

ВРАЋАЊЕ НА РАД ЗАПОСЛЕНОГ НАКОН НЕЗАКОНИТОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА

Апстракт

Закон о раду Републике Србије познаје три правне последице незаконитог престанка радног односа: накнаду штете, улашту доприноса за обавезно социјално осигурање и враћање запосленог на рад. Враћање запосленог на рад дуго је изискивало као једина правна последица незаконитог ошказа и обавеза послодавца у случају када је суд утврдио да је ошказ запосленог незаконит. Међутим, са увођењем инстициуа накнаде штете уместо враћања запосленог на рад, постоји остаци у сени новоприхваћених инстициуа накнаде штете уместо враћања на рад, иако се њиме на најадекватнији начин ошклањају последице незаконитог ошказа. Предмет анализе овог рада јесте добровољно и принудно извршење одлуке суда којом се послодавцу налаже враћање запосленог на рад, накнада штете која се запосленом ислађује ириликром враћања на рад као и инстициуи враћања запосленог на рад као иривремена мера.

Кључне речи: Незаконити ошказ. Накнада штете. Реинтеграција. Последице незаконитог ошказа.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Према Закону о раду Републике Србије постоје три правне последице незаконитог отказа уговора о раду. У складу са тим, када суд у току поступка по тужби запосленог, утврди да је радни однос престао без правног основа, само уколико запослени захтева,¹ суд може одлучити: да се запослени врати на рад, да му се исплати накнада штете и уплате доприноси који му припадају по основу обавезног социјалног осигурања за период у коме није радио.²

Враћање запосленог на рад након престанка радног односа, односно реинтеграција запосленог (енг. *reinstatement*), као последица незаконитог

* Јована Мисаиловић, мастер радног и социјалног права. Студент докторских студија, Правни факултет Универзитет у Београду.

1 За разлику од нашег, примера ради, право Мексика предвиђа да суд може у току поступка, независно од жеље запосленог да предложи враћање на рад. ILC, 82nd Session, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Office, Geneva 1995, 82.

2 Закон о раду –ЗР, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017, чл. 191, ст. 1.

отказа уговора о раду, најкраће дефинисано подразумева враћање запосленог на радно место на којем је радио пре престанка радног односа, а у случају да је исто радно место укинато, на оно радно место које је одговарајуће његовој стручној спреми, знању и способностима.³ Према наведеном законском решењу враћање запосленог на рад могуће је само уколико запослени то захтева. Дакле, без захтева нема ни реинтеграције,⁴ односно, суд нема могућност да по службеној дужности одлучи да се запослени врати на рад већ одлучује само у границама тужбеног захтева.⁵ Са друге стране, битно је нагласити да запослени као тужилац захтев за враћање на рад мора поставити у поступку у коме се решава о законитости отказа⁶ јер, не постоји могућност да изван поступка којим се решава о законитости решења о отказу уговора о раду захтева да се врати на рад. Имајући у виду наведену законску одредбу, јасно је да домаће законодавство одустаје од концепта обавезне реинтеграције који је у нашем праву имао дугу традицију,⁷ а први пут предвиђен Законом о раду из 2001. године.⁸

Према стању законодавства из 2009. године, ако суд донесе правноснажну одлуку којом је утврђено да је запосленом незаконито прес-

- 3 Горан Обрадовић, „Проблем обавезне реинтеграције радника“, *Радно и социјално право* 4–7/2003, 198.
- 4 Није довољно да суд утврди само да је запосленом престао радни однос, јер је на тај начин решено искључиво питање постојања основа за престанак радног односа, које представља претходно питање у односу на враћање на рад. Постојање правноснажне пресуде о незаконитом отказу, без захтева запосленог за повраћај на рад не доводи до успостављања права и обавеза која чине садржај *in concreto* радног односа између запосленог и послодавца па и независно од тога што је његов престанак означен као незаконит, због чега се у теорији о томе говори и као о „реинтеграцији по захтеву“. Боровије Живковић, „Незаконит отказ и враћање на рад“, *Избор правне праксе* 2/2011, 16.
- 5 „Без захтева реинтеграције нема и кад суд утврди да је одлука о престанку радног односа незаконита“. Зоран Ивошевић, *Радно право*, треће измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2007, 271; Другачије решење постоји у законодавству Хрватске где се у великом броју случајева узима да је запослени захтевао враћање на рад иако није експлицитно поднео тужбени захтев таквог садржаја, нити закон предвиђа да тужбени захтев мора бити поднесен да би се запослени вратио на рад. *Zakon o radu*, „Narodne novine“, br. 149/2009, чл. 124.
- 6 Боровије Живковић, „Отказ на иницијативу послодавца и новеле Закона о раду“, *Радно и социјално право* 2/2014, 126.
- 7 Први покушај да се у наше радно законодавство унесе алтернатива обавезној реинтеграцији у виду новчане компензације учињен је 2001. године са Нацртом (тадашњег) Закона о раду, којим је било предвиђено да у случају незаконитог отказа, суд не мора обавезно да наложи враћање запосленог на рад, већ да на захтев послодавца, то може заменити налогом да се запосленом исплати накнада у висини од две зараде које је запослени остварио пре престанка радног односа. Међутим, како су противљења наведеном законском решењу била снажна, коначни текст Закона о раду из 2001., год. није садржао алтернативу реинтеграцији запосленог у виду новчане компензације, али је зато напуштен концепт обавезне реинтеграције. Горан Обрадовић, „О потпуној накнади штете код незаконитог отказа“, у: *Социјална права и економска криза* (ур. А. Петровић), Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд 2009, 320.
- 8 Обавезна реинтеграција укинута је усвајањем следеће законске одредбе: „Ако суд донесе правноснажну одлуку којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, суд ће одлучити да се запослени врати на рад, ако запослени то захтева“. *Закон о раду*, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 70/2001 и 73/2001, чл. 108.

