

ОТКАЗ НА ИНИЦИЈАТИВУ ПОСЛОДАВЦА И НОВЕЛЕ ЗАКОНА О РАДУ

Апстракт: Новеле Закона о раду конкретизују разлоге за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца који се односе на понашање запосленог и његову способност у смислу знања, вештина и остварених резултата рада. У тој индивидуализацији меродавних разлога за отказ, законодавац се није увек држао правила која извиру из аутономног права да закон мора да уреди оно што представља минимум заштите права запослених. Пример за то је недовољност запосленог присутног на раду под дејством алкохола и других опојних средстава и с тим у вези увођење додатних, по карактеру објективним условом инкриминације. У супротну крајност је закон отишао када је елиминисао значај процесних повреда на право запосленог, чија је одлука о отказу уговора о раду поништена на враћање на рад.

Кључне речи: понашање запосленог, радна способност, повреде радне обавезе, непоштовање радне дисциплине, друге радноправне мере, поштовање аутономног права.

1. Уводне напомене

Закон о изменама и допунама Закона о раду је на тему раскида раднофункционалне везе, ако се изузме могућност дужег отказног рока код отказа запосленог¹, донео измене искључиво када се ради о престанку радног односа на иницијативу послодавца и меродавној процедури с тим у вези².

* Рад примљен: 15.11.2014.

Рад прихваћен: 30.11.2014.

1 Општим актом може да се утврди дужи отказни рок, али не од 30 дана прописује измењена одредба члана 74 став 2. ЗОР.

2 Закон о изменама и допунама Закона о раду „Сл.Гласник РС“ бр. 75 од 21. јула 2014. године.

У односу на овај институт сродни појмови који индивидуализују случај отказа уговора о раду на иницијативу послодавца су: радна способност, понашање запосленог и потребе послодавца. Те појмове користи у истој намени и одредба члана 4. Конвенције 158. која носи наслов: „Оправданост престанка радног односа“³.

Појам понашање запосленог се препознаје и кроз разлоге сврстане у садржај радњи које образују повреде радних обавеза и непоштовање радне дисциплине, а потребе послодавца су исказане у виду престанка потребе за радом запосленог. Њихова индивидуализација остварена је тако што је сваки од назначених оправданих разлога датих у виду родних појмова у свом садржају добио посебне облике свога индивидуалног одређења. То је однос субординираности у значењу да се сваки појединачни појам повреде радне обавезе, односно непоштовање дисциплине може подвести под други виши, а по обиму шири појам. Када је реч о потреби послодавца, она је по природи ствари сведена само на један разлог престанак за радом запосленог.

2. Разлози за отказ и одсуство упозорења

Може се приговорити да није било разлога да се у систематици новелиране одредбе члана 179 ЗОР став 1 тачка 1-3. Закона осим разлога из тачке 1 (ако не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради) издвоје и разлози који су по врсти обухваћени појмом понашање запосленог. То су разлози под тачком 2 и 3 истог става (ако је правноснажно 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 из члана 79. овог закона, односно неплаћеног одсуства из члана 100. овог закона). Није, јер су ови разлози обухваћени појмом непоштовање радне дисциплине.

Ове разлоге не прати упозорење јер се то од послодавца с обзиром на њихов садржај не може очекивати-аргументат из члана 180.ЗОР и члана 7. К. 158.

У односу на разлог из става 1 члана 179. ЗОР од одлуке послодавца зависи да ли ће отказ заменити неком од мера из члана 179а овог закона у случају ако запослени не побољша рад у остављеном року - члан 180а. Закона.

Појам повреда радне обавезе мери се кроз однос запосленог према дужностима на раду када њихово нарушавање није последица одсуства радних способности, као у случају неостваривања резултата рада. Су-

³ Конвенција о престанку радног односа на иницијативу послодавца, Конвенција 158 усвојена од стране Конференције МОП на њеном 68. заседању Женева 22. јун 1982. године.

протно неостваривање резултата рада или одсуство потребних знања и способности за обављање послова Тај разлог се односи на радну способност запосленог са становишта његових могућности да обави поверене му послове. Недостатак радне способности овде се користи у значењу односуства знања, вештина и искуства, односно степена радне ангажованости (позитивно одређење), а не у смислу измењене радне способности из здравствених разлога, или њеног губитка.

Овај разлог се неће успешно остварити ако није испоштовано право запосленог који се је нашао у овој ситуацији на побољшање рада, а он ни у остављеном року за ту намену не отклони недостатке у свом раду.⁴ На тај начин, исказано је оно што је већ садржано у Препоруци 166, Препоруци о престанку радног односа на иницијативу послодавца⁵. У истој намени служи и одредба члана 180а. Закона. Према њеном тексту писано обавештење садржи: недостатке у раду запосленог, упуства која су у функцији њиховог елиминисања и примерен рок за побољшање рада.

Који ће бити садржај недостатака и с тим у вези датих упустава ради поправљања рада фактичко је питање а одређује га природа послова, уочени недостатаци и начин на који се остварује у конкретном случају побољшање. Подразумева се и да су наведене чињенице сведочанство о присутним недостацима у раду и да су дата стручна упустава – инструкције за побољшање рада. То су „одговарајуће инструкције“ потребне за постизање задовољавајућег вршења посла мерено односом резултата провере према очекиваним стандардима происаним за тај конкретни рад.

Ово обавештење мора бити достављено запосленом, а његов примерак задржан код послодавца са потврдом о извршеном достављању. На тај начин се обезбеђује доказ којим послодавац оправдава своје понашање и евентуално за случај поноваљени мана у раду разлог за отказ уговора о раду и оставарује учиак обавештења према запосленом који треба да буде изложен провери.

4 Та норма гласи: Послодавац може запосленом из члана 179. став 1. тачка 1) овог закона да откаже уговор о раду или изрекне неку од мера из члана 179а овог закона, 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 року.

5 Видети поглавље: „Процедура пре или у време престанка радног односа“, тачка 7 и 8 Препоруке 166, Препоруке о престанку радног односа на иницијативу послодавца усвојена 22. јуна 1982. године на Генералној конференцији Међународне организације рада коју је у Женеви сазвао Административни савет Међународног бироа рада и која се је састала 02. јуна 1982. године и решила да предлози узму облик препоруке којом се допуњава Конвенција о престанку радног односа из 1982. године.

У процесном смислу терет чињеничне тврдње и доказа на ове околности је на послодавцу. Он треба да докаже да је:

- запослени показао недостатке у раду;
- да му је достављена назначена инструкција са предходно назначеним нужним елементима који образују његов садржај;
- да запослени у року прописаном за ту намену није побољшао свој рад.

