
РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

др *Предраг* ЈОВАНОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

РАДНОПРАВНЕ ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ РАДА*

Резиме

Радноправне границе слободe рада зајосленoј садржанe су у свим радноправним институтима (од заснивања до престанка радног односа), а условљене су реципрочном слободом предузетништва послодавца. Границе слободe рада сежу до граница слободe предузетништва и те слободe се морају интeресно помирити (посредством радног права) да се не би поширале.

Ограничења слободe рада приказана су посебно код института заснивања радног односа, распоређивања зајослених и код престанка радног односа, јер се код тих института слобода рада најексплицитније манифестује (закључивање уговора о раду, анекс уговора о раду, ошказ уговора о раду).

Кључне речи: *радно право, зајослени, послодавац, слобода рада, слобода предузетништва, радни однос.*

I Увод

Две најважније социјално-економске категорије јесу рад и својина. Друштвени системи се могу мењати, али ове две категорије остају и опстају. Оне су иманентне сваком друштву, без обзира на његову

* Рад у оквиру пројекта „Биомедицина, заштита животне средине и право“, бр. 179079, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

политичко-државну организацију, а тим категоријама иманентне су две слободе: категорији рада – слобода рада; категорији својине – слобода предузетништва. Питање је само правних оквира на бази и преко којих се слобода рада и слобода предузетништва остварују. Радно право је један од најважнијих правних оквира за то.

Централно питање радног права је радни однос. У радном односу се преламају слобода рада и слобода предузетништва. Те две слободе утемељене су и одговарајућим правима – правом на рад и правом својине. Одговарајућа права и слободе једног лица (запосленог) могу се остваривати и штитити само до граница одговарајућих права другог лица (послодавца). На овај начин се обезбеђује хармонија правног система (супротно од тога је анархија). Зато, радни однос карактерише реципрочност права и обавеза субјеката тог односа: оно што је право запосленог то је обавеза послодавца и обрнуто. Наиме, иза сваког права стоји одређени интерес, те у конкуренцији формално једнаких социјалних и економских права (права на рад и права својине) потребне је обезбедити једнаке шансе за остваривање и заштиту интереса које та права покривају. У том смислу, радни однос, као скуп права, обавеза и одговорности запосленог и послодавца, мора се кретати у равни интересно уравнотежених позиција његових субјеката. Ово радном односу обезбеђује његову постојаност и перспективу, иначе он је подложен раскиду снагом интересног сукоба.

Са друге стране, питање радних односа превазилази сферу индивидуалних интереса његових субјеката и привлачи пажњу друштва као целине, односно државе. Јер, друштво као целина, такође, свој опстанак и перспективу везује за рад и продуктивност рада, али има и друге опште интересе који су повезани са радом.

Социјално-економска права подразумевају интервенционизам државе, одређена давања државе како би се та права могла реализовати. Али, и овде важи поменуто правило да се права и интереси једног лица могу штитити до граница вређања права и интереса другог лица, тј. индивидуални интереси субјеката радног односа могу се штитити до граница вређања општих друштвених интереса. Другим речима, постоје одређени интереси (појединачни и друштвени) који ограничавају слободу рада и слободу предузетништва као индивидуалне слободе, јер се на тај начин омогућава остваривање уставом предвиђених права и слобода трећих лица.

Циљ радног права је у проналажењу равнотеже између свих наведених (индивидуалних и друштвених) интереса. Међутим, поред поменутих захтева који упућују на интересно уравнотежење позиција запослених, послодаваца и друштва као целине, постоји још један битан захтев – да право мора бити праведно (правда као водиља права: једнаке третирати једнако, а неједнаке – неједнако). Овај правни захтев има по-

себни значај при регулисању радноправног положаја запосленог и послодавца, јер они нису ни правно ни фактички једнаки (правно-радни однос карактерише подређеност запосленог нормативној, управљачкој и дисциплинској власти послодавца; фактички – послодавац располаже капиталом, као дефицитарним тржишним фактором, те је економски јача страна). То даље доводи и до чињенице да запослени у радном односу види једини или главни начин задовољавања егзистенцијалних потреба, а послодавац начин стицања профита. Радно право је већ традиционално пред истим и тешким задатком – да коригује наведене неједнакости, тј. да одговарајућим радноправним оквиром ублажи фактичку неједнакост субјеката радног односа. То се постиже ограничавањем послодавчеве власти по начелу *favor laborem*. Другим речима, тржиште рада и капитала је предмет интересовања и других грана права (облигационо, трговинско) по принципу уговорне и „комутативне правде“, али радно право на том тржишту наступа са позиције принципа „социјалне правде“ и да „рад није роба“ (основни принципи деловања Међународне организације рада), тежећи хуманизацији рада и заштити људског достојанства. У том смислу треба посматрати и функције права на рад и слободе рада.

