

Др Михајло ЦВЕТКОВИЋ*

ОСНОВ НЕУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПОСЛОДАВЦА ЗА ШТЕТУ КОЈУ РАДНИК ПРОУЗРОКУЈЕ ТРЕЋЕМ ЛИЦУ¹

Резиме

Одговорност за другог је сложени троугао одговорног лица, зависног и потчињеног штетника и невине жртве. Тешко је објаснити основ одговорности тако да задовољи њихове супротстављене интересе без противречности. У француском праву се ради о објективној одговорности, али се кривица запосленог тражи као услов. У германским системима се полази од послодавчеве кривице, али је суд креативном применом прилагодио неадекватан пропис друштвеним потребама. У домаћем праву прописи се тумаче на четири различита начина. Аутор је покушао да идентификује узроке забуне, ослањајући се на основне појмове одштетног права, кривицу и противправност. Међутим, кривица је одређена и као ментално стање и као понашање. За противправност је некад давољно повредити правила струке, други пут се тражи напад на законску забрану. Упркос томе, понуђено је решење проблема који спаја Облигационо и Радно право.

Кључне речи: одговорност за другог, надокнада штете, кривица, противправност, основ одговорности, непажња.

I Увод

Ко од чега корист има, треба и терет да носи (ОИЗ чл. 1001). Послодавац одговара трећем зато што од пословања има већу економску корист него запослени, непосредни штетник. У упоредном праву су се

* Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

1 Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке.

издвојила три услова одговорности: 1. веза између одговорног лица и штетника (најчешће радни однос), 2. деликт (противправност и/или кривица), 3. штета у функцији рада. Предмет рада је везан искључиво за други услов, тачније основ одговорности. У романским системима послодавац одговара објективно, у германским је наводно централна кривица, а домаћа доктрина је подељена.

Пошто су на дужничкој страни и послодавац и запослени, замисливе су различите ситуације. Уколико нпр. послодавац не обучи и не опреми запосленог за рад, па дође до штете, више се ради о директној него о одговорности за другог. Слично, ако послодавац нареди раднику неко понашање (нпр. да убрза рад ради продуктивности) па зато буде оштећен трећи, нема кривице радника, али је он ипак поступао противправно. У обрнутој ситуацији, послодавац је уз сву дужну пажњу изабрао и надзирао радника, али је радник намерно нанео штету, коју послодавац никако није могао да спречи (нпр. запослени је фалсификовао диплому о квалификацијама).

Субјективна одговорност зависи од кривице. Као разлог одговорности кривица се оснива на личном укору штетника. Њему се упућује прекор што се у датој ситуацији није понашао како је требало, што је погрешио. Кривица је и основ и услов субјективне одговорности. Штетник се ослобађа ако није крив. Са друге стране, суштина објективне (каузалне) одговорности је у томе што штетник одговара независно од кривице. Он је, најчешће, и крив за штету, али оштећени своје право на накнаду не изводи из кривице, већ зато што штетник сноси ризик штете. Кривица је ирелевантна, није ни основ ни услов одговорности па одговара и невин штетник.

Субјективна одговорност је оправдана када је реч о малим послодавцима, али је проблематична код великих система (ко је крив у сложеној организацији?). Поред тога, оставља оштећеног без накнаде тзв. случајне штете. Режим објективне одговорности нарочито је наклоњен оштећеном, на рачун дужника. Стимулише безбедност на раду, пружа процесну ефикасност, правичност, у интересу је оштећеног и запосленог. Пословна делатност је плодно тло за евентуалну штету, зато тај ризик сноси послодавац. Објективној одговорности се замера да занемарује личну одговорност штетника. Међутим, послодавчев регрес од запосленог и директан захтев оштећеног према запосленом зависе од степена његове кривице. Дакле, кривица има улогу и у режиму објективне одговорности.

Теоретски, могући су разни системи одговорности за штету у вези са радом: 1. радник одговара субјективно, јер је сам крив (међутим, штета редовно настаје без кривице, или услед лаке непажње; утемељена на унутрашњим психолошким елементима тешко се процењује; решење умањује иницијативу и радну активност јер запослени не жели да се излаже ризику); 2. послодавац по претпостављеној или доказаној кривици; 3. примарно радник, на основу доказане кривице, секундарно/супсидијарно послодавац, објективно са регресом од радника; 4. кумулативна или солидарна одговорност радника за кривицу и послодавца који одговара субјективно или објективно; 5. опција – оштећени бира кога тужи; 6. послодавац одговара објективно (довољна је узрочна веза између рада и штете, као и противправност, покривен је и случај); 7. допуна поменутих система осигурањем.²

