

Др Анђелија Тасић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Горан Обрадовић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-30740

UDK: 349.22:331.108.644.7(497.11)
331.106.44(497.11)

Рад примљен: 06.02.2021.
Рад прихваћен: 16.02.2021.

ПОСЛЕДИЦЕ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА У СЛУЧАЈУ ДИСКРИМИНАТОРСКОГ ПОСТУПАЊА ПОСЛОДАВЦА**

Апстракт: Своје Уставом загарантовано право на рад запослени који сматра да је добио незаконити отказ штити у посебном парничном поступку регулисаном Законом о парничном поступку Републике Србије. Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, може одлучити 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, а све у складу са одредбама Закона о раду. Преклузивни рок за покретање парничног поступка јесте 60 дана. Незаконити отказ може, између осталог, бити последица дискриминаторског поступања послодавца. Закон о забрани дискриминације не предвиђа рок за покретање парничног поступка за заштиту од дискриминације, а као један од правозаштитних захтева стипулише и извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања. Отказ без ваљаног разлога представља последицу незаконитог поступања послодавца, а њено отклањање подразумева враћање запосленог на рад. Основно питање којим се аутори у раду баве јесте питање конкурентности Закона о забрани дискриминације и Закона о раду. По запосленог и послодавца различите су правне последице уколико се

*andjelija@prafak.ni.ac.rs

*obrad@prafak.ni.ac.rs

** Рад је презентован на Међународној научној конференцији „Правна традиција и нови правни изазови“ одржаној 3. и 4. октобра 2019. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

** Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

заузме став да је Закон о раду lex specialis за све случајеве незаконитог отказа, па и оне настале у случају дискриминације, а сасвим друге уколико се стане на становиште да је Закон о забрани дискриминације lex specialis за све случајеве дискриминације, укључујући и оне поводом радних односа. Аутори се у раду баве упоређивањем одредаба Закона о раду, Закона о забрани дискриминације, али и Закона о парничном поступку, питањем њихове колизије и могућим решењима за превазилажење дилема које су се појавиле у теорији и пракси поводом остваривања права на заштиту од незаконитог отказа у случају дискриминације.

Кључне речи: *дискриминација, отказ, враћање запосленог на рад, лично својство.*

Пролог

По повратку са породилског одсуства, Марта Митић добила је отказ уговора о раду. Два и по месеца касније, на исто радно место примљен је Ратко Перић. Схвативши да је обманута када јој је речено да је отказ добила због непостојања потребе за радом, Марта Мирић одлучила је да своје право заштити пред судом. Она сматра да је отказ последица чињенице да је користила право на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета, као и најаве да жели убрзо да прошири породицу. Док је прикупљала доказе за своју тврдњу, рок од 60 дана за покретање посебног парничног поступка је протекао. Да ли Марти стоји на располагању још неки механизам заштите?

1. Дискриминација на раду – појам и основна обележја

Дискриминација, као негативна друштвена појава, своје правно уобличавање и забрану на међународном плану добија у XX веку. Од Универзалне декларације о заштити људских права из 1948. године¹, преко Међународног пакта о грађанским и политичким правима² и Међународног пакта о економским, културним и социјалним правима³,

1 Универзалну декларацију о људским правима усвојила је Генерална скупштина УН 10. децембра 1948. (A/RES/217), а овај датум у свету се обележава као Дан људских права.

2 Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Сл. лист СФРЈ, бр. 7/71.

3 Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, Сл. лист СФРЈ, бр. 7/71.

те Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и пратећег Протокола 12⁴ до данас, заштитници права на недискриминацију прешли су трновит пут да се дискриминација препозна, дефинише и издиференцирају њени појавни облици.

Начело једнакости у запошљавању и занимању се, обично, одређује као могућност једнаких шанси и поступања у запошљавању и на раду. На негативан начин, ово начело одређује се као начело забране дискриминације у запошљавању и на раду (Лубарада, 2016: 38).

У области радних односа, злоупотреба права најчешће се дешава у вези са условима за запошљавање и очување већ заснованог радног односа, као и са распоређивањем, професионалним напредовањем, зарадом и другим погодностима. Злоупотреба права у овој области реализује се путем дискриминације, односно путем давања неоснованих првенстава (Паравина, 1996: 177).

Иако не постоји универзална дефиниција дискриминације, она се најчешће стипулише као свако неоправдано прављење разлике или стављање у неповољнији положај једног лица актом, радњом или пропуштањем на основу неког његовог стварног или претпостављеног личног својства. За потребе овог рада, користићемо одређење из Закона о забрани дискриминације, према коме је забрањена дискриминација у области рада, односно нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада, као што су право на рад, на слободан избор запослења, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености⁵.

Најновија истраживања показују да актери на тржишту рада у великој мери перципирају дискриминацију у сфери рада и запошљавања. Да је дискриминација у овој области присутна сматра 92% послодаваца, 84% запослених и 86% незапослених. Исто истраживање показује да међу запосленима израженију перцепцију имају жене (86%), млађи (91%) и старији радници (87%). Најзаступљенија област доживљене дискриминације за незапослене је заснивање радног односа, а запослених

4 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и пратећих протокола, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр. и *Сл. гласник РС – међународни уговори*, 12/2010, 10/2015.

