**dr Vesna Simović-Zvicer, Univerzitet Crne Gore**

**Zasnivanje radnog odnosa prema novom Zakonu o radu[[1]](#footnote-1)**

**Apstrakt**

Novi Zakon o radu je rezultat višegodišnjih pregovora Vlade i socijalnih partnera. Osim činjenice da se radi o sistemskom zakonu koji reguliše odnose između poslodavaca i zapošljenih u Crnoj Gori, njegova značaj potvrđuje i činjenica da je njegovo usvajanje jedan od uslova za zatvaranje pregovaračkog poblavlje 19 – Socijalna politika i zapošljavanje. Iz tog razloga je zakonski tekst usaglašavan sa 14 direktiva Evropske unije. Osim toga, priliko izrade novog Zakona o radu, cilj je bio i da se regulišu problemi s kojima su se u praksi susrijetali kako poslodavci, tako i zapošljeni. U ovom članku akcenat je stavljen na uslove koje je potrebno ispuniti za zakonito zasnivanje radnog odnosa. Pri tome, obrađena su zakonSka rješenja koja se odnose kako na materijalne uslove za zasnivanje radnog odnosa (opšte i posebne), tako i na postupak zasnivanja radnog odnosa. Osim toga, pojašnjene su i smetnje za zasnivanje radnog odnosa. Poseban akcenat je stavljen na obaveze koje u postupku zasnivanja radnog odnosa treba da ispune poslodavci u tzv. „javnom sektoru“.

Ključne riječi: uslovi za zasnivanje radnog odnosa, javni oglas, provjera radnih sposobnosti, ugovor o radu.

1. Uslovi i smetnje za zasnivanje radnog odnosa

Uslovi za zasnivanje radnog odnosa mogu biti opšti i posebni. Opšti uslovi su predviđeni Zakonom o radu (ZOR) i odnose se na sva lica koja na teritoriji Crne Gore žele da zasnuju radni odnos. Predviđena su dva opšta uslova i to: 15 godina života (koja se dokazuje izvodom iz matične knjige rođenih, ličnom kartom ili drugom vjerodostojnom ispravom) i opšta zdravstvena sposobnost (koja se dokazuje ljekarskim uvjerenjem). Starosna dob od 15 godina života predstavlja starosnu granicu kada lice stiče opštu radnopravnu sposobnost.[[2]](#footnote-2) Međutim, u ZOR-u se pravi izuzetak u odnosu na lica koja su navršila 15 godina života i koja se nalaze na obaveznom osnovnom školovanju, koja u tom slučaju ne mogu da zasnuju radni odnos. Opšta zdravstvena sposobnost se dokazuje uvjerenjem (izdaje ga nadležna zdravstvena ustanova), koje sadrži ocjenu o zdravstvenoj sposobnosti kandidata za obavljanje poslova radnog mjesta i ne smije da sadrži podatke o zdravstvenom stanju kandidata.

Kada su u pitanju posebni uslovi, oni su prije svega predviđeni aktom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji, a mogu biti predviđeni i posebnim zakonom (kao što je npr. Zakon o državnim službenicima i namještenicima, posebni zakoni u obrazovanju i sl. ) ili nekim drugim propisima (misli se na akte koja donosi poslodavac). Važno je napomenuti da poslodavac ima visok stepen slobode da, zavisno od prirode i vrste poslova sam uređuje posebne uslove. Pri tome, svakako mora voditi računa da ne povrijedi načelo zabrane diskriminacije (npr. posebni uslovi ne bi mogli sadržati neki od osnova diskriminacije), odnosno da su ti uslovi u funkciji obavljanja posla. Posebni uslovi mogu biti: kvalifikacija nivoa obrazovanja (s tim što poslodavac može predviđeti raspon od najviše dva nivoa kvalifikacije obrazovanja, radno iskustvo, poznavanje rada na računaru, znanje jezika, položen stručni ispit, punoljetsvo, državljanstvo, organizacione sposobnosti, specijalizovane licence i sl.[[3]](#footnote-3)).

Za lica s invaliditetom, koja su osposobljena za rad na odgovarajućim poslovima, tj. koja su prošla proces profesionalne rehabilitacije[[4]](#footnote-4) važe isti uslovi za zasnivanje radnog odnosa. Na uslove i postupak zapošljavanja lica s invaliditetom primjenjuju se odredbe ovog zakona, dok se pojedina pitanja koja se tiču posebnih mjera za zapošljavanje lica s invaliditetom uređena posebnim zakonom[[5]](#footnote-5).

Kako je već rečeno, lice s 15 godina života stiče radno-pravnu sposobnost, koja podrazumijeva sposobnost zaključivanja ugovora o radu.[[6]](#footnote-6) Međutim, bez obzira na to, ZOR predviđa dodatne uslove za zasnivanje radnog odnosa za lica koja su mlađa od 18 godine, i to:

* pisana saglasnost roditelja, usvojioca, hranitelja ili staratelja;
* nalaz nadležnog zdravstvenog organa, koji treba da sadrži dvije činjenice: 1) da poslovi za koje lice mlađe od 18 godina treba da zaključi ugovor o radu nijesu štetni za njegovo zdravlje i razvoj i 2) da je lice mlađe od 18 godina zdravstveno sposobno (za obavljanje poslova za koje treba da zaključi ugovor o radu).
* Da takav rad ne ugrožava njegov moral i obrazovanje ­- podrazumijeva da obavljanje poslova ne šteti, odnosno ne dovodi do nemogućnosti pohađanja nastave i izvršavanju drugih obaveza koje proizlaze iz procesa obrazovanja. Pri tome, treba napomenuti da se u konkretnom slučaju radi o licima koja pohađaju srednju školu, jer u suprotnom - ako nijesu završila osnovno obrazovanje ne bi mogla da zasnuju radni odnos, iako su navršila 15 godina života (viđeti: član 20, stav 3 ZOR-a).
* U stavu 1 ovog člana je predviđen još jedan uslov za zasnivanje radnog odnosa, odnosno definiše se odsustvo smetnje za zasnivanje radnog odnosa: da takav rad nije zabranjen zakonom. Ipak, ne definiše se koji su to poslovi zabranjeni zakonom za lica koja su mlađa od 18 godina života, niti takva definicija postoji u drugim propisima. Ipak, u cilju prevazilaženja problema u praksi, mišljenja sam da mogu pomoći rješenja koja su sadržana u članu 7, stav 2 Direktive 94/33 o zaštiti mladih ljudi na radu, u kojem se navodi da lica mlađa od 18 godina ne mogu raditi na sljedećim poslovima: 1) poslovima koji su objektivno iznad njihovih fizičkih ili psiholoških sposobnosti; 2) poslovima koji uključuju štetno izlaganje agensima koji su otrovni, kancerogeni, izazivaju nasljedna genetska oštećenja ili štete plodu, ili na bilo koji drugi način hronično utiču na ljudsko zdravlje; 3) poslovima koji uključuju štetno izlaganje radijaciji; 4) poslovima koji uključuje rizike od nesreća za koje se može pretpostaviti da ih mlada osoba ne može prepoznati ili izbjeći zbog svoje nedovoljne pažnje s obzirom na sigurnost ili nedostatak iskustva ili obuke; ili 5) poslovima u kojima postoji rizik za zdravlje zbog ekstremne hladnoće ili vrućine, ili zbog buke ili vibracije[[7]](#footnote-7).

1. Smetnje za zasnivanje radnog odnosa

Smetnje za zasnivanje radnog odnosa su pravne činjenice koje licu koje ispunjava opšte i posebne uslove onemogućavaju zasnivanje radnog odnosa. Te pravne činjenice najčešće se predviđaju zakonom i mogu biti privremene (što je najčešći slučaj) i trajne.

ZOR predviđa nekoliko smetnji, i to:

* Postojanje ugovora o radu s punim, odnosno skraćenim radnim vremenom,

Ovo je apsolutna smetnja,[[8]](#footnote-8) jer je licima koja su u radnom odnosu s punim ili skraćenim radnim vremenom na taj način obezbijeđeno ostvarivanje ustavom garantovanog prava na rad. Pri tome, podrazumijeva se da se ova smetnja odnosi na postojanje ugovora o radu s punim, odnosno skraćenim radnim vremenom na teritoriji Crne Gore, što je u duhu člana 2 ZOR-a, koji određuje teritorijalni domen primjene zakona. Obaveza dostavljanja dokaza o nepostojanju ove smetnje je na zapošljenom, koji je prilikom stupanja na rad dužan da poslodavcu preda radnu knjižicu-iz koje se može utvrditi nepostojanje drugog radnog odnosa u periodu zasnivanja radnog odnosa kod tog poslodavca. Osim toga, treba napomenuti da zapošljeni koji ima ugovor o radu s punim radnim vremenom može da zaključi ugovor o dopunskom radu (viđeti član 202 ZOR-a).

* **Pravosnažna sudska odluka kojom je zabranjen rad na poslovima koji su predviđeni aktom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji za to radno mjesto.**

U ovom slučaju se radi o neotklonjivoj smetnji, koja je vremenski neograničena, jer ima za cilj zaštitu javnog poretka, javne bezbjednosti i javnog zdravlja. Iz tog razloga je ova smetnja najčešće predviđena zakonom. Osim toga, osuđivanost za krivična djela je smetnja koja se javlja prilikom zasnivanja radnog odnosa u državnim organima, vojsci,[[9]](#footnote-9) policiji[[10]](#footnote-10) i Agenciji za nacionalnu bezbjednost.[[11]](#footnote-11)

* **Osuđivanost za krivična djela protiv polne slobode**

Ova smetnja se odnosi na zaključivanje ugovora o radu za obavljanje poslova koji podrazumijevaju rad s đecom: ova zabrana se ne odnosi samo na rad u vrtićima i školama, već na obavljanje svih drugih poslova koji podrazumijevaju rad s đecom (u pozorištu, na televiziji, u bolnici i sl.). Treba napomenuti da sličnu smetnju predviđena Opšti zakon o obrazovanju i vaspitanju,[[12]](#footnote-12) koji u članu 100 predviđa da nastavnik koji je pravnosnažnom presudom osuđen za krivično djelo protiv polne slobode ne može obavljati obrazovno-vaspitni rad. Krivični zakonik u Glavi XVIII predviđa sljedeća krivična djela protiv polne slobode: silovanje; obljuba nad nemoćnim licem; obljuba s đetetom; obljuba zloupotrebom položaja; nedozvoljene polne radnje; podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa; posredovanje u vršenju prostitucije; dječija pornografija; navođenje maloljetnih lica da prisustvuje vršenju krivičnih djela protiv polne slobode; mamljenje đeteta u cilju vršenja krivičnih djela protiv polne slobode.

* Srodstvo kao smetnja za obavljanje poslova u domaćinstvu

Ugovor o radu za obavljanje poslova u domaćinstvu se zaključuje za obavljanje poslova u kući, kao što su: spremanje stana, pranje, peglanje, priprema hrane, nabavka hrane i sl. Ova vrsta ugovora se ne može zaključiti s članovima uže porodice: supružnikom, đecom (bračna, vanbračna, usvojena i pastorčad), roditeljima i usvojiocima, jer između njih u skladu s Porodičnim zakonom[[13]](#footnote-13) postoji obaveza međusobnog izdržavanja.