тао радни однос, суд ће одлучити да се запослени врати на рад, ако запослени то захтева.⁹ Тумачењем наведене законске одредбе, закључује се да је запослени тек у посебном поступку, након правноснажности пресуде да му је уговор о раду незаконито отказан могао да захтева враћање на рад, као самосталан захтев. Овакво законско решење трпело је оправдане критике јер, подразумева да запослени мора да води две парнице и тиме одлаже разрешење питања свог радноправног статуса до окончања нове парнице, а за које време би му припадала и накнада штете у виду изгубљене зараде, која у зависности од времена трајања парнице и околности конкретног случаја, може финансијски значајно оштетити послодавца чија је обавеза плаћање накнаде. Стога, тренутно законско решење којим се тужбени захтев за враћањем на рад подноси у истој парници у којој суд одлучује о незаконитости отказа излази у сусрет како запосленом тако и послодавцу.

Усвајањем тужбеног захтева запосленог да се врати на рад и поништајем решења о престанку радног односа, успоставља се стање које је претходило доношењу незаконитог решења о отказу – *restitutio in integrum*.¹⁰ Како би се реинтеграција у потпуности омогућила, узима се у обзир период фактичке удаљености запосленог са рада и обавезује се послодавац да исплати запосленом накнаду штете у виду зараде које би му следовале за период у коме није радио и која у себи обухвата припадајући порез и доприносе у складу са законом.¹¹ Поред зараде, накнада штете обухвата и припадајуће доприносе за обавезно социјално осигурање, јер тиме се запослени ставља управо у онај положај који је претходило отказу уговора о раду.¹²

2. ОДБИЈАЊЕ ЗАХТЕВА ЗАПОСЛЕНОГ ЗА ВРАЋАЊЕ НА РАД

Како смо претходно нагласили, институт реинтеграције није обавезан према домаћем Закону о раду, што даље води могућности да суд не удовољи захтеву запосленог за враћање на рад уколико су испуњени услови предвиђени чланом 191. Закона о раду. Наиме, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад иако је у току поступка утврдио да

9 Закон о раду, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 54/09, чл. 191.

10 Небојша Шаркић, Алксандар Марковић, „Извршење одлука о враћању запосленог на рад и реинтеграција запосленог“, у: *Заштитна права из радног односа* (ур. З. Ивошевић), Глосаријум, Београд 2008, 288.

11 Према важећем Закону о раду, у случају када захтева враћање на рад запослени једном тужбом обухвата све три последице незаконитог отказа уговора о раду: враћање на рад, накнаду штете и уплате доприноса по основу обавезног социјалног осигурања. У ранијој пракси запослени је првобитно једном тужбом захтевао поништај отказног решења и враћање на рад, а потом, након правноснажности прве, другом тужбом накнаду штете. Драгољуб Симоновић, Зорица Смирчић, „Коментар нових решења у Закону о раду“, *Право и њивреда* 1–3/2016, 86.

12 Мирослав Миљковић, „Враћање запосленог на рад због незаконитог отказа“, *Правна пракса* 7–8/2009, 3.

је запосленом престао радни однос без правног основа, ако у току поступка послодавац докаже да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ. У том случају, суд ће одбити захтев запосленог да се врати на рад и досудиће му одговарајућу накнаду штете у складу са законом. Поред наведене, и одредбом којом се посебно афирмише незаконитост отказа услед непоштовања процедуре отказног поступка од стране послодавца, запослени може бити онемогућен да оствари право на реинтеграцију с обзиром да је законским текстом предвиђено да у случају да 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 запосленог.¹³

Из наведеног законског текста може се доћи до закључка да потврда незаконитости отказа од стране суда није довољна да се запослени врати на рад и да суд по службеној дужности одбија захтев за враћање на рад уколико је дошло до повреда одредаба отказног поступка, односно уколико је послодавац доказао постојање околности које онемогућавају враћање запосленог на рад.

Међутим, поред потенцијалних замерки које се могу упутити законском решењу, наведене одредбе пронашле су своју примену у пракси. Тако, у случају васпитача-медицинске сестре у предшколској установи која је затечена како већим пластичним аутићем удара по глави дете које није хтело да сакупи играчке, судови су поништили решење о отказу због процесних недостатака (у решењу о отказу није извршена идентификација повреде радне обавезе) али су одбили захтев за враћање на рад.¹⁴ У другом случају у коме су судови поништили решење о отказу због (погрешне) оцене да је решење донето по протеклу законских рокова одбили су захтев за враћање на рад јер је тужилац употребљавао фалсификовану диплому.¹⁵

Оваквој законској регулативи могла би се упутити критика с обзиром да из ње произлази да се интересима послодавца даје више значаја. Ово, уколико се узме у разматрање могућности да запослени који сматра да су околности случаја такве да воде неадекватним условима рада не би ни поставио захтев за враћање на рад.

