

EKONOMSKA ANALIZA PRAVA

Izdal in založil: Časnik Finance, d. o. o.,
v Ljubljani, september 2005

Lektorica: Vesna Penec

Prelom: Finance

Tisk: Premiere, d. o. o.

EKONOMSKA ANALIZA PRAVA

PREVOD ČETRTE IZDAJE

ROBERT COOTER

University of California, Berkeley

THOMAS ULEN

University of Illinois, Urbana-Champaign



Finance

Ljubljana 2005

Naslov izvirnika: Law and Economics, fourth edition

Avtorja: Robert Cooter, Thomas Ulen

Oblikovalka naslovnice: Patti McKinnon

Vodja oblikovanja: Regina Hagen Kolenda

Urednika prevoda: Katarina Zajc, Matjaž Jager

Prevajalci: Matjaž Jager (predgovor in 1. pogl.), Katarina Zajc (2. pogl.), Barbara Rajgelj (3. pogl.), Nana Šumrada (prvi del 4. pogl.), Aleš Petrič (drugi del 4. pogl. in prvi del 5. pogl.), Martina Sever (drugi del 5. pogl.), Petra Mahnič (tretji del 5. pogl.), Mitja Kovač (6. pogl.), Meta Ahtik (prvi del 7. pogl.), Melita Trop (drugi del 7. pogl.), Matjaž Nanut (matematični dodatek k 7. pogl. in grafi), Klara Miletič (8. pogl.), Renata Zagradišnik (9. pogl.), Urška Šadl (prvi del 10. pogl.), Jože Štrus (drugi del 10. pogl.), Katja Stritih (11. pogl.), Zarja Čibej (12. pogl.), Jaka Repanšek (predgovor k slovenski izdaji), Ana Kocjančič (stvarno kazalo).

Pregled in redakcija: Urška Šadl (glavna urednica), Meta Ahtik, Matjaž Nanut, Katarina Zajc, Matjaž Jager

Authorized translation from the English language edition, entitled LAW AND ECONOMICS, 4th Edition, ISBN 0201770253, by COOTER, ROBERT and ULEN, THOMAS, published by Pearson Education, Inc, publishing as Addison-Wesley, Copyright © 2004.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage retrieval system, without permission from Pearson Education, Inc. SLOVENE language edition published by ČASNIK FINANCE D.O.O., Copyright © 2007.

Avtoriziran prevod iz angleške izdaje knjige z naslovom LAW AND ECONOMICS, 4. ponatis, ISBN 0201770253, avtorja COOTER, ROBERT in ULEN, THOMAS, izdajatelj Pearson Education, Inc, ki je knjigo izdal kot Addison-Wesley, © 2004.

Vse pravice pridržane. Noben del knjige ne sme biti reproduciran ali prenesen v kateremkoli mediju in v kakršnikoli obliki, elektronski ali mehanski, vključno s fotokopiranjem, snemanjem in drugimi sistemi shranjevanja in zajemanja podatkov, brez dovoljenja Pearson Education, Inc. Izvod v SLOVENSKEM jeziku je izdal ČASNIK FINANCE d.o.o., © 2007.

CIP – Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

340.1:330.43

COOTER, Robert

Ekonomska analiza prava : prevod četrte izdaje / Robert Cooter, Thomas Ulen ; [prevajalci Matjaž Jager ... et al.] - 1. natis. - V Ljubljani : Časnik Finance, 2005

Prevod dela: Law and economics, 4th ed.

ISBN 961-6541-05-6

1. Ulen, Thomas
221987072

KAZALO

Predgovor k slovenski izdaji IX

Predgovor XV

1. UVOD V EKONOMSKO ANALIZO PRAVA	1
I. Kaj je ekonomska analiza prava?	3
II. Nekaj primerov	4
III. Primat učinkovitosti nad razdelitvijo (distribucijo) v analizi zasebnega prava	7
IV. Zakaj naj pravniki študirajo ekonomijo? Zakaj naj ekonomisti študirajo pravo?	10
V. Načrt te knjige	11
2. PREGLED MIKROEKONOMIJE (MIKROEKONOMSKE TEORIJE)	13
I. Pregled: Zgradba mikroekonomske teorije	14
II. Nekateri temeljni pojmi: maksimiranje, ravnotežje in učinkovitost	14
III. Matematična orodja	17
IV. Teorija potrošniške izbire in povpraševanje	20
V. Teorija ponudbe	29
VI. Tržno ravnotežje	32

