

Бранко А. Лубарда\*

## КАЗНЕНА НАКНАДА

*Појам, правна природа и лежиштимосћ казнене накнаде као врсте приватне казне разматра се у ширем контексту филозофије грађанскоправне санкције. Филозофија репарације је првенствено филозофија заштитне интереса оштећеника, али је имала за последицу и маргинализовање значаја степенена кривине и водила одређеним еуфемизмима приватне казне. Филозофија комплементарности репарације (накнаде између функције отклањања (репарација) и функције спречавања, одвраћања од проузроковања штете (приватна казна). Казнена накнада, као својеврсни морални палион, посебно је значајна у области радног права, као санкција за спречавање дискриминације на раду, очување безбедних и хуманих услова рада, одвраћања послодавца од незаконитог отпуштања радника. Своју ренесансу приватна казна доживљава у последње две деценије XX века у америчком, канадском, а све више и у француском (радном) праву. Својеврсну казнену накнаду уводи и јужнословенско позитивно право индустријске својине, али без прецизне утиребе термина и одговарајуће концепција.*

Кључне речи: *Штета. – Накнада. – Казна. – Лежиштимосћ. – Дискриминација.*

## ФИЛОЗОФИЈА РЕПАРАЦИЈЕ VERSUS ФИЛОЗОФИЈА ПРИВАТНЕ КАЗНЕ

Филозофија репарације (кад није могућа реституција), којом се у области грађанскоправне одговорности изражава идеја комулативне правде, водила је афирмацији, готово тријумфу накнаде штете као *rag excellence* грађанскоправне санкције, на чему се, историјски посматрано, градио и идентитет грађанскоправне санкције и њено разграничење од казне, као основне кривичноправне санкције. Филозофија репарације је филозофија отклањања штете (њене накнаде), за разлику од филозофије приватне казне која је филозофија спречавања настанка штете (индивидуалне и опште превенције, поред кажњавања штетника).

---

\* Др Бранко А. Лубарда, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Еволуција грађанскоправне одговорности кретала се све више у правцу интегралне накнаде штете, што је било праћено маргинализовањем значаја степена кривице као основа субјективне одговорности, односно афирмације и објективне одговорности (која је теоријски образложена на граници XIX и XX века), као одговорности без (доказивања) кривице – одговорности за опасне ствари или опасне активности. Филозофија репарације доводи у својој еволуцији и до социјализације одговорности (обавезно осигурање и формирање социјалних фондова), што води раздвајању накнаде штете од одговорности за штету. На тај начин, филозофију репарације карактерише трихотомија правно организоване одговорности (субјективна, објективна одговорност и социјализација одговорности).<sup>1</sup>

У погледу субјективне одговорности, као облика деликтне одговорности, тријумф филозофије репарације имао је двоструку последицу: маргинализовање значаја степена кривице, с једне, и потискивање приватне казне као грађанскоправне санкције, с друге стране.

#### Маргинализовање приватне казне и значаја степена кривице

Многа савремена права, укључујући и југословенско, прихватају, као основни, принцип интегралне накнаде или компензационе репарације,<sup>2</sup> што значи да оштећеник има право на потпуну накнаду штете (*damnum emergens* и *lucrum cessans*), независно од степена кривице штетника. Савремено грађанско право, тако, у први план истиче заштиту (имовинских) интереса оштећеника.<sup>3</sup> Постоји више изузетака од овог правила, који иду у правцу умањења накнаде по основу правичности, као манифестацији начела дистрибутивне правде. Дакле, ако је одговорно лице (штетник) слабог имовног стања, у толикој мери да би га исплата интегралне накнаде довела у оскудицу, а штету није проузроковао намерно или из крајње непажње, суд га може осудити да исплати мању накнаду него што износи штета. Поред тога, до одступања од интегралне накнаде може доћи кад суд, „водећи рачуна о брижљивости коју штетник показује у сопственим стварима“, одреди мању накнаду „ако је штетник проузроковао штету радећи нешто ради користи оштећеника“.<sup>4</sup> Најзад, до одступања од интегралне накнаде може

1 С. Перовић, „Право на обзирност и накнада штете“, *Актуелна питања југословенског законодавства*, Будва, 2000, стр. 18–20.

О социјализацији репарације: С. Radè, *Droit du travail et responsabilité civile*, Bordeaux 1997, стр. 4–5.

2 Д. Николић, „Појам грађанскоправне санкције“, (докторска дисертација), Београд 1994, стр. 133.

3 С. Перовић, *op. cit.*, стр. 17.

4 М. Константиновић, *Скшца за законик о облигацијама и уговорима* (члан 153, ст. 2), Београд 1996, стр. 97.

доћи у смислу правила о подељеној одговорности: „оштећеник који је својом кривицом допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била, има право само на сразмерно смањену накнаду“, а „кад је немогуће утврдити који део штете потиче од оштећеникове кривице, половину штете сносиће сам, а половину ће му надокнадити штетник“.<sup>5</sup>

Премда је примарни интерес оштећеника репарација, односно интегрална накнада штете, то не искључује и интерес оштећеника, али и заједнице, да се штетник још и казни ако је штету проузроковао намерно или из грубе непажње. Наиме, са становишта појединачног моралног интереса оштећеника и са становишта интереса друштва за очувањем моралних вредности, постоји битна разлика између случаја кад је штета проузрокована намерно или из грубе непажње, с једне, и случаја кад је штета причињена из обичне непажње, с друге стране. Намерно или из крајње непажње проузроковање штете код оштећеника по правилу изазива „инстинкт освете“, јер је доложна противправна радња штетника истовремено приватни и морални деликт, а и са становишта религијских вредности представља својеврсни грех.<sup>6</sup> Отуда, можда је основна аксиолошка слабост репарације, односно накнаде штете као грађанскоправне санкције – независно од степена кривице – управо у томе што је маргинализовање значаја степена кривице у корист идеје интегралне накнаде водило, додуше, томе да се „у цело систем накнаде на прво место поставе интереси оштећеника“<sup>7</sup>, али је водило и снижавању моралног садржаја права, јер се санкција исте тежине и форме (интегрална накнада штете) по правилу изриче и против штетника који је штету проузроковао из обичне непажње и штетника који ју је проузроковао намерно или из грубе непажње. Премда санкционисано накнадом штете, доложно проузроковање штете остаје правно и морално некажњено.<sup>8</sup> Стога, идеал апсолутне, „казнене правде“ упућује на то да идеја репарације и идеја приватне казне могу бити у много већем степену компле-

5 М. Константиновић, *op. cit.* (чл. 154), стр. 97.

6 Т. Живановић, „Дуалитет кривичних санкција, казне и мере безбедности“, *Основни проблеми кривичног права и друге ситуације*, ед. „Класици југословенског права“, Београд, 1986, стр. 247.

7 „Истиче се да је за оштећеника по правилу индиферентна околност са којим степеном кривице му је штетник проузроковао штету, за њега је, дакле, важна интегрална накнада, а не степен кривице штетника“ – С. Перовић, *op. cit.*, стр. 17.

8 Изузетак представља проузроковање штете умишљајним кривичним делом, кад се досуђује накнада која је већа у односу на објективну вредност претрпљене штете – накнада афекционе вредности; С. Перовић, *op. cit.*, стр. 13.

По речима М. Константиновића: „Кад је штета проузрокована умишљајним кривичним делом, величина претрпљеног губитка одређује се према вредности коју је ствар имала лично за оштећеника“ (чл. 152, ст. 2, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*).

ментарне него што то изгледа (у нашем праву, где се као реликти приватне казне наводе уговорна казна и судски пенали<sup>9</sup>). Идеја казнене правде у условима савременог живљења може да се оствари предвиђањем приватне казне (у грађанском праву и другим одговарајућим гранама права) само за случај проузроковања штете намерно или из крајње непажње. Залагање за ренесансу приватне казне, односно за већи степен комплементарности накнаде штете (идеја репарације) и приватне казне – (идеја ретрибуције), само на први поглед може да асоцира на нека давно прошла времена (пре него што је донет *lex Aquilia*), када се накнада штете јављала као приватна казна, односно својеврсна „замена за личну освету“. У савременом (америчком) праву, приватна казна у форми казнене накнаде досуђује се уз накнаду штете против извршиоца противправне радње (деликта), који је штету проузроковао намерно или из грубе непажње. На тај начин, поред отклањања повреде једног добра, што је одлика интегралне (новчане) реституције,<sup>10</sup> изриче се и приватна казна као одмазда – зло којим се узвраћа на зло: „Како си чинио, тако ће ти се учинити; дело твоје вратиће се на главу твоју“ (Овидије). Долозно поступање, односно деликтно проузроковање штете заслужује оштар морални прекор, а друштво има потребу да се заштити од таквог понашања.

Начело казнене правде или принцип одмазде је задовољен ако је (приватна) казна сразмерна тежини (приватног) деликта и сразмерна степену кривице.<sup>11</sup> Принцип приватне казне (одмазда) у савременим условима јесте принцип „једнакости у тежини, али не више и у форми“.<sup>12</sup> Тако, принцип талиона (*lex talionis*) очуван је и у савременом праву, али не у класичном смислу формалне једнакости, који је садржан у *Стијаром завейу*: „Око за око, зуб за зуб, крв за крв“ (Мојсије).<sup>13</sup> Овај принцип (талиона) у савременом праву је замењен принципом „моралног талиона“, да би се противставио класичном „материјалном талиону“.<sup>14</sup> Другим речима, неким деликтима је примерена новчана казна, наместо „материјалног талиона“. А у метафизичком смислу, (приватна) казна је у складу са Кантовом (ретрибутивном) теоријом казне, тј. начелом казнене правде. Казна уопште има за циљ одмазду, која је сагласна са моралом – „одмазна идеја је морална идеја“.<sup>15</sup> Морална је дужност казнити извршиоца деликта, сразмерно тежини деликта, а и

9 Д. Николић, *op. cit.*, стр. 141.