У даљем тексту, акценат ће бити стављен на слободи рада, као сегменту права на рад, и на неким радноправним лимитирајућим оквири-ма остваривања те слободе. Право на рад се остварује на бази слободе рада. Наиме, право на рад не подразумева обавезу државе да сваком лицу које је способно за рад и које жели да ради обезбеди и одговарајући посао, већ подразумева слободу рада, односно да се обезбеде једнаки услови и могућности за остваривање права на рад (право на једнаке шансе за заснивање радног односа код свих послодаваца и на свим радним местима). Међутим, право на рад је једнако право само под једнаким условима, односно то је неједнако право под неједнаким условима. Ову неједнакост у погледу права на рад индукује проста чињеница да и људи нису једнаки по својим физичким и интелектуалним способностима, по својим знањима, радним и стручним способностима (колоквијално: захтев да прави човек буде на правом радном месту; или за свакога није сваки посао). Према томе, право на рад са слободом рада није никакво апсолутно и безусловно право, већ трпи низ ограничења у потреби заштите свих индивидуалних и друштвених интереса у сфери рада и запошљавања, под окриљем правде као водиле права. Ограничења се тичу управо услова под којима је могуће остваривање наведеног права. Ограничења, односно услови морају бити легални и легитимни. Легални – значи унапред предвиђени прописима и тако свима доступни к знању; легитимни – значи допуштени и оправдани. Допуштеност и оправданост се везују за потребе и природу процеса рада, али и за сраз-

мерност према циљу који се жели постићи одређеним ограничењима (колоквијално: да не буде више штете но користи од ограничења).¹ Зато ограничења морају бити сведена на најнужнију могућу меру.

II Неки (ограничавајући) радноправни оквири слободе рада

Радноправни режим слободе рада садржан је у готово свим радноправним институтима – од заснивања до престанка радног односа. И ван тога – слобода рада подразумева и слободу нерада, тј. могућност да се не ради. Овај аспект слободе рада представља цивилизацијску тековину, ако га посматрамо као рефлекс забране принудног рада. Али овакав приступ слободи рада може имати и одговарајуће социјално-економске и правне последице, ако се томе прилази из угла вољне незапослености иако је лице способно за рад и има услове за то. Легитимне социјалне и правне реперкусије слободе нерада везане су, пре свега, за проблем незапослености, отказ уговора о раду од стране запосленог, штрајк запослених итд. Међутим и у овим случајевима, слобода нерада (као и слобода рада) омеђена је одговарајућим правним оквирима: обавезама које имају евидентирана незапослена лица; форма и начин давања отказа уговора о раду; правила која говоре о законитости штрајка и о минимуму процеса рада итд.

1. Слобода рада се манифестује већ *код избора врсте и степена стручног образовања*. У извесном смислу та слобода овде је лимитирана *објективним* могућностима запошљавања (проблем суфицитарних и дефицитарних занимања), што се покушава кориговати професионалном оријентацијом. Професионалном оријентацијом и саветовањем о планирању каријере, сматрају се послови којима се, појединачно или групно, пружа помоћ лицима која траже запослење и другим лицима са потребом планирања каријере, при избору, промени занимања и доношењу одлуке у вези са каријерним развојем.

Не може се сматрати ограничавањем слободе рада када се једно лице стручно образује уз помоћ стипендије или кредита другог лица, због обавезе да се након школовања запосли код тог другог лица. Стручно образовање уз новчану помоћ другог лица је избор утемељен управо слободом рада. Зато се и закључује одговарајући уговор о стипендирању или кредитирању, као двостранотеретни правни посао.

1 Сразмерност према циљу који се жели постићи ограничењем права на рад и слободу рада процењује се значајем интереса који се тим ограничењем штите. Право на рад са слободом рада је елементарно људско право на егзистенцијалну самосталност и достојанство једног лица и његове породице, те наспрам тога треба вредновати значај сваке друге потребе која интересно тангира ово право и слободу.

Међутим, слобода рада незапослених лица *лимитирана* је неким правним правилима из области запошљавања и осигурања за случај незапослености. Наиме, незапослено лице, заправо, има обавезу да прихвати понуђено *одговарајуће* запослење, ако жели да избегне брисање са евиденције незапослених. Према Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености, током првих 12 месеци од увођења у евиденцију Националне службе одговарајуће запослење за незапосленог јесте запослење у оквиру стеченог нивоа и врсте образовања. По истеку рока од 12 месеци, одговарајућим запослењем сматра се и запослење на пословима на нижем нивоу у оквиру исте или сродне врсте стеченог образовања, узимајући у обзир радно искуство и стање на тржишту рада.² Брисање са евиденције незапослених повлачи и престанак права новчану накнаду, коју је незапослени примао након престанка радног односа. Овакво лимитирање („орочавање“) индивидуалне слободе рада своју легитимност налази у потреби бржег превазилажења незапослености, као крупног друштвеног проблема. Супротно „орочавању“ слободе рада незапослених лица, стоји слобода рада запослених која није временски ограничена ни у једном сегменту. Слобода рада прати радни однос кроз све његове институте и док тај однос постоји. На пример, код распоређивања запосленог (измене уговора о раду), у смислу премештаја запосленог са једног на други посао, у Закону о раду се инсистира да тај други посао буде *одговарајући*, тј. да то буде посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени првобитним уговором о раду.

2. Слобода рада долази до изражаја *код заснивања радног односа*. Први интерес послодавца је да запосли лице које може дати највећи радни допринос и профит послодавцу. Зато послодавац има широка овлашћења при избору међу кандидатима за запослење. Ипак, при том он мора поштовати одређене услове. Ти услови су унапред прописани. Прописује их држава законом и послодавац својим општим актом. У сваком случају они морају бити *недискриминишући*, тј. једнаки за сва лица која траже запослење. На тој платформи функционише и слобода рада лица која траже запослење, као њихова правна изједначеност у шансама за запослење у присуству одређених услова који важе једнако за све. Али, правна једнакост не мора да значи и фактичку једнакост у шанси за запослење (једнакост оних који не испуњавају услове са онима који испуњавају услове), јер би то водило уравниловци и остваривању циља зајемченог права на рад негацијом фактичких неједнакости у способностима за обављање рада. Фактичка неједнакост релативизира правну једнакост, те право на рад и слободу рада са нивоа начелне прав-

2 Слично је и у упоредном законодавству.

