
РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Др *Невена* ПЕТРУШИЋ*

Др *Михајло* ЦВЕТКОВИЋ**

ГРАНИЦЕ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПОСЛОДАВЦА ЗА ДИСКРИМИНАТОРСКЕ АКТЕ ЗАПОСЛЕНИХ ПРЕМА ТРЕЋИМ ЛИЦИМА¹

Резиме

У раду се анализира одговорност послодавца за дискриминаторске акте запослених. Најпре је скициран правни оквир грађанскоправне заштите од дискриминације, као посебног облика заштите права на недискриминацију. Размотрени су правозащитни захтеви намењени остваривању грађанскоправне заштите, њихова садржина, циљ и начин остваривања, при чему је посебна пажња посвећена репарационом тј. одштетном захтеву. Дата су теоријска оправдања за одговорност послодавца за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима, и испитане су границе његове одговорности кроз питања: за које акте запосленог послодавца треба да одговара; којим захтевима подлеже; и како се, евентуално, ослобађа одговорности. Ослањајући се на праксу одговорности за другог у домену одштетног права, аутори су одговорност послодав-

* Професор, Правни факултет, Универзитет у Нишу

** Доцент, Правни факултет, Универзитет 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. Контакт: nevena@prafak.ni.ac.rs, mihajloc@prafak.ni.ac.rs

ца за дискриминаторске акте запослених размотрили у контексту анти-дискриминационих правозащитних стандарда, илуструјући бројним примерима услове под којима послодавац сноси одговорност. Разматрање грађанскоправне заштите од дискриминације заједно са ширим идејама о грађанскоправној одговорности омогућило је да понуде решења за поједине проблеме који проистичу из правно нерегулисаних ситуација.

Кључне речи: *дискриминација, накнада штете, одговорност послодавца, правозащитни захтев*

І Увод

Гинеколог запослен у клиничком центру одбио је да жени са инвалидитетом пружи информације о могућностима вештачке оплодње; Запослени у радњи за хемијско чишћење одбио је да прими робу на чишћење од припадника ромске популације; Шеф експозитуре банке наложио је да запослени мушкарци раде сат времена дуже у односу на жене; Возач аутобуса одбио је да прими путника у колицима, правдајући се недостатком услова за превоз таквих путника. Наведени примери дискриминације међусобно се разликују, али оно што их повезује јесте чињеница да је су конкретне дискриминаторске радње извршили запослени, у раду, и да су сви акти дискриминације уперени према трећим лицима.

Два су основна питања која се постављају у оваквим случајевима: ко сноси грађанскоправну одговорност за акте дискриминације запослених према трећим лицима и докле досежу границе одговорности послодавца за ову врсту противправних аката његових радника. Европске антидискриминационе директиве² не уређују питање ко одговара за дискриминаторске акте које врше лица запослена код послодавца. У државама ЕУ углавном одговора послодавац уместо запосленог – дискриминатора (Ирска, Холандија, Шведска). Са друге стране, у Шпанији је примар-

2 Директива о расној једнакости (2000/43/ЕЗ), *Official Journal L 180*, 19. 7. 2000, Директива о једнакости при запошљавању (2000/78/ЕЗ), *Official Journal L 303*, 2. 12. 2000, Директива о једнаком третману мушкараца и жена у приступу запошљању, стручној обуци, унапређењу и условима рада (76/207/ЕЗ), *Official Journal L 39*, 14. 2. 1976, Директива о увођењу принципа једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена по питањима запошљавања и занимања (2006/54/ЕЗ), *Official Journal L 269*, 5. 10. 2002, Директива о имплементацији једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у приступу добрима и услугама и њиховој понуди (2004/113/ЕЗ), *Official Journal L 373/37*, 21. 12. 2004, и Ревидирана Директива о једнаким могућностима и једнаком третману мушкараца и жена у области запошљавања и обављања занимања (2006/54/ЕЗ), *Official Journal L 204/23*, 26. 7. 2006.