Рок за проверу радних способности запосленог који се нашао у овој ситуацији мора бити примерен времену потребном за проверу побољшања његовог рада. Његова дужина зависи од сложености и врсте послова где су недостаци уочени. То је време провере рада запосленог који се је нашао у овој ситуацији. Међутим, ако су недостаци последица увођења нових технолошких, односно организационих решења у процесу рада, онда се о томе мора водити рачуна при одређивању дужине времена провере мерено према стандарду потребног времена које је запосленом са просечним радним способностима потребно за његово савладавање. Тада време одређено за проверу има карактер и увођења запосленог у његово успешно савлађивање. То важи само у ситуацији када запослени није прошао предходну обуку у циљу овладавања новим технолошким решењима, која је потребна ради испешног обављања уговорених послова. Све то ни до сада у правној пракси није било спорно.⁶

У односу на другоназначени разлог (правноснажна осуда за кривично дело на раду или у вези са радом) материјалне претпоставке за његову примену су:

- осуђујућа кривична пресуда у значењу из одредбе члана 424. Законика о кривичном поступку⁷;
- да је запослени осуђен за кривично дело учињено на раду или у вези са радом.

Послодавац у овом случају може дати запосленом отказ најкасније до истека рока застарелости за кривично дело утврђено законом чији је чињенични опис радње инкриминације остварен на раду или у вези са радом - аргуменат из одредбе члана 184 став 2. Закона.

2.1. Повреде радне обавезе

Када је реч о повреди радне обавезе законодавац се је определио са комбинацију аутономне регулативе и законом прописаних повреда радне обавезе наведених *egzempli causa* без намере да се њиховим садржајем у

⁶ Видети пресуду Врховног суда Србије, Рев. II 69/2006(1) од 9.2.2006. године објављена у *Судској пракси Paragraflex*.

⁷ Видети одредбу члана 424. Законика о кривичном поступку («Службени гласник РС», бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014).

целини исцрпу све радње повреде радних обавеза које могу представљати разлог за отказ уговора о раду ако су прописане у аутономним нормама. Доказно сведочанство за то је разлог из тачке 5 одредбе члана 179 став 2. тачка 5. ЗОР дат у форми хипотетичког исказа који гласи: ако учини другу повреду радне обавезе утврђену општим актом односно уговором о раду. Када се ради о непоштовању радне дисциплине, разлика је само у овлашћеном формалном извору права на ову тему – општи акт, али не и уговор о раду-аргумент из тачке 8 става 3 члана 179. ЗОР.⁸ На тај начин, остављен је аутономан простор послодавцу да пропише и друге повреде радних обавеза односно непоштовања радне дисциплине осим оних именованих по самом закону у чијем присуству послодавац може да откаже уговор о раду.

Ex lege прописане повреде радне обавезе заснивају се на:

- санкционисању понашања које је супротно у алтернативи прописаним стандардима за ту прилику очекиваног понашања мерено према савесном запосленом који испуњава своје радне дужности, или целисходном, наменском и одговорном коришћењу средстава (тачка 1, и 3 става 2. члана 179);
- навођењу описа радње повреде радне обавезе
- злоупотреба положаја или прекорачење овлашћења.

У првом случају ради се о обављању послова противно њиховом циљу, или у циљу прибављања себи или другом користи, односно да се другом нанесе штета. Пошто је нагласак на радњи злоупотребе положаја, ова радња биће остварена и онда када је изостала штетна последица. Прекорачење овлашћења је вршење послова када за њихово обављање не постоји основ у у формалном извору права или одлуци надлежног лица.

2.2. Непоштовање радне дисциплине

Анализа словом закона дефинисаних радњи непоштовања радне дисциплине као односа запосленог према раду показује да се у њен каталог сврставају по садржају различите претпоставке диспозије чија је заједничка одлика примарно факултативи отказ послодавца као радноправна санкција, али и то што за њихову примену у односу на радње именоване у слову закона није потребно донормирање па било у форми закона односно општег акта у значењу из одредбе члана 8. ЗОР. Прописивањем непоштовања радне дисциплине штити се однос запосленог према раду и другим запосленима кроз заштитне објекте као што су на пример: здравље и безбедност на раду запослених, службена

⁸ Та норма гласи: ако не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца.

и професионална тајна, међусобни однос запослених у радној средини средства за рад, углед послодавца.

Опис бића непоштовање радне дисциплине из тачке 1 става 3 члана 179 Закона дат је у виду хипотетичког исказа: ако неоправдано одбије (запослени-подвукао БЖ) да обавља послове и извршава налоге послодавца у складу са законом.

Овде је отказом санкционисана сама радња као њен формални елемент. Изостало је навођење последице. То је делатносно дело. Навођење последице зато и није било потребно, јер на описани начин запослени повређује дужност да ради. То је оно што се може одредити и као понашање противно одредби члана 15 став 1 тачка 1. Закона прописује: Запослени је дужан да савесно и одговорно обавља послове. Он поступа супротно овој дужности када неоправдано одбије да ради. То може учинити према садржају законског описа ове радње дуално тако што ће одбити да обављања послове и/или одбити извршавање налога. Однос између ових радњи је однос индиферентности. У оба случаја присутан је пасивизам запосленог према пословима или датом налогу, а није од значаја да ли је одбијање учињено изричито или на конклюдентан начин као на пример самовољним напуштањем места рада. Битно је да је на тај начин материјализована воља запосленог да поступа супротно назначеној дужности да ради.

Биће овог облика непоштовања радне дисциплине биће остварено као разлог за отказ било тако што ће запослени одбити да обавља послове или да изврши налог. Није од значаја да ли је он остварио обе радње у одређеном временском интервалу или само неку од њих. У оба случаја последица је иста: факултативни отказ уговора о раду.

Исказ: да неоправдано одбије да обавља послове и извршава налоге у складу са законом подразумева и:

- да је налог за рад (ако се о томе ради) заснован на поштовању садржаја уговорених послова или послова на које је запослени премештен на основу решења под условима из новелиране одредбе члана 172а Закона;
- да запослени има знања и вештине за извршавање послова (ако је о томе реч)
- да је здравствено способан за рад на уговореним пословима односно на наложеним пословима;⁹
- и да су му обезбеђени безбедни и здрави услови за рад.

То значи да ако нека од ових, по карактеру, материјалних претпоставки није остварена, одбијање обављања послова односно извршење

⁹ Видети одредбу члана 179 став 3 тачка 1. Закона.

налога биће оправдано. Тако, на пример, у случајевима и под условима из одредбе члана 33. Закона о безбедности и здрављу на раду, запослени има право да одбије да ради.¹⁰

У каталог непоштовања радне дисциплине налази се по слову закона и радња: недостављања потврде о привременој спречености за рад у смислу члана 103. овог закона¹¹. На тај начин, одредба члана 103. ЗОР је постала потпуна норма јер је на истом нивоу (закону као формалном извору права) прописана радноправна санкција за случај пасивизма запосленог у погледу његове дужности да најкасније у року од три дана од дана наступања привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању о томе достави потврду лекара која садржи и време очекиване спречености за рад, са модификацијама у погледу начина достављања прописаног одредбом члана 103. Закона.

