



DATE DOWNLOADED: Fri Mar 5 07:33:45 2021

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](#)

Citations:

Bluebook 21st ed.
46 ZBORNIK PFZ 557 (1996).

ALWD 6th ed.
, , 46(6) Zbornik PFZ 557 (1996).

APA 7th ed.
(1996). Zbornik Pravnog Fakulteta Zagrebu, 46(6), 557-609.

Chicago 17th ed.
," Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu 46, no. 6 (1996): 557-609

AGLC 4th ed.
" (1996) 46(6) Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu 557.

OSCOLA 4th ed.
" (1996) 46 Zbornik PFZ 557

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at

<https://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your license, please use:

[Copyright Information](#)

TEORIJSKI TEMELJI EKONOMSKE ANALIZE PRAVA

Dr.sc. **JOSIP KREGAR**, profesor
Pravnog fakulteta u Zagrebu
Dr.sc. **IVAN ŠIMONOVIĆ**, profesor
Pravnog fakulteta u Zagrebu¹

UDK 340:33
Izvorni znanstveni rad

1. Uvod
 - 1.1. Uputa za čitatelja
2. Objektivni kontekst: porast i razvedenost prava
 - 2.1. Razvedenost društva i složenost prava
3. Teorijski kontekst: nadmetanje pravnih škola
 - 3.1. Smisao za praktične implikacije prava
 - 3.1.1. Analitička jurisprudencija
 - 3.1.2. Pravni realizam
 - 3.1.2.1. Položaj suca u stvaranju i primjeni prava
 - 3.1.2.2. Instrumentalna uloga prava
4. Ekonomska analiza prava
 - 4.1. Norme i ekonomska racionalnost
 - 4.2. Utjecaj ekonomske analize prava
5. Načelo efikasnosti: legitimizacija pravnog sustava njegovim učinkom
 - 5.1. Institucije, pravo i efikasnost
 - 5.2. Coaseov teorem
 - 5.2.1. Institucija poduzeća
 - 5.3. Filozofsko utemeljenje ideje efikasnosti: čemu teže racionalni aktori
 - 5.3.1. Pareto optimum
 - 5.3.2. Kaldor-Hicksov kriterij efikasnosti
 - 5.3.3. Normativno značenje efikasnosti

¹ Članak je rezultat suradnje i rasprava s kolegama s kojima smo se susretali tijekom boravka na School of Law, Yale. Osobitu zahvalnost za kritiku i poticaje dugujemo Gideonu Porchamovskom (Jeruzalem/JSD Yale) i Endreu Stavangu (University of Oslo).

6. Analitička vrijednost ekonomske analize prava
 - 6.1. Ekonomska analiza kaznenog prava
 - 6.2. Ekonomska analiza imovinskog prava
 - 6.3. Ugovori
 - 6.4. Ekonomska analiza postupka
 - 6.5. Implikacije primjera

7. Perspektive i mjesto ekonomska analize prava

Ekonomska analiza prava samostalan je teorijski i metodološki pristup pravnoj analizi. Razmatraju se važnost, uloga i rasprostranjenost, kao i teorijski korijeni ekonomske analize prava u Sjedinjenim Državama. Za hrvatske čitatelje opisuju se osnovni pojmovi i termini ekonomske analize prava. Prikazuje se primjena ekonomske analize prava na područjima kaznenog, imovinskog, postupovnog i ugovornog prava.

"If we look at the work that economists are doing at the present time, there can be little doubt that economics is expanding its boundaries or, at any rate, that economists are moving more and more into other disciplines... One striking example, with which I am familiar, is the use of economics in the study of law. The general movement is clear. Economists are extending range of their studies to include all of the social sciences, which I take to be what we mean when we speak of economics' contiguous disciplines".²

1. Uvod

Želimo objasniti okolnosti nastanka posebne i nove pravne discipline ekonomske analize prava³ (law & economics), mjesto i važnost koje zauzima u

² R.H. Coase, *The Economic Framework*, u: M.Perlman, *The Organization and Retrieval of Economic Knowledge*, London, McMillan, 1977, 201.

³*Law and Economics* s oklijevanjem prevodimo kao *ekonomsku analizu prava* (kao što postoji ekonomska analiza poduzeća, zdravstva, vanjske trgovine ili prometa ili pak ekonomska analiza kao metodološka uputa i metoda). Glavni argument bila je sličnost naziva s pojmom *ekonomske analize* koja je legitimna metoda ekonomske znanosti. Ako je smatramo novom znanstvenom pravnom disciplinom, prijevod možda ne odgovara, te bi se možda bilo bolje koristiti pojmu *ekonomija prava*. Prednost koju dajemo ovom nazivu je uvjetna: nadamo se da će stručnjaci koji imaju istančan smisao za pravnu terminologiju predložiti bolji.

Law and Economics prevodi se kao *Rechtökonomie* (njemački), *ekonomičeskaja jurisprudencija* (ruski), *derecho y economia* (španjolski), u francuskom ne postoji direktan prijevod.

pravnoj teoriji, prikazati i komentirati osnovne pojmove. Premda se radi o disciplini koja je nastala (uglavnom) u Sjedinjenim Državama gdje i dominira, ubrzano se širi. I prostorno - na Europu, i prema sadržaju - na sva pravna područja. U prvom dijelu pokušat ćemo objasniti trenutak razvoja pravne teorije u kojem se javlja ekonomska analiza prava i naznačiti njezinu važnost. Nakon toga pokušavamo objasniti osnovne pojmove ekonomske analize prava.

Najava daleko nadilazi mogućnosti jednog članka. Svaka od tema koje ćemo nabrojiti zahtijeva daljnju razradu. Ne vidimo način da ujedno objasnimo da je ekonomska analiza prava važna i potrebna, a da odmah potom navedemo ozbiljne i uvjerljive prigovore znanosti upućenoj na primjenu ekonomske analize u pravu. Svijesni smo određenih teškoća. U području ekonomske analize prava nastali su novi pojmovi. Nove su riječi i fraze na koje čitatelji, vjerujemo, nisu navikli. Nastojimo u uvodu olakšati razumijevanje okolnosti: odgovoriti na pitanje koji su korijeni i okolnosti nastanka ekonomske analize prava. U drugom dijelu rada prikazujemo primjere primjene ekonomske analize prava. Nemamo ambiciju ponuditi cjelovitu razradu svakog od pojedinih primjera. Primjeri nam služe kao ilustracija novog i drukčijeg razmišljanja o pravu, i nisu samostalne monografske obrade pojedinog pitanja. Time će se naravno izgubiti razlike u tumačenjima, fineše u pristupu, ljepota stila, dubina filozofske legitimizacije ekonomske analize prava. Takva isprika inače ne bi vrijedila, međutim o ekonomiji prava tako je malo objavljeno u Hrvatskoj⁴ da je opravdana simplifikacija za kojom posizemo. Područja prava, prije svega trgovačko i građansko (osobito obvezno), ali i kazneno, obiteljsko te postupovna prava, zacijelo će, prije ili kasnije, pronaći u ekonomiji prava referencije za specifične probleme koje ćemo izložiti samo u fragmentima primjera, kao ilustraciju koja olakšava izlaganje.

1.1. Uputa za čitatelja

Ovaj članak može se čitati na različite načine. Čitatelja kojeg ne zanima teorijski diskurs upućujemo najprije na onaj dio rada (6) koji opisuje sadašnji utjecaj ekonomije prava na suvremenu američku teoriju i praksu. Čini nam se da hrvatske čitatelje najprije treba uvjeriti da određena teorijska perspektiva ima sasvim praktične implikacije - utoliko ovaj rad ne smatramo ogledom o teoriji prava - da bi se potom zapitali koje mogućnosti primjene ekonomske analize prava postoje u svakom segmentu područja pravne znanosti. Središnja intelektualna zagonetka pravne teorije jest traženje krajnjeg uzroka postojanja prava. Ne vjerujemo da takvo što postoji, no pravna metafizika zapravo objašnjava legitimacijski princip prava, odnosno odgovor na pitanje čemu pravo služi i zašto

⁴Poznato nam je da se D. Mlikotin-Tomić havi teorijskim temeljima ekonomije prava, a N. Visković, I. Pađen i M. Matulović znanstveni su autoriteti u srodnom području. Na žalost broj objavljenih radova o temi ekonomije prava vrlo je malen. Jedini registrirani objavljeni rad je D. Mlikotić-Tomić, *Pravo i ekonomija u funkciji institucionalizacije suvremenih tržišta u Susreti na drugom kamenu*, Fakulteta ekonomije, Pula, 1992, 99-109.

postoji. U tome je ekonomska analiza prava novo tumačenje prava. Pravne institucije rezultat su nužnosti smanjivanja "troškova transakcija"⁵ (vidi 5.1). Ideja je da pravo smanjuje neizvjesnost i troškove odnosa između ljudi. Pravna odredba - u svom legitimacijskom⁶ izvodu - ne derivira se ni iz višeg načela, ni iz interesa vladajućih, ni iz općeg interesa društva ili zajednice, ni iz dijalektike razvoja, ni iz povijesnih okolnosti, već iz svemu tome superiornog principa: načela ekonomičnosti, redukcije troškova optimalizacije.

Budući da nas zanima teorijski temelj i znanstvena tradicija s kojom se veže ekonomska analiza prava, želimo odmah na početku utvrditi kontekst nastanka te teorijske perspektive.⁷ Pri tome posebnu pozornost posvećujemo Sjedinjenim Državama kao izvoru i glavnom području razvoja i primjene ekonomske analize prava (vidi 4.2).

2. Objektivni kontekst: porast i razvedenost prava

2.1. Razvedenost društva i složnost prava

Kulturalne, duhovne, društvene i političke promjene utjecale su na pravo: "Povijest Zapada označena je povremenim razdobljima naglih smjena, u kojima su prije postojeći sustav političkih, pravnih, religijskih, kulturalnih i drugih

⁵"Troškovi transakcija" dobar su primjer za moguću zabunu u tumačenju pojma. Kada se referira na transakcijske troškove, ne misli se - kao što bi pravnici odmah pomislili - na određeni pravni posao, prijenos prava ili obveza, već se misli na trošak ljudske komunikacije i interakcije u određenom odnosu - na ekonomski pojam troškova i sociološki pojam transakcija (interakcija). "Transakcijski troškovi", na primjer, obuhvaćaju: troškove pribavljanja informacija o distribuciji i cijenama, trošak na tržištu rada, troškove pogađanja, sklapanja ugovora, nadgledanja ponašanja partnera, prisilne primjene ugovora, zaštite vlasničkih prava od trećih. Samo u jednom dijelu radi se o problemima koji se u klasičnoj pravnoj znanosti određuju na razini prava. Ekonomska analiza prava nastoji proširiti područje analize i na sve one interakcije/troškove koji su povezani s akcijom razmjene, bez obzira na to jesu li su ti troškovi pravni, stvarni (materijalni, ekonomski), pa i psihološki. Na primjer, da bi ostvarile uzajamno korisnu razmjenu prava, stranke moraju postati svjesne potencijalnih koristi od razmjene, identificirati drugu stranku s kojom namjeravaju provesti razmjenu, uspostaviti komunikaciju, dogovoriti se o uvjetima razmjene, provesti razmjenu. U takvom slijedu pravna forma (akt ili postupak) svakako ima određeno značenje i važnost, ona je "dio transakcije - transakcijski trošak", ali tumačen u širem značenju, u širem kontekstu.

⁶Pojam legitimnosti ne odnosi se samo na političke sustave. Pravni sustav relativno je odvojen ("izdiferenciran") od političkog sustava i ima svoje vlastito ideološko opravdanje ("legitimizaciju") temeljem kojeg ljudi svjesno i dobrovoljno (sila je tek prisutna kao pozadina i prijetnja) prihvaćaju konzekvencije prava. Usporedi N.Luhmann, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984, 440; N.Luhman, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, 1975; E.Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb, Globus, 1989, 72 -79.

⁷Dvije okolnosti pri tome smatramo važnima: prvo, pravo se postupno mijenja i prilagođava sve složenijem društvu te pravna teorija postaje sve složenija i razvedenija, i drugo, pravna teorija ne nastaje kao niz međusobno nepovezanih skupova shvaćanja, već kao slijed tradicija koje iskustva prava nastoje sistematizirati kao iskustvo i razumjeti unutarnju logiku prava. Unutar znanosti prava neke su teorije manjeg dosega (middle range theories), od kojih neke, kao ekonomija prava, aspiriraju zauzeti položaj dominantne teorijske matrice (paradigme).

odnosa, institucije, vjerovanja, vrijednosti i ciljevi zamijenjeni drugima⁸. Živimo li i mi u jednoj takvoj smjeni?

H. Berman smatra da "zapadna pravna tradicija pokazuje znakove smrtno bolesti, povezujući to s propašću vrijednosnih sustava koji su pretpostavka za održavanje i podržavanje zapadnog pravnog senzibiliteta. Ideja da pravo transcendirira i veže političku moć ne uzima se više ozbiljno; vjera u relativnu autonomiju pravnih institucija u odnosu na druge društvene institucije ozbiljno je oslabila. Teorijski pokušaji da se razumije pravo svuđje su u povlačenju, teoretičari ne mogu više zamisliti normativni univerzum prava kao koherentnu cjelinu sposobnu za daljnji rast, već kao skup nepovezanih fragmenata, koji rastu divlje poput maslačaka. Sama ideja o zapadnoj pravnoj tradiciji koja nadilazi nacionalne sustave izgubila je smisao. Bermanova duga priča završava dubokim uvjerenjem o neposrednoj propasti zapadne pravne kulture. Zapravo, neki odlomci sugeriraju da mi možda već i živimo u postzapadnoj eri: nova nastajuća kultura, zajednička čovječanstvu, učinit će međucivilizacijske sukobe nepotrebnima. Upravo zbog toga što vidi završetak jedne ere, Berman misli da može jasno razabrati početak nove: Minervina sova širi krila samo u sumrak".⁹

Barem jednim dijelom slažemo se s tom konstatacijom: **objektivne (društvene, kulturne, političke) promjene dovele su u pitanje klasično shvaćanje prava; pravo se ne razumije kao "normativni univerzum", te smo možda opet u početku najave novog razdoblja, jer povijest, naravno, nije jednostavno prestala.**¹⁰ Promjene su veće nego ikada, pa i u pravu: kvantitativa ekspanzija pravne regulacije, nastanak opsežne izvandržavne regulacije, nastanak međunarodnih normi, pravnih i tehničkih standarda.¹¹ Pravo je postalo vrlo složeno¹², donose se stotine propisa i uređuju područja koja su do sada bila

⁸H. Berman, *Law and Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, 19. Berman zapravo tvrdi da zapadni pravni sustav i pravna znanost nastaju uglavnom u dvanaestom stoljeću, kao posljedica političkih i intelektualnih revolucija koje su utemeljile Zapad kao kulturalnu cjelinu i pravo kao sustav. Nakon te revolucije, on je naziva papinska revolucija, slijedi niz promjena racionalizacije prava.

⁹M. Damaška, *How Did it All Begin*, *Yale Law Journal*, 94, 2, 1985, 1808.; R.S. Mayers, *Book Review*, *American Journal of Jurisprudence*, 31, 1, 1986, 186-202.

¹⁰F. Fukuyama tim pojmom označava istovremeni nastanak znanosti, kapitalizma, liberalne demokracije i racionalnog prava te priznanje potrebe samopoštovanja (thymos). To su ujedno krajnje točke razvoja modernog društva; kraj povijesti, kako kaže. F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, ili F. Fukuyama, *The End of History*, *National Interest*, 16, 1989, 3-18.

¹¹Buran razvoj institucija i pravne regulacije - brže i dublje no drugi - ostvarile su Sjedinjene Države. U povijesnim pregledima dvjesto godina ne čini se dugim. U slučaju Sjedinjenih Država to je sve, sva povijest koju imaju. Nije postojala tradicije, ili je, štoviše, postojao otpor tradiciji, zemlja je bila ogromna, komunikacije teške. Brzina gospodarskog i političkog uspona ne može se usporediti s nekim drugim povijesnim slučajem. Zato nam se i čini da nastanak ekonomije prava nije slučajaj, i da nije slučajno da je nastala u Sjedinjenim Državama.

¹²Jedan od zanimljivih indikatora brzog porasta opsega i složenosti amaričkog pravnog sustava jesu i zbirke sudskih presuda. Nekada je praksa publicirana u debelim tomovima knjiga. Danas postoje dva osnovna sustava praćenja zakonodavstva (saveznog i državnog), različite statutarne regulacije, prakse sudova i teorije, "Westlaw" i "Lexis". Obje mreže omogućavaju skoro trenutni uvid u potpuno zakonodavstvo, praksu saveznih i državnih sudova, milijune informacija dostupnih preko mreže (on line; ili drukče, npr. West law CD ROM Libraries). To praktički znači da je u pripremi svakog slučaja pred

prepuštena običaju, moralu ili su jednostavno bila neregulirana. Institucije pravnog sustava - od sudova, arbitraža, advokature, pravnih tvrtki i državnih nadležstava, razgranale su se i specijalizirale. Brzina promjena je takva da ih je sve teže slijediti, razumjeti i objasniti. Starenjem stoljeća razmak između pravne regulacije i društvene tehnologije, načina života i kulture postaje sve veći. Nije se radilo samo o tome da su se pojavili novi problemi (komunikacije, radiofrekvencije, cestovno, željezničko i zračno pravo, socijalne službe i programi, nove tehnike kupoprodaje i sl.), već se ni stara rješenja vječitih društvenih problema nisu mogla tumačiti na stari način (razvodi, naknada štete, kazne).

Promjena je globalna, no u nekim, razvijenim, zemljama navedene napetosti osobito su uočljive. To vrijedi za Sjedinjene Države, gdje i lociramo našu raspravu o ekonomiji prava i gdje se naslijeđeni pravni sustav činio zaprekom razvitku te je rasprava o njemu bila više od pukog znanstvenog diskursa. Reklo bi se, kad to ne bi podsjećalo na loše verzije teorije odraza, da je odražavala promjene na političkom spektru i odnosu glavnih društvenih grupa. Nastala je i samosvojna politička i pravna kultura, potaknuta osobito nužnošću da se riješe sasvim praktični i specifični problemi funkcioniranja američkog pravnog sustava (utjecaj demokratskih političkih vrijednosti, prvobitna ovisnost o common law, decentralizirano sudstvo, laički element u suđenju i deprofesionalizacija i sl.)¹³. Teorijska rasprava zbog toga nije ni u jednom trenutku bila samo akademska, već i sasvim praktična.

Pravo je teško držalo korak s tim promjenama. "Dinamična priroda prava isto kao i društva bila je neposredno iskustvo realista te je postala i od prvorazrednog značenja. U isto vrijeme, pravni je sustav postao nesposoban riješiti vlastite probleme porasta broja slučajeva. Kao što se upozorilo, 'sustav prava zasnovanog na slučajevima (case law) počeo se slamati pod svojom težinom'. Konzervativno sudstvo, i konzervativna teorija presedana s druge strane, adaptaciju pravnog sustava promijenjenim društveno-ekonomskim uvjetima učinili su nemogućom."¹⁴ Profesija, cijenjena i ranije, postaje poseban tehnološki složen pothvat.¹⁵

sudom pristupačna sudska praksa u sličnim slučajevima - trenutno i u vremenskom rasponu od skoro stoljeća, na području sudova SAD. Takvi podaci stali bi u tisuće knjiga, a kvantitativna usporedba s ranijim sustavom postaje bespredmetna.

¹³Američki okoliš prava uokviren je pisanim Ustavom, izričito prizatom ostavštinom fundamentalnih političkih vrijednosti te naslijeđem common law, koji je, pretpostavljam, morao stalno odražavati trenutne društvene vrijednosti; u tom kontekstu priznata uloga suca bila je i 'integriranje ustavnih načela s promjenama u društvenim stavovima i vrijednostima' što se odrazilo i na sudske prakse i na teoriju." R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, Philadelphia, University of Philadelphia Press, 1989, 150.

¹⁴T. Bechtler, *Law in Social Context*, Deventer, Kluwer, 1977, 7.

¹⁵Još 1978. u Sjedinjenim Državama samo je 15 pravnih firmi imalo više od 200 zaposlenih pravnikâ s ukupno 3.500 pravnikâ. Godine 1988. broj takvih firmi bio je 115 a broj zaposlenih pravnikâ bio je 35.000. Još 1968. najveća pravna firma imala je 169 pravnikâ, 1988. godine 962, a 1995. (možda ne najveća jer podatak se odnosi samo na New York) 1.670 pravnikâ. Istodobno se odvija ubrzana specijalizacija (samo 4,9% posla jest "opći pravni posao" koji ne zahtijeva specijalizaciju). Godine 1960.

Pokušali smo - koliko se to može u jednoj uvodnoj digresiji - ukazati na to da je promjena cjelovita, da zahvaća sve dijelove društva. Najvidljivija je ipak promjena materijalnog, tehnološkog i gospodarskog temelja društva. Proizvodnja, tržište i logika kapitalističkog poduzetništva obilježje je doba¹⁶. U tome ekonomska analiza, ekonomska racionalnost postaje bitno važna.

Institucionalna struktura tržišnog mehanizma postaje objektivno jedan od presudnih čimbenika uspjeha gospodarstva. Pravo se u tome vidi kao jedan od dijelova te strukture, samostalan faktor, važan barem onoliko koliko i izbor između tržišta i plana. Nestaje aureola mistične legitimizacije prava i njegova učinkovitost postaje predmetom rasprave i preispitivanja. U tome smo onda na području rasprave o teorijama prava.

3. Teorijski kontekst: nadmetanje pravnih škola

Zato je druga okolnost na koju skrećemo pozornost intelektualna osnova i teorijski temelj na kojem nastaje ekonomska analiza prava. Američka pravna teorija dugo se kolebala između različitih¹⁷ pristupa: u početku između prirodnog prava¹⁸ i historicizma¹⁹, a kasnije između pozitivizma i pravnog realizma²⁰.

u Sjedinjenim Državama bilo je 240.000 pravnika, 1995. godine 856.000, a prema procjeni 2000. godine bit će 1.006.000 pravnika.

¹⁶U posljednja dva desetljeća, promjene na tržištu pravnih usluga učinile su svijet velikih firmi nevjerovatno natjecateljskim, što je stvorilo dramatičnu promjenu u ranijoj ravnoteži poduzetništva i profesionalizma (balance between business and professionalism) - sve očitiije i očitiije u smjeru brige za gospodarske posljedice". Prema: A.Kronman, *The Lost Lawyer*, Belknap, Cambridge, 1993, 274, 275, 317.

¹⁶G. Simmel ističe da ekonomska računica zahvaća sve odnose, Weber govori o racionalizaciji svijeta (*Entzauberung*), Marx o otuđenju u kapitalističkoj proizvodnji, a Marcuse o bjekstvu od slobode, što su sve različiti aspekt iste pojave: svaki pothvat ljudi postaje predmetom računice, odnos sredstava i cilja, efikasnosti i troška.

¹⁷U Prokrustovu postelju sistematizacija teško je svrstati američke pravne teoretičare; škola ima koliko i autora (svaki pristup obično je označen imenom jednog autora, što obično znači da znanstvena matrica tek nastaje). Podjele su, obično, razvedenije od one kojom ćemo se koristiti; naša podjela sasvim je prigodna. Samo za primjer: Kronman razlikuje više tradicija - tradiciju "geometrije prava" (Langdell), prudencijaliste (Austin, Bentham), pozitivizam, pravni realizam (s daljnjom podjelom na deskriptivni i normativni smjer) Llewellyna, Franka, McDougala, kritičku radikalnu školu (D.Kennedy, Unger) te školu ekonomije prava. Sarat razlikuje instrumentaliste, konstitutivnu školu, s brojnim potpodjelama. Hayman i Levit razlikuju sociološku jurisprudenciju, realiste, povijesnu školu, ekonomiju prava, kritičku teoriju, interpretativnu školu te niz suvremenih potpodručja (feminizam, rasna istraživanja, postmodernizam). Sampford pak razlikuje pozitivističku i sociološku teoriju, uz niz pristupa koji spadaju u rezidualnu kategoriju eklektičkih pristupa.

Naravno, uz navedeno postoje još detaljnije sistematizacije koje su usmjerene prema suvremenijim podjelama.

¹⁸Početni utjecaj škole prirodnog prava ostavio je dubok trag u američkoj političkoj kulturi, i povremeno jačanje i pojavljivanje zapravo je dokaz duboke ukorijenjenosti te teorije u zapadni politički sustav. Na primjer: L. Fuller, *The Morality of Law*, Hew Haven, Yale University Press, 1969. Uostalom, cijeli pokret za zaštitu ljudskih prava implicira, barem djelomično, prihvaćanje ideje prirodnih prava.

Pri tome, naravno, dominacija jedne teorijske perspektive ne znači nestanak drugih. Štoviše, privremeno povlačenje značilo je počesto da se stare ideje javljaju ponovno u modernijem i sofisticiranijem obliku (npr. škola prirodnog prava).