* Isplaćena otpremnina zapošljenima u „javnom sektoru“, pri čemu se pod tim pojmom ne podrazumijevaju samo zapošljeni čije se zarade finansiraju iz budžeta (javne ustanove, javne službe), već i zapošljeni u privrednom društvu, čiji je većinski vlasnik država, odnosno jedinica lokalne samouprave ili država, odnosno u kojem jedinica lokalne samouprave ima učešće u kapitalu. Pri tome, ova smetnja ima ograničeno vremensko trajanje i zavisi od osnova isplate otpremnine. Naime, ako je otpremnina isplaćena po osnovu sporazumnog prestanka radnog odnosa smetnja važi u periodu od pet godina od dana isplate otpremnine, a ako je otpremnina isplaćena zbog prestanka potrebe za radom-smetnja važi u periodu od godine dana od dana isplate otpremnine. Ipak, zakon dozvoljava izuzetak od primjene navedene smetnje - a to je mogućnost da zapošljeni zasnuje radni odnos kod navedenih poslodavca, ukoliko u periodu važenja smetnje vrati cjelokupan iznos otpremnine koju je primio. Izuzetak se pravi u odnosu na lica s invaliditetom kojima je otpremnina isplaćena po osnovu prestanka potrebe za radom, jer ova lica i pored isplaćene otpremnine po ovom osnovu, mogu zasnovati radni odnos u „javnom sektoru “ bez ograničenja (ovo ne važi u slučaju isplate otpremnine po osnovu sporazumnog prestanka radnog odnosa).

Ova smetnja nije novina u zakonu[[14]](#footnote-14) i jasno je da ima za cilj suzbijanje zloupotreba u pogledu isplaćenih otpremnina u „javnom sektoru“, a potom ponovnog zapošljavanja kod poslodavca koji se finansira iz državnog ili lokalnog budžeta. U cilju sprječavanja takvih zloupotreba predviđena je i obaveza za poslodavca iz „javnog sektora“ da Zavodu za zapošljavanje i Upravi za kadrove dostavi podatke o zapošljenima kojima je isplaćena otpremnina. Iako zakon ne precizira o kojim podacima se radi, podrazumijeva se da se pored ličnih podataka dostavljaju i podaci o datumu isplate i visini isplaćene otpremnine.

1. **Postupak zasnivanja radnog odnosa**

Zakonitost zasnivanja radnog odnosa cijeni se na osnovu ispunjenosti materijalnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, ali i na osnovu ispunjenosti formalnih uslova – koji se tiču postupka zasnivanja radnog odnosa.

U tom smislu, treba praviti razliku između internog obavještavanja zapošljenih, prijavljivanja slobodnih radnih mjesta Zavodu za zapošljavanje i javnog oglašavanja slobodnih radnih mjesta.

* 1. **Interno obavještavanje**

Obaveza internog obavještavanja zapošljenih predviđena je za poslodavca u slučaju da ima zapošljene koji su zaključili ugovor o radu na određeno vrijeme, da (prije otpočinjanja druge procedure prema Zavodu za zapošljavanje), a ima slobodna radna mjesta na neodređeno vrijeme. Ovđe se može postaviti pitanje: na osnovu čega se procjenjuje da je u pitanju potreba za radom na neodređeno vrijeme, odnosno da li se i kako na ovu situaciju mogu primijeniti odredbe člana 37, stav 1, koji definiše razloge zbog kojih se može zaključiti ugovor o radu na određeno vrijeme? Čini se da jedini ispravan odgovor na postavljeno pitanje jeste da je poslodavac dužan da obavijesti zapošljene o slobodnom radnom mjestu u konkretnom slučaju, ukoliko ima slobodno radno mjesto na neodređeno vrijeme, predviđeno aktom o sistematizaciji radnih mjesta.

Obaveza internog obavještavanja predviđena je i za poslodavca koji ima zapošljenog s nepunim radnim vremenom, ukoliko se ukaže potreba za radom s punim radnim vremenom. Obavještavanje zapošljenih se vrši na oglasnoj tabli poslodavca.

U vezi s ovim članom u praksi se može postaviti nekoliko pitanja, i to:

– Da li poslodavac ima obavezu internog obavještavanja ako ima zapošljenog s nepunim radnim vremenom, a ima potrebu za zapošljenim na neodređeno vrijeme i obrnuto? U ovom slučaju odgovor bi bio negativan. Naime, u ovim slučajevima se predviđaju dvije različite situacije, tako da poslodavac ima obavezu samo ako u konkretnom slučaju ima zapošljenog s nepunim radnim vremenom ako se ukaže potreba za radom s punim radnim vremenom i obrnuto.

– Da li poslodavac ima obavezu da rasporedi zapošljenog u slučaju internog obavještavanja, ako ispunjava uslove za rad na radnom mjestu koje je navedeno u internom obavještavanju? Ovđe treba imati u vidu dobrovoljnost kao bitan elemenat pojma radnog odnosa, kao i lične karakteristike zapošljenog – koje poslodavac cijeni kako prilikom zasnivanja radnog odnosa, tako i prilikom raspoređivanja u toku trajanja radnog odnosa. Kako se u konkretnom slučaju radi o ponudi aneksa ugovora koju daje zapošljeni, poslodavac - kao i u ostalim slučajevima može, a ne mora da je prihvati. Zakon predviđa samo obavezu poslodavca da razmotri zahtjev zapošljenog, ali ne i da ga prihvati.

– Da li nepoštovanje obaveze internog obavještavanja zapošljenih o slobodnim radnim mjestima utiče na zakonitost postupka zasnivanja radnog odnosa, s licem koje nije bilo do tada u radnom odnosu kod poslodavca? Odgovor bi bio sljedeći: interno obavještavanje nije konstitutivni element zasnivanja radnog odnosa, pa ne može uticati na zakonitost radnog odnosa koji je zasnovan s licem koje prethodno nije bilo u radnom odnosu kod poslodavca. S druge strane, ukoliko poslodavac ne ispoštuje zakonsku obavezu koja je predviđena ovim članom, biće odgovoran za prekršaj, u skladu s članom 209 ZOR-a.