10 Д. Николић, *op. cit.*, стр. 130.

11 Т. Живановић, *op. cit.*, стр. 241.

12 *Ibidem*, стр. 245.

13 У *Новом завейу*, међутим, наместо принципа талиона, јавља се принцип праштања, милосрђа, а приватна освета (одмазда) се забрањује; И. Приморац, *Пресџуй и казна*, Београд 1978, стр. 31.

14 Т. Живановић, *op. cit.*, стр. 245.

15 *Ibidem*, стр. 233.

извршилац деликта има морално право на казну.<sup>16</sup> Тако је казна (одмазда) у складу са идејом апсолутне правде (изравнавања; испаштања), тј. идејом задовољења пре свега повређеног лица,<sup>17</sup> других лица (сродника, пријатеља), али и шире од тога – задовољења колективног и објективног.<sup>18</sup>

### Еуфемизми приватне казне у теорији репарације

Задовољење, сатисфакција као циљ одмазде, тј. (приватне) казне, доводи, конзеквентно, до актуелизовања сложеног питања правне природе новчане накнаде неимовинске штете. Поред тога, у (нашој<sup>19</sup>) теорији доминатног става о новчаној накнади неимовинске штете као накнаде штете, која има за циљ да прибави оштећенику „неко задовољство и да се на тај начин што је могуће потпуније успостави она психичка и емоционална равнотежа која је постојала пре штетникове радње“,<sup>20</sup> није престала теоријска релевантност става да новчана накнада неимовинске штете не спада у категорију компензаторно-репарационих санкција, већ у категорију приватних казни.<sup>21</sup> Потребно је указати на одређене аргументе који се заснивају на општој теорији о природи казне. Наиме, као и јавна, тако и приватна казна представља по својој форми „враћање зла злом“, а по својој материји „остварење одређеног *задовољења*“. За разлику од принципа репарације (накнаде имовинске штете), где по правилу више није од значаја степен кривице (субјективна одговорност) при досуђивању (интегралне) накнаде штете, приликом одмеравања новчане накнаде неимовинске штете увек се узима у обзир, поред тежине (приватног) деликта, и степен кривице, а степен кривице је незаобилазан елемент при одмеравању казне. У прилог ставу о новчаној накнади неимовинске штете као приватној казни може се изнети и аргумент да

16 Ближе о Кантовој ретрибутивној теорији казне: И. Приморац, *op. cit.* стр. 13. и следеће.

17 Т. Живановић, *op. cit.*, стр. 233.

18 *Ibidem*, стр. 236.

19 О. Станковић, *Новчана накнада неимовинске штете*, Београд 1972, стр. 58. и следеће; Д. Николић, *op. cit.*, стр. 123. и следеће.

20 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 33.

21 За разлику од представника негативне теорије, који доводе у питање легитимност досуђивања новчане накнаде неимовинске штете (са становишта етичности новчаног вредновања добра личности; са становишта објективне (не)мерљивости неимовинске штете), присталице позитивне теорије признају моралну легитимност досуђивања новчане накнаде неимовинске штете, али не као накнаде штете, већ као приватне казне, пошто висина новчане накнаде неимовинске штете није одређива по тржишним критеријумима већ на основу слободне процене суда, будући да су душевни и физички болови објективно немерљиви, и да се стога не може одредити њихов еквивалент у новцу. Ближе: Д. Николић, *op. cit.*, стр. 168–169.

се компензаторно-репарационе санкције могу изрећи само кад натурална реституција није могућа или кад се не може у потпуности остварити. Наиме, суд може изузетно прихватити оштећеников захтев да се уместо натуралне реституције досуди накнада у новцу (супсидијерни карактер репарације).<sup>22</sup> О натуралној реституцији не може бити ни говора кад је у питању неимовинска („ненатурална“) штета. Уосталом, уз изрицање новчане накнаде неимовинске штете по правилу се (захтева и) досуђује објављивање пресуде, што није случај код досуђивања накнаде имовинске штете. Објављивање пресуде о новчаној накнади неимовинске штете такође је пример санкције за неимовинску штету која има за циљ задовољење.<sup>23</sup>

За правну природу једне појаве у спољњем свету – у овом случају новчане накнаде неимовинске штете – мање је значајно то како је одређено лице доживљава (као сатисфакцију или не), већ шта она објективно значи у друштву (одмазда или накнада штете). „Сврха која се жели остварити досуђивањем новчане накнаде представља њен стварни основ и одређује њену правну природу.“<sup>24</sup> А сврха „досуђивања накнаде треба да омогући поновно успостављање психичке и емоционалне равнотеже оштећеног лица, која је постојала пре наступања штетних последица“.<sup>25</sup> Тај циљ, међутим, „не одговара природи репарационо-компензационих санкција“, већ је ближи идеји реституције – успостављања стања које би постојало да нису наступиле последице штетног поступања.<sup>26</sup> Мада не експлицитно, заправо се признаје да новчана накнада неимовинске штете не може бити репарационо-компензациона санкција, а још мање (натурална) реституција,<sup>27</sup> што значи да је у питању приватна казна. То се, мање или више, несвесно и признаје кад се каже да је циљ новчане накнаде неимовинске штете „задовољење оштећеног лица“,<sup>28</sup> пошто је *задовољење (сатисфакција) еуфемизам за казну (одмазду)*.

Казна (јавна и приватна) и кривица су нераздвојно везане – кривица оправдава казну. Ако је висина новчане накнаде неимовинске штете везана и за одређени степен кривице, онда је већ то само по себи аргумент више у прилог ставу да је новчана накнада неимовинске штете по својој правној природи приватна казна. Сврха новчане накнаде неимовинске штете јесте казна (одмазда), односно сатисфакција, као и морална опомена и одвраћање (индивидуална и општа превенција).

22 Д. Николић, *op. cit.*, стр. 157.

23 *Ibidem*, стр. 155.

24 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 30; Д. Николић, *op. cit.*, стр. 175.

25 Д. Николић, *op. cit.*, стр. 175.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*, стр. 157.

28 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 31. и следеће; Д. Николић, *op. cit.*, стр. 174–175.

Тежња цивилиста да се помоћу накнаде штете, као типичне грађанскоправне санкције (супститутом за натуралну реституцију), „коначно“ еманципују од казне као кривичноправне санкције, довела је до тога да се теоријски исконструираше накнада штете насупрам приватне казне и тамо где су снажно присутни елементи приватне казне: код новчане накнаде неимовинске штете, уговорне казне (*stipulatio poena*) и накнаде афекционе вредности.<sup>29</sup>

## ФИЛОЗОФИЈА КОМПЛЕМЕНТАРНОСТИ РЕПАРАЦИЈЕ И ПРИВАТНЕ КАЗНЕ

Управо је на тежњи да се превладају одређене иманентне слабости филозофије репарације изграђена филозофија комплементарности репарације (накнаде штете) и ретрибуције (приватне казне). Наиме, основна слабост конзистентно изведене филозофије репарације јесте у томе што је маргинализовање значаја степена кривице код деликтне (субјективне) одговорности нужно имало одређене негативне етичке последице: принцип интегралне накнаде водио је томе да је иста санкција, накнада штете, досуђивана и против штетника који је штету проузроковао намерно или из крајње непажње као и против штетника који је штету проузроковао из обичне непажње. То је, додуше, ишло у прилог заштити имовинских интереса оштећеног кад је штета проузрокована из обичне непажње, али је са становишта моралног интереса друштва за спречавањем проузроковања штете то имало негативне последице. Наиме, филозофија репарације је заснована на *отклањању* штете, али је иманентан недостатак репарације то што јој недостаје функција *одвраћања*, иманентна приватној казни – индивидуална и општа превенција. Управо је на потреби да се успостави равнотежа између репарације – отклањања штете, с једне стране, и приватне казне која има функцију задовољења („моралног талиона“, моралне опомене), као и функцију *одвраћања*, с друге стране, заснована филозофија комплементарности накнаде штете и приватне казне. На тај начин се на потпунији начин потврђује констатација да је „одговорност стожерна установа правног и моралног поретка“.<sup>30</sup> Супериорност филозофије комплементарности може се уочити и

29 При изрицању накнаде афекционе вредности, суд не разграничава елемент репарације (накнаде штете) од елемента приватне казне (афекционе вредности, која значи да се „величина претрпљеног губитка одређује према вредности коју је ствар имала лично за оштећеника“ – чл. 152, ст. 2, *Скица за законик о облигацијама и уговорима* М. Константиновића), али то не значи да се у афекционој вредности не могу пронаћи елементи приватне казне, на шта упућује и услов у погледу степена кривице, јер се накнада која је већа у односу на објективну вредност претрпљене штете досуђује само у случају проузроковања штете умишљајним кривичним делом.

30 С. Перовић, *op. cit.*, стр. 7.

са становишта слободе оштећеника да својом тужбом захтева само репарацију (накнаду штете), а да тужбени захтев за досуђивање приватне казне (казнене накнаде) може да истакне у име „одмаздне идеје као моралне идеје“ или да, као оштећеник, опрости штетнику, у име врлине праштања која припада само „жртви“.