5 Чл. 243 Закона о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/2009, у даљем тексту и ЗЗД.

сам процес рада. Важно је нагласити да су резултати истраживања показали да је свест актера на тржишту рада о забрани дискриминације већа од просека у општој популацији. Ипак, забрињава чињеница да сваки пети послодавац у Србији сматра да дискриминација није забрањена законом (Дискриминација на тржишту рада, 2019: 16–26).

Имајући ту чињеницу у виду, важно је дати преглед нормативног оквира забране од дискриминације који ће у први план ставити оне акте који се тичу дискриминације на раду. Већ Универзална декларација о правима човека истиче да „Свако, без икакве разлике, има право на једнаку плату за једнак рад“⁶. Ова одредба може се сматрати увертиром у Конвенцију МОР бр. 100 о једнакој накнади за једнак рад⁷ из 1951. године. Сматра се првим обавезујућим међународним инструментом са циљем да се промовише једнакост, као и да се елиминише дискриминација (Петровић, 2009: 179). Међутим, убрзо је схваћено да се једнака плата не може постићи без елиминације дискриминације у свим областима запошљавања, као и да остали видови дискриминације морају бити забрањени. Због тога је 1958. године Међународна организација рада усвојила Конвенцију о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања (бр. 111)⁸ (Петровић, 2009: 180).

Наредни значајан документ донет под покровитељством Уједињених нација јесте Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1977. године. У чл. 7 Пакта, који се односи на услове рада, нарочито се истиче правична и једнака зарада за рад једнаке вредности без икакве разлике, уз наглашавање да се рад жена мора вредновати на исти начин као и рад мушкараца. Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (CEDAW Конвенција)⁹ у чл. 11 утврђује обавезу

6 Чл. 23, ст. 2 Универзалне декларације.

7 Указ о ратификацији Конвенције о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности, *Сл. весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ*, бр. 12/52.

8 Уредба о ратификацији Конвенције Међународне организације рада која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори*, бр. 3/61.

9 Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81. Нарочито се апострофира: а) Право на рад као неотуђиво право сваког људског бића; б) Право на једнаке могућности запошљавања, укључујући примену истих критеријума за одабир по питању запошљавања; ц) Право на слободан избор професије и запослења, право на унапређење, сигурност на послу и све бенефиције и услове за услуге и право на професионалну обуку и преквалификавање, укључујући приправнички стаж, напредну професионалну обуку и рекурентну обуку; д) Право на једнаку плату, укључујући бенефиције, и на једнак

држава чланица да предузму све потребне мере како би се елиминисала дискриминација жена у области рада и запошљавања.

У оквиру нормативног оквира заштите од дискриминације на раду неизоставно је поменути акта донета у оквиру Међународне организације рада (МОР). Још 1938. године Општа конференција је позвала државе чланице да усвоје принцип једнаког поступања према свим радницима, да би у низу докумената која су касније усвајана (Филаделфијска декларација или Декларација о основним принципима и правима на раду) овај принцип понављан или прошириван. Ипак, најзначајнија документа представљају Конвенција бр. 111 о дискриминацији из 1958. године и Конвенција бр. 100 о једнаком плаћању из 1951. године (Опширније: Петрушић, Обрадовић, Раичевић, Миладиновић Стефановић, Тасић, 2017: 98–102; Приручник за борбу против дискриминације на раду, 2012: 47–55).

На националном плану, свакако је најзначајнији Устав Републике Србије¹⁰, који забрањује сваку дискриминацију, непосредну или посредну, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. Да принцип недискриминације не остане само Уставом прокламовано начело, законодавац се постарао доношењем Закона о забрани дискриминације, општег и основног закона у овој области. Осим овог кровног закона, дискриминација је забрањена и Законом о равноправности полова¹¹, Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом¹² и Законом о раду¹³.

третман у раду једнаке вредности, као и једнак третман у процени квалитета рада; е) Право на социјалну заштиту, нарочито у случајевима пензионисања, незапослености, болести, инвалидитета, старости и других немогућности за рад, као и право на плаћено одсуство; ф) Право на здравствено осигурање и сигурност у радним условима, укључујући заштиту репродуктивне функције.

10 Чл. 21 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

11 Закон о равноправности полова, *Сл. гласник РС*, бр. 104/09. Овај Закон, у Глави II – Запошљавање, социјална и здравствена политика бави се и питањем дискриминације на раду.

12 Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, *Сл. гласник РС*, бр. 33/2006 и 13/2016. Чланови 21–26 овог Закона посвећени су дискриминацији у вези са запошљавањем и радним односима.

13 Чл. 18–23 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење, у даљем тексту и ЗР.

2. Судска грађанскоправна заштита од дискриминације

Закон о забрани дискриминације представља општи и основни закон у сфери заштите од дискриминације. Осим норми супстанцијалног карактера, њиме је уређен и посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације. Овај поступак уређен је фрагментарно – прописана су одступања од правила општег парничног поступка и сходна примена Закона о парничном поступку¹⁴. Правилима ЗЗД прописан је круг активно процесно легитимисаних субјеката, апострофиран значај појединих процесних начела и наведене врсте захтева који у поступку могу да се истакну. Уведена су и посебна правила о месној надлежности, изрицању привремених мера, изјављивању правних лекова и прерасподели терета доказивања¹⁵.