на одговорност самог запосленог. Има, међутим, и држава у којима правно лице не одговара за дискриминацију, какав је случај са Бугарском, чији је Врховни управни суд заузео становиште да правно лице не може да одговара за дискриминацију, сем изузетно.³

Иако је од круцијалне важности за остваривање права на заштиту од дискриминације, питање одговорности послодаваца за дискриминаторске акте запослених извршене према трећим лицима није привукло већу пажњу правних стручњака. Овај рад је израз настојања аутора да укажу на теоријске и практичне проблеме у овој области и подстакну ширу научну и стручну расправу о овом специфичном виду одговорности за другога.

II Забрана дискриминације

У протеклој деценији Република Србија је изградила целовит систем правне заштите од дискриминације, поштујући међународне стандарде и ослањајући се на искуства у упоредном праву. Уставом и антидискриминационим законима установљена је општа забрана дискриминације,⁴ прописивањем забране свих облика дискриминације на основу било ког личног својстава у свим областима друштвеног живота. Регулисана је и забрањена непосредна и посредна дискриминација, посебни облици дискриминације, као што су говор мржње, узнемиравање и понижавајуће поступање и др., као и посебни случајеви дискриминације, као што су дискриминација на основу старосног доба, у области пружања јавних услуга, у образовању и стручном оспособљавању и др.⁵

3 Catharina Germaine, Isabelle Chopin, *European Network Of Legal Experts In Gender Equality And Non-Discrimination, A comparative analysis of non-discrimination law in Europe*, Брисел, 2016, 60.

4 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 21. Уставна забрана дискриминације разрађена је законским антидискриминационим прописима. Основни закон у области антидискриминационог права јесте Закон о забрани дискриминације- 33Д, *Службени гласник РС*, бр. 22/09, којим је уређен општи режим заштите од дискриминације. Посебним законима, Законом о заштити права и слобода националних мањина из 2002. године, *Службени лист СРЈ*, бр. 11/02, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 - Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 72/09 - др. закон), Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом из 2006. године (*Службени гласник РС*, бр. 33/06) и Законом о равноправности полова из 2009. године – ЗРП, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, регулисана је заштита од дискриминације по основу инвалидитета и пола. Забрана дискриминације у појединим областима друштвених односа, као што су рад, запошљавање, образовање, информисање и др., прописана је и законима којима су те области законски уређене (Невена Петрушић, Ивана Крстић, Танасије Маринковић, *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд, 2016, стр. 9-11).

5 О облицима, посебним случајевима и начину испољавања дискриминације, детаљно: Невена Петрушић, Момчило Грубач, „Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту рав-

Из опште забране дискриминације проистиче универзалност обвезника и титулара начела забране дискриминације. Наиме, дужност поштовања забране дискриминације погађа „сваког“,⁶ а то значи да је њен обвезник свако физичко и правно лице, као и сваки државни и други орган јавне власти. Исто тако, „свако“ је и титулар права на недискриминацију – свако физичко и правно лице, као и групе лица повезаних истим личним својством.

III Грађанскоправна заштита од дискриминације

1. Облици грађанскоправне заштите од дискриминације

Да би правна заштита од дискриминације била делотворна и ефикасна, установљени су разноврсни облици грађанскоправне, кривичноправне, прекршајноправне и уставносудске заштите, а одговарајућу улогу у заштити од дискриминације има и Повереник за заштиту равноправности.⁷ Као и у многим другим европским државама, и у Србији је грађанскоправна заштита један од основних видова заштите од дискриминације.⁸ Њено прописивање израз је настојања да се обезбеде грађанскоправне санкције за дискриминацију које имају „стваран и одвраћајући ефекат на дискриминаторе“, као и да накнада жртвама дискриминације буде пропорционална претрпљеној штети.⁹

ноправности и других антидискриминационих поступака“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 66/2014, 69-88.

6 33Д, члан 4. .

7 Шире: Невена Петрушић, Момчило Грубач, „Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* бр.66/2014, 69-88.

8 О облицима грађанскоправне заштите од дискриминације у државама ЕУ, видети: Romanița Iordache, Iustina Ionescu, „Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Antidiscrimination Law“, *European Anti-Discrimination Law Review*, 19/2014, 13-15. Доступно на адреси: https://www.researchgate.net/publication/292906927_Discrimination_and_Its_Sanctions_-_Symbolic_vs_Effective_Remedies_in_European_Anti-discrimination_Law, 11. 4. 2019.