3. ДОБРОВОЉНО ИЗВРШЕЊЕ ОДЛУКЕ СУДА О ВРАЋАЊУ ЗАПОСЛЕНОГ НА РАД

Уколико је суд донео одлуку којом се запослени враћа на рад, иста мора бити извршена било вољом или противно вољи послодавца. Наиме, пресуда којом се окончава радни спор по основу незаконитог прес-

13 ЗР, чл. 191.

14 Пресуда Врховног касационог суда Рев2 678/18 од 20.12.2018.године

15 Пресуда Врховног касационог суда Рев2 862/19 од 05.09..2019.године

танка радног односа има двојаку правну природу – конститутивну и кондемпнаторну. Пресуда је, конститутивна у делу у којем се поништава решење послодавца о отказу. Са друге стране, кондемпнаторност се одражава у делу којем се пресудом налаже послодавцу да врати запосленог на рад и тиме отклони последице незаконитог престанка радног односа. Међутим, доношењем пресуде, поступак заштите права запосленог се не окончава. С обзиром на кондемпнаторни карактер пресуде, потребно је да уследи извршење обавезе садржане у изреци пресуде које представља усклађивање правног и фактичког стања, то јесте нормативног и стварног.¹⁶

Како се судском одлуком отказ запосленом поништава и континуи-тет радног односа наставља, то није потребно да се код послодавца доноси одлука о враћању запосленог на рад.¹⁷ Додатно, не постоје ни посебна процесна правила о добровољном извршењу пресуде о враћању запосленог на рад. Довољно је само да се запослени писмено позове да преузме послове и радне задатке које је обављао пре доношења незаконитог решења о отказу уговора о раду.¹⁸ Послодавац може одлуку о враћању на рад да изврши чим она постане правноснажна, при чему се у самој пресуди одређује парнициони рок¹⁹ у којем је послодавац дужан да предузме све обавезе и мере које је суд одредио, које обухватају пози-вање запосленог да се врати на рад, уплату одређених доприноса и сл.²⁰

Када је реч о прављењу разлике између добровољног и принудног извршења пресуде, добровољност подразумева фактичке и правне радње које је послодавац у обавези да предузме како би се запослени поново укључио у процес рада. Фактичким радњама послодавац омогућа-

16 Извршење је акт претварања норме у реални циљ и тиме израз успостављања јединства између норме и њене садржине, између констатације и друштвених односа, којима она себе потврђује или оспорава. У том смислу, извршење у области права је мера рационалности и ефикасности. Она тражи склад и смањује противречност између теорије и праксе. Зоран Ваван, „Извршење судских одлука о реинтеграцији запослених“, *Правни животи* 12/2017, 216, фн. 4

17 Весна Тодоровић, „Враћање запосленог на рад после незаконитог отказа уговора о раду“, *Избор судске праксе* 7–8/2004, 35.

18 Небојша Шаркић, „Извршење одлука донетих у радним споровима“, у: *Радни односи* (ур. К. Бобар), Глосаријум, Београд 2004, 193.

19 Парнициони рок је рок за испуњење захтева који одређује парнични суд у изреци кондемпнаторне пресуде и чији протек представља услов за наступање извршности. Ради се о примарно материјалноправном року који има своје оправдање у виду обзира према туженом, коме се оставља додатни рок у којем треба да испуни захтев без бојазни да ће бити покренут поступак извршења. Он се одређује у пресудама у којима се налаже испуњење чинидбе. Износи 15 дана за новчане чинидбе, а за новчане чинидбе је могуће да се одреди и дужи. Уколико се парнициони рок уопште не одреди, и пресуда постане правноснажна, он износи три дана и тече *ex lege*. Детаљно о парационом року вид.: Ранко Кеча, Марко С. Кнежевић, „Парнициони рок у српском парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2015, 49–73.

20 Мирослав Миљковић, „Враћање запосленог на рад због незаконитог отказа“, *Правна пракса* 7–8/2009, 4.

ва запосленом да обавља оне послове које је обављао пре него што му је незаконито отказан уговор о раду. Правне радње послодавац предузима у оним ситуацијама када радно место запосленог на које би требало да се врати, више није предвиђено код послодавца.²¹ Тада је потребно да се донесе одлука којом ће се запослени распоредити на друге послове који одговарају његовој стручној спреми, односно радној способности стеченој радом.