Филозофија комплементарности накнаде штете и приватне казне дошла је до нарочитог изражаја у америчком праву, али се о „васкрсу“ приватне казне све више говори и у савременом француском праву.<sup>31</sup> Поред накнаде штете (compensatory damage), у америчком праву се јављају још два облика накнаде: номинална накнада (nominal damage) и казнена накнада (punitive damage). Функцију репарације има накнада штете, док функцију приватне казне имају казнена и номинална накнада. Номинална накнада се досуђује у симболичном износу – по правилу у износу од једног долара, за случај да је оптужени намерно извршио противправну радњу која, међутим, није проузроковала штету, или је проузрокована штета занемарљиво мала. Номинална накнада, тако, својим симболичним износом новчане накнаде као санкције за противправно понашање туженог, има за циљ да упути јасну правну и моралну поруку, јер је судском одлуком одбрањено субјективно право тужиоца.<sup>32</sup> Номиналној накнади је слична приватна казна, позната у француској судској пракси, кад се против послодавца за повреду поступка отпуштања може, под одређеним условима, изрећи симболична приватна казна у износу од једног франка.<sup>33</sup>

### Појам и правна природа казнене накнаде

Казнена накнада (punitive damage<sup>34</sup>) или накнада за пример, примерна накнада (exemplary damage<sup>35</sup>) јесте врста приватне казне коју изриче грађански суд (ређе арбитража<sup>36</sup>), по правилу уз изрицање накнаде штете,<sup>37</sup> у корист погођеног физичког лица (оште-

31 S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J., 1994, стр. 197.

32 W. P. Statsky, *Essentials of Torts*, New York 2001, стр. 176–177.

33 S. Carval, *op. cit.*, стр. 184.

34 W. P. Statsky, *op. cit.*, стр. 177.

35 *Ibidem*.

36 E. Moller, N. M. Pacc, S. J. Carroll, *Punitive damage in Finacial Injury Verdicts*, RAND, Institute for Civil Justice, 1997, стр. XIV.

У случају арбитражног решавања спора, арбитража води рачуна о судској пракси, односно истим или сличним случајевима који су већ решавани пред надлежним судовима.

37 P. W. Huber, *Liability*, Washington 1990, стр. 129.

У америчкој судској пракси има веома мало примера да се казнена накнада досуђује за противправне радње (приватне деликте – torts) и без досуђивања накнаде штете.



ћеног или жртве<sup>38</sup>) за случај противправне радње (деликта, tort<sup>39</sup>–*financial injury verdicts*<sup>40</sup>) извршене намерно или из грубе непажње, не и за случај обичне непажње као облика кривиче, или због повреде (прег)уговорне обавезе<sup>41</sup> (*personel injury verdicts*<sup>42</sup>), кад суд нађе да је туђени поступао и на паћин (*outrageous misconduct*<sup>43</sup>) који заслужује оштар морални прекор,<sup>44</sup> у циљу заштите субјективних права и кажњавања извршиоца (који је по правилу и штетник), али

38 Казнена накнада се досуђује и у случају свесног занемаривања безбедности других лица, под условом да суд утврди да је тужени поступао на начин који заслужује морални прекор; W. P. Statsky, *op. cit.*, стр. 177.

39 Термин *tort*, који је најближи термину *грађански деликт* (недопуштена радња), има корен у латинском језику: *tortus, us* – завој; *tortus, udj.* – савијен, а у француском језику реч *tort* значи погрешно, недозвољено; W. P. Statsky, *op. cit.*, стр. 2.

40 E. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. XIII.

41 Казнена накнада се у америчком праву изриче и за противправну радњу извршену намерно или из грубе непажње – санкција за случај деликтне одговорности, али се изриче и за случај намерног неизвршења уговорне обавезе. Кад је у питању намерно неизвршење уговорне обавезе, онда се у америчком праву сматра да штетник (уговорна страна која није извршила своју уговорну обавезу) не само да одговара за штету сходно правилима о интегралној одговорности, већ треба да буде још и кажњена за намерно неизвршење уговора, тако да суд, поред накнаде штете, досуђује и казнену накнаду. При том, изгледа разложно да се предвиде различите санкције у зависности од степена кривиче, јер се на тај начин јављају различите правне последице (односно правна одговорност) за случај да је штета причињена неизвршењем уговора намерно или из грубе непажње, с једне, и у случају обичне непажње, с друге стране. Наиме, без обзира на степен кривиче, она се претпоставља кад се ради о накнади штете, али се за досуђивање казнене накнаде мора доказати намера или груба непажња. На тај начин, у америчком праву се казненом накнадом, као врстом приватне казне, посебно ефикасно штити уговор (који је заједно са установом својине правноцивилizacionски темељ *common law-a*), односно правно начело *pacta sunt servanda*. А са становишта историје грађанскоправне одговорности, и са становишта класичног разликовања уговорне од деликтне (вануговорне) одговорности, као да се са предвиђањем казнене накнаде уговорна одговорност (за намерно неизвршење уговорних обавеза) приближава, односно готово враћа деликтној одговорности, као некад јединственој грађанскоправној одговорности (кад се и повреда уговорне обавезе првобитно сматрала врстом деликта у најширем смислу). Најзад, у једном дубљем етичком смислу, казнена накнада има за циљ да очува начело савесности и поштења (*Truc und Glauben* у немачком праву; савесност и искреност у јапанском праву) као начело имовинског права, по коме су стране у међусобним односима дужне да се придржавају општеусвојених моралних заповести („и што није забрањено, може да не буде поштено“ – чл. 999 ОИЗЦГ), добрих обичаја, а у области радног права – добрих професионалних обичаја. При оцени сагласности поступака уговорних страна са начелом савесности и поштења, узимају се у обзир све околности, цене се не само интереси самих уговорних страна, већ и интерес заједнице. На тај начин жели се правно подупрети *bona fides versus mala fides*. *Bona fides*, правно организована и заштићена, јесте јача од *mala fide*, и, ако развој права иде од минимума ка максимуму морала, онда је и казнена накнада као казна и за тежак морални деликт (поред правног) можда потврда тезе о таквом развоју права.

42 E. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. XIII.

43 P. W. Huber, *op. cit.*, стр. 129.

44 W. P. Statsky, *op. cit.*, стр. 177.

и одвраћања извршиоца (енг. tortfeasor<sup>45</sup>) и трећих лица од таквог понашања убудуће (индивидуална и општа превенција).

Одређивање правне природе казнене накнаде налаже пре свега утврђивање сличности и разлика између казнене накнаде и накнаде штете, а затим између казнене накнаде и уговорне казне.

*Казнена накнада – накнада штићенице.* Разлика између накнаде штете (compensatory damage) и казнене накнаде (punitive damage) јавља се пре свега са становишта функције ових врста накнаде. Док накнада имовинске штете има за циљ репарацију, сходно принципу интегралне накнаде, што значи да ни накнада имовинске штете нема за циљ кажњавање штетника (а то важи и за новчану накнаду неимовинске штете уколико се она сматра накнадом штете),<sup>46</sup> докле казнена накнада има за циљ управо кажњавање штетника (punitive damage), односно извршиоца противправне радње који је проузроковао штету, те индивидуалну и општу превенцију (exemplary damage). На тај начин, по својој функцији казнена накнада се удаљава од накнаде штете (нема за циљ репарацију) а приближава се циљевима кривичноправних санкција (чија се еволуција, каже се, кретала од одмазде ка ресоцијализацији, са индивидуалном и генералном превенцијом), што отвара питање легитимности казнене накнаде као санкције у (упоредном и нашем) праву, укључујући и питање легитимности казнене накнаде у радном праву. За разлику од накнаде штете која се досуђује у корист оштећеног, без обзира да ли је оштећени физичко или правно лице, казнена накнада се досуђује само у корист физичког лица. Казнена накнада, према томе, није неки нови варијетет накнаде штете (поред накнаде имовинске и евентуално неимовинске штете), већ посебна врста накнаде – накнада као казна (noncompensatory damage) која се изриче против туженог који је поступао mala fide, „срамотно, у грубој непажњи или свесно занемарујући сигурност других“,<sup>47</sup> а истовремено има за циљ да одвраћа трећа лица од будућег сличног понашања.

На крају, разлика између казнене накнаде, номиналне накнаде и накнаде штете јавља се и с обзиром на степен кривице, као основ одговорности. Наиме, степен кривице је одлучујући елемент (основ) одговорности кад је у питању казнена накнада и номинална накнада (само намера или груба непажња), док код накнаде имовинске штете основно начело интегралне накнаде у великој мери

45 W. P. Statsky, *op. cit.*, стр. 3.

46 У погледу новчане накнаде неимовинске штете, сходно теорији приватне казне, а посебно од стране L. Нигуспу-а, истиче се да идеја приватне казне у савременом праву „налази у материји моралне штете свој најсавршенији и најчешћи израз“, као и код Ripert-а, који сматра да накнада неимовинске штете има карактер приватне казне. Ближе у: О. Станковић, *op. cit.*, стр. 56.

47 W. P. Statsky, *op. cit.*, стр. 177.

релативизује значај степена кривице, пошто је релевантан сваки степен кривице (намера, груба непажња, обична непажња). Додуше, у нашем радном праву (не увек и у упоредном радном праву), кад је у питању одговорност за штету коју радник проузрокује послодавцу, предвиђено је, из разлога социјалне правде (правичности), да радник не одговара за штету коју проузрокује обичном непажњом, већ се као основ одговорности јавља намера или крајња непажња.