Законски разлог санкционисања ове радње пропуштања је у потреби послодавца да буде обавештен о разлогу недоласка запосленог на посао и да зависно од његовог садржаја предузме одговарајуће мере па било тако што ће привремено попунити те послове другим лицем односно запосленим, изјавити приговор, односно активирати поступак у циљу утврђивања радноправне одговорности одсутног запосленог.¹²

10 Према тој норми: Запослени има право да одбије да ради:

1) ако му прети непосредна опасност по живот и здравље због тога што нису спроведене прописане мере за безбедност и здравље на радном месту на које је одређен, све док се те мере не обезбеде;

2) ако му послодавац није обезбедио прописани лекарски преглед или ако се на лекарском прегледу утврди да не испуњава прописане здравствене услове, у смислу члана 43. овог закона, за рад на радном месту са повећаним ризиком;

3) ако у току оспособљавања за безбедан и здрав рад није упознат са свим врстама ризика и мерама за њихово отклањање, у смислу члана 27. став 2. овог закона, на пословима или на радном месту на које га је послодавац одредио;

4) дуже од пуног радног времена, односно ноћу ако би, према оцени службе медицине рада, такав рад могао да погорша његово здравствено стање;

5) на средству за рад на којем нису примењене прописане мере за безбедност и здравље на раду.

У случајевима из става 1. овог члана, запослени може да се писменим захтевом обрати послодавцу ради предузимања мера које, по мишљењу запосленог, нису спроведене.

Ако послодавац не поступи по захтеву из става 2. овог члана у року од осам дана од пријема захтева, запослени има право да поднесе захтев за заштиту права инспекцији рада.

Када запослени одбије да ради у случајевима из става 1. овог члана, а послодавац сматра да захтев запосленог није оправдан, послодавац је дужан да одмах обавести инспекцију рада.

11 Видети одредбу члана 179 став 3 тачка 2. Закона.

12 Видети одредбу члана 155 став 1 тачка 2 и 161. Закона о здравственом осигурању, „Сл.гласник РС“ бр.107/05, 109/05, испр 57/11,110/12, Одлука УС. 119/12.

Биће ове радње је остварено ако запослени у року од три дана од дана наступања привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању, пропусти да достави послодавцу потврду лекара која садржи и време очекиване спречености за рад. Потврду може да достави запослени, а у случају теже болести могу и чланови уже породице или друга лица са којима он живи у породичном домаћинству - аргуменат из одредбе члана 103. ЗОР.

Накнадно достављена потврда по истеку *ex lege* рока носи одлику неблагоприятности па зато неће имати извињавајуће дејство. Није од значаја да ли су на страни запосленог постојали медицински разлози који оправдавају његову спреченост за рад. Нису, јер запослени који се је нашао у овој ситуацији није радноправно одговоран због неоправданог изостанка са рада у одређеном времену. Супротно он је тада привремено спречен да ради због здравствених али је пропустио да о тој чињеници и времену очекиване спречености за рад благовремено обавести послодавца.

Неће постојати радноправна одговорност запосленог за ову радњу непоштовања радне дисциплине када је запослени хоспитално примљен у коматозном стању, односно стању дезоријентисаности или са губитком памћења, а нема породице или они немају сазнање о његовом здравственом стању. У том случају и истоврсним ситуацијама није остварен субјективни однос запосленог према назначеној радњи који образује његову радноправну одговорност. Тада постоји извињавајући разлог на страни запосленог због пропуштања да назначену потврду достави у словом закона одређеном времену рачунајући од дана наступања привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању. Са становишта примене права не може се од запосленог у стању објективне неспособности да то учини захтевати да достави ову потврду.

Радња злоупотребе права на одсуство због привремене спречености за рад представља радњу/е којима запослени погоршава своје здравствено стање, односно спречава оздрављење, односно оспособљавање за рад или ако се за време привремене спречености за рад бави привредном или другом активношћу којом остварује приход.¹³ Радња која нема тај циљ не представља овај вид непоштовања радне дисциплине.¹⁴ Случајеве при-

13 То су случајеви за које се према одредби члана 85 Закона о здравственом осигурању не признаје право на накнаду.

14 О томе се изјашњава ова судска одлука: "Радња која није подобна да погорша здравствено стање запосленог, односно да спречи његово оздрављење, не може имати за последицу злоупотребу права коришћења боловања, па и онда када је извршена у време у коме је запослени био привремено спречен за рад због болести". (Из пресуде Окружног суда у Београду, Гж. И. бр. 33-03/06 од 24.08.2006. године која је објављена

времене спречености за рад треба тумачити поштујући одредбу члана 74. Закона о здравственом осигурању.¹⁵ Ради утврђивања важних чињеница с тим у вези може бити потребно медицинско знање. То је разлог због кога слово закона даје овлашћење послодавцу да упутити запосленог у здравствену установу ради провере ових околности. Овде се не доводи у питање медицинска оправданост привремене спречености за рад, па је погрешно користити одредбу става 5 члана 103. ЗОР за оспоравање решења из чл. 179 став 4 ЗОР. Супротно овде се проверава да ли је запослени компромитовао медицинске разлоге радњама којима спречава оздрављење или доводи до њиховог погоршања.

У садржај повреде радне дисциплине сврстава се и долазак запосленог 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.¹⁶

Новина је то што сваки долазак запосленог под дејством алкохола, или других опојних средстава односно употреба алкохола или других опојних средстава у току радног времена сада сам по себи није довољан да би се образовао овај отказни разлог. Поред неке од предходно именованих радњи као објективног обележја непоштовања радне дисциплине из тачке 4 става 3. члана 179. Закона чији је однос индиферентан потребно је да се оствари и њен последични карактер. За отказ из овог разлога менаџера су само последичне радње. Та последица се исказује у постојању

у *Правној пракси INTERMEXA*).

15 Према одредби члана 74. став 1. Закона о здравственом осигурању („Сл. гласник РС“ бр. 107/2005, 109/2005, 57/2011, и 110/2012 Одлука УС 119/2012): Накнада зараде за време привремене спречености за рад припада осигураницима из члана 73. овог закона, ако је здравствено стање осигураника, односно члана његове уже породице такво да је осигураник спречен за рад из разлога прописаних овим законом, без обзира на исплатиоца накнаде зараде, и то ако је:

- 1) привремено спречен за рад услед болести или повреде ван рада;
- 2) привремено спречен за рад услед професионалне болести или повреде на раду;
- 3) привремено спречен за рад због болести или компликација у вези са одржавањем трудноће;
- 4) привремено спречен за рад због прописане мере обавезне изолације као клицноше или због појаве заразних болести у његовој околини;
- 5) привремено спречен за рад због неге болесног члана уже породице, под условима утврђеним овим законом;
- 6) привремено спречен за рад због добровољног давања органа и ткива, изузев добровољног давања крви;
- 7) привремено спречен за рад јер је одређен за пратиоца болесног осигураног лица упућеног на лечење или лекарски преглед у друго место, односно док борави као пратилац у стационарној здравственој установи, у складу са општим актом Републичког фонда.