На основу Закона о уређењу судова¹⁶¹⁷, у првом степену надлежан је виши суд. У овим поступцима, у складу са правилима ЗПП, суди судија појединац¹⁸. Уведена су правила о елективној месној надлежности, па је, поред суда опште месне надлежности, надлежан и суд на чијем је подручју седиште, односно пребивалиште тужиоца¹⁹.

14 Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, у даљем тексту и ЗПП.

15 Без обзира што се проучавају у оквиру процесног права, правила о терету доказивања сматрају се материјалноправним питањем, док је став да је реч о процесноправној категорији изузетно редак у континенталном правном кругу. Следећи материјалноправни прописи се најчешће наводе као они који садрже правила о терету доказивања: чл. 37, ст. 2 Закона о основама својинскоправних односа, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон или чл. 154 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020 – о основима одговорности за штету (Познић, Ракић Водинелић, 2010: 320). О терету доказивања у антидискриминационим парницама Тасић, 2018: 325–336.

16 Чл. 23, ст. 1, т. 7 Закона о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, у даљем тексту и ЗУС.

17 Када је поступак у парницама за заштиту од дискриминације креиран, за поступке из ове области био је надлежан основни суд у првом степену. Изменама ЗУС које су ступиле на снагу 2013. године, ови поступци прешли су у надлежност вишег суда.

18 Чл. 35, ст. 3 ЗПП.

19 Чл. 42 ЗЗД. Опште месно надлежан је суд према месту пребивалишта, а под одређеним условима и боравишта туженог (чл. 39. ЗПП), а у парницама из вануговорне одговорности за штету суди и суд на чијем је подручју штетна радња извршена или суд на чијем је подручју штетна последица наступила (чл. 44, ст. 1 ЗПП).

Начело хитности, на коме инсистира ЗЗД²⁰, није конкретизовано кроз утврђивање прецизних рокова. Тако, на пример, нема рока у коме мора бити одржано прво рочиште, није прописан максималан број рочишта који може да буде одржан током првостепене главне расправе, нити укупан период времена у коме првостепени поступак треба да буде окончан²¹.

Осим Марте, са почетка нашег рада, која у складу са ЗЗД представља лице које сматра да је повређено дискриминаторским поступањем, судску грађанскоправну заштиту од дискриминације могу тражити још и Повереник за заштиту равноправности, организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица, и лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације²².

Врста захтева која се може истаћи зависи од субјекта који покреће конкретну парницу. Могу се истаћи декларативни захтев, којим се тражи од суда да утврди да је тужени извршио дискриминацију према тужиоцу или другоме; захтев за пропуштање дискриминаторске радње којим се тражи забрана радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења дискриминације, односно забрана понављања радње дискриминације; захтев за уклањање последица дискриминаторског поступања; одштетни захтев и захтев за објављивање пресуде²³. Одштетни захтев може истаћи само дискриминисано лице. Све остале захтеве могу истаћи и остали активно процесно легитимисани субјекти.

Законодавац није прописао рок за подизање тужбе и покретање поступка у парницама за заштиту од дискриминације. Тужилац, дакле, у овим парницама не може да буде преклудирани²⁴. То, ипак, не значи да он не мора

20 Чл. 41, ст. 3 ЗЗД.

21 Оваквих примера има у појединим домаћим законима. Тако, у складу са чл. 204, ст. 3, 4 и 5 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, поступци у вези са породичним односима спровешће се, по правилу, на највише два рочишта. Прво рочиште заказује се тако да се одржи у року од 15 дана од дана подношења иницијалне парничне радње (тужбе или предлога), а другостепени суд је дужан да одлучи о жалби у року од 30 дана од дана када му је достављена. Приликом доношења Закона о раду 2005. годинеу чл. 195, ст. 3 било је прописано да се поступак у парницама из радних односа правноснажно окончава у року од шест месеци од дана покретања поступка. Од овог решења се, међутим, одустало у каснијим новелама закона.

22 Чл. 41 и 46 ЗЗД.

23 Чл. 43 ЗЗД.

24 Закон о забрани дискриминације Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 59/09 и 66/16, пример је антидискриминационог закона у региону који предвиђа рок за подизање тужбе. У складу са чл. 13, ст. 4 овог закона, рок за подизање тужбе за

да води рачуна о роковима уколико жели да успе у парници. У парницама у којима је истакнут одштетни захтев важе рокови застарелости облигационог права, прописани Законом о облигационим односима. Субјективни рок застарелости потраживања накнаде проузроковане штете јесте три године од када је оштећеник сазнао за штету и штетника, а објективни рок пет година од када је штета настала²⁵.