4. ПРИНУДНО ИЗВРШЕЊЕ ОДЛУКЕ СУДА О ВРАЋАЊУ ЗАПОСЛЕНОГ НА РАД

Принудно извршење пресуде о враћању запосленог на рад подразумева да послодавац није у парижском року поступио по изреци пресуде. У том случају, запослени може своје право да се врати на рад²² остварити у складу са правилима извршног поступка.²³

Запослени писменим предлогом, покреће поступак извршења у својству извршног повериоца, против послодавца, као извршног дужника и у складу са тиме месну надлежност има суд на чијем подручју се налази седиште послодавца.²⁴ Садржина предлога за извршење пресуде

- 21 Немогућност послодавца да запосленом повери обављање истих послова на којима је запослени радио пре отказа, разлог је из ког послодавац, у извршењу правноснажне пресуде о враћању запосленог на рад, може да му понуди измену уговорених услова рада ради премештаја на други одговарајући посао. Пресуда Апелационог суда у Београду Гж1 364/2015 од 02.12.2016. год.; Писмена понуда (обавештење) мора да садржи: разлоге за понуђени анекс уговора о раду, рок у коме запослени треба да се изјасни као и правне последице које могу да настану непотписивањем анекса уговора. Невенка Калуђеровић, „Реинтеграција запосленог у радни однос“, *Билтен Апелационог суда у Београду* 9/2017, 148.
- 22 Запослени не може самостално остварити право да се врати на рад јер је самопомоћ у остваривању права, према домаћем законодавству, осим у случају посебно дозвољене самопомоћи која подразумева право сваког лица да отклони повреду права кад непосредно прети опасност, ако је таква заштита нужна и ако начин отклањања повреде права одговара приликама у којима настаје опасност. ЗОО, чл. 162; Услед тога, како би се гарантовала реализација обећаних права у случају када послодавац не изврши добровољно пресуду суда, домаће законодавство поверава надлежност органима специјализованим за пружање овог вида правне заштите у поступку принудног извршења судске пресуде. Гордана Станковић, „Предмет извршног поступка“, *Правни животи* 12/2004, 5.
- 23 Правила извршног поступка у случају враћања запосленог на рад садржана су у ЗИО, чл. 381–385; Више о подобности извршне испрве вид. Боровоје Живковић, „Подобна извршна исправа“, *Судска пракса* 10–11/95, 67–72.
- 24 Овакво решење чини се оправданим јер, извршење ове пресуде врши се новчаним кажњавањем послодавца, а средство извршења ради наплате новчане казне је у највећем броју случајева пленидба и пренос средстава са рачуна послодавца, а који се води тамо где је седиште послодавца. Иако Закон о извршењу и обезбеђењу упућује на сходну примену Закона о парничном поступку, који посебну месну надлежност прописује у корист суда на чијем подручју се рад обавља или би требао да се обавља, примени ове посебне надлежности нема места и у извршном поступку, осим у случају када запослени обавља посао ван седишта послодавца, обзи-

о враћању на рад није експлицитно прописана у Закону о извршењу и обезбеђењу али, она би требало да буде уредна и разумљива, да садржи све елементе који су обавезни за сваки предлог за извршење који се подноси по основу извршне исправе.²⁵ Предлог за принудно извршење судске пресуде мора бити поднет у законски одређеном року од 60 дана,²⁶ који почиње да тече првог дана по протеклу парижског рока остављеног послодавцу да запосленог добровољно врати на рад. С обзиром на преклузивност, протеклом року од 60 дана запослени губи право да принудним путем захтева враћање на рад.²⁷

Основно обележје неновчаних потраживања у коју се убраја враћање запосленог на рад по извршној исправи подразумева да се радња коју није могуће остварити посредством трећег физичког или правног лица, већ искључиво радњом послодавца, издејствује принудно. Услед тога, законски се прописују облици санкционисања којима ће се послодавци принудити да остваре дуговану чинидбу наложену у извршној исправи. У том смислу Закон о извршењу и обезбеђењу прописује систем новчаних казни, као меру притиска која погађа не само послодавца већ и одговорно лице.²⁸ Овакво решење је интересантно, с обзиром да се њиме одступа од правила да се извршење одређује само лицу које је било странка у парничном поступку и које је означено као

ром да је Законом о извршењу и обезбеђењу месна надлежност изричито одређена. Небојша Шаркић, Младен Николић, *Коментар Закона о извршном посудињу*, Службени гласник, Београд 2006, 142.

- 25 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 106/2015, 106/2016 и 113/2017, чл. 59.
- 26 Рок од 60 дана је двоструко дужи у односу на решење Закона о извршном поступку, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/2004, чл. 228, који је предвиђао рок од свега 30 дана. Замерка на дужину наведеног рока може бити оправдана ако се узме у обзир да је првобитно износила шест месеци у годинама пре доношења Закона о извршном поступку из 2004. године. Закон о извршном поступку, „Службени гласник СФРЈ“ бр. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 и 35/91 и „Службени лист СРЈ“ бр. 27/92, чл. 230; Судска пракса заузела је став да радник који није тражио принудно извршење правноснажне пресуде и враћање на рад, имао је право на накнаду штете за изостале зараде до истека рока од шест месеци у коме је могао тражити извршење. Бранко А. Лубарда, *Радно право – Расправа о досудној правној нареди на раду и социјалном дијалоју*, друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 708.
- 27 Постоје оправдани разлози за остављање запосленом рока од 60 дана, за који би се могло констатовати да је релативно кратак. Првенствено, постоји заинтересованост запосленог да се врати на рад с обзиром да је након престанка радног односа лишен средстава којима издржава себе и своју породицу. Друго, извршни дужник, послодавац, је обавезан да запосленом као извршном дужнику од правноснажности пресуде којом је утврђено његово право да се врати на рад, исплати зараду коју би остварио да је био на раду. Тако, у случају остављања дужег рока, на пример шест месеци, који је наше право познавало у законима који су регулисали извршни поступак 1978. и 2000. године, поставља се питање да ли запослени злоупотребљава своје право уколико би захтев за принудно извршење поднео на крају самог рока. Међутим, не сме се заборавити да послодавац оправдано сноси све трошкове јер није поступио по пресуди суда. З. Ваван, 219.
- 28 Н. Шаркић, А. Марковић, 294.