не изједначености у шансама за запослење своди на ниво субјективних (утуживих) права приоритета при запослењу. Дакле, лице које испуњава тражене услове у прилици је да приоритетно дође до запослења (позитивно ограничење права на рад и слободу рада на основу пожељне и здраве конкуренције знања и способности).

Код института заснивања радног односа, поред *ојшћих и посебних услова* за заснивање радног односа, као позитивних претпоставки за заснивање радног односа, може да постоји још једна претпоставка која (ограничавајуће) утиче на остваривање права на рад и слободу рада. То су *сметње за заснивање радног односа*. Сметње су законом предвиђена стања и околности које спречавају заснивање радног односа, и поред тога што једно лице фактички може да испуњава услове за рад на одређеним пословима. Дакле, сметње доводе до правне немогућности заснивања радног односа, јер одређено лице с обзиром на нека његова лична својства чине неподобним за рад на одређеним пословима. На овај начин ограничава се право на рад и слобода рада одређеним лицима, погођеним чињеницама које закон третира као сметње, на одређеним пословима.

Право на рад са слободом рада је Уставом Србије зајемчено. Међутим, Уставом је предвиђено да су право на рад и слобода рада зајемчени *у складу са законом*. Дакле, препушта се закону да предвиди услове и друге претпоставке остваривања и заштите овог уставом зајемченог права и слободу. Ту се налази уставни основ и за сметње, али као негативне претпоставке за заснивање радног односа, претпоставке до које не треба да дође како би се радни однос могао засновати.

Постоје две групе сметњи. Сметње које су изричито предвиђене законом и сметње које су имплиците садржане у закону. Закон о државним службеницима, Закон о полицији, Закон о комуналној полицији, Закон о адвокатури и други,³ предвиђају *explicite* сметње за заснивање радног односа. На пример, постојање осуђујуће кривичне пресуде или постојање решења о ранијем изрицању мере престанка радног односа због теже повреде радних дужности су сметње за заснивање радног односа у државним органима. Разлози за постојање ових сметњи су у заштити јавног интереса, националне и јавне безбедности, морала и заштите права трећих лица. Дакле, у конкуренцији интереса везаних за право на рад и слободу рада једног лица и заштите наведених интереса као разлога за постојање сметњи, превагу имају интереси који су заштићени

3 Закон о државним службеницима, (Сл. ил. РС, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009); Закон о полицији, (Сл. ил. РС, бр. 101/2005, 63/2009 – одлука УС); Закон о комуналној полицији, (Сл. ил. РС, бр. 51/2009); Закон о адвокатури, (Сл. ил. РС, бр. 31/2011).

сметњама. Јер, разлози за постојање сметњи су општекорисни и штите заједничке интересе у друштву и интересе трећих лица (демократска легитимност разлога). Међутим, без обзира на сву легитимност разлога за постојање сметњи, наспрам тих сметњи постоји такође једна демократска вредност која се сметњама угрожава – а то су људска права (право на рад и слобода рада). Зато је потребно пронаћи прихватљиву и сразмерну меру ограничавања тих људских права. Та мера полази од захтева да ограничења морају бити сведена на најмањи могући нужни ниво и *ratio personae* и *ratio materiae*. Није могућа апсолутна негација права на рад и слободе рада, јер се то коси са међународним документима која прокламују ова људска права, али и са Уставом Србије који их јамчи. Према томе, *ratio personae*, сметње онемогућавају заснивање радног односа само одређеним лицима због одређених чињеница које погађају та лица. *Ratio materiae*, сметње се односе само на одређене послове с обзиром на њихову природу и значај.

Закон о раду, као матични и системски закон у области радног права, *implicite* садржи сметње за заснивање радног односа. Заправо, у питању су сметње које су утемељене на одговарајућим разлозима за престанак радног односа. Реч је о разлозима – чињеницама које када наступе свакако воде престанку радног односа, те ако ове чињенице могу имати такав радноправни ефекат онда би свакако могле имати и ефекат у смислу спречавања заснивања радног. У сваком случају ради се о чињеницама које се дубоко косе како са интересима послодавца, тако и са интересима запосленог односно лица које тражи запослење, али и ширег круга лица и јавног интереса.

На пример, у смислу Закона о раду, радни однос престаје по сили закона када запосленог погоде следеће чињенице: ако је на начин прописан законом утврђено да је код запосленог дошло до губитка радне способности; ако је запосленом, по одредбама закона, односно правоснажној одлуци суда или другог органа забрањено да обавља одређене послове; ако је запосленом изречена мера безбедности, васпитна или заштитна мера у трајању дужем од шест месеци. Уколико те исте чињенице погађају и лице које тражи запослење, онда ће се оне третирали као сметња за заснивање радног односа по истој логици по којој се третирају и као разлог за престанак радног односа, али и по логици заштите интереса трећих лица и јавних интереса. Зато су ове чињенице узете као разлог престанка радног односа *ex lege* (независно и од воље послодавца и од воље запосленог), те ван су домаћа аутономне регулативе. Рецимо, циљ изрицања мера безбедности (као допунске и споредне кривичне санкције) је у спречавању извршиоца кривичног дела у поновном чињењу кривичних дела, или циљ изрицања забране

вршења позива, дужности односно делатности јесте у спречавању даље опасности по јавне интересе ако би се одређено лице наставило бавити одређеним позивом.

