржати онај отказни разлог који је наведен у упозорењу. Суд ће поништити решење о отказу чак и када се утврди да је запослени учинио повреду радне обавезе, али да то није радна обавеза наведена у упозорењу.¹⁰¹⁹ Дакле, ако се ради о различитим повредама, неопходно је да послодавац поново упозори запосленог, јер се упозорење на један отказни разлог не може проширити на други, већ се за сваку повреду мора издати ново упозорење.

Битно је истаћи и то да није довољно у образложењу решења навести да запослени не остварује резултате рада, односно да нема знања и способности, већ да је неопходно навести чињенице из којих произилази такав закључак. У супротном, паушално образложено решење биће незаконито. Тај став заузео је и Врховни суд Србије: „Нижестепени судови су закључили да је оспорено решење незаконито, јер не садржи ни један конкретни разлог због чега је тужилци престао радни однос, нити друге околности које би представљале оправдани разлог за отказ уговора о раду [...]

¹⁰¹⁶П. Михајловић, “Престанак радног односа по сили закона и отказом уговора о раду од стране послодавца”, *op. cit.*, стр. 174.

¹⁰¹⁷*Dismissal, particularly for business reasons and Employment Protection, op. cit.*, стр. 21.

¹⁰¹⁸„То што изрека решења садржи само уопштено навођење повреда радних обавеза, ако образложење решења садржи детаљан опис, не чини отказ незаконитим“ (Врховни суд Србије, Рев II 125/08 од 21.05.2008. године). То што решење о отказу не садржи образложење и поуку о правном леку, ако је било могуће идентификовати чињенични опис и применити отказни разлог, не чини решење незаконитим (Врховни касациони суд Рев 2 389/2013 од 27.јуна 2013. године).

¹⁰¹⁹В. Марковић, *op. cit.*, стр. 99.

послодавац може дати отказ запосленом, ако утврди да не остварује резултате рада. Резултати рада процењују се на основу радног учинка, а он се утврђује на основу норматива и стандарда рада, као и другим критеријумима одређеним општим актом. Међутим, послодавац, пре примене овог отказног разлога, мора поуздано утврдити да запослени не остварује предвиђене резултате и они морају бити конкретизовани.¹⁰²⁰

Отказни разлог, као саставни део одлуке о отказу, предвиђен је и у страним правима, готово без изузетка, али у зависности од отказног разлога и тога да ли отказ даје запослени или послодавац. По правилу, када отказ даје послодавац, писмена форма је обавезна. Послодавац може да да отказ запосленом без навођења разлога за отказ у Ирској, Италији, Линхенштајну, Луксембургу, Норвешкој, Уједињеном Краљевству и Холандији. Послодавац, у овом случају, једино ако запослени то захтева, мора да наведе отказни разлог. У таквим околностима, по захтеву запосленог, у Италији, послодавац мора у року од 15 дана писмено образложи отказ, док на пример у Ирској, писмено образложени отказ запосленом мора се дати у року од једног дана.¹⁰²¹ У појединим државама писмена форма отказа није неопходна и то је случај да Аустријом, Малтом и Немачком.¹⁰²² Ако се уговор о раду раскида по захтеву запосленог онда је обавезна писмена форма, са навођењем разлога у Ирској, Луксембургу, Финској и Шведској.¹⁰²³

Одлука може имати конститутивни (што је правило за отказ уговора о раду због неостваривања резултата рада, или непоседовања знања и/или способности) или деклараторни карактер. Конститутивни карактер одлуке значи да се одлуком утврђује основ за престанак радног односа. Само код појединих случајева престанка радног односа одлука има деклараторни карактер. То су они случајеви код којих одлука о престанку радног односа може да изостане, а да ипак дође до престанка радног односа. Такав је престанак радног односа *ex lege*.¹⁰²⁴ На пример, радни однос уговорен на одређено време, или радни однос заснован са приправником, престају истеком времена

¹⁰²⁰Пресуда Врховног суда Србије Рев. I . 742/06 од 24.05.2006. године, наведено према Б. Живковић, “Отказ уговора о раду због незадовољавајућег вршења посла”, *op. cit.*, стр. 355.

¹⁰²¹*Dismissal, particularly for business reasons and employment protection, op. cit.*, стр. 21.

¹⁰²²*Ibidem.*

¹⁰²³*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, op. cit.*, стр. 1130.

¹⁰²⁴Тада радни однос у овим случајевима престаје из разлога, на начин и даном одређеним у закону, независно и од воље запосленог и од воље послодавца, те уколико се одлука и доноси она може имати само декларативни карактер (декларише – потврђује разлог, начин и дан престанка радног односа). П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 476-480.

на који су засновани, односно наступањем раскидног услова. Тако, на пример, у случају негативног исхода пробног рада, ако је у уговор унета клаузула о пробном раду, престанак радног односа није условљен доношењем било какве одлуке, а свака донета одлука о престанку била би строго декларативног карактера.¹⁰²⁵

Практични значај разликовања карактера одлука јесте у њиховом деловању. Наиме, конститутивна одлука делује за убудуће, *ex nunc*, јер гаси постојећи радноправни однос. Супротно, декларативним одлукама се само констатује већ постојеће стање престанка радног односа. На пример, радни однос запосленом код кога је утврђен губитак радне способности престаје даном достављања правоснажног решења којим је утврђен губитак радне способности послодавцу. Одлука послодавца о престанку радног односа из овог разлога доноси се наравно накнадно и делује ретроактивно, *ex tunc*. Такође, када запослени иницира престанак радног односа, решење о отказу има само декларативан карактер јер писмена изјава запосленог делује од дана достављања послодавцу.¹⁰²⁶

По правилу, дан доношења одлуке не поклапа се са даном разрешења дужности. Разрешење дужности је, заправо, начин извршавања одлуке о престанку радног односа, па, по природи ствари, следи тек иза донете одлуке.¹⁰²⁷ Да би се одлука извршила неопходно је да, најпре, буде саопштена запосленику, што нас доводи до правила о достављању решења о отказу. Дакле, одлука послодавца „конституише“ престанак радног односа, уз услов њеног достављања запосленом, и без разрешења запосленог (запослени одбија да прими одлуку и да буде разрешен – „уручивање“ одлуке путем њеног објављивања на огласној табли послодавца), али разрешење без одговарајуће одлуке не може да доведе до престанка радног односа.¹⁰²⁸

¹⁰²⁵Р. Урошевић, „Одлука послодавца о престанку радног односа“, *Право и привада*, бр. 5-8/2008, стр. 1039-1043.

¹⁰²⁶Такав став заузео је, између осталог, и Апелациони суд у Крагујевцу, одлука Гж1 1000/2011, наведено у В. Марковић, *op. cit.*, стр. 17.

¹⁰²⁷Д. Р. Паравина, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 143.

¹⁰²⁸П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 476-480.

2.4. Достављање решења о отказу

У законодавству, теорији и пракси се уобичајено раздвајају два тренутка, дан доношења одлуке о престанку радног односа и дана престанка радног односа, односно дан разрешења запосленог од дужности. Фактички престанак радног односа/дужности нужна је последица извршења акта о престанку радног односа. Зато се и прави разлика између акта којим се утврђује престанак радног односа и момента његовог престанка.¹⁰²⁹ Од дана доношења одлуке до дана престанка радног односа проћиће по правилу, и дужи период од отказног рока, јер отказни рок тече од дана достављања одлуке, што, даље, значи да од момента доношења одлуке пролази период који је потребан за њено достављање и период отказног рока. У целом овом периоду, раднику теку права из радног односа. С друге стране у посебном режиму радних односа државних службеника радни однос престаје кад решење о отказу постане коначно.¹⁰³⁰

Како законодавац предвиђа обавезну писану форму отказа, јасно је да послодавчева одлука о престанку радног односа не може бити само усмено саопштена, односно таква одлука неће производити дејство. Одлука мора бити написана, те, као таква, и уручена запосленом. Правила о достављању писмена о отказу не разликују се пуно од правила достављања писмена у грађанском или управном поступку.

Послодавац, најпре, мора покушати да достави одлуку о отказу запосленом лично, било у просторијама послодавца, било на адресу пребивалишта или боравишта запосленог. Свакако, могуће је да ће запослени избегавати пријем писмена, те, у случају да послодавац не може да достави запосленом решење лично, о томе ће сачинити службену белешку, опет наравно писмено. У том случају, решење о отказу се објављује на огласној табли послодавца, и по истеку осам дана од дана објављивања решење ће се сматрати достављеним. Даном достављања решења (односно даном када се сматра да је решење достављено) запосленом престаје радни однос.¹⁰³¹

¹⁰²⁹ S. Dedić, J. Gradašćević Sijerčić, *op. cit.*, стр. 347.

¹⁰³⁰ Б. А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 747.

¹⁰³¹ Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 185.

У случају немогућности достављања решења, о томе се мора сачинити забелешка, и потом ће се решење објавити на огласној табли, која мора бити доступна запосленом. Тако, примера ради, одлука која је била окачена у време штрајка на огласној табли у предузећу, која, због штрајка, запосленима није доступна, не може се сматрати достављеном.¹⁰³²

У пракси се поставило и питање како доставити решење о отказу запосленом који користи тзв. боловање. Министарство рада је у вези с тим дало мишљење да наступање привремене спречености запосленог за рад услед болести не одлаже престанак радног односа, ако су се за то стекли услови.¹⁰³³

С друге стране, у упоредном праву постоје специфична решења о достављању. Тако, на пример, у Белгији, Луксембургу и Француској послодавац мора искористити два предвиђена начина достављања: препорученом пошиљком и путем курира.¹⁰³⁴

У нашем праву, радни однос престаје даном достављања решења о отказу осим ако законом или решењем није одређен други рок. По пријему решења, запослени се мора изјаснити да ли ће евентуални спор решавати пред арбитром и то обавештење мора бити дато у писаној форми¹⁰³⁵. На крају овог поступка, долази разрешење од дужности, као фактички чин који, по схватању већине аутора, нема правни значај. Међутим, постоје и мишљења, по којима разрешење има правно и конститутивно значење. Ти аутори, наиме, сматрају да код заснивања и престанка радног односа важе исти принципи, те уколико на бази тих принципа радни однос настаје ступањем на рад – морало би и да престаје разрешењем са рада. Ово схватање, сматра професор Јовановић, трпи критику, јер, иако код заснивања радног односа и код његовог престанка, у суштини, важе исти принципи – право на рад и слобода рада, треба правити разлику код њихове конкретне реализације у једном, односно другом случају. Ступање на рад код заснивања радног односа јесте уговорено право и обавеза онога ко ступа на рад, тј. везано је за вољу изабраног кандидата за заснивање радног односа (као потписника уговора о раду), док разрешење са рада код престанка радног односа није само право запосленог (случај престанка радног односа по његовој вољи), него и

¹⁰³²В. Марковић, *op. cit.*, стр. 103.

¹⁰³³*Ibid.*, стр. 104.

¹⁰³⁴*Dismissal, particularly for business reasons and Employment Protection, op. cit.*, стр. 19.

¹⁰³⁵Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 185.

обавеза чије постојање није везано за његову вољу, већ за вољу послодавца или законодавца (случајеви престанка радног односа на основу одлуке послодавца, или по сили закона). Будући да је воља послодавца, односно законодавца, изворно садржана у одлуци о престанку радног односа или у закону (када радни однос престаје по сили закона) онда се одлуци или одређеној одредби закона даје изворни конститутивни правни значај и дејство. То, коначно, значи да је разрешење практична последица правног дејства одлуке, односно закона, а не услов њиховог правног дејства.¹⁰³⁶

3. Отказни рок

3.1. Појам отказног рока

Отказни рок једно је од специфичности радног права. У складу са основним људским правима и слободама, нико не може бити принуђен да буде у било каквој међусобној вези, па ни у радноправној. Свака страна радног односа по својој жељи може из њега изаћи уз једно ограничење – поштовање отказног рока. Као право, отказни рок, није одувек био гарантован законом. Најпре се право на отказни рок признавало обичајима, а затим колективним уговорима. Тек од средине двадесетог века ово право признаје се законом¹⁰³⁷.

Отказни рок је временско раздобље које мора да протекне од дана када једна страна (која отказује) саопшти своју вољу другој страни (којој отказује) па до дана када радни однос ефективно престаје. То је, дакле, период који траје од момента у којем је запослени (или послодавац) сазнао за отказ па све до момента у којем престаје уговор. Значи, радни однос не престаје у моменту давања отказа, већ протеклом отказног рока¹⁰³⁸. Ипак, у пракси је могуће, у зависности од отказног разлога и осталих околности, да радник, на захтев послодавца, престане да ради и пре истека прописаног отказног рока. У том случају послодавац је дужан да раднику исплати накнаду плате и призна сва права по основу рада као да је радио (иако фактички није) до истека отказног рока. Право на отказни рок је право радника да у законом одређеним

¹⁰³⁶П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *op. cit.*, стр. 479-480.

¹⁰³⁷Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 151.

¹⁰³⁸*Ibid.*, стр. 145.

случајевима остане у радном односу код послодавца још један одређени период у којем остварује сва права из радног односа, па и право на годишњи одмор¹⁰³⁹.

Иако је отказни рок право, у посебним случајевима радни однос, у зависности од разлога за отказ, може престати и без отказног рока. Тако, на пример, код грубих повреда радних обавеза или кршења правила понашања, послодавац не мора поштовати отказни рок, као ни у случају када није оправдано очекивати од послодавца да задржи, чак и у том периоду запосленог на раду.¹⁰⁴⁰ У зависности од отказног рока, у Шведској разликујемо моментални отказ, тј. отказ дат без отказног рока, до којег може доћи уколико се радник озбиљно огрешо о своје обавезе, односно редовни отказ са отказним роком.¹⁰⁴¹ У Белгији послодавац може избећи право на отказни рок, али за узврат мора платити накнадну раднику за тај период.¹⁰⁴² У нашем праву, запослени, према Закону о раду, може закључити споразум да престане са радом и пре истека отказног рока, с тим да му се за све време обезбеди накнада зараде.¹⁰⁴³

3.2. Сврха отказног рока

Основна функција отказног рока јесте спречавање и откалањање штетних последица које би могле настати престанком радног односа на страни његових субјеката, да га нема, тј. да се отказ деси одједном. Наиме, радни однос траје све време отказног рока. Током тог периода, запослени је дужан да ради у име, за рачун и под влашћу послодавца односно да послодавцу стави на располагање своје радне способности, да савесно испуњава своје радне обавезе, а за узврат има сва права из радног односа.¹⁰⁴⁴ На тај начин се избегавају негативни ефекти отказа и за запосленог и за послодавца. Отказ уговора о раду за запослене производи озбиљне последице - губитак извора основних или претежних средстава за живот, док за послодавца настају трошкови посредовања у запошљавању, како би се пронашао нови радник,

¹⁰³⁹Пресуда Окружног суда у Бања Луци, број Ж-441/03 од 29.09.2005. године

¹⁰⁴⁰М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 122.

¹⁰⁴¹А. Adlercreutz, В. Nystrom, *op. cit.*, стр. 115.

¹⁰⁴²*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, op. cit.*, стр. 75.

¹⁰⁴³Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 189, став 3.

¹⁰⁴⁴Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 147.

запошљавања и обуке новог радника,¹⁰⁴⁵ повећање трошкова производње и слично, јер се губитак запосленог одражава на организацију рада послодавца. Међутим с обзиром на стопу незапослености и стање на тржишту рада, јасно је да ће лакше послодавац наћи новог запосленог него отпуштени запослени нови посао. Можемо закључити да колики год да је терет послодавца, у случају престанка радног односа ипак, теже последице сноси запослени, јер губитак посла утиче на обезбеђивање основних, а неретко и искључивих средстава за издржавање запосленог и чланова његове породице, те га је неопходно заштитити од арбитрерног поступања послодавца.¹⁰⁴⁶

Стога отказни рок омогућава страни којој је отказ дат да предузме неопходне мере пре него што решење о отказу почне да производи правно дејство. Послодавац добија могућност да пронађе новог радника или да изврши неопходну прераспodelу радних задатака, како би одржао континуитет рада, а запосленом се осигурава примање током одређеног периода, као и време потребно за проналажење новог запослења. Упоредно право одлази и корак даље признајући право на плаћено одсуство са рада у току отказног рока ради проналажења запослења, а француско право признаје чак и право запосленог на преквалификацију.¹⁰⁴⁷

3.3. Трајање отказног рока: стандард разумног отказног рока и застој

Дужина трајања отказног рока зависи од позитивноправног решења сваке земље, и може трајати од неколико дана па до неколико месеци.¹⁰⁴⁸ Такође, дужина отказног рока разликује се и у зависности од тога која страна отказује уговор о раду¹⁰⁴⁹, као и из

¹⁰⁴⁵Љ. Ковачевић, „(Не)допуштено коришћење права на одсуство због привремене спречености запосленог за рад“, *op. cit.*, стр. 500-503.

¹⁰⁴⁶Б.Шундерић, Љ.Ковачевић, *op. cit.*, стр.355.

¹⁰⁴⁷ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 145. Вид.: *Zakon o radu Republike Hrvatske* („Narodne novine“ br. 93/14, 127/17, 98/19), члан 122.

¹⁰⁴⁸Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 151. У страним правима преовладава решење по којем отказни рок траје између две и шест недеља (у Великој Британији, Ирској, Кипру, на Малти је, на пример, нешто краћи рок и износи свега недељу дана). Дужи отказни рокови представљају терет за послодавца, посебно ако је разлог отказа непоседовање способности или неостваривање резултата рада као и економски разлози. У периоду кризе отказни рок се, по правилу, смањује, па је тако у Грчкој скраћен са пет на три месеца, а Шпанији са тридесет на петнаест дана.

¹⁰⁴⁹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 147. У већини случајева отказни рок је дужи ако отказ даје послодавац, него када отказ даје запослени, мада може бити и једнаког трајања (Тако је, на пример, у Бгарској, на Исланду, у Чешкој).

ког разлога. Према нашем позитивном праву разликујемо отказни рок када запослени отказује уговор о раду, од отказног рока када уговор отказује послодавац. Тако, када запослени отказује уговор, отказни рок не може бити краћи од 15 нити дужи од 30 дана,¹⁰⁵⁰ када уговор отказује послодавац јер запослени не оставарује потребне резултате рада, односно нема потребна знања и способности, отказни рок не може бити краћи од осам нити дужи од тридесет дана, при чему дужина отказног рока зависи од стажа осигурања¹⁰⁵¹ у складу са начелом старешинства¹⁰⁵². Према раније важећим одредбама, отказни рок запосленом који неостварује просечне резултате рада траје месец дана за запослене који имају до 10 година стажа осигурања; два месеца – 10 до 20 године, три месеца преко 20 година¹⁰⁵³.

Мора се водити рачуна да незапосленост озбиљније погађа старије раднике због породичних и економских обавеза као и смањене флексибилности и мобилности,¹⁰⁵⁴ те уступци који се, у том смислу праве, не представљају недопуштено различито поступање према радницима на основу старости, односно нису дискриминишући.¹⁰⁵⁵ Начело старешинства (сениоритета) постоји и у другим европским земљама. У Норвешкој, на пример, отказни рок не зависи од дужине стажа осигурања него од година живота. Тако, на пример, отказни рок за раднике старије од 55 година износи пет месеци, а преко 60 година шест месеци.¹⁰⁵⁶

Када се отказни рок везује за радни стаж, он се може везивати за укупан радни стаж који је запослени стекао за живота, дакле стечен код више послодавца или за стаж остварен на основу рада код једног послодавца, тј. тог послодавца који отказује уговор о раду. На пример, Закон о раду Републике Хрватске признаје право на отказни рок по начелу сениоритета, али за стаж код истог послодавца, дакле од две недеље (за запосленог који ради мање од годину дана) до три месеца (за стаж од двадесет година код истог послодавца). Закон признаје и право на скраћени отказни рок за отказ

¹⁰⁵⁰Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 178.

¹⁰⁵¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 189.

¹⁰⁵²Ј. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 152.

¹⁰⁵³Тако: Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 735; С. Новаковић, *op. cit.*, стр. 119.

¹⁰⁵⁴Ј. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 153.

¹⁰⁵⁵*Ibid.*, стр. 154.

¹⁰⁵⁶*Dismissal, particularly for business reasons and employment protection*, *op. cit.*, стр. 27.

скривљеним понашањем запосленог – у трајању од половине отказног рока у случају редовног отказа.¹⁰⁵⁷

Застој отказног рока није предвиђен нашим законодавством, међутим познат је у упоредном праву. Реч је о институту уведеном у циљу посебне заштите трудноће и материнства, односно породичних обавеза запослених (повећана нега детета, нега детета с тежим сметњама у развоју), у случају привремене неспособности запосленог за рад, годишњег одмора, плаћеног одсуства са рада, вршења дужности у вези са одбраном земље, као и у другим случајевима оправданог одсуства са рада запосленог утврђених законом, отказни рок не тече.¹⁰⁵⁸ Отказни рок, дакле, не тече у случају када је запослени привремено спречен за рад у току времена за које је дужан да остане на раду, а ни ако је позван на војну вежбу. Тек по повратку запосленог на рад отказни рок наставља да тече до истека времена које је преостало. Ако запослени не поднесе захтев за заустављање отказног рока, он ће тећи без прекида, без обзира што постоји разлог који може довести до заустављања.¹⁰⁵⁹

Дужина отказног рока је питање које је најразличитије уређено у упоредном праву. Разликује се само трајање, али и начин уређења овог питања. У неким државама, ово питање регулише се законским нормама, у неким колективним уговорима, негде се предвиђа минимум, негде минимално и максимално трајање отказног рока, негде се разлике праве зависно од категорија запослених и дужине радног или стажа осигурања, док негде разлике зависе од тога шта су отказни разлози. Тако, на пример, у Данској и Финској, отказни рок траје од 14 дана до шест месеци, у зависности од колективног уговора и врсте послова које запослени обављају (запослени „белих“ или „плавих“ крагни), у Шведској отказни рок траје од једног до шест месеци, у Холандији рок траје 24 недеље, у Белгији од 28-56 дана, у Шпанији минимум 30 дана. У Грчкој овај рок може трајати чак до 24 месеца, у Великој Британији, у зависности од дужине стажа, од једне па до 12 недеља, у Аустрији 14 дана за „плаве“ крагне а за „беле“ од шест недеља до пет месеци. Отказни рок није предвиђен за отказ из дисциплинског разлога у Данској, Луксембургу, Немачкој (важних разлога), Португалу, Шпанији¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷Zakon o radu („Narodne novine“, broj 93/14, 127/17, 98/19), члан 122.

¹⁰⁵⁸ Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 747.

¹⁰⁵⁹ С. Новаковић, *op. cit.*, стр. 127.

¹⁰⁶⁰*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union*, *op. cit.*, стр. 129.

Коначно, отказни рок може зависити од броја запослених. Тако, примера ради, у Немачкој, послодавци који запошљавају до 20 запослених могу да се договоре са запосленима колико ће трајати отказни рок, с тим што отказни рок може трајати до четири недеље. Такође, постоје и државе у којима дужина трајања отказног рока зависи од типа уговора којим је регулисан радни однос, као на пример у Бугарској и Пољској.¹⁰⁶¹

3.4. Права запосленог и послодавца у току отказног рока

Током отказног рока запослени је и даље у радном односу, те има сва права али и обавезе из уговора о раду. Тако, током отказног рока, запослени има право да ради на истом послу и под истим условима, дакле без измене уговора о раду, који и даље важи током трајања отказног рока. Другим речима, без сагласности запосленог, послодавац не може да измени уговор о раду, и да, на пример, премести запосленог на други посао у току трајања отказног рока, а уколико повреди ово правило, дугује запосленом накнаду штете.¹⁰⁶²

Сходно домаћем позитивном праву, послодавац је дужан да запосленом исплати сва примања (зараде, накнаде зараде и друга примања) која је запослени остварио до дана престанка радног односа, и то најкасније у року од 30 дана од дана престанка.¹⁰⁶³ У пракси француског Касационог суда је афирмисан став да послодавац дугује накнаду запосленом кога је спречио да оствари право на отказни рок, ако је спреченост за рад у отказном року проузрокована повредом на раду или професионалним обољењем.¹⁰⁶⁴

Запослени има право да од послодавца захтева потврду која садржи датум заснивања и престанка радног односа, затим врсту и опис послова на којима је радио, а,

¹⁰⁶¹ *Dismissal, particularly for business reasons and employment protection, op. cit.*, стр. 24.

¹⁰⁶² Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 148.

¹⁰⁶³ Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 186.

¹⁰⁶⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 149.

такође, може тражити и оцену његовог понашања и резултата (у истој или посебној потврди)¹⁰⁶⁵.

Неки закони предвиђају право запосленог на делимично одсуство са рада уз накнаду зараде за време отказног рока ради тражења новог запослења (на пример, у хрватском праву четири часа недељно¹⁰⁶⁶). У овим случајевима колективним уговором о раду може се предвидети дуже трајање плаћеног одсуства запосленог ради тражења новог запослења и краће трајање отказног рока ако запослени отказује уговор о раду.¹⁰⁶⁷

Код отказа уговора о раду због непоседовања знања и способности запослени нема право да одређени период остане у радном односу већ му послодавац може дати отказ у року од три месеца од дана сазнања за чињенице које су разлог за отказ односно у року од шест месеци од дана наступања чињенице које су основ за отказ¹⁰⁶⁸. Уколико запослени на захтев послодавца престане да ради пре истека отказног рока, припадају му сва призната права као да је запослени радио до истека отказног рока¹⁰⁶⁹.

Као што смо рекли, током отказног рока запослени је и даље у радном односу, те има сва права али и обавезе из уговора. Он не може одбити извршавање радних задатака без последица. Уколико би то одбио, изгубио би право на зараду, док би послодавац имао право на накнаду штете, као и право да запосленог дисциплински казни за тешку повреду радне обавезе, а што би, онда, за последицу могло имати и право послодавца да запосленом одмах откаже уговор о раду, без обавезе чекања протеча отказног рока. Током отказног рока, запослени може самовољно напустити посао, али ће се тада сматрати да му је радни однос престао од дана када је посао напустио и неће имати право на накнаду зараде коју би примио да је радио до истека отказног рока.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁵Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 189а.

¹⁰⁶⁶Zakon o radu Republike Hrvatske („Narodne novine“ br. 93/14, 127/17, 98/19), члан 122. У хрватском праву дужина отказног рока зависи од дужине радног стажа код послодавца код којег му престаје радни однос. У случају редовног отказа отказни рок траје од две недеље за радни стаж од најмање једне године па до три мјесеца за радни стаж од непрекидно 20 година.

¹⁰⁶⁷Б. А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 747.

¹⁰⁶⁸П. Михајловић, "Престанак радног односа по сили закона и отказом уговора о раду од стране послодавца", *op. cit.*, стр. 174.

¹⁰⁶⁹Као што је на пример уплата доприноса до истека отказног рока. Б. А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 747.

¹⁰⁷⁰Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 148.

Запослени се не може одређи прва на отказни рок, али се може, након достављања одлуке о отказу, споразумети са послодавцем да престане да ради и пре истека рока, под условом да му се за то време исплати накнада. Запослени нема право на отказни рок у случајевима када се утврди одговорност радника за тежу повреду радне обавезе чија је природа таква да би било неразумно очекивати од послодавца да задржи запосленог на раду током отказног периода.¹⁰⁷¹

4.Обавезе послодаваца у вези са престанком радног односа

Како је претходно већ речено, запосленом престаје радни однос даном достављања решења о отказу уговора о раду. Након отказа, послодавац је дужан да запосленом у року од 30 дана измири све обавезе настале до дана престанка радног односа, што укључује исплату свих неисплаћених зарада, накнада зарада и других примања.¹⁰⁷² Запослени којем је радни однос престао због неостваривања резултата рада и непоседовања потребних знања и способности има право на новчану накнаду, право на уплату доприноса за пензијско и инвалидско, здравствено осигурање и осигурање за случај незапослености, као и друга права ако поднесе захтев у року од 30 дана од дана престанка радног односа.