извршни дужник у извршној исправи.²⁹ Дакле, суд изриче новчану казну и послодавцу и одговорном лицу код послодавца, при чему оставља додатни рок у којем се дугована чинидба може добровољно извршити. У случају да се у остављеном року не поступи по налогу суда, суд по службеној дужности доноси решење о извршењу новчане казне а истовремено на захтев запосленог, новчана казна се повећава и поново се оставља рок у којем се запослени мора вратити на рад. Овакав систем новчаних казни се примењује све док извршни дужник не предузме обавезну радњу,³⁰ што даље, води закључку да би се новчана казна могла изрећи небројано пута.³¹ Међутим, послодавац има на располагању могућност да против решења о извршењу уложи жалбу вишем суду.³²

Извршење наплате новчаних потраживања у случају када послодавац није добровољно поступио по одлуци суда и вратио запосленог на рад, спроводи се према општим правилима за извршење новчаних потраживања. Као предмет извршења, најчешће се појављују новчана средства на рачуну послодавца или зараде у случају новчаних казни према одговорном лицу.³³ Извршење новчане казне на рачуну послодавца спроводи се достављањем решења организацији за принудну наплату при Народној банци Србије, која ће потом наложити банкама код којих послодавац има отворен рачун да исте блокирају, односно да пренесе новчана средства на одређени рачун.³⁴ Поступак извршења на заради и другим новчаним примањима одговорног лица спроводи се пленидбом и преносом одређеног дела примања.³⁵

29 Проширивањем дејства извршне исправе и на одговорно лице омогућава се адекватнија заштита запосленог као и ефикасније извршење оваквих одлука. Ово из разлога што се често дешавало да и поред новчаних санкција против послодавца, одговорна лица попут директора, користећи свој утицајни положај, спречавају повраћај запосленог на рад. Н. Шаркић, М. Николић, 72.

30 ЗИО, чл. 363.

31 Неплаћање новчане казне за собом повлачи и додатне казнене мере. Тако, уколико суд није могао да спроведе извршење новчане казне која је изречена физичком лицу, као и уколико је извршни поступак наплате новчане казне остао без успеха, донеће решење којим сваких 1000 динара новчане казне мења једним даном мере затвора, при чему максимални број дана износи 60. ЗИО, чл. 132, ст. 4.

32 Пракса Вишег суда у Новом Саду показала је да послодавци у великом броју случајева покушавају да оспоре формални и процедурални пропуст запосленог (на пример, да није поднета извршна исправа уз предлог за извршење), или да само пролонгирају извршење уз образложења да је запослени позван али се није јавио на рад, да не постоји тренутно место и томе слично. З. Ваван, 222, фн. 30.

33 О овоме детаљно вид.: Небојша Шаркић, Зоран Ваван, „Извршење одлука донетих у парницама из радног односа према одредбама новог Закона о извршењу и обезбеђењу“, у: *Најзначајније новине у њојисима о раду и њо основу рада* (ур. З. Ивошевић), Глосаријум, Београд 2016, 285–317.

34 Одлука о начину вршења принудне наплате с рачуна клијената, „Службени гласник РС“, бр. 14/2014 и 76/2016, тч. 14.

35 Извршење на заради или плати, накнади зараде, односно накнади плате и пензији може да се спроведе у висини до две трећине зараде, накнаде зараде, плате, накнаде плате и пензије, односно до њихове половине, ако је њихов износ једнак или мањи од минималне зараде утврђене у складу са законом. ЗИО, чл. 258, ст. 1.

5. НАКНАДА ШТЕТЕ – ИЗГУБЉЕНА ЗАРАДА И ДОПРИНОСИ ПО ОСНОВУ ОБАВЕЗНОГ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

Како реинтеграција запосленог као последица у случају незаконитог отказа подразумева да се запослени врати у положај у којем је био пре него што му је отказан уговор о раду, то се враћањем на рад као фактичким делом реинтеграције, запослени није у потпуности намирио, јер институт враћања на рад обухвата и друга права из радног односа која су запосленом била ускраћена за период у коме није радио. У том смислу закон налаже послодавцу да запосленом исплати накнаду штете која обухвата зараде које би му припадале за период током којег није радио као и уплате доприносе по основу обавезног социјалног осигурања. Накнада штете утврђује се месечно, за период од дана престанка радног односа до дана када је незапослени по основу правноснажне пресуде суда враћен на рад, било да је послодавац извршио одлуку суда добровољно, било да је реч о поступку принудног извршења.³⁶ Укупна накнада штете обухвата и износ пореза и доприноса, али се умањује за износ пореза и доприноса који се обрачунавају по основу зараде, тако да се запосленом исплаћује остатак.³⁷ Накнада штете у виду изгубљене зараде не обухвата ни накнаду за исхрану у току дана, регрес за коришћење годишњег одмора, бонусе, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца.³⁸