* 1. **Prijavljivanje slobodnih radnih mjesta**

ZOR predviđa obavezu poslodavca da slobodno radno mjesto prijavi Zavodu za zapošljavanje (Zavod), na način i postupak predviđen posebnim zakonom, tj. Zakonom o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezapošljenosti, koji predviđa obavezu poslodavca da podnese prijavu o slobodnom radnom mjestu. Zavod je dužan, na zahtjev poslodavca, da u roku od tri radna dana od dana prijavljivanja slobodnog radnog mjesta, obavijesti poslodavca o mjerama koje Zavod može preduzeti ili preduzima radi popunjavanja slobodnog radnog mjesta.

Kako prijavljivanje slobodnih radnih mjesta nije konstitutivni element postupka zasnivanja radnog odnosa, to propuštanje ove obaveze poslodavca ne utiče na zakonitost radnog odnosa, ali je i u ovom slučaju predviđena kazna za prekršaj, u skladu s članom 86 Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezapošljenosti.[[15]](#footnote-15)

* 1. **Javno oglašavanje**

Kada je u pitanju javno oglašavanje, ZOR-a pravi razliku između poslodavaca u tzv. „realnom sektoru“ – za koje javno oglašavanje u članu 42, stav 2 predviđa kao mogućnost i druge kategorije poslodavaca, kao što su: privredna društva, javne ustanove i druge javne službe, čiji je osnivač ili većinski vlasnik država, odnosno jedinica lokalne samouprave, za koje je predviđena obaveza javnog oglašavanja. Predviđanje obaveze javnog oglašavanja za drugu kategoriju poslodavaca ima puno opravdanje, ako se ima u vidu činjenica da se radi o poslodavcima koji se finansiraju iz državnog, odnosno budžeta lokalnih samouprava ili im je osnivač država ili lokalna samouprava, te da iz tog razloga treba obezbijediti jednaku dostupnost radnih mjesta nezapošljenim licima i smanjiti prostor za samovolju poslodavca. U ovom slučaju, javni oglas predstavlja konstitutivni elemenat zasnivanja radnog odnosa, što znači da nepoštovanje ove obaveze ima za posljedicu nezakonitost radnog odnosa. U oba slučaja javno oglašavanje se vrši preko Zavoda,[[16]](#footnote-16) a rokovi i postupak javnog oglašavanja uređeni su Zakonom o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezapošljenosti, koji u članu 26 predviđa obavezu Zavoda da slobodno radno mjesto oglasi na oglasnoj tabli, internet stranici Zavoda i u medijima u roku od dva radna dana od dana prijavljivanja, dok sami oglas ne može da traje kraće od tri dana. Ovđe je potrebno ukazati da u slučaju ispravke oglasa, rok za prijavu kandidata važi od dana ispravke.

U vezi s javnim oglašavanjem, važno je napomenuti da ova obaveza ne postoji u pogledu zapošljavanja fizičkih lica u sportu. U skladu sa Zakonom o sportu („Sl. list CG“, br. 44/2018), fizička lica u sportu su: sportista, trener i sportski stručnjak osposobljen za rad u sportu.

Ipak, u stavu 4 se predviđaju slučajevi u kojima se neće vršiti javno oglašavanje, na način što se definiše što se ne smatra slobodnim radnim mjestom. To su sljedeće situacije:

* kada postoji potreba da se nakon isteka prethodnog ugovora o radu zaključi novi ugovor o radu s istim zapošljenim: pod ovim se podrazumijeva sukcesivno zaključivanje ugovora o radu na određeno vrijeme. Pri tome, podrazumijeva se da nema prekida između ugovora, kao i da se ugovori o radu zaključuju u skladu s članom 37 ZOR-a. Isto pravilo važi i u situaciji kada poslodavac i zapošljeni nakon isteka ugovora o radu na određeno vrijeme zaključuju ugovor o radu na neodređeno vrijeme;
* kada postoji potreba da se zapošljeni rasporedi na drugo radno mjesto kod istog poslodavca: ovo je opravdan izuzetak, posebno ako se ima u vidu da se raspoređivanje na drugo radno mjesto vrši aneksom ugovora o radu (osim u hitnim slučajevima kada se može privremeno rasporediti, do 30 dana, i pisanim nalogom poslodavca);
* preuzimanje zapošljenog na osnovu sporazuma poslodavaca, uz njegovu saglasnost: ovaj institut regulisan je članom 51 ZOR-a.

ZOR predviđa obavezu dostavljanja dokaza koji su potrebni za zasnivanje radnog odnosa. Pri tome, u zakonu se govori o licu koje „namjerava da zaključi ugovor o radu“, što znači da se ova obaveza podrazumijeva kako u slučaju zasnivanja radnog odnosa po osnovu javnog oglasa, tako i u slučaju da se radi o zasnivanju radnog odnosa bez javnog oglašavanja. Podrazumijeva se obaveza dostavljanja dokaza o ispunjenosti kako opštih, tako i posebnih uslova za zasnivanje radnog odnosa.

* Ispunjenost uslova u pogledu starosne dobi dokazuje se na osnovu lične isprave (lična karta, pasoš i sl.), a opšta zdravstvena sposobnost dokazuje se na osnovu ljekarskog uvjerenja.
* Što se tiče posebnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, oni se mogu dokazivati na različite načine, a zavisno do traženog uslova, npr. uvidom u radnu knjižicu, prethodno zaključene ugovore o radu ili druge ugovore o radnom angažovanju; dostavljanje diplome, sertifikata, potvrda i sl. I u pogledu posebnih uslova važi obaveza dostavljanja prilikom svakog zasnivanja radnog odnosa.