Значај основа одговорности види се у следећим илустрацијама. Лекар даје погрешну дијагнозу на основу покварене дијагностичке опреме. Лекар није крив, али је пословање болнице испод захтеваног степена. Ако хирургу позли у току операције, када је одговорност болнице субјективна треба испитати по којим стандардима је поступала, да ли постоји нека небрига, да ли јој се нешто може пребацити. У систему објективне одговорности болница сноси ризик за хирурга, па се степен дилигенције не би утврђивао.³

II Code Civil и објективна одговорност послодавца

Code Civil прописује принцип каузалне одговорности послодавца, усвајајући теорију ризика. „Господари и послодавци су одговорни за штету коју проузрокују њихове службе, намештеници и радници, на дужностима на које су их запослили (чл. 1384-5).“ Старија доктрина сматрала је да се ради о скривљеној одговорности послодавца, те да се кривица необориво претпоставља. Тумачење је било резултат потребе да се каузална одговорност послодавца образложи са позиција тада владајуће субјективне теорије. С обзиром да се ради о претпоставци *iuris et de iure*, фактички се ради о каузалној одговорности.⁴ Послодавац одговара и када је приморан да запосли одређене раднике или кад је радник прекорачио

2 Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga 1, Zagreb, 1972, 650.

3 Стојан Џигој, „Чл. 170“, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредник Слободан Перовић), Београд, 1995, 395.

4 Александар Голдштајн, „Каузална деликтна одговорност привредних организација за службенике и раднике“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4/1952, 468.

упутства.⁵ У најстаријој верзији СС, чл. 1384-5 је једини предвиђао чисту објективну одговорност, тј. послодавцу није помагало негирање кривице. Још 1803. решење се правда аргументима да послодавац „јури профит“ и да је погрешно поклонио поверење запосленом штетнику.⁶ Објективна одговорност послодавца следи и из системског тумачења, односно ст. 1 чл. 1384, који је начелна општа одредба за објективну одговорност: Лице одговора не само за штету коју проузрокује својом радњом, него и за штету проузроковану радњом лица под његовом контролом, или ствари-ма у његовом поседу. Послодавца ослобађа непредвидив или неотклоњив догађај (виша сила, радња трећег или оштећеног) као и доказ да је акт радника: 1. предузет без сагласности послодавца, 2. за лични рачун, 3. мимо оквира нормалних функција.⁷ Дакле, расположива одбрана није на пољу кривице.

Објективна одговорност решава тешкоће које настају код утврђивања одговорности великих предузећа, јер је у сложеним системима релативно лако пронаћи оправдање, односно отклонити кривицу. Рад запосленог доноси профит, али и пратећи ризик. Режим одговорности из чл. 1384-5 одговара модерним друштвеним потребама, указује ко треба да сноси трошкове осигурања, подстиче послодавца да предузме превентивне мере у складу са идејом о расподели губитка.⁸

Мада се ради о објективној одговорности, битна је кривица радника. Одговорност послодавца постоји уколико је радник штету проузроковао својом кривицом. Нужна су два услова: штета и кривица радника. Када су испуњени, послодавац безусловно одговара.⁹ Услов послодавчеве одговорности је кривица радника у смислу чл. 1382 и 1383 СС, постоји у случају повреде законског правила или дужне пажње, намерне или не. Када лице не поступа као разумна и обазрива особа, као *bonus pater familias*, не поступа са дужном пажњом.¹⁰ Одговорност по чл. 1384-5 се ослања на кривицу запосленог, иако је текст прописа изричito не помиње. Оштећени доказује деликт, у складу са чл. 1382 или 1383 (намера

5 А. Голдштајн, 469.

6 Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, Cambridge, 2013, 25.

7 P. Giliker, 185.

8 P. Giliker, 239.

9 Врлета Круљ, *Одговорност и накнада за штету у радним организацијама*, Београд, 1968, 135.

10 Siel Demeyere, „Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French, Belgian, and English Law“, *European Review of Private Law*, Nr. 3/2015, 392 и 395.