16 Видети одредбу члана 179 став 3 тачка 4. Закона.

односно непостојању утицаја односно могућности утицаја употребе алкохола или других опојних средстава на обаљање посла. Овде штетно дејство радње улази по природи ствари у биће дела непоштовања радне дисциплине. Слово закона са становишта последица по опстанак радно-функционалне везе ставља знак једнакости између могућности дејства утицаја присуства и/или употребе назначених средстава на послове и стварно материјализованих ефеката који настају из исте радње и у истом циљу. Могућност мора носити атрибут објективна.

На тај начин законодавац је оставио без учинка на опстанак раднофункционалне везе послодавца и запосленог саму употребу алкохола или другог опојног средства у току радног времена, односно долазак на рад под дејством неког од назначених опојних средстава када та остаје без и могућег дејства на обављање послова. Када се ради о запосленом на пословима возача биће довољно да је он под дејством алкохола у значењу из одредбе члана 187 став 2, 3 и 4. Закона о безбедности саобраћаја на путевима¹⁷.

Lege ferenda овде и питање: да ли је на тај начин слово закона без оправданог разлога ушло у процену послодавца да вреднује и да ли сваки долазак на посао под дејством алкохола или другог опојног средства или њихова употреба у радном времену је сам/а по себи довољан да наруши технолошку дисциплину у мери неподношљивости са становишта опстанка радног односа. Одговор је потврдан пошто закон треба да уреди права, обавезе и одговорности из радног односа само у мери којом се гарантује минимум права и потребних услова рада запосленог и ништа више од тога ако хоће да избегне приговор претерне државне интервенције у амбијенту радних односа. У овом случају та граница је очигледно прекорачена, јер употреба алкохола или других опојних средстава на раду, што значи у радној средини, по природи ствари не може остати без утицаја на технолошку дисциплину и ако њихов корисник и ако запослени може успешно и поред њихове употребе да обавља поверене му послове. Све су то разлози у чијем присуству је требало одговор на то питање оставити без интервенције законодавца.

¹⁷ Према одредби члана 187 став 2и 3. Закона о безбедности саобраћаја на путевима („Сл.гласник РС“ бр.41/2009 и 531/2010,101/2011, 32/2013 и Одлука Уставног суда и 55/2014.): Возач не сме да управља возилом у саобраћају на путу нити да почне да управља возилом ако је под дејством алкохола и /или психоактивних супстанци.

Под дејством алкохола је возач, односно лице за које се анализом одговарајућег узорка крви утврди садржај алкохола већи од 0,30 мг/мл или ако је присуство алкохола у организму утврђено одговарајућим средствима или апаратима за мерење алкохолисаности (алкометром и др.), што одговара садржини алкохола у крви већој од 0,30 мг/мл., поремећаја, које су последица конзумирања алкохола и/или психоактивних супстанци:

Заједичка одлика повреда дисциплине из тачке 3 (злоупотреба права на одсуство због привремене спречености за рад) и 4.става 3 члана 179. ЗОР је могућност послодавца да запосленог упути на одговарајућу анализу у овлашћену здравствену установу коју одреди послодавац о свом трошку ради утврђивања меродавних околности. То су:

- степен алкохолисаности или присуства опојног средства код запосленог;
- околности које се односе способност запосленог да обавља поверене му послове(тачка 4);
- односно да ли запослени користи привремену спреченост за рад због болести на начин на који се спречава односно погоршава његово оздрављење (тачка 3).

Постојање механизма у систему здравствене заштите није сметња постојању норме ЗОР којом прописује могућност послодава да запосленог упути на одговарајућу анализу у здравствену установу коју одреди о свом трошку ради провере околности из става 3 зачка 3 и 4. члана 179. ЗОР. Није, јер се овде словом закона даје овлашћење послодавцу у функцији доказна провере чињеница меродавних за отказ из назначених разлога. Реч је о анализи крви и другим потребним биохемијским анализама које томе треба да послуже.

Одбијање запосленог који ради на одређеним пословима да се на захтев послодавца подвргне оцени здравствене способности такође улази у садржај непоштовања радне дисциплине, али под *ex lege* додатно испуњеним елементима објективног карактера који образују његово биће. Ти објективни елементи су дуално одређени и односе се на: послове са повећаним ризиком и да је посебна здравствена способност нужан услов за рад на тим пословима.

Законски разлог овог решења је заштита безбедности запосленог. То произилази из дужности послодавца да обезбеди запосленом рад на радном месту и у радној околини у којима су спроведене мере безбедности и здравља на раду - аргуменат из одредбе члана 9 став 1 овог закона¹⁸.

Ради тога одбијање запосленог да буде подвргнут оцени здравствене способности је разлог за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца јер он на тај начин он онемогућава послодавца да провери да ли он испуњава овај услов. Запослени мора да непрекидно испуњава овај услов пошто без тога не може да ради на пословима са повећаним ризиком.

Подразумева се да је запослени који се је нашао у овој ситуацији примио позив за здравствени преглед и да на његовој страни не постоје

¹⁸ Видети одредбу члана 9 и 32. Закона о безбедности и здрављу на раду („Сл. гласник РС“ број 101/2005).

извињавајући разлози који оправдавају његово понашање супротно дужности да се изложи провери своје здравствене способности.¹⁹ У одсуству ових, по карактеру, оправданих разлога, запослени поступа супротно назначеној дужности због чега у суштини онемогућава послодавца да утврди да ли он и даље испуњава потребне услове да ради на пословима са повећаним ризиком.

Позивање запосленог на здравствене разлоге, ако у њиховом присуству нема сметњи за назначену проверу његове здравствене способности не оправдава назначено одбијање.

На тај начин Закон је извршио селекцију на тему провере здравствене способности тако што је на ранг материјалне претпоставке за понашање послодавца по диспозицији норме из одредбе члана 179 став 3 тачка 7. Закона узео само проверу здравствене способности која образује услов за рад на пословима са повећаним ризиком. То је у складу и са одредбом члана 43. Закона о безбедности и здравља на раду.²⁰

Томе у прилог и то што неиспуњавање посебних услова за рад на пословима са посебним ризиком са становишта здравствене способности запосленог не може бити разлог за отказ у смислу одредбе члана 43. став 4 овог Закона²¹. То је још једна потврда да је циљ провере испуњености услова у погледу здравствене способности запосленог који ради на назначеним пословима искључиво у функцији заштите безбедности и здравља на раду, и да запослени који се је нашао у овој ситуацији не може оправдати избегавање назначене провере да би спречио отказ.