3.1. Smisao za praktične implikacije prava

Pravna znanost početkom 20. stoljeća bila je dominantno pozitivistička: pozitivizam je izrađen filozofski, pravnofilozofski koncept, perspektiva i disciplinarna matrica²¹, praksa koju znanstvena zajednica smatra modelom, obrascem koherentne analize prava. Pravni pozitivizam nameće kriterije za biranje problema, određuje granice poddisciplina i jezik pravne znanosti. Pozitivizam je praktično koristan i neupitan kao metoda tumačenja u primjeni prava. Konačno, on je temelj i pravnog obrazovanja. Uz to, pozitivizam je i metoda sistematizacije iskustva o pravu i zdravog razuma, metoda tumačenja i primjene prava. Možda je tako bilo u Europi, ali ne i u Sjedinjenim Državama.

U Americi pozitivizam je imao i sposobne i utjecajne zagovornike, ali nikad onaj utjecaj i značenje kakvo u Europskoj pravnoj tradiciji. Bio je više izraz potrebe praktične izgradnje vladavine prava, a manje dominantna teorijska orijentacija. Zato u skupinu njegovih zagovornika spada više vrlo sposobnih

¹⁹U drugom dijelu devetnaestog stoljeća velik utjecaj imala je historijska škola, zapravo velik rad: Drevno pravo H.S.Mainea. Utjecaj nije u širenju ideje o prijelazu od statusnog na ugovorno pravo, kao što ističu sociolozi, već u njegovoj analizi postupne profesionalizacije pravne profesije i ustroju samostalnih i nezavisnih sudaca kao pretpostavke demokracije. Njegove ideje o legitimizaciji vlasti (vlast počiva na dobrovoljnom pristajanju i običajima - navici) prethode Weberovim, ideja o profesionalizaciji profesije kao pokazatelju racionalizacije ranija je od Weberovih tumačenja i Habermasove interpretacije, a isto vrijedi i za elitističke implikacije političkih sustava demokracije (prije Mosce i Pareta) te ideju o borbi za očuvanje najsposobnijih kao temelju individualizma i kapitalističke kompeticije (prije G.Summnera). Treba dodati da je i stvaranje mreže pravnih škola koje su odgojile pravnu elitu (Litchfield, Harvard, Yale) bilo opravdavano i njegovim zamislima.

H.S.Maine, *Ancient Law*, London, Murray, 1912. R.Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, Philadelphia, University of Philadelphia Press, 46-51. Usp.S Petković, J. Kregar, *Pregled glavnih sistema socioloških teorija*, Zagreb, Sveučilišna tiskara, 1994, 56-57.

²⁰Sve doskora moglo se pravnike podijeliti u tri glavne grupe prema njihovu gledanju na prirodu prava i prema stajalištu s kojeg treba proučavati pravo. Te skupine možemo nazvati: filozofska škola, historijska škola, i analitička škola. U preciznijoj analizi filozofska škola dijeli se u tri pravca: školu prirodnog prava, metafizičku školu i socijalnopsihološku školu. Historijska škola ima dva smjera - njemačku historijsku školu, čija je metoda filozofska (zapravo metafizička), i englesku školu, čija je metoda komparativna i povijesna. Analitička škola ima stariju i noviju fazu. Starije razdoblje je ono u kojem su se oslanjali isključivo na analitičku metodu, za razliku od kasnije engleske škole čija je metoda istodobno i analitička i povijesna. Treba primijetiti da postoji značajna tendencija da se napusti isključiva upotreba jedne metode i dovede u suglasje nešto što je ranije izgledalo kao različite škole". Pound zato, kao temelj integracije, uz navedenu podjelu nadodaje i sociološku školu (sociological jurisprudence). R.Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, u: R.Hayman, N.Levit, *Jurisprudence: Contemporary Readings, Problems and Narratives*, St.Paul, West Publishing, 1994, 25,26.

²¹T.Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1988, 33.

praktičara i sudaca (npr. O.W. Holmes²²), a manje analitičara i predavača kao što su H.L.A.Hart²³ i H.Kelsen.²⁴

Sofisticirana ali krhka mreža aksiomatske teorije - bez referencija na stvarni efekt prava - bila je pravi izazov za kritičare: Može li pravo biti samo ono što je proglašeno i postoji na papiru? Čime se pravo legitimizira? Koji su izvori prava? Kakav je odnos prava prema moralu? Jesu li suci slobodni ili vezani u tumačenju prava? i drugo jesu pitanja na koja pozitivistička perspektiva teško odgovara. Zapravo na kritici radova pravnog pozitivizma nastala je škola razmišljanja koju nazivamo realizmom.²⁵

Nije nam namjera kritizirati ili analizirati američku varijantu pozitivizma, već upozoravamo smo na one fragmente koji će biti važni za kasniji razvitak. Tri takva obilježja smatramo važnima. Prvo je nastojanje da se pozitivizam udalji od analize zakona na analizu ukupnog sustava pravnih normi koje stvaraju i sudovi. Drugo je potreba da se legitimizacija prava poveže s idejama političke

²²Kada studiramo pravo, mi ne proučavamo misteriju, već poznatu profesiju. Proučavamo ono što želimo da se pojavi pred sudom... želim postaviti neke prve principe za proučavanje ovog skupa dogmi (study of this body of dogma) ili sistematiziranih predikcija koje zovemo pravom". O.W.Holmes, u: R.Hayman, N.Levit, Jurisprudence: Contemporary Readings, Problems and Narratives, St.Paul, West Publishing, 1994, 21. Usput, Holmes ne spada u maticu pozitivističkog pokreta jer ga se često svrstava u "pravne realiste".

²³Upućujemo na knjigu M. Matulovića, Jezik, pravo i moral: filozofija prava Herberta Harta (ICR, Rijeka, 1986), jer ovdje navodimo samo fragmente stavova H. Harta.

²⁴Mada je danas pozitivizam izduran na rub pravne znanosti, J. Raz, J.W. Harrison te osobito N.McCormick i O. Weinberger održavaju osnovne ideje pozitivizma (institutional theory of law).

²⁵Dopustite jednu živopisnu, mada nezgrapnu usporedbu: onako kako se danas u društvenim znanostima tretira marksizam - kao beznadno zastarjela, prevladana, i u temelju i u praktičnim implikacijama pogrešna ideologija, tako se u pravnoj teoriji gleda na pozitivizam - prevladan i zastarjeli pristup, pojednostavljenije svijeta regulacije, teorija kojoj nedostaje analitička dubina, ali koja pruža osjećaj sigurnosti, daje lažni dojam - promjenom zakona znanost postaje makulatura - iskustvenog znanja. Teorija koja, nota bene, opravdava svakakvu, i nedemokratsku i neefikasnu, pravnu regulaciju.

Suprotno navedenom, u europskoj pravnoj teoriji kritika pozitivizma znatno je blaža te se čini da europska varijanta realizma (sociologija prava: Erlich, Kantorowitz) zapravo ne isključuje u potpunosti vrijednost pozitivizma. Na primjer, moderno shvaćanje prava kao zatvorenog samoreferentnog sustava nastalog funkcionalnom specijalizacijom (Luhmann, Teubner), odnosno funkcionalnim razdvajanjem morala, običaja i prava. Pravo povećava raznovrsnost i na institucionalnoj razini, znanje i profesije o pravu se specijaliziraju i tu pozitivizam znači osnovu sistematizacije iskustva regulacije. *On je kao opća teorija prava neprihvatljiv, ali kao izgrađeno iskustvo normativne regulacije jednostavno potreban.* Komentirajući Luhmanna, Cotterrell komentira: "... moralne vrijednosti, znanstvena istina ili čak ekonomska efikasnost (istaknuli K.-Š.) otkrivaju se u ovom motrištu kao potpuno neprimjenjivi kriteriji za određivanje sadržaja modernog prava" (168). Posredno i Habermas priznaje specifičnost prava, zabrinut za, obratno, ekspanziju racionalnosti prava u svijet života ("Lebenswelt"): "Traba zaštititi područja života koja su funkcionano ovisna o socijalnoj integraciji kroz vrijednosti, norme i formiranje konsenzusa, i zaštititi ih od padanja pod sistematske imperativne ekonomskih i administrativnih sustava koji imaju vlastitu logiku" (22).

G. Teubner, Law as an Autopoietic System, Oxford, Blackwell, 1993; G. Teubner (ed.), Dilemmas of Law in Welfarestate, Berlin, de Groyer, 1985; N.Luhmann, Evolution des Rechts, Rechtstheorie, 25,1, 1971, 3-22; N.Luhmann, Die Soziologische Beobachtung des Rechts, Frankfurt, Matzner, 1986; R. Cotterrell, Sociology of Law, Oxford, Butherwards, 1993; J.Habermas, The Theorie of Communicative Action, Boston, Polity Press, 1984.

demokracije te da se bolje razumije njegov nastanak i samostalna logika (primitivna pravila vs. sekundarno pravo). Treće je vidljivo osobito u nastojanjima J.Graya²⁶ i O.Holmesa da se "točno vidi gdje je pravo, i da se računa smo s time i ničim drugim", odnosno da se vidi koji su efekti prava u stvarnosti²⁷. Međutim ta praktična potreba za preciznošću i pouzdanjem u pravo otvorila je pitanje njegove efikasnosti.

"Nigdje razlika između forme prava i njegove teorijske logike, s jedne strane, i njene socijalne realnosti nije toliko napadna kao u Sjedinjenim Državama na početku stoljeća."²⁸ Početkom stoljeća na političkom planu pojavile su se političke partije i pokreti koji su zahtijevali odlučne reforme (populisti, progresivisti, T.Roosevelt).

Potaknuta takvom općom duhovnom situacijom krajem dvadesetih godina dominantna teorijska orijentacija²⁹ postala je pravna jurisprudencija.³⁰ "Yntema je takav razvitak nazvao 'kopernikanskim obratom i otkrićem da je pravo praktička znanost'.³¹

3.1.1. Analitička jurisprudencija

Zadatak pravne teorije nije analiza pravnog sustava i formalnih zakona i njihovih formulacija, već stvarno ponašanje aktora procesa pravosuđenja. Da bi odgovorila tom zahtjevu, pravna znanost mora se služiti drugim znanostima: psihologijom, ekonomijom te osobito sociologijom. Naziv discipline određuje se kao analitička (socijalna) jurisprudencija.

U jednoj raspravi Roscoe Pound i Karl Llewellyn definirali su zadatak jurisprudencije na sljedeći način:

1. **Funkcionalni pristup**, tj. ne samo proučavanje onoga što pravne preskripcije, doktrine i institucije jesu, i kakve bi one bile, već i analiza njihova djelovanja. Pravo je u stalnom tijeku, u stvaranju i sudskom tumačenju.

²⁶J.Gray je jedan od prvih predstavnika škole analitičke jurisprudencije. Za njega su izvori prava zakon, sudska praksa, moral i običaji, a bit pravosuđenja je odlučivanje o budućem pravu, a ne otkrivanje već "metafizički postojećeg prava".

²⁷T.Behtler, *American Legal Realism Reevaluated*, Deventer, Kluwer, 1977, 11.

²⁸W.Friedman, *Legal Theory*, 183-184, prema: T.H.Behtler, *Law in Social Context*, Deventer, Kluwer, 7.

²⁹Pravni realizam imao je svoj pandan u sociologiji prava razvijenoj u Njemačkoj nešto ranije. Pokret nazvan "Freirechtlehre" nastao je također na kritici pravnog pozitivizma. Njegovi su glavni predstavnici E.Erllich i H. Kantorowitz (Flavius). U metodološkom programu (analiza stvarnih socijalnih odnosa) i ocjeni o stvarnoj slobodi suca da primjenjuju pravo, i u objašnjenju odnosa između društvenih i pravnih, normi njemačka sociologija prava snažno je utjecala na rane realiste (osobito R.Pounda). Povratni utjecaj na Europu američki pravni realizam imao je kroz skandinavsku školu pravnog realizma koja je tradicije Iheringa i njemačkih socijalnih pravnika povezala s biheviorističkim i psihološkim tumačenjima ljudskog ponašanja (K.Oliverkrona, A.Ross).

³⁰K.Llevelin, *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*, *Columbia Law Review*, 30, 2, 1930, 431-462.

³¹T.H.Behtler, *Law in Social Context*, Deventer, Kluwer, 9.

2. Razlikovanje onoga što pravo jest od onoga što bi trebalo biti te vrijednosno neutralna analiza primjene prava. Činjenice treba promatrati kakve one jesu, i od njih odvojiti raspravu o tome kako bi trebalo biti. Priznanje postojanja alogičnog, i racionalnog i subjektivnog elementa u sudskoj akciji i ... prepoznavanje kada djeluje efikasno.

3. Priznanje značenja pojedinačnog slučaja, uže definiranje poddisciplina prava, radi lakše sistematizacije iskustva.

4. Napuštanje ideje da jedan normativni uzrok ima jednu posljedicu, postoji pluralizam elemenata koji utječu na ljudsko ponašanje.

5. Studij sredstava koja pravne norme čine efikasnim. Konačni je cilj učiniti efektivnim svaki pokušaj postizanja cilja prava. Konceptcija o pravu kao sredstvu postizanja društvenih ciljeva, a ne cilju samom po sebi, te stalno preispitivanje njegove svrhe i efekata koje postiže. Kako postiže cilj koji mu je društvo zadalo?

6. Zadatak je i stvaranje teorija o interesu i razmatranje ciljeva pravnog poretka, stvaranje teorije koja odgovara i modernoj psihologiji i i suvremenoj filozofiji.

7. Neslaganje s tradicionalnom pravnom teorijom koja samo opisuje pravna pravila. Priznanje da postoje mnogi i različiti pristupi pravnoj istini i da je svaki od njih važan s obzirom na neki posebni problem pravnog poretka.³²

3.1.2. Pravni realizam

Umjesto rasprave o prirodi prava, o tome kakvo pravo treba biti, koji su izvori njegova važenja, prava je rasprava o njegovoj svrsi: koja je funkcija prava u društvenom sustavu³³. Umjesto metafizike prava (telički zadatak, smisao prava, bit prava) predmet je njegova društvena funkcija. Pravni sustav samo je jedan od društvenih sustava regulacije i može se razumjeti u sklopu šireg objašnjenja funkcioniranja društvenih sustava (npr. demokracije). Pravo ima

³²To su zajedničke točke rasprave navedenih autora. R.Pound je navedene principe formulirao u dvije različite varijante u dva različita članka. U jednom slučaju navodi šest, u drugom sedam točaka, formulacije su slične uz neznatne razlike. Pokušali smo njegov tekst sačuvati - koliko je to moguće - koristeći se obama izvorima. Međutim, na tekst R.Pounda K.Llewellyn napisao je komentar i odgovor, u devet točaka. On poriče postojanje zajedničke škole pravnog realizma: "Ne postoji škola realista. Vjerojatno nikad neće ni postojati. Nema neke grupe s nekim službenim priznanjem li zajedničkim uvjerenjem... Nove pridošlice dobivaju sredstvo i poticaj, a ne vladara ili vladajuću ideju. Stare pristaše razlikuju se u interesu i idejama. Povezani su, kakó kaže Frank, samo zajedničkim negiranjem, njihovim skepticizmom i znatiželjom" (1233). Objе programatske deklaracije nisu međusobno isključive, štoviše: sličnosti su čak i u formulacijama.

K. Llewellyn, *Some Realism about Realism - Responding to Dean Pound*, *Harvard Law Review*, 44, 1931, 1222-1238; R.Pound, *Mechanical Jurisprudence*, *Columbia Law Review* 8,1, 1905, 603-610; R.Pound, *The Call for a Relist Jurisprudence*, *Harvard Law Review*, 44,2, 1931, 696-715. Usporedi i Bechtler, *Law in a Social Context*, Deventer, Kluwer, 1978, 13; R.Hayman, N.Levit, *Jurisprudence*, S.Paul, West Publishing, 1994, 39-46.

³³W.L.Grossman, *The Legal Philosophy of Roscoe Pound*, *Yale Law Journal*, 44,1, 1935, 608.

sasvim konkretan zadatak uređenja pravila društvene utakmice u borbi za interese. Društva su polja egoističkog nadmetanja za oskudnim sredstvima.³⁴ Motivi i namjere aktera objašnjenje su njihova ponašanja, a sve što utječe na ponašanje ljudi predmet je analize: pravo je samo instrument kojim se ti motivi žele učiniti predvidivim ili iskoristiti. Pravo daje sve potpuniju zaštitu interesa (legal ordering - Pound).

Realisti se, na primjer, suprotstavljaju tvrdnji da pravo ne daje slobodu primjene. Okolnost da se prosuđuju činjenice daje sucu diskrecijsko pravo da izborom činjenica i utvrđenjem njihove važnosti odredi pravo i njegovu primjenu. Taj uvid zapravo je omogućen napretkom psihologije i filozofije. Filozofija (analitički pozitivizam, kasnije fenomenologija) upućuje na to da činjenice stvarnosti ne biramo slučajno, već temeljem predodžbi, "slika svijeta", koje su naši vodiči u izboru i interpretaciji fakata. Psihologija je pokazala, osim naglašenih eksperimentalnih mogućnosti proučavanja ponašanja, da se činjenice ne mogu poistovjetiti sa subjektivnim interpretacijama. G.H.Mead i W.Thomas upozorili su na to da "definiranje situacije" uvjetuje razumijevanje pravila i tumačenja³⁵. Pravno obrazovanje koje bi se temeljilo na proučavanju slučajeva pravne prakse, a koje ne bi uključilo i poznavanje drugih disciplina, počelo se smatrati nedovoljnim. Pravna znanost je, tvrdilo se, sastavni dio društvenih znanosti, i kao akademska disciplina mora se približiti ekonomiji i sociologiji.

Program realista nije se zaustavljao samo na određenju drukčije pristupne perspektive studiju prava i pravnoj znanosti, on je ambiciozan u nametanju načela ("consistently, persistently, insistently to cary them through" - K.Llewellyn) već i sasvim praktičnim pitanjima razumijevanja ponašanja sudaca i prava kao instrumenta vladajućeg sloja za provedbu ciljeva i interesa.

3.1.2.1. Položaj suca u stvaranju i primjeni prava

Zadatak je pravne teorije analiza djelovanja normi, a naglasak na ponašanju aktora pravosuđenja (osobito sudaca) i pretkazivanju njihove odluke. U zemljama koje imaju common law sustav, pravni sustav - više no drugdje - ovisi o učinkovitosti i sposobnosti sudaca. Za razliku od europske tradicije, suci su formalno (i stvarno) slobodniji u ocjeni, a kroz snažnu ulogu prakse pojačava se i laički element u suđenju, stoga je uloga vanjskih uvjeta u presuđivanju velika. Odluka o pravu uvijek je izbor između alternativa u tumačenje prava, te je zato u opravdanju - legitimizaciji - odluka o izboru prava samo jedan od elemenata. Odluka o pravu ne može se pretkazati samo na temelju poznavanja prava, iako će formalno ona biti dio koherentnog pravnog sustava. Što sve utječe na ponašanje suca predmet je kauzalne analize, a pravo i njegova primjena, barem ono koje je napisano na papiru ("paper law" - Llewellyn) samo je jedan od čimbenika. Po

³⁴Preteča takvih shvaćanja svakako je R.lhering (osobito knjiga Der Zweck im Recht).

³⁵Šire o tome: S.Petković, J.Kregar, Pregled glavnih sistema socioloških teorija, Zagreb, Sveučilišna tiskara, 1994, 232-238.

Llewellynu, koji je glavni prorok pravnog realizma, pravo je dio sustava društvenih znanosti koje se bave ljudskim ponašanjem, a ekonomske metode koje pretpostavljaju probabilističke zakone i simplificiraju modele ponašanja metodološki su uzor koji treba slijediti. Normativno i preskriptivno, to ne znači slobodu odlučivanja i ponašanja sudaca, već realistično shvaćanje da se na njih može utjecati idejnim apelom, jednakim sustavom obrazovanja, zahtjevom da se brane osnovne društvene vrijednosti (ljudsko dostojanstvo ili individualizam). Činjenica da suci u osnovi na sličan ili isti način postupaju u istim slučajevima nije posljedica (samo) toga što primjenjuju istu pravnu normu (zakon ili presedan), već je posljedica i njihove homogenosti u stavovima koje su usvojili školovanjem, društvenim mehanizmima selekcije koji su ih doveli u položaj suca, i opće društvene "klime" u kojoj odlučuju.

Sudac nije u položaju "geometrijske primjene" zakona. Njegova odluka, tvrdi J. Frank (i sam cijenjeni sudac), jedan od ranih kritičara pozitivizma³⁶, temelji se na njihovom osobnom iskustvu, vrijednostima, osjećajima i navikama ("bias") te diskrecijskom pravu prosuđivanja činjenica - a ne pukoj primjeni zakona. Sudska odluka nije jednostavno izvođenje pravnih silogizama kod kojih postoje unutarnja pravila transformacije; ona sama i samo ona je pravo.³⁷

Karl Llewellyn drukčije vidi ulogu suca. Ne postoji slijed dedukcije od norme, načela ili posebnog pravila na činjenice i okolnosti slučaja. Pravo je u stalnoj promjeni, i kao instrument postizanja društvenih (promjenjivih) ciljeva ono se mora prilagođavati, inače postaje svrha samom sebi. Konkretni slučaj ima više okolnosti i razina od onih koje predviđa pravilo, te primjena prava u krajnjoj liniji ovisi o onima koji ga stvarno primjenjuju - sudaca (koristi se često širim pojamom "official's of law"). Kreativnost i sloboda onih koji primjenjuju pravo zapravo određuje autoritarni izričaj prava.

Kronman, objašnjavajući Llewellynov stav, kaže: "Pravna su pravila naravno dio suđenja. Ona spadaju u one čimbenike koji će utjecati na suca da presudi slučaj. Ali premda su u tom smislu izvor prava, pravna pravila nisu pravo po sebi. Zapravo kad jednom priznamo ulogu izbora u suđenju, nije više moguće izjednačiti pravo s jedinim čimbenikom donošenja odluke. Pravo umjesto toga treba biti određeno kao rezultat ili posljedica takve odluke, što je gledište koje se klasično izražava Holmesovom izrekom da je pravo ono što izrekne sudac i ništa više."³⁸ Priznaje se da postoje pravila i načela prava kao ono što pravo treba biti ("oughts"), ali transformirana u volju suca koji ih tumači i daje im oblik zapovijedi: uvijek drukčijih, uvijek promjenjivih, tumačenih od suda. "Pitanje je

³⁶J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Smith Co., 197 (1930!), 53-61.

³⁷"Za svakog laika pravo je s obzirom na svaki posebni skup činjenica odluka suda u odnosu na te činjenice... Sve dok sud ne donese odluku, pravo još ne postoji. Prije takve odluke jedino pravo koje znamo jest mišljenje pravnik a o tome takvo mišljenje još zapravo nije pravo već smo nagađanje kako će sud odlučiti." J. Frank, *Legal Realism*, u: J. Feinberg, H. Gross, *Law in Philosophical Perspective: Selected Readings*, Belmont, Dickenson Pub., 1977, 43.

³⁸A. Kronman, *The Lost Lawyer*, Cambridge, Belknap, 1993, 1906.

kako, i u kojoj mjeri, u kojem će se smjeru pravila i praksa razlikovati. Više: kako i koliko u pojedinom slučaju. To ne možemo generalizirati bez istraživanja".³⁹ Istraživanja se tiču ponašanja i odlučivanja, a ne prava i pravila samih.

Umjesto proučavanja prava kao zatvorenog sustava materijalnog prava predmet analize treba biti primjena prava i utvrđivanje okolnosti (uzroka) koje utječu na odluku suca.

"Tvrdim ... da pravila materijalnog prava znače mnogo manje od onog što pretpostavljaju teoretičari u većini njihovih knjiga i teorija, i da ona nisu stožerna točka rasprave o pravu... materijalna prava treba ukloniti s njihovog trenutnog položaja središnje točke rasprave o pravu, u korist analize međudjelovanja ponašanja sudaca (judicial or officials behavior) i ponašanja laika".⁴⁰

3.1.2.2. Instrumentalna uloga prava

Pravo je instrument postizanja društvenih ciljeva. Pravo je instrument društvene promjene. Nije dovoljno donositi zakone, već treba razmotriti i posljedice i mogućnosti njihove primjene radi postizanja ciljeva izvedenih iz društvenih vrijednosti. Postizanje tih ciljeva nije samo normativni zahtjev već i ocjena trendova razvoja društva i prava. Pravo nije prirodna, već svjesna društvena tvorevina; ne skupina već postojećih pravila društva koje pravo negdje otkriva i daje im sankciju. Politički kontekst, formuliranje New Deala i stvaranje države javnih službi i države blagostanja dalo je važnost nastojanju da se efikasnosti djelovanja prava dade središnje mjesto. H.Lasswell i Myres McDougal, vodeći predstavnici te škole mišljenja (često nazvane newhavenskom školom)⁴¹, pokušavali su pravo tumačiti dijelom političkog procesa⁴², izgradnje i izvršenja društvene političke akcije. Sudovi, njihovo djelovanje i ustroj, koji su

³⁹K.Llevelin, A Realistic Jurisprudence - the Next Step, Columbia Law Review, 30, 2, 1930, 435.

⁴⁰K.Llewellyn, Some Realism about Realism u Bechtler, op.cit., 25.