VI Kazalo

VII.	Teorija iger	37	
VIII.	Teorija vrednotenja sredstev	41	
IX.	Splošno ravnotežje in ekonomika blaginje	42	
X.	Odločanje v razmerah negotovosti: tveganje in zavarovanje	47	
3.	UVOD V PRAVO IN PRAVNE INSTITUCIJE		58
I.	Tradicija civilnega prava in običajnega prava	59	
II.	Institucije zveznega in državnega sodnega sistema v ZDA	62	
III.	Narava pravnega spora	65	
IV.	Kako se razvijajo pravna pravila?	67	
4.	EKONOMSKA TEORIJA LASTNINE		73
I.	Pravni pojem lastnine	76	
II.	Teorija pogajanj	77	
III.	Zasnova institucije lastnine: miselni eksperiment	79	
IV.	Ekonomska teorija lastnine	84	
V.	Kako so zavarovane lastninske pravice?	98	
VI.	Katere dobrine so lahko v zasebni lasti?	106	
VII.	Kako lahko lastniki uporabljajo svojo lastnino?	109	
VIII.	O distribuciji	110	
	Dodatek: Filozofski pojem lastnine	114	
5.	EKONOMSKE TEME PREMOŽENJSKEGA PRAVA		118
I.	Kaj je mogoče imeti v zasebni lasti?	119	
II.	Kako se lastninske pravice ustanavljajo in kako se dokazujejo?	142	
III.	Kaj lahko lastniki storijo s svojim premoženjem?	155	
IV.	Kakšna so pravna sredstva pri kršitvah lastninskih pravic?	165	

6. EKONOMSKA TEORIJA POGODB	186
I. Kupčevalna teorija: Uvod v pogodbe	187
II. Ekonomska teorija pogodbe	193
7. TEME IZ EKONOMIKE PRAVA POGODB	237
I. Pravno sredstvo kot spodbuda	237
II. Ugovori sklenitve in ugovori izpolnitve	267
Matematični dodatek	297
8. EKONOMSKA TEORIJA PRAVA NEPOSLOVNIH ODŠKODNINSKIH OBVEZNOSTI	308
I. Opredelitev prava neposlovnih odškodninskih obveznosti	310
II. Ekonomska teorija neposlovne odškodninske odgovornosti	322
Dodatek: odgovornost in simetrija	352
9. TEME IZ EKONOMIKE NEPOSLOVNE ODŠKODNINSKE ODGOVORNOSTI	354
I. Razširitev ekonomskega modela	354
II. Izračun denarne odškodnine	372
III. Uporaba ekonomske teorije neposlovne odškodninske odgovornosti: reforma odškodninskega prava neposlovnih obveznosti	381
10. EKONOMSKA TEORIJA PRAVNEGA POSTOPKA	393
I. Zakaj tožiti?	398
II. Izmenjava informacij	412
III. Pogajanje o poravnavi	420
IV. Sojenje	428
V. Pritožbe	441

VIII Kazalo

11. EKONOMSKA TEORIJA ZLOČINA IN KAZNI	451
I. Tradicionalna teorija kazenskega prava	452
II. Ekonomska teorija zločina in kazni	458
12. TEME IZ EKONOMSKE TEORIJE ZLOČINA IN KAZNI	486
I. Kriminaliteta v Združenih državah Amerike	486
II. Ali kaznovanje odvrča od kriminaliteto?	492
III. Učinkovito kaznovanje	501
IV. Smrtna kazen	508
V. Ekonomika odvisnosti od drog v povezavi s kriminaliteto	516
VI. Ekonomika nadzora nad strelnim orožjem	520
Kazalo sodnih odločb	526
Imensko kazalo	528
Stvarno kazalo	531

PREDGOVOR K SLOVENSKI IZDAJI

Thomas S. Ulen¹

V veliko čast in zadovoljstvo mi je zapisati nekaj besed v slovensko izdajo knjige Ekonomska analiza prava, ki sva jo napisala z Bobom Cooterjem. Že približno deset let poznam in občudujem Slovenijo. Tako kot večini Američanov do zgodnjih devdesetih let prejšnjega stoletja mi ni bilo znano, kje Slovenija sploh je, in o njej nisem vedel prav ničesar. A od takrat sem se naučil že marsikaj – da je slovenska prestolnica Ljubljana, veličastno in obenem čudovito mesto, ki mu od zgoraj, prav v centru mesta, vlada hribček s prekrasnim starim gradom, pod katerim se razteza staro mestno jedro. Spoznal sem prečudovite slovenske gore in jezera na vzhodu in severu dežele, obiskal Predjamski grad, eno najlepših točk za obiskovalce vse Evrope. Spoznal sem Lipico, kraj, kjer je avstro-ogrski imperij vzgajal večino svojih najbolj izbranih konjev, in obiskal Piran, prekrasno obmorsko mestece, ki ga ne sme zaobiti prav nihče. Odtlej vsakomur, ki me posluša, razlagam hvalospeve o lepotah slovenskih izletniških krajev. Pravzaprav so od konca devdesetih let vsi moji študentje na Pravni fakulteti Univerze Illinois izvedeli kaj o Sloveniji in znajo odgovoriti na vprašanje, katero je glavno mesto Slovenije. Ne le to – naučil sem jih pravilno črkovati ime slovenskega glavnega mesta. Moja družina, ki me je spremljala na zadnji poti v Slovenijo, z menoj deli navdušenje do te čudovite in prijateljske dežele. V Sloveniji pa sem spoznal še mnogo več od čudovite pokrajine in turističnih koticov. Znanost, učenost, kultura in različne umetnosti prevevajo Slovenijo že stoletja.