*Казнена накнада – уговорна казна.* Казнена накнада и уговорна казна се најпре разликују са становишта циља. Уговорна казна има елементе приватне казне у мери у којој се одређује тако да буде већа од вероватне штете,<sup>48</sup> како би послужила као средство осигурања извршења обавезе, тј. средство за појачање уговора,<sup>49</sup> али је она по својој правној природи првенствено накнада (претпостављене) штете,<sup>50</sup> док је казнена накнада по својој правној природи приватна казна не само за неизвршење уговора већ и за деликт. Казнена накнада има двоструки циљ: да казни извршиоца противправне радње (деликта – *ex delicto*) или прекршиоца уговорне обавезе (*ex contractu*) и да послужи као пример ради одвраћања могућих изршилаца. Поред разлике са становишта циља, постоји разлика *ratione temporis*: уговорна казна се уговара при закључењу уговора, тако да уговорне стране унапред одређују износ уговорне казне,<sup>51</sup> а казнена накнада се досуђује за повреду уговорне обавезе, ређе и за *culpa in contrahendo*, као и за случај деликта под одређеним условима (*dolus; culpa lata*). Разлика се јавља и у погледу начина одређивања висине уговорне казне, односно казнене накнаде. Висину уговорне казне одређују слободно стране уговорнице, тако да се „захтев уговорне казне не оснива непосредно на штети, него на уговору“<sup>52</sup>, што значи да се поверилац ослобађа доказивања штете дужниковим пропуштањем – довољно је да дужник дође у доцњу,<sup>53</sup> а у спору за изрицање казнене накнаде мора се доказати и штета, као и степен кривице дужника, тако да висину казнене накнаде суд одређује имајући у виду све околности случаја, с тим да се законом може прописати највиши могући износ казнене накнаде. Ипак, суд може смањити како износ уговорне казне (на захтев дужника) „ако је она претерано велика у поређењу са штетом коју је претрпео поверилац“<sup>54</sup>, тако и износ неправде уговорне казне (на захтев

48 М. Константиновић, „Природа уговорне казне. – Смањење од стране суда“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/1953, стр. 210.

49 Б. Благојевић (редактор), *Правна енциклопедија*, Београд 1985, стр. 1749.

50 М. Константиновић, *op. cit.*, стр. 208–210.

51 *Ibidem*, стр. 210.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

54 М. Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорна* (чл. 219, ст. 2), Београд 1996, стр. 105.

обећаоца) кад је казна обећана као главна обавеза са условом да обећалац нешто учини или не учини „ако нађе да је претерано велика“.<sup>55</sup> На тај начин се ублажавају елементи приватне казне у уговорној казни, јер се води рачуна о правичности, и уважавају се имовинске прилике повериоца.<sup>56</sup> Поверилац има право на уговорну казну и кад због неизвршења уговора није претрпео штету<sup>57</sup> (што уговорну казну чини неоспорно приватном казном), односно „самим тим што дужник није извршио своју обавезу или је није извршио уредно“<sup>58</sup> (уговорна казна као средство појачања уговора), док је претрпљена штета по правилу услов за изрицање казнене накнаде (поред накнаде штете). Ако је, пак, поверилац због неизвршења уговора претрпео штету, има право на уговорну казну која може бити и већа од претрпљене штете (изузетак од правила интегралне накнаде имовинске штете<sup>59</sup>). Извесна сличност између уговорне казне и казнене накнаде огледа се у томе што уговорна казна и казнена накнада могу бити одређене у вишем износу од накнаде штете.<sup>60</sup> Ипак, при одлучивању о оправданости (reasonableness) казнене накнаде, суд узима у обзир и износ на име накнаде штете,<sup>61</sup> као што суд може да смањи износ уговорне казне ако нађе да је претерано велика.

### Легитимност казнене накнаде

Питање легитимности казнене накнаде и у америчкој правној теорији не престаје да изазива противречна гледишта – поред присталица јављују се и опоненти оправданости казнене накнаде.<sup>62</sup> Но, питање легитимности казнене накнаде, као једно парцијално питање, нужно води ка постављању фундаменталних питања (грађанско)правне одговорности. Грађанскоправна одговорност, као одговорност за штету, заснива се на принципима правде и пра-

55 М. Константиновић, *op. cit.*, (чл. 220. стр. 105).

56 М. Константиновић, „Природа уговорне казне...“, стр. 211.

57 М. Константиновић, *Скниш за законик о облигацијама и уговорима* (чл. 219. ст. 1).

58 М. Константиновић, „Природа уговорне казне...“, стр. 212.

59 О изузецима од начела интегралне накнаде кад штетник проузрокује штету радећи зарад користи оштећеног лица, у случају подељене одговорности, али и код накнаде афекционе вредности, ближе: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 13–14.

60 У периоду између 1985. и 1994. године у САД је (у пет федералних јединица, укључујући Калифорнију и Њујорк) просечан износ казнене накнаде био за један и по пута већи од накнаде штете, при чему је у споровима у области права осигурања тај однос био готово четири пута виши, у области радног права просечно виши за 1,3 пута, а у својинским споровима (некретности) просечан износ казнене накнаде био је једнак износу накнаде штете; Е. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 8–9.

61 Е. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 8.

62 Против легитимности казнене накнаде у англосаксонском праву, нпр. Н. Street, *Principles of the Law of Damages*, London 1962, стр. 34. и следеће; Д. Николић, С. Марковић, *Иницијатива за оцену усјавности*, стр. 2 (IU, 17/97).

вичности, који се не могу одвојити од моралне заснованости<sup>63</sup> јер је захтев за правдом и морални захтев (Келзен), а правичност врлина (Аристотел). Отуда, питање легитимности казнене накнаде као приватне казне у савременом праву нужно се јавља и као (мета)правно питање и као питање моралне заснованости. Оно нас доводи на терен казнене правде уопште, која може да послужи као метафизички основ легитимности казнене накнаде у савременим условима. Негирање легитимности приватне казне заснива се углавном на одбацивању легитимности задовољења осећања освете повређеног лица (жртве) као циља приватне казне (својственог за тзв. примитивне заједнице), односно на одбацивању функције кажњавања проузроковача штете, односно одбацивању легитимности егземпларног карактера накнаде, уз признавање легитимности одштетном (репарационом) карактеру накнаде штете (репарација имовинске штете). Ипак, и у савременом добу могуће је поставити питање легитимности евентуалне ренесансе приватне казне, с позивањем на онтолошки закон равнотеже, јер казнена правда налаже да се казни извршилац противправне радње (приватног деликта) у име васпостављања онтолошке равнотеже.

*Оправдање казнене накнаде.* У прилог оправданости саме казнене накнаде у савременом добу истиче се аргументација правне, етичке и економске природе.

Потреба за поштовањем уговора као темеља правне цивилизације, односно потреба да се принцип *pacta sunt servanda* посебно ефикасно заштити<sup>64</sup> кад је нападнут долозним неизвршењем уговорних обавеза, као и потреба да се пружи посебно ефикасна заштита погођеним лицима од намерног или из грубе непажње<sup>65</sup> вршења деликата (*torts*),<sup>66</sup> оправдава законско предвиђање, односно судско изрицање ригорозних казnenих накнада као приватних казни. На тај начин штите се сва она права која се стичу по основу уговора од понашања које се не може социјално и етички толерисати,<sup>67</sup> јер је мотивисано злом намером или се предузима из грубе

63 С. Перовић, *op. cit.*, стр. 8–9.

64 Метафизика Русоовог *Друштвеног уговора* садржи и сагласност сваког грађанина да буде кажњен у случају да прекрши (умни) закон опште воље; И. Приморац, *op. cit.*, стр. 66.

65 Е. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 12.

66 Присталице теорије приватне казне (у првој половини XX века) указују на трајнији карактер (функције) приватне казне. Тако и Б. Старк, један од истакнутих представника теорије приватне казне, сматра да је сврха приватне казне у основи истоветна сврси јавне казне – кажњавање делинквента. А за Ripert-а, накнада нема одштетни већ егземпларни карактер, тако да пресуда има за циљ кажњавање проузроковача штете, а не сатисфакцију жртви. L. Hugueny каже да идеја приватне казне „налази у материји моралне штете свој најсавршенији и најчешћи израз“. Видети и: О. Станковић, *op. cit.*, стр. 56.

67 Е. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 2.

непажње, а којим се повређују уговорне обавезе. Другим речима, без обзира на функцију репарације коју има накнада штете, није некомплементарна накнади штете ни приватна казна, тј. казнена накнада, пошто се она може досудити само за онај степен кривице који по (метафизичком) правилу „казнене правде“ заслужује приватну казну, са наглашеном улогом давања примера и одвраћања – индивидуалне и опште превенције. Отуда, утилитаристичкој теорији застрашивања (одвраћања) одговара и аргумент у прилог легитимности (приватне) казне као егземпларне накнаде (накнаде за пример).<sup>68</sup>

Етичка аргументација има, тако, посебну тежину, јер казнена накнада има за циљ да одбрани *bona fide* од *mala fide*. А савесност – кључна реч од римског, преко канонског до савременог права – тешко се може одбранити од *mala fide* ако се остане на основном концепту репарације (интегралне накнаде), без обзира на степен кривице, односно ако се изузетима од интегралне накнаде с обзиром на степен кривице, у одбрани од *mala fide* не придода и казнена накнада као приватна казна (као и етички симболична номинална накнада). Са становишта погођеног лица, без обзира што се досуђивањем накнаде штете обезбеђује репарација (накнада имовинске штете<sup>69</sup>), ипак остаје чињеница да је оштећени, барем етички посматрано, на одређени начин остао погођено лице и после накнаде штете, јер је штетник причинио штету на начин који је за моралну осуду. Досуђивањем и казнене накнаде, поред накнаде штете, суд жели да покаже да је и правно и етички *bona fides* остало изнад *mala fide*, тако да се приватна казна као додатна санкција (поред накнаде штете) јавља као приватна казна према штетнику кажњеном за понашање које свакако заслужује морални укор.<sup>70</sup> Сазнање да одређено понашање баца сенку на пословни углед извршиоца, као и да извршилац одређеног деликта или прекршилац уговорних обавеза може очекивати врло високе износе казнене накнаде, има несумњиво дејство општег одвраћања.<sup>71</sup> На крају, ако је казна за јавне деликте (кривична дела) остала легитимна (без обзира што се ретрибутивној функцији казне у савременом кривичном праву додаје функција ресоцијализације, која

68 И. Приморац, *op. cit.*, стр. 123.