Упоредно право познаје значајне разлике око регулисања права на отпремнину. Тако, примера ради, у Белгији, Ирској, Португалу, Уједињеном Краљевству, Финској и Шведској није признато право на отпремнину. У неким државама прави се разлика у зависности од отказних разлога, а у неким право на отпремнину зависи од категорије којој запослени припада. Тако у Луксембургу и Шпанији, право на отпремнину не припада запосленима за отказ из дисциплинског разлога. У Француској право на отпремнину је признато запосленима који су радили бар две године, осим за случај грубог кршења радних обавеза или дисциплине када ни у ком случају немају право на отпремнину. У Данској, примера ради, право на отпремнину не припада запосленима са тзв. „плавим“ крагнама. Супротно, запослени који спадају у категорију „беле“ крагне

¹⁰⁷¹*Ibid.*, стр. 150.

¹⁰⁷²Б. Живановић, „Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности“*op. cit.*, стр. 130.

имају право на отпремнину у износу једне месечне зараде ако су радили 12 година, две зараде за период рада од 12 до 18 година, а после 18 година рада следује им право на отпремнину у висини тромесечне зараде. У правним системима, у којима се признаје право на отпремнину, срећу се значајне разлике приликом одмеравања њене висине. У Немачкој висина отпремнине креће се до 18 зарада у зависности од година радног стажа и година старости. Рок послодавца за исплату отпремнине креће се од свега неколико недеља па чак до 26 недеља, како предвиђа право Велике Британије, у случају отказа због понашања запосленог.¹⁰⁷³

За престанак радног односа због изостанка резултата рада, односно изостанка знања и способности, односно личних својстава запослених који утичу на рад, исплата отпремнине се не предвиђа у Белгији, Великој Британији, Ирској, Финској и Шведској. У Данској се прави разлика између запосленика „белих“ и „плавих“ крагни, и важе горе наведена правила. У Грчкој и Италији отпремнина се увећава за сваку годину рада за 1,5%, а у Шпанији двадесет дневних зарада за сваку годину радног стажа, с тим што је лимитирана на укупно 12 месеци. У Португалији, за сваку пуну годину, запосленом следује месечна зарада, с тим да законодавац поставља доњу границу у износу од три месечне зараде.¹⁰⁷⁴ Накнада за случај незапослености код ове групе отказних разлогапредвиђена је готово у свим државама. Издвојићемо Шпанију, где је, у складу са одредбама Статута радника из 1980. године успостављен фиксни системи накнаде.¹⁰⁷⁵

Још једна обавеза послодавца јесте да запосленом врати радну књижицу. Радна књижица је у нашем праву, све до 1.1.2016. године била јавна исправа, али ће се у погледу свих радних књижица издатих до тог дана, тако и у будуће поступати¹⁰⁷⁶. Радна књижица није само јавна исправа, него и покретна ствар у власништву радника.

Запослени коме је радни однос престао има право да од послодавца захтева потврду о раду у којој се наводе дани заснивања и престанка радног односа као и опис послова које је радник обављао. Ова потврда, само на захтев радника, може да садржи и оцену његовог понашања и резултата рада.

¹⁰⁷³Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, *op. cit.*, стр. 131.

¹⁰⁷⁴Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union *op. cit.*, стр. 132.

¹⁰⁷⁵ Pablo Gimeno Diaz de Atauri, *op. cit.*, стр. 34.

¹⁰⁷⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 204.

Део десети
ЗАШТИТА ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ
ЗБОГ РАЗЛОГА ВЕЗАНИХ ЗА ЊИХОВЕ СПОСОБНОСТИ

1. Уводна разматрања

Након што запосленом буде уручено решење о отказу, поставља се питање коме се може обратити за заштиту права. У менталитету нашег, али и већине других народа је да највише верује суду. Могло би се рећи да се судска заштита претпоставља, јер је право на судску заштиту (не само у области радних односа) уткано у највише међународне стандарде људских, грађанских и социјалних права. Дакле, приступ суду је основно људско право, али се као нуспроизвод остваривања тог права може појавити преоптерећеност судова и повећање трајања судских поступака. Правосуђе је пред изазовом и прети да постане „талац властитог успеха“. У Европи је, отуд, актуелнија него икада потрага за методама које би отвориле грађанима и друге путеве за решавање радних спорова, због чега се примећује тенденција развоја вансудске заштите.¹⁰⁷⁷

Преоптерећеност судова код нас представља немали проблем. С тим у вези, не траже се вансудске методе само за област радних односа. Преоптерећеност правосуђа довела је, наиме, до тога да се из судских надлежности издваја све више области. Тако су, примера ради, усвојени закони који су из судских надлежности изузели оставине, овере уговора, извршења¹⁰⁷⁸. Такође, приметна је и стратегија популаризације алтернативних начина решавања спорова, укључујући и радне спорове о чему ће бити више речи у наставку рада.

Радно право, специфично по свом циљу, специфично је и у заштити права из радног односа. Полазећи од свог основног циља: заштите економски слабије стране из уговорног односа, радно право, наиме, познаје више врста или начина заштите права. Заштиту права из радног односа, тако, пружају самостални и независни државни органи, преко инспекције рада, суда (и Уставног суда) до републичких јавних агенција,

¹⁰⁷⁷Е. Serverin, *What place is there for civil mediation in Europe?*, Strasbourg, 2000, стр. 1-3.

¹⁰⁷⁸Законом о јавном бележничтву („Службени гласник Републике Србије“, бр.31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015 и 106/2015) и Законом о извршењу и обезбеђењу („Службени гласник Републике Србије“, бр.106/2015, 106/2016, 113/2017 и 54/2019).

агенција за мирно решавање спорова. Сви наведени начини заштите омогућавају заштиту законских права, али и права признатих колективним уговорима, правилницима послодаваца и уговорима о раду. Реч је о заштити свих права запослених и права послодаваца, од заснивања до престанка радног односа.¹⁰⁷⁹

С обзиром на то да је судска заштита дубоко укореењена у свести наших грађана као најпоузданији метод заштите, неопходно је наћи начин за популаризацију свих других органа који би такође на ефикасан начин могли заштитити права запослених. С тим у вези, потребно је указати на предности (али и мане) свих метода појединачно.

У нашој држави, вера у правосуђе и претерано често обраћање органима правосуђа довели су до његовог колапса. С тим у вези, ваља имати у виду да сви вансудски начини решавања спорова помажу радницима да заобиђу спор, неучинковит, скуп поступак пред органима правосуђа. Такође, вансудски органи који би преузели део решавања радних спорова растеретили би правосуђе, а тиме би се убрзао и побољшао рад судова у оним поступцима који су се пред правосудним органима задржали.¹⁰⁸⁰ Судови су неспорно најауторитативнији органи, сачињени од најстручнијих појединаца, неретко специјализованих управо за области у којима суде, па се тако јавља посебна важност јуриспруденције, у смислу стваралачке праксе судова. Независно до правног система, судска пракса попуњава правне празнине, ствара правну сигурност и води еволуцији законодавства.

Без обзира на све позитивне аспекте судске заштите и даље важи да је „правда спора, али достижна“. И, управо, је дуготрајност поступака највећа мана судске заштите, нарочито посматрано из угла запосленог којем је због повреде права из радног односа угрожена егзистенција. С тим у вези, поступак у парницама из радног односа издваја се из општег парничног поступка начелом хитности,¹⁰⁸¹ што је, међутим, недовољно, имајући у виду организацију нашег правосуђа и егзистенцијалне потребе отпуштених радника.

¹⁰⁷⁹ Б. Чолић, *op. cit.*, стр. 501.

¹⁰⁸⁰ Е. Serverin, *op. cit.*, стр. 1-3.

¹⁰⁸¹ Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине у Великом вијећу, у предмету број АР 303/16, „*Službeni glasnik BiH*“, број 24/16. Пред Уставним судом БиХ покренута је апелација због повреде права на суђење у разумном року. Апеланткиња је у моменту обраћања Уставном суду водила радни спор нешто више од четири године, што се, на први поглед, и не чини дуго, имајући у виду дужину поступака пред судовима у БиХ. Међутим, Уставни суд је заузео став с обзиром да није реч о нарочито сложенем предмету, а да је у питању нарочито значајан поступак за апеланткињу јер оставрује права из радног односа да јесте дошло до повреде права на суђење у разумном року.

Из извештаја Европске комисије за ефикасност правосуђа произилази да је период трајања поступка који мора бити завршен у разумном року период од подношења тужбе до правоснажног окончања на највишој могућој инстанци.¹⁰⁸² Дакле, није битно само да се поступак оконча пред првостепеним органом, већ да запослени добије коначну одлуку: правоснажну и извршну¹⁰⁸³. Овде је, чини се, највећа мана нашег правосудног система то што дозвољава другостепеном суду да одлуке првостепених укида и предмете враћа на поновно суђење (који се у пракси неретко завршавају исто). С тим у вези, сматрамо да би могуће решење за унапређење домаћег права ишло у циљу измена Закона о парничном поступку на начин да се другостепени органи обавезу да, када утврде оправданим жалбене разлоге и укину првостепену пресуду, сами отворе расправу и донесу одлуку.¹⁰⁸⁴ На тај начин не само да би се скратило време трајања поступка, него би се знатно смањили и трошкови поступка.

С друге стране, основна карактеристика вансудског решавања спорова јесте у коначности донете одлуке и заобилажењу спорих и неучинковитих, неретко и скувих поступака пред органима правосуђа.¹⁰⁸⁵ Такође, код судске заштите једна страна је увек незадовољна, док код вансудских метода то најчешће није случај, јер су одлуке најчешће плод компромиса, нарочито код посредовања.

2. Управна заштита

Управна заштита права из области радних односа, укључујући и заштиту од незаконитог отказа уговора о раду, поверена је инспекцији рада. Организација инспекције рада, у складу са универзалним међународним стандардима, требало би да

¹⁰⁸²*Length of court proceedings based on the case-law of the ECHR*, European Commission for the efficiency of justice (СЕРЕЈ), 31. пленарно заседање, 3. и 4. 12. 2018. године.

¹⁰⁸³Према општим правилима парничног поступка, на одлуку донету у првом степену дозвољена је жалба. О жалби одлучује другостепени орган, на начин да је потврди или преиначи, чиме се поступак релативно брзо окончава, уколико не дође до подношења ванредних правних лекова. Међутим, законодавац даје могућност другостепеном органу и да одлуку укине и врати првостепеном на поновно суђење, које почиње изнова. Уколико се и тако окончан поступак заврши одлуком на коју поново буде уложена жалба, а другостепени орган нађе да је и та жалба основана, те поново укине одлуку, тада другостепени орган не може вратити предмет на поновно суђење, него мора сам одлучити. Закон о парничном поступку ("Службени гласник РС" бр. 125/2004 и 111/2009) члан 383.

¹⁰⁸⁴Закон о парничном поступку ("Службени гласник РС" бр. 125/2004 и 111/2009) члан 383 став 4

¹⁰⁸⁵Е. Serverin, *op. cit.*, стр. 1-3.

почива на централизованом принципу. Идеја је да се омогући ефикасна сарадња служби инспекције између себе, као и са јавним и приватним сектором.¹⁰⁸⁶ Инспектори рада су дужни да подносе годишње извештаје централном органу инспекције рада, који их накнадно анализира и објављује.¹⁰⁸⁷ Такође, инспектори рада требало би да имају статус државних службеника, са гаранцијама стабилности запослења, како би били самостални и независни од спољних утицаја и утицаја власти.¹⁰⁸⁸ Наведене стандарде МОП из области инспекције прихватио је и наш законодавац.¹⁰⁸⁹

У надлежности инспекције рада у домаћем законодавству су превенција и надзор. Превентивно деловање инспекције остварује се превасходно јавношћу рада, а нарочито: објављивањем важећих прописа и аката о примени прописа, пружањем стручне и саветодавне подршке надзираном субјекту или лицу које остварује одређена права, предузимањем превентивних инспекцијских надзора и других активности усмерених ка подстицању и подржавању пре свега законитости.¹⁰⁹⁰

Надзор над применом закона и прописа јесте основна функција инспекцијског надзора и предвиђена је Законом о раду¹⁰⁹¹. Трудимо се да се држимо теме наше дисертације, те ћемо само укратко рећи да управни надзор у области радног права јесте посебан облик управног надзора односно делатности (баш као што ћемо видети да је и радни спор пред судом посебна врста поступка), а у циљу проверавања законитости или целисходности аката и радњи, или пак и једног и другог.¹⁰⁹²

Инспекцијски надзор у области радног права није ограничен само на примену прописа односно на правни надзор¹⁰⁹³ (мисли се на примену закона и многобројних подзаконских аката, као и аутономних извора права) већ укључује и технички

¹⁰⁸⁶Уредба о ратификацији Конвенције број 81 о инспекцији рада у индустрији и трговини „Службени лист ФНРЈ - Међународни уговори и други споразуми“, број 5/56), у даљем тексту Конвенција МОП број 81, и Закон о ратификацији Конвенције број 129 о инспекцији рада у пољопривреди („Службени лист“ СФРЈ број 22/75), у даљем тексту Конвенција МОП број 129.

¹⁰⁸⁷Конвенција МОП број 81, чл. 19.-21; Конвенција МОП број 129, чл. 25.-27.

¹⁰⁸⁸Конвенција МОП број 81, чл. 15. и 69. и Конвенција МОП број 129, чл. 8.-11. и 19.-20.

¹⁰⁸⁹Закон о инспекцијском надзору („Службени гласник Републике Србије“ број 36/15, 44/18 и 95/18) чланови 46.-53.

¹⁰⁹⁰Закон о инспекцијском надзору („Службени гласник Републике Србије“ број 36/15, 44/18 и 95/18) члан 13. Нарочито је важна новина у нашем законодавству превентивно овлашћење инспекције које се тиче „издавања акта о примени прописа“. Акт о примени прописа, издаје се по сопственој иницијативи или на захтев физичког или правног лица. Детаљније погледати наведени закон, члан 31.

¹⁰⁹¹Закон о раду („Службени гласник Републике Србије“ број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 268.

¹⁰⁹²С. Лилић, П. Кунић, П. Димитријевић, М. Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, стр. 370.

¹⁰⁹³А у чију сврху има право увида у комплетну документацију послодавца, и то не само увида него прецизније и копирања у британском праву. N. Selwyn, *op.cit.*, стр. 330-331.

надзор,¹⁰⁹⁴ специфичан за ову област права (контрола материјала, опреме за рад, средстава и предмета рада)¹⁰⁹⁵, што значи да је инспекцијска делатност на подручју радног права нешто шири у односу на неке друге области. Управни надзор у области радног права у надлежности је инспекције рада.¹⁰⁹⁶ Поступак инспекцијског надзора покреће се по службеној дужности или на захтев странке.¹⁰⁹⁷ У самом поступку надзора инспектори имају разнолика овлашћења а послодавци (директори, руководиоци) су дужни да са њима да сарађују.¹⁰⁹⁸

Током надзора, инспектор врши увид у сва акта из којих се могу утврдити одлучне чињенице, узима изјаве од запослених и саставља записник. По утврђивању одлучних чињеница инспектор процењује да ли је право запосленог очигледно повређено. С тим у вези ваља имати у виду да ваљаност или оправданост разлога за отказ уговора о раду, у смислу понашања или способности запосленог, не утврђује инспектор него суд. Надзор је ограничен на сам поступак отказа.¹⁰⁹⁹

Најзначајније овлашћење инспектора за нашу област јесте могућност инспектора рада да одложи извршење решења о отказу. Одлагање извршења решења о отказу до окончања радног спора представља својеврсну привремену меру. Инспектор рада, наиме, врши инспекцијски надзор и доноси решење којим одлаже извршење одлуке послодавца о отказу, ако су кумулативно испуњени следећи услови: да је одлуком послодавца раскинут уговор о раду, да је запослени против те одлуке повео радни спор и да се запослени у писменој форми обратио инспектору рада¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁴У чију се сврху чак могу уништити узорци узети за анализе ако постоји опасност по здравље и безбедност. N. Selwyn, *op.cit.*, стр.331.

¹⁰⁹⁵ N. Selwyn, *op.cit.*, стр. 329-331 и 345-347.

¹⁰⁹⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 268.

¹⁰⁹⁷Закон о инспекцијском надзору („Службени гласник Републике Србије“ број 36/15, 44/18 и 95/18) чл. 17.-18.

¹⁰⁹⁸ У поступку инспекцијског надзора, инспектор је овлашћен да врши увид у опште и појединачне акте, евиденције и друга документа, да утврђује идентитет лица и узима изјаве од послодавца, запослених и других лица, да врши контролу пријаве на обавезно социјално осигурање, да прегледа пословне просторије, објекте и уређаје, и да налаже преузимање превентивних мера ради спречавања повреда закона. Осим превентивних, инспектор може предузимати и корективне мере, односно наложити отклањање утврђених недостатака, а може покренути и прекршајни поступак. Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), чл. 268а, 268б, 269 и 270.

¹⁰⁹⁹ М. Јарић, Г. Марковић, „Одлагање извршења решења о отказу уговора о раду“, у: З. Ивошевић (ур.) *Заштита права у области рада*, Београд, 2013, стр. 212-213.

¹¹⁰⁰Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 271. М. Јарић, Г. Марковић, *op. cit.*, стр. 212.

Дакле, уколико инспектор рада нађе да је решењем послодавца о отказу уговора о раду очигледно повређено право запосленог, а запослени је покрену радни спор, на захтев запосленог, инспектор може својим решењем одложити извршење решења о отказу уговора о раду до доношења правоснажне одлуке суда. Уколико право запосленог није очигледно повређено, инспектор рада ће одбити овакав захтев запосленог. Битно је истаћи да се овакав захтев поставља у преклузивном, чини се кратком року од 15 дана од дана покретања спора пред судом. О постављеном захтеву инспектор одлучује у року од 30 дана.¹¹⁰¹

Иако је почетна идеја о мери која би суспендовала послодавчево решење о отказу била добра, могла би се искритиковати због широког и нејасног правног стандарда "очигледна повреда права запосленог". Овако постављени правни стандард има могућу широкусадржину. Према ставовима инспекције рада, сматра се да очигледна повреда постоји када је видљиво да је дошло до повреде права. Под тим се подразумева да се до закључка о повреди права може доћи без извођења обимнијег доказивања, а готово је извесно да ће и суд, због повреде права запосленог, поништити одлуку послодавца. Повреда мора дакле бити грубља, односно таква да је битно утицала на законитост донете одлуке о престанку радног односа. Инспектор, по правилу, не изводи доказе, нити се упушта у материјалну страну спорног права.¹¹⁰²

У теорији се, сасвим оправдано, указује на пропусте у законодавству које је за потпуно исти чињенични основ - постојање формалне грешке у отказном поступку - створило две дијаметрално супротне правне последице. Ако суд утврди да је послодавац повредио правила поступка, макар и грубо, једина санкција за послодавца је исплата новчане накнаде и то ограничене на износ до шест зарада. Истовремено, ако повреду правила отказног поступка утврди инспекција рада, послодавац ће бити санкционисан враћањем запосленог на рад и исплатом зарада до окончања спора. У том смислу се у литератури указује на потребу преиспитивања оправданости постојања ове привремене мере и евентуалног ревидирања услова за њено одређивање, посебно имајући у виду да привремену меру може да одреди и суд пред којим се води радни

¹¹⁰¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 271.

¹¹⁰²Г. Марковић, "Одлагање извршења решења о отказу уговора о раду у светлу измена Закона о раду", у: З. Ивошевић (ур.) *Новине у прописима о надзору над применом прописа о раду*, Београд, 2015, стр. 213.

спор, који има далеко шири увид у чињеничне и правне аспекте и знатно шири обим надлежности за оцењивање кључних чињеница за одређивање привремене мере.¹¹⁰³

Против решења инспектора рада може се изјавити деволутивна жалба министру, у року од осам дана од дана достављања решења, и она нема суспензивно дејство. О жалби одлучује виша инстанца, министар или, по његовом овлашћењу, другостепени орган Инспектората рада.¹¹⁰⁴ Занимљиво је да је решење из другог степена коначно, те да запослени, ако захтев за одлагање извршења буде одбијен, нема право да води управни спор. Ово решење је коначно, што је, чини се, нелогично и противно циљу због којег је успостављено.

3. Заштита пред независним контролним институцијама

Заштита пред независним контролним институцијама, тј. заштита права радника од стране самосталних и независних органа може се остварити пред следећим институцијама: Заштитником грађана, Повереником за заштиту равноправности и Повереником за информације од јавног значаја и заштиту података личности.

Што се тиче независних контролних институција, од тренутно постојећих најзначајнију улогу за заштиту права радника, свакако, има Заштитник грађана. Реч је о независном државном органу, који је успостављен законом 2005. године, као орган који је независан и самосталан у обављању послова и који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, органа надлежног за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, као и других органа и организација, предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења. Заштитник грађана се стара о заштити и унапређењу људских и мањинских слобода и права¹¹⁰⁵. Овлашћен је да контролише поштовање права грађана, утврђује повреде учињене

¹¹⁰³А. Лазаревић, *op. cit.*, стр. 593-594.

¹¹⁰⁴Министар или лице које он овласти дужно је да у року од 30 дана од дана пријема жалбе одлучи по жалби, а против коначног решења не може се покренути управни спор. Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 272.

¹¹⁰⁵Закон о Заштитнику грађана ("Службени гласник РС", бр. 79/2005 и 54/2007), чл. 1. и 2.

актима, радњама или нечињењем органа управе, ако се ради о повреди републичких закона, других прописа и општих аката, те да контролише законитост и правилност рада органа управе¹¹⁰⁶. У складу са законом признатим овлашћењима, он може преиспитивати појединачан акт органа управе, укључујући решење о престанку радног односа државног службеника.

Поступак пред Заштитником грађана покреће се по притужби грађана или по иницијативи Заштитника грађана. Поред права на покретање и вођење поступка, Заштитник грађана има и право да пружањем добрих услуга, посредовањем и давањем савета и мишљења о питањима из своје надлежности делује превентивно, у циљу унапређења рада органа управе и унапређења заштите људских слобода и права¹¹⁰⁷.

Свако физичко или правно, домаће или страно лице које сматра да су му актом, радњом или нечињењем органа управе повређена права може да поднесе притужбу Заштитнику грађана, након што је већ покушао да заштити своја права у одговарајућем правном поступку. Изузетно, Заштитник грађана може покренути поступак и пре него што су исцрпљена сва правна средства, ако би подносиоцу притужбе била нанета ненадокнадива штета или ако се притужба односи на повреду принципа добре управе, посебно некоректан однос органа управе према подносиоцу притужбе, неблаговремен рад или друга кршења правила етичког понашања запослених у органима управе¹¹⁰⁸. Притужба се може поднети најкасније у року од једне године од извршене повреде права грађана, односно од последњег поступања, односно непоступања органа управе у вези са учињеном повредом права грађана.¹¹⁰⁹

Нажалост, одређена решења домаћег законодавца омогућила су Заштитнику грађана да се у радним споровима често огласи ненадлежним. Наиме Закон о заштитнику грађана предвиђа да је Заштитник грађана дужан да поступи по свакој притужби осим, па поред осталог, ако предмет на који се односи притужба не спада у надлежност Заштитника грађана.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁶Закон о Заштитнику грађана ("Службени гласник РС", бр. 79/2005 и 54/2007), члан 17.

¹¹⁰⁷Закон о Заштитнику грађана ("Службени гласник РС", бр. 79/2005 и 54/2007), члан 24.

¹¹⁰⁸Закон о Заштитнику грађана, ("Службени гласник РС", бр. 79/2005 и 54/2007) члан 25.

¹¹⁰⁹Закон о Заштитнику грађана, ("Службени гласник РС", бр. 79/2005 и 54/2007) члан 26.

¹¹¹⁰Закон о Заштитнику грађана, ("Службени гласник РС", бр. 79/2005 и 54/2007) члан 28.

После доношења Закона о родној равноправности и избора Повереника за заштиту равноправности, Заштитник грађана искористио је поменуту одредбу да притужиоце упућује на обраћање Поверенику за заштиту равноправности.¹¹¹¹ Знатан број поступака окончан је одбацивањем притужби због ненадлежности или због подношења притужби пре употребе расположивих правних средстава, те су радници упућивани на покретање одговарајућег поступка пред правосудним органима, односно на покретање одговарајућег поступка пред инспекцијом рада¹¹¹².

Пред Повереником за заштиту равноправности подносе се притужбе у вези са повредом одредаба Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом,¹¹¹³ Закона о родној равноправности,¹¹¹⁴ Закона о забрани дискриминације¹¹¹⁵ и Закона о заштити права и слобода националних мањина¹¹¹⁶.

Повереник има превентивно-консултативна овлашћења и контролно-корективна¹¹¹⁷, а за нас јако је значајно овлашћење Повереника да подноси тужбе у своје име, а уз сагласност и за рачун дискриминисаног лица. Дакле, уколико је отказ дискриминаторан, у том случају заштите поводом отказа уговора о раду примењују се одредбе Закона о забрани дискриминације.¹¹¹⁸ У пракси је то од изузетног значаја због рокова за подношење тужбе, с обзиром да у радном праву, рокови имају преклузивни карактер те воде губитку не само права на тужбу, већ и самога права из радног односа, док код дискриминације нема рокова застарелости. Тако је у поступку отказа који је започет против банкарског службеника који, након затварања експозитуре није прихватио премештај у пословницу ван места у којем је радио, Повереник нашао да је реч о дискриминацији јер су сви остали службеници распоређени по експозитурама у

¹¹¹¹З. Мршевић, „Пракса заштитника грађана у оставривању и заштити социјалних права“, *Радно и социјално право*, број 2/2010, стр. 14-15.

¹¹¹²З. Мршевић, *op. cit.*, стр. 6-7.С друге стране, треба имати у виду да у страним правима, функција заштитника грађана је нарочито развијена у нордијским државама. У Шведској заштитници грађана имају значајну улогу у контроли рада институција система социјалне сигурности, док у Холандији контролишу послодавце јавног сектора. Danny Pieters, *The social security: An introduction to the basic principles*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, стр. 72-74. и 328,329.

¹¹¹³Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом („Службени гласник Републике Србије“, број 33/06 и 13/16).

¹¹¹⁴Закон о родној равноправности („Службени гласник Републике Србије“, број 52/2021).

¹¹¹⁵Закон о забрани дискриминације („Службени гласник Републике Србије“, број 22/2009 и 52/2021).

¹¹¹⁶Закона о заштити права и слобода националних мањина („Службени лист СРЈ“, број 11/2002, „Службени лист СЦГ“, број 1/2003 – Уставна повеља и „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2009 – др. Закон и 97/13-УС)

¹¹¹⁷ Н. Петрушић, „Повереник за заштиту равноправности - улога надлежност и начин поступања у случајевима дискриминације“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2011, страна 19-35.

¹¹¹⁸ Закон о забрани дискриминације („Сл. гласник РС“, бр. 22/2009 и 52/2021) члан 33.

истом месту а једино службеник који је био синдикални представник послат у експозитуру ван места претходног рада и пребивалишта.¹¹¹⁹ Повереник је нашао да постоји дискриминаторно поступање по основу брачног и породичног статуса у ситуацији код отказа уговора о раду серверки у предшколској установи која је одсуствовала са посла ради неге детета¹¹²⁰.

