

Ана Одоровић, мастер*

Harold Winter, *Issues in Law & Economics*, The University of Chicago Press, Chicago – London 2017, 240.

Иза врло општег и неодређеног наслова последње књиге Харолда Винтера крије се непретенциозна намера аутора „да пренесе своје искуство предавања економске анализе права на Универзитету Охајо (*Ohio University*) студентима који не поседују неопходна знања из микроекономије, статистике и математике“. Међутим, ако је судити по садржини а не по корицама, Винтер је настојао да премости термилошке баријере између правника и економиста и да покаже да оне не морају и да не смеју бити сметња истински интердисциплинарном приступу решавања актуелних друштвених проблема и „горућих“ правних питања. То је само по себи амбициозан подухват – сложиће се правници и економисти који се најбоље разумеју око тога да се не разумеју, чак и када говоре о истим стварима.

Иако је, чини се, вредност ове књиге пре свега методолошке природе, управо је Винтеров наизглед насумичан одабир правних питања оно што може да заинтригира читалачку публику. Да ли треба омогућити продају људских органа? Да ли ће дељење фајлова на интернету уништити музичку индустрију? Да ли судије дискриминишу приликом изрицања казне? Те и сличне друштвене контроверзе аутор вешто користи да читаоца избаци из његовог уобичајеног интелектуалног колосека и да га упозна са најзначајнијим налазима економске анализе стварног, облигационог и кривичног права. Структура књиге прилагођена је изабраним правним питањима која су груписана према областима права. У оквиру сваког питања аутор следи једнообразну структуру. Најпре нас упознаје са чињеницама стварног случаја, чија анализа покреће занимљиву правну полемику, а затим се та полемика спонтано и луцидно преноси на терен економске анализе, тако да читалац правник готово не примети да је изгубио свој „догматски штит“.

* Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, ana.odorovic@ius.bg.ac.rs.

Пре упуштања у анализу занимљивих правних случајева који чине срж његовог дидактичког приступа, Винтер укратко објашњава три најважније функције економске анализе права. Прва функција је дефинисање правног проблема кроз призму избора с којим се суочавају појединци, односно предвиђање њихове корисности и трошкова који произилазе из примене неке правне норме. Друга функција подразумева емпиријску верификацију теоријских хипотеза – одговор на питање да ли у стварном свету опажамо корисности и трошкове које предвиђа теоријски модел и одмеравање њиховог релативног значаја. Коначно, трећа функција, која је често имплицитно садржана у претходне две, јесте давање препорука у погледу садржине и примене права. Аутор читаоца истовремено упознаје са ограничењима са којима се уобичајено суочава економска анализа права, пре свега у погледу поузданости емпиријских налаза, као и неисцрпном полемиком о томе да ли максимизација друштвеног благостања треба да буде једини критеријум према коме се оцењује пожељност појединих исхода.

У првој целини, која обухвата питања која спадају у сферу својинских права, аутор настоји да илуструје фундаменталан принцип економске анализе: ефикасна је она алокација ресурса (права) која подразумева да се они користе тамо где је вредност њихове употребе највећа. Судска одлука коју Винтер користи као пример тиче се спора једног пацијента и његовог лекара у вези са тим да ли је лекар имао право да користи ћелије пацијента за своја научна истраживања. Економска анализа доводи до помало изненађујућег закључка да, са становишта максимизације друштвеног благостања, није битно коме ће суд досудити право на ћелије, пацијенту или лекару. Докле год је то право јасно одређено и у слободном промету (основна претпоставка Коузове теореме),¹ узајамна корист од размене ће довести до тога да оно буде употребљено тамо где има највећу вредност, а то је у овом случају истраживање за потребе развијања нових медицинских третмана. На тој линији аргументације аутор објашњава зашто је ефикасно допустити слободан промет људских органа – та на први поглед друштвено неприхватљива пракса омогућила би да и донори и примаоци увећају своје благостање путем размене, што истовремено значи већи број спасених живота.

Налаз да алокација права од стране суда ипак није увек без значаја за ефикасност исхода произилази из чињенице да у многобројним ситуацијама постоје високи трансакциони трошкови који су препрека размени. Винтер се осврће на тај други предуслов примене Коузове теореме, разматрајући спор између два хотела који он

¹ Ronald Coase, „The problem of social cost“, *The Journal of Law and Economics* 56(4)/2013.

шаљиво назива „спором поводом права на Сунце“, јер је изградњом једног хотела заклоњено Сунце другом. Аутор објашњава да у условима високих трансакционих трошкова за ефикасност исхода може да буде корисно да суд, осим додељивања права, унапред одреди накнаду штете коју ће платити друга страна у случају повреде.

Занимљиво је да је висина трансакционих трошкова кључна за анализу једног сасвим различитог правног питања – оправданости експропријације. Начелно посматрано, експропријација омогућава да се ресурси преселе тамо где имају највећу вредност онда када високи трансакциони трошкови преговарања државе са великим бројем индивидуалних власника онемогућавају функционисање слободног тржишта. Насупрот томе, замена тржишног механизма нетржишним, одређивањем правичне накнаде за власнике чија су права предмет експропријације, истовремено представља опасност да ресурси буду употребљени тамо где имају мању вредност. Та опасност се јавља уколико је компензација мања од оне која би била успостављена на тржишту.