или непажња).¹¹ Послодавац одговара за кривицу радника, мада нема његове личне кривице. По теорији идентификације, важи максима *qui facet per allium facet parse*, присутна као одјек раних идеја о команди и контроли: кривица запосленог приписује се послодавцу.¹² Послодавац је објективно, стриктно одговоран за запосленог, али оштећени мора да докаже кривицу,¹³ тиме је његов положај отежан.¹⁴

Кривица је сувишна када се одговорност послодавца објашњава теоријом ризика, па се јавила идеја да је треба потпуно елиминисати. Међутим та идеја је пропала, јер би њеним усвајањем дошло до радикалног проширења одговорности. Кривицу као услов је потврдио Врховни суд 2004, преживела је реформу 2005, тако да је мало вероватно да ће нестати у будућности.¹⁵

III Субјективна одговорност германског круга

Као одраз притиска предузетничке класе, настала у апексу индустриске револуције, одредба пар. 831 BGB ослања се на традиционалне идеје о корективној правди. „Ко одреди другог да изведе неку радњу, обавезан је накнадити штету, коју други приликом рада противправно нанесе трећем. Господар посла (послодавац) неће одговарати ако докаже да је са дужном пажњом изабрао радника, алат и опрему или руководио радом, односно ако би штета настала и уз примену такве пажње“. Дакле ради се о кривици послодавца, не запосленог. Послодавац је крив када је: изабрао радника занемарујући стручне и личне квалитете (нестручни радници); није давао упутства; погрешно организовао посао (у неприкладно време) или распоредио запослене (недовољно особља); неадекватно надзирао или одредио средства за рад.

Захтева се да је штета нанета противправно, тј. повређена је правна норма у одсуству правно признатог оправдања. Доктрина упозорава да и за невин штетни акт (нема кривице) треба да се одговара. Тражи се неки облик противзаконитог понашања, при чему се мањак пажње посматра као елемент саме противправности. Иако ово тумачење изгледа

11 P. Giliker, 27.

12 P. Giliker, 232.

13 Edward Tomlinson, „Tort Liability in France for the Act of Things: A Study of Judicial Lawmaking“, *Louisiana Law Review*, Nr. 48/1987, 1333 и 1338, напомена 149.

14 Горан Обрадовић, *Одговорност за штету коју запослени причини трећем лицу*, Ниш, 1999, 44.

15 P. Giliker, 30.

као спајање противправности и кривице, они остају одвојени.¹⁶ У вези са тим је судска одлука из 1957. поводом саобраћајног удеса када је оштећени пао покушавајући да се укрца у трамвај, па га је прегазио аутобус. Није било јасно да ли је удес изазван кривицом трамвајског возача и кондуктора или непажњом самог оштећеног. Суд није прихватио да су запослени поступили противправно само на основу чињенице да је настала штета. Радња запосленог је противправна ако је тужилац показао повреду свог правно заштићеног добра и послодавац није доказао да је запослени поступао исправно с обзиром на околности (поштовао саобраћајне прописе). Ако послодавац не обори противправност, онда му остаје да обара претпоставку кривице из пар. 831. Овакво натежнуто схватање, показује значај кривице у немачком систему.¹⁷ Противправност штете радње не претпоставља увек и кривицу запосленог. За одговорност послодавца кривица запосленог није потребна, већ је довољна противправност штете радње.¹⁸

Немачки судови су умањили значај кривице као услова одговорности, директно – тако што је послодавцу врло тешко да обори претпоставку кривице, или посредно – ослањајући се на одредбе уговорног или компанијског права. Тако је систем где је изричito у закону поменута кривица, признао пораз.¹⁹ Немачки аутори су због „стратешке грешке“ из пар. 831 BGB постиђени, али су истовремено поносни на спретност суда да прилагоди кодификовано право савременим друштвеним и економским потребама. Упркос критикама, пар. 831 BGB је преживео реформу 2002., зато што би другачије решење неправично оптеретило одређене категорије послодаваца као што су ситни предузетници и приватна домаћинства.²⁰ Дакле задржана је субјективна одговорност, али се пропис тако примењује да је положај послодавца као у режиму објективне одговорности.

Из самог текста чл. 55 швајцарског Законика о облигацијама (1911), следи да се ради о претпостављеној кривици послодавца. Али ипак се ради о ублаженој каузалној одговорности. Судска пракса изградила је низ конструкција па се послодавац врло ретко ослобађа. Полазе-

16 Basil Markesinis, Unberath Hannes, *The German law of torts: a comparative treatise*, Oxford, 2002, 79 и 81.

17 P. Giliker, 29.

18 B. Krulj, 128.

19 P. Giliker, 232.

20 P. Giliker, 11.

ћи од захтева да покаже потребну пажњу, у пракси се увек проналази неки пропуст послодавца. Он одговара за објективно противправне радње намештеника. Субјективна противправност није услов одговорности, одговара и када је радник био злонамеран. Не тражи се ни кривица послодавца ни послопримца, нити кривица послопримца ослобађа послодавца када штету је проузроковао злонамерно или грубом непажњом. Довољно је да је штета настала поводом вршења службе.²¹

