

Мр Марија Караникић Мирић,

асистент Правног факултета
Универзитета у Београду

КРИВИЦА КАО ЕТИЧКИ ИЛИ ТЕХНИЧКИ ПОЈАМ*

Велики број теоретичара права сматра да је објективна кривица (faute objective, faute sociale) технички, а не етички појам. Без обзира на то да ли одсуство моралних, односно етичких елемената интерпретирају као предност или као слабост објективизираниог појма кривице, аутори се слажу да је појам објективне, то јест социјалне кривице, лишен сваке моралне конотације. Које је то обележје кривица изгубила својом објективизацијом, тако да се од етичког претворила у технички појам?

Ако је етички домен онај у коме се постављају етичка питања и ако се појам, који представља нечији одговор на једно етичко питање, квалификује као етички, онда припадност тог појма етичком домену не може да зависи од садржине одговора на етичко питање. Другим речима, до квалификације једног схватања као аксиолошки неутралног не може се доћи на основу његове садржине. Аутори који тврде да је субјективно схватање о кривици етичко, а објективно схватање о кривици техничко, то јест аксиолошки неутрално – ову своју тврдњу заснивају на властитом етичком или моралном суду о одговорима на одређена, неспорно етичка питања.

Установа одговорности за причињену штету представља интервенцију правног поретка у редован ток ствари. У изостанку интервенције некаквог људског поретка (правног, моралног), последице онога што нас је задесило сносимо сами, биле те последице добре биле лоше. Међутим, правни поредак не интервенише увек када до штете дође. Одлука о томе када треба извршити прерасподелу штетних последица једног догађаја има јасну аксиолошку конотацију. У том смислу ни установа одговорности, ни објективна кривица као њен основ, не могу бити технички, то јест вредносно неутрални појмови.

Кључне речи: *Објективна концепција кривице. – Субјективна концепција кривице. – Објективна кривица као аксиолошки неутралан појам.*

* Рад се објављује у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски, политички и социолошки аспекти.*

1. ИДЕЈА О ОБЈЕКТИВНОЈ КРИВИЦИ КАО ТЕХНИЧКОМ ПОЈМУ

Један број теоретичара права истиче да је објективна кривица (*faute objective, faute sociale*) технички, а не етички појам. Објективизирани појам кривице, који подразумева да је крив онај ко погрешно поступа, за њих је лишен моралне конотације. Ово је схватање аутора који иначе заступају субјективну концепцију кривице, али и оних који у кривици виде један социјални факт. Примера ради, овом корпусу идеја припада Танково (Tunc) схватање да одговорност заснована на кривици нема никакву инхерентну моралну вредност: правни појам кривице веома се разликује од појма кривице у моралу.¹

Танк даље тврди да улога суда није да суди човеку и стању његове душе, него да, између осталог, чува друштво од антисоцијалног понашања. Судска одлука о штетниковој кривици увек је заснована на разлозима социјалне политике.² Поједини писци сматрају да разлози социјалне политике имају значаја већ при утврђивању узрочне везе, као једног од услова одговорности за сопствени чин. Тако Фон Бар (*Von Bar*) указује да при утврђивању узрочне везе између штетникове радње и штетне последице, судови европских држава узимају у обзир вероватноћу наступања штете, предвидљивост штете, скривљеност штетниковог поступања, врсту штете за коју се одговара, противправност штетникове радње односно заштитни циљ норме која је повређена штетном радњом, као и захтеве социјалне политике.³ Степлтон (*Stapleton*) сматра да након утврђивања такозване минималне или фактичке узрочне везе, то јест историјског, материјалног учешћа штетникове радње у наступању штетне последице, судијско резонување прелази на терен обима одговорности (*scope of liability*), а ту су релевантни једино разлози социјалне политике.⁴

Карвал (*Carval*) истиче неколико предности објективне, то јест социјалне кривице.⁵ Те предности су, пре свега, *практичне* природе: концепција социјалне кривице поставља у исту позицију све оне ош-

¹ „Contrairement à un sentiment largement répandu, la responsabilité pour faute n'a aucune valeur morale inhérente, du fait que le concept juridique de faute se trouve très éloigné du concept moral.“ A. Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, Paris 1999², 108.