9 Такав децидирани став Европски суд правде заузео је још далеке 1983. године, у предмету у коме је испитивао да ли је дошло до полне дискриминације у приступу запошљавању. Видети C-14/83, *Von Colson & Kaman v. Land Nordrhein-Westfalen*, пресуда од 10. 4. 1984, par. 43. Доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0014>, 11. 4. 2019. На сличном становишту стоји и Европски суд за људска права. Видети пресуду у предмету *García Mateos v. Spain*, представка бр. 38285/09, пресуда од 19. 2. 2013, par. 45. Доступно на адреси: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4264379-5082962&filename=003-4264379-5082962.pdf>, 11. 4. 2019.

Пружање грађанскоправне заштите од дискриминације регулисано је одредбама ЗЗД,¹⁰ и то тако што су регулисани облици грађанскоправне заштите и услови под којима се она пружа, као и поступак за заштиту од дискриминације.¹¹

Одредбама чл. 43. ЗЗД прописано је неколико правозащитних захтева усмерених на спречавање извршења, односно понављања дискриминације, на отклањање стања и последица дискриминације, као и на сузбијање дискриминације у друштвеним односима. Када се заштита од дискриминације остварује пред судом, у тужби којом се покрене судски поступак могу се, с обзиром на околности случаја, истаћи један или више самосталних захтева имовинске и неимовинске природе.

У случајевима када постоји опасност да ће се дискриминаторска радња извршити, односно наставити да се врши или да ће се поновити, може се истаћи захтев за пропуштање (*прохибитивни захтев*), којим се тражи забрана извршења такве будуће радње. Поред тога, може се истаћи захтев за утврђење, којим се тражи да суд утврди да одређено понашање туженог представља акт дискриминације (*декларативни захтев*), док је уклањању стања и последица дискриминације намењен захтев којим се тражи извршење одређене радње како би се одстранило (уклонило) стање настало као последица дискриминаторског поступања, а које још увек траје (*реститутивни захтев*). Отклањању штете настале извршењем дискриминације намењен је и захтев за накнаду штете коју је дискриминисано лице претрпело услед акта дискриминације (*репарациони захтев*). Поред наведених захтева, у тужби се, као несамостални захтев, може истаћи и захтев за објављивање пресуде (*публикациони захтев*), којим се тражи да тужени о свом трошку објави правноснажну пресуду која је против њега донета.^{12 13}

10 Поред ЗЗД, правила о грађанскоправној заштити од дискриминације садржана су и у Закону о равноправности полова. Иако овај закон на нешто другачији начин регулишео правну заштиту од полне дискриминације, нема суштинских разлика у погледу облика грађанскоправне заштите.

11 Поступак у парницама за заштиту од дискриминације регулисан је у VI одељку ЗЗД, чл. 41-46.

12 О облицима грађанскоправне заштите од дискриминације, детаљно: Владимир Водинелић „Грађанскоправна заштита од дискриминације“, *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, (уредник Невена Петрушић), Београд, 2012, стр. 218-238; Петрушић, Невена, „Грађанскоправна заштита од дискриминације на простору Западног Балкана, материјално-правни аспект“, у: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*, (уредник Милан Петровић) Ниш, 2010, 157–170; Анђелија Тасић, *Поступак у парницама за заштиту од дискриминације*, Ниш, 2016, 161-164.

У погледу захтева за накнаду штете, ЗЗД не садржи посебна правила, тако да се примењују општа правила одштетног права садржана у Закону о облигационим односима.¹⁴ Лице одговорно за дискриминацију дужно је да накнади сву штету, како материјалну (обичну штету и измаклу добит), тако и нематеријалну штету, која се може тражити у натуралном облику, у виду извињења, повлачења дискриминаторске изјаве и сл. или у новцу.¹⁵

Анализа захтева показује да сваки од њих има сопствени циљ, сврху и природу, али су сви они каузално повезани и компатибилни, тако да обезбеђују пружање целовите и комплексне грађанскоправне заштите од дискриминације. Неки захтеви су фокусирани на жртву, други на починоца или друштво, неки треба да произведу ретроактивно дејство, док други делују *pro futuro*. Које ће захтеве истаћи у тужби, одлучује сам тужилац, који је овлашћен да сам комбинује захтеве, имајући у виду циљеве које жели да оствари. Ти циљеви су различити јер су различити и мотиви за тражење судске заштите од дискриминације: неки тужиоци желе новчано обештећење, другима је стало да спрече даље вршење дискриминације, неки траже да се уклони стање дискриминације како би остварили ускраћено право, поједини тужиоци желе да „поправе“ систем, други желе да дискриминатор буде јавно жигосан и сл.