За предмет овог рада посебно је важна могућност тужиоца да истакне захтев за отклањање последица дискриминаторског поступања. Циљ овог захтева јесте поновно успостављање стања које је постојало пре повреде права на недискриминацију. Овај захтев подразумева одређену активност, извршење тачно одређене радње. Са аспекта извршења одлуке, та радња може бити она коју може да изврши само тужени и она коју може да изврши и неко треће лице.

Ревизија је увек дозвољена. Посебан парнициони рок за добровољно извршење чинидбе није одређен, те он износи осам дана од дана достављања извршне исправе извршном дужнику²⁶.

3. Поступак у парницама из радних односа

Поступак у парницама из радних односа представља посебан парнични поступак регулисан правилима ЗПП-а. Њиме се, између осталог, пружа заштита у споровима поводом заснивања, постојања и престанка радног односа, укључујући и заштиту од незаконитог отказа. Новија теорија радног права прави разлику између „незаконитог“ отказа (отказа датог противно изричитим законским одредбама) и „неоправданог отказа“. Потоњи појам, тешко одредив и у теорији и у пракси, своје утемељење

заштиту од дискриминације јесте три месеца од дана сазнања за учињену повреду (субјективни рок), односно годину дана од учињене повреде (објективни рок). Када је у питању континуирана дискриминација, рок се рачуна од дана последње учињене радње. Рокови се не рачунају у случају системске дискриминације. Уношење правила о континуираној и системској дискриминацији резултат је измена и допуна овог закона из 2016. године. Управо се на нејасан критеријум за одређивање почетка тока рока у случају континуиране дискриминације указивало у литератури по доношењу иницијалне верзије закона (Hapušić, 2013: 29), тако да се нова редакција текста може сматрати малим „тријумфом“ на путу ка правној сигурности.

25 Чл. 376, ст. 1 и 2 ЗОП.

26 Чл. 47, ст. 13 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019, у даљем тексту и ЗИО. О парниционом року детаљније: Кеча, Кнежевић: 2015, 49–73.

налази у Конвенцији 158 МОР о престанку радног односа на иницијативу послодавца²⁷ (Обрадовић, Ковачевић Перих, 2014: 201).

Правне последице незаконитог отказа и обавезе послодавца прописане су чл. 191 ЗР. У складу са овом одредбом, тужилац може да истакне захтев за враћање на рад, захтев да му се исплати накнада штете, као и захтев да му се уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио. Захтев за враћање запосленог на рад и захтев за накнаду штете не могу се истаћи кумулативно. У случају да суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, а запослени не захтева враћање на рад, суд ће, на захтев запосленог, наложити послодавцу да запосленом исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада запосленог. Висина досуђене накнаде зависиће од временаведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице²⁸.

У поступцима у парницама из радних односа прокламовано је, али не и конкретизовано, начело хитности, будући да је ранија одредба ЗР о максималној дужини трајања поступка до правноснажности одлуке престала да важи.

У складу са правилима ЗПП, у првом степену суди судија појединац²⁹. Рок за добровољно испуњење обавеза износи осам дана. Ревизија је дозвољена у парницама поводом спорова о заснивању, постојању и престанку радног односа.

Допунска правила прописана су Законом о раду. Преклузивни рок за покретање поступка за заштиту права из радног односа јесте 60 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права³⁰. По свој прилици, законодавац је одредио само субјективни, не и објективни рок за покретање парничног поступка. Сумњамо да је тенденција законодавца била да се овај поступак може покренути кад год запослени сазна за разлоге незаконитог отказа, те ово сматрамо пропустом или недореченошћу закона. Интерес послодавца, али и запосленог јесте да се егзистенцијално питање, попут враћања запосленог на рад, реши у што краћем року. На тај начин би се пружиала ефикасна правна заштита,

27 Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, *Сл. лист СФРЈ – међународни уговори*, бр. 4/84.

28 Чл. 191, ст. 5 ЗР.

29 Поступак у парницама из радних односа: чл. 436–441 ЗПП.

30 Чл. 195, ст. 2 ЗР. Овај рок је изменама и допунама Закона о раду са 90 скраћен на 60 дана.

али и заштитило евентуално савесно треће лице које је послодавац у међувремену запослио.

4. Конкурентност или комплементарност судске заштите поводом незаконитог отказа због дискриминације?

Централно питање овог рада јесте по којим правилима се пружа правна заштита лицу које је добило незаконити отказ због дискриминације. Пред Мартом Митић са почетка рада стоје два пута – поступак у парницама за заштиту од дискриминације, према правилима ЗЗД, и поступак у парницама из радних односа, према правилима ЗР.