Priložnost spoznati Slovenijo sem dobil na povabilo mojega študenta Matjaža Jagra. Matjaž je prišel na Pravno fakulteto Univerze Illinois kot podiplomski študent *LL. M.* in je študij opravil z odliko. Pozneje me je prosil, naj bom član komisije za zagovor njegovega doktorata pravnih znanosti, kjer je na zagovoru svoje naloge o uporabni vrednosti ekonomske analize kazenskega prava in kriminalitete politike znova opravil izjemno delo.

Prav zaradi omenjenih dolgoletnih osebnih povezav s Slovenijo in prijateljstvom z mnogimi posamezniki v tej deželi mi je v resnično zadovoljstvo predstavi-

¹ Swanlund Chair, Univerza Illinois v Urbana-Champaignu, profesor prava, Pravna fakulteta Univerze Illinois in direktor programa pravo in ekonomija na Pravni fakulteti Univerze Illinois.

X Predgovor k slovenski izdaji

ti prvo slovensko izdajo najinega učbenika. Naj se takoj uvodoma zahvalim številnim soprevajalcem – Matjažu Jagru, Katarini Zajc, Barbari Rajgelj, Nani Šumrada, Alešu Petriču, Martini Sever, Petri Mahnič, Mitji Kovaču, Meti Ahtik, Meliti Trop, Matjažu Nanutu, Klari Miletič, Renati Zagradišnik, Jožetu Štrusu, Katji Stritih, Zarji Čibej, Ani Kocjančič, Urški Šadl in Jaki Repanšku – za njihovo čudovito opravljeno delo.

Dovolite, da v nadaljevanju predstavim nekaj misli o tem, kako si s soavtorjem Bobom Cooterjem predstavlja in želiva, da bi najina knjiga učinkovala na pravno stroko in prakso v Sloveniji. Ko je ekonomska analiza prava postala priljubljena v Združenih državah Amerike, je s svojim vstopom v študijske programe vodilnih pravnih fakultet v državi sprožila številne akademske polemike, v katerih so na eni strani sodelovali k tradicionalni doktrini naravnani profesorji, na drugi pa zagovorniki ekonomske analize prava. Kritike ekonomske analize prava so bile številne, vendar jih lahko po mojem mnenju razdelimo na dve skupini: prvo, ki zagovarja tezo, da pravo ni povezano z učinkovitostjo, kot to normativno zagovarja ekonomska analiza prava, in drugo, ki poudarja, da je v ekonomski analizi prava malo takšnega, kar bi bilo pravni praksi v pomoč. Obe tezi sta pomembni in si zaslužita jasne odgovore.

Dotaknimo se najprej prve kritike: je pravo povezano z učinkovitostjo ali gre le za pravičnost in nepristranost? Ko se je ekonomska analiza prava prvič pojavila na ameriških pravnih fakultetah, je bila ena njenih najvznemirljivejših tez ta, da je anglosaški *common law* sistem premoženjskega, pogodbenega in prava neposlovnih odškodninskih obveznosti učinkovit.² Vzemimo za primer, da je ekonomska analiza pokazala, da so uveljavljena pravila *common law* v zvezi z odgovornostjo pri nezgodah učinkovita in spodbujajo učinkovito preventivno vedenje. Pri tem ni nihče zatrjeval, da so *common law* sodniki, ki so skozi svoje odločitve oblikovali pravila stvarnega, pogodbenega prava in prava neposlovnih odškodninskih obveznosti, zavestno oblikovali ta pravila s ciljem spodbujati vedenje, ki ga ekonomisti opredeljujejo za učinkovito. Nasprotno, učinkovitost naj bi izhajala iz dveh procesov. Prvič (ta točka je še vedno delno sporna), stranke naj bi imele spodbudo za izpodbijanje neučinkovitih pravil (proces, imenovan »selektivno pravdanje«), ne pa tudi za izpodbijanje učinkovitih pravil. Tako naj bi učinkovita pravila postopoma izrinila neučinkovita. Opisani proces naj bi bil dinamičen in pravila, ki so se izkazala kot učinkovita v starih okoliščinah ali okolju starih tehnologij, so lahko postala neučinkovita v novih okoliščinah ali okolju novejših tehnologij. Posledično se je nova spodbuda za spremembo neučinkovitega pravila pojavila vselej, kadar so se okoliščine ali tehnologije spremenile do te stopnje, da so vplivale na učinkovitost izpodbijanega pravila.