IV Тумачења чл. 170 Закона о облигационим односима

По СГЗ основ одговорности послодавца за штету коју причине његови запослени и намештеници била је доказана кривица (пар. 810 и 811). Пре ЗОО, аутори истичу објективну одговорност (А. Балтић, А. Голдштајн), основ није кривица, већ створени ризик. Оштећени не доказује кривицу или незаконитост радње радника, јер се одговорност послодавца заснива на самој чињеници да је проузрокована штета.²² Објективна одговорност послодавца јавља се у два случаја: 1. за поступке радника, 2. за опасне ствари.²³ Јавило се и мешовито схватање, судови опште надлежности примењују објективну одговорност само у присуству опасних ствари и делатности, док привредни сматрају да послодавци одговарају објективно за све вануговорне штете.²⁴ Радноправни прописи из 1957, 1965, 1973 усвајају принцип објективне одговорности. Међутим Закон о удруженом раду из 1976 није имао јасне одредбе о одговорности послодавца, што је отклонио ЗОО 1978.²⁵

Чл. 170, ст. 1. ЗОО: „За штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара предузеће у коме је запослени радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је запослени у датим околностима поступао онако како је требало“, с обзиром на основ одговорности, прате четири тумачења.²⁶

21 А. Голдштајн, 469

22 Александар Балтић, *Основи радног права Југославије*, Београд, 1963, 277 и 278.

23 N. Tintić, 654.

24 Г. Обрадовић, 59.

25 Г. Обрадовић, 60.

26 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, ... Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља.

1. Одговорност послодавца је субјективна.²⁷ Одговорност послодавца је одговорност без кривице једино ако је штета проузрокована опасном ствари, док се у осталим случајевима ради о одговорности по основу кривице.²⁸ Непоступање радника „како је требало“ се приписује у кривицу радника, а преко њега и у кривицу организације. Она се ескулпира ако докаже да је радник поступао како је требало, а то значи да није крив ни он ни организација.²⁹ Одговорност послодавца се заснива на оборивој субјективној кривици,³⁰ на коју се односи опште правило из чл. 154 ст. 1 ЗОО.³¹ Претпостављена кривица захтева разматрање понашања радника, органа послодавца и целог колективса. Отклања се доказивањем одређене пажње, односно одређених норматива.³²

Аутори који се претежно баве радним правом такође наглашавају кривицу. Одговорност (кривица) послодавца за поступке (штету) запосленог према трећем лицу се претпоставља. Решење је у духу грађанско-правног поимања о одговорности налогодавца за штету коју проузрокује налогопримац, пошто је налогодавац (послодавац) налозима и упутствима усмеравао рад. Послодавац одговара за све облике кривице свог запосленог (*culpa in eligendo, committendo, ommittendo, vigilando* – због ненадзоре запосленог).³³ По сличном тумачењу, послодавац одговара: због предузимања радње која је морала изостати (*culpa in comittendo*); због пропуштања радње која је морала да се предузме (*culpa in custadiendo*), пропуштања дужне пажње при избору (*culpa in eligendo*). Одговорност послодавца заснива се на кривици за поступке запосленог, за све облике кривице.³⁴ Овде се мешају одговорност и кривица, кривица послодавца са кривицом радника, кривица као услов и штетна радња као елемент узрочности.

27 Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 1960/2015 од 24.12.2015. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 12342/2010 од 11.4.2012. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1900/2005 од 5.10.2005.

28 Поп Ђорђијев, „Чл. 154“, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредник Слободан Перовић), 1980, 486.

29 П. Д. Георгијев, 521-522. Овде се поистовећује кривица послодавца и запосленог.

30 Абедин Бикић, *Облигационо право*, Сарајево, 2007, 225.

31 Пресуда Окружног суда у Суботици, Гж. 812/2008 од 27.11.2008.

32 Марија Вучковић, *Облигационо право*, Београд, 1989, 272.

33 Бранко Лубарда, *Радно право*, Београд, 2013, 691.

34 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2016, 343.

2. По другом тумачењу, одговорност послодавца је објективна.³⁵ Ослобађа га само виша сила, радња трећег или радња оштећеног као искључиви узрок, не и доказ да није погрешио у избору запосленог, у надзору, у давању инструкција или у организовању посла. Када се у услове за заснивање одговорности примуса убраја кривица секундуса, то је не чини субјективном. Кривица радника је један од услова одговорности, али није основ, зато што основ може да буде само властита кривица, а не кривица другог (туђа).³⁶ Следи да послодавац одговара без обзира на своју кривицу, али се ослобађа када обори претпоставку кривице запосленог. Каква је то објективна одговорност зависна од кривице? Ако радник није крив зато што је нпр. изгубио свест пре наношења штете, да ли оштећени остаје без накнаде?