Уколико се определи да се против последица незаконитог отказа „бори“ у парници из радних односа, тужила ће, према околностима овог конкретног случаја, бити преклудирана. Рок од 60 дана од дана пријема решења, односно сазнања за повреду права, протекао је. Суд ће, по претходном испитивању тужбе, донети решење о њеном одбацивању³¹. Да није протекао, поставило би се питање на који начин би се суд у овој радноправној парници односио према питању дискриминације. То би, по својој природи, било претходно питање. То је оно питање о постојању права или правног односа од кога зависи доношење одлуке, а о коме суд или други надлежни орган још увек није донео одлуку (чл. 12 ЗПП). „Претходно питање“ код претходног питања јесте да ли је суд надлежан да га решава. Уколико јесте, то није питање избора, а од парничних странака зависи да ли ће се он о томе изјаснити у диспозитиву или образложењу одлуке (Кеча, 2014: 155). У случају да, међутим, није надлежан, суду на располагању стоје две могућности – да сам реши претходно питање или да прекине поступак и сачека да суд или други надлежни орган реше претходно питање као главно. Уколико одлучи да сам реши претходно

31 Чл. 294, ст. 1, т. 2 ЗПП. У судској пракси се, међутим, може наћи и оваква одлука: „Према члану 195, став 1 и 2 Закона о раду („Службени гласник РС”, број 24/05...) против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом. Рок за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права. Како је тужиоцу решење о престанку радног односа уручено 15.07.2009. године, а тужбу суду је поднео 29.07.2010. године, протекао је рок од 90 дана предвиђен чланом 195, став 2 Закона о раду за покретање спора пред судом, па је правилно одбијен тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се утврди да је незаконито решење о престанку радног односа.” (Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 424/2014 од 03.12.2015. године). Сматрамо да се благовременост може искључиво третирати као процесна, а не као материјална последица, те да њен недостатак доводи до одбацивања тужбе, а не одбијања тужбеног захтева.

питање, одлука има дејство само у парници у којој је то питање решено. О њему ће се суд изјаснити у образложењу, а не у диспозитиву пресуде. Правноснажно, односно коначно решење претходног питања, различито од онога које је донео суд пред којим се претходно питање појавило, представља разлог за понављање поступка³². Са друге стране, уколико одбије да сам реши претходно питање, то је разлог за прекид поступка. Поступак ће се наставити када се правноснажно оконча поступак у коме се то питање појављује као главно или ако суд нађе да више не постоје разлози да се чека његово окончање³³.

Прекид поступка због решавања претходног питања косио би се са прокламованим начелом хитности у поступцима поводом решавања спорова из радног односа. „Разуман рок” у коме странка има право да буде одлучено о њеним захтевима и предлозима представља правни стандард³⁴. Овај стандард зависи од околности конкретног случаја – сложености чињеничних и правних питања, целокупног трајања поступка и понашања странака, суда и других државних органа, природе и врсте предмета суђења или истраге, њиховог значаја за странку, поштовања решавања редоследа решавања предмета и законских рокова за заказивање рочишта и главног претреса и доношење одлука³⁵³⁶.

Дакле, прекид поступка у парницама из радних односа да би суд одлучио о постојању дискриминације као претходном питању могао би да доведе

32 Чл. 426, ст. 1, т. 9. ЗПП.

33 Чл. 225 ЗПП.

34 Један од механизма обезбеђивања да се поступак спроведе у разумном року јесте и институт временског оквира парнице. Санкција за непоступање судије у временском овиру је основ за покретање дисциплинског поступка, у складу са одредбама Закона о судијама (чл. 10, ст. 3 ЗПП).

35 Чл. 4 Закона о заштити права на суђење у разумном року, *Сл. гласник РС*, бр. 40/2015.

36 Врховни касациони суд представио је *Критеријуме за оцену повреде права на суђење у разумном року Европског суда за људска права према извештају СЕПЕЈ-а*. Доступни на https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20повреде%20права%20на%20судјенје%20у%20разумном%20року_0.pdf, преузето 15.01.2021. У овим Критеријумима наведено је, између осталог, да се у „једноставним” предметима разумним роком сматра трајање поступка до две године. У приоритетним пак предметима, разумним роком сматраће се (недефинисани, прим. аут) краћи рок од две године за окончање првостепеног поступка. Приоритетним предметима сматрају се, између осталог, и радни спорови (отказ, престанак радног односа, отпуштање, исплата зарада). Наведени су још и наконда штете за жртве несрећа, случајеви у којима су подносиоци представке у каснијем животном добу или су угроженог или критичног здравственог стања, породични спорови, случајеви у којима подносиоци представке имају одређени психички или физички инвалидитет, случајеви полицијског насиља или случајеви у којима се подносилац већ налази на одслужењу затворске казне.

до одуговлачања поступка, посебно имајући у виду две чињенице – спорови за заштиту права на равноправност се уопште не налазе на (горенаведеној) листи приоритетних спорова за решавање у разумном року, а начело хитности није ни на који начин конкретизовано; са друге стране, у овим поступцима важе специфична правила о доказивању, а доказивање је, по правилу, сложено. Према правилима о прерасподели терета доказивања, тужилац треба да учини вероватним да је тужени учинио акт дискриминације, након чега терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно једнаких права и обавеза, сноси тужени³⁷.