⁴¹M.Riesman (ed.), Toward World Order and Human Dignity: Essays in Honor of M. McDougal, New York, Free Press, 1976, 214-219. Bili su nam dostupni zapisi, bilješke za predavanja H.Lasswella i M. McDougala iz 1950, iz kojih je jasno vidljivo da stav izvode iz Weberove analize (stranice nisu paginirane - dio III).

⁴²Pitanja o moralnosti, prirodnim pravima, legitimizaciji te naklonosti i diskreciji u sudskoj ocjeni ovdje su sporedna, i - smatrali su - rješiva mehanizmom ustavnog demokratskog ustrojstva. Glavna kategorija o kojoj treba voditi računa je politička moć, koja u izvršenju mora dobiti pravnu legitimizaciju, inače je nasilje. Pravo i demokratski poredak idu zajedno, u čemu se ne gleda politička proklamacija, već realni sustav odnosa moći. Realisti, instrumentalisti, nastoje postaviti jasnu razliku morala i prava i zagovaraju vrijednosno neutralnu znanost (pravnu znanost). Vrijednosni stav treba iskazati eksplicitno - svoj liberalizam ne sakrivaju - bilo da se radi o pravnoj teoriji ili primjeni prava (sud).

Kritičari instrumentalnih shvaćanja pravnog realizma točno ističu da je učinjena razlika između efekata i efikasnosti prava. "Razlika se može činiti sumnjiva budući da je nemoguće utvrditi efikasnost prava a da se ne poznaju njegovi efekti, ili barem neki od njih. Ali baš ta fraza 'neki od njih' čini svu razliku. Onoliko koliko instrumentalizam vidi zakone kao instrumente za promicanje prethodno utvrđenih politika ili ciljeva te je jedini relevantni efekt napredak ili ugrožavanje tih željenih posljedica." A.Sarat, T.Kearns, Law in Everyday Life, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, 24.

ranije bili gotovo jedini ili bar glavni predmet proučavanja, smatraju se samo jednim dijelom takvog mehanizma.⁴³ Realizam smisao prava vidi u provođenju praktičkih političkih ciljeva, pri čemu nije dovoljno zakon ili pravilo samo proglasiti, već se prate i ocjenjuju njegovi učinci i instrumentalna efikasnost. Time se reljefno iskazuje nastojanje realista da pravo shvate samo jednim uskim dijelom društvene političke akcije, instrumentom za legitimizaciju, ograničavanje političke moći. Takav instrument treba podvrgavati stalnoj provjeri efikasnosti, što uključuje traganje za indikatorima koji će pokazati kakvo je stvarno postizanje deklariranih ciljeva.

Kritika nedostataka pozitivističkog gledanja na svijet prava, a posebice prava i društva, s aspekta pravnog realizma vrlo je uvjerljiva. Tvrdnje: da je pravo instrument postizanja ciljeva, da služi nečem i da je to njegov smisao i opravdanje; da je konačni efekt, učinkovitost, bitno obilježje prava i da se ono iz same norme ne može razumjeti, tumačiti i primijeniti; da se pravo u razumijevanju onoga što je preko neposrednog iskustva primjene prava može i treba osloniti na druge društvene znanosti - vode pitanju: Što utječe na ponašanje ljudi, zašto ljudi poštuju norme?⁴⁴ Zagovornici ekonomske analize prava pokušavaju dokazati da je ekonomski pristup pravu s naglaskom na pitanju efikasnosti superioran tradicionalnoj metodi koja se primjenjuje u pravnoj znanosti posljednjih dvije tisuće godina. Naša je tvrdnja sljedeća: pravni realizam i jurisprudencija isticanjem nedostataka pozitivizma i kazuističke primjene zdravog razuma otvorile su prostor za drukčije tumačenje prava. Jedno od takvih drukčijih tumačenja jest ekonomska analiza prava⁴⁵.

⁴³"Pravo kao stalno sve efikasniji društveni inženjering bilo je opsjednuto slijepim zanimanjem samo za jednu instituciju društvene kontrole: sud." H.D. Lasswell, M. McDougal, *Legal Education and Professional Policy: Professional Education in the Public Interest*, Yale Law Journal, 52,2, 1943, 205.

⁴⁴Općeniti smjer razvitka jest povezivanje s drugim znanostima, nastojanje da se pravo razumije kao sastavni dio djelovanja šireg sustava; zamjetan je u barem dva smjera koja nastavljaju tradiciju realističke jurisprudencije (dvije glavne, i suprotstavljene, teorijskopravne škole danas u Sjedinjenim Državama jesu kritička pravna teorija i ekonomija prava). Jedan je onaj koji podršku nalazi u sociološkim teorijama i metodologiji, a drugi je ekonomija prava. Međutim, kako pravni realizam može biti intelektualni temelj za oba pristupa? Pravni realizam bliži je kritičkoj pravnoj teoriji, i njoj bliskoj sociologiji prava, a ne ekonomiji prava, ali to ne proturječi tvrdnji da i ekonomija prava baštini isti intelektualni izvor. Pravni realizam bio je nastojanje, i to uspješno nastojanje, da se prevlada pozitivizam, a jednom otvorena pitanja i proširenje metode pomoglo je i nastanku ekonomije prava te prava i društvenih znanosti (law and social sciences poseban je pojam koji obuhvaća širi dijapazon pristupa).

⁴⁵Taj je smjer dobrom intuicijom najavio R.Pound: "Konačno mnogi od novih realista, teoretičara prava zamišljaju pravo kao sredstvo za svrhe poslovnih transakcija umjesto kao sustav za postizanje općih društvenih svrha, stavljajući naglasak na potrebe ekonomskog sustava nastalog nakon 19. stoljeća". R.Pound, *Jurisprudence, International Encyclopaedia of Social Sciences*, New York, McMillan, 1930. (1. izdanje!), 485.

4. Ekonomska analiza prava

4.1. Norme i ekonomska racionalnost

Teorije ne postoje kao nasumični skupovi iskustava, već kao cjelovit pogled na stvarnost. Nove nastaju kad stare ne mogu objasniti stvarnost, praktične probleme i zagonetke koje stvarnost postavi. Nadmetanje pravnih škola, radilo se o prirodnom pravu, historicizmu, pozitivizmu ili sociološkoj jurisprudenciji nije urodilo stvaranjem općeprihvaćene teorijske paradigme. Glavna slabost pravnog pozitivizma usmjerila je pravne teorije prema proučavanju općih principa regulacije, na pitanje što i kako utječe na ponašanje ljudi.

Jednostavan odgovor - ukoliko ijedna teorija može biti jednostavna - daju shvaćanja koja nisu pravna. Ponašanje ljudi određeno je njihovim položajem u društvenoj strukturi, interesima, društvenim vrijednostima, i time se može objasniti, a ne pravom i normom koja zahtijeva određeno ponašanje. Poteškoća je možda "samo" to da su takve teorije raznovrsne (i međusobno konkurentne i isključive), ali poanta je u tome da se objašnjenja ne izvode iz prava. Objasnjenje funkcioniranja pravnog sustava ne ovisi o pravu već, prvenstveno, o drugim čimbenicima. Koji su to faktori? Jedan od odgovora - koji je praktički postojao u američkom pravnom realizmu - jest onaj koji pretpostavlja da su ljudi racionalni aktori koji pokušavaju postići svoje ciljeve. Situacija pravnog silogizma zapravo je situacija racionalne odluke⁴⁶ o tome kako se ponašati. Ako usvojimo tu pretpostavku, onda je odgovarajuća metoda nadohvat ruke: ekonomska analiza ponašanja i institucija. Pravo i ekonomija dijele osnovne pretpostavke: presumpciju racionalnosti i djelovanja u vlastitom interesu. Zakonodavac polazi od toga da je adresat racionalna osoba te da će u *svom interesu* ponašanje prilagoditi pravnom zahtjevu da bi izbjegao štetne posljedice. Tamo gdje nema pravne norme ponašanje će se prilagoditi principima izbora svojstvenim uvjetima slobodnog tržišta.

Paralelno je, mada odvojeno, u ekonomskoj teoriji postavljeno pitanje o tome koja je uloga normi i institucija u ekonomskom ponašanju. Na makrorazini rasprave o tržištu i planiranju pretpostavljale su ulogu države prihvaćanje elementarnih teza političke i pravne teorije, a na mikrorazini nije bilo dobrih odgovora na pitanje o tome kako se (zapravo) odlučuje, koji opći zakoni vrijede za ekonomsko odlučivanje. Nastojalo se apstrahirati od iskustvenih indukcija, ograničenih prostorom i vremenom, i stvoriti analitički aparat koji bi prepoznao dublje zakone ekonomskog ponašanja.

⁴⁶ Ekonomija, znanost o odlukama ljudi u svijetu ograničenih sredstava u odnosu na ljudske želje, istražuje i provjerava implikacije pretpostavke da čovjek (rational maximizer) racionalno maksimira svoje životne ciljeve, svoje zadovoljenje. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1977, 3.

Primjena ekonomskih teorija na razumijevanje prava nije novost⁴⁷. U Sjedinjenim Državama interakcija između prava i ekonomske analize pojavljuje se davno prije ranih 60-ih, kada je uveden nov pristup prava i ekonomske analize, započinje i s Coaseovim i Calabresievim člancima (o čemu će kasnije biti riječi). Do tog vremena tradicionalna primjena ekonomske analize na pravna pitanja vezana je uz antitrustovsko zakonodavstvo, poreze, i odnosi se na stvaranje specifičnih pravnih pravila da bi se ostvarili određeni ekonomski ciljevi.

Nov pristup prava i ekonomske analize ponovno⁴⁸ otkriva da je stvarna svrha društvenih institucija ekonomska racionalnost. Zbog toga, a prije nastavka izlaganja, treba odgovoriti na mogući prigovor da se radi o marginalno važnoj i od zajednice istraživača slabo prihvaćenoj teorijskoj perspektivi. Istina je zapravo obratna. Ekonomska analiza prava, što god mi mislili o njoj, najekspanzivnije je područje pravne teorije u Sjedinjenim Državama. No tu tvrdnju najprije treba potkrijepiti podacima.

4.2. Utjecaj ekonomske analize prava

Teško je utjecaj i jedne teorijske perspektive u američkoj pravnoj teoriji usporediti s ekonomijom prava. Usporedbe mogu izgledati pretjerane. Rastuća uloga ekonomske analize prava u pravnom obrazovanju vidi se iz imenovanja ekonomista na mnoge pravne fakultete iz obogaćivanja tečajeva na pravnim fakultetima ekonomskim razmišljanjem i drugim činjenicama.⁴⁹ Ekonomska analiza prava dominira američkom pravnom teorijom, a njene srodne discipline političkim i drugim društvenim znanostima, onako kako je u 18. stoljeću Europom dominiralo prosvjetiteljstvo, kasnije njemačka klasična filozofija, ili koncem stoljeća i početkom novog doba marksizam. Oni su dali boju dobu, i nisu ostali samo na užem području prirodnih ili društvenih znanosti.

Vjerojatno se radi o zenitu, vrhuncu utjecaja koji sada ima ekonomska analiza prava. Kronman smatra da je ekonomska analiza prava: "...intelektualni pokret od najvećeg utjecaja na američku teoriju prava u proteklih četvrt stoljeća. Govorim o ekonomiji prava. Od godine 1965. nijedan pristup studiju prava nije imao ni približan efekt na ono što pravna znanost piše i uči. Ekonomska analiza prava danas je stalno, institucionalizirano obilježje američkog pravnog obrazovanja. Posebni časopisi posvećeni su toj znanosti, isto tako prodire i u stare

⁴⁷Zanimljivo je da se zapravo "očinstvo" ekonomije prava pripisuje austrijskom pravnom teoretičaru Viktoru Mataji. I.Englrd, Viktor Matajas Liability for Damages from Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort, *International Review of Law and Economics*, 10, 1, 1992, 173-191; E.Stavang, *Forgotten but not Ignored - The Reception of Viktor Matajas Economic Analysis of Tort in Norwegian Scholarship 1893-1920* (Unp. 1993).

⁴⁸Ideja da iza normativnih struktura stoje materijalni motivi i ograničenja nije nova; to se tvrdilo i u klasičnom razdoblju Adama Smitha ili Karla Marxa, ali naravno teorijska perspektiva koju ovdje izlažemo - upravo to i tvrdimo u ranijim poglavljima - rezultat je specifičnog razvoja pravne teorije u Sjedinjenim Američkim Državama.

⁴⁹R.Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1977,XXI.

časopise; akademski položaji na mnogim pravnim fakultetima izričito su rezervirani za njezine pristaše; sada je predstavljena i samostalnom udrugom: Američkim udruženjem za ekonomiju prava. Ali čak i ti vanjski znaci uspjeha ne određuju potpuno mjeru njezinog utjecaja, koja je praktički potpuna u nekim područjima (korporacije i trgovačko pravo) a dominantna u drugima (građansko pravo, osobito naknada šteta i ugovori). Ekonomska analiza prava promijenila je način na koji profesori prava misle o svom području i kako ga izlažu studentima. U skoro svakom području prava stvarno je "potrebno razumijevanje ekonomske analize da bi se održao korak sa znanstvenom disciplinom, pa bio nam taj pokret simpatičan ili ne."⁵⁰

Ekonomska analiza prava kao teorijski pristup prevladava u većini najvažnijih američkih pravnih časopisa. U četiri najznačajnija sveučilišna časopisa⁵¹ članci ekonomske analize prava zauzimaju gotovo trećinu ukupnog broja članaka. Godine 1970. od ukupno 53 članka 15 (28%) odnosilo se na ekonomiju prava; 1980. od 54 članka 18 (33%) bilo je iz tog područja. 1990. godine odnos je bio 61 prema 27 (44%), a 1995. godine 49 prema 22 (45%)⁵². To nikako nije sve.⁵³ U nekim časopisima (a novi nastaju svakodnevno) ekonomska analiza prava glavni je pristup u većini članaka: *Journal of Legal Studies*, *Journal of Law and Economics*, *Journal of Law, Economics and Organization*, *Journal of Business Law*, *Research in Law and Economics* - skoro su u potpunosti orijentirani na članke ekonomske analize prava. Mnogi časopisi posvećuju posebne brojeve i glavne članke ekonomiji prava (*Chicago-Kent Law Review*, *Columbia Law Review*, *Journal of Law and Regulation*, *Economica*, *Economic Journal*). Neki časopisi, neteorijske orijentacije, gotovo isključivo objavljuju radove s područja ekonomske analize prava iako naslovom ne bi

⁵⁰A. Kronman, *The Lost Lawyer*, Harvard University Press, 1993, 166.

⁵¹Harvard Law Review, Stanford Law Review, University of Chicago Law Review, Yale Law Journal.

⁵²Usporedba za razdoblje 1960-1986. g. navedena je u R. Ellickson, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, *Chicago-Kent Law Review*, 65, 1, 1989, 26-28.

Pokušali smo po istim kriterijima napraviti usporedbu za 1990. i 1995. godinu. Međutim problemi usporedbe su vrlo veliki: sporan je izbor časopisa, jedinica usporedbe su vodeći članci, njihov broj i naslov te osnovno usmjerenje prema navedenoj literaturi. Podatke međutim vrlo lako iskrivljuje samo nekoliko trivijalnih činjenica. Recimo, broj posvećen pojedinom sucu (*Harvard Law Review*) donosi desetak članaka koji nominalno ne mogu pripadati u ekonomiju prava. Ili obratno: broj posvećen antimonopolnim zakonima ima veći broj članaka i svi su s područja ekonomije prava. Dakle brojevima se ne treba impresionirati, ali uz navedene ograde sasvim je jasno koliko je značenje ekonomije prava.

⁵³G. Stigler dopunio je i korigirao podatke R. Ellicksona o objavljenim radovima ekonomije prava. Njegov je zaključak da uloga ekonomije prava nije pretjerana jer broj članaka u tom području u najvažnijim časopisima ne prelazi četvrtinu (sic!). U *Harvard Law Review*, *University of Chicago Law Review*, *Yale Law Journal* broj članaka kojima su autori ekonomisti kroz vrijeme 1965-1988. praktički se nije mijenjao. Međutim u nekim područjima (odštetno pravo, društva) ekonomija prava dominira: "...da bi utvrdio utjecaj u člancima o naknadama štete i ugovorima...., tablica potvrđuje da je jedna trećina članaka .. ekonomskog sadržaja". G. Stigler, *Law or Economics*, *Journal of Law & Economics*, 35, Oct. 1992, 455 - 468.

upoćivali na to: Patent, Trademark & Copyright Journal, Antitrust Law and Economy Review. Ako pozornost ne obratimo na prirodne oscilacije (trend je blagog opadanja broja radova), već na opći udjel takvih radova, slika je sasvim jasna. Godine 1995. objavljeno je u Sjedinjenim Državama u znanstvenim časopisima 3.388 članaka s područja ekonomske analize prava, 1994. godine 4.157 članaka, za 1993. godinu broj prelazi 5.000 te ne znamo točan podatak. U 1996. do kraja veljače objavljeno je preko tisuću članaka. To je - u gruboj procjeni za područje prava - nešto manje od četvrtine ukupnog broja objavljenih članaka u referentnim godinama.

Najdublje posljedice ostavit će širenje ekonomske analize prava u nastavi u elitnim američkim pravnim školama. Prema analizi R. Ellicksona elitnih američkih pravnih škola (Yale, Harvard, Stanford, Chicago - na kojima se analiziraju biografije profesora), utjecaj ekonomske analize prava vrlo je velik (sam smatra da porast dosiže gornju razinu⁵⁴). Nije nimalo neuobičajeno da pravne predmete (vlasništvo, trgovačko pravo) predaju osobe čije je prethodno obrazovanje i znanstveni stupanj s područja ekonomske analize (1988 - 6%). Recimo, samo na Yale School of Law od 58 profesora 22 spadaju u skupinu onih koji se (barem dijelom) bave ekonomijom prava⁵⁵. Ekonomska analiza prava na taj način daje ton obrazovanju pravnika, štoviše, upravo onih koji će se posvetiti znanstvenoj i nastavnoj karijeri. Na taj način elitne škole, pretežno orijentirane na davanje teorijskog znanja, postale su rasadnikom ekonomske analize prava. Ekspanzija se širi i na poslovne škole i institute.⁵⁶

Postoji jaka profesionalizacija skupine koja se bavi ekonomijom prava. Osnovano je Europsko udruženje za ekonomiju prava koje broji nekoliko stotina članova (uz nacionalna udruženja), a potom i američko udruženje. Sekcija Udruženja američkih pravnih fakulteta AALS (Law & Economics Section) gotovo je najbrojnija (samo 4 člana manje od najbrojnije!). Udžbenici predmeta kao što su ugovorno pravo, korporacije, stečajevi temelje se na ekonomiji prava. Vjerojatno je dostignuta (fizička) gornja granica ekspanzije discipline⁵⁷.

Raščlamba brzine⁵⁸ razvitka ukazuje na "stimulaciju, međusobno

⁵⁴R. Ellickson, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, Chicago-Kent Law Review, 65, 1, 1989, 23-57.

⁵⁵U nekim pregledima navode se tri središta širenja ekonomije prava: Chicago Law School i University of Virginia koji su pod jakim utjecajem liberalističke ekonomije (Coase, Posner, Direktor, Landes); Yale kod kojeg je ekonomija prava povezana s jakim utjecajem političkog progresivizma (Calabresi, Ackerman, Kronman, Klevorick, Ellickson) te rezidualna skupina koju predvode Harvard (Kaplow, Turner, Musgrave) i Stanford (Polinsky). Podjela nam se čini sasvim uvjetna: postoji stalno kruženje između različitih škola (Coleman, Priest npr.), najznačajnije je teško svrstati (npr. Epstein (Harvard) bliz je čikaškoj školi).

⁵⁶R. Ellickson, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, Chicago-Kent Law Review, 65, 1, 1989, 26-28.

⁵⁷R. Posner, *The Future of Law and Economics: A Comment on Ellikson*, Chicago-Kent Law Review, 65, 1, 1989, 57-58.

⁵⁸Dijelimo rezerve prema univerzalnoj upotrebi ekonomije prava (a osobito prema korisnosti njezine upotrebe u propedeutičke svrhe) - jer je vidimo kao izdanak i posljedicu sporova na razini teorije i jednim od mogućih pravaca pravnih istraživanja, a ne isključivom paradigmom pravne teorije te ističemo

obogaćivanje, više razumijevanja prava i više ekonomske analize na pravnim fakultetima".⁵⁹ Glavna posljedica primjene i dominacije ekonomske analize prava u američkoj pravnoj teoriji jest nestanak granice između ekonomske analize i prava i prava i ekonomske analize. To mijenja i sliku prava u ekonomskoj znanosti. Pravo se ne vidi kao niz slučajnih i voluntarističkih zakona, već kao dio nužne infrastrukture tržišta i posljedica postojanja potrebe za troškom institucionalizacije tržišnih objektivnih načela.

Važnost i raširenost ekonomske analize prava u suvremenoj (osobito američkoj) pravnoj teoriji ne može se dovesti u pitanje, te ćemo razmotriti nekoliko ključnih točaka te orijentacije.

5. Načelo efikasnosti: legitimizacija pravnog sustava njegovim učinkom

5.1. Institucije, pravo i efikasnost

Efikasnost u smislu ekonomičnosti središnji je pojam ekonomske analize prava.⁶⁰ "Načelo ekonomičnosti jedno je od osnovnih pravila za svaku društvenu aktivnost. Ono traži da se sa što manje utroška vremena, društveno korisnog rada i materijalnih sredstava postigne što povoljniji rezultat."⁶¹ Intuitivno je jasno da poredak koji nema potrebnu mjeru efikasnosti ne vrijedi puno.

U ekonomskoj analizi prava nije riječ samo o tome. Efikasnost je pojam koji je idejni okvir, objašnjenje, perspektiva u kojoj sagledavamo stvarnost. Pitanja u rasponu od ustroja države, ljudskih prava, neovisnosti sudstva pa do ravnopravnosti spolova, diskriminacije, javnosti postupka, sklapanja i razvrgnuća ugovora - ili bilo koji nasumce odabran pravni problem⁶², može se, odnosno

samo mogućnost, ali smo svjesni i svih rizika i mogućih prigovora. Pesimistička interpretacija ukazuje na duboku krizu pravne teorije koja nema kriterije određenja svoje paradigme.

⁵⁹R. Ellickson, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, Chicago-Kent Law Review, 65, 1, 1989, 34. Ellickson smatra da su poslovne škole prirodno središte budućeg razvoja ekonomije prava. Po njegovu mišljenju ekspanzija ekonomije prava je zaustavljena.

⁶⁰Pojam efikasnosti u ekonomiji prava treba tumačiti u tri smisla. Pojam je istovremeno normativan, tj. kritički kriterij ocjene stanja; deskriptivan (opisuje situacije); a konačno on je i eksplanatoran (objašnjava dublje i na prvi pogled neprepoznatljive uzroke).

⁶¹S. Triva, *Građansko procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1964, 102.

⁶²Razlikuje se zapravo "stara" i "nova" ekonomska analiza prava, pri čemu je razlika između njih što jedna (stara) škola smatra da se ekonomija prava može primijeniti na područjima trgovačkog, ugovornog i dijelom krivičnog prava, dok "nova" ekonomska analiza prava ne zazire od generalne primjene ekonomske analize prava kao glavnog analitičkog sredstva i teorijskog uporišta u svim područjima prava. "Stara ekonomska analiza prava" analizirala je pretežno zakone koji su uređivali eksplicitno ekonomske odnose, a takvih je zaista bilo malo, pa su čak i neki koji bi mogli biti uvršteni u takve bili zaobilazeni (primjerice baš pravo ugovora), "novo" pravo i ekonomska analiza ne priznaju takva ograničenja područja ekonomske analize prava. G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, Yale Law Journal, 70, 1961, 499; Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law & Economy, 3, 1, 1960.

treba se, razumjeti kroz prizmu analize efikasnosti i ekonomsku analizu prava. Nastoji se razumjeti na koji način, uz što manje troška, uštedu na materijalnom i psihološkom naporu, točno, brzo i nedvosmisleno, trajno ali fleksibilno, predvidivo i optimalno postizemo ciljeve.

Međutim, osim tog značenja efikasnost ima i dublje eksplanatorno značenje. Kao što na tržištu efikasniji - oni koji prodaju uz nižu cijenu⁶³, ergo manje troškove - opstaju, a drugi propadaju, ili kao što priroda surovo eliminira one koji se okolini ne mogu prilagoditi, tako i efikasnost predstavlja krajnji kriterij uspjeha.

Učinkovitost je objašnjenje za izgled i djelovanje institucija, nastojanje da institucije stvaraju što manji trošak djelovanja (transaction costs). "Efikasnost možemo definirati kao rješenje za problem ograničene maksimizacije. Dakle u danom skupu institucija konačni oblik rješenja ekonomskog problema mora biti efikasan. Institucije vrlo različite pravne strukture obično dopuštaju različite učinke, a koji će biti njihov institucionalni izgled, ovise o nekom načelu institucionalnog izbora. Ekonomska analiza je snažno sredstvo za analizu posljedica alternativnih izbora institucija, ona objašnjava gdje su ograničenja učinkovitosti te objašnjava (proriče) evoluciju utakmice institucija (competing institutions)."⁶⁴

Ovime se samo dijelom referira na empirijsku provjeru troškova institucije⁶⁵, a prije se misli na određenu logiku razumijevanja situacije. Kao što zakon ponude i potražnje ne znači da ćemo u konkretnom slučaju kupiti najjeftinije, ali znači da ćemo razumjeti logiku postavljanja cijene, tako i pri formiranju institucije nećemo možda znati sve elemente procjene njezine efikasnosti, ali ćemo bolje razumjeti njezino djelovanje ako je vidimo kao rezultat prilagodbe potrebi efikasnosti.