3. Треће тумачење полази од објективне одговорности, па прерасте у субјективну. „Ово јесте једна врста објективне одговорности, јер уместо штетника одговара послодавац“³⁷ Међутим није чиста објективна одговорност, јер се послодавац ослобађа уколико докаже да је запослени поступао како је требало. То је конкретизација општег правила о кривици као основу одговорности (чл. 154. ст. 1 ЗОО). Поступање како је требало значи да због одсуства кривице запосленог отпада његова непосредна одговорност, те и изведена посредна одговорност послодавца, па је у крајњој линији и ово субјективна одговорност.³⁸ Код Јакова Радишића, послодавац сноси ризик за поступке запослених у функцији рада, па се зато каже да је његова одговорност објективна. Међутим, за само наношење штете послодавац не одговара објективно, него субјективно. Услов је да запослени није поступао „онако како је требало“, тј. да је крив. И кад запослени није крив, може постојати кривица његовог послодавца. Послодавац одговара и због своје и због туђе кривице.³⁹

4. С. Џигој пише о објективној одговорности за поступке запосленог и субјективној одговорности за штетни догађај. Објективна је одговорност за заснивање радног односа (стављање запосленог у функцију), а субјективна за штету коју запослени проузрокује. Та субјективна одговорност је одговорност послодавца, а не запосленог. Организација одго-

35 Г. Обрадовић, 63.

36 Марија Карапикић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013, 11 и 63.

37 Из става да се ради о одговорности за другог не следи закључак да је одговорност послодавца објективна.

38 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, 479.

39 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, 242.

вара без обзира на то да ли сама сноси кривицу. Не може се ослободити доказујући да нема culpa in eligendo, instruendo, vigilando. Одговорност за поступке запосленог је објективна. Овакво тумачење је нејасно, јер се управо поступцима запосленог проузрокује штета. Цигој не подржава став да организација одговара објективно, јер „кад законодавац жели да одговорност буде објективна, увек то посебно каже“. Истовремено сматра да је супротан став „да се увек мора утврдити кривица радника“, неаргументован.⁴⁰

V Кривица у одштетном праву

Кривица увек значи неку грешку, неправилност или омашку коју друштво не одобрава и негативно оцењује. Штетник је крив ако се није руководио начелима која су за њега меродавна на темељу општих правила која уређују заједнички живот људи. Кривица се схвата као ментално стање које заслужује прекор, али и као понашање.

Такозвано кривичноправно схватање кривице је везано за психолошко сагледавање, за хтење штетника, његов однос према штетној радњи и штети као последици. Кривица се степенује на намеру и непажњу, од чега зависи мања или већа санкција, наглашавајући пеналну функцију одштетног права. Ментално стање штетника је погодно за степеновање: директан умишљај (јели штету), евентуални умишљај (пристаје на штету), свестан нехат (олако држи да неће наступити предвиђена последица), несвестан нехат (не предвиди да ће радња изазвати штету, мада је могао и морао). Код штете у вези са радом степеновање је важно због директне тужбе оштећеног против запосленог (за намеру, чл. 170 ст. 2 ЗОО) и послодавчевог права на ретрес од запосленог (намера или крајња непажња, чл. 163, ст. 7 Закона о раду). То су прави примери субјективне одговорности.

1. Кривица као понашање уместо менталног стања

Централни појам одштетног права је надокнада штете, циљ није казна него репарација. У фокусу је оштећени, а не штетник и његово психичко стање. Оштећени заслужује потпуну накнаду независно од степена кривице, и обична непажња (минимална кривица) сасвим је довољна. Кривицу као понашање је дефинисао Михајло Константиновић у Скици за законик о облигацијама и уговорима: При просуђивању да ли је лице

40 С. Цигој, 393-394.

које је штету проузроковало криво или не, тј. да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати при датим околностима (чл. 127).