Право на заштиту од дискриминације припада лицу које тврди да је претрпело дискриминацију, али су на покретање судског поступка овлашћени и други субјекти: Повереник за заштиту равноправности, организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица¹⁶ и добровољни испитивач дискриминације (тзв.

13 Да би заштита од дискриминације била делотворна, одредбама ЗЗД прописана је могућност одређивања привремених мера у циљу ради отклањања опасности од насиља или настанка веће ненакнадиве штете (ЗЗД, чл. 44) Такође, тужилац може тражити и одређивање судских пенала, у складу са правилима ЗОО (чл. 157. став 2. и у члану 294. став 1. ЗОО). Шире, видети: Владимир Водинелић, „Судска заштита по тужби због дискриминације, у: Антидискриминациони закони (водич), Београд, 2010, 69-70)

14 *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља (у даљем тексту ЗОО).

15 Да би заштита од дискриминације била делотворна, одредбама ЗЗД прописана је могућност одређивања привремених мера ради отклањања опасности од насиља или настанка веће ненакнадиве штете, а тужилац може тражити и одређивање судских пенала, у складу са правилима ЗОО.

16 ЗЗД, чл. 46. став 1. ЗЗД. Према члану 43. став 3. ЗРП, и синдикат и удружења чији су циљеви везани за унапређење равноправности полова.

тестер).^{17 18} Ови субјекти могу истаћи све правозаштитне захтеве, изузев захтева за накнаду штете, на чије је истицање ексклузивно овлашћено само дискриминисано лице.¹⁹

2. Грађанскоправна одговорност за дискриминацију

За акт дискриминације, као цивилни деликт, одговара лице које је извршило дискриминацију. Дискриминацију може извршити како физичко, тако и правно лице, које се може јавити и као жртва дискриминације.²⁰

С обзиром на то да, по природи ствари, правно лице изражава своју вољу и обавља послове преко својих органа и запослених, у погледу одговорности правних лица за дискриминацију постоје специфичности које се не појављују када дискриминацију врше физичка лица. Једна од њих огледа се у томе што правна лица сnose одговорност за дискриминацију извршену према својим члановима и запосленима, али и за акте дискриминације извршене према трећим лицима од стране њихових органа и запослених. Када су у питању привредни субјекти, одговорности за дискриминацију подлежу не само привредна друштва са статусом прав-

17 Добровољни испитивач дискриминације је лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације у конкретном случају. Закон о забрани дискриминације не регулише процедуру ситуационог тестирања, али садржи неколико правила о дужностима и овлашћењима добровољних испитивача дискриминације (ЗЗД, чл. 46. ст. 3).

18 Проширење круга активно легитимисаних субјеката израз је настојања законодавца да уважи велики дисбаланс у моћи и ресурсима којима дискриминисано лице располаже у односу на дискриминатора и немогућности да поднесе терет вођења скувих и дуготрајних судских поступака. С друге стране, на тај отворена је могућност за вођење тзв. стратешких парница за заштиту од дискриминације, имајући у виду да сузбијање дискриминације представља општи (јавни) интерес друштва. О стратешким парницама и њиховом значају, шире, видети: О стратешким парницама, шире: *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice*, Доступно на адреси: <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf>, 11.4. 2019.

19 ЗЗД, чл. 46.