У случају када је запослени радио након отказа радног односа, накнада штете умањује се за износ прихода који је запослени остварио по

36 Жељко Албанезе, „Враћање запосленог на рад и накнада штете због незаконитог отказа“, *Правна пракса* 9/2008, 11.

37 Пореска обавеза се утврђује у складу са Законом о пореском поступку и пореској администрацији, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015, 112/2015, 15/2016, 108/2016 и 30/2018, а обавеза уплаћивања доприноса у складу са ЗДосо, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012, 8/2013, 47/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015, 5/2016, 7/2017, 113/2017 и 7/2018.

38 ЗР, чл. 191, ст. 2; На питање шта све улази у накнаду штете у случају када се запослени враћа на рад као последице незаконитог отказа уговора о раду, долази до дилеме приликом одговора када је реч о накнади трошкова превоза јер, по основу закона то није прописано као што је у чињено у погледу накнаде за храну и регрес. У том смислу, како је закон употребио термин изгубљена зарада која не обухвата трошкова превоза – ЗР, чл. 105, одговор на постављено питање је негативан. Овакав закључак произлази и из тога што нема трошкова превоза уколико запослени није долазио на рад. Б. Живковић (2014), 126. Међутим, судска пракса заузела је став да запослени коме је радни однос незаконито престао има право на накнаду трошкова превоза које је претрпео приликом путовања код другог послодавца за период у коме није радио након незаконитог престанка радног односа до дана враћања на рад. Пресуда Основног суда у Крагујевцу бр. 5П1–2229/12 од 12.12.2013.

основу рада.³⁹ Питање је да ли је запослени допринео сопственој штети и тиме створио основ за снижење накнаде штете уколико се пасивно држао у периоду након престанка радног односа то јесте, уколико није тражио запослење и када постоји могућност да он за то време ради и остварује зараду. Према једном мишљењу, разлог за снижење накнаде је кривица запосленог која се испољава у понашању, које је условило да штета настане или да буде већа него што би иначе била. Запослени даје допринос настанку штете на тај начин што својом радњом, или пропуштањем доприноси да конкретна штета уопште настане, или да буде већа него што би иначе била и тако својим поступком проузрокује сопствену штету. Није битно да ли то чини чињењем или нечињењем. Послодавац, као штетник, незаконитим престанком радног односа спречава запосленог да ради у његовој радној средини али, када је запослени истовремено са раскидом једног, пропустио да заснује нови радни однос код другог послодавца и на тај начин за време, док је био ван радног односа оствари већу, или исту зараду и друга примања, искључиво је сам допринео настанку сопствене штете. Сматра се да је тиме радњом запосленог елиминисан значај дејства незаконитог престанка радног односа у погледу повећања његове имовине. До штете не би ни дошло да је запослени прихватио запослење. Незаконит престанак радног односа створио је узрок штете, али штета и поред тога не би настала да је запослени који је имао могућност за запослење исто прихватио и тако радом остварио зараду у вредности коју би према редовном току ствари примио од послодавца код кога му је незаконито престао радни однос У том случају узима се да штета потиче од радње запосленог. Када је запослени за време незаконитог отказа остварио запослење он је за вредност остварене зараде и других примања код другог послодавца смањио или елиминисао сопствену штету. У тој ситуацији накнада штете се умањује за ту вредност – сразмерно снижење накнаде штете. У случају када запослени пропусти запослење којим би смањио сопствену штету због незаконитог престанка радног односа тада он не доприноси њеном настанку, али утиче на њен обим и на тај начин је створен основ за снижење накнаде.⁴⁰

Оправдано је мишљење судске праксе да правноснажна пресуда којом се утврђује да је запосленом незаконито отказан уговор о раду

39 ЗР, чл. 191, ст. 9; Уколико се у радном спору не може утврдити да ли је незапослено лице остваривало приходе по престанку радног односа, а истовремено се то лице није пријавило Националној служби за запошљавање, може се утврђивати са колико процената успешности би се то лице запослило да се пријавило поменутој служби, односно који би износ зараде у том случају запослени остварио. Небојша Шаркић, Владан С. Перишић, Младен Николић, „Извршење у којима је запослени изврши поверилац“, у: *Заштитија љрава у области рада* (ур. З. Ивошевић), Глосаријум, Београд 2013, 332. Овакав закључак произлази из обавезе незапосленог лица да се пријави код Националне службе за запошљавање и да активно тражи запослење. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 и 113/2017, чл. 32, ст. 1.