ZOR predviđa i određene zabrane za poslodavca, u pogledu traženja podataka (bilo usmeno ili u pisanoj formi) od lica koje traži zapošljenje, a kojima bi to lice moglo biti stavljeno u nepovoljniji položaj u postupku zasnivanja radnog odnosa, zbog nekog urođenog ili stečenog svojstva ili statusa. Tu se prije svega misli na podatke koji bi mogli imati za cilj diskriminaciju žena, kao što su podaci o porodičnom, odnosno bračnom statusu i planiranju porodice, ali to mogu biti i drugi podaci koji nijesu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje se zasniva radni odnos. To znači da ukoliko bi poslodavac od nekog lica koje traži zapošljenje tražio neke od navedenih podataka, to lice bi moglo pokrenuti postupak za zaštitu od diskriminacije pred nadležnim sudom. Osim toga, predviđena je još jedna važna zabrana: poslodavac ne može zahtijevati davanje izjave o otkazu ugovora o radu od strane lica koje traži zapošljenje. Drugim riječima, poslodavac ne može uslovljavati zasnivanje radnog odnosa davanjem tzv. „blanko otkaza od strane zapošljenog“.

Jedno od individualnih prava koje proizlazi iz Ustavom garantovanog prava na rad jeste pravo učesnika oglasa da budu obaviješteni o ishodu oglasa. Ova obaveza odnosi se na sve poslodavce koji su bili u postupku javnog oglašavanja, bez obzira da li im javno oglašavanje bilo predviđeno kao obaveza ili je to bio njihov izbor. ZOR je odredio rok za obavještavanje učesnika oglasa u trajanju od 45 dana od dana isteka roka za podnošenje prijave na oglas (koji rok se definiše u samom oglasu). U vezi s ovom obavezom u praksi se može pojaviti nekoliko pitanja:

1. Da li je poslodavac po okončanju postupka po osnovu javnog oglasa dužan da izvrši izbor među prijavljenim kandidatima?

Mišljenja sam da, polazeći od slobode preduzetništva, poslodavac ima slobodu da vrši izbor kandidata (imajući u vidu njihove lične karakteristike), ali isto tako ima i slobodu neizbora, odnosno nije u obavezi da izvrši izbor kandidata, ukoliko ni jedan od kandidata ne zadovoljava postavljene kriterijume.

1. Da li je poslodavac dužan da donese odluku o izboru kandidata za zasnivanje radnog odnosa?

Mišljenja sam da, iako zakon eksplicitno ne pominje odluku o izboru kandidata, da se njeno donošenje podrazumijeva i to u svakom slučaju – bilo da se radi o odluci kojom je izvršen izbor kandidata ili da nije izvršen izbor ni jednog kandidata. Donošenje odluke je posebno važno zbog činjenice da učesnici oglasa imaju pravo da osporavaju postupak zasnivanja radnog odnosa, a to je moguće jedino ako postoji odluka, koja će biti predmet spora pred sudom.

1. Koga sve poslodavac obavještava o završenom oglasu?

U vezi s ovim pitanjem, nesporno je da pravo da budu informisani imaju svi učesnici oglasa-dakle svi oni koji su se blagovremeno prijavili na oglas o slobodnom radnom mjestu, bez obzira da li ispunjavaju predviđene uslove za rad na tom radnom mjestu. Poslodavac je dužan da Zavod za zapošljavanje obavijesti o zasnivanju radnog odnosa s nezapošljenim licem, odnosno drugim licem, u roku od pet radnih dana od dana zasnivanja radnog odnosa, što je važna informacija za praćenje stanja na tržištu radne snage.

1. O čemu poslodavac obavještava učesnike oglasa, odnosno što to obavještenje treba da sadrži?

Mišljenja sam da će poslodavac u konkretnom slučaju izvršiti zakonsku obavezu ako u obavještenju navede da li je učesnik oglasa odabran za zasnivanje radnog odnosa ili nije. Dakle, poslodavac nije dužan da učesnika oglasa obavještava o tome koji kandidat je odabran za zasnivanje radnog odnosa.

Svaki učesnik oglasa može da pokrene postupak pred sudom, nezavisno od toga da li je ispunjavao predviđene uslove oglasa,[[17]](#footnote-17) ako smatra da kandidat koji je zasnovao radni odnos ne ispunjava uslove, ako smatra da je diskriminisan u postupku ili da je postupak zasnivanja radnog odnosa bio nezakonit (u ovom slučaju ne traži zaštitu svojih prava, ali može da ukaže na nezakonito postupanje poslodavca, kao zainteresovano lice).

1. **Prethodna provjera radnih sposobnosti**

ZOR predviđa prethodnu provjeru radnih sposobnosti, kao mogući uslov za zasnivanje radnog odnosa. Ona se može sprovoditi ako je predviđena oglasom o slobodnom radnom mjestu[[18]](#footnote-18). U ovom slučaju važno je ukazati na dvije činjenice, i to:

1) prethodna provjera radnih sposobnosti nije obavezna faza u postupku zasnivanja radnog odnosa, već moguća faza – a u tom slučaju je i mogući uslov za zasnivanje radnog odnosa. Ovđe je važno napomenuti da se prethodna provjera radnih sposobnosti vrši samo s kandidatima (dakle, s licima koja su se prijavila na oglas, a ispunjavaju sve predviđene uslove), s tim da je nesporno da lice koje ne zadovolji na prethodnoj provjeri radnih spobnosti gubi status kandidata za zasnivanje radnog odnosa.

2) prethodna provjera radnih sposobnosti može se vršiti ako je predviđena oglasom o slobodnom radnom mjestu. Iz ovakve formulacije se izvodi zaključak da se u slučaju zasnivanja radnog odnosa bez javnog oglašavanja ne može sprovoditi prethodna provjera radnih sposobnosti. S druge strane, ako je predviđena oglasom, prethodna provjera radnih sposobnosti se mora sprovesti i u odnosu na sve kandidate, jer je u tom slučaju ona uslov za zakoniti postupak zasnivanja radnog odnosa.