Наредно питање које се може поставити јесте питање објективне кумулације. Отвара се, наиме, проблем да ли је првостепени суд који решава спор у парници поводом радноправних односа надлежан да реши антидискриминациони спор, те дали се захтев за утврђење дискриминације и захтев за поништај решења о незаконитом отказу могу кумулирати. Могу се издвојити два спорна питања. Прво се тиче стварне надлежности. За радноправне парнице у првом степену надлежан је основни суд. Са друге стране, за антидискриминационе парнице надлежан је виши суд. По правилима општег парничног поступка, суд у току целог поступка води рачуна о својој стварној надлежности. Виши суд се, након упуштања туженог у расправљање, не може прогласити стварно ненадлежним у правним стварима из надлежности нижег суда првог степена исте врсте. *Argumentum a contrario*, нижи суд се може, или, рађе, мора огласити стварно ненадлежним уколико је у питању правна ствар која је у надлежности вишег суда у првом степену. То, по нашем мишљењу, представља препреку да основни суд може да о постојању или непостојању повреде права на равноправност одлучује у поступку у парницама из радних спорова и о томе се изјасни у диспозитиву одлуке. На истом становишту стоји и хрватско антидискриминационо право, када у Закону о сузбијању дискриминације³⁸ прописује да се захтеви за заштиту права на равноправност могу истаћи заједно са захтевима за заштиту других права о којима се одлучује у парничном поступку ако су сви захтеви у међусобној вези и ако је исти суд стварно надлежан за њих, без обзира да ли је за те захтеве прописано решавање у редовном или у посебном парничном поступку.

Осим тога, за ове две правне ствари није предвиђена иста врста поступка. Прописана су два посебна парнична поступка, уз сходну примену Закона о парничном поступку.

37 Чл. 45, ст. 2 ЗЗД.

38 Чл. 17, ст. 3 Закона о сузбијању дискриминације, *Narodne novine*, br. 85/08, 112/12, у даљем тексту и ЗСД.

Са аспекта правне сигурности, најбоље би било да се законодавац сам одредио према питању по којим правилима се спроводи поступак за заштиту од дискриминације на раду. То не би представљало преседан – већ је у хрватском ЗСД наглашено да ће се посебни поступци за заштиту од дискриминације у подручју рада и запошљавања сматрати споровима из радних односа³⁹⁴⁰.

Због чега је проблем поступка у коме се води спор поводом дискриминације на раду практично, а не само теоријско питање? Уколико је Марта Митић преклудирана у могућности да покрене поступак у парницама из радних односа, њој и даље на располагању стоји поступак у парници за заштиту од дискриминације. У том поступку она може истаћи утврђавни захтев да суд нађе да је послодавац дискриминаторски поступио према њој; захтев да се послодавац уздржи од будућих аката дискриминације; захтев за објављивањем пресуде у медијима. Уколико буду усвојени, сви ови захтеви донеће јој личну сатисфакцију. Сем њих, она може истаћи захтев за накнаду материјалне и нематеријалне штете. Постојање штете се не подразумева, већ се мора утврдити узрочна веза између повреде права на равноправност и насталих последица⁴¹. Напослетку, Марта може истаћи и захтев за отклањање последица дискриминаторског поступања.

У захтеву за отклањање последица дискриминаторског поступања налази се суштина проблема. Да бисмо могли да говоримо о потпуном успостављању стања које је постојало пре наступања чина дискриминације (отказа), запослена мора бити враћена на рад. Хипотеза од које полазимо јесте

39 Чл. 16, ст. 2 ЗСД. У литератури се истиче да се антидискриминациони захтеви могу истаћи и у редовним и у посебним парничним поступцима, заједно са посебним захтевима из тих поступака. Спорови ће се решавати по правилима која би била меродавна за кумулиране захтеве (на пример, по правилима за решавање радних спорова), а уз одступања која произилазе из правила посебног парничног поступка за заштиту од дискриминације (Uzelac, 2009: 98).

40 Са друге стране, у правној теорији је заступљен и став да „спор поводом дискриминације у области рада није радни спор”. Повлачи се паралела са поступцима у парницама из породичноправних односа – „као што веће за породичне спорове неће судити у случајевима дискриминације по основу брачног и породичног статуса, тако нема никакве логике да у случајевима дискриминације у области рада суде већа за радне спорове” (Рељановић, 2014: 99).

41 Иако се у појединим одлукама, укључујући и одлуке Врховног касационог суда (Рев 117/16 од 31.08.2016. године) може срести став да „се ревизијом неосновано указује да је тужилац био у обавези да докаже да је претрпео нематеријалну штету...повреда било ког права личности, па самим тим и вршење дискриминације у односу на неко лице или групу лица представља вид нематеријалне штете”, овакав став се не може прихватити јер се ни у антидискриминационим парницама постојање и висина штете не подразумевају (Тасић, 2018: 325–336).