40 Боривоје Живковић, „Накнада штете због изгубљене зараде и накнада штете уместо враћања на рад“, у: *Обавезно осигурање, накнада штигетте и обезбеђење љошражи-вања* (ур. З. Петровић), Intermex, Београд 2010, 175.

подразумева право запосленог на накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту, уговору о раду уз уплату припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање. Наиме, у наведеној правној ситуацији постоји фикција да радни однос није престајао у времену од дана престанка радног односа до дана враћања на рад. Услед тога исплата изгубљене зараде и других примања као и доприноса по основу обавезног социјалног осигурања јесу материјализација правне фикције и за циљ имају да се запослени доведе у правни положај једнак запосленима који су непрекидно радили код послодавца и остваривали права из радног односа.⁴¹ У складу са наведеним, законска одредба да се запосленом од износа накнаде штете одбија износ прихода који је запослени остварио по основу рада од дана престанка радног односа код туженог послодавца јесте само један вид заштите туженим послодавцима да не морају да надокнаде онај део штете који је запослени својим радом надоместио, при чему, запослени није дужан да оствари приход по основу рада након престанка радног односа како би уживао право на накнаду штете услед незаконитог отказа.⁴²

Додатно је питање како послодавац утврђује да је запослени током вођења радног спора поводом незаконитог отказа радио и тиме остваривао приходе јер начин доказивања није предвиђен Законом о раду. Међутим, запослени има обавезу да у току поступка пријави приходе које је остварио у периоду након незаконитог престанка радног односа. Уколико запослени пропусти да пријави стечене приходе, а на страни послодавца постоји сазнање о истим, он може захтевати да се у поступку доказивања пред судом утврди чињенично стање. Докази о стеченим приходима могу се доказивати посредством евиденције о незапослености код Националне службе за запошљавање или на основу уплате доприноса за пензијско и инвалидско осигурање на остварене и исплаћене приходе Фонду за пензијско и инвалидско осигурање. Једино када је у одлуци суда утврђено да је запослени остваривао приходе у периоду након незаконитог отказа, послодавац је овлашћен да висину стечених прихода одузме од износа накнаде изгубљене зараде.⁴³

Запослени може поднети суду пред којим се води извршни поступак у случају принудног враћања на рад, предлог којим захтева да му послодавац од периода правноснажности пресуде којом је утврђено његово право да се врати на рад, до дана фактичког ступања на рад, исплати изостале зараде.⁴⁴ Овакав предлог може се поднети најкасније до

41 Одлука Уставног суда Републике Србије Уж-4058/2014 од 01.12.2016. год.

42 Ивана Рађеновић, „Последице незаконитог престанка радног односа“, *Радно и социјално право* 1/2017, 280.

43 „Умањење прихода које је запослени остварио по основу рада по престанку радног односа и начин утврђивања – стручни коментар“, *Рачуноводствени инструктор*, Доступно на: <https://www.paragraf.rs/obrasci/drugi.pdf>.

44 Судска пракса суочила се са проблемом у ситуацији када је запослени у судском спору захтевао само да се одлука послодавца поништи као ништава, без захтева да се врати на рад, што је било могуће с обзиром на решење из Закона о раду из 2001. године, када је услов за враћање запосленог на рад била правноснажна пресуда

окончања извршног поступка, а решење које суд том приликом доноси има правно дејство решења о извршењу и извршава се оним средством које је запослени одредио приликом подношења предлога.⁴⁵ Послодавац може захтевати да ово решење суд стави ван снаге уколико је дошло до промењених околности на основу којих је оно донесено.⁴⁶ Накнада зараде се у наведеном случају одређује у износу који би запосленом припадао да је радио, при чему постоји могућност доказивања упитног износа зараде кроз извештаје о обрачуну зарада код послодавца.⁴⁷ Уколико је суд само делимично усвојио предлог запосленог за исплату накнаде зараде, исти може остатак зараде потраживати у парничном поступку.⁴⁸

6. ПРИВРЕМЕНА МЕРА – ВРАЋАЊЕ ЗАПОСЛЕНОГ НА РАД

Привремена мера је средство обезбеђења потраживања из тужбеног захтева, у циљу ефикаснијег спровођења извршног поступка. Враћање запосленог на рад спада у групу привремених мера којима се обезбеђују неновчана потраживања⁴⁹ и у складу са тим суд је дужан да у поступку по тужби запосленог ради поништаја решења о отказу уговора о раду и враћања на рад, утврди да ли је запослени као извршни поверилац учинио вероватним постојање свог потраживања као и опасности да ће се остварење потраживања осујетити или знатно отежати. Посебно је значајно да ли је запослени учинио вероватним да је привремена мера потребна да би се спречила употреба силе или настанак ненадокнадиве штете,⁵⁰ јер када је то случај, суд може одредити привремену меру и по службеној дужности.⁵¹

којом је утврђено да је отказ незаконито дат. У том случају запослени није могао захтевати враћање на рад у поступку принудног извршења јер је суд заузео став да се извршење може одредити само на основу извршне исправе којом је таква обавеза послодавца изричито установљена. Када је одлука суда само деклараторне природе којом се утврђује незаконитост одлуке послодавца, а без одлуке суда да се запослени врати на рад, решење о извршењу којим је предлог запосленог уважен, заснива са не неподобној извршној исправи. Решење Врховног суда Србије Гзз.161/00 од 10.01.2001. год., Нав. према: В. Тодоровић, 35.