Način na koji će se vršiti prethodna provjera radnih sposobnosti ZOR-a ne uređuje, već ostavlja poslodavcu da se oko toga sam opredijeli (to može biti: intervju, anketa, izrada nekog projekta, zadatka i sl.).

1. Momenat zasnivanja radnog odnosa

Momenat zasnivanja radnog odnosa ima dva elementa: potpisivanje ugovora o radu i stupanje na rad. Dakle, ukoliko jedan od ova dva elemenata nije ispunjen, radni odnos neće biti zasnovan (osim izuzetaka koji su definisani u članu 32, stav 3 ZOR-a), odnosno-ukoliko nije zaključen ugovor o radu, zapošljeni će se nalaziti u faktičkom radnom odnosu, a posljedice ovakvog rada zapošljenog su definisane u članu 30 ZOR-a.

Ugovor o radu potpisuju poslodavac i zapošljeni, kao subjekti radnog odnosa. Na ovaj način dolazi do izražaja lična-radnopravna funkcionalna veza između subjekata radnog odnosa, što predstavlja bitnu karakteristiku pojma radnog odnosa. Ipak, zakon ovđe predviđa mogućnost da ugovor o radu umjesto poslodavca sa zapošljenim potpiše lice koje on ovlasti (npr. direktor sektora za ljudske resurse, direktor organizacione jedinice kod poslodavca i sl.). Podrazumijeva se da ovlašćenje mora biti dato u pisanoj formi. ZOR ne definiše u kolikom broju primjeraka se mora potpisati ugovor o radu, ali predviđa obavezu poslodavca da jedan primjerak ugovora mora uručiti zapošljenom prilikom stupanja na rad (iz čega proizlazi da ugovor mora biti sačinjen u najmanje dva primjerka), a nepoštovanje ove obaveze ima za posljedicu prekršajnu odgovornost, u skladu s članom 209 ZOR-a.

Ugovor o radu je formalan ugovor i zaključuje se u pisanom obliku. U cilju suzbijanja eventualnih zloupotreba i sprečavanja rada na crno, u stavu 1 ovog člana je predviđeno da se ugovor o radu potpisuje prije stupanja na rad. Već je pomenuto da se radni odnos smatra zasnovanim kada zapošljeni potpiše ugovor o radu i stupi na rad. U slučaju da zapošljeni stupi na rad bez prethodno potpisanog ugovora o radu, imamo tzv. faktički rad (ili situaciju koja se u praksi zove: „rad na crno“). Jedan od ciljeva koji se želi postići ZOR-om jeste suzbijanje rada na crno, a jedna od mjera za ostvarivanje ovog cilja predviđena je ovim članom, kroz posljedice rada bez pravnog osnova, tj. bez ugovora o radu. U tom smislu, predviđeno je da će se u ovoj situaciji smatrati da je zapošljeni zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme. Ova pravna fikcija omogućava da radni odnos nastane i bez zaključenja ugovora o radu u pisanom obliku. Ovđe ipak treba naglasiti da to ne znači da svaki rad bez ugovora o radu vodi zasnivanju radnog odnosa (npr. rad na povremenim i privremenim poslovima, rad na osnovu ugovora o djelu i sl.). Naime, potrebno je da uspostavljeni odnos između zapošljenog i poslodavca po svojoj sadržini i kvalitetu ima sve karakteristike radnog odnosa, da je zapošljeni bio angažovan na poslovima koji proizlaze iz prirode djelatnosti poslodavca; da je radno mjesto sistematizovano (za poslodavce koji su obavezni da imaju akt o sistematizaciji); da je radno angažovanje imalo obilježja radnog odnosa, kako u pogledu kvaliteta rada, tako i u pogledu prava i odgovornosti koji proizlaze iz radnog odnosa (radno vrijeme, zarada, naknada zarade i druga primanja iz radnog odnosa i dr.).[[19]](#footnote-19) Dakle, da bi mogli govoriti o faktičkom radu, a u vezi s tim i o zaštiti prava lica koja su zatečena u faktičkom radu, potrebno je da budu ispunjena tri uslova, i to: 1) da je radno mjesto predviđeno aktom o sistematizaciji (za poslodavce za koje je predviđena obaveza postojanja akta o sistematizaciji); 2) da lice ispunjava uslove za rad na tom radnom mjestu; i 3) da je lice obavljalo poslove bez pravnog osnova ili da je pravni osnov prestao da postoji.

Kao period od kada se računa trajanje radnog odnosa zakon je definisao dan stupanja na rad. Ovo u praksi može biti teško dokazivo, ali ako se ne može utvrditi tačan datum stupanja na rad, onda će se početak radnog odnosa računati od dana kada je od strane inspektora rada zapošljeni zatečen na radu bez ugovora o radu, odnosno od dana kada je na osnovu dokaza u toku sudskog postupka utvrđen da je obavljao poslove kod poslodavca. U vezi s ovim, predviđena je obaveza za poslodavca da u roku od pet dana od dana stupanja na rad sa zapošljenim zaključi ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Iz ovakve formulacije se može zaključiti da se za zaključivanje konkretnog ugovora o radu ne traži saglasnost ni poslodavca ni zapošljenog, pa se može postaviti pitanje: da li se na ovaj način dovodi u pitanje jedan od bitnih elemenata pojma radnog odnosa, a to je njegova dobrovoljnost? Ipak, imajući u vidu konkretnu situaciju i cilj koji se ovom normom želi postići, može se konstatovati da je ovakav izuzetak dozvoljen, zbog toga što ovđe imamo tzv. „prethodnu saglasnost volja“ i poslodavca i zapošljenog, pa ne možemo reći da se radi niti o prinudnom radu, niti o nekom vidu uzurpacje radnog mjesta od strane zapošljenog.