20 Иако су физичка лица „природни“ бенефицијари права на недискриминацију, имајући у виду да су лична својства, као основ дискриминације, инхерентна физичким лицима (раса, пол, инвалидитет и др.), и правна лица могу бити дискриминисана како на основу личних својстава своје сопствене „правне личности“ (припадност одређеној држави, седиште, врста делатности, организациони облик, тип својине и др.), тако и по основу личних својстава својих чланова (асоцијативна дискриминација правних лица). Видети: Невена Петрушић, Косана Бекер, „Дискриминација правних лица: феноменолошке карактеристике и правна заштита“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 75/2017, 49-70.

ног лица, већ и предузетници, који, иако имају статус физичког лица,²¹ сnose одговорност за дискриминацију извршену како према својим запосленима, тако и према трећим лицима.

У погледу одговорности послодаваца за дискриминацију извршену према запосленима, она свој основ има у кршењу забране дискриминације у области рада, прописане Законом о раду²² и ЗЗД.²³ Забрана дискриминације запослених протеже се не само на запослена лица, већ и на лица радно ангажована по другом основу, као и на трећа лица која траже запослење, студенте и ученике на пракси.²⁴ Без обзира на правни статус, послодавац сноси одговорност за дискриминацију извршену према свом запосленом, независно од тога да ли је конкретни акт дискриминације извршио неки његов орган или друго лице запослено код послодавца.²⁵

Када је реч о одговорности предузећа и других правних лица за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима, антидискриминациони прописи не регулишу ко је у оваквим ситуацијама пасивно легитимисан. Стога једина релевантна правила која би се у оваквим случајевима могла применити јесу правила о одговорности предузећа и других правних лица за штету коју њихови запослени у раду или у вези са радом проузрокују трећим лицима, као један од посебних видова неуговорне одговорности за другога.²⁶ Према чл. 170 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

21 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018, чл. 83.

22 Закон о раду - ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење, чл. 18.

23 ЗЗД, чл. 16.

24 ЗЗД, чл. 16. ст. 2.

25 Такво правило важи и у погледу одговорности послодавца за злостављање запосленог на раду. Чланом 29. Закона о спречавању злостављања на раду, *Службени гласник РС*, бр. 6/2010 прописано је да запослени који сматра да је изложен злостављању од стране послодавца са својством физичког лица или одговорног лица у правном лицу може против послодавца да поднесе тужбу. Пасивно легитимисан је само послодавац, а не и непосредни мобер, мада су у судској пракси забележени случајеви подизања тужбе и против послодавца и против мобера. Видети шире: Мирјана Поповић, *Дискриминација и мобинг у судској пракси*, доступно на адреси <http://www.centaronline.org/userfiles/files/preuzimanje/fcd-mirjana-popovic-diskriminacija-i-mobing-u-sudskoj-praksi.pdf>, 11. 4. 2019.

26 О институту одговорности за другога, видети: Јаков Радишић, *Облигационо право, Општи део*, Ниш, 2016, 265-266; Илија Бабић, *Облигационо право, Општи део*, Београд, Сремска Каменица, 2009, 219.

ако докаже да је запослени у датим околностима поступао „онако како је требало“, с тим што је оштећеном признато право да захтева накнаду штете и непосредно од радника, ако је штету проузроковао намерно. Ове одредбе важе и у погледу одговорности других правних лица.²⁷

У редовима који следе размотрена су кључна питања која се тичу основа и граница одговорности послодавца за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима, у контексту антидискриминационих правозаштитних стандарда.

3. Одговорност послодавца за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима

а) Теоријско оправдање одговорности послодавца

Одговорност послодавца за дискриминацију коју према трећем лицу изврши његов запослени представља посебан вид одговорности за другога. Одговорност за другога је стара правна установа, што потврђују бар две латинске максиме: *Respondeat superior* (одговара предводник) и *Qui facit per alium, facit per se* (ко ради преко другога, исто је као и да сам ради).²⁸ У савременој доктрини за оправдање одговорности послодавца користи се неколико теоријских приступа.