У оквиру дела књиге који се односи на својинска права, Винтер такође укратко сумира економску суштину ауторских права. Анализирајући одлуку суда да забрани рад једног интернет портала за размену музичких садржаја (тзв. *Peer-to-peer*), аутор јасно илуструје везу између подстицаја за стварање музичког или другог ауторског дела, с једне стране, и тржишне моћи, с друге стране. Интересантно је да емпиријска истраживања показују да је илегална размена музичких садржаја на интернету довела до пада прихода у музичкој индустрији, али да се то није нужно одразило на подстицаје музичара да стварају ауторска дела. На основу тога се закључује да сузбијање технологије за размену музичких садржаја није нужно пожељно јер, у крајњој линији, циљ ауторског права није да омогући стварање тржишне моћи – то се само чинило као неизбежна последица.

У другом, посебно интересантном делу, који представља увод у економску анализу уговора, Винтер нуди свежу перспективу посматрања два питања која представљају предмет неисцрпних расправа и у правној науци. Прво питање се тиче услова за једнострану раскид уговора и накнаде штете на коју има право друга страна. Реч је о раскиду до кога долази из чисто опортунистичких мотива – страна у уговору, најчешће продавац, може да оствари већи профит ван уговорног односа. Насупрот принципу *pacta sunt servanda*, према коме уговор начелно увек треба извршити, економска анализа уводи појам ефикасног раскида уговора. Раскид је друштвено пожељан у мери у којој ће добра завршити у рукама треће стране која их вреднује више од купца из уговора, те је стога спремна да плати вишу цену. Кључно

питање је који вид накнаде уговорне штете подстиче ефикасан, а одвраћа неефикасан раскид уговора. Испоставило се да је то она накнада штете која другу страну ставља у позицију као да је уговор извршен, због чега ће она у крајњој инстанци бити индиферентна између извршења и раскида (*expectation remedy*). Интересанто, то је управо онај вид накнаде који би стране саме предвиделе у уговору да су могле да предвиде све будуће околности. Насупрот томе, друга два вида накнаде штете могла би да подстакну и неефикасан раскид уговора. Реч је о накнади штете која другу страну ставља у позицију као да уговор није ни закључен (*reliance remedy*) или јој само омогућава да поврати вредност онога што је уступила другој страни извршењем своје уговорне обавезе. Коначно, аутор се осврће на важну расправу да ли судови начелно треба да досуђују накнаду штете или принудно испуњење уговорне обавезе (*specific performance*). У условима када утврђивање накнаде штете за суд ствара високе трошкове, а трансакциони трошкови преговарања су ниски, суд треба да досуди принудно испуњење јер то не спречава продавца да у крајњем исходу понуди купцу накнаду чија вредност превазилази вредност испуњења.

Друго важно питање уговорног права јесте расправа о томе да ли суд треба да прогласи ништавом уговорну одредбу коју сматра неправичном, односно која ствара непропорционално оптерећење за једну уговорну страну. Правни институт англосаксонског права на који се аутор позива (*uncoscionability*) у својој суштини подразумева да неука страна у уговору није могла да разуме последице такве уговорне одредбе. Економска анализа истиче две опасности у примени тог института. Пре свега, поставља се питање да ли је неука страна добила нешто заузврат прихватањем такве уговорне одредбе, односно да ли би други услови из уговора за ту страну били неповољнији. Другим речима, ефикасност спорне уговорне одредбе треба проценити на основу тога да ли би купац, да је могао да сагледа све последице спорне одредбе, закључио такав уговор. Друго, тај правни институт може да доведе до раста трошкова уговарања, будући да у условима правне несигурности у погледу валидности генеричне уговорне одредбе, стране у уговору имају подстицај да утроше више ресурса на уговарање одредаба за које не постоји ризик поништаја.

У трећем делу књиге Винтер се кроз анализу упечатљивих судских одлука осврће на питање одговорности за штету. Аутор настоји да објасни у којим ситуацијама је ефикасно усвајање принципа субјективне а у којим објективне одговорности. У вези са случајем који се тичао излива штетних хемикалија у насељеном месту, аутор дефинише основни постулат економске анализе штете: одговорност за штету треба да буде успостављена тако да ствара подстицаје потенцијалном штетнику да улаже ресурсе у спречавање штете докле год су трошкови спречавања мањи од очекиване вред-