Izuzetak od obaveze zaključivanja ugovora o radu na neodređeno vrijeme predviđen je u slučaju da zapošljeni ne ispunjava posebne uslove za rad (koji su predviđeni aktom o sistematizaciji) za radno mjesto na kojem je zatečen, odnosno za koje je utvrđeno da je na njemu obavljao poslove i zadatke. Ukoliko se desi ovakva situacija, predviđeno je da će poslodavac biti dužan da zapošljenom obezbijedi neko od prava koja pripadaju zapošljenom za čijim je radom prestala potreba, i to: raspored na druge poslove kod istog poslodavca u stepenu stručne spreme (nivoa kvalifikacije obrazovanja) zapošljenog; raspored kod drugog poslodavca u stepenu stručne spreme (nivoa kvalifikacije obrazovanja) zapošljenog, uz njegovu saglasnost; stručno osposobljavanje, prekvalifikacija ili dokvalifikacija za rad na drugo radno mjesto kod istog ili drugog poslodavca i druge mjere u skladu s kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu. Ova prava poslodavac obezbjeđuje shodno svojim mogućnostima, odnosno ako nema mogućnosti da zapošljenom obezbijedi ni jedno od navedenih prava, dužan je da mu isplati otpremninu. Otpremnina u ovom slučaju ne može biti niža od tri prośečne mjesečne neto zarade kod poslodavca u prethodnom polugodištu, odnosno prośečne mjesečne neto zarade u Crnoj Gori u prethodnom polugodištu, ako je to povoljnije za zapošljenog. Poslodavac nema obavezu da isplati otpremninu, ako postoji smetnja za zasnivanje radnog odnosa. Međutim, iako se to izričito ne navodi, podrazumijeva se da poslodavac u ovom slučaju neće imati ni druge obaveze koje bi imao u skladu s odredbama kojima se reguliše status zapošljenog za čijim je radom prestala potreba, a koje su predviđene u članu 167, stav 2, tačka 6. Ovo iz razloga što faktički rad treba razlikovati od nedozvoljenog rada, odnosno situacije kada je kod poslodavca angažovano lice na poslovima na kojima mu je rad zabranjen, odnosno za koje postoji neka druga smetnja.

**ZAKLjUČAK**

Zasnivanje radnog odnosa, kao jedan od najznačajnijih radno-pravnih instituta podrazumijeva ispunjenost kako materijalno-pravnih uslova, tako i poštovanje procedure za zasnivanje radnog odnosa. U tom smislu, novi Zakon o radu reguliše obaveze koje su dužni da ispune kako poslodavci, tako i lica koja konkurišu za zapošljenje – kako bi postupak zasnivanja radnog odnosa bio zakonit. Posebna pažnja je posvećena obavezi javnog oglašavanja slobodnih radnih mjesta u „javnom sektoru“, pa tako javno oglašavanje predstavlja konstitutivni element za zasnivanje radnog odnosa, za raliku od tzv. „realnog sektora“ đe je javno oglašavanje predviđeno kao mogućnost.

Jedan od ciljeva koji se želio postići usvajanjem novog Zakona o radu jeste i suzbijanje rada na crno, ali, kao jedan od mehanizama za to jesu i rješenja koja se odnose na posljedice rada bez ugovora o radu. Tako je predviđeno da će u situaciji da lice bude anagažovano na radnom mjestu bez ugovora o radu ili ukoliko nastavi da radi po isteku perioda za koji je zaključio ugovor o radu– smatraće se da je zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme.

**Summary**

The new Labor Law is the result of many years of negotiations between the Government and the social partners. Apart from the fact that this is a systemic law that regulates relations between employers and employees in Montenegro, its importance is confirmed by the fact that its adoption is one of the conditions for closing the negotiation chapter 19 - Social Policy and Employment. For that reason, the legal text has been harmonized with 14 European Union directives. In addition, during the drafting of the new Labor Law, the goal was to regulate the problems faced by both employers and employees in practice. In this article, the emphasis is placed on the conditions that need to be met for the legal establishment of employment. At the same time, the legal solutions related to the material conditions for establishing an employment relationship (general and special), as well as to the procedure for establishing an employment relationship, were processed. In addition, the obstacles to employment were clarified. Special emphasis is placed on the obligations that employers should fulfill in the procedure of establishing employment. "Public sector".