69 Иако суд у одређеној мери и под одређеним претпоставкама води рачуна о кривици штетника приликом одмеравања износа накнаде штете, кривица није нужан основ одговорности за имовинску или неимовинску штету. Ближе у: О. Станковић, *op. cit.*, стр. 100.

Кад је, пак, у питању казнена накнада, она се може досудити само за најтежи степен кривице (извршиоца противправне радње, односно повреду уговора) – намеру (или грубу непажњу); и, управо због таквог степена кривице, треба тражити основ легитимности судског изрицања и казнене накнаде као приватне казне са егземпларним дејством, поред досуђивања накнаде штете.

70 E. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. XIII.

71 *Ibidem*, стр. 2.

представља једну варијанту теорије утилитаризма у кривичном праву – теорија преваспитавања<sup>72</sup>), зашто не би могла бити легитимна и приватна казна за приватне деликте извршене на начин (намера или груба непажња) који заслужује снажан морални прекор. Уосталом, приватна казна има за циљ да сузбије извршавање противправних радњи које се не квалификују као кривична дела, већ као приватни деликти.<sup>73</sup>

Економска аргументација у прилог легитимности казнене накнаде у основи почива на неопходности да се принцип конкуренције у економским односима заштити од намерног кршења уговорних и других правних обавеза у пословном свету, да се сузбије непоштена пословна пракса, односно осигура неопходни ниво пословног морала (добри пословни обичаји) у области пословне конкуренције.<sup>74</sup> Високи износи казнене накнаде, који могу довести до ризика од самог стечаја, неумитно одвраћају привредне и друге субјекте од понашања које угрожава темељне принципе правне и економске цивилизације. О имовинским приликама извршиоца противправне радње води се рачуна при одмеравању висине казнене накнаде, тако да се казнена накнада досуђује у знатно вишем износу (а и у поређењу са накнадом штете) ако је тужени правно лице, него у случајевима кад је тужени физичко лице.<sup>75</sup>

*Оспоравање казнене накнаде.* Легитимност казнене накнаде може се најпре оспоравати истицањем аргументације која оспорава легитимност приватне казне уопште, али и аргументацијом која је специфично, посебно усмерена против казнене накнаде као облика приватне казне. Наиме, приватна казна уопште оспорава се у једном правноцивилизацијском смислу, истицањем да је она била део примитивних права,<sup>76</sup> да у савременом развоју друштва нема више оправдања, и да је као таква остала део историје али не и повести права. Савремено право је напустило приватну казну као казну за деликт<sup>77</sup> и претњу осећањима погођених лица.<sup>78</sup> Оно не прихвата као легитиман „приватни инстинкт погођеног лица (жртве) да

72 И. Приморац, *op. cit.*, стр. 123.

73 S. Carval, *op. cit.*, стр. 204.

74 *Ibidem*, стр. 206.

75 E. Mollat, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 38.

76 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1977; стр. 339.

77 При том, сам проф. Станковић своју критичку аргументацију ограничава на питање новчане накнаде неимовинске штете, напомињући „да нас овде теорија приватне казне у том обиму, као покрет, уопште не интересује“ („јер задире у питање општег односа грађанског и кривичног права, између којих, за присталице теорије приватне казне, постоји више 'подела рада', а функција им је 'комплементарна' – спречавање штета које се могу избећи“) и „ми ћемо разматрати само питање да ли накнада неимовинске штете коју судови досуђују стварно представља приватну казну...“ – О. Станковић, *op. cit.*, стр. 59–61.

78 P. W. Huber, *op. cit.*, стр. 132.

узврати ударац“, већ се јавља као „правни систем који функционише као противтежа овоме инстинкту како би се сачувао мир“. <sup>79</sup> Уместо „освете“, право предвиђа правна средства помоћу којих се обезбеђује остваривање и заштита субјективних права, односно досуђује извесна накнада за повређено право, а у исто време спречава се да погођено лице „узима правду у своје руке“. <sup>80</sup>

Оспоравање легитимности казнене накнаде заснива се на аргументацији правне, етичке и економске природе. Казнена накнада се оспорава позивањем на правду, односно, казненој накнади се упућује приговор да је непредвидиво тешка санкција, несразмерна тежини приватног деликта (ако се законом не ограничи њен највиши износ), <sup>81</sup> односно да може бити несразмерна тежини повреде уговорне обавезе или деликта, односно да се у корист погођеног лица досуђује новчани износ који вишеструко може да премаши износ на име накнаде штете. Имајући у виду управо ове примедбе, односно потребу за успостављањем одређеног односа између накнаде штете и казнене накнаде, америчко право (односно закони низа федералних јединица) изражава тренд законског ограничавања највишег износа казнене накнаде, како би се избегле ситуације досуђивања казнене накнаде која је пет или чак десет пута виша од износа накнаде штете. <sup>82</sup>

С тим у вези је и основни приговор економске природе са становишта пословања, јер се указује да казнена накнада (непредвидивост њеног износа) може да буде (пре)тешко бреме за пословање. <sup>83</sup> Енормна висина казнене накнаде представља велики финансијски терет, па то може да угрози успешно пословање, односно да доведе до платежне неспособности послодавца, то јест до стечаја. <sup>84</sup> Осим тога, посредне последице по пословање, услед негативног публицитета <sup>85</sup> због изрицања казнене накнаде, могу да се манифестују у паду продаје робе или пружања услуга ако би евентуално настао бојкот потенцијалних купаца или пословних партнера (клијената). Све то чини ову санкцију економски несразмерном тежини деликта, односно повреди уговорне обавезе. Услед тога, процес пословног одлучивања се веома компликује, јер се као елемент пословних одлука нужно узима и могући ризик од високих казних накнада (worse-case scenarios). <sup>86</sup> Један специфичан аргу-

79 W. P. Statsky, *op. cit.*, стр. 1.

80 *Ibidem*, стр. 3.

81 E. Moller, N. M. Pacc, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. XIII.

82 *Ibidem*, стр. 12.

83 *Ibidem*.

84 *Ibid.*, стр. XV.

85 *Ibid.*, стр. 6.

86 *Ibid.*, стр. XV и 3.



мент економске природе против оправданости казнене накнаде односи се на постојање доста великих разлика у висини просечне казнене накнаде за исте (или битно сличне) случајеве између различитих федералних јединица (нпр., у Ст. Луису је просечна казнена накнада око 2,5 пута већа од износа накнаде штете, у Калифорнији 1,5 пута, а у Њујорку је свега 0,5 пута већа од досуђене накнаде штете у спору<sup>87</sup>). Оваква неуједначеност судске праксе има негативне економске последице на јединственом тржишту, односно угрожава принцип конкуренције, без обзира на то што се казнена накнада изриче „само“ у око 15 процената пресуда (financial injury verdicts) у периоду између 1985. и 1994. године.<sup>88</sup> Најзад, високи износи казнене накнаде могу имати нежељене последице за потенцијалне купце робе или кориснике услуга, јер казнена накнада може да утиче на послодавце да повећају цене своје робе или услуга, како би се трошкови досуђене накнаде пренели на цене.<sup>89</sup>

Етичко оспоравање оправданости казнене накнаде заснива се на аргументацији да казнена накнада постаје „уносна“ за погођено лице, које, тако, својим тужбеним захтевом за казнену накнаду (поред накнаде штете), стиче велику имовинску корист од моралног и правног деликта туженог. То посебно важи у случају кад суд досуди новчану накнаду моралне штете, тако да, на одређени начин, за исти (правни и морални) деликт против туженог суд два пута изриче санкције – накнаду моралне штете и казнену накнаду; а погођено лице, тужилац, добија два пута новчану накнаду – новчану накнаду за моралну штету коју је претрпео, и новчану накнаду на име казнене накнаде.

#### Домен примене казнене накнаде

Казнена накнада јавља се у америчком и канадском праву.<sup>90</sup> Присутна је у различитим гранама права, а најчешће је досуђује грађански суд<sup>91</sup> у споровима о пуноважности или извршењу уговора о осигурању, у споровима из радног односа, као и из области трговачког права (спорови који настају из неуговорних односа између странака) – углавном спорови поводом повреде антимонополског законодавства или спорови у вези са повредом добрих пословних обичаја<sup>92</sup> и стварног права (спорови у вези са продајом

<sup>87</sup> *Ibid.*, стр. 10.

<sup>88</sup> *Ibidem.*

<sup>89</sup> *Ibid.*, стр. 6.

<sup>90</sup> Казнена накнада је предвиђена као могућа приватна казна и у канадском праву. Упоредити: Р. Heinrich, *Summary Report on Damages and Other Financial Remedies for Patent Infringement*, AIPPI: Annuaire IX, 1995, стр. 273; видети: С. Марковић, *Патентно право*, Београд 1997, стр. 336.

<sup>91</sup> E. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. XIII и 8.

<sup>92</sup> *Ibid.*, стр. XIX.