² A. Tunc, 108–109.

³ C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, Volume Two, Oxford University Press, Oxford 2000, 473 и даље.

⁴ J. Stapleton, *Perspectives in Causation*, у: J. Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, Oxford University Press, Oxford 2000, *passim*.

⁵ S. Carval, *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, Presses Universitaires de France, Paris 2001, 199.

тећенике којима је штета проузрокована противправним актом.⁶ Поред тога, схватање о кривици као погрешном поступку има својих *стратешких* предности: оно ојачава установу субјективне одговорности пред плимом одговорности засноване на створеном и одржаваном ризику. На крају, предност социјалне кривице је и *теоријска*: идеја о кривици као социјалном факту ослобађа правни појам кривице од сваке архаичне моралне конотације. И Турно (*Tourneau*) сматра да је објективизирана кривица технички пре него етички појам и да је, као такав, појам кривице лишен сваке моралне конотације.⁷

У монографији *Имовинска одговорност и њен досег*, Радишић започиње излагање о одговорности по основу кривице анализом субјективне концепције кривице, по којој се кривица огледа у личном укору оног субјекта чије је понашање довело до штете.⁸ Субјекту се упућује прекор стога што је у датој ситуацији требало да поступи другачије и могао је то да учини, то јест зато што је погрешно, а није морао да греш. У овој конструкцији кривица представља унутрашњи однос једног лица према сопственом противправном чину; она је грешка у вољи онога ко је себи допустио противправну радњу коју је могао да избегне.⁹ Одговорност субјекта који се оглушио о заповест, иако је могао да поступи у складу с том заповешћу, јесте самоекспликативна. Она се изводи из човечијег достојанства и представља природни закон, односно елементарни захтев правичнос-

⁶ По свему судећи, Сузан Карвал овде мисли на противправне акте у ужем смислу – дакле, на оне акте који представљају оглушење о постојећу правну норму, укључујући и општу обавезу пажљивог и разумног поступања. Овакав однос противправности и кривице предложен је и одредбом чл. 1353. француског Преднацрта реформе облигационог права. В. *Avant-projet de reforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22. Septembre 2005. Извор: *La Documentation française*, доступно на: <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000622/0000.pdf>. Треба подвући да је ово схватање противправности далеко уже од Радишићеве концепције противправности, по којој су противправни и они поступци који су противни смислу одређеног закона, као и акти који су противни моралним начелима. Cf. Ј. Радишић, *Облигационо право. Општи део*, Номос, Београд 2004⁷, 221. Поред тога, у конструкцији коју прихвата Сузан Карвал противправност штетне радње није засебан услов одговорности који би се могао захтевати упоредо с кривицом.

⁷ Р. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats 2006/2007*, Dalloz, Paris 2006, 18.

⁸ Ј. Радишић, *Имовинска одговорност и њен досег*, Институт друштвених наука, Београд 1979, 36–40. Ова своја схватања Радишић формира анализирајући аргументе правних писаца немачког говорног подручја, међу којима су Karl Larenz, Adolf Schnitzer, Josef Esser, Geza Marton, Wolfgang Fikentscher, Karl Oftinger, Emil W. Stark.

⁹ Ј. Радишић, „Противправност као засебан услов грађанске одговорности“, у зборнику: *Критика у правој науци. Зборник у част професора Стевана Врачара поводом његове 75. годишњице, Анали Правног факултета у Београду*, 1–4/2001, 551.