Drugič, način razlogovanja, ki ga ekonomisti uporabljajo za proučevanje ekonomskih odločitev (našli ga boste v nadaljevanju te knjige pri analizi pravnih pravil in standardov), je tesno povezan z implicitno analizo stroškov in koristi, ki jo *common law* sodniki uporabljajo pri reševanju mnogih primerov. Na primer, pri odločanju o pravnem varstvu, ki naj ga sodišče zagotovi razočarani pogodbeni stranki, so *common law* sodniki že v petdesetih letih devetnajstega stoletja priznali, da naj bo stranka, ki ni kršila pogodbe, postavljena v enak položaj, kot bi ga imela pri izpol-

² Sistem *common law* je pravni sistem v anglo-ameriškem svetu, v katerem lahko sodniki pri reševanju zadev ustvarjajo splošna pravila in standarde, ki imajo moč zakona.

nitvi pogodbene obljube druge stranke, kolikor je bilo takšno stanje mogoče doseči z izplačilom denarne odškodnine. Prav takšen je, kot boste videli v nadaljevanju, zaključek ekonomske analize, kot ga boste našli v 6. in 7. poglavju te knjige.

Ob takšnem razumevanju ideje, da so pravila *commom law* usmerjena k učinkovitosti, se bodo revolucionarne ugotovitve ekonomske analize prava morda zazdele nekoliko manj revolucionarne. Tako zasebni tožniki, in ne sodniki ali akademiki, že od nekdaj sprejemajo odločitve o tem, katera pravila so učinkovita in katera ne. Po drugi strani *common law* sodniki že stoletja uporabljajo implicitne ekonomske metode pri svojem odločanju. Prav mogoče je skleniti, da sodobni teoretiki niso storili nič več kot to, da so implicitno naravo odločanja sodnikov, ki temelji na upoštevanju stroškov in koristi, le izrecno osvetlili.

V resnici sam ne verjamem povsem ugotovitvi, ki sem jo pravkar izrekel, namreč da ekonomska analiza prava ni revolucionarna. Prav nasprotno, verjamem, da je revolucionarna. Zakaj? Verjamem, da je najpomembnejši prispevek ekonomske analize prava pravni znanosti prav v vnosu usklajene metodologije – teoretične in empirične – za razumevanje odzivov navadnih ljudi na pravna pravila. Stališče, da bi se pravo moralo ukvarjati z vprašanji o svojih vplivih na dejanske odločitve – izpostavljenost odškodninski odgovornosti denimo vpliva na previdnost morebitnih žrtev in povzročiteljev škode – je skoraj izključno ameriška dilema. Do začetka dvajsetega stoletja so bili ameriški pravniki in profesorji prava »pravni formalisti«, globoko zavzeti z logično skladnostjo določenega pravnega področja in pravnih področij med seboj. Kadar je prišlo do nejasnosti o prevladujoči doktrini, ki je lahko nastala, ker so sodišča različno obravnavala podobne stvari, so imeli pravni formalisti izjemen interes rešiti takšno nejasnost z dokazovanjem, da je na primer razlaga enega sodišča močnejša od druge ali pa da bi neka tretja razlaga odpravila vse nejasnosti.

V dvajsetih in tridesetih letih prejšnjega stoletja se je razpoloženje v ameriškem pravu premaknilo v smer čedalje večje nestrpnosti do pravnega formalizma in v korist bolj praktičnim vidikom prava. Je imelo pravo res takšne posledice, kot so bile zelene? Ali so, na primer, zakoni, ki so prepovedovali otroško delo, pripomogli k povečanemu številu otrok v osnovnih in srednjih šolah? So ti zakoni povzročili izboljšanje ali poslabšanje delovnih razmer odraslih delavcev, ki so ostali na delu? Upoštevajoč celotno sliko – ali so zakoni proti otroškemu delu pripomogli k izboljšanju ali poslabšanju družbenih razmer?

Gibanje, ki so ga poimenovali »pravni realizem«, je močno vplivalo na ameriško pravno skupnost; bilo je pravzaprav pričakovana posledica ameriške sekularno religiozne predanosti praktičnosti in »reševanja praktičnih problemov«. Od nastopa pravnih realistov se profesorji prava v ZDA trudijo spremljati, ali ima zakon zaželeno učinke, pri čemer pa seveda ne zanemarjajo vprašanj skladnosti doktrine in drugih vprašanj pravnega formalizma.

Upoštevajoč vse to, verjamem, da je velik uspeh ekonomske analize prava v tem, da ponuja sistematične, argumentirane metode napovedovanja učinkov, ki jih ima pravo na obnašanje naslovnikov, po drugi strani pa tudi empirične metode ocenjevanja teh učinkov. Pozneje v nadaljevanju bom povedal nekaj več o empiričnih vidikih študija prava.