Ekonomska analiza prava ambiciozan je program koji pokušava na jedinstven način protumačiti funkcioniranje i oblike prava. Dublje od pojave prava, dublje od normativne regulacije postoje zakonitosti koje treba prepoznati i otkriti. Te zakonitosti rezultat su nastojanja da se postigne efikasnost regulacije. Bilo da je u pitanju ugovor, naknada štete, onečišćenje okoliša ili kazneno pravo, svjesno ili nesvjesno zapravo se primjenjuje načelo ekonomske efikasnosti prava.

⁶³Ekonomija prava započela je analizom primjene teorije cijena na kompleksni pravni i ekonomski problem antitrusta. G.Stigler, *Law or Economics*, *Journal of Law & Economics*, 35, Oct. 1992, 455 - 468.

⁶⁴L. De Alessi, R.Staaf, *Property Rights and Choice*, N.Mercuro (ed.), *Law and Economics*, Boston, Kluwer, 1989, 184.

⁶⁵Upotreba statistike i analiza istraživačkih podataka ohrabruju se u ekonomiji prava, no nemamo dojam da je takva analiza osobito česta. "Teorija je učinila nesporan napredak u razumijevanju ovog područja (ekonomije institucija). Ali čini se da u ekonomiji institucija sada u velikoj mjeri postoji nedostatak empirijskih istraživanja. Nema sumnje da se to može reći i za druga područja ekonomije, ali je posebno istaknut slučaj ovdje.... U najvećem broju slučajeva empirijski izvještaj sastoji se od studije slučaja, koja može biti zanimljiva, ali ne nužno i reprezentativna, zajedno s velikim brojem slučajeva pred sudom, koji sigurno nisu reprezentativni. Je li to najbolje što možemo?" T.Eggertsson, *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 31.

Načelo efikasnosti pravi je cilj prava, zakonodavstva i primjene zakona. Kao što utilitaristi smisao zakona nalaze u povećanju društvenog bogatstva, tako u tome i ekonomska analiza prava nalazi objašnjenje djelovanja zakona. Ideja je da cjelokupna struktura društvenih institucija postoji i djeluje u nastojanju da se postigne povećanje društvenog obilja prema navedenim kriterijima. Mimo i nezavisno od moralnog i vrijednosnog stava objašnjenje postojanja i djelovanja društvenih institucija i normi nalazi se u njihovoj sposobnosti da potpomognu napredak i bogatstvo društva.

Na posredan način efikasnost nam tako daje uvid u pravi smisao pravne regulacije. Tako barem smatraju oni koji pravo vide kao izdanak i posljedicu postojanja tržišnih interakcija. Za njih je pravo izraz postojanja skrivene logike tržišta koja postoji iza normi. Koja je ekonomska logika iza osnovnih društvenih i političkih pravila koja uređuju proizvodnju i razmjenu? Koja je ekonomska logika različitih ugovornih oblika, institucija? Što je i koja je ekonomska logika naknade štete? Uporište u tome je ekonomska analiza prava razvijena u radovima R.Coasea.

5.2. Coaseov teorem

Coaseov teorem najpoznatiji je pojam ekonomske analize prava.⁶⁶ Formulacija teorema osim toga bila je glavni razlog da se R.Coaseu 1991. godine dodijeli Nobelova nagrada za ekonomiju. Prvi put teorem je formuliran u čuvenom članku *Problem društvenih troškova*⁶⁷. Coase tvrdi da "uz pretpostavku da su transakcijski troškovi jednaki nuli, promjene pravnih pravila odgovornosti ne mijenjaju alokaciju sredstava koja ostaje efikasna", ili drukčije: "Strane će postići isti dogovor bez obzira na to kako je određena odgovornost ako su transakcijski troškovi jednaki nuli".⁶⁸ Drukčije formulirano: tako dugo dok nema zapreke pogađanju između stranaka, resursi će biti alocirani efikasno bez obzira na to kako su vlasnička prava izvorno raspoređena.

Kako navodi Polinsky⁶⁹, Coaseov poučak najlakše je razumjeti prema primjeru. Zamislimo tvornicu koja dimom prouzroči štetu susjednim kućama - recimo prljanjem rublja. Svaki susjed trpi štetu od 75\$, zajedno 375 \$. Šteta može biti uklonjena na dva načina: pročistačem dima na dimnjaku - što košta 150\$, ili kupnjom elektičnog sušila za susjede - koji koštaju po 50 \$. Efikasna je solucija postaviti pročistač. Dalje se razrađuje pravna implikacija primjera te je pitanje

⁶⁶Prema Westlawu o njemu piše u 17.468 članaka te je Coase ukupno najcitiraniji autor u području društvenih znanosti!

⁶⁷R.Coase, *The Problem of Social Costs*. R.H.Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, Chicago University Press, 1988, 95-187. Zapravo u tom članku nije izložena konačna formulacija već primjeri iz kojih se izvodi.

⁶⁸Stigler, 1966. G.Stigler, *Law or Economics*, *Journal of Law & Economics*, 35, Oct. 1992, 455.

⁶⁹A.M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Boston, Little Brown and Co., 1989,

mijenja li se nešto variranjem pravnih načela. Ako priznamo pravo na čist zrak, tada tvornica ima tri izbora: postaviti pročistač, platiti stvarnu štetu ili kupiti sušila za rublje. Ako priznamo pak pravo na slobodnu upotrebu zraka - onečišćavanje, tada susjedi imaju ta ista tri izbora, ali sami snose trošak. U oba slučaja rezultat je isti, mada trošak snosi drugi. "Implicitno je pretpostavljeno u ovom primjeru da se susjedi mogu dogovoriti bez troška i pregovarati s tvornicom. U Coaseovu jeziku to znači da su transakcijski troškovi jednaki nuli (zero transaction costs). Općenito, transakcijski troškovi uključuju troškove identificiranja stranaka za pogodbu, troškove njihova povezivanja, troškove postizanja pogodbe i troškove primjene dogovorenoga. S tom općom definicijom transakcijskih troškova možemo formulirati jednostavniji oblik poučka: ako su transakcijski troškovi jednaki nuli, efikasan ishod pojavljuje se bez obzira na izbor pravnog pravila".⁷⁰

U čemu je poruka primjera? Da bi se postigla društveno optimalna slolucija, potrebno je na minimum svesti troškove, izabrati ono pravno rješenje koje će omogućiti manji "trošak transakcije", dakle onu alternativu u kojoj su svi na dobitku, odnosno u kojoj se gubitniku kompenzira gubitak. Pouka je zapravo baš u tome što neizrečeno postaje vidljivo: položaj stranaka nije isti bez obzira na to što je isti rezultat efikasan, jer trošak transakcije i plaćanje štete ne pripda istoj strani. Ergo, pravno pravilo temelj je redistribucije dobitka (dobitka koji se ne može raspodijeliti bez plaćanja tereta transakcijskog troška) i "samo" treba utvrditi koji postupak minimizira transakcijski trošak postizanja efikasnog rješenja.

Pretpostavka nultog troška transakcije vrijedi samo virtualno. U stvarnosti uvijek postoje pozitivni troškovi transakcije, te se efikasno rješenje ne mora pojaviti u svakoj varijanti raspodjele prava. "U takvim uvjetima, preferirano pravno rješenje jest pravilo o minimiziranju učinaka troškova transakcija... nije sasvim sigurno da pravilo o izbjegavanju troškova transakcije raspodjeljuje dobit prema općem dobitku i najmanje skupom rješenju..., ali i ta nerealistična pretpostavka o transakcijskim troškovima omogućava nam koristan način razmišljanja o pravnim problemima budući da nas upozorava na to koji troškovi nastaju pod kojim pravim pravilom da bi to pravilo bilo efikasno. Jednom kad identificiramo potrebne transakcije može postati jasno da, pod datim uvjetima realističkog tumačenja troškova transakcije, jedno rješenje postaje izgledljivije od drugog prema efikasnosti koju postiže."⁷¹

Implikacija je takve analize da pravo treba tumačiti kao oblik postizanja efikasnog rješenja alokacije dobiti, gubitaka i štete, mehanizam koji s minimalnim troškovima postiže optimalan učinak preraspodjele dobiti, gubitaka i štete.

Coase pokušava razumjeti koje pravilo vrijedi u utvrđenju štetnih djelovanja (u smetanju posjeda, u poljskim štetama, kod štetnih imisija). Zaključuje da

⁷⁰A.M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Boston, Little, Brown, and Co., 1989, 11.

⁷¹A.M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Boston, Little, Brown and Co., 1989, 14.

vrijedi pravilo tržišnog utvrđenja veličine štete (u idealnom slučaju nezavisno od prava). Bez obzira na to kakvo mi pravilo uveli u takva pogađanja, tražit će se vanjski kriterij prihvatljiv za obje strane. Prirodan kriterij koji se nameće jest kriterij tržišne cijene. Ako je šteta neizbježna ili predvidiva, oštećeni (ili onaj tko mora platiti nadoknadu) predvidivu štetu uključuju u račun marginalne dobiti, zapravo i jedna i druga strana pokušavaju racionalno usmjeriti akciju tako da njihova dobit bude veća od štete. Coase pokušava utvrditi racionalno pravilo u takvim slučajevima. Izlaže situacije u kojima bi se primijenili različiti kriteriji odgovornosti i računa njihove posljedice (recimo, na koji je način željeznica odgovorna za požare uz prugu, i što bi bilo da nije). Koja će načela vrijediti (npr. objektivna odgovornost, presumirana krivnja, krivnja), po njegovom mišljenju, stvarno će se urediti prema načelu minimiziranja transakcijskih troškova i društvene optimalnosti - jasnije rečeno: tako da se rizik prebaci na onoga tko štetu može smanjiti ili izbjeći, i da pri tome trošak nadoknade bude što manji.

Od zamišljenih primjera Coase prelazi na analizu engleske sudske prakse, jer tamo nalazi ilustrativnu empirijsku potvrdu za teze. Engleski sudovi, kada se i izričito ne pozivaju na to, primjenjuju pravo stvarajući pravila kojima smanjuju društvenu ukupu štetu. Stranke pak indirektno upućuju na to da eventualni rizik štete unesu u račun cijene, odnosno marginalnu dobit. Računanje marginalne dobiti pretpostavlja poznavanje i poštovanje interesa drugih strana koje su pravilima štete uključene u tržišnu interakciju. Klasična teorija cijena taj element kalkulacije nije uzimala u obzir. "Postoje li u stanju laissez faire monetarni, pravni, politički sustavi, i ako postoje, što su oni? Što bi u idealnom svijetu bili monetarni, pravni i politički sustavi? ... Bolje bi bilo započeti analizu situacijom bližom stvarnosti... Kad bi za faktore proizvodnje smatrali i prava, lakše razumijemo da je pravo da učinimo nešto što ima potencijalno štetni efekt (kao što je stvaranje dima, buke, smrada i sl.) isto tako faktor proizvodnje... Trošak korištenja prava .. uvijek je gubitak koji podnosi netko drugi kao posljedicu korištenja prava - kao nemogućnost prelaska preko zemlje, parkiranja kola, izgradnje kuće, uživanja vidika, mira ili disanja čistog zraka".⁷²

Čak i troškovi institucije koji nam se na prvi pogled čine zanemarivim ili neizbježnim društvenim poslom mogu utjecati na cijenu. Na primjer čini se da je svjetlo svjetionika primjer troška koji ne zavisi od broja ili kvalitete korisnika te da je efikasnije osigurati njihovo održavanje kao državnu funkciju. Coase tvrdi i pronalazi empirijsku podršku za drukčiji zaključak: da je naplata od korisnika efikasnija, i da je svjetioničarska služba u Engleskoj stvarno tako i ustrojena.⁷³

⁷²R.Coase, *The Problem of Social Costs* (1960), u: R.Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, 154,155.

⁷³Metodološki zaključak je isto značajan - Coase smatra da iz derivacije iskustava o regulaciji možemo izvesti pravilnosti ("Smatram da trebamo pokušati razviti generalizacije koje će nas voditi u tome kako različite aktivnosti najbolje treba organizirati i financirati... izvedene iz empirijskih studija kako se te aktivnosti izvršavaju u različitom institucijskom okviru.."). R.Coase, *The Lighthouse in Economics*, *The Journal for Law and Economics*, 17,2, 1974, 372.

U tom gledanju pravo je, ponavljamo, neizbježan trošak tržišnih transakcija⁷⁴. Ako transakcijski troškovi sprečavaju da pogađanje bude efikasno sredstvo alokacije resursa, onda se društveno blagostanje maksimalizira putem nadomjestaka. Jedan od supstituta mogu biti pravna pravila koja dopuštaju stranci koja više vrednuje resurse da ih uzme od vlasnika i plati štetu (ali je razlika sakriti se od kiše provalom ili otkinuti letvu s ograde u nužnoj obrani).

Troškovi pravne regulacije sastavni su dio tržišta, trošak koji se implicira i koji se ne da izbjeći. Pravo je transakcijski trošak (transaction cost). Pravo je dio troškova institucija i o njemu treba razmišljati kao o instituciji koju se može racionalizirati i reducirati. Budući da je trošak, pravo treba podvrci ekonomskoj analizi.

U transakcijama pravo nije jedini trošak. Coase ističe više uzroka "transakcijskih troškova": troškove pribavljanja informacija o distribuciji i cijenama, trošak na tržištu rada, troškove pogađanja, sklapanja ugovora, nadgledanja ponašanja partnera, prisilne primjene ugovora, zaštite vlasničkih prava od trećih.⁷⁵ Da bi ostvarili uzajamno korisnu razmjenu prava, stranke moraju, ponovimo primjer: postati svjesne potencijalnih koristi od razmjene, identificirati drugu stranku s kojom namjeravaju provesti razmjenu, uspostaviti komunikaciju, dogovoriti se o uvjetima razmjene, provesti razmjenu, eventualno čak i riješiti sporove, provesti prisilno dogovoreno i sl.

Na svakoj od faza mogu se pojaviti prepreke ili troškovi.

Coase upozorava da pokatkad troškovi realokacije prava premašuju koristi. U takvom slučaju jeftinije je trpjeti neefikasnost, osim ako prava ne mogu biti redefinjirana da olakšaju pogađanje ili efikasan ishod.

To naravno nije jednodušno prihvaćeno, niti se razumije na isti način. Napravljene su mnoge analize koje pokazuju da je u objašnjenju primjera Coase bio u krivu⁷⁶, da je u stvarnosti ponašanje aktora drukčije⁷⁷, a sporovi postoje i glede primjene ideje da je pravo ekonomska kategorija.

Formuliranje ideje da je pravo "trošak transakcije" i da je to njegova eminentna kvaliteta i ranije analize problema naknada šteta o kojima diskutiraju citirani Calabrese i Coase⁷⁸ početak su pokušaja da se ekonomska analiza prava primijeni na sustavan način i na druga područja prava. Dok još raspravljamo o implikacijama Coaseovog poučka - navedimo i njegovu primjenu na shvaćanja

⁷⁴Ono što sam pokazao u članku 'Problem društvenih troškova' jest da bez transakcijskih troškova nije uopće važno što je pravo, budući da ljudi mogu pregovarati bez troškova stjecanja, dijeljenja i kombiniranja prava da bi nekako podigli vrijednost proizvodnje. U takvom svijetu institucije koje daju oblik ekonomskom sustavu nemaju ni sadržaj ni svrhu." R. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, Chicago University Press, 1988, 14.

⁷⁵T. Eggertsson, *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 15.

⁷⁶J. Donohue, *Diverting The Coasean River: Incentive Schemes To Reduce Unemployment Spells*, *Yale Law Review*, 99, 3, 1990, 549-609;

⁷⁷R. Ellickson, *Order Without Law*, London, Oxford University Press, 1991.

⁷⁸R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 16.

poduzeća (društva, firme).

5.2.1. Institucija poduzeća

Poduzeće u ekonomističkoj (neoklasičnoj) interpretaciji vidi se kao skup proizvodnih planova i ciljeva. Uprava se brine za maksimizaciju profita vlasnika čije je pravo nad poduzećem obično odvojeno od upravljanja. Poduzeće se vidi kao neka vrsta kibernetičke "crne kutije" kod koje je jasan input i output, a sama unutarnja struktura ne smatra se važnom. Ekonomisti vole taj jednostavni model - on je pogodan za proučavanje i koristan u analizi poslovnih strategija. Drugi model nastao je kao odgovor na slabosti klasične teorije poduzeća. On poduzeće vidi kao objekt upravljanja. Menadžeri, posjedujući stručno znanje i potrebne informacije, nadmoćni su disperziranim vlasnicima, ali ipak ostaju ovisni o njima (principal - agent). Njihova motivacija za postizanje uspjeha poduzeća postiže se vezivanjem osobne koristi (plaće) za uspjehe i potencijalnog otpuštanja kod neuspjeha. Pravne forme koje se izvode iz tih koncepata ne izlaze iz okvira prakse sklapanja i održanja ugovora, statutarnih uređenja prava, dužnosti i strukture.

Međutim navedene teorije ne objašnjavaju djelovanje poduzeća. Ekonomska analiza prava smatra da je poduzeće oblik reduciranja transakcijskih troškova. U svom poznatom članku *Priroda poduzeća* (The Nature of the Firm; iz 1937!!) R.Coase tumači poduzeće kao instituciju koja promišlja, daje formu, planira i ugovara troškove transakcija. U nekim slučajevima troškovi transakcija manji su unutar tvrtke nego na tržištu. Prema Coaseu glavni je trošak transakcije utvrđivanje uvjeta prodaje i dugoročnih poslovnih odnosa (ovdje je vidljivo kakvu sporednu ulogu ekonomska analiza prava daje proizvodnji i organizaciji!). Odnos između poslodavca ili glavnog ugovarača i "ovisnih" tvrtki nije jednostavan odnos moći izdavanja naredbi i diktiranja cijene. Bez obzira na kritike, Coaseova je teorija poduzeća s vremenom, a od 1937. bilo ga je dosta, postala sve više prihvaćena. Ona je realistična u procjeni da su troškovi pogodbi - da drukčije nazovemo transakcijske troškove unutar poduzeća - najveći (često teško određivi) kada poslovne strategije ovise o nizu dogovora i odluka o akcesornim dijelovima posla, kod kojih su informacije skupe i nepouzdanе (npr. kod investicija dogovori s isporučiteljima opreme, njihovim suktraktorima i državnim tijelima radi dozvole iznose trećinu cijene), a u tim troškovima često tržište zakazuje kao racionalni regulator.

U idealnom svijetu Coasevog teorema transakcijski troškovi ne postoje⁷⁹, ali su neizbježan trošak u stvarnom svijetu. U raspravi o takvom shvaćanju poduzeća (firme) taj se prigovor štoviše smatra prednošću: poduzeće se smatra (a tvrdnja dominira američkim trgovačkim pravom) skupom ugovora (nexus of contracts), za razliku od zapravo statusnog tumačenja klasične teorije. Ne postoje

⁷⁹"Pokazao sam ...da bez transakcijskih troškova ne postoji ekonomski temelj za postojanje poduzeća." R. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, Chicago University Press, 1988, 14.

razlike između ugovora izvan poduzeća i onih unutar poduzeća (te je problematična Coaseova tvrdnja da poduzeće smanjuje transakcijski trošak). Ta teza zahtijeva malo dara za intelektualne spekulacije: treba zamisliti da su svi odnosi unutar poduzeća i prema drugima ugovorni, a ne statusni, pri čemu su onda sve ugovorne interakcije ("transakcijski troškovi") samo način da se smanji trošak organizacije, komunikacije, "identifikacije druge strane, pogađanja, provedbe razmjene" i svakog drugog troška uređenja (regulacije). "Bolje rečeno, obje kategorije ugovora dio su kontinuuma tipova ugovornih odnosa s različitim poduzećima na različitom dijelu spektra kontinuuma. Drugim riječima, svaki tip poslovne organizacije nije ništa drugo nego posebna vrsta 'standardnog ugovora'. Jedna vrsta takvog standardnog ugovora jest dioničko društvo (public corporation?) koje karakterizira ograničena odgovornost, neodređeno trajanje i slobodno kolanje dionica i glasova. ...Gledati na poduzeće kao skup ugovora korisno je jer skreće pozornost na činjenicu da su ugovorni odnosi s uposlenicima, dobavljačima, kupcima, kreditorima i drugima osnovni sadržaj poduzeća."⁸⁰

Evolucija shvaćanja poduzeća od klasičnog modela koji naglasak stavlja na mjerljive veličine i svrhu poduzeća, prema tumačenjima koja naglašavaju dinamičnost odnosa i otkrivaju "dublje ekonomske zakonitosti postojanja poduzeća" pokazuje istodobno slabljenje interesa za pozitivnopravno tumačenje fenomena. Oblici, pravni ustroj, regulativa smatraju se ili jednostavno datima (takvima po sebi) i neproblematičnima, a pravi problem definira se u razlozima odabira pravnog rješenja. Sam Coase uočava jednostranost takvog pristupa: "Preokupiranost ekonomista logikom odlučivanja dovela je do istovremene obnove u proučavanju prava, političke znanosti i sociologije ...jedna od posljedica razvoda teorije od njezinog predmeta jest da se proučavaju entiteti kojima kao predmetu studija nedostaje svaki sadržaj. Kupac nije ljudsko biće, već skup preferencija. Poduzeće za ekonomista, kao što kaže Sleter, 'stvarno je definirano krivuljom troškova i potražnje, i teorija je tu jednostavno logika optimalnog određenja cijena i kombinacije inputa'. Razmjena se odvija bez ikakvog specificiranog institucijskog ustroja. Imamo potrošače bez humanosti, tvrtku bez organizacije te čak razmjenu bez tržišta."^{81,82}

Raspravu o pravu moramo za trenutak napustiti jednom digresijom. Već na samom početku, u izlaganju osnovnih pojmova ekonomske analize prava, koristimo se pojmom koji nije sasvim jasan - pojmom efikasnosti. Najprije ćemo izložiti normativno značenje tog pojma.

⁸⁰O.Hart, An Economists Perspective on the Theory of the Firm, Columbia Law Review, 89, Nov. 1989, 1757.

⁸¹R. Coase, The Firm, the Market and the Law, Chicago, Chicago University Press, 1988, 3.

⁸²Načelna orijentacija na iskustvenu provjeru ("pozitivna teorija ekonomske analize prava") ne potvrđuje se, ne samo brojčanom usporedbom empirijskih i teorijskih (često matematičkih) modela već i opravdanom primjedbom da su modeli nepodobni za iskustvenu provjeru jer ne obuhvaćaju uopće, za ponašanje, važne aspekte stvarnosti. R.Kornhauser, A Guide to Perplexed Claim of Efficiency of Law, Hofstra Law Review, 8, 3, 1980, 613 -627.

5.3. Filozofsko utemeljenje ideje efikasnosti: čemu teže racionalni aktori

Gledanje na pravo kao područje ekonomske računanice korisnosti nije isključivo ekonomističko niti je novo. Odnos pojedinca i društva u kojem se priznaje pojedinačni interes ograničen nastojanjem da se poveća ukupno bogatstvo dobro je prihvaćen u ekonomiji. Obično se upućuje na tradiciju austrijskih ekonomista C. Mengera ili L. Walrasa, ali još češće na V. Pareta i njegovu analizu društvene ravnoteže.

Drugo izvorište nalazi se u filozofiji utilitarizma: "Priroda je postavila čovjeka pod vlast dvaju suverenih gospodara, 'boli' i 'zadovoljstva'. Oni određuju što trebamo činiti, kao i ono što ćemo činiti... Oni nas vode u svemu što radimo, u svemu što kažemo, u svemu što mislimo: svaki napor da to poreknemo vodi pokazivanju i potvrdi njihova postojanja... Pod korisnošću misli se na to da vlasništvo nad svakim predmetom donosi dobit, prednost, zadovoljstvo, dobro ili sreću (sve je to u ovome zapravo isto) ili (što opet dođe na isto) sprečava dešavanje nesreće, boli, zla ili nezgode strani o kojoj se radi: bilo da je to zajednica u cjelini i tada se radi o sreći zajednice; ili pojedinca, kada se radi o dobrobiti pojedinca ... Za neku akciju možemo reći da je u interesu zajednice...kad je povećanje sreće zajednice veće nego njezino umanjenje. Mjera je uspješne vlasti ... tendencija da se doprinosi sreći zajednice više nego se toj sreći škodi".⁸³

Za utilitariste ljudsko ponašanje može se predvidjeti iz iskustvenih zakonitosti ljudskog ponašanja⁸⁴. Osnovni je princip da ljudi djeluju u svom sebičnom interesu, traže zadovoljstvo i izbjegavaju bol. Cilj društva je stvaranje takvih odnosa koji će postići maksimum sreće za najveći broj ljudi ("the greatest amount of happiness of the greatest number of the people")⁸⁵.