ти. С друге стране, објективизација појма кривице значи да се кривица везује за један технички стандард, а не за морални суд о вредностима: објективизација кривице значи прихватање идеје о такозваној социјалној кривици, која се не мора подударати са штетниковом личном представом о правоваљаности властитог понашања и о његовим последицама. Овако схваћена кривица „више није етички, већ социјални појам, који подразумева одступање од узора понашања које друштво захтева од појединца ради заштите других.“¹⁰

Без обзира на то да ли одсуство моралних односно етичких елемента интерпретирају као предност или као слабост објективизираниог појма кривице, сви наведени аутори се слажу да је појам објективне, то јест социјалне кривице лишен сваке моралне конотације. У том смислу су браћа Мазо (*Mazeaud*), међу првим заговорницима идеје о кривици као социјалном факту у француској правној доктрини, сматрала да је чињеница да се кривица у грађанском праву условљава штетниковом способношћу за расуђивање, последица недопустиве конфузије два појма: кривице у моралу и кривице у грађанском праву.¹¹ Штавише, они су сматрали да је морални суд о другоме немогућ, јер су подаци на основу којих би тај суд требало донети несазнатљиви. Стога је илузорно, и у неку руку варварско, и само утврђивање кривице као основа одговорности на начин на који се то чини у кривичном праву.¹²

2. МОЖЕ ЛИ ПОЈАМ КРИВИЦЕ ДА БУДЕ АКСИОЛОШКИ НЕУТРАЛАН?

Значајан број правних писаца сматра да је објективна концепција кривице аксиолошки неутрална, а да се за субјективну концепцију кривице то не може рећи. Њихова метатеоријска позиција почива на следећим тезама: (1) Објективна (социјална) кривица представља технички појам, без икакве моралне или етичке конотације. (2) Насупрот аксиолошки неутралној, објективној кривици, стоји неспорно морално или етички конотирана субјективна кривица.

¹⁰ Ј. Радишић, (1979), 39.

¹¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome 1, 6^e édition, Libraire du recueil Sirey, y: S. Carval, *La construction de la responsabilité civile*, Presses Universitaires de France, Paris 2001, 213.

¹² *En matière pénale, il s' imagine proportionner la sanction, en partie du moins, à la gravité morale de la faute. S'il réfléchit quelque peu, il comprend que c'est une pure illusion, et que c'est essentiellement dans un esprit de police que depuis des siècles, et aujourd'hui encore, il administre des peines aux délinquants, dans un ensemble pénitentiaire qui a toujours semblé barbare aux plus clairvoyants. En matière civile, comment peut-il conserver cette illusion?* H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, 212.

Да ли је наведено схватање о схватањима о кривици концептуално одрживо? Идеја да схватање о кривици као психолошком факту носи у себи некакве моралне импликације, којих у схватању о кривици као социјалном факту нема, отвара питање – у чему се огледа аксиолошки значај субјективне кривице односно на чему се заснива тврдња да је објективна кривица аксиолошки неутрална? Другим речима, које је то обележје кривица изгубила објективизацијом, тако да се од етичког претворила у технички појам?

Сваки исказ о кривици подразумева вредновање – било штетниковог поступка као *погрешног*, било штетникове воље као *зле* или *слабе*. Теза о аксиолошкој неутралности објективне кривице значи да суд о штетниковом поступку као погрешном није вредносни суд, односно да је штетниково поступање скривљено зато што је погрешно у некаквом техничком смислу. Међутим, аутори који инсистирају на аксиолошкој неутралности објективне кривице, подвлаче на другој страни разлику између погрешног поступања (*faute*) и просте грешке или омашке у поступању (*erreur*). Примера ради, за самог Танка кривица представља понашање које завређује друштвену осуду (*la conduite socialement blâmable*), насупрот омашки која се – нарочито у индустријализованом свету – дешава и разумном и пажљивом човеку.¹³ Како онда разумети тврдњу да је објективна кривица технички појам?

Неовисно од тога шта је предмет евалуације – штетников поступак или штетниково ментално стање – вредновање је могуће извршити без позивања на моралне норме и моралне разлоге. Примера ради, штетников поступак се може евалуирати са становишта економске ефикасности, а штетниково ментално стање може бити предмет медицинске процене, која нема никакву аксиолошку конотацију. С друге стране, сам штетников поступак може бити предмет вредновања са становишта консеквенцијалне или утилитарне етике. Дакле, поступак може бити вреднован према последицама до којих је довео, без икакве референце на штетникова ментална стања, садржину његове свести и квалитет његове воље.