Kam nas torej pripeljejo tovrstna vprašanja o učinkovitosti in pravičnosti? Je bistvo prava v učinkovitosti ali pravičnosti? V resnici je bistvo prava v obojem. Iska-

XII Predgovor k slovenski izdaji

nje poti, s katerimi naj pravo zadosti pravičnosti, je eno glavnih poslanstev prava. To je trajno poslanstvo prava, področje, na katerem je pravo mnogokrat dosegalo uspehe. A pravo se ukvarja tudi z vprašanji učinkovitejše rabe redkih dobrin v družbi. Pravo lahko ustvarja spodbude za bolj produktivno in celo bolj pošteno ravnanje ljudi. Moderen študent prava mora po mojem mnenju poznati oba navedena vidika prava – njegovo zmožnost nadaljnega zagotavljanja pravičnosti in obenem njegovo zmožnost ustvarjanja spodbud za učinkovito ravnanje naslovnikov. Pogosto sta oba cilja dosegljiva hkrati in nista v medsebojnem nasprotju.

Zastavlja se vprašanje, ali je ekonomska analiza prava posebno koristna *zgolj* pri analizi sistema *common law*. Kot vemo, se sistemi civilnega prava, kamor sodi tudi Slovenija, razlikujejo od sistemov *commom law*. Glede na rast in občinstvo, ki je sprejelo ekonomsko analizo prava v sistemih *common law*, bi lahko podvomili o njeni koristnosti za proučevanje sistemov civilnega prava. Vesel sem, da lahko na tem mestu poudarim, da ni nujne povezave med ekonomsko analizo prava in sistemi *common law*. Nasprotno, ekonomska analiza je koristno orodje pri proučevanju *kateregakoli* pravnega sistema, v katerem obstajajo in se izvršujejo premoženjski interesi, obstajajo stranke, katerih namen je sklepanje zavezujočih dogovorov, in se dogajajo nesreče med neznanci, ki spodbujajo potrebo po preventivnem vedenju in zagotavljanju ustreznih metod porazdelitve odškodninske odgovornosti pri nezgodah. To pa so vprašanja, ki se pojavljajo v vsakem pravnem sistemu.³

Kaj pa druga kritika – da ekonomska analiza prava ne prispeva veliko k pravni praksi? Po svetu se pravno izobraževanje osredotoča na pripravo študentov, da postanejo sposobni in zavzeti odvetniki ter zmerni in modri sodniki. Tak pristop zahteva osredotočanje pravnega študija na poučevanje študentov o strokovnih vidikih njihovega poklica, to je o praktičnih vidikih sodniškega ali odvetniškega poklica. Ker naj bi se ekonomska analiza prava ukvarjala le s teoretičnimi vprašanji, ne more imeti po opisanem stališču pravega mesta v strokovno naravnem pravnem izobraževanju. Ukvarjanje s teorijo preprosto ni dovolj.

Kolikor so navedene in podobne kritike utemeljene in resnične, ekonomska analiza prava ne pripomore k osrednji nalogi pravnega izobraževanja – usposabljanju pravnikov. A sam se s temi kritikami ne strinjam. Menim, da je v ekonomski analizi prava veliko praktične modrosti. Upam, da boste pri branju te knjige spoznali, da pridobivate dodatna orodja za opravljanje pravniškega poklica. Tako boste denimo lahko na nov način analizirali in razpravljali o razlastitvah, kar vse bo lahko v korist vaše stranke. Lahko se boste naučili novih načinov za izračun odškodnine pri izgubi življenja, kar bo pripomoglo k boljši in pravičnejši zaščiti interesov vaše stranke. Morda boste z novega vidika spoznali proces pravdanja in poravnave, kar vam bo pomagalo, da boste postali učinkovitejši »inženir transakcijskih stroškov«, kot je nekoč eden od teoretikov poimenoval večino pravniškega dela.

Na koncu mi dovolite še nekaj besed o prihodnosti ekonomske analize prava in pravnega študija. Moji pogledi o tem vprašanju seveda temeljijo na izkušnjah, ki jih imam s pravnim izobraževanjem v Združenih državah Amerike. Te izkušnje pa niso nujno dober kazalec smeri razvoja na tem področju v drugih državah. Kljub te-

³ Poleg tega naj poudarim, da obstajajo države s sistemom *common law*, ki v ekonomski analizi prava še niso našle ničesar koristnega ali zanimivega, denimo Anglija in Indija, na drugi strani pa so države kontinentalnega prava, ki so ekonomsko analizo prava že sprejele, denimo Slovenija, Izrael in Nizozemska.