За грађанскоправни појам кривице битно је понашање. Лице је криво ако се није понашало како је требало. Када судија утврђује кривицу, не пита се о стању воље штетника. Кривица је погрешно, нестандардно понашање.⁴¹ Понашање штетника се упоређује са апстрактним стандардима, не улазећи у мотиве и разлоге, психичке елементе. Битна је само спољна манифестација, кривица је понашање које одступа од очекиваног или предвиђеног понашања успостављеног законским правилима и стандардима, односно правилима струке (технички и стручни прописи).⁴²

У једној од тешко доступних пресуда где се послодавац ослобађа одговорности стоји: Школа неће одговорати за запосленог, уколико је оштећени ученик игнорисао наредбу наставника, будући да је наставник поступао како је требало, јер је оправдано очекивао да ће ученик поступити по вербалној наредби (што је ученичка дужност) и тако спречити штету (ученик је пао са школског крова).⁴³

2. Апстрактна непажња и професионална пажња

Штета на раду је најчешће последица непажње која се процењује на основу објективног тј. апстрактног мерила. Оно не зависи од индивидуалних способности, него је једнако за све људе, захтева се просечна пажња. Штетника не оправдава што је његов учинак испод просечног. Води се рачуна о типичним компетенцијама одређеног позива или круга људи (нпр. ауто-возача). Непажња се објективизује, цени се према професионалном стандарду, строже него у кривичном праву. Објективно мерило се нарочито односи на непажњу, док за намеру остаје битан психички однос. Груба непажња је грешка која се уредном човеку у датој ситуацији не би поткрадла, постоји када лице занемари најелементарније захтеве опрезности. Грубим нехатом поступа лице које се не понаша ни као иоле пажљив човек. Обична непажња је мања од просечне.⁴⁴

41 О. Антић, 463.

42 Јожеф Салма, *Облигационо право*, Београд, 1988, 476. Код Јакова Радишића одступање од правила струке је противправност.

43 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж-4061/2010.

44 Ј. Радишић, 217.

„Онако како је требало“ значи да се захтева понашање запосленог у складу са његовом професијом (професионална пажња). Лекар, занатлија, адвокат, трговац и сл. јемчи барем за просечне способности и знања људи свога занимања. Поступак запосленог оцењује се према мерилу за послодавца. Када запослени није довољно способан, због чега и није крив (нпр. ученик), послодавац ипак одговара. Запослени мора да ради стандардно (*lege artis*).⁴⁵ Доказивање да се запослени понашао како је требало, значи обарање претпоставке о професионалној кривици.⁴⁶

Апстрактном мерилу се замера да кривицу (субјективни услов одговорности) „објективизује“ и формализује, бришући границу између противправности радње и кривице извршиоца. Њено јасно повлачење допушта једино оцена која узима у обзир индивидуалне карактеристике, факте случаја, материјалне околности. Са друге стране, конкретно мерило често уопште не би довело до одговорности.

VI Противправност као самосталан услов одговорности

По ширем схватању, противправне су радње којима се крше забране или заповести из правних норми, добрих обичаја, правних послова и преговора. Противправно је и понашање противно правилима умешности одређеног позива (нпр. лекарске струке, спортске игре).⁴⁷ По ужем схватању, правни стандарди понашања (добрар домаћин, привредник, стручњак) пре спадају у арсенал појмова кривице, но у домен противправности. Док су за противправност релевантне законске забране, оцена кривице зависи од правила струке, тзв. техничких норми.⁴⁸

Услед различитог поимања појмова, постоје два гледишта о односу између противправности радње и кривице извршиоца. По тзв. субјективној теорији, нема једног без другог. За поступак неурачунљивог лица се не може рећи да је противправан. Питање да ли је неко крив се поставља након што је он противправно поступио. Ако противправност формулишемо као повреду законске норме, долазимо на терен кривице, јер се кривица дефинише као понашање које одступа од очекиваног, а очекивано је оно што закон налаже. Према томе, противправност је идентична са кривицом (теорија идентитета).⁴⁹

45 С. Цигој, 395.

46 М. Караникић Мирић, 11.

47 Ј. Радишић, 222.

48 Ј. Салма, 468.

49 Ј. Салма, 476.

Насупрот томе, по уверљивијој, објективној теорији, противправно је свако понашање противно забранама или заповестима правних норми. Противправно може да поступа и неурачунљиво лице, које није криво јер је деликтно неспособно. Оцена о противправности и оцена о кривици су два различита суда; прво је суд о радњи, а друго о извршиоцу. Кривица је оцена умног акта, подразумева психички однос извршиоца према штетној радњи и њеној последици. Погрешно је рећи да је неко крив зато што је поцепао туђу књигу. Он је крив због тога што је одлучио да је поцепа и што је одлуку спровео. Ако је био принуђен, није крив, у том случају противправна радња уписује се у кривицу наредбодавцу (нпр. послодавац нареди запосленом да причини штету). Кривица, dakле, није физичка, него духовна радња. Она претходи физичкој радњи, подстиче је и њоме управља.⁵⁰

Противправност је понашање супротно закону, односно когентном императивном правном пропису, а грађанска кривица је непажљиво понашање супротно од очекиваног. Пошто се и један и други појам везују за понашање, „објективизирана“ кривица личи на противправност. Међутим, чим се кривица сагледава као психички однос према штети (ментално стање), битно се одваја од видљивог понашања - противправности.⁵¹ Зато је намера много даља од противправности од професионалне непажње.