или закупом непокретних ствари).<sup>93</sup> Све до 1960-их у САД су се захтеви за казненом накнадом веома ретко истицали, да би у 1980-им отприлике у једној четвртини случајева била захтевана казнена накнада.<sup>94</sup> Веома високи износи казнене накнаде досуђују се по основу одговорности произвођача за недостатке у производима који су довели до губитка живота, до повреда, или до штете за кориснике тих производа. У питању је деликтна одговорност у најширем смислу, односно одговорност за недозвољене радње које у америчком праву имају назив *torts*. Својеврсну прекретницу у америчкој судској пракси представљао је случај *Gromshaw-Pinto*,<sup>95</sup> који је довео до досуђивања казнене накнаде за случај одговорности произвођача за „крајњи немар при конструисању и производњи модела аутомобила *pinto* из 1973. године“<sup>96</sup>, односно небезбедно конструкционо решење предузећа *Ford Motor* о положају резервоара за бензин, што је приликом судара довело до несреће са смртним исходом за једног путника, а тешким опекотинама за другог путника у аутомобилу.<sup>97</sup> Релативно су чести случајеви досуђивања казнене накнаде против произвођача лекова или медицинске опреме. Тако, због пропуста произвођача лекова да упозори на одређене могуће контраиндикације лека – што се сматра грубом непажњом (крајњим немаром) – погођено лице је у свом тужбеном захтеву против произвођача лека *Ortho Pharmaceutical Corporation* захтевало и казнену накнаду, који је досуђена у износу од 5,1 милиона долара.<sup>98</sup>

### Казнена накнада у радном праву

Пошто је дискриминација не само повреда (социјалних) права радника већ и повреда достојанства као суштинског обележја човека, сузбијање дискриминације подразумева одговарајуће законе, институције, културу права,<sup>99</sup> али и примерене санкције, међу којима своје место има и казнена накнада.

Казнена накнада, као санкција за дискриминацију у запошљавању, на раду и у вези са отказом уговора о раду, предвиђена је посебно Законом о грађанским правима из 1991. године, за случај намерне или из грубе непажње извршене недопуштене радње која представља облик дискриминације.<sup>100</sup> Законом је прописан нај-

93 *Ibidem*, стр. XIX, 8. и 34–35.

94 P. W. Huber, *op. cit.*, стр. 127.

95 *Ibidem*, стр. 128.

96 *Ibidem*, стр. 131.

97 *Ibidem*.

98 *Ibidem*, стр. 128–129.

99 Ближе у нашем раду: „Право на толеранцију у радном праву версус дискриминација“, *Зборник радова – Актуелна питања југословенског законодавства*, Будва 2000, стр. 175–189.

100 L. G. Joel III, *Every Employee's Guide to the Law*, New York, 1996, стр. 135.

виши износ накнаде – укључујући накнаду штете али и казнену накнаду – који се може досудити против послодавца, с тим што је различито одређен у зависности од величине послодавца, односно броја запослених. На тај начин води се рачуна о степену кривице (намера или груба непажња) који је одлучујућа околност за одмеравање казнене накнаде, јер „казнена правда“ налаже да се изрази репресивна функција казнене накнаде, а кад се ради о дискриминацији као посебно опасној друштвеној појави код послодавца, оштрина казнене накнаде има за циљ да допринесе ефикасности сузбијања дискриминације на раду. У исто време води се рачуна и о функцији опште превенције казнене накнаде, пошто оштрина приватне казне сама по себи врши улогу превенције (exemplary damage). На другој страни, поред степена кривице, при одмеравању казнене накнаде као приватне казне води се рачуна и о имовинским приликама штетника, како казнена накнада не би представљала (пре)велико економско оптерећење. О имовинским приликама оштећеног води се рачуна приликом одмеравања новчане накнаде неимовинске штете,<sup>101</sup> док при одмеравању казнене накнаде суд не води рачуна о имовинским приликама оштећеног (жртве).

Самим Законом се не успоставља корелација између висине казнене накнаде и накнаде штете, што значи да ће суд својом одлуком одредити износ на име накнаде штете, као и износ на име казнене накнаде. Без обзира што Закон ограничава износ укупне накнаде, не одређујући при том удео накнаде штете и удео казнене накнаде, казнена накнада представља посебну санкцију, односно врсту приватне казне, чија је правна природа различита од правне природе накнаде штете. Самим тим, казнена накнада има различите циљеве у односу на циљеве накнаде штете, без обзира што суд при одмеравању казнене накнаде узима у обзир и висину накнаде штете.

*Дискриминација у запошљавању – казнена накнада.* Опште правило о слободи уговарања ублажено правилима о предуговорној одговорности – *culpa in contrahendo*, важи и у области индивидуалног радног права. *Culpa in contrahendo*, у америчком праву позната под називом *reliance interest*, односно интерес због поуздања у дато обећање, што је слично појму негативног уговорног интереса, има за циљ да оштећеног постави у положај у коме је био пре датог обећања.<sup>102</sup> Предуговорна одговорност је негација правила о уговорној пажњи (*diligentia*) које важи и за уговорне односе у настајању, а не само за успостављене уговорне односе.<sup>103</sup> У немачком

101 О. Станковић, *op. cit.*, стр. 52–53.

102 М. Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, стр. 43.

103 М. Орлић, *op. cit.*, стр. 40.

(радном и грађанском) праву *culpa in contrahendo* послодавца има за последицу досуђивање накнаде штете у корист радника, а у америчком радном праву, поред накнаде штете у случају повреде „интереса због поуздања у обећање“ (*reliance interest*),<sup>104</sup> могуће је, за разлику од немачког права, да се досуди чак и казнена накнада, уколико је послодавац неоправдано одустао од закључења уговора о раду из дискриминаторских разлога (нпр. по основу расне дискриминације<sup>105</sup>), јер се не ради о обичној непажњи, већ о намери или грубој непажњи.<sup>106</sup> Штавише, у америчком праву надлежан суд може наложити послодавцу да прихвати понуду радника – тј. да закључи уговор о раду са (тужиоцем) радником чију је понуду за закључење уговора о раду одбио (без оправданог разлога) – ако утврди дискриминацију у запошљавању.<sup>107</sup> На тај начин, у области (америчког) радног права одступа се не само од општег правила, што је слобода уговарања – односно иде се и корак даље од ограничења слободе уговарања по основу *culpa in contrahendo* (а које се санкционише накнадом штете) – већ се под одређеним условима, против послодавца изриче и казнена накнада, па се чак предвиђа и обавеза (послодавца да дискриминисаном раднику понуди) закључења уговора о раду.

*Казнена накнада – заштитна на раду.* – Казнена накнада се досуђује и у случају грубог занемаривања безбедности других лица, под условом да суд утврди да је тужени поступао на начин који заслужује морални прекор.<sup>108</sup> Наиме, ако се послодавац намерно или из крајње непажње оглушио о упозорење запосленог на опасност (*whistle-blower cases*), против послодавца се може поднети тужба са захтевом за досуђивање и казнене накнаде.<sup>109</sup> Тако је до експлозије свемирске летилице *Challenger*, приликом узлетања 1985. године, дошло због занемаривања упозорења на опасност које је давао један од запослених инжењера послодавца пре лансирања. Он је указивао на неисправност на ракетама за лансирање која може угрозити живот астронаута, упућујући упозорење и надлежним органима послодавца, али и надлежној управној агенцији (*NASA*) да је неопходно одложити полетање свемирске летилице због опасности од експлозије. Запослени инжењер, који је безуспешно тражио одлагање полетања, захтевао је, после несреће, да се против предузећа за производњу ракета

104 *Ibidem* стр. 43.

Сличан појму интереса због поуздања јесте појам интереса очекивања (*expectation interest*), који се огледа у томе да се лицу коме је обећање учињено пружа она вредност коју је то лице очекивало на основу обећања; *ibidem*.

105 E. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 32.

106 L. G. Loch III, *op. cit.*, стр. 136.

107 *Ibidem*, стр. 316.

108 W. P. Statsky, *op. cit.*, стр. 177.

109 E. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 32.

*Morton Thiokol*, као одговорног субјекта, досуди казнена накнада у висини од једне милијарде долара.<sup>110</sup>

*Казнена накнада – узнемиравање на раду.* Казнена накнада представља додатну санкцију која има за циљ да казни послодавца, који је обавезан да осигура безбедне и пристожне услове за рад,<sup>111</sup> што укључује гарантовање заштите достојанства и приватности запослених. Казнена накнада треба да послужи и као пример другим послодавцима, да би их одвратила од узнемиравања или расног или сексуалног злостављања<sup>112</sup> (*harassment*) радника, као и од намерне дискриминације на радним местима.<sup>113</sup> Тужилац<sup>114</sup> треба да докаже да је послодавац поступао другачије (по основу расе, пола, националног порекла, итд) него што му је радна пракса са другим радницима.<sup>115</sup> Разуме се, за досуђивање казнене накнаде треба да буде испуњен услов и у погледу степена кривице – намере (*intentional tort*),<sup>116</sup> при чему је *onus probandi* на страни тужиоца.<sup>117</sup>

*Казнена накнада – незаконити отказ.* Најчешће се у (америчкој) судској пракси изриче казнена накнада за случај незаконитог отказа, кад се утврди постојање неког од основа дискриминације. Премда се, начелно, не би смела правити разлика у погледу правног режима казнене накнаде с обзиром на основ дискримина-

110 P. W. Huber, *op. cit.*, стр. 128.

111 J. B. Hood, B. A. Hardcy, H. S. Lewis, *Workers' Compensation and Employee Protection Laws*, St. Paul, 1992, стр. 1–9.

112 Под сексуалним узнемиравањем или злостављањем, сходно ставу суда израженом у случају *Chamberlain v. 101 Realty, Inc.* (1st Cir. 1990) подразумева се „условљавање одобравања економских или радних погодности испуњењем захтева сексуалне природе од стране запосленог. односно кажњавање подређене запослене ако одбије испуњење захтева“. Поред овог облика сексуалног узнемиравања, као својеврсног *quid pro quo*, сексуално узнемиравање јавља се у случају „непријатељског окружења“ (*Hostile Environment*), под којим се подразумева: „нежељено удварање, захтеви за пружање сексуалних услуга и друго вербално или физичко понашање сексуалне природе“ (нпр. пољупци, миловање). Понашање треба да буде не само нежељено од друге стране већ и таквог интензитета да се то, по оцени разумне особе пола коме припада жртва, сматра неразумним ометањем рада других, односно да ствара узнемиравајуће или непријатељско радно окружење. Више о томе видети у: M. A. Playcr, *Federal Law of Employment Discrimination*, St. Paul, 1992, стр. 209–212.