mu lahko v ekonomski analizi prava predvidim dve izjemno pomembni smeri razvoja. Prva gre v smeri postopne izgradnje bogatejšega koncepta človekovega odločanja v primerjavi s konceptom, ki ga danes ponuja ekonomija. Kot veste ali pa boste hitro spoznali, je ekonomija veliko uporabljala teorijo racionalnega odločanja – teorijo o človekovi izbiri, ki si je predstavljala neskončno logičen, skoraj robotski proces, kjer ljudje delujejo v smeri, ki maksimizirala njihovo lastno korist. Naj uporabim znani primer: če opazujete prijatelja, ki kot koklja teče po pravni fakulteti, bi morali predpostaviti, da prijatelj s tem maksimizira svojo korist, in ne, da se mu je zmešalo. Morda gre za čuden način maksimiziranja koristi, a okusi so različni. Velik del privlačnosti in zgodnjega uspeha ekonomske analize prava izhaja iz uporabe teorije racionalnega človeškega odločanja za analizo pravnih vprašanj. A bolj tradicionalni profesorji prava so pogosto spraševali: »Kdo so ti racionalni ljudje, o katerih razpravljate? Jaz ne poznam nikogar, ki bi bil takšen.«

V zadnjih desetih letih se je omenjena kritika razvila v samostojno študijsko področje, ki mu danes pogosto pravimo »vedenjska ekonomska analiza prava« (*behavioral law and economics*). Vedenjski ekonomisti ter kognitivni in socialni psihologi so opravili empirične raziskave, ki so, gledano v celoti, odkrile številne sistematične odklone od napovedi modela racionalnega odločanja. Na primer, teorija racionalnega odločanja predvideva, da bodo ljudje pri sprejemanju odločitev zavestno spregledali fiksne ali skrite stroške. Recimo, da sem popolnoma racionalen in kupim abonmajsko karto za koncerte lokalnega simfoničnega orkestra. Nato grem in uživam na nekaj koncertih. Na dan naslednjega koncerta pa sem imel zelo naporen dan v službi. Zunaj je mraz in sneži. Večer bi rad preživel doma in se spočil. Naj grem vseeno na koncert? Ne, saj sem karte plačal ne glede na to, ali grem ali ne. Moj edini (racionalni) premislek je, ali so neposredni stroški tega, da grem na koncert danes, višji ali nižji od pričakovanih koristi od obiska koncerta. In ker si teh novih stroškov ne želim, se odločim, da na koncert ne grem.

A opisani način razmisleka o tem, ali naj na koncert grem ali ne, ne kaže načina, na katerega razmišlja večina ljudi. Večina razmišlja takole: »Ker sem karte že plačal, bom šel ...«, četudi, kot sem že poudaril, smo karte že plačali ne glede na to, ali se potem odpravimo na koncert ali ne. V resnici se mnogo ljudi zaveda, da gre za način, kako se spodbudijo k opravljanju stvari, za katere mislijo, da bi jih naj naredili, a jim zanje pogosto zmanjka moči in volje. Sam bi se lahko na podlagi takšnega razmišljanja odločil in kupil celoletno karto za lokalni fitnes klub, da bi si tako ustvaril občutek krivde, če članstva v klubu ne bi dovolj izkoristil. (Če bi bil zares racionalen, bi lahko utemeljeval, da je strošek članarine po plačilu celoletne karte za vselej zaključen in preostale stroške tvorijo samo še stroški prevoza v fitnes klub in nazaj, stroški preoblačenja, stroški tega, da sem se odrekel eni uri svojega časa, in tako naprej ... Če mi na določen dan ni do treninga, ne treniram.)

Vedenjska ekonomska analiza prava poskuša prevzeti nekatere od navedenih pričakovanih in sistematičnih odklonov od teorije racionalnega odločanja in jih upoštevati pri razpravljanju o pravu. V knjigi se ukvarjava z nekaterimi od teh problemov, še več pa je tega v spletnih opombah, ki so povezane s knjigo. Prepričan sem, da bodo v prihodnjih letih raziskovalci na področju prava, ekonomije, psihologije in drugih povezanih ved nadaljevali z oblikovanjem bolj celostne in ustrežnejše teorije o procesih človekovega odločanja.

XIV Predgovor k slovenski izdaji

Druga smer razvoja ekonomske analize prava bo v naraščanju rabe empiričnih tehnik pri analizi prava. Veliko ekonomske analize prava v zadnjih 25 letih se je ukvarjalo le z izpopolnjevanjem teoretičnih predpostavk o vplivih prava na vsakdanje ravnanje ljudi. Vendar tudi logično skladna teorija ni nujno pravilna (kot smo videli že pri primeru teorije racionalnega odločanja). Če želimo, da bo določena teorija sprejeta, mora preživeti soočenje z dejstvi. Kako pogosto slišimo koga reči, ko se nekaj ni izteklo tako, kot je pričakoval: »No ja, ampak teoretično je bila pa to dobra ideja ...« Teorije ekonomske analize prava so bile in so še vedno izvrstne ideje. Toda, ali v resnici opisujejo in napovedujejo ravnanje ljudi? Odgovor nam lahko da le empirično preverjanje.