Са друге стране, такође *implicite*, у Закону о раду налазе се и сметње за постојање и заснивање радног односа које су мотивисане заштитом интереса запосленог, односно лица које тражи запослење, али и заштитом ширих интереса. На пример, сметња за заснивање радног односа може бити истовремено постојање другог радног односа са пуним радним временом. Наиме, Закон о раду дозвољава заснивање више радних односа, али са непуним радним временом. Онај ко је у радном односу са пуним радним временом, може бити додатно радно ангажован само у форми која не представља радни однос (нпр. допунски рад). Немогућност заснивања два радна односа са пуним радним временом коси се са принципом 40-очасовне радне недеље (лични и јавни интерес – принцип 40-очасовне радне недеље је део јавног правног поретка), са правом запосленог на одмор између узастопна два радна дана у трајању од најмање 12 часова непрекидно, као и са правом на здраве услове рада – собзиром да „двоструки радни однос“ води прекомерном исцрпљивању (и лични и јавни интерес који произилази из друштвене бриге за здравље становништва).

Конечно, у вези заснивања радног односа – а у светлу наше теме, треба издвојити и чињеницу да се радни однос заснива сагласношћу воља послодавца и лица које се запошљава. Правни оквир у коме се изражава та сагласност воља јесте уговор о раду. Међутим, слобода рада, као и слобода предузетништва, превазилазе наведени правни оквир и могуће је да дође до заснивања радног односа и мимо тог оквира. Битна је сагласност воља (споразум) послодавца и онога ко се запошљава, па било она формализована у облику уговора о раду или не. Уколико постоји спремност послодавца да једно лице прими на посао и спремност тог лица да ступи на рад и ради код послодавца, то је већ довољно да дође до заснивања радног односа било путем уговора о раду или без тог уговора – на основу *јравне фикције* која релативизује и надомешта писмену форму споразума о заснивању радног односа.⁴⁵ То је у духу слободе рада и слободе предузетништва. Али, вратимо се уговору о раду као редовном начину заснивања радног односа.

Уговору о раду својствена је правна субординација запосленог послодавцу, а која произилази из њихове фактичке економске неједнакости. Задатак радног права, и као државног и као аутономног права, јесте

4 Према чл. 32 ст. 2 Закона о раду, ако послодавац са запосленим не закључи уговор о раду, *сматра* се да је запослени засновао радни однос на неодређено време даном ступања на рад.

у томе да успостави одговарајући интересни баланс између јачег и слабијег и да утисне елеменат хуманости у радни однос. Посебан значај овде имају колективни уговори о раду (аутономно право), као *корективне* слободе индивидуалног уговорања услова рада. Односно, слобода рада, као индивидуална слобода, свој продужетак налази у слободи синдикалног удруживања и деловања (слобода колективног преговарања), као колективне слободе, којим путем се побољшавају услови рада до одређеног нивоа испод којег се не може ићи индивидуалним уговарањем (закључивањем уговора о раду). И на овај начин се потврђује интересна комплементарност индивидуалних и колективних слобода и права запослених (комплементарност индивидуалног и колективног радног права). Међутим, могућ је и њихов сукоб. Дobar пример за то јесте штрајк, када се може манифестовати и сукоб и комплементарност индивидуалних и колективних слобода и права запослених. Рецимо, интересни сукоб између слободе рада запосленог и синдикалних слобода и права – код штрајка: одлука о организацији штрајка доноси се колективно, али о ступању у штрајк сваки запослени одлучује самостално, што је сасвим у духу његове слободе рада, чак и онда када је запослени члан синдиката који је донео одлуку о организовању штрајка (друго је питање његове статутарне, дисциплинске одговорности због непоштовања одлуке синдиката, али чак и у случају искључења из синдиката та околност не може имати утицаја на слободу рада запосленог и његов радни однос). Са друге стране, код штрајка можемо препознати и комплементарност индивидуалних са колективним слободама и правима запослених. Наиме, право на штрајк јесте правни израз оног дела слободе рада запослених који се огледа у слободи нерада. Путем обуставе рада (нерада) запослени покушавају да побољшају услове рада, тј. да се побољша њихова позиција у вршењу слободе да се ради. Овде је негативни аспект слободе рада у функцији остваривања позитивног аспекта те слободе. На крају, када смо већ код питања обустава рада, логика једнакости или симетрије инструмената класне борбе, дозвољава да и послодавци могу користити негативну страну своје слободе предузетништва да би побољшали услове за остваривање њене позитивне стране, а то је локаут (обустава рада од стране послодавца). Сем тога, путем локаута (одбрамбеног или превентивног), послодавац не само што ограничава своју слободу предузетништва, већ ограничава и слободу рада запослених, што је реципрочна ситуацији у којој запослени користе право на штрајк.