**Key words:** *conditions for employment, public announcement, checking of employment skills, employment contract.*

1. Rad predstavlja prilagođen izvod iz Komentara Zakona o radu, autorke Vesna Simović-Zvicer, Podgorica, 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. Pri tome, radnopravnu sposobnost treba razlikovati od poslovne sposobnosti, koja se stiče sa 18 godina života i podrazumijeva sposobnost sticanja prava, obaveza i odgovornosti. Lice koje je prije 18 godina zasnovalo radni odnos stiče i ograničenu poslovnu sposobnost, jer može sticati prava, obaveze i odgovornosti–ali samo u vezi s radnim odnosom. [↑](#footnote-ref-2)
3. Tako, Zakon o državnim službenicima i namještenicima u članu 34 predviđa da radni odnos u državnom organu može da zasnuje lice koje ispunjava sljedeće uslove: je crnogorski državljanin; ima navršenih 18 godina života; je zdravstveno sposobno za obavljanje poslova radnog mjesta; ima propisani nivo kvalifikacije obrazovanja; ima položen stručni ispit za rad u državnim organima; nije osuđivano za krivično djelo koje ga čini nedostojnim za rad u državnom organu i protiv koga nije pokrenut krivični postupak po službenoj dužnosti. [↑](#footnote-ref-3)
4. Profesionalna rehabilitacija obuhvata mjere i aktivnosti koje se realizuju s ciljem da se lice s invaliditetom na odgovarajući način osposobi za rad, zadrži zapošljenje, u njemu napreduje ili promijeni svoju profesionalnu karijeru. [↑](#footnote-ref-4)
5. Mjere i podsticaji za zapošljavanje lica s invaliditetom, obaveze poslodavaca u vezi s zapošljavanjem ovih lica uređeni su Zakonom o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom („Sl. list CG“, br. 49/2008, 73/2010, 39/2011 i 55/2016). [↑](#footnote-ref-5)
6. Porodični zakon u članu 5, stav 1 predviđa da je dijete svako lice do navršenih 18 godina života, dok u članu 66 stav 2 predviđa da dijete koje je navršilo 15 godina života može preduzimati pravne poslove kojima upravlja i raspolaže svojom zaradom ili imovinom koju je steklo sopstvenim radom. Nadalje, u članu 307, stav 2 se predviđa da dijete samostalno upravlja i raspolaže imovinom koju stekne radom. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ipak, Direktiva u stavu 3 ostavlja mogućnost da države članice mogu, zakonskom ili regulatornom odredbom, odobriti odstupanja od navedenih ograničenja, kada su takva odstupanja nužna za njihovo stručno obrazovanje, pod uslovom da se zaštita njihove sigurnosti i zdravlja obezbijedi tako da se rad obavlja pod nadzorom ovlašćene osobe u smislu člana 7. Direktive 89/391/EEZ o uvođenju mjera za podsticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu i pod uslovom da se obezbijedi zaštita koju pruža ta Direktiva. [↑](#footnote-ref-7)
8. N.Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi II, Zagreb, 1972, str. 74–76. [↑](#footnote-ref-8)
9. Zakon o vojsci („Sl. list CG“, br. 51/2017 i 34/2019) u članu 47 predviđa da u Vojsci može biti primljeno lice koje nije osuđeno na bezuslovnu kaznu zatvora u trajanju dužem od šest mjeseci, odnosno da nije pravosnažno osuđeno za krivično djelo protiv: ustavnog uređenja i bezbjednosti Crne Gore; čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom; života i tijela; sloboda i prava čovjeka i građanina; polne slobode, braka i porodice; zdravlja ljudi; zaštite na radu; opšte sigurnosti ljudi i imovine; pravnog saobraćaja; službene dužnosti; pravosuđa; javnog reda i mira; časti i ugleda; Vojske Crne Gore; imovine i državnih organa; ako pravosnažnom presudom nije zabranjeno obavljanje određene djelatnosti, odnosno dužnosti; ili ako ne postoje bezbjednosne smetnje za prijem u službu u Vojsci. [↑](#footnote-ref-9)
10. Zakon o unutrašnjim poslovima („Sl. list CG“, br. 44/2012, 36/2013, 1/2015 i 87/2018) u članu 85, stav 2 predviđa da nije dostojno za obavljanje policijskih poslova lice koje je pravosnažnom presudom osuđeno za krivično djelo iz koristoljublja ili nečasnih pobuda; lice koje je osuđeno zbog krivičnog djela ugrožavanja javnog saobraćaja na putevima učinjeno pod dejstvom alkohola, droge ili drugih psihoaktivnih materija; lice koje je kažnjeno za prekršaj protiv javnog reda i mira s elementima nasilja ili drugi prekršaj koji ga čini nedostojnim za obavljanje unutrašnjih poslova; lice čije dosadašnje ponašanje, navike ili sklonosti ukazuju na nepouzdanost za obavljanje tih poslova. [↑](#footnote-ref-10)
11. Zakon o Agenciji za nacionalnu bezbjednost („Sl. list CG“, br. 28/2005 i „Sl. list CG“, br. 86/2009 , 20/2011 i 8/2015) u član 27a. [↑](#footnote-ref-11)
12. „Sl. list CG“,, br. 64/2002, 31/2005 i 49/2007 i „Sl. list CG“ br. 4/2008, 21/2009, 45/2010, 40/2011, 36/2013 i 47/17. [↑](#footnote-ref-12)
13. Porodični zakon („Sl. list CG“, br. 1/2007 i „Sl. list CG“, br. 53/2016) u članu 4 predviđa da su članovi porodice dužni da se uzajamno poštuju, pomažu i izdržavaju. Osim toga, predviđeno je da roditelji imaju jednaka prava i dužnosti prema svojoj đeci i odgovorni su za podizanje, vaspitanje i osposobljavanje đece za samostalan život, zaštitu njihovih interesa i dobrobiti. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ova smetnja prvi put je uvedena u naše zakonodavstvo 2012 godine, Zakonom o dopuni Zakona o radu („Sl. list CG“, br. 66/2012). [↑](#footnote-ref-14)
15. Predviđene su sljedeće novčane kazne: za pravno lice od 500 eura do 20.00 eura; za odgovorno lice u pravnom licu u iznosu od 100 eura do 2.000 eura; a za preduzetnika u iznosu od 150 eura do 6.000 eura. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sredstva za javno oglašavanje slobodnog radnog mjesta obezbjeđuje Zavod. [↑](#footnote-ref-16)
17. To je potvrđeno i u presudi Vrhovnog suda Crne Gore, Rev 1100/2018, od 06. 12. 2018. godine, u kojoj se navodi da učesnik konkursa ima pravo da pobija odluku o izboru po raspisanom konkursu, jer pravo na sudsku zaštitu nije uskraćeno kandidatu koji ne ispunjava uslove konkursa.  [↑](#footnote-ref-17)
18. To znači da prethodna provjera radnih sposobnosti, iako je uslov za zasnivanje radnog odnosa, ne mora da bude predviđena aktom o sistematizaciji. [↑](#footnote-ref-18)
19. Viđeti presudu Vrhovnog suda Crne Gore, Rev 312/2016(2) od 13. 05. 2016. godine. [↑](#footnote-ref-19)