Že danes imamo obsežno količino empiričnih raziskav o različnih vidikih prava; o nekaterih piševa tudi v pričujoči knjigi oziroma spletnih opombah. Poglejte, na primer, razpravo v 12. poglavju o empiričnih raziskavah zastraševalnega učinka smrtne kazni. Prepričan sem, da bo že bližnja prihodnost prinesla še precej več empiričnih raziskav.

Menim, da obstajata dve okoliščini, ki zavirata širjenje empiričnih raziskav v pravu. Prva okoliščina je v tem, da obstaja razmeroma malo podatkov. Res je, da imamo razmeroma dobre podatke na nekaterih izbranih pravnih področjih, kot je denimo kriminaliteta ali pa avtomobilske nesreče. A žal nimamo podobno kakovostnih podatkov o tako pomembnih zadevah, kot je število uspešno izpolnjenih pogodb ali pa število zadev, in o okoliščinah, v katerih so v zadnjem desetletju lokalne oblasti razlastile zasebno premoženje. Ker je doktrinarno usmerjene pravnike bolj zanimala logična skladnost prava kot njegovi dejanski učinki, niso imeli posebnih razlogov za zbiranje podatkov. (Podobno tudi ekonomisti niso zbirali podatkov o bruto domačem ali nacionalnem proizvodu vse do prve tretjine dvajsetega stoletja, ko se jim je posvetilo, da je zmožnost merjenja letnega uspeha nekega nacionalnega gospodarstva pomembna za razumevanje gospodarske rasti. Simon Kuznets je tako leta 1971 dobil Nobelovo nagrado za svoje pionirsko delo na področju razvoja nacionalnih računov.)

Druga ovira za širšo uporabo tehnik empirične analize pa je v tem, da študenti prava danes tega ne študirajo. (Če smo natančni, počnejo vse, kar je v njihovi moči, da bi se izognili vsemu, kar vsaj malo diši po matematiki.) A tudi to se bo v prihodnosti spremenilo, ko bodo empirične raziskave, podobne tistim iz nove znanstvene revije *Journal of Empirical Legal Studies*, postale bolj običajne in bo postalo jasneje, da lahko empirična analiza osvetli pomembna pravna vprašanja.

Na kratko, obeta se nam obilo vznemirljivega znanstvenega dela na področju ekonomske analize prava.

Upava, da boste v knjigi uživali, da boste iz nje izvedeli čim več novega in vas bo nekaj od tega, kar boste v njej prebrali, navdahnilo k drugačnemu pogledu na slovenske zakone in boste zaradi študija ekonomske analize ne nazadnje postali boljši študenti prava. Če boste imeli v zvezi s knjigo vprašanja ali pripombe se, prosim, obrnite na naju z Bobom Cooterjem.

PREDGOVOR

Ko sva pred dvajsetimi leti začela pripravljati to knjigo, je bila ekonomska analiza prava, podobno kot veselje ob svojem nastanku, neizoblikovana, čeprav z veliko moči in še nedoločno obliko. V poznejših letih je pravna teorija sprejela mnoge ekonomske koncepte, kot so učinki spodbud, oportunitetni stroški, nenaklonjenost tveganju, transakcijski stroški, zastojkarstvo, pripornikova dilema in druga orodja teorije iger (kot sta Nashevo ravnovesje in dominantna strategija), asimetrične informacije, skupno delovanje, prosta dobrina, pravilo mediane, nelegitimno vplivanje na vsebino predpisov (*regulatory capture*), rentništvo, kredibilna zaveza, moralno tveganje in negativna selekcija, nepopolni trgi, monopolna moč, diskriminacija cen, Paretova učinkovitost, analiza koristi in stroškov in tako naprej. Pred kratkim so ekonomisti spoznali, da je učinkovita zaščita lastnine in pogodbenih pravic pomembna za gospodarsko rast in razvoj, in so zato postali pozornejši na učinke pravnega sistema na ekonomijo. To spoznanje je odprlo ekonomsko vedo za pravne koncepte, kot so sodni stroški, pravila stvarnega prava, pravila odgovornosti, dispozitivna pravila, objektivna odgovornost, neodvisni sodniki, tretje osebe, ki lahko uveljavijo dogovor (*third-party enforcers*), podkupovanje, plačilno nesposobni povzročitelji škode, škoda zaradi zanašanja (*reliance damages*), prednostni vrstni red pri stečaju, trgovanje z notranjimi informacijami, javna podjetja, nevladne organizacije, carina, norme, ponotranjene vrednote, standard razumnega moža in nederarne sankcije.