Независан државни орган који би још требали поменути је и Повереник за информације од јавног значаја и за заштиту података о личности, у чијој је надлежности доступност информација и истовремено заштита података о личности¹¹²¹. Закон о заштити података личности¹¹²² односи се на сваку аутоматизовану обраду, као и на обраду садржану у збирци података која се не води аутоматизовано, а коју послодавац води на основу Закона о евиденцијама у области рада¹¹²³ и другим посебним законима у области радног и социјалног права. Послодавац, путем савремених информационих технологија прикупља, обрађује, користи и чува личне податке запослених, а запослени има право на заштиту истих, и то не само у току, него и после престанка радног односа.¹¹²⁴ Није незамислива ситуација у којој би се подаци о личности нашли у субјективним евалуацијама које могу обухватити елементе који се тичу запосленовог физичког, психолошког, психичког, економског, културног или социјалног идентитета.¹¹²⁵ Везано за нашу тему запослени који добије отказ, због неостваривања резултата рада или непоседовања знања и способности, може се обратити Поверенику, ако би, примера ради, у решењу о отказу били наведени неки подаци о личности који не би смели да буду.¹¹²⁶ Осим тога, могуће је да се до података

¹¹¹⁹Притужба М.Л. против П. банке због дискриминације по основу чланства у синдикалној организацији у области рада и запошљавања, Повереник за заштиту равноправности, (ravnopravnost.gov.rs) последњи пут приступљено 01.12.2021. године

¹¹²⁰Мишљење по притужби због дискриминације у области рада по основу брачног и породичног статуса, 295-2020, Повереник за заштиту равноправности, (ravnopravnost.gov.rs) последњи пут приступљено 01.12.2021. године

¹¹²¹Законо заштити података о личности („Службени гласник Републике Србије“, број 87/2018), чл. 1-3.

¹¹²²Закон о заштити података о личности („Службени гласник Републике Србије“, број 87/2018).

¹¹²³Закон о евиденцијама у области рада („Службени лист СРЈ, број 46/96 и Службени гласник Републике Србије, број 101/2005 – др. закон и 36/2009 – др. закон).

¹¹²⁴ Ж. Мирјанић, “Заштита личних података запослених у условима кориштења информационих технологија”, *op. cit.*, стр. 154.

¹¹²⁵Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data (Article 29 – Data Protection Working Party), *Recommendation 1/2001 on Employee Evaluation Data* (5008/01/EN final).

¹¹²⁶Закон о заштити података о личности („Службени гласник Републике Србије“, број 87/2018), члан 17. Забрањена је обрада којом се открива расно или етничко порекло, политичко мишљење, верско или филозофско уверење или чланство у синдикату, као и обрада генетских података, биометријских података у циљу јединствене идентификације лица, података о здравственом стању или података о сексуалном животу или сексуалној оријентацији физичког лица. Могуће је да се приликом оцене резултата рада и способности прикупе и подаци о личности.

који се у основи тичу послодавца и организације рада дође на начин који није прихватљив. Стандардима Међународне организације рада, забрањује се да се за контролу и вредновање рада користе подаци који су прикупљени у вези са техничким или организационим мерама које треба да обезбеде сигурност и добар рад аутоматских информационих система.¹¹²⁷ Подаци који се прикупљају у једну сврху не могу се користити за неку другу, односно подаци који се прикупљају за функционисање информационих система, а неизбежно имају за последицу континуирани надзор над радом запослених, не могу служити послодавцима за вредновање рада запослених¹¹²⁸. И у овом случају важио би концепт разумног очекивања приватности Европског суда за људска права је, који је у том смислу, развио концепцију која подразумева да је послодавчев надзор над употребом службених средстава за комуникацију допуштен само ако је запослени претходно упознат са њим,¹¹²⁹ односно и шире посматрано послодавчев надзор допуштен је само ако је запослени претходно упознат са њим.

4. Судска заштита

4.1. Организација судства и радни спор

Радни спорови могу бити индивидуални и колективни, ако се као критеријум поделе узму странке у спору. Индивидуални радни спор је спор између радника и послодавца, а колективни између синдиката, групе запослених или савета запослених против послодавца или удружења послодаваца. Радни спорови, са становишта спорних питања, могу бити правни и интересни. Правни спор је последица сукоба који настаје у вези са применом или тумачењем индивидуалних/колективних права радника утврђених општим или индивидуалним актима. С друге стране интересни спор је увек

¹¹²⁷International Labour Organization, *Protection of workers' personal data, An ILO code of practice*, International Labour Office, Geneva, 1997, тач. 5.2-5.4.

¹¹²⁸Commentary on the ILO code of practice on the protection of workers' personal data, стр. 13–14.

¹¹²⁹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 174.

колективни и представља сукоб поводом утврђивања нових или обнављања, измене или укидања постојећих права радника у вези са подређеним радом.¹¹³⁰

Индивидуални радни спор је правни спор који се састоји у истицању контрадикторних захтева странака, које настоје да заштите свака своје право за које верују да им је повређено. Спор настаје поводом повреде права признатих уговором о раду, те повреде права признатих општим актима хетерономног и/или аутономног права¹¹³¹. То је, дакле, спор између запосленог и послодавца, чији предмет чине индивидуална, појединачна права и обавезе из радног односа, а који се решава на одговарајући, прописима предвиђен начин, било споразумом страна у спору било одлуком донетом у утврђеном поступку¹¹³². И Законом о раду имплицитно се дефинише радни спор као спор који може настати између послодавца и запосленог поводом правног акта или фактичке радње послодавца, којим је повређено неко право запосленог и ради чије заштите запослени може покренути поступак за заштиту права.¹¹³³ За разлику од радног спора, у којем је тужени послодавац, у спору из радног односа, тужени могу бити и запослени и послодавац. Спор из радног односа јесте, дакле, шири појам, који, поред радног спора, обухвата и спор по тужби послодавца против радника.¹¹³⁴

Организација судства на територији Републике Србије уређена је Законом о уређењу судова. Судска власт је јединствена и припада судовима опште (основни, виши и апелациони судови, те Врховни касациони суд) и посебне надлежности (привредни судови и Привредни апелациони суд, прекршајни судови и Прекршајни апелациони суд, те Управни суд).¹¹³⁵

¹¹³⁰Б. В. Божовић, *Радни и социјални судови – друштвена улога и оправданост увођења у правосудни систем Републике Србије*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 45-48.

¹¹³¹Б. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр.765.

¹¹³²П. Јовановић, *op. cit.*, стр. 356.

¹¹³³Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије"бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – одлука УС, 113/17 и 95/18) члан 195.

¹¹³⁴П. Јовановић, *op. cit.*, стр. 344-346.

¹¹³⁵ Закон о уређењу судова („Службени гласник Р. Србије“, бр. 116/2008,104/2009, 101/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 одлука УС, 87/2018, 88/2018 одлука УС), члан 11.

Основни суд у првом степену суди у радноправним споровима, те тако и споровима о престанку радног односа¹¹³⁶, а виши судови одлучују по жалби,¹¹³⁷ док Врховни касациони суд одлучује о ванредним правним лековима.¹¹³⁸ Управни суд одлучује у управним споровима.¹¹³⁹ У нашој земљи не постоје специјализовани судови за радне односе, као што, на пример, постоје у државама попут Аустрије, Белгије, Данске, Кипра, Луксембурга, Немачке, Норвешке, Португалије, Румуније, Шпаније, где постоје специјализоване професионалне судије за радне односе.¹¹⁴⁰ Од свих поменутих земаља, Немачка предњачи у степену специјализације радних судова¹¹⁴¹. Специјализовано судство постојало је и у нашем правном поретку до 1992. године, када су укинута судови удруженог рада и други самоуправни судови. Овим се одустало од идеје специјализованог радног судства, те је утврђена надлежност судова опште надлежности, тако да је парнични поступак, уз пар одступања, предвиђен за решавање радних спорова.¹¹⁴² Изузетак од општег парничног поступка односи се на могућу заштиту пред Уставним судом.

Уставни суд Србије штити људска и мањинска права гарантована највишим правним актом. Посредну заштиту пружа оценом уставности и законитости правних аката, а непосредну уставном жалбом. Пред Уставним судом могуће је, дакле, тражити оцену уставности и законитости колективних уговора о раду, општих аката послодавца (правилника о раду и правилника о организацији и систематизацији). Уколико наведени акти нису у сагласности са уставом или законима утврдиће се ништавост, због чега би свако појединачно решење о отказу уговора о раду, без обзира на отказни разлог, које је

¹¹³⁶ Закон о уређењу судова („Службени гласник Р. Србије“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 одлука УС, 87/2018, 88/2018 одлука УС), члан 22.

¹¹³⁷ Закон о уређењу судова („Службени гласник Р. Србије“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 одлука УС, 87/2018, 88/2018 одлука УС), члан 23.

¹¹³⁸ Закон о уређењу судова („Службени гласник Р. Србије“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 одлука УС, 87/2018, 88/2018 одлука УС), члан 30.

¹¹³⁹ Закон о уређењу судова („Службени гласник Р. Србије“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 одлука УС, 87/2018, 88/2018 одлука УС), члан 29. Против решења о престанку радног односа државни службеник може тужбом покренути управни спор. Закон о државним службеницима („Службени гласник Републике Србије“, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008 и 104/2009), члан 132.

¹¹⁴⁰ *Dismissal, particularly for business reasons and employment protection, op. cit.*, стр. 95.

¹¹⁴¹ М. Weiss, „Labour dispute settlement by labour courts in Germany“, *Industrial Law Journal*, 1994, стр. 1-6.

¹¹⁴² С. Јашаревић, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2000, стр. 253-256.

донето у складу са неважећим општим актом, такође, било ништаво.¹¹⁴³ Тако, уколико је појединачни правни акт донет на основу општег акта који је проглашен неуставним може се поднети предлог за измену тог правоснажног и коначног акта, истина, само ако није протекао рок од две године од достављања тог акта до подношења предлога за оцену уставности или законитости.¹¹⁴⁴

Непосредна уставносудска заштита пружа се уставном жалбом, која се изјављује против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, под условом да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.¹¹⁴⁵ Жалба се подноси у року од 30 дана од дана доношења појединачног акта, а уз жалбу се морају доставити докази да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за заштиту права¹¹⁴⁶. Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца. Одлуком којом се усваја уставна жалба Уставни суд ће одлучити и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете, када је такав захтев постављен, с тим што Уставни суд, када је захтев усвојен, одређује у одлуци орган који је обавезан да исплати накнаду (материјалне или нематеријалне) штете.

¹¹⁴³Закон о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр. 109/2007, 99/2011, 18/13-Одлука УС, 40/15 и 103/15) чл. 58.-61. Члан 168. садржи листу свих потенцијалних иницијатора поступка за оцену уставности и законитости.

¹¹⁴⁴Закон о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр. 109/2007, 99/2011, 18/13-Одлука УС, 40/15 и 103/15), члан 61.

¹¹⁴⁵Устав Републике Србије („Службени гласник РС“, број. 98/2006) члан 170.

¹¹⁴⁶Закон о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр. 109/2007, 99/2011, 18/13-Одлука УС, 40/15 и 103/15), чл.84-85, и 89.

4.2. Парнични поступак и радни спор

Парнични поступак уређен је Законом о парничном поступку¹¹⁴⁷, а прописана правила важе за све врсте спорова. Ипак, у Закон постоје и посебна правила поступка за тзв. „посебне поступке“, међу којима је и радни спор. Радни спор се води по општим правилима парничног поступка у свим оним сегментима које Закон није посебно уредио. Специфичности радног спора последица су економског момента код запосленог који је странка у поступку, тј. чињенице да је он слабија страна, те одатле произилазе и све специфичности радног спора. Нажалост, тих специфичности нема пуно. Реч је о начелу хитности (наиме, предвиђени су нешто краћи рокови у погледу извршења) и постоје нека мања одступања код регулисања привремених мера, ревизије и правила о терету доказивања.¹¹⁴⁸

Решавање радних спорова је у надлежности основних и апелационих судова, као судова опште надлежности у грађанским стварима, судова првог и другог степена¹¹⁴⁹. Како се посебност радних спорова темељи на економској надмоћи послодавца, као њен коректив, дата је могућност запосленом да, поред суда опште месне надлежности, тужбу поднесе и суду изабране надлежности. Идеја је да се запослени не излаже додатним трошковима због приступа суду. Због тога, осим што се тужба може поднети суду опште месне надлежности, према пребивалишту односно боравишту туженог (седишту послодавца), тужба се може поднети и суду на чијем се подручју рад обавља или се обављао.¹¹⁵⁰

Поступак се, према општим правилима парничног поступка, покреће подношењем тужбе, а материјалним правом одређен је преклузивни рок. Рок за подношење тужбе у радном спору је неоправдано кратак, и износи свега 60 дана од сазнања за повреду права. Осим што је рок кратак, забрињавајуће је да и преклузивног карактера. То значи да рок за последицу има губитак не само права на подношење тужбе него и самог права

¹¹⁴⁷Закон о парничном поступку ("Сл.гласник РС" бр. 125/2004 и 111/2009).

¹¹⁴⁸Закон о парничном поступку ("Сл.гласник РС" бр. 125/2004 и 111/2009), чл. 436-441.

¹¹⁴⁹Стварна надлежност уређена је Законом о судовима и објашњена је у претходном делу рада.

¹¹⁵⁰Закон о парничном поступку ("Сл.гласник РС", бр. 125/2004 и 111/2009), члан 60. Практично то би изгледало овако. Ако је послодавац предузеће из Београда, а радник живи и ради у Шапцу, радник није дужан, као што би био према општим правилима, да тужбу подноси надлежном суду у Београду, те се излаже додатним трошковима доласка на рочишта и слично, него према изберивој надлежности тужбу може поднети и поступак водити пред надлежним судом у Шапцу.

из радног односа, што значи да је запослени изгубио стечено право.¹¹⁵¹ Како се протеком рока сматра да запослени губи право на судску заштиту, сматра се да се одриче од права на тужбу.¹¹⁵² С тим у вези ваљало би увести неке новине у процесно право, као и продужити рок материјалним правом. „Сазнање за повреду права“ се, притом, везује за фактичке радње, које су се кроз судску праксу искристализовале као престанак рада код послодавца, одјава запосленог из обавезног социјалног осигурања, избацивање запосленог, забрана уласка запосленог у просторије послодавца, озбиљна претња упућена запосленом.¹¹⁵³ Оно што је помак у законодавном решењу јесте да с о основним правима из радног односа¹¹⁵⁴ радник није могао тражити судску заштиту пред надлежним судом ако није у законском року тражио заштиту права пред надлежним органом интерне заштите. Тако је у складу са тада важећим прописима Врховни суд Србије заузео став да је тужилац, пропуштајући петнестодневни рок за интерну заштиту у смислу наведене одредбе, изгубио право, не само на право на новчано потраживање, него и право на подношење тужбе и права чија се заштита тужбом траже (у конкретном, да се поништи решење о престанку радног односа и захтев за реинтеграцију)¹¹⁵⁵.

Тужба у споровима поводом престанка радног односа, по правилу се покреће ради оцене законитости акта послодавца о престанку радног односа. Неретко се може захтевати и враћање на рад, ако је изостало доношење одлуке о престанку радног односа. Овде се прави разлика између тога да ли се тужбеним захтевом тражи поништај решења о престанку радног односа, у којем је случају реч о спору о законитости, или се пак тражи утврђење постојања радног односа зато што је раднику престао радни однос, а није донета одлука о престанку, а када је реч о спору пуне јурисдикције. Такође,

¹¹⁵¹ Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 195. Уколико би радник поднео тужбу после овог рока, суд ће решењем тужбу одбацити као неблаговремену. Хипотетички узмимо да је радни однос престао 1.4.2020. године, на начин што је послодавац вратио запосленом радну књижицу саопштивши му да нема потребна знања или способности, односно да не остварује очекивани резултат рада. Није му дао упозорење, камо ли оставио рок за корекцију, није му доставио ни одлуку о отказу, само му је закључена радна књижица и речено му је да од сутра не долази на посао. Радник је неко време у психичком растројству и услед неких околности подноси тужбу 10.7.2020. године, тражи поништење одлуке о отказу, реинтеграцију, накнаду зараде са припадајућим доприносима, упис стажа у радну књижицу. Међутим, без обзира што је очигледно да је отказ незаконит, радникова тужба биће одбачена као неблаговремена. Пошто суд не може утврдити незаконитост отказа јер је рок од 60 дана прекорачен и то за свега неколико дана, суд не може досудити ништа од наведеног.

¹¹⁵² L. Betten, *op. cit.*, стр. 226.

¹¹⁵³ Пресуде Врховног касационог суда Рев2 1248/17 од 18.04.2018. и Рев2 1087/16 од 22.03.2017. године и решење Рев2 2855/17 од 07.12.2017, наведено према М. Поповић, *op. cit.*, стр. 105.

¹¹⁵⁴ Закон о основним правима из радног односа („Службени лист СФРЈ“ број 60/89 и 42/90).

¹¹⁵⁵ Врховни суд Републике Србије, одлука број: РЕВ-189/03 од 25.05.2004. године.

уколико запослени захтева враћање на рад увек је реч о спору пуне јурисдикције,¹¹⁵⁶ па би евентуалне будуће законске измене могле направити јасну дистинкцију између ових двају поступака.

Поставља се и питање дозвољености тужбе, у смислу да ли је радник дужан, најпре, да се обрати са правним леком послодавцу или неком непристрасном телу или се може одмах по уручењу одлуке о отказу обратити суду. Док је важио Закон о основним правима из радног односа, радник није могао тражити судску заштиту ако није у законском року тражио заштиту права пред органима интерне заштите, осим права на новчано потраживање, те је тужба била недозвољена, уколико на одлуку о отказу није био поднет приговор.¹¹⁵⁷ Наравно, овакво решење данас би било неприхватљиво не само због донетих закона, него и због права на приступ суду, права које гарантује Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.¹¹⁵⁸

У парничном поступку из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд посебно води рачуна о потреби хитног решавања радних спорова.¹¹⁵⁹ Ипак, имајући у виду колико траје правоснажно окончање поступка у нашем правосудном систему, јасно је зашто Европски суд за људска права указује на „озбиљне недостатке“ нашег правосуђа¹¹⁶⁰. И у овом делу су неопходне законске измене. Ако запослени има преклузивни рок за подношење тужбе, онда би и суд требало на сличан начин обавезати да поступа хитно, односно створити му одговарајућу обавезу а не све завршити на правном стандарду по ком „суд посебно води рачуна о потреби хитног решавања“. Такође, законодавац је скратио рок за добровољно извршење пресуде, па је

¹¹⁵⁶Б. Живановић, „Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности“, *op.cit.*, стр. 135.

¹¹⁵⁷Одлука Врховног суда Републике Српске број Рев 189/03 од 25.5.2004. године.

¹¹⁵⁸Случајеви који се односе на члан 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама у основи су усмерени на гаранцију запосленима да у разумном року по добијању отказа добију безусловну заштиту пред националним судовима, те Европски суд за људска права настоји да праксом уноси специфична процесна решења у радне односе, као што је начело хитности а које се оправдава егзистенцијалном нужношћу отпуштених радника. Погледати Пресуду Европског суда за људска права у предмету Delgado против Француске, од 14. новембра 2000. године (представка број 38437/87). У Одлуци Врховног суда Републике Српске број 84 0 П 016236 09 Рев од 22.12.2010. године заузет је став да одлука о праву, обавези и одговорности радника је одлука донета у првом степену која је подобна да се побија пред надлежним судом, без обзира да ли је радник користио неки други правни пут ради заштите повређеног права.

¹¹⁵⁹Закон о парничном поступку ("Службени гласник Републике Србије" бр. 125/2004 и 111/2009), члан 438.

¹¹⁶⁰С. Царић, *Радни спорови у пракси Европског суда за људска права*, у: З. Ивошевић (ур.), "Извори, остваривање и заштита права из радног односа", Београд, 2009, стр. 133-139.

парисиони рок за извршење чинидбе у радним споровима осам дана¹¹⁶¹. Ово нарочито има оправдање у погледу враћања запосленог на посао, јер је, наравно, неопходно да што пре дође до реинтеграције. Разлози за хитност и кратке рокове леже у чињеници да је најчешће запослење поводом кога се спор води једини или претежни извор прихода за тужиоца.¹¹⁶²

Начело хитности манифестује се и на концентрацију доказног поступка. То подразумева окончање расправе на једном рочишту или евентуално на неколико њих у кратким роковима. Циљ концентрације доказног поступка јесте задржавање фокуса на свим чињеничним и правним питањима. У том циљу, очекује се да судија ван рочишта темељно и квалитетно припрема расправу, а на рочишту, у том смислу, странке изводе доказе.¹¹⁶³

У току поступка могуће је одредити привремене мере, на предлог странке или по службеној дужности. Наравно, на решење о привременој мери није дозвољена посебна жалба, јер би се тиме изгубила њена сврха. На предлог странке, суд може одредити привремену меру у року од осам дана. У току поступка, суд их може одредити и по службеној дужности, ради спречавања насилног понашања или ради отклањања ненадокнадиве штете.¹¹⁶⁴

За разлику од општих правила, ревизија је дозвољена у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа увек, односно без обзира на вредност спора.¹¹⁶⁵ У погледу ревизије, осим изузетка у погледу вредности радног спора, важе општа правила. Против правоснажне пресуде донете у другом степену странке могу да изјаве ревизију у року од 30 дана од дана достављања пресуде.¹¹⁶⁶ С тим у вези, поставља се и питање оправданости решења из нашег процесног права, које омогућава редовне и ванреднеправне лекове, а на шта је указао Европски суд за људска права у случају Цветковић против Србије. У овој пресуди је, наиме, указано на чињеницу да се

¹¹⁶¹Закон о парничном поступку ("Службени гласник Републике Србије" бр. 125/2004 и 111/2009), члан 440.

¹¹⁶²Пресуда у предмету *Guzicka против Пољске*, од 13. јула 2004.године (представка број 55383/00), став 30, наведено према С. Царић, *op.cit.*, стр. 125.

¹¹⁶³А. Лазаревић, *op.cit.*, стр. 561.

¹¹⁶⁴Закон о парничном поступку ("Службени гласник Републике Србије", бр. 125/2004 и 111/2009), члан 439.

¹¹⁶⁵Закон о парничном поступку ("Службени гласник Републике Србије", бр. 125/2004 и 111/2009), члан 441.

¹¹⁶⁶Закон о парничном поступку ("Службени гласник Републике Србије", бр. 125/2004 и 111/2009), члан 403.

поступци морају водити хитно, те да се поновно вођење поступака након више укидања сматра озбиљним недостацима правосудног система, нарочито у вези са радним спором.¹¹⁶⁷

Даље, у парнично поступку важи опште правило да је свака странка дужна да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника¹¹⁶⁸. Међутим, стандарди МОП-а забрањују да запослени сам сноси терет доказивања да је отказ био неоправдан, већ се од сваке државе уговорнице Конвенције број 158 захтева да обезбеди да или сам послодавац доказује постојање оправданог отказног разлога или да судови или надлежни органи доносе закључак, на основу доказа које ће изнети обе стране. Чини се да наше позитивно право не обезбеђује адекватне гаранције за запосленог, јер према процесном законодавству свака странка мора доказати чињенице које тврди, осим када је реч о отказу представника запослених или отказу због чланства запосленог у синдикату.¹¹⁶⁹ Чини се да би било примереније решење да запослени не доказује, него да пружа индиције суду, а да онда послодавац мора да докаже да оне нису тачне. С друге стране Врховни касациони суд је заузео став да је послодавац дужан да докаже да је дошло до повреде због које се отказује уговор о раду као и да таква повреда оправдава изречену меру отказа.¹¹⁷⁰

Постојање оправданог разлога за отказ може се доказивати свим законитим доказним средствима, као што су изјаве сведока, саслушање, вештачење, увиђај. Посебну пажњу треба обратити на заштиту права запослених на приватан живот, а нарочито због савремених информационих технологија. Послодавци их најчешће користе за контролу присуства запослених, за заштиту здравља и безбедности, заштиту имовине и слично. Из поменутих разлога важно је ускладити кориштење нових технологија како би се обезбедила приватност запослених и заштита личних података

¹¹⁶⁷С. Царић, *op.cit.*, стр. 133-139. Подносилац представке је тужио предузеће „Ласта“ тражећи поништај решења о престанку радног односа у децембру 2001. године, припремно рочиште је одржано у јуну 2002. године, а рочиште за главну расправу заказано за септембар. Пресуда је донета у јануару 2003. године, те је уложена жалба Окружном суду након чега суђење почиње изнова. Пресуда је донета тек у јануару 2006, која је потврђена у марту 2007. Суд је између осталог указао да је неприхватљиво да се одлука изрази три месеца након закључења главне расправе, те указао да након укидања првостепене пресуде пресуде и враћање на поновно суђење, суд више од годину дана није предузимао никакве радње.

¹¹⁶⁸Закон о парничном поступку Републике Србије, ("Службени гласник Републике Србије" бр. 125/2004 и 111/2009) члан 228.

¹¹⁶⁹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 176.

¹¹⁷⁰Пресуде Врховног касационог суда Рев 2 608/14 од 26.12.2014. и Рев 2 978/15 од 004.11.2015, Рев 2 2008/15 од 09.12.2015. и Рев2 2389/15 од 11.02.2016. године.

који су угрожени услед ширења употребе све различитијих информационих технологија: електронског надзора, софистицираног праћења запослених који раде на рачунару, прикупљања биометријских података и слично¹¹⁷¹. Послодавац, наравно не може користити ни традиционалне методе праћења, примера ради, не може ангажовати приватног дектектива који ће пратити запосленог, нити може да, без присуства запосленог, отвара и консултује личне документе које је запослени сачувао на хард диску службеног рачунара. Посебно осетљиво јесте питање личних докумената, при чему приватни карактер документа произилази из њиховог назива или предмета. Такође, као доказно средство не могу бити коришћене чињенице прикупљенена основу надзора електронске онлајн комуникације запосленог са трећим лицима. Право на поштовање приватног живота подразумева и право на приватност преписке, што се односи и на електронску пошту (нико осим онога на кога је насловљено писмо нема права да га отвара и сазна његову садржину). Гаранција права на поштовање приватног живота подразумева и право на остале облике нецензурисне комуникације са другима. За повреду права на поштовање приватног живота довољно је да послодавац прикупља и чува податке без знања запосленог. Европски суд за људска права је, у том смислу, развио концепцију разумног очекивања приватности, која подразумева да је послодавчев надзор над употребом службених средстава за комуникацију допуштен само ако је запослени претходно упознат са њим.¹¹⁷² И у овом контексту важило би све претходно речено у делу рада у којем смо говорили о Поверенику за заштиту података о личности и праву на приватност.

4.3. Правне последице незаконитог отказа

4.3.1. Уопштено о правним последицама незаконитог отказа

Најчешћа врста спорова у поступку пред судовима опште надлежности су спорови за оцену законитости решења о отказу уговора о раду од стране послодавца. За отказни разлог који се тиче неостваривања резултатата рада и непоседовања одговарајућих

¹¹⁷¹Ж. Мирјанић, “Заштита личних података запослених у условима кориштења информационих технологија”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 85/2019, стр. 166.

¹¹⁷²Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 174.

знања и способности то би значило испитивање да ли је пре отказа раднику дато упозорење на постојање разлога за отказ, да ли су разлози у упозорењу и одлуци о отказу исти, да ли је запосленом остављен примерен рок за постизање резултата рада и сл. Уколико је решење, у наведеном смислу, законито, суд ће, даље, испитати оправданост разлога због којих је запосленом отказан уговор о раду.¹¹⁷³ И супротно, уколико је отказ незаконит, без упуштања у расправу о оправданости отказа, суд ће поништити незакониту одлуку послодавца, са свим последицама које произилазе из поништења такве одлуке.

У периоду који је претходио ступању на снагу Закона о раду, једина правна последица незаконитог отказа уговора о раду била је право запосленог да захтева враћање на рад код послодавца, уз право на накнаду штете у виду изгубљене зараде и других примања у периоду незапослености која је настала услед незаконитог отказа (реституциона накнада). Такође, претходно решење предвиђало је да, ако суд донесе одлуку којом утврди да је запосленом незаконито престао радни однос, суд ће одлучити и да запосленог врати на рад.