45 ЗИО, чл. 384., ст. 4.

46 Случај промењених околности настаје уколико би примера ради, запослени у периоду од правноснажности пресуде до фактичког враћања на рад радио код неког другог послодавца и остваривао зараду. При чему, послодавцу, као извршном дужнику, може бити изузетно тешко за доказивање да је запослени заиста остваривао приходе, поготово уколико је реч о раду „на црно“.

47 Н. Шаркић, А. Марковић, 296.

48 ЗИО, чл. 385.

49 ЗИО, чл. 54.

50 „Привремене мере и мере обезбеђења“, Доступно на: <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/pravosudje/atlas-pravosudja-republike-srbije/privremene-mere-i-mere-obezbedjenja.html>.

51 Закон о парничном поступку – ЗПП, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013 и 55/2014, чл. 439, ст. 1.

Запослени има право да у току поступка поводом незаконитог отказа уговора о раду захтева да се врати на рад до окончања поступка. У случају да суд усвоји овакав захтев запосленог, правне последице евентуалног усвајања тужбеног захтева у делу у којем се тражи враћање на рад наступају тек правноснажношћу судске пресуде. Суд који одлучује о предлогу за одређивање привремене мере, мора у сваком конкретном случају ценити испуњеност услова за одређивање привремене мере и за своју одлуку мора дати ваљане разлоге уз неизоставну оцену испуњености сваког од услова појединачно и свих услова кумулативно. Дакле, задатак суда је да у сваком конкретном случају утврди да ли је запослени учинио вероватним своје потраживање и опасност да ће се остварење потраживања осујетити или знатно отежати, односно да ли је запослени учинио вероватним да је привремено враћање на рад као мера потребна да би се спречила употреба силе или настанак ненадокнадиве штете.⁵² Велики је терет на судовима приликом оцене оправданости привремене мере. С обзиром на мали број привремених мера које се досуђују у домаћем, за разлику од упоредних законодавства, пожељно би било утврдити објективније законске критеријуме којима би се судије руководиле јер овако, чини се да уколико постоји несигурност, судије се радије одлучују за недосуђивање привремених мера, што према запосленима често није оправдано решење.

7. ЗАКЉУЧАК

Враћање запосленог на рад оправдано се може сматрати најадекватнијим начином да се запосленом надоместе губици проузроковани незаконитим отказом. Иако се чини да Закон о раду настоји да обухвати Ово, пре свега јер се запосленом враћањем на рад омогућава да се врати у онај положај који је уживао пре незаконитог престанка радног односа. Афирмацији накнаде штете као супституту враћања на рад, наше домаће радноправно законодавство је допринело изменама и допунама Закона о раду из 2014 године. И поред тога реинтеграција се и даље сматра најсврхисходнијим начином отклањања последица незаконитог отказа. Услед тога, законско решење којим се право на враћање на рад супституише правом на накнаду штете у случају када је отказ незаконит али је послодавац учинио оправданим да враћање запосленог на рад није могуће узимајући у обзир интересе обе стране, оставља простора за дискусију. Пре свега требало би као полазно основиште узети интерес запосленог као слабије стране у радном односу – да је за запосленог немогуће да настави радни однос код послодавца он такав захтев не би ни поставио у тужби.

У циљу исправног узимања у обзир преференција обе стране, оправдано би било уколико би нове законске измене садржале одредбу

52 Решење Вишег суда у Новом Саду Гж.1–36/12 од 19.03.2012. год.

којом би се запосленом и у случају када се послодавац противи враћању запосленог на рад, омогућила адекватна компензација у смислу враћања на рад на друго за послодавца адекватније радно место где би потенцијално дошло до помирења интереса обе стране или враћање на рад код другог послодавца у складу са способностима и радним искуством запосленог.

*Jovana Misailović, LL.M**

REINSTATEMENT OF AN UNLAWFULLY DISMISSED EMPLOYEE

Summary

The Labor Act of the Republic of Serbia prescribes three legal consequences of an unlawful termination of employment: compensation for damages, payment of contributions for compulsory social security and reinstatement of an unlawfully dismissed employee. The reinstatement of an unlawfully dismissed employee has existed as the sole legal consequence of an unlawful dismissal in Labour Law in Republic of Serbia nearly two decades. Therefore the employer was obliged to return employee to work in cases where the court found that the employee's dismissal was unlawful. However, after changes have been made in 2014 in the Labour Act, beside reinstatement employee has the right to seek compensation for damages instead of an reinstatement. Nevertheless, reinstatement is still to be considered as the most adequate legal consequence of an unlawfull dismissal. According to that, the employee's interest as a weaker party in the employment relationship should be taken as a starting point and whenever it is possible, reinstatement should be granded to the employee.

Key words: Unlawfull dismissal. Reinstatement. Compensation for damages. Legal consequences of an unlawful dismissal.

* Jovana Misailović, Master of Lbour and Social Law. PhD candidate in Labour and Social Law, University of Belgrade Faculty of Law.