Takšen razvoj dogodkov – širša uporaba ekonomske vede za analizo prava in spoznanje o pomembnosti prava za analizo ekonomije – je področji prava in ekonomije še bolj zblížal, kot sta bili ob izidu tretje izdaje te knjige leta 1999. Pričakujeva nadaljnje zblíževanje na tri načine. Najprej pričakujeva nadaljnji razvoj analize zasebnega prava (nove izsledke na tem področju najdete v vsaki novi izdaji te knjige) in nadaljnje širjenje ekonomske analize javnega prava na področja, kot so gospodarske družbe, stečaj, zakonodaja in volitve, mednarodno javno pravo in ustavno pravo. Drugič, pričakujeva, da bo s širjenjem poznavanja kvantitativnih metod naraščala raba statističnih metod v pravni vedi in bo stopnja sofisticiranos-

XVI Predgovor

ti teh metod višja. V tej izdaji in tudi na najini spletni strani navajava nekaj nove empirične literature in prepričana sva, da bo v prihodnjih izdajah tega še mnogo več. Tretjo razvojno smer pa pomeni rast literature o tem, kako človekovo ravnanje včasih ni v skladu z napovedmi teorije racionalnega ravnanja. Že v prejšnji izdaji sva začela navajati nekaj te pomembne literature, v tej pa je tega še več. Pozornost zbujajoče je, da so nekaj najpomembnejših prispevkov v tej smeri, poleg psihologov, ekonomistov in drugih družboslovcev, prispevali pravniki.

Starejši profesor je tisti, ki se spomni tega, kar so brali njihovi študenti. Zdaj, ko sva že starejša profesorja, bi rada videla, da bi najina knjiga zorela skupaj s področjem, ki ga obravnava. Najin namen je, da bi vsaka naslednja izdaja bolj poglobljeno izražala razvoj gibanja ekonomske analize prava. Četrta izdaja vsebuje dosti izboljšav in sprememb v primerjavi s prejšnjo, ob tem, da ohranja isto sestavo po poglavjih. Poudariti morava, da je najina knjiga uvod, omogoči naj vstop v bogato literaturo na tem področju, nikakor ni nadomestilo za to literaturo. Vseskozi boste pri obravnavanih temah našli napotila na nadaljnjo literaturo.

Želiva si, da bi v branju te knjige uživali prav tako, kot sva uživala midva v njenem pisanju.

PREDSTAVITEV SPLETNE STRANI

Spletna stran www.cooter-ulen.com je sestavni del knjige in omogoča dostop do obsežnega dodatnega gradiva v pomoč pri predavanju in študiju ekonomske analize prava. Posodobljen *Priročnik za predavatelje* bo predavateljem na razpolago na spletni strani. Ob vsakem poglavju bodo predavateljem in študentom v pomoč najini odgovori na vprašanja, ki jih boste na spletni strani našli na koncu vsakega poglavja. Popolnoma nove spletne opombe, s katerimi je opremljeno celotno besedilo, napotujejo na dodatno relevantno literaturo na spletu. Še naprej objavljava skrajšane različice različnih primerov, ki skupaj z vprašanji za razpravo ilustrirajo ali razširjajo besedilo v knjigi. Prav tako prilagava kopije nekaterih izpitnih vprašanj in problemskih nizov ter povezave na druge pomembne vire ekonomske analize prava. Ne nazadnje sva nekaj gradiva iz prejšnje izdaje izločila, večino tega je mogoče najti na najini spletni strani.

Najin namen je spletno stran sproti izboljševati, zato bova vaše ocene in predloge skrbno proučila. Želiva si, da bi bil ob pomoči spletne strani študij ekonomske analize prava lažji, bolj poglobljen in prijetnejši.

ZAHVALE

Še naprej sva zelo hvaležna najinim kolegom z Boalt Hall University of California, Berkeley in University of Illinois College of Law za izjemno akademsko okolje, v katerem delava. Najini kolegi (tam in drugod) so nama namenili ure in ure svojega časa in nama pomagali bolje pojasniti nekatera vprašanja. Ne nazadnje se veliko naučiva tudi od študentov, ki jih učiva.

Rada bi se zahvalila tudi naslednjim recenzentom za njihove poglobljene komentarje k tretji izdaji: Michael Alexeev, Yeon-Koo Chee, Erik Craft, Alison Del Rossi, Allen DeSerpa, Mark Guis, David Mustard, John Pfaff, Ann Dryden Whi-

te in Dave Wishart. Prav tako se zahvaljujeva mnogim bralcem, ki so poslali svoje misli in predloge za izboljšanje. Pri pisanju te knjige sva vseskozi dobivala koristne nasvete od Iana Ayersa in Eda Sattlerja.

Posebno zahvalo namenjava najinima asistentoma Jeanette Sayre in Chris Swain z Boalt Halla in Sally Cook z University of Illinois College of Law. Naredili so mnogo velikih stvari, brez katerih dela ne bi končala, in mnogo drobnih, brez katerih velik del najinega dela ne bi bil mogoč. Vsem prav lepa hvala.

ROBERT D. COOTER
Berkeley, California

THOMAS S. ULEN
Champaign, Illinois

Julij 2003