С тим у вези, треба имати у виду да је сама установа одговорности за причињену штету по својој природи консеквенцијална.¹⁴ Од-

¹³ *La faute est un écart de conduite par rapport à ce qu'eût fait un bon père de famille. C'est un comportement. C'est la conduite socialement blâmable. [...] Le mot erreur, au contraire, est utilisé ici pour désigner toutes les méprises, inadvertances, relâchements d'attention, réactions malheureuses à un événement imprévu, qui ont toujours été le lot de l'activité humaine, mais qui, aujourd'hui, dans les nations industrialisées, sont la source de la plupart des dommages. De telles erreurs, normalement, n'impliquent aucun choix, sauf parfois une choix purement réflexe, dans lequel l'agent n'a pas le sentiment qu'il ait engagé sa liberté ni même sa personnalité.* A. Tunc, 115.

¹⁴ Термин консеквенцијализам (*consequentialism*), као назив за етичке теорије које имају историјски корен у утилитаризму, сковала је Елизабет Анскомб (*Elizabeth Anscombe*) у свом чланку „Modern Moral Philosophy“, *Philosophy*, 1958/33, 1–19.

говорност представља коначну расподелу једном изазваних штетних последица. Бити одговоран за сопствени чин значи сносити последице властитог поступка. Тако, бити правно одговоран за проузроковану штету значи сносити правне последице чињенице да је штета проузрокована. Заснивање имовинскоправне одговорности условљено је наступањем штетних последица једног догађаја: лице чији поступак можда завређује моралну осуду, не може бити одговорно ако није изазвало последице које се у једном правном систему квалификују као штета. Одговорност се не може засновати ни онда када су штетне последице изостале сасвим случајно, или противно намерама потенцијалног штетника.¹⁵ Установа одговорности за проузроковану штету не располаже инструментима којима би се као лош означио било штетников поступак, било његов психички однос према сопственом поступку, ако као последица штетниковог поступања *није* наступила штета по другога. Другим речима, у оним ситуацијама у којима је штетна последица макар случајно изостала, установом одговорности за проузроковану штету се не може извршити евалуација било поступка, било психичког односа једног лица према властитом чину.

У расправи о објективној кривици се често губи из вида да, и када се о нечијем поступку суди искључиво према последицама тог поступка, суд који се на овај начин формира јесте *вредносни* суд. Оцена поступка према квалитету његових последица израз је утилитарне или консеквенцијалне етике, која је уграђена у сам концепт правне одговорности за проузроковану штету, будући да ова установа нема инструменте којима би вредновала поступак код којег су штетне последице макар случајно изостале. Дакле, идеја о *техничком* карактеру објективне и *етичком* карактеру субјективне кривице не може се бранити тезом о некаквом инхерентно техничком карактеру евалуације људских поступака односно инхерентно етичком карактеру вредновања менталних стања људи.

3. ОБЈЕКТИВНА КРИВИЦА КАО ПОЈАМ С ЕТИЧКОМ КОНОТАЦИЈОМ

Ако је етички домен онај у коме се постављају *етичка питања* и ако се појам који представља нечији одговор на једно етичко пи-

¹⁵ Ово не важи за све правне системе. На пример, у енглеском праву постоје појединачни грађанскоправни деликти код којих није неопходно да оштећеник претрпи штету да би се утврдила штетникова одговорност (*harmless wrongs*). Пример за такав грађанскоправни деликт је *trespass*. Оштећеник који докаже да су испуњени сви услови за заснивање штетникове одговорности, али не докаже да је сâм из тога претрпео штету, имаће право само на номиналну накнаду (*nominal damages*).

тање квалификује као *етички*, онда припадност појма етичком домену не може да зависи од садржине одговора на ово етичко питање. Другачије речено, одговор на метапитање о томе да ли је наш концепт кривице етички не може да зависи од садржине одговора на неко претходно, у основи етичко питање.