Теорија идентификације личну кривицу запосленог приписује послодавцу (*culpa in eligendo, vigilando*).²⁹ Послодавац је крив због лошег избора запосленог јер је поклонио поверење запосленом склоном дискриминацији (нпр. угоститељско предузеће одговара за дискриминаторно понашање конобара који је одбио да послужи Рома). С обзиром да није контролисао и утицао на понашање запосленог, крив јер није спречио дискриминацију. Мада делује строго, субјективни режим одговорности

27 „Другим правним лицима“, али не и предузећима, ЗОО признаје право да после исплате накнаде штете коју је њихов запослени проузроковао намерно или крајњом непажњом, у року од шест месеци траже накнаду плаћеног износа од запосленог лица (ЗОО, чл. 171, ст. 2). Непознати су разлози због којих је законодавац направио ову дистинкцију. Треба, међутим, имати у виду да Закон о раду изједначава све послодавце у погледу права на регрес, прописујући да послодавац који исплати надокнаду трећем оштећеном лицу, стиче право да захтева регрес од запосленог који је штету узроковао само уколико је овај то учинио намерно и крајњом непажњом (ЗР чл. 163, ст. 7).

28 Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1989, 424.

29 Paula Giliker, *Vicarious liability in tort: a comparative perspective*, Cambridge, 2010, 231.

омогућује послодавцу да се брани тиме да је показао највећу пажњу у избору или надзору над запосленима.³⁰

Одговорност послодавца оправдава се и потребом да се жртва обештети, што изискују начело правичности и социјалне правде. У упоредној пракси судови се више фокусирају на интерес жртве, него на анализу да ли је запослени делао у оквиру свог радног задатка.³¹

Према теорији ризика, одговорност послодавца заснива се на чињеници да запослени за њега ради, па „чија корист његова и штета“.³² У питању је права одговорност за другог, која је објективног карактера, тако да је жртви олакшана заштита од дискриминације. Послодавац се не може ослободити одговорности доказујући да није погрешно у избору запосленог, надзору над њим и давању инструкција о понашању. Овакав режим остварује превентивно дејство, јер је послодавац подстакнут да предузме одговарајуће мере како би спречио дискриминацију – да изради протоколе о поступању према трећим лицима, унапреди организацију и надзор и сл. Сматра се, међутим, да је теорија ризика оправдана за профитабилна, комерцијална правна лица, али није правична према малим послодавцима и добротворним организацијама.

Иако је кривица вековима била најјачи основ одговорности, са порастом корпорација, стручног рада и снажног тржишта осигурања, долази до промене основа одговорности. Савремени европски пројекти (PETL i DCFR)³³ промовишу објективну одговорност послодавца, као најприкладнију за деликте запослених,³⁴ а таква одговорност повлачи одговорност за другог.

30 О режиму субјективне и објективне одговорности послодавца: Михајло Цветковић, „Основ неуговорне одговорности послодавца за штету коју радник проузрокује трећем лицу“, *Право и привреда*, Бр. 7-9 /2018, 473-480.

31 Р. Giliker, 234.

32 Р. Giliker, 237.

33 Принципи европског одштетног права (PETL: Principles of European Tort Law), чл. 6:102 (одговорност за помоћнике); Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR: Draft Common Frame of Reference), VI - 3:201 (Одговорност за запослене и представнике). Ради се о академским пројектима ради уједначавања и приближавања националних решења, по узору на Начела европског уговорног права, у перспективи као припрема за јединствено европско грађанско право.

34 М. Цветковић, 486-488.

*б) Границе одговорности послодавца**1) За које дискриминаторске акте запосленог одговара послодавац*

Сагласно одредбама чл. 170 и чл. 171 ЗОО, одговорност послодавца протеже се само на оне акте дискриминације које је запослени извршио „у раду или у вези са радом“,³⁵ при чему је без значаја какав је конкретни облик и начин извршења дискриминације, које лично својство представља основ дискриминације и да ли се као жртва јавља лице или група лица.

У већини случајева сасвим је јасно да је запослени акт дискриминације извршио на „раду или у вези са радом“, јер је деловао на свом радном месту, приликом обављања редовних радних задатака. На пример, стоматолог запослен на клиници за стоматологију одбије да пружи стоматолошку услугу лицу зараженом вирусом хепатитиса Ц; на станици возач аутобуса одбије да спусти рампу за улаз особе у инвалидским колицима. Треба имати у виду да послодавац одговара за радњу запосленог „на раду“ и када је запослени акт дискриминације извршио прекорачујући своја овлашћења (на пример, одбије да прими пријаву за посао особе са инвалидитетом, иако пријем пријава не спада у опис његовог посла). Исто тако, послодавац одговара и када је акт дискриминације запослени извршио ван радног места или ван радних задатака, али је тај акт у узрочној вези са радом.