Овде и питање да ли запослени може позивом на право на физички и психички интегритет у смислу одредбе члана 25. Устава

19 Према одредби члана 120 став 4. Закона о основама система образовања и васпитања („Сл.гласник РС“ бр. 72/2009, 52/2011, 55/2013) Запосленом престаје радни однос ако се у току радног односа утврди да не испуњава услове из става 1. овог члана или ако одбије да се подвргне лекарском прегледу у надлежној здравственој установи на захтев директора.

20 Видети одредбу члана 43. Закона о безбедности и здрављу на раду.

21 Према одредби члана 43. Закона о безбедности и здрављу на раду: Послодавац је дужан да запосленом на радном месту са повећаним ризиком пре почетка рада обезбеди претходни лекарски преглед, као и периодични лекарски преглед у току рада.

Претходни и периодични лекарски прегледи запослених на радним местима са повећаним ризиком врше се на начин, по поступку и у роковима утврђеним прописима о безбедности и здрављу на раду које споразумно прописују министар надлежан за рад и министар надлежан за здравље.

Ако се у поступку периодичног лекарског прегледа утврди да запослени не испуњава посебне здравствене услове за обављање послова на радном месту са повећаним ризиком, послодавац је дужан да га премести на друго радно место које одговара његовим здравственим способностима.

Неиспуњавање посебних здравствених услова за рад на радном месту са повећаним ризиком не може бити разлог за отказ уговора о раду

одбити да се изложени овој медицинској анализи. Томе у прилог он може да наведе своје право као пацијента на слободан избор здравствене установе, предложених медицинских мера, у складу са законом којим се уређује област здравствене заштите и законом којим се уређује област здравственог осигурања²².

Запослени не може успешно позивом на ове разлоге одбити анализу код овлашћене здравствене установе. Не може, јер он код одлуке о избору у овој ситуацији није само пацијент већ и запослени који се је укључио у раднофункционални однос са послодавцем који се врши по одговарајућим правилима са којима се је он сагласио закључивањем уговора о раду. Та правила су и да рад обавља без употребе алкохола или других опојних средстава и да прихвата услове провере његове способности за безбедан и здрав рад на пословима где се захтева посебна здравствена способност. Када послодавац позива запосленог да изврши назначену анализу он то чини у циљу остваривања своје дужности да обезбеди у својој средини безбедан рад. Поред тога запослени који се је нашао у вој ситуацији има слободан избор да одлучи да ли ће бити изложен овој провери или не. У сукобу права на слободан избор запосленог и права на здрав и безбедни рад овде је претежнији интерес да се заштити друго назначено право. Претежнији јер се тако штити живот и здравље свих запослених који раде у конкретној радној средини. Утврђивања постојање наведених околности може се остварити и на други начин уз услов да је то у складу са општим актом.

Разлог да он тада није слободан пошто одбијање запосленог да се одазове овом позиву се према ставу 4 члана 179. Закона квалификује као непоштовање радне дисциплине некористи. То што његова негативна одлука може имати за последицу отказ уговора о раду не користи. Не користи, јер се у име заштите права личности не може нарушавати право других - овде послодавца код кога је запослени у радном односу да у својој радној средини организује рад по правилима која обезбеђују безбедан и здрав рад и да у том циљу обезбеди проверу запослених код одговарајуће овлашћене здравствене установе у погледу постојања, односно непостојања за тај рад одговарајућих. околности које су услов без кога нема његовог *ex lege* постојања и да зато обезбеди одговарајуће доказе. Ради тога није нарушена разумна мера у односу између ових права, када је назначеном нормом прописано да одбијање запосленог да се одазове на позив послодавца да изврши анализу сматра непоштовањем

²² Видети одредбу члана 12. Закона о правима пацијента („Сл.гласник РС“ број 45/2013) која гласи: Пацијент има право на слободан избор доктора медицине, односно доктора стоматологије, здравствене установе, као и слободан избор предложених медицинских мера, у складу са законом којим се уређује област здравственог осигурања.

радне дисциплине. Утврђивања постојање наведених околности може се остварити и на други начин уз услов да је то у складу са општим актом. Ово зато што то ограничење тежи легитимном циљу: заштити здравља запослених у овој радној средини што је прежнији интерес, у односу на слободу запосленог да одлучи да ли ће се изложити назначеној анализи

Понашање које представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак за то кривично дело такође је сврстано у садржај законом дефинисаних облика непоштовања радне дисциплине квалификоване за отказ. На тај начин дато је овлашћење суду у парници да решава као предходно питање: да ли су у радњама запосленог садржани елементи који образују биће кривичног дела, али искључиво ради добијања одговора на питање да ли те радње образују биће непоштовања радне дисциплине. предходно послодавац и суд у овој ситуацији неће утврдити да је запослени учинио кривично дело, нити да постоји његова кривична одговорност, јер за то није овлашћен због природе поступка у којем се та чињенично правна утврђења материјализују²³. Међутим, он је овлашћен да реши да ли *in concreto* радња има елементе одређеног кривичног дела и ако има да је то повреда радне дисциплине. Нагласак је на атрибуту радна што указује да радња којом се нарушава радна дисциплина мора бити повезана са радом, односно бити у вези са радом.

Разлика између овог облика непоштовања радне дисциплине и разлога за отказ из одредбе тачке 2 става 1 члана 179. ЗОР је у томе што у случају из става 3 тачка 5 ове норме послодавац а за случај активирања екстерне заштите и суд у парници утврђује да ли понашање запосленог представља радњу извршења кривичног дела у значењу остварених елемената бића одређеног кривичног дела неупуштајући се у питање постојања кривичног дела и кривичне одговорности запосленог (у овом случају суд интересује само радноправна правна одговорност) док у случају суд из става 1 тачка 2 члана 179. ЗОР у садржај доњег судског силогизма се само умеће правноснажна осуђујућа кривична пресуда као довољна чињеница за отказ уговора о раду из овог разлога.

Давање нетачних података од стране запосленог у поступку заснивања радног односа се такође сврстава у непоштовање радне дисциплине. Нужан услов његове употребе односи се на врсту података мерено њиховим значајем за заснивање радног односа. Слово закона у ту намену користи исказ: дао нетачне податке који су били одлучујући

²³ Видети потпуније у чланку Боривоја Живковића: Кривично дело на раду или у вези са радом као разлог за отказ уговора о раду Часопис за примену прописа «Правна пракса» Либер број 5/2006 стр. 36-41.

за заснивање радног односа.²⁴ То су они подаци који се односе на опште и посебне услове нужно потребне за заснивање радног односа а по карактеру су такви да су услов без кога нема његовог правно вредног постојања. То су недостаци који пошто се односе на одлучујуће податке за заснивање радног односа не могу се конвалидирати самим чином заснивања радног односа, али могу протеком времена за дозвољену процедуру отказа - аргумент из одредбе члана 184 став 1. ЗОР. Протеком времена могу пошто послодавац губи капацитет да употреби овај разлог протеком рока из одредбе члана 184.ЗОР. На тај начин отклоњен је недостатак присутан у правној пракси да за ову радњу није био прописан рок за отказ.²⁵

Остваривање делотворног права на одбрану задржано је и у одредби члана 180. Закона о раду када се ради о разлозима за отказ уговора о раду због повреде радне обавезе с тим што је повећан рок у коме се то право схваћено као правна моћ може остварити: најмање осам дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења

Упозорење мора да садржи чињенични основ из кога произилази биће повреде радне обавезе односно непоштовање радне дисциплине.