113 M. A. Playcr, *op. cit.*, стр. 282. и 286.

114 На страни тужиоца, на захтев радника који сматра да је дискриминисан или злостављан на раду, у америчком праву може се појавити посебна управна агенција – Комисија за једнакост шанси на раду (*Equal Employment Opportunity Commission – ЕЕОС*), док дискриминисани радник може непосредно повести радни спор, односно поднети тужбу против послодавца тек ако Комисија не поднесе тужбу. Отуда и (преклузивни) рок од 180 дана за подношење тужбе; M. A. Playcr, *op. cit.*, стр. 13.

115 M. A. Playcr, *op. cit.*, стр. 291.

116 E. Moller, N. M. Pass, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 10.

117 *Ibidem*, стр. 11.

ције, јер је сваки дискриминишући основ престанка радног односа за најоштрију моралну осуду, пошто погађа саму срж људског достојанства, у америчком позитивном радном праву та се разлика у правном режиму казнене накнаде ипак прави. Наиме, за случај дискриминације по основу расне и етничке припадности, законом се не ограничава највиши износ казнене накнаде коју суд може досудити, док се у погледу других основа дискриминације то законом предвиђа.<sup>118</sup>

Казнена накнада се досуђује и за све друге основе дискриминације у запошљавању, на раду и у вези са незаконитим отказом уговора о раду. Тако и незаконити отказ због јавне критике послодавца (повреде слободе изражавања мишљења) може бити разлог за досуђивање казнене накнаде. У једном случају је у корист отпуштеног радника (Jan Kemp) са универзитета (који је отпуштен зато што је протествовао због фаворизовања спортиста на универзитету) досуђена накнада имовинске штете у висини од 80.000 долара, накнада неимовинске штете у висини од 200.000 долара, а на име казнене накнаде 2,3 милиона долара.<sup>119</sup>

#### Ограничавање висине казнене накнаде у радном праву

Да би се избегла непредвидивост, односно неправедност висине казнене накнаде, која се неретко досуђује у износима који су вишеструко већи од износа накнаде штете, тенденција у америчком (радном) праву јесте законско ограничавање највишег износа накнаде, који укључује накнаду штете и казнену накнаду.<sup>120</sup> Законским путем се, тако, све више, а нарочито у последњој деценији XX века, у низу федералних јединица САД, ограничава највиши износ казнене накнаде коју суд може досудити за одређене случајеве деликта или повреде уговорних обавеза, што је такође случај у области радног права. Тако се, доношењем савезног Закона о грађанским правима из 1991. године, највиши износ накнаде, која укључује накнаду штете и казнену накнаду, ограничава у зависности од величине послодавца, односно од броја запослених код послодавца.

Ограничавање висине накнаде, али само накнаде неимовинске штете<sup>121</sup> и казнене накнаде<sup>122</sup> у радном праву је мотивисано

118 L. G. Joel III, *op. cit.*, стр. 318–319.

119 P. W. Huber, *op. cit.*, стр. 129.

120 E. Moller, N. M. Pace, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. XIV.

121 У периоду између 1985. и 1994. године, у пет федералних јединица САД (укључујући Њујорк и Калифорнију), казнена накнада је просечно досезала око 60 % укупно досуђених накнада, односно накнада штете је износила око 40 % од укупно досуђене накнаде; E. Moller, N. M. Pace, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. XX.

122 Неимовинска (морална) штета се у америчком праву назива неновчаним губитком (non-monetary losses), а укључује штету која се састоји у физичком или душевном болу (pain, suffering), изгубљеним професионалним изгледима (future loss of opportunity); M. A. Player, *op. cit.*, стр. 218.

потребом да се не доведе у питање успешност пословања, односно да се не угрози опстанак (да се не изазове отварање стечајног поступка) послодавца – околност имовинских прилика (штетника); а да се у исто време накнада (неимовинске штете и казнена накнада) учини довољно ефикасном, уз обезбеђење функције сатисфакције, али и кажњавања, те индивидуалне и опште превенције. Теоријски посматрано, законско ограничавање укупног износа накнаде неимовинске штете и казнене накнаде иде у прилог ставу (теорије приватне казне) да су и накнада неимовинске штете и казнена накнада врсте приватне казне, пошто законом има смисла ограничавати само износ на име приватне казне, јер у погледу накнаде имовинске штете то, због начела интегралне накнаде, није предмет законског прописивања. Тако Законом о грађанским правима из 1991. године ограничен укупан износ накнаде (неимовинске штете и казнене накнаде) против послодавца: ако запошљава између 15 и 100 радника, износ накнаде је 50.000 долара; од 101 до 200 запослених – тај износ је 100.000 долара; од 201 до 500 запослених – 200.000 долара; а против послодавца који запошљава више од 501 запосленог, износ накнаде је 300.000 долара.<sup>123</sup> Изузетно, за случај дискриминације по основу расне припадности или националног порекла, америчко радно законодавство не поставља лимите у досуђивању накнаде, што се, по природи ствари, односи на део накнаде који има функцију казнене накнаде, чиме се у законодавној политици нарочити значај поклања спречавању расне дискриминације и дискриминације по националној основи, а то је добрим делом последица особености историјског настанка америчког друштва. Легитимност казнене накнаде се заснива и на уверењу да је акт дискриминације уперен не само против погођеног лица – жртве дискриминације, већ и против друштвене скупине којој погођено лице припада (нпр., по основу расне, националне, верске припадности), и да казнена функција накнаде треба да послужи такође као пример за одвраћање, јер је то начин да се сачува толеранција као (правно)цивилизацијска вредност.

## КАЗНЕНА НАКНАДА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ

У нашем праву својеврсна казнена накнада је први пут предвиђена законским актима у области права индустријске својине: Законом о патентима (чл. 79), Законом о жиговима (чл. 49), као и Законом о моделима и узорцима (чл. 44).<sup>124</sup> У одељку посвећеном грађанскоправној заштити повређених права, предвиђена је (каз-

123 М. А. Playser, *op. cit.*, стр. 218 и 288; L. G. Joel III, *op. cit.*, стр. 136.

124 Сва три закона су објављена у *Службеном листу СРЈ*, бр. 15/1995.

нена) накнада у висини до троструког износа стварне штете и измакле користи, под условом да је штета проузрокована намерно. Премда законодавац не користи термин казнена накнада, историјским и телеолошким тумачењем ових одредаба долази се до таквог, правога значења законске норме о природи и циљу ове накнаде. Но, концепт законских решења о казненој накнади у домаћем праву (индустријске својине) може се критички сагледати са теоријског становишта и решења из упоредног (америчког) права, уз осврт на питање уставности оваквих решења.

Питање увођења казнене накнаде, као врсте приватне казне, у један правни систем јесте питање филозофије грађанске санкције (одговорности), концепта и легитимности приватне казне, које треба да се постави за целину области тзв. приватног права, а не само за једну одређену грану права. Другим речима, ако се дође до уверења да постоји довољна филозофскоправна и етичка заснованост, заснованост са становишта начела грађанскоправне одговорности у савременом праву, па, дакле, и у нашем правном систему, онда питање увођења казнене накнаде треба да буде омогућено (законодавном политиком) конзистентно у више одговарајућих грана правног система. Пошто наш законодавац није поступио на тај начин, увођење казнене накнаде је изазвало реакцију у нашој правној науци,<sup>125</sup> при чему одређени аспекти ове проблематике, чини нам се, нису били у довољној мери обухваћени, што је, верујемо, потребно за изјашњавање о легитимности и уставности законских решења, односно одредаба о казненој накнади.

Пажњу најпре заслужују термилошка и категоријална питања, односно потреба да се разреши термилошка и категоријална конфузија коју наш законодавац уноси, јер не разликује (појам) казнену накнаду од накнаде штете. Мада се у наведеним законским актима не спомиње изричито термин „казнена накнада“ или „примерна накнада“ као назив за ову врсту санкције, интенција законодавца је била да се она уведе. Међутим, пропуст је законодавца што није навео пуни назив ове санкције, јер је, поред накнаде штете, предвидео и нову санкцију, за случај да је штета причињена намерно, „до троструког износа обичне штете и измакле користи“ (чл. 79, ст. 2 Закона о патентима). На тај начин, законодавац доводи до категоријалне конфузије, јер се два пута досуђује накнада штете: накнада штете за повреду права на патент (чл. 79, ст. 1, т. 3 Закона) и „нова“ накнада штете до највише троструког износа обичне штете и измакле користи (чл. 79, ст. 2 Закона). Са становишта општих принципа о одговорности за штету, оваква законска решења се не могу разумети нити оправдати. Наиме, она се не могу подвести под легитимна одступања од начела интегралне накнаде (функције репарације), јер се може досудити чак трос-

125 С. М. Марковић, *Пацијентно право*, Београд 1997., стр. 336–337.