У неким ситуацијама тешко је разграничити када је запослени деловао самостално, као појединац, а када је акт дискриминације у вези са његовим радом. Онда је неопходно брижљиво сагледати све околности случаја, јер исти облик дискриминације у појединим ситуацијама може бити квалификован као индивидуални акт појединца, а у другим ситуацијама може

35 Ограничење послодавчеве одговорности само на деликт „у оквиру рада“, има дугу историју. *Paterfamilias* је бирао између надокнаде штете и ноксалне предаје штетника под његовом влашћу. У средњовековном праву, господар најпре одговара за све грешке свог слуге. У 16. веку, господар одговара за погрешно поступање слуге једино ако га је наредио или је бар пристао на дело. Од касног 17. века, господар одговара за радње које није изричито командовао, под условом да му „иду на руку“. Ако је слуга деловао својевољно, независно од посла господара, господар није одговоран. Доста касније, немачки правни писци тумаче римске текстове у складу са аксиомом да нема одговорности без кривице, одбацујући идеју о објективној одговорности за туђе радње. Тако се развило ограничење да послодавац не одговара за противправни акт када запослени делује мимо своје радне дужности, нпр. на радном месту које нема додира са децом запослени зоставља дете. (P. Giliker, 147-150).

бити акт који је „у вези са радом“, без обзира што није извршен на радном месту и у обављању радних задатака. Тако, на пример, када полицијски службеник на састанку скупштине станара зграде у којој станује омаловажава и вређа лице ромске националности на основу његовог личног својства, његов послодавац не сноси одговорност, с обзиром да је полицијски службеник дискриминаторски акт извршио ван радног времена, као појединац, без статусних обележја професије којој припада. Међутим, ако полицијски службеник у униформи, враћајући се са посла, учини то исто, у таквим околностима одговорност за акт дискриминације погађа послодавца, јер је због службене униформе био „под плаштом“ послодавца, па се може сматрати да је његово деловање у вези са послом који обавља.

2) Који се правозаштитни захтеви могу истаћи према послодавцу

Закон о облигационим односима регулише само одговорност послодавца за штету који запослени на раду или у вези са радом нанесу трећем лицу, па се поставља питање да ли се у случајевима дискриминације извршене од стране запослених према трећим лицима против послодавца могу истаћи и други правозаштитни захтеви прописани законом.

Имајући у виду циљ и садржину правозаштитних захтева, сматрамо да се према послодавцу који је одговоран за дискриминаторни акт запосленог може истаћи сваки правозаштитни захтев који дискриминисаном лицу по закону припада: прохибитивни, декларативни, реститутивни, репарациони и публикациони захтев. Ограничавање одговорности послодавца само на накнаду штете коју је акт дискриминације запосленог изазвао значило би да се дискриминисаном лицу ускраћује целовита и делотворна заштита. Таква заштита подразумева не само репарацију, већ и спречавање даљег вршења, односно понављања дискриминације, отклањање последица повреде права на недискриминацију и успостављање положаја, односно стања пре извршене повреде. Када је реч о захтеву за објављивање пресуде у средствима јавног информисања, он није само својеврсна санкција за послодавца, већ доприноси ширењу знања и свести јавности о дискриминацији, тако да је у функцији генералне превенције дискриминације.

3) Ослобађање послодавца од одговорности

Послодавац сноси ризике за поступке својих запослених у функцији рада и његова је одговорност објективна. Он се не може ослободити

одговорности доказивањем да није погрешно у избору запосленог и надзору над њим, нити да је давањем инструкција, прописивањем правила понашања запослених према трећим лицима и сл. предузео све што је у његовој моћи да спречи дискриминацију. Према општем правилу о одговорности послодавца за штету коју запослени причини трећим лицима, послодавац се може ослободити одговорности ако докаже да је запослени „у датим околностима поступао онако како је требало“. У литератури се зато истиче да за само наношење штете послодавац не одговара објективно, већ субјективно, што подразумева да је запослени крив.³⁶