Даље, у вези са уговорним заснивањем и регулисањем радног односа, као својеврсни лимитирајући елеменат слободе рада јавља се и *клаузула забране конкуренције*. Наиме, уговором о раду могу да се утврде послови када запослени не може да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, без

сагласности послодавца код кога је у радном односу. Иначе, у принципу, слобода рада се не исцрпљује заснивањем радног односа код једног послодавца, већ постоји могућност заснивања радног односа или рада ван радног односа и код другог послодавца (кумулација послова и запослења). Једно лице може бити запослено код више послодаваца са непуним радним временом до граница пуног радног времена; може да ради код истог послодавца и по уговору о раду и по уговору о ауторском делу; може радити код другог послодавца ван радног односа (допунски рад) итд. Међутим, видели смо напред, када је запослени у радном односу код једног послодавца са пуним радним временом, онда се та чињеница третира као сметња за заснивање радног односа код другог послодавца (јер је пуно радно време сегмент јавног интереса и јавног поретка који се не може угрожавати). Дакле, упориште за клаузулу забране конкуренције треба тражити, пре свега, у економској садржини радног односа (радни однос као економска заједница). У тржишним условима рада и пословања, економска ситуација и послодавца и његових запослених зависи и од конкурентске позиције коју тај послодавац има на тржишту. Пошто су запослени и послодавац у економској заједници (профит и зарада се издвајају из исте новостворене и тржишно верификоване вредности), логично је да радни однос подразумева и лојалност међу његовим субјектима. Клаузула забране конкуренције је израз лојалности запосленог према послодавцу. Ипак, забрана није апсолутна и не негира у потпуности слободу рада, јер субјекти радног односа имају пуну слободу уговарања одређујући домаћај те забране по предмету (сви или само неки послови), по територији и по времену важења (док траје радни однос или и по његовом престанку – најдуже две године). Логика лојалности субјеката радног односа, налаже и правило да уколико запослени прекрши забрану конкуренције тада послодавац има право да захтева *накнаду штете*, као и правило да уколико послодавац жели да забрани конкуренције продужи дејство и након престанка радног односа тада има обавезу да запосленом исплати *новчану накнаду* у уговореној висини. Разлика је у томе што у случају кршења забране конкуренције од стране запосленог поставља се питање његове одговорности за штету, тј. штета мора постојати и њена висина се утврђује од случаја до случаја, док код продуженог дејства забране конкуренције не поставља се питање штете коју трпи запослени и њене накнаде од стране послодавца, већ се ту ради о паушалној, уговором утврђеној, новчаној накнади („цена лојалности“).

3. Радноправне рефлексије слободе рада садржане су и код института *распоредивања зайослених*. Распоредивање се врши у форми закључивања анекса уговора о раду, на који начин се манифестује воља запосленог.

Основна сврха распоређивања запослених је у обезбеђивању оптималне радне функције људског потенцијала код једног послодавца. Изузетно, постоје и облици распоређивања запослених који нису у непосредној функционалној корелацији са потребама процеса рада (распоређивање запосленог када му је забрањено обављање дотадашњих послова).

Са друге стране, и логика уговорног права обезбеђује легитимност закључивању анекса уговора о раду. Познато је да се уговором о раду регулишу питања у вези са условима рада на одређеном радном месту, те права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца поводом таквог рада. Услови рада су подложни променама, а са тим у вези мењају се и права и обавезе из радног односа. Зато су потребне измене уговора о раду.

Распоређивањем запослених на одговарајућа радна места обезбеђује се, прво, заштита интереса послодавца, али са друге стране, адекватно распоређивање штити интересе самог запосленог који се распоређује. Интерес је запосленог да буде распоређен на одговарајуће радно место, у складу са његовим стручним и радним способностима, јер само тако може да оствари највећи радни допринос, највећу зараду и највећи обим других права из радног односа.

Дакле, значај института распоређивања запослених произлази из значаја слободе предузетништва и слободе рада, а огледа се у следећем: (1) ангажовању запосленог саобразно потребама процеса рада и организације рада; (2) конкуренцији стручности и способности у току трајања радног односа; (3) искључивању „монопола“ на радно место и професионална покретљивост запослених; (4) испољавању и радно-социјалној верификацији стварних стручних и радних способности запослених.

У основи можемо разликовати две врсте распоређивања запослених: распоређивање приликом заснивања радног односа и распоређивање у току трајања радног односа.

Приликом заснивања радног односа, тј. приликом стицања на рад запослени се распоређује на радно место, односно послове, ради чијег вршења је засновао радни однос. Ово је нормалан завршетак поступка заснивања радног односа и почетак рада у форми радног односа. Другачије поступање значило би изијравање начела њива на рад и слободе рада, односно начела једнаке доступности свих радних места – свим грађанима. Међутим, када говоримо о распоређивању запослених, централно место припада питању распоређивања у току трајања радног односа.

У *шоку шрајања радној односа* запослени може да буде распоређен на свако радно место које *одговара* његовој стручној спреми по врсти и степену, знању и способностима, ако то захтевају потребе процеса рада и организације рада. Одлуку о распореду радника на радно место доноси послодавац, односно надлежни орган код послодавца (директор), по сопственој процени потреба процеса рада и ситуације када је распоред неопходан (слобода предузетништва). По правилу, легално и легитимно је само оно распоређивање запосленог које је извршено: (а) у складу са потребама процеса рада и организације рада; (б) на друго радно место које одговара степену и врсти стручне спреме радника, његовом знању и способностима; (в) на основу писменог акта (анекса уговора о раду). Све ове претпоставке легалног и легитимног распоређивања запослених не само што су у духу слободе предузетништва послодавца, већ су и у духу права на рад и слободе рада запосленог. Са једне стране, право на рад подразумева управо запослење које одговара стручним и радним способностима запосленог, што утиче на трајност и стабилност запослења, а са друге стране слобода рада подразумева добровољност код премештаја запосленог са једног на друго радно место (манifestује се потписивањем анекса уговора о раду).