Важеће одредбе Закона о радуу правни поредак, поред реинтеграције уводе и ново алтернативно решење – компензациону накнаду.¹¹⁷⁴ Према позитивном праву запослени коме је незаконито престао радни однос има право да се врати на рад, уз право на реституциону накнаду¹¹⁷⁵, с тим што запослени има право и да се не врати на рад, у ком случају може захтевати да суд обавезе послодавца да му исплати накнаду штете у висини до 18 зарада, која се одмерава према времену које је запослени провео у радном односу код послодавца, годинама живота запосленог и броју издржаваних чланова породице(компензациона накнада). Суд, при том, нема право да преиспитује

¹¹⁷³Б. Живановић, *Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности*, *op.cit.*, стр. 137.

¹¹⁷⁴Конкретно, институт компензационе накнаде уведен је Законом о изменама и допунама Закона о раду, *Службени гласник РС*, бр. 61/05, чл. 10.

¹¹⁷⁵Изузеци од правила да запослени има право на реинтеграцију прописани су у следећим случајевима: (1) уколико послодавац поднесе захтев да се запослени не врати на рад и докаже постојање околности које оправдано указују да наставак радног односа није могућ, у ком случају је дужан да запосленом исплати накнаду штете у висини до 36 зарада, која се утврђује према истим критеријумима, као и у случају када запослени не захтева да се врати на рад (чл. 191 ст. 6), као и (2) уколико је отказ само формално незаконит у смислу непоштовања отказне процедуре, али су разлози отказа законити и оправдани, запослени нема право на враћање на рад, већ само право на накнаду штете у износу до шест зарада запосленог Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018)чл. 191 ст. 7.

разлоге којима се запослени руководи приликом овог захтева, као ни оправданост или целисходност оваквог решења, већ је дужан да захтев усвоји.¹¹⁷⁶

Уколико се у судском поступку утврди да је отказ дат запосленом од стране послодавца био незаконит, по доношењу утврђујуће правоснажне судске одлуке, уколико запослени то захтева, суд одлучује тако што обавезује послодавца да запосленог врати на рад.¹¹⁷⁷ Дакле, услов за реинтеграцију јесте да запослени то захтева, иначе суд о њој неће одлучивати по службеној дужности. Уколико дође до реинтеграције, питање на који посао ће се запослени вратити је питање целисходности и процене послодавца, али уз ограничење да тај посао одговара стручној спреми и радној способности запосленог. Уставни суд сматра да је питање технике да ли ће се у том случају, са запосленим закључити нови уговор о раду или ће се ићи на измену уговорених услова рада¹¹⁷⁸. У сваком случају, до реинтеграције долази само по захтеву странке, односно о реинтеграцији у случају отказа суд не одлучује по службеној дужности.

Има аутора који сматрају да незаконит отказ, као правну последицу, има ништавост, а из саме ништавости произилази и реинтеграција, те да је последица тога право суда да по службеној дужности наложи реинтеграцију, што се не сматра прекорачењем тужбеног захтева. Такво решење прихваћено је, примера ради, у Немачкој. Мана овог концепта огледа се у својеврсној принуди, уколико ни послодавац ни запослени не желе реинтеграцију (већ накнаду штете), због чега смо става да је прихватљивије решење из нашег права, по којем се суд држи тужбеног захтева, те реинтеграцију досуђује само када је запослени тражи.

Ипак, постоје и случајеви када би реинтеграција могла да угрози функционисање предузећа (на пример када су односи у радној средини нарушени до те мере да даља сарадња није могућа), те савремено законодавство као правну последицу незаконитог отказа предвиђа и право на накнаду. Тада је битно да новчана накнада буде довољно висока како би се радник обештетио, а с друге стране и да је одговарајућа за

¹¹⁷⁶Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 191.

¹¹⁷⁷Б. Живановић, „Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности“, *op.cit.*, стр. 134.

¹¹⁷⁸В. Марковић, *op.cit.*, стр. 108.

послодавца.¹¹⁷⁹ Стога, а и због чињенице да запослени, као субјект који је правно подређен послодавцу, може имати различите мотиве због којих не жели да се врати на рад, а које суд не сме да преиспитује, важећим Законом о раду Републике Србије предвиђена је могућност досуђења накнаде штете запосленом коме је незаконито отказан уговор о раду, односно компензационе накнаде.

Поред захтева за реинтеграцију или алтернативног захтева за компензациону накнаду, последица ништавости незаконите одлуке о отказу јесте накнада штете у висини изгубљене зараде, као и других примања, и припадајућих доприноса код надлежног Фонда за пензијско и инвалидско осигурање, те увезивање радног стажа које би запослени, да је радио остварио, а услед незаконитог отказа није.¹¹⁸⁰ Када је реч о накнади штете, суд је дужан да и у радном спору примењује одредбе Закона о облигационим односима,¹¹⁸¹ односно да накнаду штете умањи за износ који је запослени остварио уколико је, у међувремену, засновао други радни однос, уз примену правила о терету доказивања. У пракси би то значило да запослени треба да изводи доказе на основу којих суд може да утврди да други радни однос није заснован, а тужени – бивши послодавац да доказује да је нови радни однос ипак заснован.¹¹⁸² Ово схватање потврђено је и у судској пракси, у смислу става да радник коме је незаконито престао радни однос има право на накнаду штете за изосталу зараду и друга лична примања, као што су регрес за годишњи одмор, накнада за топли оброк и сл.¹¹⁸³ Ипак, накнада штете не може бити већа од штете, те је потребно утврдити колико је тужилац у спорном периоду зарадио, да би се за толико смањила висина накнаде штете.¹¹⁸⁴

Дакле, према важећим прописима, запослени којем је незаконито престао радни однос има право на компензациону, али и реституциону накнаду. С тим у вези, поставља се питање да ли је реч о једној или двама врстама накнаде штете. Ово питање нема само правни значај, већ и социјални и надасве економски, с обзиром на битно

¹¹⁷⁹Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op.cit.*, стр. 180-183.

¹¹⁸⁰Б. Живановић, „Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности“ *op.cit.*, стр. 134.

¹¹⁸¹Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“ број 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“ број 31/93, „Службени лист СЦГ“ број 1/2003 – Уставна повеља и „Службени гласник РС“ број 18/2020)

¹¹⁸²Б. Живановић, „Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности“ *op.cit.*, стр. 134.

¹¹⁸³Пресуда Врховног суда Србије Рев. 151/93 од 25.02.1995. године, нав. према: М. Ивошевић „Незаконити престанак радног односа“, *op.cit.*, стр. 206.

¹¹⁸⁴Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3698/92 од 03.12.1995. године, нав. према: М. Ивошевић, „Незаконити престанак радног односа“, *op.cit.*, стр. 206.

другачија права и обавезе послодавца и запосленог у случају кумулације, односно алтернатије накнада. Става смо да би за досуду ових накнада важила кумулација, јер се чини да је идеја компензационе накнаде да супституише реинтеграцију али не и остале последице незаконитог отказа, а на том становишту стоји и судска пракса првостепених и другостепених судова¹¹⁸⁵. Разлог оваквог става јесте да се поставља питање целисходности реинтеграције у појединим случајевима отказа, о чему ће бити речи у наставку. Такође, имајући у виду фактичку подређеност запосленог послодавцу, као и чињеницу да је отказ, ипак *ultima ratio* за нарушене односе између послодавца и запосленог, става смо да се не може очекивати од запосленог да у сваком случају тражи реинтеграцију и настави да ради код послодавца, ако је, на пример, вероватно да ће у наставку трпети злостављање на раду. Стога је компензациона накнада адекватано решење, с тим што би је требало ограничити како би се избегле одређене злоупотребе, те пренети овлашћење суду да ипак испитује разлоге због којих запослени, уместо реинтеграције, тражи компензацију.

У случаји незаконитог престанка радног односа, послодавац је дужан да запосленог врати на рад само уколико то запослени захтева. Ако запослени не захтева реинтеграцију, као супституцију за реинтеграцију може захтевати накнаду штете. Накнаду штете као супституцију за реинтеграцију законодавац је лимитирао на износ до 18 зарада које би запослени оствари да је радио. Ова накнада штете нема везе са накнадом штете на име изгубљених зарада. Штета на име изгубљене зараде јесте нужна правна последица незаконитог престанка радног односа, коју послодавац дугује независно од захтева запосленог за реинтеграцијом. Дакле, накнада штете уместо враћања на рад и накнада штете у висини изгубљене зараде представљају два различита вида штете.¹¹⁸⁶

Услед незаконитог отказа, као последица може се јавити и штета испољена у умањењу имовине запосленог, односно у спречавању њеног увећања, а такође може бити проузрокована и нематеријална штета. Стога радник има право на накнаду штете због незаконитог отказа, али меродавне одредбе немају за циљ само репарацију штете,

¹¹⁸⁵Тако, примера ради: Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж1 1476/10 од 12.01.2011. године, <http://www.kg.ap.sud.rs/gz-1.-1476.10.html>, 10.09.2015., Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2978/12 од 26.11.2012. године, <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/271-gz1-2978-12>, 10.09.2015.

¹¹⁸⁶Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 1846/15 од 24.2.2016.године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 97.

него и одвраћање послодаваца од олаког прибегавања отказу. Накнада материјалне штете усмерена је на довођење материјалне ситуације запосленог на ниво на којем је била пре доношења одлуке о престанку радног односа а превасходно се тиче изгубљених зарада и других примања.¹¹⁸⁷

Да резимирамо, незаконит отказ због неостваривања резултата рада односно због непоседовања радних способности, подразумева повреду објективног права, те су основне правне последице поништење решења о престанку радног односа, враћање отпуштеног радника на рад и накнада штете. Овде се, при том, јавља проблем тумачења меродавних закона, нарочито у вези са роковима за подношење тужбе. Наиме Закон о раду предвиђа рок застарелости за свега 60 дана. Међутим, рок застарелости према Закону о облигационим односима износи десет година. Запослени би хипотетички могао тужити послодавца за накнаду штете у року од десет година. Али, да би суд досудио накнаду штете неопходно је утврдити „кривицу“ послодавца у смислу потребе да се утврди незаконитост отказа, а право на утврђење законитости односно незаконитости отказа гаси се истеком субјективног рока од 60 дана. У прилог овом решењу иде став да запослени има сазнања о престанку радног односа од дана када фактички престане да ради код послодавца, без обзира на то да ли је проведена отказна процедура или не. Он, дакле, има реалну и објективну могућност да у том року поднесе тужбу. Ипак, за потраживања из радног односа, а због могућих компликација које носи живот неопходно је оставити дужи рок.¹¹⁸⁸

4.3.2. Разлика незаконитог од неоправданог отказа

Незаконит отказ је сваки онај престанак радног односа који је супротан изричитим законским нормама или пак изричито забрањен (на пример отказ појединим посебно заштићеним категоријама запослених). Дакле, незаконит отказ је отказ, који је без обзира на своју суштину, односно оправданост или неоправданост, супротан

¹¹⁸⁷ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 181.

¹¹⁸⁸ Пресуда Основног суда у Теслићу број 87 0 Рс 012176 12 Рс од 19.09.2014. године

материјалним и процесним законским нормама, те нормама општег акта послодавца или одредбама уговора о раду.¹¹⁸⁹

С друге стране неоправдано, абузивно раскидање радног односа јесте злоупотреба права на једностранни раскид уговора. Када се тиме служи послодавац то значи да отказује радни однос противно основним начелима правног поретка, противно добрим обичајима, противно сврси, противно привредном и социјалном циљу зајемчене сталности запослења.¹¹⁹⁰ Једноставно речено, то је отказ који послодавац даје без оправданог или из неоправданог отказног разлога.

Наш законодавац изричито поред оправданих отказних разлога, наводи и неоправдане, односно наводи разлоге који никако не смеју бити разлог за отказ уговора о раду, иако се таква решења критикују од стране поједих аутора као сувишна. Тако законодавац изричито предвиђа да се не могу сматрати оправданим отказним разлозима привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења; коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета; одслужење или дослужење војног рока, чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална припадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго својство запосленог, деловање у својству представника запослених у складу са законом, обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом општим актом и уговором о раду¹¹⁹¹.

Право на отказ није апсолутно, што значи да послодавац нема апсолутно право да раскине уговор када жели, како жели и са киме жели. Код незаконитог отказа акценат је на форми¹¹⁹², а код неоправданог на суштини. Неоправдани отказ је злоупотреба права на отказ. Код неоправданог отказа долази до повреде личне, субјективне повреде права онога ко доноси такву одлуку. То је отказ који је не само неоправдан, већ често и нецелисходан, те који је сумњиве моралне вредности. Код неоправданог отказа долази до „сиљења права“ на основу личних мотива, који уносе неповерење и сумњу, те се

¹¹⁸⁹М. Миљковић, *op.cit.*, стр. 62-63.

¹¹⁹⁰Б. Шундерић, *Еволуција радних односа у области личног рада средствима у својини грађана*, магистарска теза (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1977, стр. 88.

¹¹⁹¹Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 183.

¹¹⁹²На пример незаконито је решење којим послодавац раскида уговор о раду са радником, ако се у решењу не наведе коју радну обавезу је радник повредио. Пресуда Кантоналног суда у Травнику број ГЖ 464/05 од 17.11.2005. године.

отказ даје само зато што неко има право да га да. Зато се мора бити обазрив приликом процене, јер је реч о самовољи.¹¹⁹³ Тако суд, поводом сваког конкретног случаја води рачуна о свим околностима случаја. Став је Врховног касационог суда да постојање кривичне пријаве против запосленог не представља оправдани отказни разлог, јер не представља ни доказ да је запослени извршио повреду радне обавезе¹¹⁹⁴. Затим оправдани отказни разлози према ставу судске праксе, нису ни неодазивање позиву послодавца за време привремене спречености за рад,¹¹⁹⁵ нити одсуство запосленог због здравственог стања иако о томе нема извештај лекара¹¹⁹⁶. Оправдани отказни разлози не могу бити ни понашање запосленог ни његов/њен говор на синдикалном састанку¹¹⁹⁷, нити понашање које је у складу са устаљеном праксом код послодавца¹¹⁹⁸.

С друге стране, незаконит отказ може (али и не мора) бити оправдан. Дакле, то би био случај када послодавац има оправдани разлог за отказ, али решење о отказу није донео у складу са предвиђеним поступком. Тако је у једном случају, васпитачица, која је ударила дете пластичним аутићем по глави, јер је дете одбило да скупи играчке добила (оправдани) отказ, али без одговарајуће отказне процедуре. Приликом тужбе против послодавца тражила је, између осталог, и реинтеграцију. Међутим, суд је заузео став да је тачно да отказ није законит али је оправдан, па с тога није усвојио део тужбеног захтева који се односио на реинтеграцију.¹¹⁹⁹

Незаконит отказ је онај отказ (који је оправдан или неоправдан) код кога је дошло до повреда правила о отказном поступку. Дакле, повреда правила поступка, чини отказ незаконитим. То, даље, значи да отказ може бити дат из законом предвиђених отказних разлога, али услед пропуста у отказном поступку, такав раскид уговора биће незаконит. Према нашем позитивном праву, испитујући отказ у формалном смислу суд ће као незаконито поништити решење ако послодавац није

¹¹⁹³М. Миљковић, *op.cit.*, стр. 66-67.

¹¹⁹⁴Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 608/14 од 26.12.2014.године наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр.120.

¹¹⁹⁵Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 217/15 од 16.09.2015.године наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр.120.

¹¹⁹⁶Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 2397/16 од 26.10.2017.године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 121.

¹¹⁹⁷Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 2299/17 од 4.4.2018.године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 121.

¹¹⁹⁸Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 1629/16 од 22.6.2017.године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 121.

¹¹⁹⁹Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 678/18 од 20.12.2018. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 98.

упозорио запосленог на постојање разлога за отказ у законом предвиђеној форми,¹²⁰⁰ ако решење о отказу није уручено лично запосленом,¹²⁰¹ ако је решење о отказу донето истог дана као ии упозорење, без остављања законског рока за изјашњење о разлозима који су запосленом стављени на терет¹²⁰² ако разлози за отказ из упозорења нису исти као разлози за отказ из одлуке о отказу¹²⁰³, ако решење није донело овлашћено лице¹²⁰⁴ или је донето по протеклу преклузивних рокова¹²⁰⁵, или пак решење о тзв. дисциплинском отказу не садржи индентификацију повреде радне обавезе у погледу начина, времена и места извршења¹²⁰⁶. С друге стране, на пример, у Немачкој отказ је незаконит уколико у току поступка није консултован савет запослених.¹²⁰⁷ Дакле, могуће је да је отказ дат запосленом из законом предвиђеног разлога, али услед пропуста у поступку давања отказа (у предњем случају, без благовременог консултовања савета заослених) раскид уговора је незаконит. Из тога закључујемо да није реч о суштини него форми, те се поставља питање целисходности поништења решења о отказу. У немачком праву чак и када суд утврди незаконитост отказа, на захтев послодавца могуће је да дође до раскида уговора, са позивањем на чињеницу да се не може више очекивати сарадња двеју страна, али се у том случају досуђује паушална накнада чији су минимални износи утврђени законом (до 12 месечних зарада), с тим да се накнада увећава уколико је запослени био у радном односу дуже време код послодавца и ако је навршио одређену животну доб. Имајући у виду да радни спорови и у Немачкој (и то упркос специјализацији судства) доста дуго трају, најчешће се закључују поравнања у поступку предпрвостепеним судом, па је отуда исплата накнаде чешћа од реинтеграције. Ако, пак, не дође до поравнања и ако првостепени радни суд нађе да је отказ незаконит, отпуштени радник има право да настави са радом код послодавца до доношења правоснажне пресуде апелационог радног суда, и пракса

¹²⁰⁰Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1196/16 од 29.06.2016. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 115.

¹²⁰¹Пресуда Врховног касационог суда Рев2 841/16 од 21.12.2016. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 116.

¹²⁰²Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1196/16 од 29.06.2016. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 116.

¹²⁰³Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1146/16 од 08.09.2016. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 116.

¹²⁰⁴Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2346/17 од 09.05.2018. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 116.

¹²⁰⁵Пресуда Врховног касационог суда Рев2 660/17 од 07.12.2017. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 116.

¹²⁰⁶Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2008/15 од 9.12.2015. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр. 116.

¹²⁰⁷*Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union, op. cit.*, стр. 41.

Савезног радног суда иде у прилог реинтеграцији како у случајевима отказа из разлога понашања тако и из наводних економских разлога.¹²⁰⁸

4.3.2. Реинтеграција као правна последица незаконитог отказа

Уколико се правоснажном судском одлуком утврди да је отказ дат запосленом од стране послодавца био незаконит и уколико запослени то истакне као захтев, суд ће обавезати послодавца на реинтеграцију, односно на то да запосленог врати на рад.¹²⁰⁹ Поред враћања на рад, послодавац је дужан да запосленом исплати и накнаду претрпљене штете у висини изгубљене зараде и других примања, а такође дужан је и да уплати доприносе за обавезно социјално осигурање. Послодавац је дужан да правоснажну одлуку суда изврши, а уколико то не жели, одлука се може извршити принудним путем. Извршење одлуке принудним путем спроводи се изрицањем новчане казне послодавцу и одговорном лицу.¹²¹⁰

Реинтеграција је примарна последица утврђивања незаконитог отказа. С тим у вези, има аутора који су става да утврђивање незаконитог отказа, односно утврђивање ништавости одлуке о отказу аутоматски доводи до реинтеграције. Дакле, сматра се да, ако је акт на основу којег запосленом престаје радни однос ништав, онда је ништав и сам престанак радног односа или другим речима радни однос није ни престао, јер не може престати ништавим актом. Последица ништавости акта коју је суд утврдио јесте и право суда да по службеној дужности наложи реинтеграцију, а да се то не сматра прекорачењем тужбеног захтева.¹²¹¹ Међутим, јасно је да у пракси, неки запослени не желе да се врати на рад код послодавца, најчешће због нарушених односа. Зато важеће одредбе Закона о радуу правни поредакуводе алтернативно решење – компензациону накнаду,¹²¹² у ком случају може захтевати да суд обавезе послодавца да му исплати накнаду штете у висини до 18 зарада, при чему суд нема право да преиспитује разлоге

¹²⁰⁸ Б. А. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 746.

¹²⁰⁹ Б. Живановић, „Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности“ *op. cit.*, стр. 134.

¹²¹⁰ С. Новаковић, *op. cit.*, стр. 127-128.

¹²¹¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 183.

¹²¹² Закон о изменама и допунама Закона о раду („Службени гласник Републике Србије“, бр. 61/05), чл. 10.

којима се запослени руководи приликом овог захтева, већ је дужан да захтев усвоји.¹²¹³

Међутим реинтеграција је незаменљив институт, нарочито имајући у виду да компензациона накнада није решење проблема незапослености. Чини се да, компензациона накнада, представља казну за послодавца јер, за разлику од реинтеграције, компензациона накнада не решава суштинске проблеме запослених. Наиме, радник којем је радни однос престао суочава се са новим проблемом – проблемом тражења запослења. Реинтеграција има важну улогу посебно код лица која теже налазе запослење (старији радници, лица са инвалидитетом, жене). То је од важности, посебно у периоду економских и финансијских криза,¹²¹⁴ те је јако битно да постоји делотворан механизам за извршење одлуке о реинтеграцији (чак и принудног извршења, јер смо сведоци да се судске одлуке често морају извршити принудним путем), и то не само формално, него и суштински, укључивањем радника у процес рада¹²¹⁵.

Реинтеграција као последица незаконитог отказа, заправо, представља повраћају пређашње стање. Она фактички подразумева да се запослени доведе у положај у којем би био да није отпуштен. Стога, поред враћања на рад, има аутора који су на становишту да реинтеграција подразумева и накнаду штете.¹²¹⁶

Према Закону о облигационим односима штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист).¹²¹⁷ С тим у вези, прави се разлика у односу на запослене који су по престанку радног односа због незаконитог отказа обављали рад, те на тај начин оставрили приходе. Уколико је запослени обављао неки рад накнада ће бити умањена у висини остварених прихода. У упоредном праву

¹²¹³Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018) члан 191.

¹²¹⁴Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 178.

¹²¹⁵У супротном се претвара у злостављање на раду, по ставу Врховног касационог суда мобинг празног стола. Овај став заузет је у предмету запослене која се судском одлуком вратила на рад. Тада закључује анекс уговора о раду ради премештаја на посао мајстора столара у одељењу за ручну и машинску обраду дрвета. Међутим послодавац од запослене захтева да вади ексер из палета штап запослена одбија будући да тај посао није у складу са њеним радним место након чега поново добија отказ због неизвршавања послодавчевих налога. Суд заузима став да је послодавац повредио достојанство запослене захтевајући од ње да извршава налоге нижег степена сложености. Реинтеграција је правило од кога све наравно може одступити на захтев једне или обе стране. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 179.

¹²¹⁶Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 182.

¹²¹⁷Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“ број 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“ број 31/93, „Службени лист СЦГ“ број 1/2003 – Уставна повеља и „Службени гласник РС“ број 18/2020) члан 155.

позната су и другачија решења. Рецимо у француском праву ова накнада се неће умањити по основу стечених прихода код другог послодавца код забрањеног отказа, јер се послодавац кажњава зато што је отказ дао из недопуштених разлога (на пример отпуштање учесника законитог штрајка, отпуштања представника запослених без одобрења надлежног органа управе)¹²¹⁸.

Осим што трпи материјалну штету, запослени неретко трпи и нематеријалну штету. Нематеријална штета може се испољити у виду поремећаја психичке и емоционалне равнотеже и повреде професионалне части и угледа, а што је нарочито присутно у случају незаконитог отказа због неостваривања резултата рада или непоседовања радних способности. Радни однос има велики значај не само на издржавање радника него и на његово самопоштовање, идентитет и личну добробит. Зато престанак радног односа може иницирати настанак психолошких и психијатријских проблема, што наш законодавац не препознаје, а судови то неретко не разматрају, те се накнада овог вида штете углавном не тражи и не досуђује, иако она није искључена, те би се на основу Закона о облигационим односима, ако се докаже, могла досудити. У британском праву и пракси ситуација је другачија. Да би се досудила накнада штете разматра се начин давања отказа. Тако се, примера ради, међу облицима накнаде штете налази штета проузрокована боловима који настају услед шока због отказа као дисциплинске санкције, ако дисциплински поступак није проведен. Као посебан вид накнаде нематеријалне штете јавља се и она која се досуђује услед нарушавања угледа, у случају када је радник отпуштен због повреде радне обавезе иако таква одговорност радника није утврђена у одговарајућем поступку већ на основу недоказаних тврдњи. Такође, накнада нематеријалне штете досуђује се и код психијатријске болести инициране отказом¹²¹⁹.

С друге стране, швајцарско право не познаје право на реинтеграцију. Код неоправданог отказа уговора о раду послодавац је дужан да надокнади штету запосленом, која се састоји од износа који би запослени остварио да је био у радном односу. Дакле ако је запослени у спорном периоду остварио неке приходе по основу рада, послодавац ће бити дужан да му накнади само разлику износа који би остварио да је био у радном односу код послодавца и прихода које је умеђувремену

¹²¹⁸Јб. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 182.

¹²¹⁹*Ibid.*

остварио. Овде се може поставити питање, шта ако запослени оствари приходе веће него што би остварио да је радио код послодавца. Право Швајцарске предвиђа додатну надокнаду уколико је приликом отказивања уговора о раду послодавац злоупотребио своје право.¹²²⁰

У Аустрији, питање накнаде штете коју је послодавац проузроковао запосленом уређено је Општим грађанским закоником, а не Законом о раду. Овим закоником је предвиђено да „уколико послодавац отпусти запосленог без важног разлога пре рока или уколико сноси кривицу због превременог отказа од стране запосленог, запослени задржава, без обзира на даљу накнаду штете, своја права на накнаду за рад у складу са уговором, за онај период који би требало да прође до окончања радног односа на основу истека уговором дефинисаног времена или регуларног отказа, урачунавши оно што је због необављања рада уштедео или стекао на други начин или намерно избегао да стекне“.¹²²¹ Уколико, међутим, горе наведени период не траје дуже од три месеца, запослени може одмах да тражи целокупну накнаду за тај период без одбитака.

Сасвим супротно решење прихваћено је у Немачкој. У немачком правном систему реинтеграција је примарна, а ако би послодавац доказао да је даља сарадња између послодавца и запосленог немогућа и да није за очекивање да се односи две стране поправе, суд досуђује компензациону накнаду. Ова накнада одређује се према времену које је запослени провео у радном односу код послодавца и године живота радника, те суд може обавезати послодавца на накнаду у износу од дванаест месечних зарада, највише до осамнаест месечних зарада.¹²²² Слично решење је предвиђено и у праву Словеније, где компензација може износити до 18 месечних зарада. Накнада се, такође, одмерава у зависности од трајања радног односа, и неких других објективних услова, али на висину накнаде утичу и околности које су довеле до незаконитог раскида уговора о раду. У праву Републике Српске, ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев радника за враћање на рад, а на име накнаде штете раднику ће досудити

¹²²⁰А. Berenstein, *op.cit.*, стр. 125-126. Уз напомену да радник не доказује да је претрпео штету због отказа.

¹²²¹В. Марковић, „Правне последице незаконитог отказа уговора о раду“, *Право и привреда*, бр.4-6/2015, стр. 856-857.

¹²²²М. Weiss, М. Schmidt, *op.cit.*, стр. 110.