ности штете (која зависи од укупног износа штете и вероватноће њеног наступања). Испоставило да се да у условима када наступање штете искључиво зависи од одговорности штетника и субјективна и објективна одговорност представљају ефикасно правило, с тим што принцип субјективне одговорности ствара знатно више трошкове за суд приликом процене да ли је штетник предузео дужну пажњу, а објективна одговорност доводи до већег броја парница. Међутим, анализа је нешто другачија уколико наступање штете зависи и од нивоа дужне пажње оштећеног. У таквој ситуацији правило објективне одговорности, с једне стране, не даје довољно подстицаја оштећеном да предузме неопходне радње да спречи штету, а с друге стране, доводи до прекомерне пажње штетника. Степен дужне пажње, међутим, није једини фактор који утиче на вероватноћу наступања штете. Други важан фактор је ниво активности, односно учесталост радњи штетника и оштећеног које су у вези са наступањем штете. Аутор закључује да је правило објективне одговорности оправдано применити на оне ситуације у којима штета пре свега зависи од радњи штетника, а правило субјективне одговорности онда када је важна активност оштећеног. Те апстрактне принципе одговорности за штету Винтер користи да објасни зашто произвођачи треба да сноси објективну одговорност за мањкавост производа али не и за мањкавост дизајна производа или да одговори на питање зашто повишен степен одговорности лекара доводи до „прекомерне пажње“ према пацијентима.

Последња област економске анализе права којој се у књизи посвећује посебна пажња јесте кривично право. У том поглављу Винтер је одступио од свог уобичајеног „канона“ да најпре анализира судску одлуку, а затим уводи економску анализу. Уместо тога, аутор креће од модела зачетника економске анализе криминала Герија Бекера (Gary Becker),² према коме ће рационалан појединац починити кривично дело уколико је корисност бављења криминалом већа од очекиване вредности кажњавања. Претпоставка рационалности преступника је у наредним деценијама изазвала праву лавину полемика. Правници који исказују сумњу према налазу да се потенцијалан учинилац упушта у прецизну калкулацију очекиване вредности казне на основу висине запрећене казне и вероватноће кажњавања, истиче аутор, пропуштају да сагледа неколико важних импликација Бекеровог модела. Пре свега, исти ниво превенције се може постићи различитим комбинацијама висине казне и вероватноће кажњавања. Будући да други елемент изискује значајне ресурсе, максимизација благостања налаже заостравање казнене политике у сврху смањивања нивоа криминала. На истој линији аргументације је и налаз

² Gary S. Becker, „Crime and punishment: An economic approach“, *Journal of Political Economy* 2/1968.

да је новчана казна ефикаснији вид кажњавања од казне затвора, иако може бити спорно под којим условима доводе до истих ефеката. Коначно, и често изненађујуће, у сваком друштву је пожељна одређена позитивна стопа криминала, будући да ресурси ангажовани за спречавање криминала имају и алтернативне намене чија је друштвена корисност потенцијално већа.

На основу налаза Бекеровог модела, аутор читаоца затим уводи у занимљиву емпиријску полемику да ли казна затвора смањује ниво криминала услед ефекта превенције или услед ефекта онеспособљавања учиниоца кривичног дела док је у затвору. Креативни начини којим истраживачи настоје да изолују та два дејства, односно дају одговор на питање колико би кривичних дела учинили они који су у затвору да нису у затвору, производе важне нормативне последице. Тако, на пример, у вези са променом казнене политике у САД која је значајно заострила затворске казне за рецидивизам, показало се да корисност од онеспособљавања често не оправдава високе трошкове затворске казне. Осим тога, снажнија превенција до које је реформа довела плаћена је једном изненађујућом, иако „савршено рационалном“, последицом – они који су поново учинили кривично дело учинили су у просеку теже кривично дело. Иако се економска анализа криминала бави пре свега питањем рационалности учиниоца кривичних дела, рационалност оних који се старају о спречавању и кажњавању кривичних дела постаје важна, на пример, за давања одговора на питање о степену расне и других видова дискриминације. Винтерова књига сведочи да економски метод анализе и овде може да понуди веома занимљиве одговоре.

Књига је веома успешна у ономе што се све више очекује од истраживача у области друштвених наука, а то је да својим апстрактним налазима удахну живот и учине их непосредно применљивим, провокативним и интелектуално стимулативним. Економска анализа права је као дисциплина дуго била у сенци њеног захтевног и неприступачног методолошког апарата, а Винтер недвосмислено показује да живописни примери из судске праксе и учестале паралеле између правних и економских појмова могу да ублаже описани изазов. Интересантно је колико се опште и екстензивне теорије скриво иза на први поглед „ексцентричних“ правних питања. Аутор је такође врло вешто уклопио најновије емпиријске резултате из којих законодавци и судови у различитим земљама могу да извуку врло јасне поуке. Ипак, можда је неоправдано изостала једна важна теоријска и емпиријска област, а то је економска анализа парнице. Наравно, увек се може критиковати и врло неуобичајен избор питања, као и то што се чини да су многа од њих у књизи нашла место искључиво због њихове шокантне и контроверзне природе. Док читалац има пуно

право да буде критичан према овом новом императиву да у условима свеопште интелектуалне апатије и наука треба да се на приземан начин додворава својој публици, ова књига сигурно представља малу победу на плану популаризације економске анализе права. Сви они које та победа радује ће сигурно са задовољством листати њене странице.