Примера ради, као етичко обележје субјективне кривице наводи се да субјективна теорија кривице налаже да се при одлучивању о томе како је штетник *требало* да поступи узме у обзир како је штетник *могао* да поступи у конкретном случају.¹⁶ Другим речима, субјективна концепција кривице подразумева да се штетничково понашање – а у једној крајње субјективизираној конструкцији: штетничково *умно понашање* – може квалификовати као погрешно једино ако је штетник *in concreto* могао да поступи на начин који би се сматрао исправним. У овом примеру питање о томе да ли се штетничков поступак може квалификовати као погрешан и онда када штетник *in concreto* није био у стању да поступи исправно – без сумње представља једно етичко питање. Одговор на њега не може бити аксиолошки неутралан. Ипак, у правној теорији се по правилу тврди (1) да је субјективни концепт кривице, онај који налаже да се на наведено етичко питање одговори потврдно, инхерентно *етички* концепт; а (2) да је објективни концепт кривице, онај који налаже да се на исто етичко питање одговори негативно, чисто *технички* концепт.

Изложена метатеоријска позиција је концептуално неодржива. Постоји један корпус питања која спадају у домен етичког или моралног, па се одређено схватање квалификује као етичко или морално на основу саме чињенице да представља нечији одговор на неко од етичких питања. До квалификације једног схватања као *аксиолошки неутралног* не може доћи на основу садржине тог схватања, односно на основу садржине одговора на питање које је по себи етичко. Аутори који тврде да је субјективно схватање о кривици етичко, а објективно схватање о кривици техничко то јест аксиолошки неутрално, ову своју тврдњу заснивају на сопственом етичком или моралном суду о одговорима на одређена, неспорно етичка питања. Примера ради, као етичка се квалификује концепција кривице која придаје значај стварним способностима конкретног штетника, док се као техничка квалификује концепција кривице која на исто етичко питање одговара негативно, па штетничковим стварним способностима не придаје никакав значај. Етичким се сматра узимање у обзир штетничкових физичких и менталних недостатака, а при том се губи из вида да схватање да су штетничкови лични недостаци ирелевантни не може бити аксиолошки неутрално – оно несумњиво *јесте* етички

¹⁶ H. Koziol, *Fault under Austrian Law*, у: P. Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer, The Hague, London, New York 2005, 12.

или морални суд о значају штетникових физичких или психичких недостатака код утврђивања начина на који је штетник требало да поступи.

Морална димензија кривице се по правилу везује за идеје (1) да штетникове личне особине треба да утичу на садржину мерила штетникове кривице; (2) да потреба да се штетник казни за скривљено поступање претеже над потребом да се оштећеник постави у позицију у којој би био да му штета није причињена; (3) да суд о томе шта је *требало* учинити, треба условити претходним одговором на питање шта се *могло* учинити у конкретном случају. Међутим, идеје које се од наведених разликују једино по садржини или исходу представљају у основи различите одговоре на једна те иста етичка питања. Због тога је неодржива тврдња да су аксиолошки неутралне идеје (1) да личне особине одређеног штетника не (треба да) утичу на садржину мерила његове кривице; (2) да је примарни циљ утврђивања одговорности репарација, а не кажњавање;¹⁷ (3) да се може рећи да је штетников поступак погрешан, иако штетник *in concreto* није могао да поступи на начин који би се сматрао исправним.

Морална димензија се по правилу приписује теоријском схватању да исказ о кривици представља суд о штетниковом *менталном стању*. Међутим, из тога не произлази закључак да је техничко односно аксиолошки неутрално оно схватање по коме исказ о кривици представља суд о штетниковом *поступку*. Правна теорија прави јасну разлику између грешке у техничком смислу и поступка који је погрешан због тога што одступа од основано очекиваног. Оне ситуације у којима је учесталост техничких погрешака нарочито велика, подводе се у савременим правним системима под режим објективне одговорности. У нашем праву до овога долази законодавном интервенцијом¹⁸ или тако што суд, који је на то овлашћен одредбом чл. 173. Закона о облигационим односима, квалификује одређену ствар или делатност као опасну, после чега се за штету од ове ствари или делатности одговара без обзира на кривицу.