износ до шест плата радника.¹²²³ Закон о раду Црне Горе прави разлику између законитих и оправданих разлога за отказ уговора о раду, али не прави разлику у правним последицама. Наиме, уколико се у поступку утврди да нису постојали законити или оправдани разлози за отказ уговора о раду, било да их је послодавац прописао својим актом или их је предвидео уговором о раду, запослени има право да се врати на рад, као и право на накнаду материјалне, у законито предвиђеном поступку. Уколико се утврди да је отказ имао за последицу повреду права личности, части, угледа и достојанства, запослени има право и на накнаду нематеријалне штете.¹²²⁴ Закон о радним односима Македоније прихвата решење слично нашем позитивном праву. Наиме Закон прописује да ако је суд утврдио да је запосленом незаконито престао радни однос запослени има право да се врати на рад ако то захтева као и право на накнаду штете. Поред тога, ако суд утврди да је запосленом незаконито престао радни однос а за запосленог није прихватљиво да остане у радном односу (и на захтев послодавца ако постоје околности које указују да наставак радног односа није могућ), суд ће на његов захтев досудити накнаду штете зависно од трајања радног односа, узраста, социјалног стања и обавезе издржавања које запослени има, с тим што за разлику од нашег позитивног права, македонски законодавац није лимитирао висину компензационе накнаде.¹²²⁵

4.3.3. (Не)целисходност права на реинтеграцију код отказа уговора о раду због разлога везаних за њихове способности

Постојање повреде законитости у случају незаконитог отказа решава се тако што се успоставља раније стање, поништава се одлука о престанку и поново се успоставља радни однос.¹²²⁶ Сама незаконитост може имати различите узроке који су последица повреде правила поступка (застарелост, пропуштање достављања упозорења, право на одбрану, образложење, поука о правном леку, достављање решења о отказу) или повреде материјалног права (престанак радног односа без правног основа, тј. без

¹²²³Закон о раду Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/16 и 66/18), члан 195.

¹²²⁴Закон о раду („Службени лист Црне Горе“, бр. 74/19 и 8/21), члан 180.

¹²²⁵В. Марковић, „Правне последице незаконитог отказа уговора о раду“, *op.cit.*, стр. 856-857.

¹²²⁶М. Миљковић, „Незаконит и неоправдан престанак радног односа“, *op.cit.*, стр. 65.

оправданог разлога). Иако су повреде одредаба поступка мање озбиљне од неоправданог престанка радног односа, није за занемарити да се послодавци који крше законске обавезе привилегују и крше начело правне сигурности, као и гаранције права на одбрану и права на правни лек.¹²²⁷ Међутим, поставља се питање сврсисходности реинтеграције у појединим случајевима отказа уговора о раду.

Враћање радника на рад, заправо, представља повраћај у пређашње стање. Да би се радник вратио на рад неопходно је поништити одлуку којом је удаљен са рада. Поништење решења и враћање отпуштеног радника на посао оправдава се начелом стабилности запослења. На тај начин омогућава се раднику да поново приступи обављању посла а самим тим и да остварује сва права из радног односа, као и задржавање права стечених током радног стажа. Враћање радника на рад, при том, подразумева повратак на претходни посао, а у случају да је тај посао у међувремену укинут, онда на посао који одговара стручној спреми, знању и способностима запосленог.

Сматрамо да је приликом дефинисања правних последица незаконитог отказа уговора о раду, законодавац учинио пропуст. Наиме, у покушају да направи разлику између оправданог али незаконитог, и неоправданог али законитог отказа, десила се омашка. Тако законодавац предвиђа да, ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, али послодавац у току поступка докаже да постоје околности које оправдано указују на то да настанак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, суд ће одбити захтев запосленог да се врати на рад и досудиће му накнаду штете. Међутим, ако се има у виду да су разлози за отказ понашање запосленог, његове способности или потребе послодавца, чини се да ова одредба није јасна. Ако нема основа за отказ, није јасно како ће послодавац доказати да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору није могућ.¹²²⁸

Још један проблем код реинтеграције јесте како поступити када суд не доноси одлуку у меритуму. Врховни суд Србије заузео је став да не постоји правни основ за враћање запосленог као тужиоца на рад у случају када је тужба одбачена решењем. Дакле када је решење којим је одбачена тужба (са захтевом за поништавање решења о

¹²²⁷Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op.cit.*, стр. 184-185.

¹²²⁸М. Поповић, *op.cit.*, стр. 97.

престанку радног односа) постало правоснажно не може се захтевати ни реинтеграција, јер је са правоснажношћу решења којим се тужба одбацује и побијано решење туженог о престанку радног односа постало правоснажно.¹²²⁹

Ако се у току поступка утврди да јесте постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона које регулишу поступак за престанак, суд ће одбити захтев за реинтеграцију¹²³⁰. Из ове одредбе произилази да ће суд, по службеној дужности, уколико оцени да је отказ основан али незаконит, одбити захтев за реинтеграцију. У судској пракси, такође, преовладава мишљење да процесне грешке приликом давања отказа неоправдавају реинтеграцију.¹²³¹ Разлог је, управо, питање целисходности. Ако је отказ оправдан али незаконит, а дозволи се реинтеграција, онда ће запослени поново добити отказ, али овај пут у поступку у ком је послодавац испоштовао меродавна процесна правила. Стога би судови требало пажљиво да у сваком конкретном случају изврше процену да ли је отказ оправдан, да ли је понашање запосленог такво да чини наставак радног односа немогућим, те која се сврха постиже реинтеграцијом. У пракси, примена претходног је врло целисходна. Најсликовитији пример из праксе јесте раније поменут пример васпитачице која је добила отказ на незаконит начин, због физичког кажњавања деце. Иако правила отказног поступка нису правилно и потпуно примењена, тужилац је одбијена са захтевом за реинтеграцију јер је отказ основан.¹²³² И у британској судској пракси се поставља питање целисходности реинтеграције, те уколико запослени истакне захтев за повраћај на рад, суд оцењује да ли је то сврсисходно или не, а у самом судском поступку је остављена могућност послодавцу да доказује да му је враћање запосленог на рад непрактично¹²³³.

Нарочито се поставља питање целисходности реинтеграције у односу на отказни разлог који се тиче способности запослених. Дакле, реч је о ситуацији да је отказ који почива на оправданом отказном разлогу који се тиче способности запослених

¹²²⁹Врховни суд Србије, одлука број Рев 1341/09 од 25.11.2009. године.

¹²³⁰Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 191.

¹²³¹П. Трифуновић „Нови Закон о раду - два спорна питања субординације“, *Билтен Врховног касационог суда*, број 3/2015, стр. 271.

¹²³²Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 678/18 од 20.12.2018. године, наведено према: М. Поповић, *op.cit.*, стр.98.

¹²³³Р. Levis „Interpretation of „practicable“ and „just“ in relation to „re-employment“ in unfair dismissal cases“ *Modern Law Review*, број 4/1982, стр. 385-386.

незаконит због пропуста у процедури. Такав запослени би, уколико то пред судом тражи, био враћен на рад. Међутим лице се враћа на исти онај посао са кога је отпуштено јер није остварило резултате рада, односно на посао за чије обављање нема знања, односно способности. Јасно је да ће запослени опет бити у ситуацији да му се откаже уговор о раду. Овде се поставља питање односа суштине и форме отказа. Чини се да би законодавац, ипак, превагу требало да да суштини, те да код овог отказног разлога нема места реинтеграцији. С друге стране, поштовање отказне процедуре је од изузетног значаја, те не би било оправдано занемарити ни тај процесни део. Могло би се прихватити решење по којем би код овог отказног разлога требало занемарити реинтеграцију, а усвојити као репарацију неку новчану надокнаду.

5. Мирно решавање радних спорова

5.1. Медијабилност спорова поводом отказа уговора о раду

Схватајући суштински значај индустријског радног мира за одрживи развој привреде, решавање спорова из радног односа треба тражити у складу са међународним и националним стандардима и праксама. Дакле, решавање спорова, осим традиционалних судских метода, потребно је усмерити и на преговоре између страна или кроз независне и непристрасне механизме као што је арбитражно решавање индивидуалних и колективних радних спорова, и мирење као метод решавања колективних радних спорова у оквиру и посредством Републичке агенције за мирно решавање радних спорова.¹²³⁴ Мирно решавање радних спорова назива се још и алтернативним решавањем радних спорова, иако се то не чини најприхватљивијим термином, јер мирно решавање спорова не представља алтернативу судском поступку. Исправније је користити термин „допунско“ решавање радних спорова, јер представља управо то, допунски, супсидијарни механизам за решавање спорова. Циљ оваквих метода јесте да се судови растерете и да се њихов рад усмери тамо где је судска интервенција, заиста, потребна.¹²³⁵

¹²³⁴М. Радивојевић и други, *Приручник о добрим пракса у мирном решавању радних спорова*, Београд, 2017, стр. 8-9.

¹²³⁵D. Spencer, S. Hardy, *Dispute resolution in Australia*, Sidney, 2014, стр.7-14

У најопштијем значењу, медијација обухвата различите врсте поступака, у којима трећа страна (која нема непосредних интереса у конкретном спору) на различите начине и са различитим овлашћењима интервенише, са циљем да супротстављеним странама помогне да споразумно окончају међусобни спор¹²³⁶. Медијација је, дакле, поступак у којем трећа неутрална особа помаже странкама у спору да постигну нагодбу, али без овлашћења да се о спору донесе обавезујућа одлука, што је њена основна разлика у односу на арбитражу¹²³⁷. Карактеристика овог метода јесте то што је циљ решавања спорова постављен са позиције интереса, а не права. Интересна оријентација наиме, подразумева да су интереси, мотиви и жеље странака, а не утемељеност њихових захтева оно што у коначници има за последицу шири спектар проналажења решења прихватљивог за обе стране, а не нужно имати једну незадовољну страну, као код арбитраже или судске одлуке. То, свакако, не значи да решавање спора може бити противправно, јер ни један интерес не може и не сме бити задовољен ван границе апсолутног јавног поретка.¹²³⁸ Још једна особеност допунских метода решавања спорова налази се у пореклу овлашћења онога који одлучује, јер, за разлику од судије који овлашћења црпи из државног суверенитета, носиоци допунских метода овлашћења црпе из воље самих странака.¹²³⁹

За разлику од медијације, мирење представља најблажи степен спољне интервенције у спору. Миритељ може суптилно навестити праведно решење, али не сме да саопштава своје мишљење о спору и не сме давати препоруке о начину решавања спора. Фактички, миритељ отвара комуникацију између супротстављених страна и помаже да се дође до компромисног решења, кроз међусобно разумевање, због чега треба да покаже изузетну дипломатску вештину. С друге стране, медијација подразумева нешто већи степен интервенције трећег лица него код мирења, и обично следи неуспелом мирењу. Медијатор има активнију улогу од миритеља, истражује релевантне чињенице, те је овлаштен да изнесе свој предлог решења спора у виду правно необавезујуће препоруке. Ова препорука има морално дејство и њена „снага“ зависи од квалитета аргумената у образложењу. Мирење и медијација се могу користити у свим

¹²³⁶R. Jagtenberg, A. de Roo, "Employment disputes and arbitration, an account of irreconcilability, with reference to the EU and the USA", *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu*, број 2/2018, стр. 187.

¹²³⁷A. Uzelac, *Mirenje kao alternativa suđenju*,

http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/D03Mirenje_kao_alternativa.pdf последњи пут приступљено 01.06.2021. године.

¹²³⁸Ј. Милутиновић, М. Ђорђевић, „Медијација и арбитража“, *Билтен Врховног касационог суда*, број 2/16, стр. 277.

¹²³⁹Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013, стр. 188-192.

врстама радних и социјалних спорова, укључујући и спорове поводом отказа уговора о раду, али се најчешће употребљавају у интересним радним споровима. Због сличности процедуре мирења и медијације најчешће оснивају заједничке институције за оба механизма за решавање спорова, под различитим називима – службе, одбори, комисије и сл.¹²⁴⁰ Према нашем позитивном праву, реч је о агенцији. Републичка агенција за мирно решавање радних спорова основана је Законом о мирном решавању радних спорова,¹²⁴¹ по којем и поступа. Прва је специјализована институција која се бави радним правом, односно посебна организација Владе која се бави мирним решавањем индивидуалних и колективних радних спорова.

Занимљиво је да је у овој области Међународна организација рада усвојила препоруку, као самостални универзални радни стандард, а не као пратећу препоруку уз конвенцију. Препорука број 92 усвојена је 1951. године и успоставља правне и институционалне механизме за добровољно мирење, са циљем превенције и решавања индустријских спорова и ствара простор за оснивање јавних институција за мирење инсистирајући на паритетној заступљености послодаваца и запослених¹²⁴². Што се тиче европских радних стандарда, Ревидирана европска социјална повеља предвиђа обавезу држава чланица да унапређују успостављање и употребу одговарајућих механизма за помирење и добровољну арбитражу за решавање радних спорова¹²⁴³.

У нашем позитивном праву, донет је Закон о посредовању у решавању спорова који на општи начин регулише појам, начела, поступак и правно дејство посредовања у решавању спорова прописујући да се посредовањем могу решити и радни спорови уколико није другачије прописано,¹²⁴⁴ а 2004. године донет је и Закон о мирном решавању радних спорова који оснива Републичку агенцију за мирно решавање радних спорова, са надлежношћу за поступке мирног решавања колективних и индивидуалних

¹²⁴⁰ Б. В. Божовић, *op. cit.*, стр. 57.

¹²⁴¹ Закон о мирном решавању радних спорова (“Службени гласник Републике Србије“ број 125/04, 104/09 и 50/18)

¹²⁴² Препорука МОР број 92 о добровољном мирењу и арбитражи, тач. 1 и 2.

¹²⁴³ Ревидирана европска социјална повеља, члан 6. став 1. тачка 3. https://www.ombudsman.co.me/docs/Evropska_socijalna_povelja.pdf

¹²⁴⁴ Закон о посредовању у решавању спорова („Службени гласник Републике Србије“, број 55/2014), члан 3.

спорова и именовања и формирања првог регистра професионалних/овлашћених миритеља и арбитра у Републици Србији.¹²⁴⁵

Првом верзијом Закона о мирном решавању радних спорова уређен је поступак мирног решавања колективних и индивидуалних радних спорова, где је као индивидуални радни спор одређен спор поводом отказа уговора о раду и исплати минималне зараде. Изменама и допунама списак је проширен и на спорове поводом дискриминације и злостављања, уговарања и исплате минималне зараде, појединачних права утврђених неким општим актом: накнада трошкова за исхрану, за долазак и одлазак са рада, исплата јубиларне награде, исплата регреса за кориштење годишњег одмора.¹²⁴⁶ Поступак мирног решавања радних спорова и избора миритеља и арбитра у поступку заснован је на начелу добровољности, иако Закон одступа од овог начела у делатностима од општег интереса.¹²⁴⁷ Поступак мирног решавања радних спорова покреће се подношењем предлога Републичкој агенцији за мирно решавање радних спорова. Уколико су сагласне странке, саме могу изабрати арбитра, а уколико нису онда ће га одредити Агенција, односно њен директор, међутим потребно је Законом прецизирати на који начин и којим актом ће ово именовање директор извршити¹²⁴⁸. Пракса је показала да је потребно и прецизирати рок за заказивање прве расправе у циљу ефикасности, као и да је потребно омогућити да се поступак оконча споразумом страна односно да поступак прекине ако сматра да је немогуће да га реши¹²⁴⁹.

Анализом посредовања као метода за решавање спорова поводом отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада и непоседовања знања и способности, као и анализом овог отказног разлога, могли би закључити да посредовање као метод решавања спора може дати очекиване резултате. Наиме, анализом отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада, односно због непоседовања знања и способности видели смо да је овај отказни разлог без конфликтан. Код овог отказног разлога постоји један објективни елемент, те је и сам запослени свестан да је несврхисходно да настави рад код послодавца. Дакле, запосленог је послодавац

¹²⁴⁵Закон о мирном решавању радних спорова („Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/2004, 104/2009 и 50/2018), чл. 7 и 8.

¹²⁴⁶Закон о мирном решавању радних спорова („Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/2004, 104/2009 и 50/2018), члан 3.

¹²⁴⁷*Приручничко добрим пракса у мирном решавању радних спорова*, Београд, 2017, стр. 18.

¹²⁴⁸Закон о мирном решавању радних спорова („Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/2004, 104/2009 и 50/2018), чл. 10-13.

¹²⁴⁹М. Радивојевић и други, *op. cit.*, стр. 28.

упозорио на могућност раскида уговора, дао му примерени рок и упутство за побољшање радног учинка, те након истека рока радник није задовољио унапред одређене критеријуме послодавца и добио је отказ. Код таквог стања ствари чини се да нема потребе за било каквим поступком. Уколико пак једна од страна сматра да јој је повређено неко право, чини се прихватљивијим обраћање посреднику него суду. Разлог у томе дакле лежи у једној без конфликтној ситуацији јер „нико није крив“. Последица радникових неспособности је објективно мерљива те би је и сам радник требао бити свестан. Обавезе послодавца су такође унапред предвиђене императивним прописима па би их послодавац морао знати и испунити. Уколико пак до неких конфликта током процедуре отказа и дође, то сигурно неће бити непремостиви конфликти јаког интензитета као код неких других отказних (на пример дисциплинских) разлога. За случај да нека од страна ипак није задовољна обимом својих права уз помоћ посредника се релативно лако и брзо може доћи до решења. На тај начин избегао би се дуг и скуп судски поступак. Евентуална мана овог поступка била би необавезност донете одлуке која је слична судском поравнању, а које је за разлику од одлуке посредника обавезујуће и има снагу извршног наслова. Ману посредовања као мирног метода ублажава арбитража.

5.2. Арбитрабилност спорова поводом отказа уговора о раду

Арбитража је метод решавања радних спорова који се састоји у томе што стране у спору поверавају трећем непристрасном лицу или лицима решавање спора доношењем арбитражне одлуке, која обавезује стране у спору (изузев код саветодавне арбитраже). С обзиром да треће лице својом одлуком правноснажно решава спор, арбитража се сматра квази-судским спором и у теорији често назива приватним судовањем.¹²⁵⁰ За разлику од поступка мирења, у стандардима МОП идеја о арбитражи је промовисана као идеја о једном од потенцијалних метода мирног решавања спора, али на начин где би од момента када су странке пристале на арбитражу она требало да буде обавезујућа, чиме би се афирмисао њен ауторитет и обезбедила ефикасност овог

¹²⁵⁰Б. Лубарда, *Радно право. Расправа о социјалном дијалогу и достојанству на раду*, *op. cit.*, стр. 946, 952.

метода решавања спорова¹²⁵¹. Закон о раду прописује могућност арбитражног решавања индивидуалних и колективних радних спорова, предвиђајући да се општим актом послодавца или уговором о раду за индивидуалне радне спорове може предвидети поступак арбитражног решавања.¹²⁵²

У теорији не постоји општеприхваћени појам арбитраже, као метода решавања спорова, али се из бројних дефиниција могу извући основне карактеристике арбитраже, и то: да је арбитража алтернатива државном судовању, да је приватни начин решавања спорова, да је у великој мери творевина странака у спору, и да је исход арбитраже коначна и обавезујућа одлука, по дејствима слична судској.¹²⁵³ С тим у вези истичу се критике да се доношењем арбитражних одлука на које није дозвољена жалба крше уставна права грађана. Међутим, Уставни суд заузео је став да изостанак права на жалбу на арбитражну одлуку није у супротности са Уставом, јер одлуку не доноси државни орган, нити организација која врши јавна овлашћења, него се арбитража заснива на добровољној одлуци страна у спору које су изабрале да спор реше на начелу добровољности, трипартизма и непристрасности.¹²⁵⁴

У индивидуалним и у колективним радним споровима подвргавање арбитражи могуће је на основу писменог, изричитог споразума страна. Дакле у уговору у раду или у колективном уговору мора постојати клаузула која предвиђа решавање евентуалних спорова арбитражом. Реч је, прецизније, о клаузули која би садржала одредбе о броју арбитрара, њиховом именовању, поступању, и неким другим појединостима. Због оскудне законске регулативе, у пракси се поставља и питање ко би, како и у којем поступку могао арбитражити у радним споровима, а нарочито у индивидуалним. Ту постоји бојазан да ће се економски слабијој страни наметнути арбитражи и правила друге стране.¹²⁵⁵ Улога арбитраже је, наиме, много значајнија у интересним споровима него у правним споровима, с обзиром да је предмет интересног спора садржај који се може слободно уређивати, наравно у границама апсолутног социјалног јавног поретка, те је на тај начин објективно арбитрабилнији, тј. пружа већи маневарски простор у односу

¹²⁵¹Препорука МОР број 92 о добровољном мирењу и арбитражи, тачка 6.

¹²⁵²Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018), члан 194.

¹²⁵³Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 17-18.

¹²⁵⁴Решење Уставног суда РС број 15/2005 од 28.09.2006, *Билтен Уставног суда Републике Србије*, број 2/2006, стр. 26.

¹²⁵⁵А. Uzelac, „Arbitraža i radni sporovi“, *Pravo i porezi*, 1997, Zagreb, стр. 51-52.

на правни спор.¹²⁵⁶ С друге стране, Законом о мирном решавању радних спорова формиран је први регистар професионалних/овлашћених арбитра у Републици Србији.¹²⁵⁷ За индивидуалне радне спорове установљен је поступак арбитраже, као поступак у којем независна трећа страна разматра аргументе обе стране и након тога доноси коначну обавезујућу одлуку за стране у спору.¹²⁵⁸

Арбитража за индивидуалне радне спорове може се посматрати двојачко, као метод решавања радног спора и као институционални облик решавања спорова. У првом значењу, арбитража подразумева поверавање решавања спора трећем непристрасном лицу или лицима доношењем арбитражне одлуке, док у другом значи да је арбитража орган, сталан или *ad hoc*, организован од самих странака или трећих лица са задатком да одлучи о спорном питању¹²⁵⁹. Како год било, арбитража је процес који се заснива на поштовању приватности запослених и послодаваца, њоме се штити репутација обе стране, а њена предност се посебно испољава код чувања професионалног угледа, на пример лица која су запослена на високим позицијама у предузећу, јер се штите и они и имиџ компаније.

У Француској је стриктно ограничена могућност обраћања арбитражи. Начелно, радни судови имају примат у решавању радних спорова, јер је Закоником о раду прописано да радни судови имају надлежност над свим питањима везаним за радни однос, па се све супротно може сматрати незаконитим. У односу на забрану радне арбитраже, постоје три изузетка и то су по категоријама спорови који се тичу новинара са више од 15 година радног искуства, и то отказа њиховог уговора о раду, с тим што се арбитража користи само за утврђивање износ накнаде. Другу категорију чине адвокати, с тим што се сваки спор у вези са адвокатима и адвокатским фирмама може решавати пред арбитром, док се трећи случај везује за арбитражни уговор након окончања уговора о раду, јер суд сматра да уговорне стране могу да се, након окончања уговорног односа, обратe арбитражи¹²⁶⁰.

¹²⁵⁶С. Јашаревић, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси*, *op.cit.*, стр. 121-123.

¹²⁵⁷Закон о мирном решавању радних спорова („Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/2004, 104/2009 и 50/2018), чл. 7 и 8.

¹²⁵⁸Закон о мирном решавању радних спорова („Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/2004, 104/2009 и 50/2018), чл. 31-37.

¹²⁵⁹М. Драгићевић, „Решавање индивидуалних радних спорова арбитражом – упоредноправни приказ“, *Право и привреда*, број 7-9/2018, стр. 537-538.

¹²⁶⁰М. Драгићевић, *op. cit.*, стр. 539-540.

И у Немачкој је ограничена могућност да се искључи надлежност радног суда због укорененог става да се све суштинске одредбе Закона о раду морају применити у свим случајевима уз помоћ радних судова, јер се на тај начин повећава правна сигурност, али и омогућава једнообразна примена закона. Сматра се, наиме, да допринос развоју закона не може дати арибитража, али може Савезни радни суд.¹²⁶¹ И, генерално, у правним системима где постоји специјализовано радно судство нема пуно места за арбитражу. Разлог је, чини се, тај што су специјализовани радни судови сличнији арбитражији него судовима опште надлежности, јер су у односу на њих флексибилнији.¹²⁶² У Шведској је решавање индивидуалних радних спорова поједностављено, и сама концепција је постављена супротно од Немачке и Француске, јер овде судови решавају све радне спорове, осим оних које решава арбитража. Трошкови спора бесплатни су за чланове синдиката, док запослени који то нису могу тражити правну помоћ коју јавне власти одобравају запосленима са ниским приходима.¹²⁶³

У Сједињеним Америчким Државама, арбитража се регулише колективним уговорима и користи за спорове између синдиката и послодаваца, као и за спорове који се односе на повреду радне дисциплине и отпуштање запослених без оправданог разлога. Насупрот наведених примера, у Сједињеним Америчким Државама је арбитражно решавање спорова неретко споро и скупо, јер стране обично ангажују адвокате, а након завршетка арбитражног поступка се обраћају суду. Други тип арбитраже у Сједињеним Америчким Државама јесте тзв. обавезна арбитража, која подразумева да су запослена лица у обавези да прихвате арбитражу у тренутку када заснују радни однос, било да то чине потписивањем уговора о раду или давањем сагласности на политику обавезне арбитраже, која је интегрални део општих аката послодавца. По уговору се од запосленог захтева да путем арбитраже решава све спорове који настану између њега и послодаваца, чак и спорове поводом дискриминације. Тада запослени нема право да се накнадно обрати другој институцији, а евентуална жаба дозвољена је у малом броју предмета.¹²⁶⁴

¹²⁶¹М. Драгићевић, *op. cit.*, стр. 539-541.

¹²⁶²С. Јашаревић, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси, op.cit.*, стр. 121-123.

¹²⁶³М. Драгићевић, *op. cit.*, стр.545.

¹²⁶⁴М. Драгићевић, *op. cit.*,стр.546-547.

Дакле, као што је указано код посредовања, чини се да би било сврсисходније и економичније потражити помоћ арбитра за решавање конфликта поводом отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада, односно непоседовања знања и способности. У конкретном, чини се да је за ове спорове арбитрабилност погоднија и од посредовања и од судског начина решавања спорова. Оно што је предност посредовања у односу на судско решавање спорова, важи и за арбитра, с тим што за разлику од посредовања у којем се не доноси обавезујућа одлука, у арбитражи се доноси одлука слична судском поравнању, а које је за разлику од одлуке посредника обавезујуће и има снагу извршног наслова.

5.3. Предности и недостаци мирног у односу на судско решавање спорова поводом отказа уговора о раду

Предности мирног решавања радних спорова јесу експедитивност и знатно јефтинији или чак потпуно бесплатни поступак.¹²⁶⁵ При том се у погледу мирења и медијације, као основна обележја (и предности) појављују флексибилност, неформалност и одлуке компромисног карактера, јер је шири спектар проналажења решења прихватљивог за обе стране. Ови методи су погоднији за решавање интересних спорова, док је суд позванији да решава о конфликту око права, односно правних спорова.¹²⁶⁶ Циљ јесте да се судови растерете и усмере тамо где је судска интервенција заиста потребна.¹²⁶⁷ Упркос свим нејасноћама које се јављају око не баш развијених мирних метода решавања спорова, требало би да будемо свесни предности ових метода. Искуства развијених индустријских земаља показују да, у начелу, примена ових метода омогућава брзо, флексибилно и правично решавање индивидуалних радних спорова, због чега се сматрају незаменљивим инструментом постизања и одржавања социјалног мира, друштвене и привредне стабилности и развитка, и добре сарадње рада и капитала.¹²⁶⁸

¹²⁶⁵ Бар тако предвиђа Препорука МОП број 92 о добровољном мирењу и арбитражи, тачка 3.

¹²⁶⁶ С. Јашаревић, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси, op.cit.*, стр. 18-20.

¹²⁶⁷ D. Spencer, S. Hardy, *op. cit.*, стр.7-14.

¹²⁶⁸ А. Uzelac, „Arbitraža i radni sporovi“, *op. cit.*, стр. 52.