Ипак, распоређивање запосленог по наведеним правилима врши се „под претњом“ отказа уговора о раду, уколико не прихвати понуђени анекс уговора о раду. То представља својеврсно ограничавање његове слободе рада, јер се може схватити да је запослени потписао анекс „под претњом“ што указује на мане у његовој вољи. Законодавац је у овом сукобу слободе предузетништва и слободе рада морао да нађе разумну меру њиховог узајамног ограничавања. Слобода предузетништва је ограничена наведеним правилима под којима се сваки премештај запосленог може сматрати легалним и легитимним, а слобода рада је ограничена могућношћу да запослени добије отказ уговора о раду уколико не прихвати понуђени анекс. Извесно ублажавање наведеног ограничења слободе рада законодавац покушава да установи правилом да иако запослени прихвати понуду за закључивање анекса уговора о раду, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог анекса.

У вези са распоређивањем запослених, постоје и друга ограничења слободе предузетништва и слободе рада. Другим речима, од наведених правила легалног и легитимног распоређивања постоје и изузеци. Наиме, радник може привремено да буде распоређен на друго радно место за које се тражи нижи степен стручне спреме одређене врсте занимања. То је могуће у изузетним околностима, а нарочито у случају: више силе (пожар, земљотрес, поплава и сл.) која је настала или непосредно предстоји; изненадног кварења сировина, квара на средствима рада,

материјалу и сл.; прекида рада на радном месту на коме радник ради; замене изненадно одсутног радника и у другим случајевима утврђеним прописима. У истим ситуацијама могуће је и одступање од правила да се распоређивање радника врши на основу писаног уговорног акта. Ако изузетне околности то захтевају, распоређивање радника се може извршити и једностраним па и усменим налогом послодавца. Распоређивање запосленог због изузетних околности показује да је могуће одступање и од правила да је распоређивање условљено потребама процеса рада и организације рада. Слична је ситуација и код распоређивања запосленог са једног радног места, на коме је том запосленом правоснажном одлуком суда забрањено да врши одређене послове (мера безбедности), на друго радно место.

Конечно, слобода рада подразумева могућност да и запослени може дати иницијативу за закључивање анекса уговора о раду. *Зајослени може њослодавцу да њонуди* измену уговора о раду руководећи се својим потребама и интересима (повећање зараде, премештај на други посао итд.). До тога може доћи, на пример, када запослени, независно од потреба процеса рада, стекне виши степен стручне спреме (у односу на степен који је наведен у уговору о раду). Овим случајем измене уговорених услова рада Закон о раду се не бави посебно, те се овде примењују општа правила грађанског права тј. примењују се правила Закона о облигационим односима.

4. Следи читав *сїлей радноїравних инсїїиїуїа* у оквиру којих се манифестују одређени аспекти права на рад и слободе рада. То су институти који се тичу установљавања безбедних и достојанствених услова рада (ограничено радно време, одмори и одсуства, заштита физичког и моралног интегритета запосленог, образовање, стручно оспособљавање и усвршавање), те права у смислу обезбеђивања социјално-материјалне сигурности запосленог (право на зараду, накнаду зараде и штете, заштита вишкова запослених, потраживања у случају стечајног поступка итд.).

5. Посебну пажњу привлачи *инсїїиїуїи њресїанка радної односа*. Наиме, радни однос је добровољни однос између запосленог и послодавца, што значи да трајање и престанак тог односа превасходно зависи од њихових воља (слобода рада и слобода предузетништва). Запослени и послодавац имају могућност да једностраном изјавом воље, у складу са прописима, раскину радни однос. Отказ је слободна једнострана изјава воље једне стране чије правно дејство није условљено пристанком друге стране о раскидању постојећег радног односа. Међутим, радно законодавство код једностраног раскида радног односа утврђује извесна правила у складу са којима се раскид може извршити. Та правила су

предвиђена да би се заштитили интереси оне странке у радном односу којој је отказ дат (оправдано узајамно ограничавање слободе рада и слободе предузетништва). Сем тога, радни однос може престати и из разлога на које странке радног односа не могу утицати својом вољом, а који су такође предвиђени законом (ограничавање слободе рада и слободе предузетништва разлозима везаним за шире и јавне интересе).

Дакле, по правилу, радни однос престаје на исти начин на који је и заснован – по вољи запосленог и послодавца, а изузетно и против њихове воље. Ипак, овде треба указати на две чињенице.

Прва чињеница огледа се у томе да је запослени у радном односу подређен послодавцу и правно и економски. Правно је подређен нормативној власти послодавца, те о правима, обавезама и одговорностима запосленог одлучује послодавац. Запослени је и економски подређен, јер ради средствима која су у својини послодавца и тако обезбеђује себи средства за живот. Значи, послодавац је „јача страна“ у радном односу. Зато је логично је да су правила у вези престанка радног односа, углавном, тако постављена и усмерена да превасходно штите интересе „слабије стране“ у радном односу – запосленог (принцип хуманизације радних односа и принцип *favor laborem*). Врло мала су ограничења слободе запосленог да изјавом своје воље раскине радни однос, док је слобода послодавца, у овом смислу, регулисана многим правним правилима.