Međutim, u pravu je drukčije. Pravni poredak počiva na skupovima premisa koje ga legitimiziraju. Ne samo kao politički poredak: zašto netko vlada, a drugi ne, zašto ljudi svjesno i dobrovoljno prihvaćaju silu nad njima? Pravo nije skup normi koje olakšavaju samo prihvaćanje tuđe volje i prisilu čine neosobnom. Ništa nije pogrešno koliko vjerovanje da pravo može postojati na goloj sili (jedino je možda gora zabluda da može bez nje) jer svaki pravni sustav mora imati minimum društvenog konsenzusa, usvojiti predustavne i predpravne principe na kojima opstoji i bez kojih ne može. Oni ne moraju biti, i obično i nisu bili

⁸³J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *The Great Political Theories*, New York, Avon Books, 1981, 117-118.

⁸⁴To je u svesi i s pozitivnim tumačenjem ekonomije kao znanosti. Pozitivna ekonomija znanstveno je istraživanje "objektivnih" društvenih činjenica. Pozitivna ekonomija ima iznaći sustav generalizacija koje mogu biti upotrijebljene za predviđanje konzekvencija svake promjene okolnosti. Njezinu učinkovitost treba suditi po preciznosti (pouzdanosti) predviđanja. M. Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, u: M. Friedman, *Essay in Positive Economics*, Chicago, University of Chicago, Press 1953, str. 4.

⁸⁵M. Curtis, *The Great Political Theories*, New York, Avon Books, 1981, 106.

formulirani u skupovima ustavnih načela, normi ili tradicija, ali postoje⁸⁶. Pravo treba načela koja ga opravdavaju i objašnjavaju, te je obično zadatak pravne filozofije da formulira i izloži takve principe.

Zato se i može ekonomska analiza prava supsumirati pod jednu stariju i širu filozofsku tradiciju. Tako se ekonomska analiza prava može promatrati kao moderni oblik utilitarizma ili materijalizma, ili moguće kao nova znanost kojoj je cilj legitimizacija pravnog poretka konceptom efikasnosti kao temelja pravnog poretka.⁸⁷

Bentham, koji je slobodno izmjenjivao i smatrao sinonimima: korisnost, zadovoljstvo i sreću, izgradio je cijeli sustav razmišljanja na pretpostavci da bi javna politika trebala maksimizirati zbroj individualnih koristi. Taj cilj pretpostavlja da će koristi različitih ljudi biti moguće dodati jedne na druge (kao tjelesnu težinu). To je očigledno nemoguće. Ako koristi ne mogu biti zbrojene, mogu li ekonomisti išta reći o javnoj politici? Kako, drugim riječima, definirati optimalno stanje sreće i zadovoljstva za sve - društvenu efikasnost?

5.3.1. Paretovo optimum

Na taj problem odgovor je ponudio V. Pareto. Rješenje se pokazalo daleko efikasnije i stimulativnije za filozofsku spekulaciju nego što se mogao nadati. Izvod koji slijedi pretpostavlja usvajanje specifičnog, ne uvijek prihvatljivog diskursa i stila ekonomske analize prava, te za one koji će preskočiti odjeljke koji slijede nudimo jednostavniju formulaciju normativnog kriterija društvene efikasnosti: neko rješenje raspodjele (prava) društveni je "napredak" ako netko preraspodjelom prolazi bolje, a da pri tome nitko ne prolazi lošije, odnosno raspodjela je društveno optimalna ako ne postoji mogućnost "napretka".

Paretova analiza, kako ju je predložio njezin tvorac i usavršavale generacije ekonomskih teoretičara, prvo pretpostavlja da postoji inicijalna raspodjela resursa, koja je u odnosu na model izvanjska i data. Jednom kad je početna distribucija opisana, analiza se nastavlja s pitanjem *može li neka realokacija resursa popraviti položaj bar jedne osobe, a da nitko ne stoji lošije nego prije*. Ako je odgovor da, onda je realokacija Paretovo napredak. Ako je odgovor ne, onda je pak početna

⁸⁶Moderna liberalna demokratska država (da se opet pozovemo na Fukuyamovu tvrdnju) sadrži skupove takvih načela. Ona nisu formulirana kao jasne ustavne izjave ili norme, ali je jednostavno nemoguće kršiti ih bez političkog rizika gubitka vlasti. Još jasnije to je formulirano u nastojanjima J. Rowlsa da formulira teorijski temelj pravednosti i iz takvog načela izvede ustroj stabilnog društvenog poretka (Well-ordered society): "To je društvo u kojem svatko prihvaća i zna da drugi prihvaćaju isto načelo pravednosti, a osnovne društvene institucije sačinjene su po tom načelu i to se zna. Tako je pravednost kao poštenje (fairness) okvir u suglasju s tom idejom društva... Nema potrebe da se pozivamo na teološke ili metafizičke doktrine da bismo potvrdili te principe... Konceptije pravednosti moraju se dokazati u uvjetima stvarnog života kakvog ga poznajemo ili se uopće ne dokazuju". J. Rowls, *A Theory of Justice*, Belknap, Cambridge, 1971, 454. U svojoj novoj knjizi (*Political Liberalism*) Rowls razrađuje upravo tu ideju kako iz načela nastaju poretci.

⁸⁷Cooter, 1989.

raspodjela Pareto-efikasna (također se naziva Pareto-optimalnom).

Pareto optimum je kriterij koji se izvodi iz Paretove ideje o postizanju društvenog gospodarskog ekvilibra.⁸⁸ Sredstva su u društvu raspoređena prema Paretovom optimumu kad "daljnja realokacija bilo čega može povećati bogatstvo jedne osobe samo na trošak druge. Alokacija po Paretovom kriteriju superiorna je svakoj alternativnoj alokaciji ako i samo jedna promjena dovodi u lošiji položaj time što je učinjena distribucija radi koristi drugog".⁸⁹

Isto se određenje dobije ako se započinje s drukčijom početnom alokacijom, pretpostavimo neefikasnom alokacijom. Paretova efikasnost postiže se realokacijom resursa sve dok mogućnosti za Paretova poboljšanja nisu iscrpljena. Činjenica da se poboljšanja mjere prema osobnim vrijednostima svake osobe u pogledu resursa koji su u njemu alocirani je značajna. Da bi se ustanovilo je li promjena nekoga na- bolje u skladu s njegovim vlastitim preferencijama, a da nitko pri tome ne prođe lošije, moramo znati njihovo subjektivno rangiranje (ordinalna korisnost). Da bi se odredilo je li situacija Pareto-efikasna, ordinalne koristi ljudi na koje se odnosi moraju biti poznate, ali ne mora ništa biti poznato u pogledu njihovih bitnih, objektivnih (kardinalnih) korisnosti.⁹⁰ Radi se o

⁸⁸Pareto zapravo izvodi različite teorijske modele ekvilibra za različite tržišne situacije: konkurentsko tržište (tip I), monopolističko tržište (tip II) i distributivnu plansku ekonomiju (tip III). Objašnjenje koja preuzima ekonomija prava odnose se na tip I. Pareto, referirajući se na utilitaristički model ponašanja pojedinca, ali nesklon prihvatiti vrijednosne osnove i "pseudoznanstvenu metafiziku" i moralističku dikciju utilitarizma ("Zamislimo zajednicu sačinjenu od vukova i ovaca, sreća vuka je da pojede ovcu, ovce da ne bude pojedena. Kako da ta zajednica postane sretna", 48). Zato uvodi (neprevodiv) pojam *ophelimity* - koristi upotrebe stvari (što je jednako upotrebnoj vrijednosti, korisnosti-value in use, utility). Njegova definicija koja se obično ne citira točno glasi: "VI/33. Započinjemo s definiranjem pojma koji ćemo upotrebljavati da izbjegnemo razvučenost. Kažemo da članovi zajednice uživaju maksimum *ophelimita* u određenom položaju u kojem je nemoguće pronaći i najmanje pomicanje bilo kojeg pojedinca a da to ne bi promijenilo *ophelimit* nekog drugog člana zajednice koji time raste ili opada. Želimo reći, svako malo pomicanje nužno za posljedicu ima porast *ophelimita* koji uživa neki pojedinac, i smanjenje onog koji uživa tko drugi; ono što je poželjno za jedne, nepoželjno je drugima." V.Pareto, *Manual of Political Economy*, New York, Kelly Pub., 1971, 103-181, 251-281. Paretova formula uključuje veći broj implicitnih pretpostavki: "da je pojedinac najbolji sudac o svojoj dobrobiti; da blagostanje društva ovisi o dobrobiti pojedinaca koji ga čine; da svaka promjena ili porast dobrobiti barem jednog pojedinca a da se ne smanji blagostanje društva podiže njegovo ukupno blagostanje (Pareto kriterij)." C.G.Veljanovski, *The New Law and Economics: A Research Review*, u: A.I.Ogus, C.G.Veljanovski, *Readings in the Economics of Law and Regulation*, Oxford, Clarendon Press, 1984, 19,20. Pretpostavaka je i više: potpuna informiranost, logika tržišne razmjene i drugo. O tome u daljoj raspravi bez neposrednog pozivanja na Pareta.

⁸⁹J.Coleman, *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, *Hofstra Law Review*, 8, 3, 1980, 512.

⁹⁰Ekonomija je izučavanje racionalnog izbora u svijetu oskudice. Ekonomisti pretpostavljaju da racionalni ljudi teže sreći, zadovoljstvu ili blagostanju (što ekonomisti nazivaju korišću). Racionalni pojedinci mogu povećati svoju sreću služeći se oskudnim dobrima efikasno - to zna i alociraju i rijetke resurse tako da se iz njih izvuče najveća moguća korist. Ako su ostale stvari iste, efikasni svijet gdje su resursi raspoređeni tako da maksimiziraju sreću koja se iz njih može izvući je privlačniji od neefikasnog svijeta gdje se manje sreće može izvući iz istih resursa. Ako X dobiva pet jedinica sreće (Utilita) od toga što ide u operu, a 10 ako ide na košarkašku utakmicu, dok Y dobiva 10 Utilita od opere, a pet od košarke, svijet gdje su karte za košarku raspoređene X, a karte za operu Y je privlačniji nego svijet u kojem je raspored obrnut.

modelskom prikazu, a ne stvarnoj poredbi između koristi za nekog. Isto tako ne razmatra se dinamika promjene, jer je model normativan.

Utilitaristička formula nije sasvim zadovoljavajuće tehnički formulirana kao načelo koje definira pojam efikasnosti. Osobito nije jasno na koju se vrstu efikasnosti zapravo ona može odnositi (alokativna ili distributivna efikasnost). Ekonomska analiza prava obično se referira na takozvanu alokativnu efikasnost, tj. na tržišnu efikasnost: da se za zadovoljenje potrebe postigna najmanji "transakcijski trošak".

Paretoov kriterij optimalnosti je normativan i "idealtipski". U stvarnosti raspodjela i preraspodjele dobara (prava) obično nekog dovode u lošiji položaj. Znači li to onda da nema optimalnog realnog sustava? Taj problem izbjegava se dopunom Paretovog aksioma Khaldor-Hiksovim kriterijem efikasnosti.

5.3.2. Khaldor-Hiksov kriterij efikasnosti

Khaldor-Hiksov kriterij⁹¹ pretpostavlja postojanje jednadžbe (grafički: krivulje) u kojoj je odstupanje od ekvilibra dobitak za jedne, ali gubitak za druge, ali pri tome dobitnici mogu kompenzirati naknadom gubitak "gubitnicima", jer je neto "bogatstvo" veće. "Kaldor-Hiksova efikasnost relacijska je osobina stanja stvari. Jedno stanje stvari (E') jest Khaldor-Hiks-efikasno drugom (E) onda i samo onda kad oni čiji se dobitak pomakom od E na E' može u potpunosti kompenzirati onima koji nešto gube s neto dobitkom u bogtstvu".⁹² Ekonomisti koji žele manje strogi test efikasnosti često upotrebljavaju Kaldor-Hicksov test efikasnosti po kojem je realokacija efikasna ako bi pobjednici koji dobivaju resurse bili spremni platiti dovoljnu svotu novca da potpuno kompenziraju one koji resurse gube (kompenzacija ne mora doista biti i isplaćena faktično).⁹³

Na žalost, teško je mjeriti agregiranje sreće bez usporedbe sreće između pojedinaca. Stoga što ne postoji direktno mjerenje stvarnih X i Y nivoa korisnosti, neki ekonomisti koji žele izbjeći međuosobne poredbe upotrebljavaju Paretove kriterije za određivanje je li koja realokacija resursa efikasna. Realokacija je Pareto superiorna ako ostavlja bar jednu osobu bolje stojećom, a da nitko ne prođe loše.

⁹¹Premda je Kaldor-Hicksov pristup uspješan kao oruđe za praktično djelovanje, ova vrsta cost-benefit analize kritizira se zato što ne poštuje individualnu autonomiju pojedinca. N. Kaldor, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Journal of Economy*, 49, 1939, 549; R. Hicks, *The Valuation of Social Income*, *Economica*, 7, 1940, 105.

⁹²J. Coleman, *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, *Hofstra Law Review*, 8, 3, 1980, 512.

⁹³Kaldor-Hicksov kriterij u stvari mjeri korist koju različiti pojedinci izvlače iz resursa na temelju njihove spremnosti da za resurse plate različitu svotu. Ako je X spreman platiti 10 kuna za košarkaške karte, a Y je spreman platiti samo 5, efikasno je oduzeti karte X-u i dati ih Y-u zato što je Y voljan platiti svotu sve do 10 kuna, što bi nadoknadilo drugome gubitak. Ekonomisti također opisuju takve realokacije kao maksimalizaciju bogatstva stoga što uzdižu društveno bogatstvo, tj. vrijednost društvenih resursa mjerenu ljudskom spremnošću da se za njih plati novac.

Kaldor-Hicksov test međuosobne usporedne korisnosti pretpostavlja da 1 kuna proizvodi istu količinu koristi i za X i za Y, tako da ako je X spreman žrtvovati 10 kuna za karte, a Y samo 5, pretpostavljamo da X očekuje izvući više koristi od karata. Međutim, čini se nerazumno očekivati da različiti ljudi uvijek izvlače istu korist iz iste novčane jedinice. Za većinu ljudi novac ima padajuć u marginalnu vrijednost: što se ima više novca, to se manje vrednuje svaka nova novčana jedinica: Tako vrlo

5.3.3. Normativno značenje efikasnosti

Začudujuće se velika pozornost posvećuje i oštre se riječi izmjenjuju u definiranju normativnog značenja efikasnosti. Kad nam se i čini nespornim da je osnovni cilj društva stanje bolje za sve, ukupno, agregirano ("u prosjeku") znači da je porast društvenog bogatstva dobar sam po sebi, problematično je po kojem kriteriju to ocjenjujemo. Kriteriji optimuma opisuju nam situacije u kojima je postignuto stanje napretka za sve, i to tako da nitko nije oštećen poboljšanjem (Pareto optimum) ili je u ukupnoj raspodjeli postignut napredak uz kompenzaciju oštećenima (Kaldor-Hicksov kriterij). Na pitanje što je poboljšanje i čemu treba težiti ta dva kriterija su odgovor. Oni uključuju implicitno pretpostavku da takvim napretkom nitko nije oštećen (ili je obeštećen). Ili, kako kaže Polinsky: "Pojam efikasnost odnosi se na odnos agregiranih dobitaka u određenoj situaciji i na agregirane troškove u tome, a pojam jednakosti na raspodjelu dobitka između pojedinaca. Drugim riječima, efikasnost se odnosi na 'veličinu kolača': a jednakost na to kako se kolač dijeli. Ekonomisti se tradicionalno orijentiraju na to kako da se maksimizira veličina kolača, ostavljajući ostalima - na primjer

siromašan čovjek vjerojatno izvlači daleko veće zadovoljstvo od dobivene 1 kune nego milijarder. Opadajuća marginalna korisnost novca ističe značenje koncepta odbojnosti rizika. Ekonomistu rizik jednostavno znači varijaciju neizvjesnosti: 50-postotna šansa da će se dobiti milijun kuna riskantnija je nego sigurnost dohivanja 500.000 kuna. Padajuća marginalna korisnost novca vodi do odbojnosti spram rizika zato što ljudi više vrednuju jednu kunu koju gube nego jednu koju bi dobili. Pojedinaac koji je odbojan spram rizika izabrat će radije sigurnost da dobije 500.000 kuna nego 50-postotnu šansu da dobije milijun zato što više vrednuje prvih 500.000 kuna nego drugih 500.000 i stoga nije spreman prihvatiti 50-postotnu šansu da će izgubiti prvih 500.000 za 50-postotnu šansu da će dobiti i drugih 500.000.

Također, ako su ljudi protivni riziku (o čemu svjedoči rastuća industrija osiguranja), racionalni pojedinci će željeti rasporediti rijetke resurse ne samo da bi maksimalizirali bogatstvo nego da i bi minimalizirali rizik. U mnogim će situacijama racionalni pojedinac alocirati društvena oskudna dobra efikasno bez potrebe vanjske intervencije. To se događa kroz dobrovoljnu razmjenu. Pretpostavimo da X ima košarkaške karte i vrednuje ih 5 kuna, a Y nema karte, ali bi za njih bio spreman platiti 10 kuna. Ako neka prepreka ne priječi da se X i Y pogađaju, oni će se vjerojatno sporazumjeti da X Y-u proda karte u zamjenu za svotu između 5 do 10 kuna. Takva dobrovoljna razmjena efikasna je i prema Paretovim kriterijima (bar je jedna osoba prošla bolje, a nijedna nije prošla loše) i Kaldor-Hicksovom testu maksimalizacije bogatstva (karte odlaze osobi koja ih najviše vrednuje, mjereno prema spremnosti da se plati kompenzacija). Tamo gdje razmjena zasnovana na vlastitom interesu među racionalnim pojedincima alocira resurse onima koji ih najviše vrednuju slobodna tržišta su efikasna. Pa ipak, u nekim slučajevima ponašanje pojedinaca koje je vođeno vlastitim interesom može voditi do neefikasne alokacije resursa koja smanjuje društvenu korist i bogastvo. To se događa kad pojedinačni izbori uključuju eksternalije - cijenu koristi pojedinca ili pojedinaca koju plaćaju treći. Primjerice, proizvođač može birati između jeftine tehnologije koja nameće 100 kuna u troškovima onečišćenja proizvođačevih susjeda i između sofisticirane tehnologije koja koristi susjedima eliminirajući i onečišćenje, ali uz 20 kuna veće proizvođačeve troškove. Stoga što su troškovi i koristi drugih proizvođača eksterni, proizvođač može nametnuti 100 kuna u polucijskim troškovima svojim susjedima radije nego da sam potroši 20. Tako racionalni pojedinci mogu slijediti svoje vlastite interese u društvenom smislu neefikasno namećući veće štete drugima (ili sprečavajući druge da ostvare veće koristi).

zakonodavcima - odluku o podjeli⁹⁴. Atraktivnost efikasnosti kao cilja jest to da svakom može biti bolje ako se društvo ustroji na efikasan način⁹⁵. Dakle efikasnost je, u prvom redu, poboljšanje ukupnog dobitka društva nekim postignućem, a potom i primjena formalnih kriterija koji nam otkrivaju kad je to efikasnost veća.

Efikasnost se vidi kao poželjno stanje društva, ("maksimalna korist jedina je vrijednost društva"⁹⁶) te u tom svjetlu treba preispitivati pravne odredbe⁹⁷. Vode li one efikasnijem društvenom poretku, efikasnijim institucijama? Tko to smije i može ocjenjivati? Zakonodavac? Ili sudovi? Ili je to samo teorijsko i političko pitanje? Za pravnike odgojene na shvaćanju da državna tijela primjenjuje pravo, ali ga ne stvaraju, pitanje nema smisla. Ali za tradiciju koja nastavlja pravni realizam i situaciju u kojoj je praksa sudova jedan od presudnih elemenata poretka to pitanje presudno je važno. Uza sve to, i pravo postaje sve složenije (vidi 1), pa kojim načelima povezati njegovu primjenu (u kojem su smislu dijelovi istog sustava porezno pravo i kazneno pravo, regulacija obiteljskih odnosa i dodjela radiofrekvencija)? U kakvom odnosu stoje efikasnost i pravednost? Postoje li norme koje se primjenjuju bez obzira na odnos troška/efekta? Je li efikasnost kategorija koja se tiče ne samo ukupnog bogatstva (efikasnost) već i pravne alokacije (jednakosti) dobitaka? Ima li efikasnost intrinzički karakter ili je samo sredstvo za postizanje drugih ciljeva?

Ovakva pitanja ne postavljaju se radi toga da se na njih dobije dogmatski odgovor. Ona su razrada određene filozofske perspektive koju uspostavlja ("framing of discussion") ekonomska analiza prava. Opravdani su prigovori da tako definirana efikasnost ima određeni stupanj ideološke sljepoće, da u stvarnosti postoji ne ideal, već mjera efikasnosti (i jednakosti). Rasprava je otvorena i unutar

⁹⁴Ne raspoređuju se sva dobra kroz tržišta. Moderna društva raspoređuju mnoge resurse kroz političke, a ne samo tržišne mehanizme. Vlade zahtijevaju da proizvođači automobila ugrađuju pojase i da ih kupci kupuju, nameću poreze na vlasništvo, prodaju i prihod, osiguravaju policijsku zaštitu i obrazovanje. Vlada daje i vlada uzima. Oruđe ekonomske analize - pretpostavka maksimalizacije koristi i racionalan izbor - može biti primijenjena i na političko raspoređivanje resursa, a ne samo na tržišno. Disciplina "public choice" izučava donošenje političkih odluka upravo kroz naočale takve ekonomske analize.

⁹⁵M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Boston, Little Brown & Co., 1987, 7.

⁹⁶R. Dworkin, *Why Efficiency*, *Hofstra Law Review*, 8, 3, 1980, 565.

⁹⁷Paretova efikasna ekonomija može biti opisana kao maksimiziranje vrijednosti resursa ljudima koji ih uživaju. Efikasnost znači manji trošak, ili drukčije veći dobitak svima (ili nekome, a da drugi nije oštećen ili mu se šteta kompenzira). Paretovi kriteriji efikasnosti, napretka i optimalnosti spominju "dobra", gubitak ili dobitak, ali ne govore o tome na što se stvarno odnose ti pojmovi. Zamislimo pravna ovlaštenja, obveze, privilegije itd. kao dobra i terete raspoređene na ljude putem prava. Sljedeći je korak zapitati se je li takav sustav (alokacija prava) dobar. Za tu ocjenu normativni je kriterij "Pareto optimum". Ako neko beskorisno zakonsko rješenje može biti supstituirano boljim, a ušteda može biti raspodijeljena među ljudima na koje se promjena odnosi tako da bar netko prođe bolje, a da nitko ne prođe lošije, tada se radi o popravljanju ("napretku") pravnog sustava, nastanku pravednog društva ("well-ordered society" - J. Rowlsa?) jer se u konačnici "doprinosi sreći zajednice više nego se toj sreći škodi".

same škole ekonomske analize prava.⁹⁸ Sustav mora biti ne samo efikasniji u maksimalizaciji bogatstva nego u tome mora biti pravedan i naknaditi štetu koju trpe neki kao posljedicu poboljšanja za sve.⁹⁹ U tom smislu u normativnom sustavu postoji cijeli niz napetosti, tj. interpretacija poželjnog stanja.¹⁰⁰ U tome je efikasnost samo jedan¹⁰¹, a ne, čini nam se, i jedini kriterij ocjene.

Za one koji nemaju sklonost raspravi o logičkim paradoksima vjerojatno je zanimljiva samo implicitna posljedica rasprave. U ekonomiji prava efikasnost je glavni kriterij ocjene je li neko pravno rješenje prihvatljivo. Ali to nije sve. Efikasnost se primjenjuje i kao analitičko-deskriptivni kriterij koji otkriva pozadinu i mogućnosti pozitivnopravnih rješenja: zašto je neko rješenje odabrano, koji je trošak institucija, koji je predvidiv oblik regulacije (npr. rješenja spora) jer će stvarnost, tvrdi se, odabrati efikasnije rješenje.

6. Analitička vrijednost ekonomske analize prava

Efikasnost u smislu ekonomičnosti središnji je pojam ekonomske analize prava. "Načelo ekonomičnosti jedno je od osnovnih pravila za svaku društvenu aktivnost. Ono traži da se sa što manje uoška vremena, društveno korisnog rada i materijalnih sredstava postigne što povoljniji rezultat."¹⁰² Intuitivno je jasno da poredak koji nema potrebnu mjeru efikasnosti ne vrijedi puno.