3. Институт удаљења и друга правила везана за отказ послодавца

Разлози за удаљење су редуковани изостављањем разлога: да ако је запослени учинио повреду радне обавезе која угрожава имовину веће вредности утврђене општим актом или уговором о раду, а продужено је време трајања удаљења ако је против запосленог започето кривично гоњење због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом – доправноснажног окончања тог кривичног поступка.²⁶

Када је реч о овим разлозима за давање отказа словом закона измењени с рокови за дозвољену процедуру отказа. Субјективни рок

24 Видети одредбу члана 179 став 3 тачка 6. ЗОР.

25 У конкретном случају, у моменту заснивања радног односа тужиоца код туженог путем преузимања, он није испуњавао услове за рад на радном месту возача тешког теретног возила, јер је већ у том времену био оглашен инвалидом треће категорије, са ограничењима у погледу обављања одређених послова, односно физичким ограничењима, због којих није био способан за рад на наведеном радном месту. Он је знао да не испуњава здравствене услове за рад, на наведеном радном месту, у циљу чијег обављања послова је и засновао радни однос путем преузимања, јер је прећутао наведену чињеницу која је значајна за извршење послова ради којих је засновао радни однос. Због тога су се стекли законски изнетих разлога, Врховни суд је на основу члана 393 Закона о парничном поступку, одлучио као у изреци.» (Пресуда Врховног суда Србије, Рев.-II-1587/2003 од 25.2.2004. године).

26 Видети новелиране одредбе члана 165 и 167. ЗОР.

је шест месеци (пре три месеца) од дана сазнања за чињенице које су основ за отказ док објективни рок је годину дана (пре шест месеци) од дана наступања чињеница које су основ за давање отказа) члан 184 став 1. Закона.

Закон прати решења из Конвенцију 158, Конвенције о престанку радног односа на иницијативу послодавца и на тему терета чињеничне тврдње и доказа²⁷. То чини прописивањем обавезе послодавца да у садржају упозорења наведе доказе. Мутатис мутатис је и решење из одредбе члана 188. ЗОР је када се ради о отказу одређенене категорије запослених који су под посебним заштитом од отказа. У том случају, на послодавцу је терет тврдње и доказа да стављање овог запосленог у неповољнији положај није последица његовог статуса или активности у својству представника запослених, чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима-аргуменат из новелиране одредбе члана 188. ЗОР.

Повећан је нагласак на значају мишљења синдиката чији је запослени члан и које је он приложио уз своје изјашњење. То је учињено законском наредбом послодавцу да то мишљење размотри.

Овде и дилема која је последица пропуста послодавца да то учини. Пошто одредба члана 181. Закона не прописује санкцију за повреду ове дужности, његов пропуст сам по себи није довољан да доведе до поништаја решења. Ради тога тога повреду поступка треба вредновати са становишта одговора на питање да ли би и да је вредновано то мишљење синдиката то имало за последицу повољнију одлуку за запосленог који се је нашао у тој ситуацији.

Потребе послодавца као разлог за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца присутне као разлог за отказ и до сада су биле препознате у назначеној намени²⁸.

Новина је:

- Учињени компромис између заштите запослених са инвалидитетом и запосленог са здравственим сметњама прописивањем дужности послодавца да обезбеди обављање послова у складу са законом. За случај да послодавац то није

²⁷ Према одредби члана 9, став 2 под 2. Конвенције 158 је усвојена на 68. заседању Конференције МОП, Женева 22. јун 1982. године, терет доказивања да постоји ваљан разлог за престанак радног односа према дефиницији из члана 4. ове конвенције сноси послодавац.

²⁸ Према одредби става 4 члана 179. Закона: Запосленом може да престане радни однос ако за то постоји оправдан разлог који се односи на потребе послодавца и то:

1) ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла;

2) ако одбије закључење анекса уговора у смислу члана 171. став 1. тач. 1-5) овог закона.

у могућности запослени се сматра вишком што ни до сада није било спорно у односу на све запослене који не могу бити оглашени вишком ако постоји потреба за њиховим радом на другим слободним пословима.

- Код института вишка запослених промењен је нов начин одређивања отпремнине. Њена гарантована вредност је збир трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу код послодавца код кога остварује право на отпремнину. Меродавно је искључиво време преведено код послодавца код кога је запослени оглашен вишком уз поштовање правила да се том времену прирачунава време проведено у радном односу код његовог правног предходника у случају статусне промене у смислу члана 147 овог закона као и код повезаних лица са послодавцем²⁹. Ratio legis овог решења у промени својинске структуре капитала, јер послодавац више нема интерес да награђује минули рад запосленог кроз исплату отпремнине а његово радно искуство вредно за његове потребе добиће свој израз у уговореној заради. У образложењу Предлога од 12.07.2014. године се наводе други разлози.³⁰

Овде се *lege ferenda* може приговорити да ли је било у овлашћењу законодавца да пропише правило у ставу 5 члана 158. Закона које гласи: Општим ам актом или уговором о раду не може да се утврди дужи период за исплату отпремнине од периода утврђеног у ставу 2 и 3 овог члана.

На тај начин се очигледно без разумно оправданог разлога задире у аутономну радноправну регулативу. У циљу спречавања кумулирања овог права је и решење из одредбе става 6 чл. 158. Закона.³¹

На тему посебне заштите од отказа новелирана је одредба члана 187 Закона, јер је прецизирано да ће бити меродавно постојање сазнања на дан доношења решења о отказу или ако запослени у року од 30 дана од дана престанка радног односа обавести послодавца о постојању

29 Видети одредбу члана 158 ЗОР у измењеном виду.

30 Према образложењу овог Предлога: “Циљ овако предложене законске одредбе је процедура да би послодавци били више мотивисани да запошљавају нова лица као и да се спречи могућност да запослени по истом основу добије више пута отпремнину. На овај начин би се у великој мери спречио одлив средстава из буџета чиме би се посредно заштитили и порески обвезници. Такође се на посредан начин спречава дискриминација старијих лица које су послодавци избегавали да примају у радни однос управо због обавезе исплате отпремнине за цео радни век, што би у крајњој линији требало да резултира повећањем запослености посебно теже запошљивих категорија.“

31 Према тој норми: Запослени не може да оствари право на отпремнину за исти период за који му је већ исплаћена отпремнина код истог или другог послодавца.

околности о трудноћи односно породилском одсуству и о томе достави одговарајућу потврду.