Поред тога, сама Танкова теза да улога суда није да суди човеку и стању његове душе, него да чува друштво од социјално неприхватљивог понашања, подразумева да суд треба претходно да утврди

¹⁷ Избор овог или неког другог циља је превасходно политички избор и, као такав, он се не може поткрепити правним разлозима. Реч *политички* се овде користи на начин на који је Танк (*Tunc*) користи када говори о разлозима социјалне политике, које суд узима у обзир при доношењу одлуке о штетниковој кривици. Ту се мисли на етимолошко значење речи *политичко* – оно које се тиче полиса (*ce qui concerne les affaires de la cité*). А. Tunc, 109. У енглеском језику овоме би одговарао појам *policy*, а не појам *politics*.

¹⁸ В. Закон о одговорности произвођача ствари с недостатком, *Службени гласник РС*, бр. 101/05.

да ли је конкретно штетниково понашање неприхватљиво за друштво. Евалуација штетниковог понашања у аналитичком смислу *претходи* реакцији друштва на понашање које је процењено као антисоцијално. Ово вредновање штетниковог понашања не може бити аксиолошки неутрално.

4. ЗНАЧАЈ ПОЈМА ОСНОВАНИХ ОЧЕКИВАЊА

Садржина појма кривице у моралу далеко превазилази ову праву, па се на овоме месту не може изнети дубље заснована тврдња о томе да ли се појам кривице у праву и у моралу употребљава на исти начин.¹⁹ Међутим, евентуално разилажење појмова кривице у праву и у моралу не значи да правни појам кривице нема вредносну конотацију. Поред тога, и самој чињеници раздвајања кривице у праву од кривице у моралу може се приписати одређени морални значај.

Било да се на основу исказ о кривици суди о начину на који је штетник поступио, било да овај исказ представља суд о штетниковом менталном стању, он не може бити вредносно неутралан. Када утврђује да ли је штетников поступак био погрешан, суд не испитује да ли је штетник направио омашку у техничком смислу, већ вреднује штетниково поступање као друштвено неприхватљиво.

Суд процењује друштвену прихватљивост штетниковог поступка да би утврдио да ли је штетник крив и последично одговоран за штету коју је проузроковао. Вреднујући начин на који је штетник поступио, суд не тражи одговор на некакво отворено морално питање – суд се не пита шта је у начелу добро и како у начелу треба поступати. Евалуација штетниковог поступка у сврху утврђивања његове кривице дубоко је укорењена у чињенични контекст. Ова евалуација је каналисана (1) инструкцијама које је у том погледу дао законодавац,²⁰ као и (2) основаним очекивањима друштва према свакоме ко се нађе у ситуацији попут штетникове.

Основана очекивања друштвене заједнице служе као мерило штетниковог поступања и повезују начин на који је суд *раније* вредновао понашања штетника и начин на који то суд чини *сада* – у овом,

¹⁹ О појмовима кривице и греха, в.: P. Esmein, „La faute et sa place dans la responsabilité civile“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, 482–483.

²⁰ Овакве смернице су, примера ради, предложене одредбом чл. 127. Скице за законик о облигацијама и уговорима, односно одредбама чл. 1352. француског Преднацрта реформе облигационог права. Као пример се може навести и одредба чл. 164. нашег Закона о облигационим односима, по којој се онај ко је био дужан да надзире лице које није способно за расуђивање, ослобађа одговорности за штету коју ово лице проузрокује, ако докаже да је вршио надзор на који је обавезан, или да би штета настала и при брижљивом вршењу надзора.

конкретном случају. Из саме чињеница да су судови у прошлости поступали на одређени начин не произлази правна обавеза за суд који процењује понашање конкретног штетника. Међутим, непромењена друштвена очекивања према разумном и пажљивом човеку у фактичкој ситуацији у којој се нашао конкретан штетник, делују кохезивно на поступање судова: *основана друштвена очекивања* представљају везу између онога што су судови радили раније и онога што сада чине.