U ekonomskoj analizi prava nije riječ samo o tome. Efikasnost je pojam koji je idejni okvir, objašnjenje, perspektiva u kojoj sagledavamo stvarnost. Pitanja u rasponu od ustroja države, ljudskih prava, neovisnosti sudstva pa do ravnopravnosti spolova, diskriminacije, javnosti postupka, sklapanja i razvrgnuća ugovora - ili bilo koji nasumce odabran pravni problem, može se, odnosno treba se, razumjeti kroz prizmu analize efikasnosti i ekonomsku analizu prava. Nastoji

⁹⁸ Postoji podjela na one koji traže "čvrstu" definiciju efikasnosti (efikasnost kao vrijednost po sebi) i "umjerenu varijantu" (efikasnost kao vrijednost za nešto) smatraju prevladanom. Meni je teško vidjeti što je to porast bogatstva ili napredak društva ako se ne radi i o nekom drugom cilju: koristi ili jednakosti. R. Dworkin takav stav smatra "mekom" interpretacijom pojma efikasnosti. R. Dworkin, *Why Efficiency*, Hofstra Law Review, 8, 3, 1980, 563 -591.

⁹⁹Isto G. Calabresi, *About Law and Economics: A Letter to R. Dworkin*, Hofstra Law Review 8, 3, 1980, 553-562.

¹⁰⁰Normativna analiza efikasnosti pokušava usmjeriti pravno razmišljanje, zakonodavce i sudsku praksu prema poštovanju ekonomskih zakonitosti koje dovode do postizanja poželjnih društvenih ciljeva. Premda se zapravo radi o varijanti političke filozofije, ona se tako ne prikazuje. Zašto? Prije svega temeljna ekonomska teorija koja je oslonac ekonomiji prava je tkz. čikaška škola koju karakterizira negativan stav prema svakoj intervenciji države na tržištu, koja slobodu ekonomskih subjekata smatra svetinjom, što je nužan, ali nedovoljan temelj za cjelovitu političku filozofiju. Vjerojatno je važniji drugi razlog. Na rubnom području ekonomije prava nastale su nove filozofske teorije (J. Rawls, R. Dworkin), još nove, koje tek treba ili negirati ili integrirati. Za sada se nije desilo ni jedno ni drugo. Konačno, upravo kritika ekonomije prava započinje na tom području (R. Unger).

¹⁰¹"Obična fraza 'pravo treba biti efikasno' prikriva zapravo puno značenja, to je normativni zahtjev!" L. Kornhaus, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, Hofstra Law Review, 8, 3, 1980, 487.

¹⁰²S. Triva, *Građansko procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1964, 102.

se razumjeti na koji način uz što manje troška, uštedu na materijalnom i psihološkom naporu, točno, brzo i nedvosmisleno, trajno ali fleksibilno, predvidivo i optimalno postizemo ciljeve.

Efikasnost se može izračunati usporedbom cijene alternativa. Efikasnost je poželjni ishod uz najmanji trošak. Jedinica mjere je efikasnost upotrebe sredstava (ne nužno, ali obično novac). Međutim, općeniti kriterij efikasnosti ne može se odrediti pukom usporedbom statičkog računa, već traženjem okvira u kojima je došlo do izbora. Što je utjecalo na odluku, što se željelo postići, a što izbjeći? Što je trošak, a što učinak, i kako djeluje njihova dinamika (onako kao što je cijena na tržištu odnos ponude i potražnje)? U kojoj mjeri su postigli te ciljeve? Ljudi su, ističe Posner, "racionalni maksimizatori svojih samointeresa i reagiraju na poticaje"¹⁰³, te i u pravu vrijedi pravilo da je cijena obrnuto proporcionalna ponudi, a proporcionalna potražnji. Na primjer, kazneni zakon time što zabranjuje, recimo, korupciju stavlja potencijalne prekršitelje u dvojbu: popustiti izazovu uz izračun rizika. Ako je mito veliko, a rizik mali ... I obratno, ako je rizik velik, tada raste cijena prihvaćanja rizika. Efikasnost institucije dakle može se mjeriti i prikazati prema odabranim kriterijima svrhe koju treba postići.

Pravo je racionalan sustav uspostavljen između razumnih ljudi koji nastoje postići svoje interese po određenim pravilima ("igre"). Pravo kao struktura odražava sintezu takvih nastojanja i jamstvo je da će se pravila jedinstveno i trajno tumačiti jer su racionalna i efikasna.

Ova deskriptivna komponenta shvaćanja efikasnosti nastoji pravne institute interpretirati u svjetlu njihova učinka, smatrajući da pravo postavlja igru za racionalne aktore, koji prema efikasnosti institucija, prema pravilima usmjeruju svoje odluke i ponašanje. Aksiom ekonomske analize prava jest da pojedinci nastoje racionalnim izborom maksimizirati svoj dobitak. "Ekonomska analiza prava može se opisati kao sustavna primjena neoklasične teorije cijena na pravne probleme",¹⁰⁴ pa kao i kod odnosa ponude i potražnje vrijedi tvrdi zakon obrnutih proporcija. Svaka društvena akcija može se razumjeti u izmjeni strategija gubitka i dobitka. Pojedinci će nastojati maksimizirati svoju dobit, ali to ovisi o ponašanju drugih i o objektivnim ograničenjima. Optimalizacija dobitka podliježe ograničenjima, i ekvilibar je trenutak dinamičkih promjena u kojem se postiže ravnoteža.¹⁰⁵ Razradimo navedene primjere.

Radi boljeg razumijevanja dvije prethodne napomene. Primjere koje biramo iznosimo u pojednostavljenim verzijama i zato im nije teško naći izvjesne neodređenosti i mane. Prepričavanjem teza se trivijalizira te se možda može steći dojam da se radi o neuvjerljivim stavovima i tvrdnjama. Daleko od toga. Ekonomska analiza prava vrlo je uvjerljiva u zatvorenom krugu aksioma i sintakse

¹⁰³R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1987, 4.

¹⁰⁴R. Hayman, N. Levit, *Jurisprudence*, St. Paul, West Publishing, 1994, 95.

¹⁰⁵ Kao što Pareto akciju smatra rezultatom odnosa između poriva (tastes) i ograničenja (obstacles) koja vodi nekom ekvilibru i institucija koje ga perpetuiraju. V. Pareto, *Manual of Political Economy*, New York, Kelly Pub., 1971.

kojom se koristi. Druga poteškoća prepričavanja primjera jest dojam da se kao autori ovog rada priklanjamo svakom primjeru i da se s njegovim autorom slažemo. Nije tako. Primjer nastojimo prikazati u afirmativnom obliku, zadržavajući naše rezerve prema metodi i zaključcima za kraj ovog rada.

6.1. Ekonomska analiza kaznenog prava

Primjeri primjene ekonomske analize prava dat će nam jasniju sliku namjera i pristupa njenih autora. Kazneno pravo smatra se područjem na kojem vrijedi isti princip efikasnosti. U tom području primjena ekonomije prava započela je, često osporavanom, knjigom Garyja Beckera *Ekonomski pristup ponašanju ljudi*.¹⁰⁶ Kriminalizirana djelatnost je zapravo, tvrdio je Becker, situacija u kojoj su nametnuti vanjski troškovi žrtvi ili trećima a za koja društvo smatra da su neprihvatljivi. Da bi odvratili pojedinca od takvog djelovanja, društvo kažnjava pojedinca koji tako djeluje. U teoriji dakle, aktor koji razmišlja da li da učini kazneno djelo mora u svoj proračun "troškova" uključiti kaznu koju za to može dobiti. Ako je kazna dovoljno stroga da troškovi počinjenja djela prelaze dobitak za pojedinca, on se neće odlučiti na nešto takvo. Treba se međutim sjetiti toga da kazna, za razliku od drugih troškova aktora, nije izvjesna. Zapriječena kazna za počinjenje zabranjenog djela treba se smanjiti u proračunu za vjerojatnost da će počinitelj biti uhvaćen i osuđen.

Zadatak je društva uspostaviti sredstva odvratanja za svako kazneno djelo. Poželjna razina odvratanja znači da u dovoljnom postotku slučajeva, kad pojedinac u svoj proračun o kršenju (kaznenih) normi i zabranjene aktivnosti uključi neto proračun kazne, očekivani troškovi pojedinca prelaze dobitak koji bi se ostvario zabranjenom djelatnošću. Vjerojatna cijena kazne za počinjeni zločin ima dva elementa: vjerojatnost da će kazna biti izvršena i cijenu kazne počinitelju kaznenog djela. Umnožak između vjerojatnosti i težine kazne jest cijena zločina za počinitelja koji je u odnosu na rizik neutralan.¹⁰⁷ Tako je svaki porast u veličini kazne besplatan, dok je svako odgovarajuće smanjenje u vjerojatnost hvatanja i osuđivanja dizajnirano da kompenzira porast kazne i tako zadrži konstantne predvidive troškove kazne, reducira cijenu primjene - do točke iščezavanja, ako je vjerojatnost hvatanja i osuđivanja bliska nuli.

Društvo (dakle) mora utvrditi odgovarajući i efikasni omjer dviju varijabla koje čine neto kaznu: strogosti kazne i vjerojatnosti uhićenja i kažnjavanja.¹⁰⁸

¹⁰⁶G.S.Becker, *The Economic Approach to Human Behaviour*, Chicago, Chicago University Press, 1976; G.Becker, W.Landes, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, NBER/Columbia University Press, 1974, odnosno članci: *Irrational Behavior and Economic Theory*, *Journal of Political Economy*, 70, 1, 1962, 1-13; i svakako najbolji članak *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *The Journal of Political Economy*, 76, 2, 1968.

¹⁰⁷R.Posner, *Economic Analysis of Law*, 164-165.

¹⁰⁸Ovaj se esej koristi ekonomskom analizom da bi se razvio model optimalne privatne i javne politike suzbijanja ilegalnog ponašanja. Varijable javne odluke su troškovi policije, sudova i sl. koji određuju vjerojatnost (p) da će neko djelo biti otkriveno i počinitelj uhvaćen i zatvoren, veličina kazne za

Ekonomsko objašnjenje ne tiče se samo etiologije kriminalnog ponašanja već ukupnog djelovanja sustava kazni koji u društvu postoji. Ekonomskim računom pokušava se utvrditi trošak cijelog sustava kaznenih normi. Iskustvo pokazuje da račun efikasnosti utječe na legitimizaciju kazni (primjer je prohibicija i njeno ukidanje¹⁰⁹), da sredstva kazne nisu neograničena i da je moguće proračunati optimalnu kaznu¹¹⁰ koja će postići efekt (analogno izračunu štete u osiguranju).¹¹¹ Politika prema kriminalu dio je ukupne javne politike i ima bitno važnu ekonomsku dimenziju. Ekonomska analiza prava zato posebno vodi računa o troškovima primjene kazni¹¹² i djelovanju policijskog aparata i sudova.

uhićenog (f) i oblik kazne: zatvor, uvjetna osuda, novčana kazna i sl. Optimalne vrijednosti tih varijabli predmetom su ograničenja postavljenih trima limitima ponašanja. Jedno je veličina štete izazvane kaznenim djelom (O), drugo su troškovi postizanja datog p , a treće su efekti promjena na p i f i na O . G.Backer, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, u G.Becker, W.Landes, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, NBER/Columbia University Press, 1974, 43; G.Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, 77.

¹⁰⁹Najbolji je primjer te promjene (ne)uspjeh u borbi za zabranu točenja alkohola. Mada su konačni učinci sporni, jer zabrana nije postigla svrhu (prohibicija je ukinuta 1933. godine), nije sporno da je usvojena uz veliku podršku javnosti. Pristalice zabrane točenja alkohola bile su dvostruko brojnije od zagovornika slobode. Kongresu je podnesen amandman na Ustav (18. amandman) koji zabranjuje "proizvodnju, prodaju i promet pića". Do siječnja 1919. godini 37 država donijelo je potrebne odluke o ratifikaciji, a Kongres je, za provedbu Amandmana, usvojio i Volstead Act, zakon kojim se državni organi obvezuju za provedbu zabrane, te je prohibicija započela 16. siječnja 1920. To razdoblje inspiriralo je suvremene mitove o podzemlju i borbi kriminala i pravde. Odmjereno rečeno, nastalo je razdoblje društvene dezorganizacije: beskrupulozni organizirani kriminal ali i praksa uplitanja policije u privatna pitanja građana. Točionice pića (speakeasys) postale su popularna mjesta izlazaka, javne ličnosti - od političara do glumaca i književnika - nisu skrivale veze s krijunčarima alkohola. Izgledalo je da je kriminal porastao, isto kao i potrošnja pića. Statistika zapravo ne potvrđuje navedeno: kriminalitet nije značajno porastao, a potrošnja alkohola je pala (sa 9,8 na 3,7 litara), ali u ovom slučaju to nije važno. Isto onako kako je prohibicija nastala tako je i ukinuta; s istim oduševljenjem, osjećajem olakšanja i uz veliku podršku javnosti. Dobar dio uspjeha treba pripisati udruzi boraca za njezino ukidanje (AAPA - Association Against the Prohibition Amendment). Ekonomija prava tome ne pristupa s moralnog ili političkog gledišta, već analizom početnih uvjeta troškova i rezultata. Gledano tom logikom skupi društveni eksperiment ne bi se primijenio.

¹¹⁰Model optimalne krivične kazne nerealan je stoga što troškovi kažnjavanja rastu s veličinom kazne i za većinu počinitelja postaju infinitezimalni na dosta niskom nivou. Problem solventnosti tako je akutan da cijene ubiranja kazni mogu biti prohibitivne ako bi vjerojatnost kažnjavanja i veličina kazni bili odgovarajuće manji nego optimalni sustav ranije opisan. To objašnjava zašto sustavi krivičnog prava izbjegavaju novčane kazne. Postoje metode jeftinije od zatvora da bi se nametnuli troškovi čak i siromašnim kriminalcima. Može se učiniti da kazne ne budu u apsolutnim iznosima, nego da ih se naplaćuje od budućih primanja, odbijanjem od plaće, a može ih se i vezati kao postotak od prihoda. Međutim, neke od tih metoda imaju i negativne efekte: kazna koja se plaća kao proporcija budućih zarada smanjuje kriminalčev prihod od legitimne djelatnosti, a tako i poticaj da izabere legalnu djelatnost umjesto kriminalne. Posner, *Economic Analysis of Law*, 169.

¹¹¹"Očekivani trošak kazne za počinjeno nedjelo ima dva elementa: vjerojatnost da će kazna biti primijenjena i troškove izvršenja kazne... Prvi zadatak određenja jest određenje troška za kažnjavanje određenog djela. Taj treba biti u najmanju ruku isti naknadi štete žrtvi kriminalnog ... Sankcija koja će za posljedicu imati jednostavan zahtjev da kriminalac plati štetu koju je počinio. ..." R.Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston Little, Brown & Co., 1977,165.

¹¹²G.Stigler, *The Optimum Enforcement of Law*, *The Journal of Political Economy*, 78, 2, 70; W.Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, *Journal of Law and Economics*, 14, 1, 1971.

Kriminal se može smanjiti ne samo povećanjem troška društvene kontrole - povećanjem policije, sudova ili zatvora, već i manipulacijom njezinom drugom varijablom (što je jeftinije, ali izaziva druge disfunkcionalne efekte!).¹¹³

Problem mjerenja kriminaliteta (jer postoje takozvane "sive brojke" neprijavljenog i neotkrivenog kriminala) svakako je vrlo ozbiljan,¹¹⁴ ali ne znači da je nemoguće ili nepotrebno empirijski ispitivati. Istraživanja se koriste mogućnošću simulacije izloženog modela, na primjer tako da se uspoređuju inače u svemu slična područja (npr. dvije države ili okruga) koja se razlikuju u nekoj od varijabli koja se ispituje (strogost kazne, broj policajaca). Istraživački nalazi indiciraju na postojanje veze između strogih presuda i smanjivanja kriminala. Na empiriji zasnovana literatura o zločinu pokazuje da kriminalci reagiraju na promjene u cijeni koju tvore promjene u vjerojatnosti hvatanja, težini kazne, kao i u drugim relevantnim varijablama, kao i to da su kriminalci racionalni kalkulatori u smislu ekonomskog modela - i to bez obzira na to počinja li se zločin radi novčanih dobitaka ili iz strasti i je li počinjen od siromašnih ili obrazovanih.¹¹⁵

Subjektivne namjere optuženog kriminalca važna su tema u kaznenom pravu. To je zbunjujuće za ekonomista: mogu se pročitati desetci knjiga o ekonomiji, a ne susresti nikakvo spominjanje "namjere". U stvari koncept namjere u krivičnom pravu, kada se podvrgne ekonomskoj analizi, ponešto je iznenađujući: povezan je uz procjenjivanje vjerojatnosti hvatanja i kažnjavanja i određivanjem efektivnosti krivičnog kažnjavanja u kontroli protupravnog ponašanja. Za ilustraciju zamislimo da se ubojstvo s uništavanjem kažnjava oštrije nego ubojstvo na mah. Zašto? Razlika je u vjerojatnosti hvatanja i osuđivanja. Pažljivo planirano ili barem hladnokrvno ubojstvo vjerojatnije se može uspješnije prikriti nego ubojstvo počinjeno u trenutku ljutnje. Osoba koja planira ubojstvo vjerojatno će istovremeno planirati i način kako izbjeći otkrivanje. Ubojstvo počinjeno u strasti vjerojatno će se dogoditi u okolnostima pri kojima skrivanje nije bilo unaprijed

¹¹³Središnja ideja ove analize (primjene pravne prisile-J.K.), koja se povezuje s radovima G.Backera, jest da troškovi pravnog izvršenja (enforcement) mogu biti smanjeni, a da se pri tome ne žrtvuje optimalno odvracanje od kažnjivih djela time što možemo smanjiti vjerojatnost otkrivanja, ali podići visinu zapriječene kazne". M.Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown & Co., Boston, 1988, 83.

¹¹⁴Kako mjeriti output policijskog djelovanja? U literaturi postoji niz prijedloga, ali ako kao pokazatelj uzmemo broj uhićenja, gubimo iz vida preventivno djelovanje. Isto tako broj uhićenih počinitelja ne pokazuje koliko je počinjenih nedjela. Iskaz o broju policajaca ili troškovima ne pokazuje i njihovu efikasnost. U empirijskim istraživanjima (Waltzer, I. Erlich, Carr-Hill, Vandala) problem mjerenja rješavan je sintetskim pokazateljima koji u rezultatu jednadžbe daju određeni pokazatelj efikasnosti uhićenja. W.Hirsch, *Law and Economics*, Boston, Academic Press, 1988, 276-279.

¹¹⁵ Na primjer: S. van Dine na istraživanju u Ohio pokazuje da je stroža kaznena politika smanjila nasilna kaznena djela. Petrisilia i Greenwood istraživali su u Coloradu posljedice kažnjavanja i trošak strožih i blažih kazni za održanje poretka (analiza, na primjer, upućuje na to da je bolje izricati kraće i uvjetne kazne). S. van Dine, *Restating the Wicked*, Lexington, Lexington Books, 1979; J.Petrisilia, P.Greenwood, *Mandatory Prison Sentences, Their Projected Effects on Crime and Prison Population*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 69, 2, 1978, 604-615.

planirano niti se zločin može uopće prikriti. Razlika je ekonomska cijena otkrivanja, procesuiranja i kažnjavanja.

Ili pojam uračunljivosti. Ako je neuračunljivost u kaznenom pravu - prema metodama ekonomske analize - definirana kao nesposobnost da se racionalno predvidi učinak svojih postupaka i svoje ponašanje prilagodi rezultatima takve ocjene, očito je da strah od kažnjavanja ne može imati odvraćajuću ulogu, a niti izvršenje prijetnje. Budući da neuračunljiva osoba ne može provoditi "cost-benefit analizu" kriminalnog djelovanja, mora biti tjelesno onemogućena da se bavi takvom aktivnošću, jer se inače deformira cijeli sustav kaznene prevencije i progona. Ne radi se o tome da će onaj koji se brani neuračunljivošću biti zbog moralnog razloga i greške volje oslobođen, već o tome da je ekonomski potrebno i isplativo takve osobe izolirati izvan društva.¹¹⁶

Problem s kojim se ekonomska analiza prava susreće na području kaznenog prava jest smrtna kazna. Zar ne bi bilo efikasno za svako djelo propisati smrtnu kaznu?¹¹⁷ Tada bi u računu svakog aktora prijetnja takve vrste značila konačno zastrašivanje. Kako izmjeriti trošak i štetu takve kazne? Ne samo iskustvo (jer talionska mjera pravde prevladana je iskustvom o neučinkovitosti takvih kazni) i ne samo moralni i etički kriteriji doveli su do krajnje restriktivne upotrebe te najteže kazne i njenog ukidanja u velikoj većini liberalnih demokracija.

Ostavljajući po strani moralne i etičke prigovore smrtnoj kazni - i oni su samo dovoljni da se ona načelno odbije - vječito je pitanje ima li smrtna kazna učinke odvraćanja i zastrašivanja. Rezultati nisu konkluzivni¹¹⁸. Ranija istraživanja osporavala su postojanje učinka smrtna kazne na teška kaznena djela, no istraživanje I. Erlicha temeljem ekonomske analize upućuje na postojanje veze. U ekonometrijskom modelu tri povezane varijable (vjerojatnost uhićenja prema broju ubojstava, vjerojatnost osude prema uhićenju, i vjerojatnost egzekucije prema optužbi) u kanoničkoj analizi izdvajaju se kao glavni faktori. "Erlich naglašava da njegovi nalazi ne znače nužno i odobravanje smrtna kazne. Svaka odluka koja se tiče smrtna kazne sadrži etičke i moralne standarde društva i mora uključiti rizik izvršenja nad nevinom osobom koja je pogrešno optužena za ubojstvo. Erlichovi nalazi mogu činiti samo jedan od informacijskih inputa u proces odlučivanja u širem kontekstu".¹¹⁹ Usprkos svim ogradama ekonomska

¹¹⁶R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 173, 174.

¹¹⁷Ako se pljačka baš kao i ubojstvo kažnjava smrtnom kaznom, pljačkaš koji ubije svjedoke nije subjekt težeg kažnjavanja premda je počinio teži zločin. Njegovo ubijanje time postaje sasvim racionalno. Naravno, primjenjivači kazni ipak mogu odgovarajuće varirati kaznu za pljačku u odnosu na ubojstvo posvećujući veće resurse za uspješno hvatanje i osudu ubojice. Još srednjovjekovni mislioci brinuli su o ovom problemu i, stoga što je smrtna kazna bila puno šire propisana kao kazna za raznovrsne zločine nego što je to danas, pokušavali su varirati okrutnost kazne izmišljajući naročito grozne metode pogubljenja za zločine izabrane po nekom kriteriju - da ih je teško otkriti, poput ubojstva otrovom, ili su naročito društveno skupi, poput ustanka ili hereze. Posner, *Economic Analysis of Law*, 171.

¹¹⁸Usp. poseban broj *Yale Law Journal* (85;1975) s člancima D.C. Baldusa, J. Colea, J. Bowersa, G. Piercea i I. Erlicha.

¹¹⁹W. Hirsch, *Law and Economics*, Boston, Academic Press, 1988, 273.

analiza prava daje listu argumenta sve jačem pokretu za primjenu smrtne kazne u Sjedinjenim Državama gdje se u sve većem broju država smrtna kazna relativno često izriče i izvršava.

6.2. Ekonomska analiza imovinskog prava

Bez ekonomske analize imovinska su prava slijepa lista naloga, a bez imovinskih prava ekonomska je analiza nepotpuna. Ekonomski sustav ne može djelovati bez potrebne pravne institucionalne strukture¹²⁰. Osnovni aktor ekonomskog sustava je pojedinac usmjeren na postizanje samointeresa racionalnim izborom sredstava kojima će taj interes postići (*homo economicus*); racionalnost je veća (i jedino zapravo moguća) ako postoje jasna pravila o odnosu ljudi prema stvarima (i pravima) u prometu. Racionalnost pretpostavlja izvjesnost i znanje o ljudskom ponašanju ("Što ako.."), a tu izvjesnost, bez obzira na to što je ujedno i trošak interakcije, daju prava i obveze.

Bolji poznavatelji ovog pravnog područja u obilju literature pronaći će objašnjenje za promjene sudske prakse i teorije u Sjedinjenim Državama. Ono što se u člancima europske pravne tradicije smatra neobaveznim uvodom ili zaključkom (odnos ugovora i tržišta, gospodarske posljedice sudskih odluka) u ekonomiji prava glavni je predmet rasprave.

Glavno područje ekonomske analize prava nije pravo društava, već imovinski odnosi i naknada štete. Nerijetko se tvrdi i to da ekonomska analiza prava zapravo nastaje člankom Guida Calabresija i Douglasa Melameda *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* u kojem je integracija ekonomskog gledanja i pravne analize dovela do drukčijeg gledanja na problem određenja odgovornosti za štetu. Jezgra svakog u realnosti djelujućeg sustava pravnih normi skup je ovlaštenja kojima legitimizira, dopušta ili zabranjuje djelovanja ljudi. U stvarnosti dodjela ovlaštenja (prava) nije neutralna: "kad god je država suočena sa suprotstavljenim interesima dvaju čovjeka ili više

¹²⁰Tri se kriterija sugeriraju za efikasan sustav vlasničkih prava. Prvi je univerzalnost. Idealno, svi bi resursi morali imati nekog vlasnika, osim resursa koji su tako obilati da svatko može uživati od njih koliko hoće, a da ne reducira uživanje nikoga drugog. Nikakvo pitanje efikasne upotrebe ne postavlja se u tom slučaju.