4. Радноправне мере

Наслов одредбе члана 172а Закона: Мере за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радне обавезе с обзиром на свој садржај показује непрецизност, јер то нису све мере. Нису јер се у њиховом садржају не налази отказ на иницијативу послодавца. На то указује и наслов одељка изнад одредбе члана 180 Закона који гласи: “Поступак пре престанка радног односа или изрицања друге мере који се односи и на на назначени отказ.”³² На тај начин, слово закона по садржају разликује отказ и друге мере. Одговарајући термин би био: друге мере за непоштовање радне дисциплине односно повреду радне обавезе. Томе у прилог и садржај ове норме. Реч је о мерама које су дате у алтернативи. Оне су супститути случају отказу уговора о раду на иницијативу послодавца као раскиду раднофункционалне везе чије активирање дозвољава присуство: олакшавајућих околности, односно да повреда радне обавезе и непоштовање радне дисциплине није такве природе да запосленом треба да престане радни однос. Околности могу бити субјективне и објективне природе. Њихова примена је искључена код разлога именованих у ставу 1 члана 179. Закона. Овде се ради, по карактеру, о олакшавајућим околностима са становишта њиховог утицаја на изрицање отказа од стране послодавца. У овом случају могућност да неке од мера замене ствар је одлуке послодавца. У том значењу и хипотетички исказ употребљен у ставу 1 ове норме који гласи: “ако (послодавац не и суд - приметио БЖ) сматра да постоје“ и „уместо отказа уговора о раду, изрекне једну од следећих мера“. То значи и да суд нема моћ да вреднује законитост отказа уговора о раду са становишта одговора на питање, да ли је послодавац могао запосленом изрећи неку од сталих мера. У овлашћењу је послодавца да оцени да ли ће у избору изрећи отказ или другу меру. Од тога постоји изузетак када се ради о ситуацији да повреда радне обавезе односно непоштовање дисциплине није такве природе да запосленом треба да престане радни однос. Тада запослени није извршио непоштовање радне дисциплине односно повреду радне обавезе која по слову закона може бити разлог за отказ. *Nulum poena sine lege*. Те мере су:

1) привремено удаљење са рада без накнаде зараде, у трајању од једног до 15 радних дана;

32 Видети члан 77. Новела.

2) новчана казна 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;

3) опомена са најавом отказа у којој се наводи да ће послодавац запосленом отказати уговор о раду без поновног упозорења из члана 180. овог закона, ако у наредном року од шест месеци учини исту повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине.

Ове мере се не могу кумулирати за исту радњу повреду радне обавезе односно дисциплине, јер то не одговара њиховом карактеру. То не дозвољава ни слово закона. На то упозорава завршни фрагмент става 1 члана 179а. ЗОР који гласи: “једну од следећих мера“, што значи једну не неке или све.

Појединачни правни акт којим послодавац одлучује о некој од ових радноправних мера је решење. На то подсећа одредба става 1 члана 193. Закона која гласи: Запосленом се у писаном облику доставља решење о остваривању права, обавеза и одговорности, са образложењем и поуком о правном леку, осим у случају из члана 172. овог закона. Овде је реч о радноправној одговорности запосленог и с тим у вези изрицању одговарајуће радноправне мере.

Против свих ових решења која садрже одлуку о радноправној санкцији дозвољена је самостална судска заштита јер се реч о заштити појединачних права запосленог - аргуменат из одредбе члана 194/5. Закона.

5. Правне последице престанка радног односа без основа

Исказ из основног текста одредбе става 1 члана 191 Закона: ако суд донесе правноснажну одлуку којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос суд ће одлучити да се запослени врати на рад замењен је у новелираној одредби исте норме исказом: Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа одлучиће о захтеву запосленог да се врати на рад. То није само језичка промена већ промена у правном значењу правних последица које произилазе из непостојања правног основа престанка радног односа (поништено је решење о отказу уговора о раду). Наредба о враћању на рад замењена је одлуком о захтеву за враћање на рад поништај решења о отказу уговора о раду не води безусловно позитивној одлуци о враћању на рад. На то упућује исказ: одлучиће о захтеву за враћање на рад, али и случајеви када одсуство основа престанка радног односа не значи и основаност захтева за враћање на рад. Такође све то мора да се оствари у истом поступку, јер запослени више нема могућности да накнадно из-

ван поступка о коме се решава о законитости решења о отказу захтева да се врати на рад. Он као тужилац тај захтев мора поставити у истом поступку.

Новелирана одредбом члана 191. Закона прописује накнаду штете за период за који запослени није радио што је завршни из става 1 члана 191. Закона. Услов је да је суд утврдио да му је радни однос престао без основа. У том случају запосленом за тај период припада накнада штете коју образује зарада, порези и доприноси за обавезно социјално осигурање (позитивно одређење). У њен садржај не улази: накнада за исхрану, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца (негативно одређење).

Тако одређена накнада штете се исказује као бруто вредност, али се порези и доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио обрачунавају и плаћају, али не запосленом коме се исплаћује вредност изгубљене зараде умањена за вредности из предходно назначених основа.

Овде и дилема да ли се трошкови превоза улазе у накнаду штете по основу изгубљене зараде пошто по слову закона то није прописано као што ће то учињено у односу на накнаду за исхрану и регрес. Сматрамо да је одговор на то питање негативан. Употребљен је појам изгубљена зарада учији садржај не улазе трошкови превоза – аргуменат из одредбе члана 105. Закона. Под зарадом у смислу става 1 овог закона не спада накнада трошкова у вези са радом из члана 118 тачка 1-4. ЗОР. Такође нема трошкова превоза када запослени не долази на посао.

Ово право припада запосленом коме је престао радни однос без правног основа за период од престанка радног односа до доношења судске независно од разлога због којих следи судски закључак да је запосленом престао радни однос без основа. При томе није од значаја који разлози су определили тај закључак јер то у садржају става 1-4 члана 191. Закона није прописано као правно важна чињеница која улази у садржај претпоставке диспозиције.

Када је реч о враћању на рад тада по слову закона могу настати различити случајеви о којима садржи говор одредба члана 191 став 5, 6 и 7. члана 191. Закона.

Запослени коме је основ престанка радног односа поништен из материјалних разлога по правилу има право на враћање на рад до кога неће доћи ако он незахтева враћање на рад већ новчани износ од највише 18 зарада у зависности од словом закона дефинисаних околности (став 5) У ситуацији када послодавац докаже да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа уз уважавање свих околности и интереса обе странке није могућ тада послодавац спречава запосленог

да се врати на рад а уместо тога он добија накнаду штете у двоструком износу од износа утврђеног у ставу 5 овог члана.