Друга чињеница огледа се у томе да је и држава веома заинтересована за питање престанка радног односа, поготову када тај однос престаје на иницијативу послодавца. Наиме, услед престанка радног односа број незапослених расте, а са тим у вези расту и обавезе државе да незапосленима обезбеди извесну социјалну и економску сигурност. По основу права на рад, које је прописима зајемчено, држава је у обавези да омогући својим грађанима остваривање овог елементарног социјално-економског права у форми запослења или рада на други начин, а онима који су незапослени, а који могу и желе да раде, да обезбеди извесну социјалну и економску сигурност. Природно је да се право на рад остварује на прави начин – у форми запослења или другог рада и да се тако обезбеђује социјална и материјална сигурност људи. Незапосленичка права јесу „сурогат“ права на рад. Сем тога, незапосленост може да има и веома озбиљне последице по социјалну и политичку стабилност једног друштва. Дакле, заинтересовани су сви (запослени, послодавци и држава) да се питање престанка радног односа правно регулише тако да се може помирити интерес запосленог да очува своје запослење са потребама процеса рада и интересима послодавца као власника капитала. Тај заједнички интерес је регулисан многобројним правним правилима у националним законодавствима и на међународном плану. Опште

обележје регулисања престанка радног односа и у међународном праву и у националним законодавствима, огледа се у томе да престанак радног односа мора бити и легалан и легитиман (законит и оправдан).⁵ То чини допуштеним ограничавање слободе рада и слободе предузетништва субјеката радног односа, при чему се настоји да та ограничења буду реципрочна (јер радни однос карактерише реципрочност права и обавеза његових субјеката), како се не би битно нарушила интересна равнотежа запослених и послодаваца као претпоставка трајања радног односа.

У духу реченог је правно дефинисана целина института престанка радног односа. У радном законодавству Србије предвиђени су *случајеви, основи и посљедице* престанка радног, као и *заштитна* запосленог (његове слободе рада) у вези са престанком радног односа (елементи института престанка радног односа).

Случај престанка радног односа може се дефинисати као правно стање, тј. као скуп правно релевантних чињеница за које закон везује основ престанка радног односа.

Основ престанка радног односа су правне чињенице за које закон везује разлоге за престанак радног односа (околности због којих радни однос престаје). Основ, односно разлог за престанак радног односа мора постојати и мора бити утврђен у сваком конкретном случају престанка радног односа.

Посљедице престанка радног односа је скуп законом предвиђених радњи којима се: (а) утврђује постојање случаја и основа за престанак радног односа; (б) доноси одлука (решење) о престанку радног односа и даје отказ уговора о раду; и (в) разрешава запослени са рада, тј. разрешава се радних дужности.

Међутим, нису сви наведени елементи института престанка радног односа, односно делови поступка унутар тог института, подједнако значајни. Најзначајнији међу њима јесте постојање основа као правне чињенице, јер, како је већ речено, без тога ни у једном случају престанка радног односа не може доћи до престанка. На основу те чињенице доноси се одлука о престанку радног односа и даје отказ уговора о раду. Одлука је код највећег броја случајева престанка радног односа неопходна, јер има конститутивни карактер (конституише – утврђује основ за престанак радног односа). Али, код појединих случајева (престанак радног

5 Конвенција МОП-а бр. 158 примењује се на све гране привредних делатности и на сва запослена лица. Њоме је регулисано неколико важних питања у вези са престанком радног односа на иницијативу послодавца, како би тај престанак могао бити оправдан (легитиман) и законит (легалан). Та питања се односе на: 1) *ваљаност разлога* за престанак радног односа; 2) *процедуру* престанка радног односа; и 3) *заштитну* после престанка радног односа. Ова Конвенција обавезује Србију. Ратификацију је извршила Југославија, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/1984.

односа *ex lege* – по сили закона), одлука о престанку радног односа може да изостане, а да ипак дође до престанка радног односа. Радни однос у овим случајевима престаје из разлога, на начин и даном одређеним у закону, независно и од воље запосленог и од воље послодавца, те уколико се одлука и доноси она може имати само декларативни карактер (декларација – потврђује разлог, начин и дан престанка радног односа).

На крају долази *разрешење* од дужности, као фактички чин у поступку престанка радног односа. Разрешење, као такво, има фактички а не правни значај. Постоје и другачија мишљења, по којима разрешење има правно и конститутивно значење.⁶ Наиме, сматра се да код заснивања и престанка радног односа важе исти принципи, те уколико на бази тих принципа радни однос настаје ступањем на рад – морало би да престаје разрешењем са рада. Ипак, иако код заснивања радног односа и код његовог престанка, у суштини, важе исти принципи – *йраво на рад и слобода рада*, треба правити разлику код њихове конкретне реализације у једном односно другом случају. Јер, ступање на рад код заснивања радног односа јесте уговорено право и обавеза онога ко ступа на рад, тј. везано је за вољу изабраног кандидата (као потписника уговора о раду), док разрешење са рада код престанка радног односа није само право запосленог (случај престанка радног односа по његовој вољи), него и обавеза чије постојање није везано за његову вољу, већ за вољу послодавца или законодавца (случајеви престанка радног односа на основу одлуке послодавца, или по сили закона). Пошто је воља послодавца, односно законодавца, изворно садржана у одлуци о престанку радног односа или у закону – када радни однос престаје по сили закона, онда се одлуци или одређеној одредби закона даје изворни конститутивни правни значај и дејство, а не фактичком чину разрешења по тој одлуци односно одредби закона. Разрешење је практична последица правног дејства одлуке, односно закона, а не услов њиховог правног дејства. Дакле, одлука послодавца или одговарајућа одредба закона „конституишу“ престанак радног односа, те зато и говоримо о конститутивном дејству одлуке о престанку радног односа, односно говоримо о престанку радног односа по сили закона. У овом последњем случају одлука се чак и не мора донети нити се запослени мора фактички разрешити са рада, али радни однос ће ипак, као правни однос, престати на начин и оног дана како је то у закону речено.⁷ Такође, одлука о престанку радног односа може

6 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радној йрава Јујославије*, Савремена администрација, Београд, 1971, стр. 345.