Drugi kriterij, ali takav koji iziskuje pažljivu kvalifikaciju, jest ekskluzivnost. Do sada smo pretpostavljali da gospodar ili ne može isključiti nikoga ili može isključiti svakoga, ali sigurno postoje i srednje mogućnosti: gospodar može biti ovlašten isključiti privatne osobe da požanju njegovu žetvu, ali ne može vladu u uvjetima rata. Može se činiti da što su vlasnička prava sveobuhvatnija i ekskluzivnija, veći je poticaj da se odgovarajuća svota uloži u unapređivanje i razvoj imovine. Ipak, troškovi postizanja transfera prava - transakcijski troškovi - često su prohibitivni, i tamo gdje je tako ekskluzivnost vlasničkih prava može prije reducirati nego povećavati efikasnost upotrebe resursa.

Treći kriterij efikasnog sustava vlasničkih prava jest prenosivost. Ako vlasničko pravo ne može biti preneseno, resursi neće biti prebačeni s manje na više vrijednu upotrebu kroz dobrovoljnu razmjenu. Čak ako su transferi dopušteni, cijena prebacivanja vlasničkih prava može biti velika i u nekim slučajevima prohibitivna, zahtijevajući, kao što je to sugerirano u prethodnom odlomku, modifikaciju kriterija ekskluzivnosti. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 29-31.

ljudi, dvaju skupina ili više njih, mora odlučiti u nečiju korist... Otuda i temeljno pitanje da pravo odlučuje koja će strana biti ovlaštena. Pravo da se radi buka prema pravu na tišinu, pravo na onečišćavanje prema pravu da se diše čist zrak, pravo da se ima djece prema pravu da se to zabrani - to su primarno pravne odluke".¹²¹ U izboru takvih odluka o ovlaštenjima zapravo se radi o izboru odluka iza kojih stoji prisila provođenja. Ne govoreći o ustroju ili načelima djelovanja države, već o načelnim mogućnostima regulacije, postoje tri tehnička rješenja postupka ovlašćivanja: prvo je zaštita ovlaštenja imovinskopravnom strategijom (onaj tko hoće steći ili prenijeti ovlaštenje, može to postići dobrovoljnom transakcijom); drugo je mogućnost da se ovlaštenja štite naknadom štetnog djelovanja (umjesto plaćanja cijene plaća se naknada); treće je mogućnost da se prijenos prava ili ovlaštenja isključi. U izboru sama unutarnja (ekonomska) instrumentalna logika pravne regulacije ima važnu ulogu, odnosno određena strategija regulacije bit će odabrana već prema tome koliko se smanjuju transakcijski troškovi interakcija ili slični ciljevi ekonomske efikasnosti. "Možda najjednostavniji razlog za određeno ovlašćivanje jest minimaliziranje administrativnih troškova prisilne provedbe... Sam po sebi taj razlog ne bi opravdao nijedan izbor osim onog da pustimo da jači prevlada, jer su tada troškovi prisilne provedbe minimalni. Međutim, administrativna efikasnost uzima se u obzir s ostalim razlozima... Ali administrativna efikasnost samo je jedan aspekt šireg koncepta ekonomske efikasnosti. Ekonomska efikasnost traži da izaberemo takav skup ovlaštenja koji bi vodio prema takvoj alokaciji resursa da nijedna daljnja promjena ne bi poboljšala uvjete onih koji su nešto dobili, a oni bi mogli kompenzirati one koji su nešto izgubili da bi ukupno bilo bolje nego prije" (Pareto optimum)¹²². Osim efikasnosti postoje i drugi razlozi izbora ovlaštenja od kojih se posebno ističe postizanje distribucijskih ciljeva i pravednosti. U interpretaciji Calabresija društvena stratifikacija rezultat je prirodne potrebe za takvom alokacijom bogatstva koja će pridonositi općem napretku, motivirati i nagrađivati one na kojima leži teret društvenih i ekonomskih funkcija.

Povijesni pregled oblika odgovornosti za štetu (osobito plastično u prometnom pravu) rječito potvrđuje da su se načela i temelji odgovornosti mijenjali. A zašto - to je već pitanje za ekonomiju prava. Virtualni (i empirijski)¹²³ pokušaji računa štete i koristi pokazuju da su se pojmovi

¹²¹G. Calabresi, D. Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View from Chateaufort, *Harvard Law Review*, 85, 6, 1972, 1090.

¹²²G. Calabresi, D. Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View from Chateaufort, *Harvard Law Review*, 85, 6, 1972, 1093-1094.

¹²³"Ne samo da je područje pozitivne teorije (ekonomije prava -J.K.) dosta nesigurno, već i činjenični temelj koji ona predstavlja u najboljem je slučaju sugestivan, a ne definitivan. Činjenični temelj sastoji se pretežno od studija slučaja te različitih pravila o naknadama štete i ugovornom pravu i u manjoj mjeri o pravnim lijekovima, postupcima, vlasništvu i kaznenom pravu. Statistička evidencija isto je tako sasvim fragmentarna". R. Posner, A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory, *Hofstra Law Review*, 9, 3, 1981, 777. Navodi u bilješki (8) primjere empirijskih istraživanja ekonomije prava.

objektivne odgovornosti za štetu, podjele odgovornosti i institucije osiguranja jednostavno "moralni" pojaviti jer su ta načela u tehničkom regulativnom smislu jednostavnija i efikasnija u određenju "pravedne" naknade. Ne samo to. Izbor pravila i temelja odgovornosti, teret pozornosti i dokaza, zahtjev da se trpi rizik i podnese šteta, prenosi se upravo na onu stranu koja svojim ponašanjem može štetu izbjeći ili smanjiti. Iako, kao u romanu Iljifa i Petrova, pješaci mogu skakati pod jureće automobile da bi dobili naknadu štete, pješaci to ne rade, i regulacija i snošenje rizika praktički spada na vozače. Oni mogu "birati" hoće li voziti opreznije, pridržavati se propisa, sporije ili brže, i to vodeći računa o jasnom pravilu, praksi sudova, koji će eventualnu štetu pripisati njima. "U situacijama nezgoda u kojima je jedini problem navesti počinitelja štete da postupi s odgovarajućom pažnjom, i objektivna odgovornost (strict liability) i nepažnja (negligence) efikasni su temelji..."¹²⁴

Simulirajući takve situacije možemo utvrditi u čemu i kada je efikasna odgovornost temeljem krivnje, a kada i kako objektivna odgovornost¹²⁵. Osim što takva pravila utječu na ponašnje sudionika u prometu, njihovim manipuliranjem možemo utjecati na broj i trošak parnica. Broj parnica, načelno, bit će manji (dakle i manji trošak) ako je temelj odgovornosti krivnja jer se u mnogim, problematičnim, slučajevima s teškim dokazivanjem može računati na izvjestan gubitak (pored već pretrpljene štete) u troškovima postupka. Kod objektivne odgovornosti broj parnica bit će veći, ali trošak pojedinog spora znatno manji zbog lakšeg dokazivanja.¹²⁶

Kao što ovaj primjer sugerira, pravno uređenje ima važnu ekonomsku funkciju stvaranja poticaja da bi se resursi efikasno koristili.

Slijedom iste ekonomske logike nastale su dorade načela odgovornosti u prometu i obilna regulacija, a osim toga došlo je i do stvaranja institucija osiguranja i prava osiguranja.

Isti metodski pristup lako je primijeniti na sadržajno i pravno različite situacije, na primjer smetanje posjeda ili zaštitu okoliša. Na primjer: "Objektivna odgovornost navest će poduzeća da poduzmu efikasne mjere zaštite (i uzrokovati uključanje troška u cijenu - K.i Š.) a korisnike će navesti da plate efikasan iznos za dobro. Taj se učinak pojavljuje zbog toga što tržišna cijena odražava puni trošak proizvodnje, ali uključuje i proračun štete do koje dođe čak i ako je kompanija poduzela potreban stupanj pažnje"¹²⁷. Slijedeći logiku ekonomske

¹²⁴M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown & Co., Boston, 1983, 40.

¹²⁵U nezgodama u kojima je problem navesti počinitelja da poduzme veći stupanj pažnje i da sudjeluje u aktivnosti na određenoj razini (causa-J.K.), objektivna je odgovornost efikasna. Nepažnja je efikasna ako standard pažnje obuhvaća i pažnju počinitelja i njegovu razinu aktivnosti u događaju. Međutim, ako standard ne uključuje razinu njegove uključenost u događaj, tada standard nepažnje ...nije efikasn." M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown and Co., Boston, 1988, 47.

¹²⁶M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown and Co., Boston, 1988, 48.

¹²⁷M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown and Co., Boston, 1988, 91.

analize prava pri zaštiti okoline, može se raspravljati o tome je li učinkovitije dopustiti neku vrstu javne tužbe (*actio popularis*) svakom tko se osjeća pogođen onečišćavanjem ili se koristiti zakonskim standardima, logikom uredbi i planiranja razvoja. Može se razmišljati o primjeni kombinacije različitih principa. Poanta je u tome da se alternative mogu izraziti (kvazi)ekonometrijskim matematičkim modelom, da se mogu računati trošak i efekti.

6.3. Ugovori

Ekonomska analiza prava pokušala se dokazati upravo na jednom od najčvršćih uporišta pravne znanosti u kojem, činilo se, ima mjesta samo za pozitivnopravnu metodu. To je obvezno pravo, odnosno uže, ugovori. Ekonomska analiza prava ugovore smatra dijelom transakcijskih troškova. Ugovori su oblik koji olakšava razmjenu i smanjuje trošak pogodbe. "Ugovor je sporazum o budućoj razmjeni do koje će doći slobodno i dobrovoljno. Ugovorno pravo oblikovano je tako da olakša postupak razmjene i da na minimum svede raskide te tako pridonosi efikasnosti transakcija. Unutar sustava ugovornih sredstava uspostavljaju se poticaji koji omogućavaju da se dobra dobivaju i za obećanje... Ugovori su društvena institucija koja olakšava razmjenu osiguravajući društveni mehanizam za njihovu prisilnu provedbu".¹²⁸ Ugovori se vide kao mogućnost reduciranja troškova interakcija i institucija, fleksibilno sredstvo da se stvori pravo, iskoristi efikasnost prisile koja iza njega stoji ondje gdje bi bez prava postojala neodrediva volja strana. "Bit je ugovora da bi on trebao postaviti granice moći poduzetnika. U tim se okvirima onda određuju ostali faktori proizvodnje".¹²⁹ Ugovori su sredstvo diskrecijskog utvrđivanja prava da bi se smanjili transakcijski troškovi.

Klasično pravo smatralo je stožernim pojmom ugovora volju kontrahenata, no ekonomska analiza prava takvo tumačenje smatra samo površnim i prividnim. Bolje razumijevanje ugovora postiže se ako vidimo njegovu ekonomsku svrhu i smatramo ga dijelom osnovne interakcijske strukture (transakcijski trošak¹³⁰). "U slučaju ugovornog prava međutim mehanizam kompeticije omogućava nam da objasnimo zašto su pravila ugovornog prava efikasna... Stranke će podržati efikasne uglavke jer na taj način sebi minimiziraju troškove transakcija. Efikasna

¹²⁸W.Hirsch, *Law and Economics*, Boston, Academic Press, 1988, 130.

¹²⁹R.Coase, *The Nature of the Firm*, University of Chicago Press, Chicago, 1988, 39. O Coaseovom tumačenju prava biti će riječi u nastavku.

¹³⁰Pojam u jednostavnoj formulaciji objašnjava R.Coase u govoru povodom dodjele Nobelove nagrade: "Tada sam shvatio da postoje troškovi korištenja mehanizma cijena. Trebalo je otkriti što je zapravo cijena. Postoje pregovori koje treba obaviti, ugovori koje treba sačiniti, pregledi koje treba izvršiti, uglaviti načine izbjegavanja sporova i slično. Takvi troškovi postali su poznati kao transakcijski troškovi". R.Coase, *The Institutional Structure of Production*, University of Chicago (Occasional papers 28), 1992, 6.

pravila će preživjeti; neefikasna će se sve više ignorirati i možda zaboraviti".¹³¹ U takvom rakursu pitanje efikasnosti - kako je postići, kako održati i uspostaviti nove osnove ako se nešto poremeti - postaje središnje pitanje ugovora. Ekonomska analiza prava zato razmatra ugovore kao stratešku ekonomsku djelatnost. Primjenjuje se ponekad i teorija igara¹³².

Pravni problemi ugovornog prava: prihvaćanje ponude¹³³, standardni ugovori, klauzula *rebus sic stantibus*, ugovorena šteta, mjere za prisilno ispunjenje ugovora ili raskid ugovora te drugo, ne razmatraju se kao pravni problem, već kao problem ekonomskog odlučivanja. Ono što se istražuje jest ponašanje racionalnih aktora i pravila koja iz takvih ponašanja trebaju postići korist za cjelinu ekonomskog sustava. Tvrdi da je u ugovorima bitan sadržaj njihova ekonomska funkcija, ekonomska analiza prava tumači i pojam imovinskih prava u svjetlu njihove funkcije u ustroju ekonomskog sustava. Na tržištu se stvari pojavljuju kao prava. Ekonomisti prava ne vide kao pojave, odnose ili stvari, već kao varijable cijene. Ili kako kaže Cooter: "Zagovornici jurisprudencije tradicionalno vide pravo kao skup obveza osnaženih sankcijama, ili naloge ojačane prijetnjom. Suprotno, ekonomisti nastoje vidjeti prava kao skupove obveznih cijena. ... Perspektiva jurisprudencije čini pravnike slijepima prema činjenici da nalozi ne uređuju ekonomiju. Umjesto toga moramo se poslužiti pravnim

¹³¹A.Kronman, R.Posner, *The Economics of Contract Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1979,6.

¹³²Jedan od bitnih elemenata ekonomije prava jest primjena teorije igara (game theories). Teorije igara tijekom osamdesetih i početkom devedesetih godina dobile su priznanje ekonomske teorije, daleko odmaknuvši od svojih uzora (Neuman, Morgenstern). Primjena teorije igara na pravo (usp.D.Baird, R.Gartner, R. Picker, *Game Theory and the Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1994), osobito nakon što je za takve analize dodijeljena Nobelova nagrada, postala je sastavnim dijelom ekonomije prava. "Teorija igara odnosi se na stratešku interakciju racionalnih aktora, u svijetu u kojem je ono što je najbolje za mene ovisno ne samo o tome što ja činim već što obojica mislimo da će drugi učiniti. Mnoge situacije takve opće strateške strukture ne mogu se potpuno opisati bez poznavanja relevantnog pravnog okoliša: ne samo u antitrustnom zakonodavstvu, gdje poželjnost kartela očito ovisi u velikoj mjeri o pravnom stavu prema tom ponašanju, nego isto i u ugovornom pravu i zajedničkim pothvatima kao što su korporacije, ortakluci, brak, gdje su pregovori snažno pod utjecajem pravnih odredbi i načina njihove primjene. Teorija igara nije relevantna samo za situacije suradnje, nego i za konflikte, na primjer za ponašanje stranaka u postupku". (J.S. Johnston, *Law, Economics and Post-realist Explanation*, *Law & Society*, 24, 1990, 1217). Teorija igara zato se primjenjuje i na političke znanosti (public choice, rational choice), analizu efekata podjele vlasti, teoriju odlučivanja i izgradnje institucija, ponašanje u sudnici, postupke revizije, policijske istrage, i velik broj pitanja kao metoda formalnog postavljanja zadatka u kojem se definira položaj (interesi, namjere, mogućnosti, dobitci, gubitci) aktora, vjerojatnoće izbora aktora i ishoda odluka.

Uspriko rafiniranim pokušajima da se pokaže mogućnost primjene teorije igara na pravnu znanost, - osim nove terminologije - nismo zapazili supstancijalni napredak u tumačenju akcije.

E.Rassmussen, *Games and Informations*, 1989; I.Ayres, *Playing Games with the Law*, *Stanford Law Review*, 1990,1291; R.Cooter, D.Rubinfeld, *Trial Courts: an Economic Perspective*, *Law & Society*, 1990,533; M. Cooney, *Why is Economic Analysis so Appealing to Law Professors?*, *Stanford Law Review*, 1993, 2211.

Posebno za ugovore: R. Birmingham, *Legal and Moral in Duty Game Theory*, *Buffalo Law Review*,99, 1, 1969, 103-110.

¹³³R.Posner, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, 411 i d.

instrumentima koji djeluju slično cijeni. Sukladno tome, ekonomska perspektiva je slijepa prema eminentno normativnom aspektu prava... ukratko, ekonomska analiza prava previđa jasno ubrojiti cijenu sankcija, kao što tradicija jurisprudencije propušta uračunati utjecaj cijena".¹³⁴ Na taj način u ljudske interakcije, odnose na tržištu unosi se mjera sigurnosti (u jeziku ekonomske analize prava govori se o minimalizaciji "eksternaliteta"¹³⁵). Bez troška prava postoji trošak neizvjesnosti koji je od njega veći. "Zamislimo društvo u kojem ne postoje imovinska prava... Kao što primjer sugerira, pravna zaštita imovinskih prava stvara poticaje za racionalnu i efikasnu upotrebu sredstava... Potrebni poticaji stvaraju se razgraničenjem naših uzajamno isključivih prava da se koristimo određenim sredstvima. Ako je svaki komad zemlje nečije vlasništvo - ako uvijek postoji netko tko ostale može isključiti od pristupa tom području - tada će pojedinci nastojati kultiviranjem tla ili drugim načinima maksimalizirati vrijednost zemlje. Naravno, zemlja je samo primjer. Načelo se odnosi na sve vrijedne resurse... Stvaranje ekskluzivnih prava prije je nužan no dovoljan uvjet za efikasno korištenje resursa: prava moraju biti prenosiva... Efikasnost zahtijeva mehanizam kojim će farmeri biti potaknuti da prenesu imovinu nekom tko će na njoj raditi produktivnije. Prenosiva imovinska prava takav su mehanizam".¹³⁶

6.4. Ekonomska analiza postupka

Uistinu bilo bi čudno da ekonomska analiza prava nije primijenjena i na ono područje u kojem je racionalna kalkulacija mogućnosti dobitka i gubitka temelj odlučivanja. Ekonomska analiza prava u počecima zapravo se i usmjerila na analizu postupka.¹³⁷ Tradicija američkog prava, sustav presedana i specifična uloga sudstva nalazili su se u prvom planu.¹³⁸ "Sustav odlučivanja prema presedanima ima svojstvo ekonomizacije: on reducira troškove suđenja upućujući stranke na neki raniji slučaj, a sud na primjenu informacija koje su ranije stvorene

¹³⁴R. Cooter, *Prices and Sanctions*, Columbia Law Review, 84, 1984, 1523.

¹³⁵Engleski: externality. "Externality is an ambiguous concept ... which includes external costs, external benefits and pecuniary as well as nonpecuniary externalities... What converts a harmful or beneficial effect into an externality is that cost of bringing the effect to bear on the decisions of one or more of the integrating persons is too high to make it worthwhile, and this is what the term shall mean here. 'Internalizing' such effect refers to the process, usually a change in property rights, that enables these effects to bear (in greater degree) on all interacting persons." H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, American Economic Association, 57, 2, 1967, 348.

Vanjske okolnosti zapravo su izraz ekonomske neizvjesnosti i troška koji se na odnos primjenjuje zbog nepredvidivih i nekontrolabilnih okolnosti.

¹³⁶R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1988, 27-28. Tekst je znatno skraćen izostavljanjem primjera kojima se objašnjavaju tvrdnje.

¹³⁷R. Pound, *The Economic Interpretation of the Law of the Torts*, Harvard Law Review, 53, 3, 1940, 365.

¹³⁸W. Landes, R. Posner, *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, Journal of Law and Economics, 19, 1976, 249.

(često uz znatan trošak) u ranijim slučajevima".¹³⁹

Cilj postupka je minimiziranje dvije vrste troškova. Prvo su troškovi pogrešne sudske odluke. Uložen je velik napor da se objasni koja je prihvatljiva razina sudske pogreške. Na primjer, ako pogrešku suda procjenjujemo na 15% slučajeva (aproksimacija) te analitički razložimo elemente (varijable) koji na to utječu (broj predmeta, broj sudaca, plaće, takse i sl.), tada možemo matematičkom manipulacijom statističkim podacima izračunati trošak ako odlučimo pogrešku svesti na razinu od 10 ili 5 posto. Zapravo, primarni cilj nije egzaktni proračun koliko sama ideja o razumijevanju trenutnih limita i razine efikasnosti (neefikasnosti) koja je posljedica objektivnih ekonomskih ograničenja.

U građanskom postupku takva se analiza primjenjuje na ekonomski temelj načela o slobodnoj ocjeni dokaza,¹⁴⁰ naknadama štete, u kaznenom postupku na analizu pojma osnovane sumnje i presumpcije nevinosti (proof beyond a reasonable doubt), specifične nagodbe s okrivljenikom (plea bargaining)¹⁴¹ ili opće troškove postupka. I sam pojam "poštenog postupka" odnosno nastanak drugih načela postupka posljedica je tog računa.¹⁴²

Proračun gubitka i dobitka osnova je racionalne odluke aktora u postupku. Nastojat ćemo primjerom, oponašajući i stil ekonomske analize prava, objasniti strategije ponašanja sudionika. Simplificirano, očekivani dobitak (gubitak) parnice ovisi o tri faktora: o presudi ako tužitelj pobijedi, vjerojatnosti njegove pobjede i cijeni parničnja. Očekivani tužiteljev gubitak u američkom sustavu gdje troškove parničnja pobjedničke stranke ne treba isplatiti stranka koja je izgubila može se izračunati tako da se dobitak presudom umanjuje prema procjeni vjerojatnosti povoljne presude minus cijena koštanja parnice. Očekivani gubitak tuženog jest vrijednost nepovoljne presude umanjena za njegovu procjenu vjerojatnosti gubitka uz dodatak njegovih troškova parničnja.

Uvjeti za parničnje mogu biti izraženi simbolički kao nejednadžba, gdje J simbolizira veličinu presude ako tužitelj pobijedi, Pp je vjerojatnost da će tužitelj pobijediti procijenjena od tužitelja, Pd jest tuženikova procjena te mogućnosti, a C i S su troškovi parničnja, odnosno nagodbe svake stranke. To je vrlo jednostavan model zato što pretpostavlja da su obje stranke neutralne u odnosu na rizik i da su dobra koja su u pitanju, cijene parničnja i cijene nagodbe jednaki za obje stranke. Troškovi parničnja $PpJ - C + S$ veći od $PdJ + C - S$ (1) mogu biti izraženi kao ekvivalenti $(Pp - Pd)J$ veći od $2(C - S)$ (2). Ako se stranke slažu o vjerojatnosti da će tužitelj pobijediti u slučaju parnice, lijeva strana formule (2) ide prema nuli i slučaj će biti dogovoren dok troškovi parničnja premašuju troškove sporazuma. A fortiori bit će dogovoren ako je jedna strana više pesimistička nego druga, tako da je $Pp - Pd$ negativno. Općenito, do parničnja će doći samo ako su obje stranke optimističke u pogledu ishoda parnice. To

¹³⁹R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 426.

¹⁴⁰R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 430.

¹⁴¹R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 433.

¹⁴²W. Landes, *An Economic Analysis of Court*, *Journal of Law and Economics*, 14, 1971, 61.

formalizira našu raniju tvrdnju da neizvjesnost predstavlja glavni faktor količine parničenja. Slijedi numerički primjer. Pretpostavimo da je $J=10.000$, $C=1.000$, $S=100$, $P_p=0,9$ i $P_d=0,6$; to znači da tužitelj misli da ima 90% vjerojatnosti dobivanja, a tuženi misli da tuženi ima samo 60 % vjerojatnosti dobivanja - razlikovanje procjene odražava neizvjesnost o vjerojatnom ishodu. Unesu li se te vrijednosti u formulu (2), vidimo da će parnica nastupiti zato što je lijeva strana (2) 3.000, a desna strana samo 1.800. U uvjetima formule (1) tužiteljeva minimalna ponuda za sporazum je 8.100, a tuženikova maksimalna ponuda je 6.900, te da nema cijene sporazuma koja omogućava da obojica smatraju da su bolje prošli sporazumom nego da se parniče.

Nejednadžba pod (2) ukazuje na važnu činjenicu: ako ostale stvari ostanu iste što je veće dobro u pitanju, vjerojatnije je da će doći do parnice. Intuitivno je objašnjenje za taj rezultat da kad su dobra mala, potencijalni dobitak od parničenja, kako ga gledaju stranke, isto je malen i bit će prevladan većom cijenom parničenja u odnosu na nagodbu. Sada je vrijeme da se napuste neke od pretpostavki koje model čine jednostavnim. Zamislimo da dobro u pitanju nije jednako za svaku stranu zato što im se J -ovi razlikuju. Ključno je pitanje kako se razlikuju: nejednadžba (1) implicira da ako je tužitelj J manji nego tuženikov, parnica je manje vjerojatna nego ako su jednakih veličina; parnica je vjerojatnija ako je tuženikov J manji nego tužiteljev.