труки износ накнаде штете. О уставности оваквих решења расправљао је и Уставни суд Југославије, на основу иницијативе за покретање поступка за оцену уставности, која се у образложењу позивала на то да је повређено уставно начело једнакости свих пред законом (чл. 20 Устава СРЈ), као и начело *ne bis in idem*: „Нико не може бити поново осуђен ни кажњен за дело за које је поступак против њега правноснажно обустављен, или је оптужни акт против њега правноснажно одбијен, или је правноснажном одлуком ослобођен или осуђен“ (чл. 28 Устава СРЈ).<sup>126</sup>

Ипак, ни законодавац, ни Уставни суд, а ни подносиоци иницијативе за оцену уставности оспорених законских одредаба о патентима, жиговима, узорцима и моделима, нису своју пажњу више усмерили на саму теоријску суштину и циљ казнене накнаде, јер би тада било јасно да се ова накнада по свом карактеру и правној природи битно разликује од накнаде штете. Наиме, казнена накнада је по својој правној природи врста приватне казне, различита од накнаде штете, без обзира на то што се по правилу изриче уз накнаду штете (против штетника). Стога се специјалним законима никако не би смео нарушавати смисао репарације, односно основно начело о интегралној одговорности за штету које је садржано у општем закону – Закону о облигационим односима, прописивањем да „ако је штета... проузрокована намерно, може се захтевати *њена накнада* до троструког износа обичне штете и измакле користи“ (чл. 79, ст. 2 Закона о патентима) или, још експлицитније, прописивањем да „ако је штета проузрокована намерно, *накнада штеће* може се захтевати до троструког износа стварне штете и измакле користи“ (чл. 49 Закона о жиговима; чл. 44 Закона о узорцима и моделима). На тај начин, ове законске одредбе су „у противности са самом идејом накнаде да накнада буде извор богаћења“.<sup>127</sup> Стога, идеја репарације није у томе да буде извор богаћења, али идеја приватне казне, не искључује да казнена накнада буде у одређеној мери извор богаћења. Да је законодавац разумео правну природу казнене накнаде као приватне казне, која за циљ има и индивидуалну и општу превенцију, свакако би знао категоријално да раздвоји накнаду штете од казнене накнаде и да другачије формулише одредбе о казненој накнади. Тада би језик законског текста био јасан, а одговарајући термини прецизно употребљени, што би омогућило да се законом предвиди да казнена накнада (као приватна казна) буде до три пута већа од накнаде штете, али никако да се законом предвиди да накнада штете буде до три пута већа од износа обичне штете и измакле користи. Отуда, питање законодавне политике може бити прописивање могућности досуђивања и

<sup>126</sup> Подносиоци иницијативе били су Д. Николић и С. Марковић (ИУ, 17/97, од 28. I 1997).

<sup>127</sup> М. Константиновић, „Уговорна казна...“, стр. 213.

казнена накнада поред накнаде штете, али ни тада се не би могло прописати да накнада штете буде три пута већа од причињене штете, већ то да накнада (која укључује накнаду штете и казнену накнаду) не буде већа од троструког износа стварне штете и измакле користи. Стиче се утисак да је до категоријалне конфузије у нашем праву дошло због недовољног познавања три врсте накнаде у америчком праву (накнаде штете, казнене накнаде и номиналне накнаде); премда је у једном броју федералних јединица у САД висина казнене накнаде ограничена на троструки износ накнаде штете,<sup>128</sup> то никако не значи да се (у америчком праву) може досуђивати накнада штете у троструком износу стварне штете и измаклог добитка. Уосталом, питање уставности казнене накнаде у америчком праву разматрано је пред Врховним судом САД, који је навео три фактора (између којих треба да се успостави извесна равнотежа) релевантна за оцену уставности казнене накнаде: „степен одговорности (кривице) повезан са понашањем туженог; однос између накнаде штете и износа казнене накнаде; разлика између осуде на казнену накнаду и грађанских или кривичних санкција које се могу изрећи за упоредиво недело.“<sup>129</sup>

Branko Lubarda\*

## PUNITIVE DAMAGES

### *Summary*

Punitive damages, as a kind of private penalty is to be found in several branches of American law, and it also appears as a sanction in the case of discrimination at work. The notion, legal nature and legitimacy of punitive damages presume a specific approach to civil liability, in other words, the concept of civil legal sanctions. The philosophy of reparation (the whole loss but no more) as opposed to private penalty, as the dominant approach in the European legal systems, like in Yugoslav (civil) law, resulted in abandoning private penalty, whose traces mainly survive in *clause pénale* and court penalties (*astreintes*). The evolution of liability for losses led to a kind of triumph for the idea of reparation, both in the case of subjective and with strict liability, including a trend towards the socialisation of liability. Nevertheless, the elements of private penalty persisted to a greater extent than is usually believed, because they are expressed by means of euphemisms that conceal the real nature of the penalty, e.g. pecuniary compensation for

128 E. Moller, N. M. Pace, S. J. Carroll, *op. cit.*, стр. 6.

129 *Ibidem*, стр. 40.

\* Dr. Branko Lubarda, associate profession of the Faculty of Law in Belgrade.

non-pecuniary harm, and partly also, in compensation for emotional value (*pretium affectionis*). The philosophy of reparation also led to the marginalisation of the importance of the degree of fault (subjective liability), which had certain effects on the preservation of moral values. The intrinsic function of reparation, namely, is only the elimination of loss, but not its prevention or deterrence. Whereas, the function of deterrence from causing loss has a powerfully moral effect, and it is immanent to the philosophy of private penalty as a civil sanction.

Aside of the philosophy of reparation, there is the philosophy of the explicit complementariness of reparation (compensation of loss) and retribution (private penalty). To the legal values of reparation (primarily the protection of the interests of the damaged party), one attaches the function of deterrence from causing damage that is characteristic of a private penalty, and therefore designated as exemplary compensation. Of course, of itself, this entails retaliation to a certain extent, a moral talion, especially in the form of punitive damages. The philosophy of complementariness leads to a balance between the primary functions of civil sanction, which are restitution or reparation, and the secondary function, which is private penalty (in the form of punitive damages). Nevertheless, in the theory of law, the question remains open as the legitimacy of punitive damages from the viewpoints of equity, ethics and economics. Punitive damages were practically revived in the last two decades of the XX century in different branches of (American) law. Their role became particularly significant in labour law, primarily in regard of the suppression of discrimination at work and in the case of illegal dismissal. Recent solutions in French labour law have contributed to a renaissance of private penalty in the case of a breach of a labour contract. Finally, a kind of private penalty also appears in the Yugoslav law of industrial property, but without the adequate use of terminology and the appropriate concept.

Key words: *Loss. – Damages. – Punitive Damages. – Penalty. – Legitimacy. – Discrimination.*

Branko Lubarda\*

## PEINE PRIVÉE

### Résumé

L'indemnité pénale, en tant que type de peine privée, est présente dans plusieurs domaines du droit positif américain, et apparaît aussi en tant que sanction en cas de discrimination dans le cadre du travail. La notion, la nature juridique et la légitimité de l'indemnité pénale présuppose l'existence d'un

---

\* Dr Branko Lubarda, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

contexte plus large de philosophie de la responsabilité civile c'est-à-dire du concept de la sanction civile. La philosophie de la réparation versus la peine privée, en tant que philosophie dominante dans le système juridique européen et continental, ainsi que dans le droit civil positif en Yougoslavie, a eu comme conséquence l'abandon de la peine privée qui pour l'essentiel subsiste comme une relique du passé (clause pénale, pénalité judiciaire). L'évolution de la responsabilité pour le dommage causé a conduit à une sorte de triomphe de l'idée de réparation, tant en cas de responsabilité subjective qu'objective, en incluant une tendance à la socialisation de la responsabilité. Malgré tout, des éléments de la peine privée se sont maintenus à un degrés plus élevé qu'on ne le pense traditionnellement, car ils se trouvent dissimulés dans les euphémismes de la peine: réparation pécuniaire d'un dommage non matériel, et en partie dans la réparation de valeur affective. La philosophie de la réparation a conduit à la marginalisation de l'importance du degrés de culpabilité (responsabilité personnelle), ce qui n'est pas resté sans conséquences au niveau de la préservation des valeurs morales. La réparation implique, en effet, la fonction d'éliminer mais non celle de prévenir, de dissuader de causer un dommage qui peut être empêché. Cette dernière, visant à détourner de l'idée d'occasionner un dommage, a un effet moral très fort et est immanente à la philosophie de la peine privée en tant que sanction civile.

A l'opposé de la philosophie de la réparation apparaît la philosophie de la valeur fortement complémentaire de la réparation (dommages-intérêts) et de la rétribution (peine privée). Aux valeurs juridiques et civilisatrices de la réparation (en premier lieu la protection des intérêts de la personne lésée) s'est ajoutée la fonction de dissuasion de l'idée d'occasionner un dommage que renferme en elle la peine privée, qui, de ce fait, est appelée aussi réparation exemplaire, et qui n'est pas possible sans certaines représailles tel un „talion moral“, en particulier sous forme de réparation pénale. La philosophie de la complémentarité conduit à un équilibre entre la fonction primaire de la sanction civile – restitution et réparation d'une part et, peine privée (y compris sous forme de réparation pénale) d'autre part. Pourtant, dans la théorie du droit la question de la légitimité de la réparation pénale reste ouverte du point de vue de son équité et de son caractère éthique et économique. La réparation pénale a connu une véritable renaissance dans les deux dernières décennies du XX siècle dans différents domaines du droit (américain). Elle a obtenu un rôle particulièrement important dans le domaine du droit du travail, avant tout en ce qui concerne la répression de la discrimination dans le travail et dans les cas de licenciement illégal. Cette renaissance de la peine privée est aussi le résultat des nouvelles solutions dans le droit français du travail en cas de résiliation illégale de contrat de travail. Enfin, une peine privée particulière apparaît également dans le droit positif yougoslave dans le domaine de la propriété industrielle, mais sans utilisation de termes précis et d'un concept adéquat.

Mots clés: *Responsabilité délictuelle. – Dommage. – Dommages-intérêts. – Peine privée. – Discrimination.*