Особеност допунских метода решавања спорова налази се у пореклу овлашћења онога који одлучује. За разлику од судије који овлашћења црпи из државног суверенитета, носиоци допунских метода овлашћења црпе из воље самих странака.¹²⁶⁹ То је уједно и највећа мана овог начина решавања спорова, нарочито ако би се том одлуком послодавац обавезао да изврши обавезу према запосленом. Уколико послодавац не би добровољно испунио обавезу, запослени би опет морао да се обрати суду.¹²⁷⁰

Основна предност арбитраже, у односу на судски поступак, јесте што је поступак пред арбитражом краћи, једноставнији и ослобођен сувишног формализма. Интересима обеју страна у спору одговара што је битнија суштина од форме. Добровољни карактер ове методе успоставља легитимитет прихватљивости коначне одлуке, те се она не доводи у питање, јер се заснива на унапред постигнутом договору да се прихвати као коначна и обавезујућа. У томе се нарочито огледа ефикасност, јер је одлука коначна за разлику од судске,¹²⁷¹ која се често мора извршавати у другом судском поступку – извршном поступку. По томе што се окончава доношењем одлуке сличне судској, арбитража је блиска суђењу. Међутим, између суђења и арбитраже може се уочити више значајних разлика и то: док су судије државни функционери, субјекти радног односа сами бирају арбитра или их поставља надлежни орган са листа које су састављене на њихов предлог; арбитражни поступак је неформалнији и флексибилнији у односу на судски поступак; док судије пре свега воде рачуна о законитости, арбитраи акценат стављају на функционалност решења и његову заснованост на компромису.¹²⁷² У односу на отказ, чини се подеснијим спор решавати мирним путем јер се конфликти двеју страна не продубљују. Ово нарочито треба имати у виду код реинтеграције. Након исцрпљујућег судског поступка у којем ће се по правилу, а имајући у виду начело парничног поступка према којем свака страна мора да докаже оно што тврди, обе стране потрудити да докажу да су у праву те износити разне чињенице о супротној конфликти послодавца и запосленог ће се проширити. Код мирних метода тежиште је неком компромисном решењу у којем нико није или сви јесу управу.

¹²⁶⁹ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 188-192.

¹²⁷⁰ Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић *op. cit.*, стр. 277.

¹²⁷¹ М. Драгичевић, *op. cit.*, стр. 538.

¹²⁷² С. Јашаревић, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси*, *op. cit.*, стр. 121-123.

ЗАКЉУЧАК

Постојање основа за отказ, као правне чињенице, је најзначајнији елемент поступка престанка радног односа, јер без тога ни у једном случају до престанка радног односа не може доћи. Општеприхваћена класификација основа за отказ не постоји, а чини се прикладним разврстати их на оне које су израз воље субјеката радног односа, само једне (отказ уговора о раду на иницијативу послодавца или запосленог) или обе стране (споразумни престанак радног односа) и оне које то нису (сви остали основи престанка као на пример смрт запосленог, стицање услова за пензију, доношење одлуке о забрани вршења професионалних активности). Истраживање једног од вољних основа за престанак уговора о раду од стране послодавца, из разлога непоседовања знања и способности на страни запосленог, односно неостваривања резултата рада, интересантно је из више разлога. Најпре, изучавајући радно право примећујемо да се оно развија као „заштитничко“ у односу на запосленог, те и данас постоје предрасуде да је радно право *a priori* усмерено ка заштити запослених као економски слабије и правно подређене стране радног односа, нарочито у области престанка радног односа на иницијативу послодавца. Међутим, отказни разлог због неостваривања резултата рада односно непоседовања знања и способности штити и легитимне интересе запослених, тражилаца запослења, послодаваца и општедруштвене ефикасности.

Суконтрахенти радног односа имају право на отказ, што је последица преламања слободе рада и слобода предузетништва - утемељеним правом на рад и правом својине. Зато, радни однос карактерише реципрочност права и обавеза субјеката тог односа. Међутим у конкуренцији формално једнаких економских права (права на рад и права својине) потребно је обезбедити једнаке шансе за остваривање и заштиту интереса које та права покривају, те на тај начин створити равнотежу ових двају права. Дакле сусрет слободе предузетништва и права на рад резултира асиметријом овлашћења послодавца и запосленог за иницирање престанка радног односа, чиме се доводе у равнотежу интереси ових субјеката. У том смислу, радни однос, као скуп права, обавеза и одговорности запосленог и послодавца, мора се кретати у равни интересно уравнотежених позиција његових субјеката. Ово радном односу обезбеђује постојаност и перспективу, у супротном он је подложен раскиду снагом интересног сукоба.

Уређивање отпуштања је камен темељац радног законодавства као законског система усмереног на решавање социјалног конфликта и на максимизирање друштвене ефикасности на тржишту рада кроз уравнотеженост односа моћи послодавца и радника. Због значаја који рад има за сваког појединца (и то не само у материјалном смислу) потребно је осигурати достојанствен третман радника за случај отказа уговора о раду. У развоју заштите запослених од неоправданог отказа, најзначајнију тачку представља увођење општег принципа да отказ од стране послодавца треба да буде оправдан. Развој је крунисан уставним гарантијама, путем начела законитости престанка радног односа, неоспоравајући легитимитет послодавчевих одлука уз одређени ниво материјалноправних и процесноправних гарантија. Током истраживања покушали смо да аргументовано укажемо на оправданост отказа уговора од стране послодавца због професионалних разлога али уз одређен ниво процесноправних и материјалноправних гарантија, истовремено разграничавајући га од сличних отказних разлога и уз осврт на неоправдане отказне разлоге, уз компарацију са међународним стандардима и страним правима а у циљу проналажења примера добре праксе који би могли послужити и нашем законодавцу и социјалним партнерима као инспирација или модел у овој области. У раду смо указали и на могуће злоупотребе које се јављају у оним сегментима у којима је потпуно изостао или је недовољан правни оквир.

Истражујући радно право спознали смо његову рањивост на економске и финансијске кризе, али и процес глобализације којије додатно девалоризовало људски рад, а што је за последицу имало појаву нових тенденција које се крећу у корист концепата запошљивости и целоживотног учења. Традиционални концеп запошљавања више се не може прилагодити свим запосленима, нити уговори о раду на неодређено време могу одолети изазовима глобализације. С друге стране и дерегулација радног права пропагира се као гарантија и допуна послодавчевог права да слободно и флексибилно организује и управља радом запослених у име обезбеђивања привредног раста. Као што је циљ радног права стварање равнотеже између послодаваца и запослених, у овом контексту радно право треба да пронађе праву меру између ригидног и флексибилног уређивања отказа.

Могућност престанка радног односа је увек присутна јер у свакодневном животу било које продуктивне организације континуирано се јављају блажи или већи сукоби између запослених и послодавца који се каналишу сталним и свакодневним

преговорима. Ако се сукоби не могу адекватно превазићи у коначници се решавају отказом. Основи и случајеви отказа уговора о раду подлежу строгом режиму правних норми. Строга законска решења која се тичу престанка радног односа непосредно гарантује законитост отказа, али и постојање оправданог разлога за давање отказа. Брана је злоупотреби права на отказ, неоправданом или немотивисаном отказу, отказу из обести или шикане, те је потреба и нужност да закон пропише основе и случајеве престанка радног односа, и уопште, правила о отказу како би се сузила аутономија послодавца код отказа уговора о раду. С друге стране правила одговарају и послодавцима који када се сусретну са запосленима који су им на терету, могу на законит начин отказати уговор о раду, те на тај начин избећи све (најпре економске) негативне последице незаконитог отказа.

У општем режиму радних односа, запослени и послодавац ступају у међусобни однос на основу уговора о раду, по коме једна страна обавља посао у складу са својим опредељењем и квалификацијама, а друга страна се обавезује да награди тај рад и приушти друга права у складу са установљеним нормама. Основна обавеза запосленог по основу уговора о раду јесте лично извршавање престације рада, односно стављање својих способности, знања и умећа, квалификација и специјализација, на располагање послодавцу а према посебним условима који су тражени за заснивање радног односа.

Посебни услови за заснивање радног односа захтевају се за рад на одређеном послу, односно радном месту. Предвиђа их најчешће послодавац својим правилником о организацији и систематизацији послова, мада за одређене послове то чини и сам законодавац посебним законима. Приликом одређивања посебних услова неопходних за обављање задатака мора се водити рачуна о сразмерности, што значи да се као посебни услови могу се прописати само услови који су неопходно потребни за обављање посла. Посебни услови траже се у зависности од конкретног радног места и радник их мора имати како приликом заснивања, тако и за све време трајања уговора, јер се од запосленог очекује да располаже свим тим способностима, знањима и вештинама, те да у коначници остварује предвиђене резултате рада.

С тим у вези одговорили смо на питање које се у раду јавило као примарно, да ли је отказ због неостваривања резултата рада односно непоседовања знања и способности један отказни разлог (за који је потребно испунити оба кумулативна елемента) или је пак реч о два отказна разлога. Непоседовање знања и способности не треба мешати са

неостваривањем резултата рада, иако, управо, та околност може довести, односно резултирати изостанком резултата. Неостваривање резултата рада везује се за неостваривање циља, и неопходно је поуздано и објективно утврдити да запослени не обавља послове у предвиђеном обиму и са предвиђеним квалитетом, и то због недовољног рада и незалагања, а не због незнања или неспособности за рад.

Изостанак резултата рада код запосленог који има одговарајућа знања и способности, најпре, може бити последица неких објективних околности на које запослени не може утицати. Међутим, резултати рада могу изостати због недовољног рада, односно незалагања. У овом случају разликују се две ситуације: прва у којој запослени има знање и способности, уме да ради, нема утицаја објективних околности на остваривање резултата, али очекивани резултати ипак изостају. Узрок изостанка јесте немар, незалагање, то што се запослени не труди довољно, те се изостанак резултата приписује лењости, и тада постоји основ за отказ уговора о раду због неостваривања резултата рада. У другој ситуацији радник, такође, има потребне способности и на њега такође не утичу објективне околности али резултати овде изостају због кривице запосленог, дакле постојања намере. Тада долази до отказа уговора о раду из дисциплинског разлога. У случају неостваривања резултата рада, говоримо о запосленом који може, али неће да ради, док у другом случају запослени хоће али не може да ради на одговарајући начин. Чини се легитимним да се према овим лицима поступа на различите начине, те је, управо, то разлог због кога ваља инсистирати на разликовању ова два отказна разлога.

Отказ због неостваривања резултата рада јесте легитимна последица управљачких овлашћења послодавца, посебно његовог овлашћења да вреднује резултате рада и способности запосленог. Иако је реч у основу о деривату управљачких овлашћења, донекле бисмо могли рећи да представља акумулацију сва три основна овлашћења послодавца. У нашем праву, евалуациона овлашћења апсолутно су изостала из сваке регулативе, па чак и обраде на научном нивоу. Наш законодавац, наиме, не утврђује одредбе о оцењивању запослених, мада истина у томе не одступа много ни од упоредноправних решења, осим приликом утврђивања радног учинка који је предвиђен законом за утврђивање обрачуна зараде. Осим тога утврдили смо да евалуирање рада запослених има за циљ откривање и отклањање недостатка у раду, а утиче и на објективно доношење одлуке о напредовању и стручном усавршавању запослених. Због

вишенаменског карактера и значаја оцењивања, става смо да је законодавац морао пронаћи воље за уређење овог питања. У недостатку правне регулативе, оцењивање запослених је ван домаћаја било какве контроле, јер правила оцењивања прописује сам послодавац. На тај начин наизглед објективна оцена може бити мотивисана недопуштеним својствима запосленог односно мотивисана неким субјективним побудама послодавца.

Кроз анализу теорије и праксе спознајемо да се резултати рада прате непосредним прегледом рада и производа рада, те контролом квалитета и квантитета обављеног посла. Такође, закључујемо да је сасвим извесно да праћење резултата рада, притом, даје обостране користи. За запослене, значај праћења резултата се огледа у компарацији резултата између запослених, што доприноси радно-професионалном успеху, док бољи обим и квалитет рада доприноси не само вишој заради, бржем напредовању на раду, већ и већој стабилности и очувању запослења у случају колективних отпуштања, док за послодавца води очувању конкурентности, нагрђивању и мотивацији успешнијих радника, те задржавању најбољих радника за случај утврђивања вишка запослених.

Законодавац у одредбама које се тичу минималне зараде, на пример, говори о стандардном учинку, па се не види разлог да се и у другим случајевима, бар на тај један уопштени начин не дефинише. Овде би се могло отићи и корак даље, те би законодавац могао да обавезе сваког послодавца да општим актом конкретизује тј. прецизира резултат рада запосленог као појединца, или супротно, да прецизира због чега запослени може добити отказ. У раду су изнете и идеје по којој би се могли успоставити нормативи и стандарди за одређену делатност и нормативи и стандарди у средини у којој запослени ради, који би служили као коректив, тј. као помоћна мерила која би фактички контролисала да ли су нормативи и стандарди у средини у којој запослени ради - одговарајући.

Према Општем колективном уговору закљученом за Републику Србију 2008. године послодавци су користили код утврђивања обима и квалитета посла, поред норматива и стандарда рада, још и оно што је утврђено програмом рада, при чему је програм рада био својеврсан планирани резултат. За неке професије постоји детаљна подзаконска регулатива радног учинка која би могла да послужи као *modus operandi* законодавцу за превазилажење тренутних правних празнина. Ипак, када су предвиђени,

уобичајени резултати рада одређују се на основу технолошких стандарда у редовним условима рада.

Сама отказна процедура у Републици Србији у компарацији са упоредноправним решењима и међународним стандардима је прихватљива, мада су у раду предложене неке измене, које би се могле имплементирати у законодавна решења. Да би дошло до отказа уговора о раду због изостанка резултата рада потребно је трајније неостваривање резултата рада и то из субјективних разлога. Осим што је то опште правило уговорног права (јер једнострани раскид уговора није оправдан због незнатног неизвршења уговорне обавезе), то је и позитиван пример законског решења по којем се пре отказа по овом основу запослени мора писмено упозорити на постојање свих околности за отказ, те да му се пре отказа морају дати упутства како би побољшао рад, и да му се мора оставити примерени рок за побољшање рада. Императивним одредбама законодавац даје запосленом другу шансу и пружа један вид процесне, али и суштинске заштите јер послодавац у овом акту мора и конкретизовати шта очекује од запосленог, те му објаснити на који начин може остварити послодавчева очекивања, односно мора навести тачне пропусте у раду запосленог и начин на који се они исправили, кроз писмена и јасна упутства, а отказни разлог може бити оправдан само уколико запослени не би поступио стриктно по тим упутствима.

Оно што би се даље могло унапредити јесте постављање минималне границе трајања рока за унапређење резултата, односно одредити ту рок као “разуман” јер је чак и стандард изостао. Могло би се отићи и корак даље те обавезати послодавце да општим актима прецизирају стандарде. Такође, можда би то било амбициозно (имајући у виду да се ни у упоредном праву нисмо сусрели са таквим решењем), али не и неизводљиво, да се утврди обавеза послодавца, да од момента достављања упозорења запосленом, формира комисију надлежну за праћење рада, те да општим актима прецизирати начин на који се бира комисија која оцењује резултате рада, њихову стручну спрем, односно квалификације, или подобност да надзиру и оцењују рад запослених, могли би се усвојити неки параметри за рад комисије, предвидети партиципација запослених у праћењу рада, прецизирати мерила, критеријуми и оцене по којима се прате резултати и оцењују запослени.

Похвале заслужује то што је што је наша судска пракса кориговала пропусте законодавца (иако наше право није прецедентно, те судске одлуке не могу заменити

закон, али свакако је помак направљен) те је заузет став да код послодавца, најпре, морају бити утврђени нормативи и стандарди у погледу обима и квалитета као и други критеријуми утврђени колективним уговором или правилником о раду на основу којих би се вршило мерење радног учинка као и запосленом остави додатни рок за побољшање рада и резултата рада у складу са актом послодавца. Тиме је потврђена и једна од хипотеза нашег рада да правна одређеност и објективизација норматива рада доприноси спречавању злоупотребе права на отказ уговора о раду због неостваривања резултата рада.

Код другог отказног разлога, непоседовања знања и способности, нису предвиђени механизми заштите као у претходном случају. Законодавац не гарантује запосленом који нема потребна знања и способности, односно не предвиђа обавезу која би се тицала упозорења, давања упутства и остављања рока за побољшање радног учинка. Иако смо у раду указали на који начин би се аналогно могло применити законодавно решење предвиђено за изостанак резултата рада на непоседовање знања и способности (где би ти након упозорења био остављен рок за едукацију, обуку и слично) указали смо, а чини се и оправдали законодавно решење да код овог отказног разлога нема места "другој шанси". Ово из разлога што се знање или има или нема.

Када је, пак, реч о способностима, ваља имати у виду да су оне у некој средини између знања, на која објективне околности не утичу у некој драстичној мери, и резултата рада, код којих се објективни чиниоци морају искључити. Способност је спремност да се примене знања и вештине у обављању послова. За оцену способности потребно је да лице има знање, али и да има остварени резултат, те је радна способност симбиоза два елемента: знања и оствареног резултата. Због предњег, код оцене способности могуће је да неке објективне околности утичу на крајњи исход провере и оцене способности запосленог.

Аналогно "другој шанси" код изостанка резултата рада јесте позитиван пример немачког права у којем је за законитост отказа потребно да је, запослени осим што тренутно нема радних способности, извесно да их неће ни имати. Оваква одредба би се могла имплементирати и у наш радноправни систем, те и проширити на изостанак знања (у смислу да није објективно очекивати да запослени потребна знања стекне у неко догледно време). Послодавац није дужан да, као што је то био случај према раније важћем Закону о радним односима, накнадно води посебан поступак за утврђивање

неспособности за рад запосленог, али је, свакако, дужан да у образложењу решења отказа уговора о раду наведе на основу чега је утврдио да запослени нема способности за обављање послова на којима ради.

Оно што се свакако мора уредити у нашем праву јесте ко прати и ко је надлежан да испита да ли запослени има или нема знање, односно способности. У редовном стању ствари, послодавац константно прати рад запослених, јер прати функционисање предузећа. Уколико у раду појединца примети нека одступања, у складу са слободом предузетништва, има право да провери способности, односно знања запосленог. Могло би се рећи да је то провера *ad hoc*. С друге стране, у неким професијама периодична провера знања и способности је редовна процедура којој се прибегава најчешће на годишњем нивоу. У вези са претходним, поставља се питање надлежности, критеријума и процедуре за утврђивање потребних знања и способност запослених, јер и овде недостаје правни оквир пре покретања отказног поступка.

Ако се образује комисија, треба водити рачуна да чланови комисије, који ће вршити стручну процену треба да имају најмање исти степен и врсту стручне спреме као и запослени чија се знања и способности проверавају. Такође, ваљало би да комисија буде у непарном саставу, због гласања приликом доношења одлука. Циљ ове комисије био би да утврђује чињенице и одлучује да ли оне представљају разлог за отказ уговора о раду. Комисија би могла доносити мишљење, односно закључак који ће послодавац искористити за образложење – разлог отказа. Било би пожељно да се општим актом послодавца утврди да ће у случају сумње у знања и способности запосленог послодавац и запослени формирати ову комисију. Дакле, могуће решење било би да констатовање одсуства знања и способности буде у надлежности неке *ad hoc* комисије која би се формирала за сваки конкретан случај. Предности *ad hoc* комисије је тај што се у сваком конкретном случају чланови комисије морали разликовати, најпре, због стручне спреме, односно због квалификација. Ова комисија требало би да изврши поменуту оцену и то на јасно и недвосмислено утврђеном чињеничном стању. Било би пожељно дефинисати и у ком поступку и на основу којих мерила би се ови отказни разлози утврђивали као чињенице, јер би се на тај начин умањила могућност произвољног доношења одлуке и необјективног поступања, те би и заштита запослених била на вишем нивоу, јер уколико послодавац сам бира чланове комисије јасно да су могуће различите злоупотребе у пракси. Неспорно је да би увођење законске

обавезе утврђивања критеријума и надлежности за оцењивање знања и способности запослених допринело већој правној сигурности у области заштите од неоправданог отказа.

Међутим, као противаргумент за већу стопу заштите запослених који немају знање или способност јесте чињеница да је тренутна стопа незапослености висока, те да се запошљавањем “мање квалитетних” обесмишља институт јавног оглашавања слободних послова. Наравно, код неких професија јасно је да може доћи до тога да кандидат за запослење „заблеста“ на тестовима знања, а да их касније не може практично применити на месту рада. Дакле, како у животним околностима има свега, питање је на који начин решити проблем запошљавања неодговарајућих кандидата за заснивање радног односа.

Неостваривање резултата рада, а због изостанка знања односно способности не повлачи по аутоматизму најтежу последицу, мада би овде требало направити разлику да ли је изостанак резултата везан за изостанак знања или способности у смислу умећа обављања неких активности које нису високоинтелектуалне (шаблонских послова у производњи и слично) или способности да се примене стечена знања у пракси. У другом случају, не би се косило са институтом јавног оглашавања слободних послова да се запосленом да „друга шанса“, те да се фактички запосленом покаже како да стечена знања и примени, док смо става да, у духу једнаких шанси за запошљавање и духу института јавног конкурса, као „такмичења знања и способности“, за први случај не треба остављати додатан период, јер се на тај начин други кандидати за запослење доводе у неповољнији положај. С тим у вези анализирајући законодавне могућности које пружају јавни конкурс, претходна провера способности кандидата за запослење и пробни рад нисмо могли а да не укажемо на недовољно коришћење законом предвиђених института у циљу проналажења најадекватнијег, најспособнијег и најстручнијег запосленог, а нарочито имајући у виду чињеницу да у општем режиму радних односа у нашем праву не постоји обавеза јавног оглашавања слободних послова.

Ипак, става смо да, у зависности од ситуације, тј. зависно од чињенице да ли лице има знање и вештине које не уме да конкретно примени или их нема уопште, законодавац треба да предвиди разлику и да, у том контексту, у првом случају утврди обавезу послодавца да запосленом да упозорење са додатним роком, а у другом не.

Овде нарочито треба имати у виду да код уговора о раду у погледу извршавања престације рада постоји облигација средства те отказ не може бити аутоматска последица изостанка резултата. Свакако, у аналогiji са неостваривањем резултата рада, где је законодавац отказ предвидео само као могућност, не и као обавезу, имплицира да послодавац дискреционо може одлучити о томе да ли ће, када се стекну услови за отказ, отказ заиста и дати запосленом.

Законска обавеза да се аутономним изворима радног права нормира сваки посао и предвиди “предотказни” и отказни поступак може допринети већој правној сигурности; премда се аутономним изворима радног права могу попунити правне празнине у области заштите од отказа уговора о раду због неостваривања резултата рада и непоседовања знања и способности, тиме се не искључује потреба за стварањем когентних норми у овој области. Моћ когентне норме најбоље долази до изражаја код већ поменуте “друге шансе” коју законодавац даје запосленом који неостварује резултате рада, без могућности утицаја послодавца, јер прописује обавезу давања упозорења и остављања рока да се запослени поправи радни учинак по упутствима послодавца.

Након што се стекну услови за отказ, до отказа не мора нужно и доћи. Послодавац има дискреционо право да отказ да или не да. Не оспоравајући легитимитет одлуке која је последица управљачких овлашћења, наше радно право успоставило је одређен ниво процесноправних и материјалноправних гаранција које су у складу са међународним стандардима. Чак смо компарацијом страних радноправних система могли уочити да је наше законодавство повољно за запослене, што се може објаснити, између осталог, утицајем решења усмерених на обезбеђивање сигурности запослења из периода самоуправног социјализма.

Како запослени не би био у неизвесности у недоглед, осмишљен је најпре институт рока застарелости. То је онај период у којем послодавац има могућност да откаже уговор о раду. Функција овог рока јесте, најпре, правна сигурност запосленог. Према позитивноправном решењу у Републици Србији, тај рок износи годину дана (објективни рок застарелости) односно шест месеци (субјективни рок). Уколико се послодавац одлучи да активира то своје право на отказ уговора, он најпре мора да упозори запосленог на постојање разлога за отказ.

Упозорење пред отказ јесте инструмент права на одбрану запосленог. У складу за законом, послодавац не може отказати уговор о раду пре него што писменим путем упозори запосленог на постојање разлога за отказ и остави му рок од најмање осам радних дана како би се изјаснио на наводе из упозорења. У упозорењу, послодавац је дужан да наведе основ, чињенице и доказе који указују на то да су се стекли услови за отказ, као и рок у коме запослени може дати одговор на упозорење. У правном закључку грађанског одељења Врховног суда Србије заузет је став да форма упозорења о постојању разлога за отказ није прописана као предуслов пуноважности отказа, већ је одлучујуће да ли је запослени упозорен на постојање разлога за отказ, те да ли му је дато да се о томе изјасни и да ли му је омогућено право на одбрану, што је и суштина овог института.

У неким страним правима, осим запосленог, послодавац о разлогу за отказ мора да обавести и синдикат, или надлежно министарство у зависности од тога у коју категорију спада запослени који се отпушта. Према нашем праву, иако је до 2014. године, било обавезно прибављање мишљења синдиката о отказу, судска пракса није усвојила ово решење као апсолутно обавезно, те отказе донете супротно наведеној обавези судови, чини се погрешно, судови нису сматрали незаконитим. С друге стране, према важећем Закону о раду не постоји обавеза консултовања синдиката о отказу, већ запослени може, уколико то жели, да уз своју изјаву приложи и мишљење синдиката, које ће послодавац “размотрити”. Закон о раду, дакле, не предвиђа довољан простор за партиципацију, а и када га је предвиђао, та обавеза је била „мртво слово на папиру“, имајући у виду да се у пракси није сматрала обавезном.

Позитиван пример партиципације јавља се у немачком и хрватском праву. Уколико савет запослених истакне своје противљење отказу у писаном облику, послодавац који је отказао уговор уз отказни рок је дужан на противљење савета запослених достави запосленом, што запосленом може да олакша стратегију одбране у радном спору пред судом. Поред тога, противљење савета омогућава отпуштеном раднику да остане у радном односу код послодавца до правоснажног окончања радног спора. Управо ово решење било би од значаја прихватити и у нашем радноправном систему, дакле и законодавству и пракси, а како смо и у раду образложили.

Отказни рок је временско раздобље које мора да протекне од дана када једна страна (која отказује) саопшти своју вољу другој страни (којој отказује) па до дана када радни

однос ефективно престаје. То је, дакле, период који траје од момента у којем је запослени (или послодавац) сазнао за отказ па све до момента у којем престаје уговор. Основна функција отказног рока јесте спречавање и откалањање штетних последица које би могле настати престанком радног односа на страни његових субјеката, да га нема, тј. да се отказ деси одједном. Наиме, радни однос траје све време отказног рока. Током тог периода, запослени је дужан да ради у име, за рачун и под влашћу послодавца односно да послодавцу стави на располагање своје радне способности, да савесно испуњава своје радне обавезе, а за узврат има сва права из радног односа. Дакле кроз дисертацију нам је био циљ да укажемо на комплексност правног положаја запослених у случају отказа и то пре доношења саме одлуке о отказу, као и током отказног поступка, скретањем пажње на селективну уређеност ове области, на непрецизности и празнине које имају практични значај и последице.

Након што наступи разлог за отказ, неопходно је да га послодавац констатује, а, потом, и да донесе одговарајући акт о престанку радног односа односно уговора о раду. Реч је о конститутивном акту, којим се одређеном лицу, одузима својство запосленог. Наш законодавац предвиђа да се отказ даје у форми решења, у писаном облику и да овај појединачни правни акт мора обавезно садржати образложење и поуку о правном леку, мада смо видели да у пракси најчешће одлука о отказу садржи увод, изреку, образложење и поуку о правном леку.