Ili pretpostavimo da stranke nisu neutralne na rizik. Ako obje stranke izbjegavaju rizik, vjerojatnost parničenja bit će manja; ako se stranke razlikuju u pogledu svoje preferencije rizika, analiza je slična onoj kada postoji razlika u vrijednosti dobra.¹⁴³ Izvansudska nagodba načelno je jeftinija nego parničenje tako da samo ako svaki parničar očekuje proći mnogo bolje u parnici nego što to drugi parničar očekuje da prvi može, samo u tom slučaju stranke se vjerojatno neće sporazumjeti o uvjetima sporazuma za koji smatraju da će ih obje učiniti bolje stojećima nego što mogu biti očekivanja od parnice; neizvjesnost je nužan uvjet takve različitosti u procjenama. Ako pregovori o sporazumu propadnu, slijedi postupak za koji svaka strana unajmljuje pravne usluge i druge parničke inpute. Kupovina takvih inputa povećava očekivanu vrijednost parnice za onog koji kupuje, povećava vjerojatnost da će pobijediti, ali u isto vrijeme povećava cijenu parnice. Stranka optimalizira svoje troškove parničenja trošeći i sve do one točke kada dolar uložen u takve troškove povećava očekivanu vrijednost parnice za nju samo za dolar. Postizanje optimalnog nivoa troškova, međutim, zakomplicirano je dvama faktorima. Prvo, stranke će često naći da je uzajamno korisno da se slože da se ne uđe u određeni trošak (primjerice, usklađuju se oko činjenica i izbjegavaju i potrebu posebnih svjedočenja o njima). Kako su u normalnu tužbu uključene dvije stranke, očekivali bismo da su takve transakcije česte. Drugo, svaka odluka o trošku jedne stranke djeluje na troškove druge stranke tako što mijenja vjerojatnost, a tako i očekivanu vrijednost, povoljnog

¹⁴³R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 435-437.

ishoda za drugu stranku, prilično slično kao što svaka cijena oligopolista mijenja optimalnu cijenu outputa njegovih rivala.¹⁴⁴

6.5. Implikacije primjera

Sve ovdje navedene primjere pokazujemo uz krajnju nelagodu; stručnjaci za pojedine pravne discipline (kazneno pravo, postupak, naknada štete, ugovori) mogu biti sasvim skeptični prema iznesenim stavovima. Primjeri su previše jednostrani i previše jednostavni. Želimo zadržati pozornost na najbitnijem - objašnjenju da je pravna norma rezultat unutarnjih ekonomskih imperativa i ograničenja u ponašanju ljudi - ali i potaknuti intelektualnu imaginaciju. Na primjer, zar se ekonomska analiza prava ne bi mogla primijeniti na razna aktualna pitanja kao što su uređenje zemljišnoknjižnih odnosa, posljedice neimenovanja sudaca u Republici Hrvatskoj, sudačke norme i odvjetničke tarife, razvodi brakova i sl.? U svim takvim zbivanjima problem nije samo pravni, već ekonomski, nije u pitanju samo neko pravno načelo, već efikasnost i ekonomičnost, nije sporna odredba, već njene stvarne posljedice.

Navedeni primjeri, ponavljamo, odabrani su da pokažu osnovnu ideju ekonomske analize prava: pravo je sredstvo minimiziranja transakcijskih troškova i treba biti razmatrano prema svom efektu, prvenstveno prema efikasnosti. U tome je pravo fenomen tržišta. A što je tržište? Alokativni mehanizam koji u idealnom obliku i perfektnom funkcioniranju omogućava da djeluju zakonitosti ponude i potražnje, profita i vrijednosti, alokacije investicija i sl.¹⁴⁵ Tržište na minimum svodi troškove institucijskog posredovanja i rizik prevaljuje na slobodne aktore. Ono stvarno nije perfektno, ali nam njegova idealtipska slika omogućava razumijevanje.

U stvarnosti sve nije tako savršeno. Djelovanje slobodnih akatora ima svoju cijenu. U stvarnosti transakcijski troškovi postoje i njih reduciraju institucije. Transakcijski trošak je i pravo. Pravo je transakcijski trošak kojem je svrha minimizirati neizvjesnost i smanjiti inače još veći trošak interakcija. Interesi, informacijski kapacitet i znanje nisu isti, vrijeme teče i postoje troškovi, pa i pravo ne postiže svoj idealni cilj (alokaciju odgovornosti, prava i obveza prema kriteriju općeg dobra), već samo asimptotski teži racionalnoj formi, minimiziranju transakcijskog troška.

7. Perspektive i mjesto ekonomske analize prava

Iako su pretpostavke od kojih polazi ekonomska analiza prava nerealistične

¹⁴⁴R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 445.

¹⁴⁵U uvjetima potpunog poznavanja svih informacija, zamišljenoj situaciji u kojoj vrijeme ne teče, efikasnost zavisi samo od akatora, i mehanizam prava neće ništa mijenjati.

(racionalnost autora,¹⁴⁶ apstrahiranje od interesne naklonosti zakona i drugo), ključna ideja vrlo je jednostavna: ekonomska analiza prava može služiti kao analitičko sredstvo da bi se razjasnile cijene različitih pravnih solucija, tj. različitih interpretacija pravnih pravila, i može biti upotrijebljena da bi se razmišljanjima o troškovima inkorporirala u metode pravne interpretacije. Glavna je prednost ekonomske analize prava naspram drugih pristupa (ili zdravorazumskog pristupa) u činjenici da se mogu formulirati provjerljive hipoteze o konzekvencijama konkurentnih pravnih rješenja.

Ekonomska analiza prava često osporava iskustvo, osporava očigledno i notorno. Recimo, Posner zagovara promjene u obiteljskom pravu: umjesto da postupke adopcije provode skupe i često neefikasne državne institucije, zašto ne bismo to prepustili tržištu. U interesu djece¹⁴⁷ bilo bi da budu prodana na

¹⁴⁶Moguće je prihvatiti pogled da racionalnost i djelovanje u vlastitom interesu nisu različiti: djelovati racionalno znači djelovati u vlastitom interesu. Češće je i produktivnije promatrati racionalnost kao konzistentnost unutar sustava vjerovanja i uvjerenja. Prema tom pogledu, racionalnost i vlastiti interes, premda možda funkcionalno nerazdvojni, ipak su konceptualno različiti. Tako je teorijski moguće da pojedinci slijede čisto altruističke ciljeve na način karakteriziran konzistentnom akcijom. Racionalnost se u stvari tiče metodologije; vlastiti interes označava objekt i supstanciju metodologije.

Takve akcije bile bi motivirane vlastitim interesom, ali zbog pogreške nekonzistentne s njim. Tako sa stajališta egoizma racionalno ponašanje predstavlja podvrstu ponašanja u vlastitom interesu. (Harrison, Egoism...)

Pretpostavka uskog vlastitog interesa omogućuje da ponašanje u vlastitom interesu može biti iracionalno. Važnije, priznaje postojanje racionalnog ponašanja koje nije orijentirano na vlastite interese. Robert Cooter specificira njegove pretpostavke o ponašanju na sljedeći način: osoba koja je racionalno usmjerena na vlastiti interes, a iz modela se isključuje netko tko djeluje prema dužnosti i pravo poštuje zbog respekta. (FN55, Cooter, Prices and Sanctions, 84 COLUM. L. REV. 1523, 1527, 1984.)⁴⁶

Čak i Posner priznaje da moralni principi često proturječe pojedinačnom vlastitom interesu. (Posner također priznaje mogućnost racionalnog ponašanja i u slučaju "nedostatka bilo kakvih očekivanja bilo kakvog oblika naknade", u: FN60, ID. at 186. Judge Posner also seems to recognize the possibility of rational behavior in the absence of "all expectation of an form of compensation", in Landes & Posner, Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism, 7 J. LEGAL STUD. 83, 93-100; tako er Landes & Posner, Altruism in Law and Economics, 68 AM, ECON. REV.: PAPERS AND PROC. 417 (1978).

I Cooter i Posner ne inzistiraju na tome da racionalno ponašanje mora biti motiviranom vlastitim interesom. Oni traže da se analiza pojednostavi, da se ignorira i velik dio ljudske motivacije, da bi se ekonomska analiza učinila svladivom. Važno je pažljivo istražiti model ponašanja koji zahtijeva ova pretpostavka: traži se da pretpostavimo da su ljudi u osnovi sebični, tj. da pojedinci nisu vođeni moralnim principima i nisu osjetljivi na potrebe drugih.

Rational Choiche Liberalism (kako se ponekad naziva ekonomski pristup analizi ponašanja), premda polazi od racionalnog izbora i centralnosti tržišta, razlikuje se od tržišne paradigme. Tržište je shema suradnje - suradnje kroz nadmetanje (natjecanje, utakmicu), koja je pogodna pod iskustvenim okolnostima koje se pojavljuju u liberalnim kulturama. To je shema kooperacije koja je racionalna, a racionalna je zbog doprinosa društvenoj stabilnosti. Ali stabilnost nije svrha sama po sebi. Pojedinci imaju projekte, planove, ciljeve. Oni su razlog njihova djelovanja. Formuliranje i provođenje tih planova iziskuje stabilan okvir i izbor akcije. (Coleman, 647)

¹⁴⁷Djeca mogu biti proizvedena kao: 1. nenamjeravani nusprodukt seksualne aktivnosti, 2. kao investicija koja će donositi prihod, 3. kao izvor različitih usluga roditeljima i 4. (zapravo podvrsta 3) iz instinkta ili želje da se sačuva vrsta ili moguće da se perpetuiraju genetske karakteristike, ime ili uspomena na roditelje. U vrijeme široke mogućnosti upotrebe kontracepcije i abortusa 1. je postalo nevažno, 2. je nekad bilo važno u našem društvu (kao što je i danas u vrlo siromašnim društvima), pri čemu roditelji

aukciji: onaj tko ih kupi već samim ulaganjem novca svjedoči o svojim mogućnostima i želji za djecom. "Postojanje tržišta djece pojačat će pobudu (incentive) prirodne majke da stvori (to produce - sic!..J.K.) zdravo dijete - i navesti je da bude selektivnija u izboru muškarca s kojim će imati seksualni odnos."¹⁴⁸ Na jednoj strani postoji višak, a na drugoj potreba, te "nema razloga da se ne uspostavi tržište". Troškovi će biti manji, institucijsko posredovanje nepotrebno, crno tržište eliminirano. Ili tvrdnja da i u krivičnom pravu postoji mogućnost da se kazna izriče i neuračunljivim osobama (npr. ako imaju imovinu, ona im se oduzima da se pokrije troškovi), ili tvrdnja da povišenje kazne smanjuje vjerojatnost kršenja zakona¹⁴⁹ (zato i treba smrtna kazna), te da treba preispitati pravilo in dubio pro reo.¹⁵⁰ Ako u prigovore¹⁵¹ uključimo i fragmente kojima se neke vrijednosti modernog društva, vrijednosno nesporne, dovode u pitanje, tada neke ideje zvuče, najblaže rečeno, anakronično.¹⁵²

predstavljaju vlasnike djetetove tržišne zarade do njegove zrelosti i ovlaštenu su na uzdržavanje od djece u vrijeme svoje starosti. Zabrana dječjeg rada i prevladavanje javnih i privatnih penzijskih shema učinili su opsoletnim 2. i doveli do potrage za manje opipljivim uslugama koje roditelji mogu ostvariti od djeteta (primjerice respekt). Tako 3. i 4. postaju najplauzibilnija objašnjenja želje da bi se imalo djecu u suvremenom društvu.

Razlog za pravnu intervenciju u obiteljske odnose zasnovan je uglavnom na činjenici da su djeca ljudska bića čije je blagostanje dio ukupnog društvenog blagostanja, za koje se pravo brine. Maksimiziranje pojedinčevog blagostanja ili koristi tijekom njegova životnog vijeka zahtijeva da se znatnije investicije ulažu u brigu za nj, za njegov odgoj i obrazovanje dok je još dijete. Te investicije stvaraju "ljudski kapital", skup vještina, svojstava itd. koji omogućavaju stjecanje novčano i nenovčano kada dijete odraste. (Posner, *Economic Analysis...* 103)

¹⁴⁸R.Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston Little, Brown & Co., 1977, 115.

¹⁴⁹S.Shavell, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterent*, *Columbia Law Review*, 85,3,1985, 1232-1262.

¹⁵⁰R.Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston Little, Brown & Co., 1977, 434.

¹⁵¹Kritike nisu bile usmjerene prema Coaseu i Calabresiju toliko koliko Posneru, koji je 1973. objavio ekonomsku analizu prava. On nije samo generalizirao pristup Coasea i Calabresija da bi ga učinio primjenjivim na sva područja prava, nego je također razvio tzv. pozitivnu ekonomsku teoriju prava, pokušavajući povezati razvoj common law s ekonomskim ciljem efikasnosti. Čak je išao i korak dalje i predložio da bi pravo trebalo težiti ekonomskoj efikasnosti i/ili maksimalizaciji bogatstva. (Kirchner, 281)

¹⁵²Na primjer Posnerova tvrdnja: "Konzistentno s tvrdnjom o maksimalizaciji ukupnog obilja i proizvodnje predmeta za koje ljudi žele platiti cijenu, ne vidim zbog čega neproduktivni članovi zajednice - ljudi koji od zajednice traže da ih pomažu produktivni članovi - trebaju biti pitani (should be consulted) pri stvaranju društvenih institucija" (ital. - K. i Š.) (788).

"A što se tiče tvrdnje (koju mu predbacuje Kornhauser -J.K.) da treba ubiti neproduktivne, točno je da ne mislim kako postoji široka dužnost društva da pomaže one koji si ne mogu pomoći sami. Neki neproduktivni ljudi možda će skapati u sustavu vođenom maksimalizacijom bogatstva" (791).

R.Posner, *A Replay to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory*, *Hofstra Law Review*, 9, 3, 1981, 788, 791.

Pristojno bi bilo ignorirati takve pretjeranosti. Isto tako pristojno bi bilo zaobići poplavu člankopisaca koji sami sebe proglašavaju pristalicama "law and economics". Njih se prepoznaje po nerazumljivosti. Znanost međutim nije pristojna i nije nerazumljiva; kod njenog je diskursa istinito/neistinito. Nadajmo se da će se to načelo s vremenom prevladati. Opasnost je naravno da u međuvremenu takve popratne bolesti svake "perspektive" u nastajanju ne postanu njeno bitno obilježje. Funkcija takvih "devijantnih" jest isprobavanje dosega osnovne znanstvene matrice metode ekonomske analize prava; sama činjenica da se radi o brzoi i velikoj ekspanziji znanstvene perspektive govori da je

Različitošću usvojenih obrazaca razmišljanja o pravu izazivat će napetosti između klasično obrazovanih pravnikâ i onih koji su tijekom školovanja učili uglavnom ekonomiju prava¹⁵³. Glavno postignuće prava i ekonomske analize jest doprinos oblikovanju različitog pravnog mentaliteta, svejedno radi li se o istraživanju, pravnoj politici ili čemu drugom. Naglasak na aktualnim ili potencijalnim efektima prava kroz poticaje koje donosi računanje troškova pravnog sustava često se smatra glavnim doprinosom ekonomskog pristupa pravu. Većina pravnikâ u Sjedinjenim Državama prošla je takvu školu. Jedna je od poanti pri tome da se takve pravnike ne može impresionirati pisanim tekstom. Oni jednostavni nisu naučili pridavati pozornost formulacijama ako ne vide njihov rezultat. Obučeni su da vjeruju u efikasnost i analizu u kojoj je manifestni i eksplicitni (pisani dio) samo jedan od elemenata. Na primjer, pravnu analizu ustava ili osnovnih zakona o ustrojstvu države smatrat će najblaže rečeno nepotpunom ako se ona zadrži na deskripciji institucija i pisanog teksta. Sporove radi naknade štete neće razumjeti pozivnjem na same klauzule ugovora. Formalnim pravom nikada neće biti impresionirani, oni su jednostavno naučeni smatrati ga sekundarno važnim ili ignorirati, misle prvenstveno na ostvarenje prava i efikasnost.¹⁵⁴

Normu smatraju samo "pravilom igre", ali ne i igrom samom. Šahisti smatraju da šah čini (naravno) skup pravila kako se igra, ali zapravo bit je igre poznavanje dublje logike poteza i način razmišljanja o potezima na ploči. Dobar šahist nije onaj tko poznaje pravila, makar i vrlo dobro objasnio njihov sadržaj, logiku i smisao, već onaj tko pobjeđuje protivnike u igri - zato što poznaje dublju logiku razmišljanja, što poznaje iskustvena pravila kojim redom vući poteze i koje situacije treba izbjegavati.

Još jedna česta kritika prava i ekonomske analize, premda to nije kritika nego prije razlog da se nekome ne sviđa, jest da ona sadrži jaku konzervativnu političku sklonost. Praktičari ekonomske analize prava pronašli su da smrtna kazna ima efekt generalne prevencije, ili to da zakonodavstvo oblikovano da zaštiti potrošače često ima ishod da im naškodi. Takvi nalazi predstavljaju argumente za primjenu smrtne kazne odnosno za protivnike zaštite potrošača - što su tradicionalno teme američkog konzervativizma. Ali ekonomsko istraživanje podržava i neke liberalne pozicije, što se rijetko priznaje, bar od liberalâ. Teorija društvenog bogatstva, primjerice, može biti promatrana kao ideološka potka države blagostanja, ali se takvom ne promatra: očito, jednom kada određeni

broj uspjeha (odgovora na znanstvene zagonetke) znatno veći od neuspjeha.

¹⁵³Sukob ekonomista i pravnikâ u pitanjima zabrane monopola i antitrustnog zakonodavstva bio je tako oštar da su pravnikâ zatražili isključenje ekonomista iz radnih tijela koja su predlagala promjene zakona. G. Stigler, *Law or Economics*, *Journal of Law & Economics*, 35, Oct., 1992, 455.

¹⁵⁴Pozitivnopravna analiza, za one koji su obrazovani u ekonomiji prava, nije legitimni znanstveni pristup, nije "genuine science", i za njih je znak nepotpunog, nedovoljnog obrazovanja ili barem stručne inferiornosti onoga tko se njome koristi.

pogled postane dominantan, prestaje se primjećivati da ima ideološki karakter¹⁵⁵. To se također odnosi na istraživanja u pogledu kaucije, prava na odvjetnika, diskriminaciju žena, društvenu cijenu monopola i druge situacije koje su svojstvene liberalnim pozicijama.¹⁵⁶ Ova je kritika značajna po tome što pokazuje da ekonomski pristup pravu ne može jednostavno biti obojan političkom terminologijom.

U najmanju ruku svjesni smo ograničenog dosega ovog članka te nam teško pada nemogućnost da istodobno i izložimo i kritiziramo stavove kao i to da ne možemo izložiti jasnije nijanse koje postoje unutar ekonomske analize prava. Te razdjelnice čine se posebno važnima onda kad se radi o kritici koncepta - generalna kritika ne odnosi se jednako na sve dijelove teorije. Razlike interpretacije Posnera, Coopera ili Coasea, čikaške škole, nove i stare ekonomske analize prava, naravno, ne moraju zanimati kritičare, ali zacijelo su barem naznaka da autori razumiju ograničenja svoga pristupa i zauzimaju razumnu skeptičnu distanciju prema sveinu što se pokušava svrstati pod egidu ekonomske analize prava. S vremenom će se vjerojatno pokazati što predstavlja trajnu vrijednost, a što je tek popratna pojava mode i osjećaja novosti i otkrića u znanosti.

Upotreba ekonomske teorije u obliku cost-benefit analize ili drugih analiza zasnovanih na efikasnosti iziskuje pouzdano znanje o preferencijama, i cijeli niz drugih aksiomatskih pretpostavki. Što onda ostaje od ekonomske analize ako se uzmu u obzir sve rezerve? Ekonomiji se treba diviti zbog njezine deskriptivne ljepote. Ona nas opskrbljuje raznolikim korisnim sredstvima mjerenja. To i jest ekonomska analiza prava ako je postavljena na svoje pravo mjesto. Ekonomija također osigurava način razmišljanja koji je originalan u kontekstu prava, ali to je i izvor problema. Prije nego što napustimo polje prava, u prilog ekonomske analize trebali bismo pažljivo ispitati plodnost misli u drugim disciplinama.

Klasična pozitivnopravna znanost, formalizam i pozitivizam¹⁵⁷ bili su dominantna, gotovo i jedina metoda pravnog mišljenja tijekom većeg dijela dvadesetog stoljeća. U pitanje se nije dovodila ideja da u primjeni prava (osobito se mislilo na sud) postoji pravilo logičkog silogizma izvođenja pravorijeka iz zakona, pravila, ili u common law pozivanjem na logički isti presedan. Pravo se smatralo zatvorenim sustavom u kojem odluke slijede iz ograničenog broja premisa. Doktrina je u tome bila pomoćno sredstvo interpretacije logike tumačenja i argumentacije prava. Ograničenja takvog pristupa bila su evidentna: normativno propisano razlikuje se od stvarnog ponašanja, u odlučivanju osim logike djeluje

¹⁵⁵Suci teško mogu izhjeći upotrebljavati neki kriterij društvene dobrobiti u oblikovanju pravila odlučivanja i efikasnosti, a efikasnost je liberalniji kriterij društvenog blagostanja nego bilo koji drugi. Posner, *Economic Analysis of Law*, 21, 22).

¹⁵⁶Ekonomski pristup pravu bio je napadan i s desne strane, u smislu da bi sloboda pojedinca, ako bi sucima bilo dopušteno nametati pravne obveze da bi povećali efikasnost, bila ugrožena od državne kontrole. J. M. Buchanan, *Good Economics - Bad Law*, *Washington Law Review*, 60, 2, 1974, 483; R. A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, *Journal of Legal Studies*, 2, 1973, 151, 189-204.

¹⁵⁷R. Hayman, N. Levit, *Jurisprudence*, St. Paul, West Publishing, 1994, 11.

i niz političkih, psiholoških i ekonomskih čimbenika, pravo nije interesno neutralno, opravdanje njegova važenja uvijek postoji izvan samog prava.

U okvirima same pravne znanosti na takva pitanja nema odgovora. Ako se odvaguje između koristi od upotrebe uporno sakupljanog iskustva o pravu i njegovoj primjeni i smjele kritike njegovih ograničenja, pravo, kao iskustvena disciplina, uvijek je naklonjeno konzervativnom očuvanju sistematiziranog iskustva. "Život prava nije uvijek logičan: on je iskustvo".¹⁵⁸ Međutim znanost, pa i pravna znanost, teži novom i teži otkriću. Hipoteze koje proturječe dobro potvrđenim teorijama ističu činjenice do kojih ne bismo došli ni na jedan drugi način. Umnožavanje teorija dobitak je za znanost, dok uniformnost koči njenu moć kritike.¹⁵⁹

Vjerojatan i dobar smjer razvoja pravne znanosti jest uključivanje doprinosa onih pravnih disciplina koje su se razvile i razmahale polazeći od slabosti klasične pravne teorije. Pri tome ne vidimo isključivost, već komplementarnost razvoja tih disciplina. Vjerujemo da je sociologija prava (jurisprudence, law and social science) jedan od takvih smjerova, ekonomska analiza prava drugi. Otvorena pitanja legitimizacije prava, odnosa morala i prava, društvenih sukoba i interesa, funkcija prava i kultura prava, stvarne i svakodnevne primjene prava domena su tih smjerova proučavanja. Smatramo da tome ne proturječi i ne smeta ekonomska analiza prava (law and economics). Prepoznavanje dubljih logičkih struktura prava, "unutarnje geometrije" prevladavanje granice prava prema ekonomskim teorijama, otvaranje prostora spekulativnom generaliziranju u interesu je klasične pravne teorije. Tko god je nezadovoljan uskim prostorom koji mu dodjeljuje podjela rada u pozitivnoj pravnoj znanosti, tko god vjeruje u mogućnost razumijevanja i dijaloga preko granica dodijeljene mu znanstvene zagonetke, u ekonomskoj analizi prava pronći će korisnu pomoć.

¹⁵⁸"To object of this book is to present a general view of the common law. To accomplish this task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of law has not be logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, avowed or unconscious, even the prejudices which judge share with their fellow-man, have had a good del more than the syllogism in determining the rulesby which our men should be governed."O.W.Holmes, *The Common Law*, 1946.

¹⁵⁹"Znanost je u osnovi anarhistični pothvat: teorijski anarhizam je humanistički i skloniji tome da ohrabri napredak no alternative poretka... Na primjer, možemo se koristiti hipotezama koje proturječe i/ili dobro utvrđenim eksperimentalnim rezultatima. Napredak znanosti postizemo samo ako postupamo protivno indukciji. Uvjet slaganja koji traži da su nove hipoteze u suglasju s prihvaćenim teorijama jednostavno nije razuman jer čuva staru teoriju, a ne bolju teoriju. Hipoteze koje proturječe dobro potvrđenim teorijama ističu činjenice do kojih ne bismo došli ni na jedan drugi način. Umnožavanje teorija dobitak je za znanost, dok uniformnost koči njenu moć kritike. Uz to uniformnost je opasna za pojedinca". P. Feyerabend, *Against Method*, London, Verso, 1978 10,11.