У начину на који судови поступају утврђујући штетникову кривицу постоји одређена конзистентност; судови показују склоност да као скривљено квалификују понашање одређене врсте. Шта чини сва скривљена понашања *понашањима исте врсте*? Уочена уједначеност у понашању судова је чињеница, а појам *основаних друштвених очекивања* може бити од користи при интерпретацији ове чињенице. Наиме, не постоји законска норма која непосредно обавезује суд који утврђује кривицу да учини исто што и судови пре њега. Начело једнаког поступања у истим стварима није више (нити мање) од начела: конкретан штетник се не може позвати на чињеницу да је у неком претходном, а битно сличном случају суд утврдио да штетник није крив. Другим речима, ниједна од страна у спору не може издејствовати повољан исход простим позивањем на начело једнаког поступања. Ово, међутим, не значи да се не могу правити разумна предвиђања начина на који би суд могао да поступи у сваком наредном случају. Овакво је предвиђање могуће уколико смо у стању да издвојимо нормативни елемент досадашње праксе. Праксу судова у том смислу објашњава концепт основаних друштвених очекивања. Другим речима, сва *скривљена понашања* јесу *понашања исте врсте* стога што је у свим овим понашањима суд нужно препознао девијацију од онога што се у једном друштву основано очекује од разумног и пажљивог човека.

5. МОЖЕ ЛИ ОДГОВОРНОСТ ДА БУДЕ АКСИОЛОШКИ НЕУТРАЛНА?

Установа одговорности за причињену штету представља интервенцију правног поретка у редован ток ствари. Под редовним током ствари овде се мисли на чињеницу да редовно, у изостанку интервенције некаквог људског поретка (правног, моралног), последице онога што нас је задесило носимо сами, биле те последице добре биле лоше. Сами подносимо болест која погоди наше тело или штету која се деси на нашим стварима. Сами уживамо предности сопственог здравља или случаја да смо рођени у просперитетном социјалном окружењу. Другачије речено, редован след ствари подразумева да случај шкоди или погодује ономе коме се догодио.²¹ Установа одго-

²¹ *Casum sentit is quem tangit*. Sec. Gaius – D. 13, 6, 18.

ворности представља средство којим правни поредак интервенише у редован ток ствари тако што пребацује штетне последице једног догађаја с лица које је тим догађајем иницијално погођено на лице које је за ове штетне последице одговорно. Дакле, редован или природан ток ствари подразумева да нам се ствари догађају; а право у ове догађаје понекад интервенише тако што врши прераспodelу њихових имовинских последица.

Међутим, правни поредак не интервенише у редован ток ствари увек, то јест не врши прераспodelу последица сваког догађаја. У аналитичком смислу, интервенцији правног поретка у ток ствари претходи одлука о томе код којих догађаја *треба* интервенисати. О овоме се не одлучује *ad hoc*, сваки пут када до штете дође. Одлука о томе када треба извршити прераспodelу штетних последица једног догађаја доноси се на општем нивоу, а манифестује се у законским одредбама о условима и основима одговорности. У темељима уставне одговорности за проузроковану штету налази се начелно, етичко питање о томе ко треба да сноси коначне имовинске последице штетног догађаја.²²

Из овога произлази да ниједна врста одговорности за причињену штету не може бити аксиолошки неутрална: без обзира на то који јој је основ, свака одговорност подразумева претходно одређење о томе када и под којим условима штетне последице једног догађаја не треба да сноси онај коме су се догодиле, него онај ко их је изазвао. Ни одговорност која се заснива на пукој узрочној вези између радње и штетне последице, није вредносно неутрална. Она подразумева претходну начелну одлуку да свако треба да сноси последице сопствених поступака, односно да коначни ефекти штетног догађаја треба да погоде онога ко их је изазвао. Нема ничег инхерентног каузалитету што би налагало да се ова одлука донесе: она представља друштвени избор, уместо којег се могло изабрати да свака штета неповратно погађа самог оштећеника, или да је за штету одговоран онај ко је по најнижој цени могао да спречи њено наступање, или онај ко јој се највише обрадовао. На крају, ако одговорност која се заснива на пуком каузалитету није техничко питање, онда се то још мање може рећи за одговорност засновану на објективној или социјалној кривици.