Имајући у виду целокупан рад, анализу теорије, упоредног и домаћег законодавства, а нарочито судске праксе, става смо да сложенији отказни поступак може имати значајну улогу у превенцији настанка радних спорова у вези са отпуштањем. Међутим, контра ефекат претерано сложених отказних процедура јесте демотивација послодаваца да запошљавају раднике по основу уговора о раду на неодређено време, односно стимулација флексибилних облика рада. Осим тога, то може деловати дестимулативно и на запослене који мисле да не могу добити отказ због чега неретко постају непродуктивни. Оно што је такође један општи закључак јесте да домаћи законодавац, па тако и пракса, ретко користи могућност било каквог облика партиципације запослених, која би могла бити максимално искоришћена приликом отказивања уговора о раду због професионално условљених разлога и то приликом одређивања објективних критеријума за утврђивање знања и способности запослених, као и код утврђивања (не)постојања резултата рада, те код утврђивања норматива и

стандарда рада, образовања надлежних комисија које би оцењивале остварене резултате, односно знање и способност запосленог и слично. Такође, институт ауторизованог отказа може допринети делотворности посебне заштите од отказа осетљивих категорија лица. Иако се он најчешће и међународним стандардима и упоредноправним решењима предвиђа за радничке представнике или узбуњиваче, сматрамо да би било оправдано предвидети га и за труднице, породиље и особе са инвалидитетом.

Наш правни систем је створио правне и институционалне оквире за најразличитију правну заштиту радникових права, али да је, на жалост, у менталитету нашег народа да највише, а неретко и искључиво верује суду. Могло би се рећи да се судска заштита претпоставља, јер је право на судску заштиту (не само у области радних односа) уткано у највише међународне стандарде људских, грађанских и социјалних права. Дакле, приступ суду је основно људско право, али се као нуспроизвод остваривања тог права појављују преоптерећеност судова и повећање трајања судских поступака што је основни недостатак ове врсте заштите у радном праву. Нажалост, специјализовани судови су у нашем правном систему укинута, те судови опште надлежности решавају и радне спорове, са одређеним у раду наведеним изузецима. Међутим, јасно је да се имајући у виду просечну дужину трајања једног судског спора, радни спор мора на неки начин одвојити. Стога се у судству проналазе начини да се радним споровима начелно да приоритет, кроз начелно хитно поступање, заједно са споровима који се тичу бракоразводних парница и поверавања и издржавања деце и слично. С друге стране је и сам законодавац у посебном делу Закона о парничном поступку издвојио радне спорове за које поред општих правила поступка важе и нека посебна. Најпре су предвиђени краћи, хитни рокови, дозвољена је ревизија без обзира на вредност спора, те је терет доказивања у посебним случајевима са тужиоца (када је то запослени, конкретно представник запослених или члан синдиката) пребачен на туженог (послодавца) уколико се поступак води због отказа представника запослених или отказ због чланства запосленог у синдикату. Кроз анализу упоредног законодавства алии наше судске праксе указали смо да би било примереније решење да запослени не доказује, него да пружа индиције суду, а да онда послодавац мора да докаже да оне нису тачне. Такође значајан помак учинио је Врховни касациони суд када је заузео став да је послодавац дужан да докаже да је дошло до повреде због које се отказује уговор о раду, као и да таква повреда оправдава изречену меру отказа. Иако прожети низом

посебних процесних гаранција, судски поступци на жалост нису ефикасан начин решавања радних спорова. Већа делотворност судског поступка имајући у виду тренутно стање судства може се обезбедити или кроз специјализацију судства или кроз формирање специјалних одељења у оквиру постојећих судова опште надлежности.

Анализирајући судску праксу открили смо да су најчешћа врста спорова у поступку пред судовима опште надлежности спорови за оцену законитости решења о отказу уговора о раду од стране послодавца. За отказни разлог који се тиче неостваривања резултата рада и непоседовања одговарајућих знања и способности то би значило испитивање да ли је пре отказа раднику дато упозорење на постојање разлога за отказ, да ли су разлози у упозорењу и одлуци о отказу исти, да ли је запосленом остављен примерен рок за постизање резултата рада и сл. Уколико је решење, у наведеном смислу, законито, суд ће, даље, испитати оправданост разлога због којих је запосленом отказан уговор о раду. И супротно, уколико је отказ незаконит, без упуштања у расправу о оправданости отказа, суд ће поништити незакониту одлуку послодавца, са свим последицама које произилазе из поништења такве одлуке.

У периоду који је претходио ступању на снагу Закона о раду, једина правна последица незаконитог отказа уговора о раду била је право запосленог да захтева враћање на рад код послодавца, уз право на накнаду штете у виду изгубљене зараде и других примања у периоду незапослености која је настала услед незаконитог отказа (реституциона накнада). Такође, претходно решење предвиђало је да, ако суд донесе одлуку којом утврди да је запосленом незаконито престао радни однос, суд ће одлучити и да запосленог врати на рад. Важеће одредбе Закона о раду у правни поредак, поред реинтеграције, уводе и ново алтернативно решење – компензациону накнаду. Према позитивном праву, запослени коме је незаконито престао радни однос има право да се врати на рад, уз право на реституциону накнаду, с тим што запослени има право и да се не врати на рад, у ком случају може захтевати да суд обавезе послодавца да му исплати накнаду штете у висини до 18 зарада. Компензациона накнада је светли пример нашег закона, јер смо примерима из праксе показали да има и отказа код којих реинтеграција не би била сврсисходна ни за послодавца ни за запосленог. Ипак уважавајући схватања према којима је правна последица незаконитог отказа ништавост, из које произилази и реинтеграција, а што је прихваћено, примера ради, у Немачкој, сматрамо да је мана овог концепта својеврсна принуда, уколико ни послодавац ни запослени не желе

реинтеграцију (већ накнаду штете), због чега смо става да је прихватљивије решење из нашег права. Наше решење прихватљивије је и за ситуације у којима је иако незаконит, отказ оправдан. Дакле, то би био случај када послодавац има оправдани разлог за отказ, али решење о отказу није донео у складу са предвиђеним поступком.

Поред захтева за реинтеграцију или алтернативног захтева за компензациону накнаду, последица ништавости незаконите одлуке о отказу јесте накнада штете у висини изгубљене зараде, као и других примања, и припадајућих доприноса код надлежног фонда за обавезно социјално осигурање, те увезивање радног стажа које би запослени, да је радио остварио, а услед незаконитог отказа није.

Имајући у виду комплексност радноправних спорова, различита тумачења законодавних решења, важност овог питања и за послодавца и за запосленог, конфликт две стране, те имајући у виду податке о приливу тужби поводом отказа, правосуђе је пред изазовом и све већом потребом да се растерети и реорганизује. У Европи је, отуд, актуелнија него икада потрага за методама које би отвориле грађанима и друге путеве за решавање радних спорова, због чега се примећује тенденција развоја вансудске заштите.

Управна заштита права из области радних односа, укључујући и заштиту од незаконитог отказа уговора о раду, поверена је инспекцији рада. Преуска овлашћења инспекције рада и недовољни капацитети овог управног органа указују на слабост институционалног оквира заштите запослених од незаконитог отказа пред органима управе, тим пре што би они могли бити интензивније укључени и у "предотказни" и отказни поступак. Најзначајније овлашћење инспектора за нашу област јесте могућност инспектора рада да одложи извршење решења о отказу. Одлагање извршења решења о отказу до окончања радног спора представља својеврсну привремену меру. Инспектор рада, наиме, врши инспекцијски надзор и доноси решење којим одлаже извршење одлуке послодавца о отказу, ако су кумулативно испуњени следећи услови: да је одлуком послодавца раскинут уговор о раду, да је запослени против те одлуке повео радни спор и да се запослени у писменој форми обратио инспектору рада.

Указали смо на пропусте у законодавству које је за потпуно исти чињенични основ - постојање формалне грешке у отказном поступку - створило две дијаметрално супротне правне последице. Ако суд утврди да је послодавац повредио правила

поступка, макар и грубо, једина санкција за послодавца је исплата новчане накнаде, а ако повреду правила отказног поступка утврди инспекција рада, послодавац ће бити санкционисан враћањем запосленог на рад и исплатом зарада до окончања спора, који може потрајати годинама, па је у том смислу потребно ревидирање услова за њено одређивање, посебно имајући у виду да привремену меру може да одреди и суд.

Што се тиче заштите пред независним контролним институцијама, тј. заштита права радника од стране самосталних и независних органа може се остварити пред следећим институцијама: заштитником грађана, повереником за заштиту равноправности и повереником за информације од јавног значаја и заштиту података личности, међутим заштита права из радног односа пред овим органима је незнатна. С тим у вези ваљало би радити на промоцији ових органа.

Схватајући суштински значај индустријског радног мира за одрживи развој привреде и друштва, решавање спорова из радног односа треба тражити у складу са међународним и националним стандардима и праксама. Дакле, решавање спорова, осим традиционалних судских метода, осим афирмације независних контролних институција, потребно је усмерити и на преговоре између страна или кроз независне и непристрасне механизме као што је арбитражно решавање индивидуалних и колективних радних спорова, и миреење као метод решавања колективних радних спорова под окриљем Републичке агенције за мирно решавање радних спорова.

Предности мирног решавања радних спорова јесу експедитивност и знатно јефтинеји или чак потпуно бесплатни поступак. При том се у погледу миреења и посредовања, као основна обележја (и предности) појављују флексибилност, неформалност и одлуке компромисног карактера, јер је шири спектар проналажења решеења прихватљивога за обе стране. Искуства развијених индустријских земаља показују да, у начелу, примена ових метода омогућава брзо, флексибилно и правично решавање индивидуалних радних спорова, због чега се сматрају незаменљивим инструментом постизања и одржавања социјалног мира, друштвене и привредне стабилности и развитка, и добре сарадње рада и капитала те би их као примере добре праксе тебало додатно афирмисати и у нашој пракси јер солидни законодавни оквири за то постоје.

Основна предност арбитраже, у односу на судски поступак, јесте што је поступак пред арбитражом краћи, једноставнији и ослобођен сувишног формализма. Интересима обеју страна у спору одговара што је битнија суштина од форме. Добровољни карактер ове методе успоставља легитимитет прихватљивости коначне одлуке, која се заснива на компромису, те се она не доводи у питање, јер се заснива на унапред постигнутом договору да се прихвати као коначна и обавезујућа. У томе се нарочито огледа ефикасност, јер је одлука коначна за разлику од судске, која се често мора извршавати у другом судском поступку – извршном поступку.

СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

1. Монографије, уџбеници и приручници

Adlercreutz Axel, Birgitta Nystrom, *Labour Law in Sweden*, The Hague, 2015.

Anderson Gordon, *Labour Law in New Zealand*, The Hague, 2015.

Bakels H, *International encyclopedia for labour law and industrial relations*, Kluwer Law International, 1987.

Beatty Jeffrey, Samuelson Susan, *Business law for a New Century*, Boston, 2004.

Berenstein Alexander, Pascal Mahon, *Labour Law in Switzerland*, Kluwer, The Hague, 2001.

Berenstein Alexandre, Pascal Mahon, Dunand John-Philippe, Vacheran Schaffter Myriam, *Labour Law in Switzerland*, The Hague, 2011.

Bessy Christian, *La contractualisation de la relation de travail*, Paris, 2007.

Betten Lammy, *International labour law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

Bilić Andrijana, Buklijaš Boris, *Međunarodno radno pravo uz poseban osvrt na Međunarodnu organizaciju rada*, Split, 2006.

Blainpain Roger, Engels C., *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 1998.

Blanpain Roger, *European Labour Law*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2006.

Bowers John, Honeyball Simon, *Labour Law*, Nottingham, 1998.

Bronstein Arturo, *International and comparative labour law: current challenges*, International Labour Office, Geneva, 2009.

Bruun Niklas, Lorcher Klaus, Schomann Isabelle, Clauwaert Stefan, *The European social charter and the employment relation*, Oregon, 2017.

Chauchard J-P, *Droit de la securite sociale*, Paris, 2010.

- Cieslar Anna, Nayer Andre, Smeesters Bernadette, *Le droit a lepanouissement de letre humain au travail: Metamorphoses du droit social*, Bruxelles, 2007.
- Cole G. D. H., *The Means to full employment*, London, 1943.
- Collins Hugh, *Justice in dismissal. The law of termination of employment*, New York, 1992.
- Couturier Gerard, *Droit du travail*, Paris, 1990.
- Crnić Ivica, *Otkaz ugovora o radu*, Zagreb, 2013.
- Crnić Zlatko, Zdravko Momčilović, *Prestanak radnog odnosa, zaštita prava radnika*, Zagreb, 1983.
- Deakin Simon, Morris Gillian, *Labour Law*, London, Edinburg, Dublin 1995.
- Dedić Sead, Gradašćević Sijerčić Jasminka, *Radno pravo*, Sarajevo, 2005.
- Edward Murphy, Speidel Richard, Ayres Ian, *Contract Law*, New York, 1997.
- Giugini Gino, *Diritto sindacale*, Bari 2001.
- Halbach Gunter, Paland Norbert, Schwedes Rolf, Wlotzke Otfried, *Labour law in Germany: an overview*, Bonn, 1994.
- Hanlon James, *European Community Law*, London, 2003.
- Kenner Jeff, *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford, Hart, 2003.
- Korn Anthony, Auerbach Simon, *Compensation for Dismissal*, Nottingham, 2007.
- Morvan Patric, *Restucturations en droit social*, Paris, 2007.
- Pelissier Jean, Jeammaud Antonine, Lyon - Cean Antonine, Dockes Emmanuel, *Les grands arrest du droit du travail*, Paris, 2008.
- Perlain Joško, *Radno pravo*, Split, 1972.
- Pieters Danny, „The social security: An introduction to the basic principles“, *Kluwer Law International*, The Netherlands, 2006.

- Politeo Ivo, *Radno pravo*, Zagreb, 1934.
- Rivero J., Savatier J., *Droit du travail*, Paris, 1987.
- Rosemary Owens, Joellen Riley, *The law of work*, Melbourne, 2007.
- Ruth Nielsen, *European Labour Law*, Copenhagen, 2000.
- Selwyn N. M., *Law of Employment*, Oxford University Press, 2011.
- Serverin E., *What place is there for civil mediation in Europe?*, Strasbourg, 2000.
- Spencer David, Hardy Samantha, *Dispute resolution in Australia*, Sidney, 2014.
- Steven Anderman, *Labour law management decisions and workers' rights*, London / Edinburg / Dublin, 1998.
- Stone Richard, *Principles of Contract Law*, London, Sydney, 2006.
- Tintić Nikola, *Osnovi radnog prava*, Zagreb, 1955.
- Tintić Nikola, *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva: radni odnosi 2, Zagreb 1972.
- Vannes Viviane, *Le lien de subordination dans le contract de travail*, Bruxelles, 2005.
- Weiss Manfred, Schmidt Marlene, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, The Hague, 2008.
- Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2014.
- Балтић Александар, Деспотовић Милан, *Основи радног права Југославије*, Београд, 1981.
- Божовић В. Бојан, Радни и социјални судови – друштвена улога и оправданост увођења у правосудни систем Републике Србије, докторска дисертација (необјављена), Београд, 2016.
- Брајић Влајко, *Радно право, радни односи, други односи рада и социјално осигурање*, Београд, 2001.
- Брковић Р. Радоје, *Радно право*, Београд, 2003.

- Догадов В. М., Пашков А. С., Левиант Ф. М., Кузнецов А. М. и други, *Советское трудовое право*, Ленинград, 1966.
- Ивошевић Зоран, *Радно право*, Београд, 2012.
- Јашаревић Сенад, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2000.
- Јовановић Предраг, *Радно право*, Нови Сад, 2015.
- Јосиповић Милорад, *Радно право*, Зеница, 1983.
- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, „Арбитража и АДР“, Београд, 2013.
- Ковачевић Љубинка, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Београд, 2016.
- Ковачевић Љубинка, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021.
- Ковачевић Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013.
- Лазаревић Ана, *(Не)могућност заштите личних права запослених посредством узбуњивања*, семинарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, 2017.
- Лазаревић Ана, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем запослених и методи за њихово решавање*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Лубарда А. Бранко, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд 2012.
- Лубарда А. Бранко, *Увод у радно право*, Београд, 2013.
- Лубарда Бранко, *Европско радно право*, Подгорица, 2004
- Марковић Велисав, *Престанак радног односа у општем режиму радних односа са обрасцима и актуелном судском праксом*, Београд, 2018
- Мирјанић Жељко, *Писање и доношење закона*, Бања Лука, 2014.

- Мирјанић Жељко, Увод у радно право, књига друга, Бања Лука, 2020
- Мирјанић Жељко, Увод у радно право, књига прва, Бања Лука, 2020.
- Николић Александар, *Радно право*, Београд, 1988.
- Обрадовић Горан, Јефтић Марија, *Значајни аспекти радног права Европске уније*, Београд, 2008.
- Паравина Р. Душан, *Радно право*, Београд, 1998.
- Перић Бошко, *Радно право ФНРЈ*, Сарајево, 1950.
- Поповић Мирјана, *Престанак радног односа*, Београд, 2020.
- Симоновић Драгољуб, *Радно право*, Београд, 2008.
- Фримерман Андреј, *Радно право*, Београд, 1986.
- Шундерић Боривоје, *Еволуција радних односа у области личног рада средствима у својини грађана*, магистарска теза (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1977.
- Шундерић Боривоје, Ковачевић Љубинка, *Радно право*, Београд, 2017.
- Шундерић Боривоје, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001.
- Шундерић Боривоје, *Радно право*, Београд 2009.

2. Радови у зборницима

- Bjelinski Radić Iva, "Novi oblici rada kao suvremeni izazov za radno право - slučaj *Uber*", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, број 2/2017.
- Cartwright Susan, Cooper L. Cary, *Introduction*, у: Susan Cartwright, Cary L. Cooper (eds), „The Oxford handbook of personnel psychology”, Oxford University Press, Oxford, 2008.

- Hyde Alan, "The idea of the idea of labour law: a parable" y: Guy Davidov, Brilian Langille (yp.), *The Idea of labour law*, Oxford, 2011
- Jagtenberg Rob, Roo de Annie, "Employment disputes and arbitration, an account of irreconcilability, with reference to the EU and the USA", *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu*, broj 2/2018.
- Kovács Erika, *The legal nature of art. 30 CFREU – a human right, a fundamental right, a right?*, y: Mario Vinković (ed.), „New developments in EU labour, equality and human rights law. Proceedings from the international Jean Monnet conference ‘New Developments in EU Labour, Equality and Human Rights Law’, Osijek 21 and 22 May 2015“, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek Faculty of Law – Jean Monnet Chair in EU Labour, Equality and Human Rights Law, Osijek, 2015.
- Muller Angelika, "Regulation of Collective Redundancies: European Union Countries at the Mirror of Global Standards and Trends" y: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (yp.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011.
- Poiars Pessoa Maduro Luís Miguel, "Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the European Union", in Alston, Cassese, Lalumière, Leuprecht (yp.), *An EU Human Rights Agenda for the New Millennium*, Oxford: Hart Publishing, 1999.
- Schmitt Melanie, „The right to protection in cases of termination of employment“ y Niklas Bruun, Klaus Lorcher, Isabelle Schomann, Stefan Clauwaert (yp.) *The European Social Charter and the employment relation*, Oregon, 2017.
- Vogel-Polsky Eliane, *The problem of unemoloymenty* Bob Hepple (ed) „The making of labour law in Europe, A comparative study of nine countries up to 1945“, London/ New York, 1986.
- Брајић О., Одредбе закона о одрживом запослењу и отказу, Радно право у условима транзиције, Крагујевац, 2003.

- Жељко Мирјанић, „Утицај глобализације на радно право (пост)транзиционих земаља”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 78, 2018.
- Живановић Бисерка, „Спорови поводом престанка радног односа пред судом опште надлежности“, *Заштита права у области рада* (ур.Зоран Ивошевић), Београд 2013.
- Ивошевић Зоран, „Отказ уговора о раду од стране послодавца”, у: Зоран Ивошевић (ур.), *Заштита права у области рада*, Београд, 2012.
- Ивошевић Милан, „Отказ уговора о раду од стране послодавца”, у: Зоран Ивошевић (ур.), *Заштита права у области рада*, Београд, 2013.
- Јашаревић Сенад, „Заштита једнакости запослених у праву Европске уније”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2010.
- Јашаревић Сенад, „Утицај дигитализације на радне односе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2016.
- Јовановић Предраг, „Актуелни аспекти принципа заштите запослених”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2011.
- Јовановић Предраг, „Актуелне потребе даљег развоја радног законодавства Србије”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2012.
- Јовановић Предраг, „Начело једнакости у радном праву”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1/2018.
- Ковачевић Перић Слободанка, "Улога синдиката у поступку отказа уговора о раду", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 86/2020, стр. 134.
- Марковић Горан, "Одлагање извршења решења о отказу уговора о раду у светлу измена Закона о раду", у: Зоран Ивошевић (ур.) *Новине у прописима о надзору над применом прописа о раду*, Глосаријум, 2015.
- Обрадовић Горан, „Принудни рад у међународном и упоредном радном праву“ у: *Радно право у условима транзиције* (ур. Радоје Брковић), Крагујевац, 2003.

Предраг Јовановић, „Посебна радноправна заштита појединих категорија радника” *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2015.

3. Научни и стручни чланци

Blackham Alysia, “Young Workers and Age Discrimination: Tensions and Conflicts”, *Industrial Law Journal*, број 1/2019.

Bowers Lewis John, “Whistling for Dismissal and Detriment Remedies: *Royal Mail Ltd v Jhuti*”, *Industrial Law Journal*, број 1/2018.

Burrows Andrew, “What is the effect of a repudiatory breach of a contract of employment?”, *Industrial Law Journal*, број 3/2013.

Collins Hugh, “Compensation for Dismissal: In Search of Principle”, *Industrial Law Journal*, број 2/2012.

Collins Philippa, “The Inadequate Protection of Human Rights in Unfair Dismissal Law”, *Industrial Law Journal*, број 4/2018.

Corby Susan , Paul L. Latreille ”Employment Tribunals and the Civil Courts: Isomorphism Exemplified”, *Industrial Law Journal*, број 4/2012.

Courtney Wayne, Carter J. W., Tolhurst Gregory, “Two models for discharge of a contract by repudiation”, *The Cambridge Law Journal*, број 1/2018.

Davidov Guy, Eshet Edo, “Intermediate approaches to unfair dismissal protection”, *Industrial Law Journal*, број 2/2015.

De Stefano Valerio, “A tale of oversimplification and deregulation: The mainstream approach to labour market segmentation and recent responses to the crisis in European countries” *Industrial Law Journal*, број 3/2014.

Del Cuvillo Alvarez Antonio, “Regulation of dismissal and mobilization of labour rights: a critical perspective on the Spanish system”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, број 1/2013.

- Dimitiriu Raluca, „Flexibilizing the termination of the employment contract: Pros and cons“, *Accounting and management information systems*, бpoj 4/2011.
- Dimitiru Raluca, “Flexibil the termination of the employment contract: Pros and cons”, *Accounting and Managenent Information Systems*, бpoj 4/2011.
- Douglas Brodie , "Employers' liability and allocation of risk", *Industrial Law Journal*, бpoj 3/2018.
- Eger Thomas, „Oportunistic termination of employment contracts and legal protection against dismissal in Germany and the USA“ *International Review of Law and Economicis*, бpoj 23/2004.
- Ewing K. D., Hendy John, “Unfair dismissal law changes - unfair?”, *Industrial Law Journal*, бpoj 1/2012.
- Frederic Reynold, “Bad Behaviour and the Implied Term of Mutual Trust and Confidence: Is There a Problem?” *Industrial Law Journal*, бpoj 2/2015.
- Gimeno Diaz de Atauri Pablo, “The cost of dismissals in Spain before and after labour reforms“ *Spanish Labour Law and employment Relations Journal*, бp. 1-2/2015.
- Guus Heerma, Voss Van, Terhaar Beryl, “Common Ground in European Dismissal Law”, *European Labour Law Journal*, бpoj 3/2012.
- Heinsius Jan, "The European Directive on Collective Dismissals and its implementation deficits", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2009.
- Hendrickx Frank, “Foundations and functions of contemporary labour law”, *European Labour Law Journal*, бpoj 2/2012.
- Hendrickx Frank, “Regulating new ways of working: From the new ‘wow’ to the new ‘how’”, *European Labour Law Journal*, бpoj 2/2018.
- Hepple Bob, “Dismissal Law in Context”, *European Labour Law Journal*, бpoj 3/2012.
- Jeammaud Antonine, Lyon - Cean Antonine, “Droit et direction du personnel”, *Droit social*, 1/1992.

- Juez Redondo Jenifer, "The new legal framework of the thresholds of dismissals following the judgment of the Court of Justice of the Europe Union" *Spanish Labour Law and employment Relations Journal*, бр. 1-2/2015.
- Kovaecs Erika, "Individual Dismissal Law and the Financial Crisis: An Evaluation of Recent Developments" *European Labour Law Journal*, број 3/2016.
- Ковачевић Љубинка, „Границе утврђивања посебних услова за заснивање радног односа“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2010.
- Levis Paul, „Interpretation of „practicable“ and „just“ in relation to „re-employment“ in unfair dismissal cases“ *Modern Law Review*, број 4/1982.
- Mackinnon Jacquelin, "Dismissal Protections in a Global Market: Lessons to be Learned from *Serco Ltd v Lawson*", *Industrial Law Journal*, број 1/2009.
- Maneiro Vazquez Yolanda, "Dismissals in times of crisis assessment of recent spanish modifications" *Spanish Labour Law and employment Relations Journal*, бр. 1-2/2014.
- Maslić Seršić Darja, Tomas Jasmina, „Zapošljivost kao suvremena alternativa sigurnosti posla: teorije, nalazi i preporuke u području psihologije rada“, *Revija za socijalnu politiku*, број 1/2015.
- Munoz Ruiz Ana Belen, "Notas on Spanish labour and employment regulations: termination with and without case under the workers' statute", *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, број 1-2/2012.
- Patrice Adam, "La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail francais", *Droit ouvrier*, 2008.
- Pogačar Peter, "Zagotavljanje ekonomske, pravne in socialne varnosti delavcem v novih oblikah dela ter v netipičnih oblikah zaposlitve", *Podjetje in delo*, br. 6-7, 2018.
- Reufels Martin, Molle Karl, "Labour law within the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Jurisprudence*, број 4/2012.
- Rodgers Lisa, "The UK employment law review and changes to unfair dismissal" *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, бр. 1-2/2012.

- Roy Adell, Bernard L., Adams J., „Thefts as cause for employment discipline: some comparative observations“, *The international journal of comparative labour law and industrial relations*, 1993.
- Seifert Achim, „Federal Labor Court strengthens religious freedom at the workplace“, *German Law Journal*, број 6/2003.
- Uzelac Alan, „Arbitraža i radni sporovi“, *Pravo i porezi*, 1997, Zagreb.
- Van Bever Aline, „Open norms and the foundations of employment law: a legal examination of hidden patterns in employment relationships“, *European Labour Law Journal*, број 2/2012.
- Waas Bernd, „The legal definition of the employment relationship“, *European Labour Law Journal*, број 1/2010.
- Weiss Manfred, „Labour dispute settlement by Labour courts in Germany“, *Industrial law journal*, 1994.
- Wekel S., „German Labour Courts Struggle with Trifles“, *Labour Law Journal*, број 2/2010.
- Божичић Дарко, „Дигиталне платформе и њихов утицај на односе поводом дигиталног рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1/2020.
- Бојић Филип, „Право на новчану накнаду за случај незапослености – актуелни проблеми и могућа решења“, *Право и привреда*, бр.7–9/2014.
- Бојић Филип, „Уговор о приправничком раду vs уговор о стручном оспособљавању – криза института приправништва у савременом друштву“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2015.
- Брајић Влајко, „Значење и значај начела сталности (сигурности) запослења“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002.
- Брајић Влајко, „Слобода воље у радним односима“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2003.
- Брковић Радоје, „Судска заштита из радног односа у компаративном радном праву“, *Правна ријеч*, број 1/2004.