У контексту одговорности послодавца за дискриминаторски акт запосленог, послодавац се ослобађа само ако успе да докаже да поступање запосленог према трећем лицу уопште не представља акт дискриминације. У погледу доказивања дискриминације важе посебна правила о прерасподели терета доказивања: ако тужилац учини вероватним да је извршен акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза, сноси тужени.³⁷ С друге стране, уколико је у питању непосредна дискриминација, чије је извршење судском одлуком утврђено или је међу странкама неспорно, постоји необорива претпоставка о кривици извршиоца дискриминације, па се, сагласно томе, послодавац не може ослободити одговорности доказивањем да запослени није крив за дискриминацију.³⁸

IV Закључак

Одговорност за другог, тј. послодавца за запосленог, доктрина види као сукоб између социјалних циљева обештећења са једне стране и неоправданог терета за невиног послодавца са друге стране. Уско схватање појма „у функцији рада“ не стимулише послодавца да предузме превентивне мере, док га широко тумачење прекомерно оптерећује. Зато треба тежити коректној равнотежи легитимних интереса и терета у троуглу: дискриминисани - запослени – послодавац.

36 Ј. Радишић, 272.

37 ЗЗД, чл. 45. ст. 2.

38 О проблемима у вези са доказивањем, шире: Изабел Рорив, Доказивање случајева дискриминације, *Улога ситуационог тестирања*, Београд, 2012, стр. 15-40; Н. Петрушић, И. Маринковић, Т. Крстић, 316-334. Анђелија Тасић, Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78/2018, 323-334.

Док је запослени био под тоталном контролом послодавца, одговорност господара је била неупитна. У савременим радним односима, образована радна снага има независност и иницијативу, па ослањање једино на традиционалну „контролу“ није адекватно за све делатности. Флексибилно тумачење радног односа и узимање у обзир укупних економских односа између непосредног деликвента и послодавца даје предност принципу правичности у односу на принцип правне сигурности. Послодавац уређује и организује пословну активност ради профита, али зато сноси и одговорност. Са друге стране, што је запослени самосталнији тако расте његова индивидуална одговорност.

ЗОО заједно са ЗЗД омогућује одштетну одговорност послодавца за дискриминациони акт запосленог. Логика из богате праксе одштетног права важи и за остале „не-одштетне“ правозаштитне захтеве, што сугерише да се и они могу уперити против послодавца. То је у складу са трендом да објективна одговорност постаје примарна у радним односима, а такав режим одговорности примерен је институту одговорност за друго. С друге стране, пракса показује да су најефикасније санкције односно мере против дискриминације оне које доводе до суштинских, структурних промена (нпр. обука запослених, протоколи о поступању, промена политике). Примена оваквих напредних мера захтева одговорност правног, а не физичког лица – запосленог.

Nevena PETRUŠIĆ, full-professor
Mihajlo CVETKOVIĆ, assistant-professor
Faculty of Law, University of Nis

LIMITS OF CIVIL LIABILITY OF THE EMPLOYER FOR DISCRIMINATORY ACTS OF EMPLOYEES AGAINST THIRD PARTIES

Summary

The paper analyzes vicarious liability of the employer for discriminatory acts of his employees. Firstly, the legal framework of civil protection against discrimination is drafted, as a distinct form of protection of the right to non-discrimination. As instruments for civil protection, legal actions (claims), their content, purpose and the mode of use are deliberated, with special attention paid to the reparation, i.e. compensation claim. Authors discuss about theoretical justifications for the employer's liability for discriminatory acts of employees against third parties. Limits of vicarious liability are examined through questions: for which acts the employer should be liable; which claims can be used against him; can employer exonerate himself. By relying on the practice of vicarious liability in the tort law, the authors describe the employer's liability for discriminatory acts of employees in the context of anti-discrimination law-enforcement standards, illustrating this approach by numerous examples. Civil protection against discrimination mixed up together with broader ideas originating from civil liability (tort) law, has made it possible to offer solutions to certain problems arising from legally unregulated situations.

Keywords: *discrimination, compensation of damages, liability of the employer, legal claim (action)*