да је једино враћање запослене на рад израз отклањања противправног стања. Да би остварила овај циљ, Марта је, дакле, успела да избегне рок од 60 дана и последице преклузије. Шта је она још постигла одлучивши се за покретање антидискриминационе парнице? Обезбедила је, најпре, примену правила о прерасподели терета доказивања. На њој је, дакле, (само) да учини вероватним да ју је послодавац отпустио због њене породичне ситуације. Она ће то урадити коришћењем различитих доказних средстава – саслушањем странака и сведока или употребом статистичких података (Петрушић, 2014: 33–50). Свакако, да би постојање дискриминације учинила вероватним, потребно је да постоје конститутивни елементи дискриминације: неједнак третман и лично својство. У ту сврху користи се компаратор, лице које се налази у упоредивој ситуацији са дискриминисаним лицем, а не поседује исто својство као то лице, те није стављено у неповољнији положај. Ипак, компаратор није увек неопходан. Тако, Европски суд правде стао је на становиште да компаратор није неопходан у случајевима трудноће⁴², породилског одсуства⁴³ и одсуства ради подвргавања вантелесној оплодњи⁴⁴. Сматра се да се све ове околности везују искључиво за жену, па се она не компарира са другим лицем, већ се поставља питање да ли би се према њој дискриминатор понашао на исти начин да се није нашла у једној од наведених ситуација. Оно што тужиља, заправо, не може да докаже јесте постојање разлога, односно мотива код послодавца да јој да отказ. Управо због тога терет доказивања, у смислу навођења законитог и оправданог разлога за отказ, лежи на послодавцу. Определујући се за вођење антидискриминационе парнице, Марта Митић отвара могућност да Повереник за заштиту равноправности узме учешће у парници као умешач. Међутим, и пре него што је покренула поступак, она је могла да се притужбом обрати Поверенику, позивајући га да спроведе поступак за утврђивање постојања дискриминације. Уколико Повереник нађе да је поступак од суштинске важности за подизање свести друштва о штетности дискриминаторског поступања, он може сам, по добијању сагласности дискриминисаног лица, да покрене парнични поступак. Дакле, осим што може сама да се бори за заштиту права на равноправност, Марта то може учинити и уз помоћ независног државног органа чији је основни

42 Случај *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* (C-177/88) представља прекретницу у погледу неопходности компаратора. Госпођа *Dekker* није добила посао због трудноће, иако је била најбоља кандидаткиња. Суд је нашао да, будући да само жена може бити трудна, свака таква дискриминација има се сматрати непосредном дискриминацијом на основу пола, без обзира на пол других заинтересованих кандидата.

43 *Case North Western Health Board v. Margaret McKenna* (C-191/03).

44 *Case Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG* [GC] (C-506/06).

задатак заштита равноправности. Такође, тужиља, покретањем поступка у парници за заштиту од дискриминације, долази у ситуацију да, према правилима о елективној месној надлежности, може да покрене поступак и пред судом који је месно надлежан према њеном пребивалишту или боравишу, уместо да се примене правила о општој месној надлежности.

Дакле, будући да је сам законодавац предвидео уклањање последица дискриминаторског поступања као један од правозаштитних захтева, делује да правној теорији, а и пракси, не остаје ништа друго до да пристане на овај „правни маневар” тужиље. Па опет, какав је однос између ЗЗД и ЗР? Да ли је Закон о забрани дискриминације *lex specialis* за све случајеве дискриминације, па и за дискриминацију на раду, или је Закон о раду *lex specialis* за радне односе, укључујући и оне „контаминирани” дискриминацијом? Не треба занемарити ни чињеницу да је ЗЗД *lex posterior* у односу на ЗР. Да ли, међутим, овде треба сагледати однос два закона у целости, или само однос норми које се тичу незаконитог отказа и враћања запосленог на рад?

Или, ипак, враћање запосленог на рад није искључиви начин за отклањање последица дискриминаторског поступања? Ако се тај аксиом, та хипотеза, може довести у питање, онда је питање шта је Марта, заправо, постигла одабиром антидискриминационог поступка? Да ли суд Марти може досудити нешто друго на име отклањања последица дискриминаторског поступања, а не враћање на рад? У случају да Марта не захтева враћање на рад, у складу са чл. 191, ст. 5 ЗР, суд јој може досудити накнаду штете, на њен захтев. Поставља се, међутим, питање, да ли суд, чак и ако Марта захтева повраћај на рад, може да поступи у складу са чл. 191, ст. 6. ЗР? Може ли суд, на захтев послодавца, да одлучити да, без обзира што је нашао да дискриминација постоји, постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, и не врати Марту на рад? У том случају досудиће јој законом прописану одговарајућу накнаду. Дакле, одабиром антидискриминационе парнице, Марта јесте у могућности да оствари неки вид компензације, али нема гаранција да ће је свака утврђавна пресуда којом је одлучено да дискриминација постоји довести и до фактичког враћања на рад.

Питање односа норми Закона о раду и Закона о забрани дискриминације у погледу дискриминације учињене на раду или поводом рада представља комплексно теоријско и правно питање. Креирајући одредбе посебних парничних поступака у парницама за заштиту од дискриминације, односно

парницама поводом радних спорова, законодавац је пропустио да учини нужну повезаност појединих одредаба и одреди однос једних правних норми у односу на друге. Недовољна сензитивност исказана ка овом питању довешће како жртве дискриминације и незаконитог отказа, тако и непосредне примењиваче права у незавидан положај. Покушавајући да изађу из лавиринта контрадикторних законских прописа, потенцијални тужиоци постају жртве ограничавајућих законских одредаба и остају без могућности да им се правна заштита пружи. Надамо се да ће нека наредна редакција ових правних прописа донети јасна и недвосмислена решења којима ће креатори законских прописа показати да им појам „јединство правног поретка“ није стран.