Супротно, запослени коме је поништен основ престанка радног односа јер је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак престанка радног односа, такође нема право на враћање на рад а уместо тога има само право на накнаду штете износ до шест зарада запосленог. На то упућује завршни фрагмент става 7 ове норме која гласи: суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име нанаше штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог. Ово решење је у Образложењу предлога објашњено као вид санкције за послодавца који се није придржавао процедуре о отказу. Занемарено је да је то санкција и према запосленом и да је ово решење супротно: одредби члану 7 К.158. - право на одбрану; параграфу 10 Препоруке 166 - треба сматрати да је послодавац одустао од свог права да прекине радни однос ако то не учини у разумном року; да то решење није у складу са правним последицама које следе из поништеног основа и да је антиномична тврдња поништити основ престанка а лишити запосленог права на враћање на рад.

Опонент би могао да приговори да овај запослени нема право на накнаду штете за период за који није радио сматрамо правно погрешним јер став 1 члана 191. Закона који прописује право на накнаду штете за период када запослени није радио узима као важну чињеницу само то што је суд у току поступка утврдио да је запосленом престао радни однос без правног основа не правећи при томе разлику о погледу врсте разлога меродавних за ту намену. Ради тога остаје без значаја чињеница што по законској наредби он неће остварити право на враћање на рад.

Одредба става 8 члана 191. Закона прописује да се од зарадом из става 5 и 7. овог члана сматра зарада коју је запослени остварио у месецу који предходи месецу у коме му је престао радни однос.

Одредба става 9 члана 191. Закона није решила питање пасивизма запосленог као оштећеног да оствари запослење.

6. Pro et contra

Овде би опонент могао, али сматрамо правно погрешно да тврди да запослени коме је основ престанка радног односа поништен искључиво из процесних разлога нема право на накнаду штете за период од престанка радног односа до правноснажности судске одлуке којом је поништен основ и с тим у вези да став да решење из става 7 члана 191. Закона покрива и накнаду штете за овај период. У прилог своме схватању може он може користити разлог да је у овој ситуацији запослени сам искључиво допринео сопственој штети користећи при томе и правна

схватања из досада присутне правне праксе на исту тему. Сматрамо да се овом схватању може успешно приговорити из ових разлога:

1. На тај начин се занемарује разлика између накнаде штете о којој говори одредба члана 179 став 1-4 ЗОР од накнаде штете од накнаде штете уместо враћања на рад. Код права на ову накнаду штете по основиу изгубљене зараде и других примања у садржај претпоставке диспозиције за његово остваривање не фигурира као правно важна чињеница разлог због кога је поништен основ престанка радног односа. На то подсећа став 1 члана 191. Закона који гласи: Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, на захтев запосленог, одлучиће да се запослени врати на рад, да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио.

Кључни искази из ове норме: престао радни однос без правног основа, да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси, за период у коме запослени није радио. Први показује основ грађанскоправне одговорности - разлог због чега послодавац има положај штетника, други даје одговор на питање шта је тада садржај његове обавезе према запосленом, а трећи исказ индивидуализује период у односу на који запосленом који се је нашао у тој ситуацији припада накнада штете. То је период у коме он није радио. Супротно у ставу 7 ове норме фигурира као правно важна чињеница да је поништен основ престанка радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа и изричу истовремено последице с тим у вези и то:

- негативна последица у виду губитка права на враћање на рад;
- позитивна последица дата у виду исказа:а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада. Када се погледа целина ове норме утврдиће се да постоји веза између негативне одлуке по захтеву за враћање на рад и права на назначену накнаду штете. Запослени који се је нашао у овој ситуацији не може тражити враћање на рад већ само накнаду штете. Међутим, он у току поступка још незна разлоге у чијем ће присуству суд поништи основ престанка радног односа. Ради тога негативна одлука суда по његовом захтеву враћање на рад није сметња да он накнадно захтева накнаду штете, а нема сметњи и да то учини евентуалним захтевом у истој парници. У сваком случају, суд нема капацитет да уместо запосленог као тужиоца његов тужбени захтев за враћање на рад супституише у захтев за накнаду штете-аргументат из одредбе члана 3 Закона о парничном поступку.

2. Разлог да се и накнада из става 1, 5, 6 и 7 чл. 191. ЗОР умањује за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа је без значаја пошто у истој ситуацији не може бити запослени који је остварио запослење за време престанка радног односа без основа у односу на запосленог који је стварно био лишен те могућности. Друго је питање што ове норме нису решиле питање пасивизма запосленог као оштећеног.

3. Да се ради о различитим основима накнаде штете потврђује и сама одредба члана 179 став 9 ЗОР то признаје почетним фрагментом који гласи: “Накнада из става 1, 5, 6 и 7. овог члана“.

Lege ferenda овде се основано може приговорити из разлога:

- Процесно правило је и повреда права на одбрану недостављањем упозорења или доношење решења о отказу уговора о раду по истеку рока за дозвољену процедуру отказа. Ради тога није било разумно оправданог разлога ставити у неповољнији положај запосленог чије је решење о отказу уговора о раду поништено из процесних разлога у односу на запосленог где као разлог фигурира и материјална повреда права. То је учињено тако што је назначени запослени лишен права на враћање на рад и ако му је такође без основа престао радни однос. У оба случаја изостао је законити основ за раскид раднофункционалне везе, пошто је поништено решење о отказу уговора о раду. Међутим, слово закона занемарује ову грешку послодавца и њене последице преваљује у погледу права на враћање на рад искључиво на терет запосленог који се је нашао у овој ситуацији редукујући његово право на накнаду штете на новчани износ у вредности од шест зарада уместо враћања на рад. Када то чини заборавља да је узрок престанка радног односа у оба случаја исти сопственој штети. Томе у прилог што је повреда по карактеру таква да је спречила запосленог да се брани од изнетог отказног разлога. На овај начин се редуцира ефекат повреде назначених правила К.158 и Закона на тему упозорења и разлога за рокове процедуре отказа прописане у тачки 10 поглавља 2 Препоруке 166 да: “треба сматрати да је послодавац одустао од свог права да прекине радни однос раднику због повреде радне дисциплине ако то не учини у једном разумном року од момента када је сазнао за повреду радне дисциплине“.

Borivoje Zivkovic,
Court of Appeal in Belgrade

Firing an Employee on Employer initiative and Labor Law Novellas

Summary

Amending acts to the Labor Law specify reasons for employment termination initiated by the employer which are related to the employee behavior and his / her abilities in terms of knowledge, skills and achieved work results. In such individualization of legitimate reasons for employment termination, the legislator did not always comply with the rule emerging from the autonomous right which states that law must regulate minimum protection of employee rights. An example of that is inefficiency of an employee's performance at work resulting from the use of alcohol or narcotics and introduction of additional objective conditions of incrimination. The law has gone to the opposite extreme by eliminating the importance of procedural violations of employee rights whose decision on labor contract termination is overturned and employee is returned to work.

Keywords: *Employee behavior, work ability, breach of work obligations, violation of work discipline, other Labor law measures, Recognition of autonomous right.*