7 У смислу реченог, узмимо као пример ситуацију када изабрани кандидат отпочне да ради без правно-ваљаног правног основа (без потписаног уговора о раду) и када је фактички разрешен са рада без правно-ваљаног основа (одлуке, односно отказа уговора о раду). У првом случају, видели смо напред, кандидат ће се наћи у

да доведе до престанка радног односа, уз услов њеног достављања запосленом, и без разрешења запосленог (запослени одбија да прими одлуку и да буде разрешен – „уручивање“ одлуке путем њеног објављивања на огласној табли послодавца), али разрешење без одговарајуће одлуке не може да доведе до престанка радног односа.⁸⁸

Право запосленог да откаже уговор о раду је најнепосреднији израз слободе рада, и у њеном позитивном и у њеном негативном значењу. У позитивном значењу овим путем запослени жели да промени посао и послодавца (једном послодавцу даје отказ уговора о раду, а са другим послодавцем потписује уговор о раду). У негативном значењу, отказом уговора о раду запослени манифестују своју слободу да не ради. Јер, слобода рада и нерада управо то и значи – да запослени по својој вољи бира најпре образовање и са тим у вези занимање, начин рада, почетак и окончање рада, под условима који су једнаки за све.

Постоје две ситуације када запослени даје отказ уговора о раду: (а) *типична ситуација* која је у потпуности продукт остваривања слободе рада; и (б) *атипична ситуација* која није у потпуности продукт остваривања слободе рада, те зато запослени код те ситуације ужива одређену заштиту.

Код *типичне ситуације*, право на отказ уговора о раду запослени може да искористи без обзира на разлог и време. Према томе, основ за престанак радног односа у овом случају јесте управо воља запосленог (слобода рада). Битно је да његова воља нема мана, тј. да запослени није био изложен притисцима, претњама, да није био у заблуди или да није преварен. Сем тога, важно је да је запослени дао отказ у урачунљивом стању, тј. да је у време давања отказа био свестан својих поступака, могао њима да управља и да схвати значај и последице тих поступака.

У овој ситуацији давања отказа слобода рада није ограничена прописима, тј. прописима нису предвиђени случајеви, разлози и услови под којима запослени може правно да изрази своју вољу о престанку радног односа. Међутим, ради минималне заштите интереса послодавца, ипак су предвиђена два услова за давање отказа: (а) отказ уговора о раду запослени *доставља* послодавцу у *писаном облику*; и (б) отказ се доставља најмање *15 дана* пре дана који је запослени навео као дан престанка радног односа. Дакле, отказ мора бити сачињен у писаном облику и

(правном) радном односу, тј. имаће сва права, обавезе и одговорности из тог односа, у складу са законом и колективним уговором (као да је потписао уговор о раду – правна фикција из чл. 32 ст. 2 Закона о раду), а у другом случају чин разрешења неће имати никаквог правног значаја и дејства.

8 Према Закону о раду (чл. 185 ст. 5), запосленом престаје радни однос даном достављања решења којим се отказује уговор о раду, осим ако законом или решењем није одређен други рок.

достављен послодавцу, јер своје дејство производи од дана достављања. Од дана достављања до дана престанка рада мора да протекне најмање 15 дана, што представља заправо *ошказни рок* у коме послодавац може да запосли друго лице, како процес рада не би трпео.

У овом случају престанка радног односа није потребна никаква одлука послодавца, јер радни однос престаје независно од његове воље (манифестација пуне слободе рада запосленог). Уколико се доноси одлука или решење, ти акти могу имати само деклараторно значење.

Код *атипичне ситуације* давања отказа уговора о раду, запослени отказује уговор о раду због, од стране послодавца учињене повреде обавеза утврђених законом, општим актом и уговором о раду, те запослени у тој ситуацији има сва права из радног односа – као у случају да му је незаконито престао радни однос. Повреде обавеза које послодавац може да изврши односе се заправо на повреде права које запослени има у радном односу (права у вези радног времена, одмора, одсуства, заштите на раду, зараде итд.). Дакле, када у оваквој ситуацији запослени откаже уговор о раду он се налази у истој ситуацији као да је добио отказ уговора о раду од стране послодавца на незаконит начин. То значи да запослени ужива одређену заштиту, односно има следећа права: (а) да се врати на рад код послодавца, ако то жели; (б) да перед враћања на рад захтева да му послодавац исплати накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту и уговору о раду; и (в) да захтева уплату доприноса за обавезно социјално осигурање. На овај начин се покушавају спречити злоупотребе и арбитрерност у вршењу слободе предузетништва и слободе рада.

Predrag JOVANOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

LABOUR AND LEGAL LIMITS OF LABOUR FREEDOM

Summary

Labour and legal limits of labour freedom are present in all labour and legal institutes (from entering into labour relations until the termination), and are influenced by the reciprocal freedom of the employer's entrepreneurship. The

boundaries of labour freedom reach the limits of freedom of entrepreneurship and those freedoms need to be reconciled according to the interests (through labour law) so that they do not cancel each other out.

Restrictions on labour freedom are especially shown at the institute of employment, placement of employees and the termination of employment, because labour freedom manifests itself most explicitly in those institutes (conclusion of employment contract, employment contract annex, termination of employment).

Key words: *labor law, employee, employer, labour freedom, freedom of entrepreneurship, employment.*