Литература/References

Дискриминација на тржишту рада (2019). Београд: Повереник за заштиту равноправности.

Кеча, Р. (2014). О решавању претходног питања у парничном поступку, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније. 2014. Ranko Кеца, 137–156.

Кеча, Р., Кнежевић, М. Парициони рок у српском парничном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1/2015. 49–73.

Лубарда, Б. (2016), *Увод у радно право*, Правни факултет у Београду, 2016.

Обрадовић, Г., Ковачевић Перић, С. (2014). Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 67 (2014). 199–219.

Паравина, Д. (1996). Злоупотреба права у области радних односа. *Злоупотреба права (зборник радова)*, Правни факултет у Нишу, 1996. 176–184.

Петровић, А. (2009). *Међународни стандарди рада*. Правни факултет у Нишу.

Петрушић, Н., Обрадовић, Г., Раичевић, Н., Миладиновић Стефановић, Д. (2017). *Антидискриминационо право – прописи, пракса, стварност*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Петрушић, Н. (2014). Употреба статистичких података у антидискриминационим парницама. *Правни живот*. 4 (2014). 33–50.

Познић, Б., Ракић Водинелић, В. (2010). *Грађанско процесно право*. Београд: Савремена администрација.

Приручник за борбу против дискриминације на раду: међународни стандарди, национално законодавство, судска пракса (2019). Београд: Повереник за заштиту равноправности.

Рељановић, М. (2014). Примена антидискриминационог законодавства у области рада. *Темуда*. 2/2014. 95–104.

Тасић, А. (2018). Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 78 (2018). 325–336.

Uzelac, A. (2009). Postupak pred sudom. U: Šimonović Einwalter T. (Ur). *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*. Zagreb.

Hanušić, A. (2013). *Sudska zaštita od diskriminacije u Bosni i Hercegovini: Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti*. Sarajevo.

Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, Бр. 22/2009.

Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник БиХ*, Бр. 59/09 и 66/16

Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Сл. гласник РС*, Бр. 40/2015

Закон о извршењу и обезбеђењу. *Сл. гласник РС*. Бр. 106. 2015. Бр. 106. 2016 – аутентично тумачење, Бр. 113. 2017 – аутентично тумачење и Бр. 54. 2019.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978. Бр. 39. 1985. Бр. 45. 1989 – одлука УСЈ и Бр. 57. 1989. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31. 1993. *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1. 2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*. Бр. 18. 2020.

Закон о основама својинскоправних односа. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 6. 1980 и 36. 1990. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 29. 1996. и *Сл. гласник РС*. Бр. 115. 2005 – др. закон

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72. 2011. Бр. 49. 2013 – одлука УС, Бр. 74. 2013 – одлука УС. Бр. 55. 2014. Бр. 87. 2018. и Бр. 18. 2020.

Закон о равноправности полова, *Сл. гласник РС*, Бр. 104/09.

Закон о раду, *Сл. гласник РС*, Бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и пратећих протокола, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр. и *Сл. гласник РС – међународни уговори*, Бр. 12/2010, 10/2015.

Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, *Сл. лист СФРЈ – међународни уговори*, Бр. 4/84

Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, Бр. 11/81.

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ*, Бр. 7/71.

Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Сл. лист СФРЈ*, Бр. 7/71.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, *Сл. гласник РС*, Бр. 33/2006 и 13/2016.

Закон о сузбијању дискриминације. *Narodne novine*. Бр. 85. 2008. 112. 2012.

Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, Бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС.

Породични закон, *Сл. гласник РС*, Бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

Указ о ратификацији Конвенције о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности, *Сл. весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ*, Бр. 12/52.

Уредба о ратификацији Конвенције Међународне организације рада која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори*, Бр. 3/61.

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, Бр. 98/2006.

Одлука Врховног касационог суда Рев 117/16 од 31. 08.2016. године

Одлука Врховног касационог суда Рев2 424/2014 од 03.12.2015. године

Case Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus (C-177/88)

Case North Western Health Board v. Margaret McKenna (C-191/03).

Case Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG [GC] (C-506/06).

https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20povrede%20prava%20na%20sudjenje%20u%20razumno%20roku_0.pdf, Преузето 15. 01.2021.

Andjelija Tasić, LL.D.,
Assistant Professor, ,
Faculty of Law, University of Niš
Goran Obradović, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE CONSEQUENCES OF TERMINATION OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP DUE TO DISCRIMINATION

Summary

This article focuses on the procedural norms concerning antidiscrimination and labour rights protection. By analyzing concrete legal norms, the authors attempt to address the key question: what is the appropriate way of ensuring legal protection for victims of unlawful termination due to discrimination? The fact is that two different legal procedures contain different rules about time limit for initiating civil proceedings, filing a claim or motions, as well as different rules on the burden of proof. These complex issues have been insufficiently addressed in theory and practice. For the purpose of overcoming this problem, the authors provide an insight into the comparative law solutions which may be used as guidelines in prospective legislative efforts and adjusted to the specific features of the legal system in the Republic of Serbia.

Key words: *discrimination, termination of employment relationship, returning an employee to work, personal characteristics.*