- Вучковић Александар, “Заштита запослених лица која пријављују корупцију”, *Правна ријеч*, број 54/2018.
- Вучковић Владимир, “Престанак радног односа”, *Радно и социјално право*, бр. 7-9/98.
- Драгичевић Марија, Решавање индивидуалних радних спорова арбитражом – упоредноправни приказ, *Право и привреда*, 7-9/2018.
- Живковић Боривоје, “Радни однос на одређено време”, *Радно и социјално право*, број 1/2013.
- Живковић Боривоје, “Решење о престанку радног односа и отказ уговора о раду”, *Билтен Врховног касационог суда Србије*, број 3/2013.
- Живковић Боривоје, “Услови престанка радног односа”, *Радно и социјално право*, број 1/2012.
- Јашаревић Сенад, “Заштита од отказа у Србији у светлу међународних стандарда и упоредне праксе”, *Радно и социјално право*, број 1/2018.
- Јашаревић Сенад, „Социјално-економска права у вези са радом у међународним и европским стандардима“, *Радно и социјално право*, број 1/2008.
- Јовановић П. Предраг, “Заштита инвалида у радној средини”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2015.
- Јовановић Предраг, „Интересна обележја радног односа“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2013.
- Јовановић Предраг, „Радноправне границе слободе рада“, *Право и привреда*, број 7-9/2012.
- Јовановић Предраг, „Стабилност радног односа у условима техничко-технолошких, организационих и других промена у процесу рада“, *Радно и социјално право*, бр. 4-7/2000 .
- Јурас Дамир, Ерцег Ђурић Ивана, Изванредни отказ уговора о раду у праву Републике Хрватске, „*Правни записи*“ Београд, 2018.

- Кличковић Рајко, “Флексибилизација и дерегулација рада у Републици Српској – тренутно стање и перспективе”, *Правна ријеч*, број 31/12.
- Ковачевић – Перић Слободанка, “Достојанство на раду”, *Правна ријеч*, број 31/12.
- Ковачевић - Перић Слободанка, “Посебна заштита од отказа уговора о раду”, *Правни живот*, број 11/2017.
- Ковачевић Љубинка, “Границе утврђивања посебних услова за заснивање радног односа”, *Право и привреда*, број 7-9/2010.
- Ковачевић Љубинка, “Економска криза и реформе радног законодавства у европским државама, са посебним освртом на правила о отказу уговора о раду - могуће поуке за српско радно право”, *Право и привреда*, бр. 7-9/2014.
- Ковачевић Љубинка, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013.
- Ковачевић Љубинка, „Заштитна функција отказног рока у случају престанка радног односа“, *Правна ријеч*, бр. 46/2016.
- Ковачевић Љубинка, „Особености запошљавања наставника верске наставе и радног ангажовања код послодаваца чија делатност почива на вери“, Државно – црквено право кроз векове, Београд-Будва, 2019.
- Ковач-Орландић Милица, Право на стручно усавршавање и концепт доживотног учења, *Радно и социјално право*, број 2/2011.
- Кривокапић Маја, “Арбитража, медијација и мирно решавање радних спорова”, *Билтен Вишег суда у Београду*, 2017.
- Кузмановић Рајко, “Трансформација права у вријеме и након великих друштвених промјена”, *Правна ријеч*, број 31/12.
- Лубарда А. Бранко, „Основни циљеви радног законодавства“, *Правни живот*, број 10/2001.
- Лубарда Бранко, “Социјална права и економска криза”, *Правни живот*, број 12/2009.

- Лубарда Бранко, „Начело слободe рада“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, бр. 1-2, 2006.
- Лубарда Бранко, „Слобода рада и слобода уговарања“, *Правни живот*, бр. 5-6, 2002.
- Љубинка Ковачевић, „(Не)допуштено коришћење права на одсуство због привремене спречености запосленог за рад“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2012.
- Милутиновић Љубица, “Уговор о раду”, *Правни живот*, бр. 5-6, 2007.
- Милутиновић Љубица, Ђорђевић Милена, „Медијација и арбитража“, *Билтен Врховног касационог суда*, број 2/16.
- Миљковић Мирослав, “Незаконит и неоправдани престанак радног односа”, *Право и привреда*, бр. 1-4/2002.
- Миријанић Жељко , “Савјет радника као предмет законског уређивања”, *Радно и социјално право*, Београд, број 2/2015.
- Мирјанић Жељко , “Заштита личних података запослених у условима кориштења информационих технологија”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 85/2019
- Михаиловић Бранко, “Међународна организација рада и међународно регулисање радних односа” *Правни живот*, број 12/2008.
- Михајловић Параскева, “Престанак радног односа по сили закона и отказом уговора о раду од стране послодавца”, *Правни живот*, број 3-4, 2004.
- Мршевић Зоран, “Пракса заштитника грађана у остваривању и заштити социјалних права”, *Радно и социјално право*, број 2/2010.
- Новаковић С, “Престанак радног односа”, *Правни живот*, број 7-8/2005.
- Обрадовић Горан, Ковачевић-Перић Слободанка, *Дисциплинска одговорност запослених*, Ниш, 2016
- Радловић Зоран, Марковић Д. Д., “Социјалне последице остваривања права на рад у условима глобализације”, *Радно и социјално право*, број 2/2017.

Симоновић Драгољуб, “Закон о раду - раскид са прошлошћу”, *Право и привреда*, број 1-4/2002.

Стојковић Дијана, “Значај правилног одабира кадрова за пријем у радни однос”, *Правни живот*, број 12/2009.

Трифуновић Предраг, „Нови закон о раду два спорна питања субординације“, *Билтен Врховног касационог суда*, број 3/2015.

Урошевић Ружа, „Одлука послодавца о престанку радног односа“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008.

Чолић Борисав, “Инспекцијски надзор над радом послодавца и запослених и заштита права”, *Правни живот*, број 12/2009.

Шундерић Боровоје, “Утицај релативности услова за заснивање радног односа на његов престанак“, *Радно и социјално право*, бр. 4-7/2000.

4. Студије и краћи написи

***, *Dismissal, particularly for business reasons and Employment Protection*, Thematic Report, November, 2011.

***, EU Network of independent experts on fundamental rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Brussels, 2006

***, *Protection against unjustified dismissal*, International labour conference, Report III 82nd session 1995, International labour office, Geneva 1995.

***, *Termination of employment relationships, legal situation in Member States of the European Union*, European Commission, Directorate general Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit D2, Manuscript completed in April 2006.

***, Commentary on the ILO code of practice on the protection of workers' personal data.

Dovydas Vitkauskas, Grigory Dikov, *Zaštita prava na pravično suđenje prema evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Strasbourg, 2012.

Hillage Jim, Pollard Ema, *Employability: Developing a framework for policy analysis*, Department for Education and Employment, London, 1998, x, <https://www.voced.edu.au/content/ngv%3A40352>, 24.4.2020.

Uzelac Alan, *Mirenje kao alternativa suđenju*, http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/D03Mirenje_kao_alternativa.pdf

Радивојевић Миле, Будимчевић Светлана, Киковић Слађана, Гојовић Нађа, Лазовић Ивица, Безбрадица Радован, Јаћимовић Данка, Кокановић Игор, Коштан Данијела, Кривокапић Маја, Добрица Срђан, Станојчић Милош, Кондић Вера, Радовић Зорица, Завођа Наташа, Андрић Слађана, *Приручник о добрим пракса у мирном решавању радних спорова*, Београд, 2017.

СПИСАК КОРИШЋЕНИХ ИЗВОРА ПРАВА И ДОКУМЕНАТА

1. Извори права међународног порекла

1.1. Организација уједињених нација

Повеља Уједињених нација

http://www.tuzilastvorz.org.rs/upload/Regulation/Document__sr/2016-05/povelja_un_lat.pdf

Универзална декларација о људским правима

http://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/54_ldok.pdf

Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 7/1971).

1.2. Међународна организација рада

Уредба о ратификацији Конвенције Међународне организације рада о инспекцији рада у индустрији и трговини број 81 („Службени лист ФНРЈ“ - међународни уговори и други споразуми број 5/56)

Конвенција Међународне организације рада број 98 о праву на организовање и колективно преговарање ("Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори", број 11/1958)

Конвенција Међународне организације рада о заштити материнства број 103 („Службени лист ФНРЈ“ – додатак број 9/1955)

Уредба о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 111, која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања ("Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори", број 3/1961)

Конвенција Међународне организације рада број 135 о радничким представницима ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", број 14/1982).

Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 156 о једнаким могућностима и третману за раднике и раднице - радници са породичним обавезама („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/1987)

Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори број 4/84, 7/91)

Закон о потврђивању Конвенције Међународне организације рада о заштити материнства број 183 („Службени гласник Републике Србије“ – Међународни уговори број 1/2010).

***, *Protection of workers' personal data, An ILO code of practice*, International Labour Office, Geneva, 1997.

1.3. Извори права Савета Европе, укључујући одлуке Европског суда за људска права

Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље („Службени гласник Републике Србије Међународни уговори“ бр. 42/2009)

Adigüzel против Турске, Одлука број 7442/08, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-181255%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-181255%22]})

Antović i Mirković против Црне Горе, Одлука број 70838/13, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-178904%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-178904%22]})

Bochan против Украјне, Одлука број 22251/08, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-152331%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-152331%22]})

Buchholz против Немачке, Одлука број 7759/77, наведено према Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*.

Cudak против Литваније, Одлука број 15869/02, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-97879%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-97879%22]})

Georgiadis против Грчке, Одлука број 21522/93, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58037%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58037%22]})

Graziani-Weiss против Аустрије, Одлука број 31950/06, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-107022%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-107022%22]})

Jankauskas против Литваније, Одлука број 50446/09, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-174617%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-174617%22]})

Károly Nagy против Мађарске, Одлука број 56665/099, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-177070%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-177070%22]}).

NaitLiman против Швајцарске, Одлука број 51357/07, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-181789%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-181789%22]}).

Naku против Литваније и Шведске, Одлука број 26126/07, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-168382%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-168382%22]})

Niemietz против Немачке, Одлука број 13710/88, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57887%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57887%22]})

Oleksandr Volkov против Украјне, Одлука број 21722/11, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-115871%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-115871%22]})

Šikić против Хрватске, Одлука број 9143/08, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-99871%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-99871%22]})

Sodan против Турске, Одлука број 18650/05, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-160260%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-160260%22]})

Tibet Mentеш и остали против Турске, Одлука број 57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10 и 57829/10 доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-177938%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-177938%22]})

Vasilchenko против Русије, Одлука број 34784/02, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-100461%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-100461%22]})

Дарнел против Велике Британије, Одлука број 15058/89, наведено према Ковачевић Љубинка, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*.

Bărbulescu против Румуније, Одлука број 61496/08, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-177082%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-177082%22]})

Schüth против Немачке, Одлука број 1620/03, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-100469%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-100469%22]})

Fernández Martínez против Шпаније, Одлука број 56030/07, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145068%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145068%22]})

Obst против Немачке, Одлука број 425/03, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-100463%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-100463%22]})

Refah Partisi (The Welfare Party) and others против Турске, Одлука број 41340/98 41342,3,4/98, доступне на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-60936%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60936%22]})

Konttinen против Финске, Одлука број 24949/94, доступна на:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-3379%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-3379%22]})

Thlimmenos против Грчке, Одлука број 34369/97, доступна на:

https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECtHR_Thlimmenos%20v.%20Greece.pdf

Lombardi Vallauri против Италије, Одлука број 39128/05, доступна на:

<file:///C:/Users/IMS%20-%20Geotehnika/Downloads/003-2900937-3189238.pdf>

Stec и други против Уједињеног Краљевства, Одлука број 65731/01 и 65900/01,

доступна на [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-70087%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-70087%22]})

Defrenne v. Sabene, Одлука број 43/75, доступна на

<https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20Defrenne%20v%20Sabena%20%28No.3%29.pdf>

1.4.Извори права ЕУ

*** Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data (Article 29 – Data Protection Working Party), *Recommendation 1/2001 on Employee Evaluation Data* (5008/01/EN final).

***, Green Paper, *Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, Commission of the European communities, Brussels, 2006.

Resolution 1729 (2010) on a protection of „whistle-blowers“

Treaty of Functioning of the European Union, *Official Journal* C 326

2. Извори права унутрашњег порекла

2.1. Домаће право

Закон о војсци Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије", број 116/2007, 88/2009, 101/2010, 10/2015, 88/2015 – одлука УС, 36/2018 и 94/2019).

Закон о државним службеницима ("Службени гласник Републике Србије" број 79/2005, 81/2005, испр, 83/2005 испр, 64/2007, 67/2007 испр, 116/2008, 104/2009, 99/2014 и 94/2017).

Закон о евиденцијама у области рада („Службени лист СРЈ, број 46/96 и Службени гласник Републике Србије, број 101/2005 – др. закон и 36/2009 – др. закон).

Закон о забрани дискриминације (“Службени гласник Републике Србије”, број 22/2009) .

Закон о заштити података личности („Службени гласник Републике Србије“, број 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012).

Закон о заштити узбуњивача („Службени гласник Републике Србије“ број 128/2014).

Закон о Заштитнику грађана, (“Службени гласник Републике Србије”, бр. 79/2005 и 54/2007).

Закон о инспекцијском надзору („Службени гласник Републике Србије“ број 36/15).

Закон о међусобним радним односима радника у удруженом раду, („Службени лист СФРЈ“ број 22/1973).

Закон о мирном решавању радних спорова („Службени гласник Републике Србије“ број 125/2004, 104/2009 и 50/2018).

Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ “ број 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“ број 31/93, „Службени лист СЦГ“ број 1/2003 – Уставна повеља и „Службени гласник Републике Србије“ број 18/2020).

Закон о општем управном поступку („Службени гласник Републике Србије“ број 18/2016).

Закон о пензијском и инвалидском осигурању „Службени гласник Републике Србије“ број 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005).

Закон о посредовању у решавању спорова („Службени гласник Републике Србије“ број 55/2014).

Закон о радњама, „Српске новине” 29. јун 1910. године.

Закон о раду ("Службени гласник Републике Србије" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018).

Закон о раду, („Службени гласник Републике Србије“, бр. 61/05).

Закон о спречавању злостављања на раду ("Службени гласник Републике Србије", број 36/10).

Закон о универзитету ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/02).

Закон о уређењу судова ("Службени гласник Републике Србије", број 46/91, 60/91, 18/92, 71/92, 63/01, 42/02, 27/03 и 29/04).

Закон о Уставном суду („Службени гласник Републике Србије“ број 109/2007, 99/2011, 18/13- Одлука УС, 40/15 и 103/15).

Закон о штрајку ("Службени лист СРЈ" бр. 29/96 и „Службени гласник Републике Србије” бр. 101/2005 – др. Закон и 103/2012 – одлука УС).

Законо о извршењу и обезбеђењу („Службени гласник Републике Србије” број 106/2015, 106/2016, 113/2017 и 54/2019).

Законо о јавном бележништву („Службени гласник Републике Србије” број 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015 и 106/2015).

Колективни уговор за Јавно предузеће “Железнице Србије“ („Службени гласник Републике Србије“, бр. 84/02, 108/04, 112/08, 45/09, 70/10, 46/11 и „Службени гласник „Железнице Србије“, бр. 7/2005 и 4/2006) члан 124

Колективни уговор за Јавно предузеће „Пошта Србије” ("Службени гласник Републике Србије" број 9/2018)

Колективни уговор за Јавно предузеће „Службени гласник” ("Службени гласник Републике Србије" број 77/2015, 79/2017 - Анекс I)

Колективног уговора за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", број 21/2015)

Општи колективни уговор ("Службени гласник Републике Србије", број 50/2008)

Основни закон о радним односима, („Службени лист СФРЈ“ 17/1965).

Посебни колективни уговор за грађевинарство и индустрију грађевинског материјала Србије, ("Службени гласник Републике Србије" број 77/2016)

Посебни колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије, ("Службени гласник Републике Србије" број 76/2016)

Посебни колективни уговор за делатност путне привреде Републике Србије, ("Службени гласник Републике Србије" број 14/2018)

Посебни колективни уговор за државне органе, ("Службени гласник Републике Србије" број 25/2015, 50/2015 - Анекс, 20/2018, 34/2018)

Посебни колективни уговор за Електропривреду Србије, ("Службени гласник Републике Србије" број 15/2015, 38/2018)

Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник Републике Србије", бр. 21/15, 92/20)

Посебни колективни уговор за запослене у установама предшколског васпитања и образовања чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, ("Службени гласник Републике Србије" број 43/2017)

Посебни колективни уговор за запослене у установама студентског стандарда чији је оснивач Република Србија, ("Службени гласник Републике Србије" број 100/2015)

Посебни колективни уговор за здравствене установе чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, ("Службени гласник Републике Србије" број 1/2015)

Посебни колективни уговор за јавна предузећа у комуналној делатности на територији Републике Србије, ("Службени гласник Републике Србије" број 27/2015, 36/2017 - Анекс I, 5/2018 - Анекс II)

Посебни колективни уговор за полицијске службенике, ("Службени гласник Републике Србије" број 22/2015, 70/2015 – Анекс)

Посебни колективни уговор за радно ангажовање естрадно-музичких уметника и извођача у угоститељству. ("Службени гласник Републике Србије" број 23/2015)

Посебни колективни уговор за социјалну заштиту у Републици Србији, ("Службени гласник Републике Србије" број 11/2015)

Посебни колективни уговор за установе културе чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, ("Службени гласник Републике Србије" број 10/2015)

Посебни колективни уговор за хемију и неметале Србије, ("Службени гласник Републике Србије" број 77/2016)

Правилник о критеријумима, мерилима, поступку и органима за вредновање рада судија и председника судова ("Службени гласник Републике Србије" број 81/2014, 142/2014, 41/2015 и 7/2016)

Правилником о стручним оспособљеностима, знањима и вештинама које се проверавају у изборном поступку, начину њихове провере и мерилима за избор на радна места ("Службени гласник Републике Србије", бр. 64/2006, 81/2006, 43/2009, 35/2010 и 30/2015)

Уредба о заснивању и престанку радног односа, ("Службени лист ФНРЈ" број 84/1948)

Уредба о отказима радника и намештеника, ("Службени лист ФНРЈ" број 80/1946)

Устав Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије" број 98/2006).

2.2. Страно право

Босна и Херцеговина

Критерији за осјенјивање рада судија у БиХ

https://vstv.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet?p_id_doc=43357

Смернице за рад комисија за спровођење поступка вредновања и утврђивања оцене рада судија и председника судова

<https://vss.sud.rs/sites/default/files/attachments/%D0%A1%D0%BC%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B8%D1%86%D0%B5%20%D0%B7%D0%B0%20%D1%80%D0%B0%D0%B4%20%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%81%D0%B8%D1%98%D0%B0%20%D0%B7%D0%B0%20%D1%81%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%92%D0%B5%D1%9A%D0%B5%20%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%83%D0%BF%D0%BA%D0%B0%20%D0%B2%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B0%20%D0%B8%20%D1%83%D1%82%D0%B2%D1%80%D1%92%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B0%20%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%B5%20%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%B0%20%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B8%D1%98%D0%B0%20%D0%B8%20%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B4%D1%81%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B0%20%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%BE%D0%B2%D0%B0.pdf> последњи пут приступљено 15.06.2020.

Устав Републике Српске, („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05)

Закон о државним службеницима Р. Српске ("Службени гласник Републике Српске", број 118/2008, 117/2011, 37/2012 и 57/2016)

Правилник о оцјењивању радника у Основном суду у Сокоцу, број 089 0 СУ 11 000456, од 14.04.2011. године

Правилником о поступку и критеријумима за оцјену рада службеника судске полиције Републике Српске <https://sudpol-rs.pravosudje.ba/vstvfo/Sc/258/article/67549>

Устав Федерације БиХ (“Службене новине Федерације Босне и Херцеговине”, број: 1/94).

Бугарска

Конституция на Република България(Обн., ДВ, бр. 56 от 13.07.1991 г., в сила от 13.07.1991 г., изм. и доп., бр. 85 от 26.09.2003 г.изм. и доп., ДВ. бр.18 от 25.02.2005 г., бр. 27 от 31.03.2006 г., бр.78 от 26.09.2006 г. - Решение № 7 на Конституционния съд от 2006 г., бр. 12 от 6.02.2007 г., изм. и доп. ДВ. бр.100 от 18 Декември 2015г.)

Белгија

The Belgian Constitution

https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf

Италија

Costituzione della Repubblica Italiana

<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>

Мађарска

Magyarország Alaptörvénye,

<http://www.mfa.gov.hu/NR/rdonlyres/B2568326-841E-43C2-89E5-5CEB1DCDF5AD/0/Alapt%C3%B6rv%C3%A9ny.pdf>

Македонија

Устав Републике Македоније,

<https://www.sobranie.mk/WBStorage/Files/UstavnaRmizmeni.pdf>

Немачка

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf>

Португалија

Constitucion de la Republica Portuguesa

<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf>

Румунија

Constitutia Romaniei Republicata

http://www.ucv.ro/pdf/site/constitutia_romaniei.pdf

Русија

Конституцию Российской Федерации

<http://www.constitution.ru/10003000/10003000-4.htm>

Словенија

Ustav Republike Slovenije,

<http://www.us-rs.si/media/ustava.republike.slovenije.pdf>

Француска

Constitution de la République Française,

<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>

Хрватска

Ustav Republike Hrvatske (“Narodne novine” br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćeni tekst, 28/2001, 41/2001 – pročišćeni tekst, 55/2001 – ispravak, broj 76/2010)

Zakon o državnim službenicima R. Hrvatske (“Narodne Novine” broj 49/2012)

Zakon o radu, („Narodne novine“ broj 93/14, 127/17, 98/19)

Црна Гора

Устав Црне Горе, доступан на

<http://www.skupstina.me/images/dokumenti/ustav-crne-gore.pdf>

Закон о раду („Службени лист Црне Горе“ број 74/2019)

Шпанија

Constitución Española http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf

ОДЛУКЕ ДОМАЋИХ СУДОВА

- Одлука Врховног касационог суда Србије број Рев 2 125/08 од 21.05.2008.
- Одлука Врховног касационог суда Србије број Рев 2 1885/06 од 27.03.2007.
- Одлука Врховног касационог суда Србије број Рев 2 2175/2015 од 02.06.2016.
- Одлука Врховног касационог суда Србије број Рев 2 389/2013 од 27.јуна 2013.
- Врховног касационог суда Србије број Рев 2 2008/15 од 09.12.2015.
- Врховног касационог суда Србије број Рев 2 2389/15 од 11.02.2016.
- Врховног касационог суда Србије број Рев 2 978/15 од 04.11.2015
- Одлука Врховног касационог суда Србије број Рев 2 1828/05 од 2.3.2006.
- Одлука Врховног касационог суда Србије број Рев 2 2175/2015 од 02.06.2016.
- Одлука Врховног касационог суда Србије, број Рев 2 166/2015 од 11.02.2016.
- Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж1 1476/10 од 12.01.2011.
- Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж1 1476/10 од 12.01.2011.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду број ГЖ1. 413/15 од 14.05.2015.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду– ГЖ 1 2034/12 од 10.09.2012.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2978/12 од 26.11.2012.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2978/12 од 26.11.2012.
- Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 1 742/06 од 24.05.2006.
- Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 2 1596/17 од 21.12.2017.
- Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 2 16/07 од 17.01.2007.
- Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 2 341/2017 од 7.2.2018.
- Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 2 533/11 од 06.10.2011.
- Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 2 608/14 од 26.12.2014.
- Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 2 1023/2015 од 16.3.2016.
- Решење Уставног суда Републике Србије број 15/2005 од 28.09.2006.

ОДЛУКЕ СУДОВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Одлука Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Velikom vijeću, u predmetu broj AP 303/16, објављена у Službeni glasnik BiH, broj 24/16.

Одлука Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Velikom vijeću, u predmetu broj AP 1296/05 од 20.10.2006. године

Одлука Врховног суда Републике Српске 118-0- Рев-07-000 577 од 4.3.2009. године

Одлука Врховног суда Републике Српске број 118 0 Рев 06 000 988 од 13.03.2007.

Одлука Врховног суда Републике Српске број 84 0 П 016236 09 Рев од 22.12.2010. године

Одлука Врховног суда Републике Српске број Рев 189/03 од 25.5.2004. године.

Пресуда Кантоналног суда у Травнику ГЖ 464/05 од 17.11.2005. године.

Пресуда Основног суда у Теслићу број 87 0 Рс 012176 12 Рс од 19.09.2014. године

БИОГРАФИЈА

Миодрага Јовановић рођена је 30. јануара 1988. године у Ријечи, Република Хрватска. У Београд се доселила 1991. године, где је завршила основну школу „Седам секретара СКОЈ-а“ и Десету београдску гимназију “Михајло Пупин”. Током школовања освајала је бројне награде на окружним и републичким такмичењима, а основно образовање је завршила као носилац Вукове дипломе.

Правни факултет Универзитета у Београду уписала је школске 2007/2008. године и на њему дипломирала у августу 2011. године, са општом просечном оценом 8,11. Током студирања награђена је за одличан успех похвалницом Правног факултета Универзитета у Београду за четврту годину студија.

У априлу 2013. године запослила се као судски приправник у Основном суду у Сокоцу (Република Српска). У новембру 2015. године, пред комисијом именованом од стране Министарства правде Босне и Херцеговине, успешно је положила правосудни испит, док је априла 2016. године именована за стручног судијског сарадника у Основном суду Соколац, а у мају 2021. именована за судију Основног суда у Сокоцу, где тренутно ради на парничном реферату.

На мастер академске студије, Јавно-правни модул, подмодул Радно и социјално право уписала се школске 2011/2012. године. Испите из свих предмета положила је са највишом оценом, док је под менторством професора др Бранка Лубарде написала мастер рад на тему „Забрана принудног рада у међународном и домаћем праву“, који је одбранила са највишом оценом.

У децембру 2011. године, учествовала је, као представник Правног факултета Универзитета у Београду, у раду међународне конференције студената из Шпаније, Белгије, Француске и Србије “Protection against dismissal for employees”, организованој на Правном факултету Универзитета у Бордоу (Француска), изложивши рад на тему: *Special protection against dismissal*.

Докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду, Радноправна научна област, кандидаткиња је уписала школске 2012/13. године. На првој години положила је испит Методе научно-истраживачког рада и вештина са оценом девет, као и први докторски испит (Радно право, Право социјалне сигурности и Међународно радно право). Другу годину докторских студија уписала је школске 2014/2015. године и положила други докторски испит (Извори радног права, и Решавање колективних радних спорова) са највишом оценом. Течно говори енглески језик, а у раду се служи руским, шпанским и француским језиком.

Кандидаткиња је аутор научног чланка „Кључни радноправни аспекти јавног конкурса за заснивање радног односа“ објављеног у часопису *Право и привреда*, бр. 10-12/2016, година LIV, стр. 71-89.

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора: **Миодрага Јовановић**

Број индекса: ДС 2012-3

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

„Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа“

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, 9.2.2022.

Миодрага Јовановић

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: **Миодрага Јовановић**

Број индекса: ДС 2012-3

Студијски програм: Право, Радноправна ужа научна област

Наслов рада: **„Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа“**

Ментор:

др Љубинка Ковачевић, редовна професорка, Универзитет у Београду – Правни факултет

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањивања у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, 9.2.2022.

Миодрага Јовановић

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци. Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, 9.2.2022.

Миодрага Јовановић

1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.