Под утицајем „француске правне школе“ ЗОО одговорност за штету не условљава изричитим захтевом да штетна радња буде противправна, мада је доктрина препознала корисност одвајања. У германским системима противправност је посебан услов одговорности, раздвојен од кривице. Кривица није потпуно асимилирала противправност, раздвајање је пожељно. Када власник вољно уништи своју ствар, он је крив, али нема противправности. Могуће је да извршилац противправне радње није за њу крив (нпр. шизофрени пилот обори авион пун путника). Ако се каже да је кривица запосленог услов одговорности, онда послодавац неће одговарати, што не би било исправно. Са друге стране, можда је запослени намерно (не злонамерно) проузроковао штету, али нема противправности јер је вршио службену дужност (нпр. полицијска, ватрогасна интервенција, вакцинација).

50 Ј. Радишић, 215.

51 Ј. Салма, 471.

За радњу штетника релативно се претпоставља да је противправна, што проистиче из опште законске забране проузроковања штете другоме (чл. 16 ЗОО). Наношење штете је противправно, уколико не постоје оправдани разлози. Одредбе ЗОО о нужној одбрани, стању крајње нужде, допуштеној самопомоћи и пристанку оштећеника су стандардни разлози искључења противправности. „Поступао онако како је требало у датим околностима“ из ст. 1 чл. 170 је уопштена формулатија која обухвата ове разлоге.⁵² Послодавац одговара када запослени ради неправилно, незаконито тј. противправно. Нпр: Приликом разбојничке крађе лопов претрпи штету у туци са чуваром. Нема одговорности послодавца јер је чувар поступио како је требало. Али ако стражар употреби ватreno оружје и убије ненаоружаног лопова, онда је прекорачио нужну одбрану (није поступао како је требало) те је послодавац одговоран.⁵³ Претпоставка одговорности за другог је незаконита радња, иако то није посебно прописано.⁵⁴ У судским одлукама о одговорности послодавца помињу се „убијачена и прописана процедура“, „правила струке“⁵⁵, „незаконити поступак радника“⁵⁶, „поступање противно интерним правилима“⁵⁷, што алудира на противправност. Формулација хрватског ЗОО такође више личи на противправност него на кривицу: (1) За штету коју запосленик у раду или у свези с радом проузроки трећој особи одговара послодавац код којега је радник радио у тренутку проузроcheња штете, осим ако докаже да су постојали разлози који искључују одговорност запосленика (чл. 1061).⁵⁸

VII Приближавање субјективне и објективне одговорности

Међусобни положај оштећеног и штетника зависи не само од режима одговорности него и од терета доказивања. На почетку скале, где је оштећеном најтеже, тражи се доказана кривица штетника „невиног док се не докаже супротно“. Следи релативно претпостављена кривица, штетник је слободан ако изнесе терет доказивања. Због апсолутне претпоставке кривице штетник је фактички у позицији као да одговара објективно. Следи објективна одговорност за лица где се као услов јавља туђа кривица, затим објективна одговорност за ствари ограничена вишом

52 Г. Обрадовић, 66.

53 О. Антић, 479.

54 С. Џигој, 393.

55 М. Карапић Мирин, 223.

56 Виши привредни суд, Пж. 4599/88 од 12.10.1988.

57 Виши привредни суд у Београду, Пж. 335/02 од 10.4.2002.

58 Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine*, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18

силом, радњом трећег или оштећеника. На крају скале је апсолутна објективна одговорност (нпр. за нуклеарне штете), која је неизбежна.

Прелаз између објективне и субјективне одговорности није одсечан. Приватно право због апстрактног мерила за кривицу тежи ка објективној одговорности. Штетник одговара и када није могао да спречи штету јер није могао да поступи другачије, или је морао да поступи неисправно. Крив је и када је дао све од себе, али је остао испод просека. Супротни тренд је „субјективизација“ објективне одговорности. У немачком праву одговорно лице се ослобађа објективне одговорности у неким случајевима када испуни врло високе стандарде пажње, ако докаже да је показало „сву потребну пажњу“, „све што је потребно да се избегне штета“, „све што околности налажу“. Помиње се „мека“ објективна одговорност.⁵⁹