Ни инсистирање на симетричној дистрибуцији добрих и лоших последица једног догађаја не може да прикрије чињеницу да установа одговорности увек одражава претходни етички избор. Наиме, поједини аутори сматрају да постоји симетрија између (1) *осуде* која нам у форми наметања одговорности следује када причинимо штету, и (2)

²² *The question of who has to bear the loss has to be answered on the basis of the value judgements which are at the root of the tort law.* H. Koziol, „Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/1998, 119.

заслуга чије приписивање очекујемо када су ефекти наших поступака позитивни.²³ Очекујемо да нам се призна ауторство над властитим постигнућима и зато треба да прихватимо осуду за штетне последице властитог чина.²⁴ Симетрија између заслуга за позитивне и одговорности за негативне резултате сопственог чина, требало би да овај аранжман учини вредносно неутралним. Међутим, само разликовање заслуга од осуде имплицира вредносни суд. Исто важи за поделу последица на добре и лоше. Поред тога, вредносну конотацију има сама идеја да нам се може приписати једино оно што смо проузроковали – а не, примера ради, оно што смо прижељкивали и чему смо се надали.

Дакле, установа одговорности представља интервенцију правног поретка у редован ток ствари. Одговорност је средство за редистрибуцију штетних последица једног догађаја: уместо да буду оптерећење за онога кога су иницијално погодиле, штетне последице се у крајњем исходу стављају на терет одговорном лицу. Међутим, правни поредак не интервенише увек када до штете дође. Одлука о томе када треба извршити прерасподелу штетних последица једног догађаја, има јасну вредносну конотацију. Ова одлука се манифестује у законским одредбама којима су прописани основи и услови одговорности. У том смислу ни објективна (социјална) кривица као основ одговорности, не може бити технички, то јест аксиолошки неутралан појам. У правни појам кривице увек је уграђен вредносни суд о томе под којим условима и из ког разлога правни поредак треба да изврши прерасподелу штетних последица једног догађаја.

Marija Karanikić Mirić, LL.M.

Assistent

University of Belgrade Faculty of Law

FAULT AS ETHICAL OR TECHNICAL CONCEPT

Summary

A large number of legal theorists believe the objective fault (*faute objective, faute sociale*) to be technical, not ethical concept. Regardless of whether they interpret the lack of moral or ethical elements as an advan-

²³ У правној одговорности у овом смислу постоји асиметрија: установа одговорности је средство за прерасподелу терета, али она није средство за прерасподелу заслуга.

²⁴ T. Honoré, „Responsibility and Luck“, *Law Quarterly Review*, 104/1988, 530–553.

tage or weakness of objectivised concept of fault, the authors agree that the concept of objective, *i.e.* social fault is deprived of any moral connotation. Which attribute did the fault forfeit by its objectivation that turned it from an ethical into a technical concept?

Ethical domain is the one in which ethical questions are being asked. Every concept that embodies someone's reply to an ethical question qualifies as ethical concept. Whether one concept pertains to the ethical domain or not, cannot be judged upon its content: an idea cannot be qualified as axiologically neutral based on its content.

Civil liability represents an intervention of the law into natural course of things. In the absence of intervention by means of some human order (legal, moral), everyone bears the consequences of an act that was brought upon him, regardless of these consequences being good or bad. However, the law does not intervene whenever the damage is inflicted. Any decision on when harmful consequences of an act should be redistributed, has a clear axiological connotation. In other words, neither civil liability nor objective fault as the ground for it may be considered free from values and value judgements.

Key words: *Objective conception of fault. – Subjective conception of fault. – Objective fault as axiologically neutral concept.*