Субјективна одговорност се заснива на апстрактној-формалној-законској кривици која постоји и када конкретне-материјалне-фактичке кривице нема. Код објективне одговорности свака кривица је ирелевантна, како апстрактна-формална, тако и конкретна-материјална. Дакле сличност је у томе што оба режима занемарују конкретну-материјалну-фактичку кривицу, мада је она најближа свакодневном, лаичком поимању кривице. Реалне животне ситуације приближавају и мешају субјективну и објективну одговорност, не постоји оштра граница, већ органска целина норми која одговара целини друштвеног живота.⁶⁰

VIII Закључак

Било да се ради о претпостављеној кривици послодавца у систему субјективне одговорности (BGB) или доказаној кривици запосленог у систему објективне одговорности (CC), уочљива је значајна улога кривице. То је изненађујуће с обзиром да се одговорност послодавца објашњава ризиком пословања, аргументом „чија корист, тога и штета“ или једноставно његовим „дубљим цепом“ као гарантом обештећења. Ови разлози нису повезани са кривицом.

1. Став да домаћи послодавац одговара субјективно за штету коју радник проузрокује трећем је оправдан на први поглед, али је супротан доминантном упоредно правном становишту да овој врсти одговорности за другог више лежи објективна одговорност. Не само да су германски системи „објективизирали“ одговорност послодавца првобитно заснова-

59 М. Карапић Мирић, 42-43.

60 Ђорђе Тасић, „Одговорност за ризик I“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1925, 161-168.

ну на кривици, него је објективна одговорност победила и у академским делима као што су PETL и DCFR.⁶¹

2. Став да послодавац одговара објективно и да је кривица запосленог услов одговорности противречи општем схватању да је кривица за објективну одговорност ирелевантна. Из перспективе оштећеног, због кога је и уведен режим објективне одговорности, послодавац и запослени јесу целина. Оштећени има право на накнаду без обзира на кривицу, тако да је излишна подела на кривицу послодавца и кривицу радника (која као „туђа“ јесте услов, али није основ).

За оба проблематична става је заједничко то што у чл. 170 ЗОО виде претпоставку кривице. Зато је можда решење да се уместо кривице, ту препозна противправност, из следећих аргумента: 1. У одштетном праву кривица је објективним мерилом оцењено понашање, а тако измерена кривица лишена психолошких елемената (нарочито професионална непажња), блиска је појму објективне противправности. 2. Противправност је шири појам од појма кривице, што значи да су обухваћени и случајеви када запослени није крив, али оштећени ипак заслужује накнаду. Истовремено, искључење противправности искључује кривицу. 3. Замена уклања противречност из става да је одговорност послодавца објективна.

Незахвално је закључак о режиму одговорности послодавца доносити искључиво на основу текста законске норме, јер из сасвим оправданих разлога пракса на овом пољу знатно одступа од слова закона. Између објективног и субјективног режима одговорности не стоји строга граница, него градијент као резултат терета доказивања, правних претпоставки, различитог схватања кривице и противправности. Зато сврставање послодавчеве одговорности у оквире једног режима нема велики практични значај, нити може бити прецизно. Уместо тога, доктрина би могла да понуди правичнија решења узимајући у обзир нпр. економску снагу послодавца или његову друштвену функцију. Сада су у истом положају мултинационалне компаније и домаћинства, предузећа и доброврорна удружења.

61 Принципи европског одштетног права (PETL), чл. 6:102 (одговорност за помоћнике); Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR), VI - 3:201 (Одговорност за запослене и представнике).

Mihajlo CVETKOVIĆ, PhD

Assistant professor at the Faculty of Law University of Niš

THE EMPLOYER'S LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY AN EMPLOYEE TO A THIRD PARTY (STRICT OR FAULT-BASED)

Summary

Liability for another's act is a complex triangle between person liable, dependent and subordinated tortfeasor and innocent victim. It is difficult to explain the ground of liability which will satisfy their opposing interests without contradiction. In French law, this is a strict liability, but the fault of an employee is required as a condition. In Germanic systems, it starts from the employer's fault, but the court has adapted old written rules to modern social needs by creative application of law. In Serbian law, regulations are interpreted in four different ways. The author tried to identify the origins of confusion, relying on the basic Tort law notions such as fault and wrongfulness. However, fault itself is defined in two ways: as a mental state or as behavior. Regarding wrongfulness, sometimes it is enough to violate professional rules, the second time an attack on a legal prohibition prescribed by the law is required. Nevertheless, there is a solution to the problem that merges Law of Obligations with Labor Law.

Keywords: *liability for another's act, damage compensation, fault, wrongfulness, strict or fault-based liability, professional negligence.*